

Programa de Doctorado:

Modelo Básico de Atribución de Bienes y Servicios (II) – 050



**ARBITRAJE, PROTOCOLO Y EMPRESA FAMILIAR DESDE EL
DERECHO DE FAMILIA, LA UNIÓN EUROPEA Y LA
DIPLOMACIA ECONÓMICA INTERNACIONAL: *El método ARBICOF.***

TESIS DOCTORAL

Presentada por:

Ania Granjo Ortiz

Codidirigida por:

Prof. Dr. Javier Plaza Penadés

Prof. Dr. Valentín Bou Franch

Valencia, 2015

IN MEMORIAM

Durante la realización de esta tesis falleció repentinamente mi joven hermano JUAN
PEDRO (47 años).
Vaya para él un especial recuerdo por su coraje y valor que aunque él nunca creyó en el
Derecho yo tuve Fe por los dos.
(Febrero 2012)

A Miquel Soler Tamarit, *mi Maestro*, siempre.

A *Richi*, mi amigo, de verdad.

*<<... En el polvo de los archivos; bajo tierra o en las ruinas; en las hojas que sirven de guarda a un libro posterior...
yacen datos preciosos.*

Mientras no aparezcan y estén al alcance del que va a escribir, no servirán para nada.

*La verdad de lo que se escriba dependerá de ellos.
Sólo apoyándose en ellos se puede dejar a un lado los apriorismos y decir cosas con respaldo serio>>¹.*

¹ GUITARTE IZQUIERDO, V. *El Pensamiento Jurídico Valenciano del Siglo XIII al XIX. Aportaciones a su Historia.* Fundación Balaguer Gonel Hermanos de Castellón. Castellón 1986, p. 9.

AGRADECIMIENTOS

No puedo concluir este trabajo sin expresar mis más sincero agradecimiento, y por motivos diferentes, a las siguientes personas e instituciones:

- A mis directores de tesis, profesores doctores, don Javier Plaza Penadés y don Valentín Boy Franch, por la confianza depositada en mí y sus sabios consejos.

-A mis padres, por su enorme paciencia.

-A mi hermano Juanjo, su esposa Isabel por sus palabras de ánimo. A mi hermanar Mar.

-A mis sobrinos Rubén, Alejandro y Guadalupe.

-A mis amigos: Angel Polo, Miguel LLácer Marlies Bosbash y Lluís LLorca.

-Muy especialmente al Excmo. Sr. Don Cristóbal Colón de Carvajal por las aportaciones que me ha realizado sobre el arbitraje colombino de su antepasado.

-A mi compañero de carrera Juan Negrillo, siempre.

-A los profesores doctores de la Universidad de Valencia: don Enrique Gómez Royo, don Carlos Flores Juberías, don José Ramón de Verda y Beamonte, don Salvador Carrión, doña Carolina Castillo y don Javier Orduña Moreno, don Emilio Valiño, por

sus encomiables enseñanzas. A don Enrique Lalaguna Domínguez, y a doña Carmen López Beltrán de Heredia, *In Memoriam*.

-A los miembros de la secretaría de Derecho Civil de la Universidad de Valencia por la amabilidad y disposición con la que siempre me han tratado.

-A los notarios don Víctor Garrido de Palma, don Joaquín Borrell y don Vicente L. Simó Santonja por su *sapientia* sobre el protocolo familiar y la Empresa Familiar y sus consejos.

-A Toni Lobo y Javier Ballester por sus palabras de ánimo.

-A los funcionarios de las Biblioteca del campus de Gregorio Mayans y de la Biblioteca Pública de Valencia, por su amabilidad en los innumerables viajes que he realizado a las mismas para documentación y préstamo de libros.

-A los registros mercantiles de: Alicante, Almería, Asturias, Cáceres, Cádiz, Castellón, Córdoba, Gerona, Granada, Huesca², Las Palmas, La Rioja, León, Málaga, Orense, Salamanca-2, Tarragona, Teruel, Valencia, Zaragoza y Registro Mercantil Central, por su amable colaboración sin la cual no hubiera sido posible realizar el estudio exclusivo para este trabajo respecto al impacto de la publicidad de los PFs desde el 2007 hasta la fecha. A todos, de verdad, mi más sincero agradecimiento por colaborar con esta investigación.

-A las instituciones privadas del Instituto de la Empresa Familiar (IEF) de Madrid, Instituto Valenciano de la Empresa Familiar (IVEFA) y muy especialmente a don Mario Mariner por sus excelentes observaciones y, finalmente, a la EFB (European Family Business).

ABREVIATURAS.....23

ÍNDICE

ARBITRAJE, PROTOCOLO Y EMPRESA FAMILIAR DESDE EL DERECHO DE FAMILIA, LA UNIÓN EUROPEA Y LA *DIPLOMACIA ECONÓMICA INTERNACIONAL*: el método *ARBICOF*

EXORDIO27

1. Aportaciones de esta investigación a la *Universitas*27

 1.1. Creación y definición de nuevos conceptos27

 1.1.1. El nuevo Protocolo de la Empresa Familiar (PEF).....27

 1.1.2. El método *Arbicof*.....28

 1.1.3. Nuevo concepto *Mercafamiliar*28

 1.2. Redefinición de conceptos29

 1.3. Estudio inédito del Protocolo Familiar y la problemática de la Empresa Familiar desde el Derecho de Familia y el marco legal público de la Unión Europea29

 1.4. Aportar soluciones prácticas para el Protocolo Familiar30

 1.5. Recepción de la nueva línea jurisprudencial en torno a la desheredación como causa de maltrato psicológico y la nueva Ley 15/2015, de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria.31

 1.6. Estudio exclusivo sobre el impacto de la publicidad registral de los Protocolos Familiares en España desde la promulgación del RD 171/27 hasta abril de 201531

 1.7. Análisis del papel público normativo que está realizando la Unión Europea en estas materias32

1.8. La acción exterior que realizan algunas empresas familiares como embajadoras económicas de la Marca España	32
1.9. Contribuir a otorgar confianza en el arbitraje a través de la investigación y del conocimiento sirviendo la misma como plataforma de difusión para alcanzar su objetivo y misión principal: Difundir el conocimiento	32
1.10. Demostrar que estamos ante un fenómeno de contractualización y prevalencia del Derecho privado de las relaciones familiares dentro de la Empresa Familiar para asegurar su buen funcionamiento y su continuidad abordando el PF desde la transversalidad jurídica en general y del Derecho de Familia en particular a través de los documentos complementarios de Derecho de Familia.....	32
1.11. Crear cultura <i>Arbicofo</i> en la sociedad	33
1.12. Demostrar, a través de la autonomía de la voluntad, la tesis de la idoneidad del <i>Arbicofo</i> como instrumentos preventivos y/o resolutivos de los conflictos en sede de las empresas familiares.....	33
1.13. Poner de manifiesto las carencias halladas en esta materia investigada.....	34
1.13.1. Inexistencia de un listado/control exacto del número de empresas familiares existentes en la actualidad.....	34
1.13.2. Inexistencia de un símbolo identificativo de estas empresas familiares	34
2. Importancia del tema elegido	35
2.1. Concepto de Empresa Familiar. Buscando su redefinición	37
2.2. Repercusión de las empresas familiares como generadoras de empleo en el panorama autonómico, nacional, comunitario e internacional.....	40
2.3. Sensibilización de los poderes públicos, privados, económicos, sociales y jurídicos sobre el tema.....	42

2.4. Especial relevancia de las consecuencias de las rupturas afectivas en la continuidad y buen gobierno de las empresas familiares.....	48
3. Desarrollo	51
3.1. Premisas	51
3.2. Medios.....	51
3.3. Tesis	52
4. Estructura y sistemática del contenido	52
4.1. Primera parte: el arbitraje como medio idóneo de resolución de conflictos en las Empresas Familiares: convenio arbitral y Protocolo (PEF).....	53
4.2. Segunda parte: el Protocolo Familiar como medio preventivo de evitación de controversias en el seno de las Empresas Familiares. <i>Los documentos complementarios desde el Derecho de Familia</i>	54
4.3. Tercera parte: la intervención institucional pública de la Unión Europea en materia de Protocolo y Empresa Familiar: el papel de algunas empresas familiares como acción exterior española de la Marca España	56
 PRIMERA PARTE. EL ARBITRAJE COMO MEDIO IDÓNEO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LAS EMPRESAS FAMILIARES: El Convenio Arbitral y el Protocolo Familiar	59
 CAPÍTULO I. ONTOLOGÍA DEL ARBITRAJE. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y NOTAS A SU UNIVERSALIDAD	61
1. El Código de Hammurabi (1790-1750 a. C.).....	68
2. El Código hitita (1380-1265 a. C.)	69
3. Ramsés II	69
4. El Génesis	70
5. La mitología griega: el juicio de Paris.....	71

6. Grecia y el arbitraje. Las Leyes de Solón (594-560 a. C.)	72
7. El arbitraje en el Derecho Romano.....	75
7.1. Visión general del arbitraje en el Derecho Romano, <i>Ab Urbe Condita</i> (753 a. C.) hasta la República (del 509 al 27 a. C.)	76
7.2. Legislación romana más importante durante la República y el Imperio	80
7.2.1. <i>Foedus Cassianum</i> , año 493 a. C.	80
7.2.2. Las XII Tablas (hacia 450-451 a. C.)	83
7.2.3. La <i>Legis actio per iudicis arbitrive postulationem</i> (210 a. C.)	84
7.2.4. Las <i>Episcopali Audientias</i> (408 d. C.).....	89
7.2.5. El Código de Justiniano. <i>El Corpus Iuris Civilis</i> (527-565 d. C.)	90
8. El arbitraje en el Medievo español	95
8.1. Derecho común y los Reyes Católicos.....	96
8.1.1. La sentencia arbitral de Guadalupe (1486).....	96
8.1.2. El arbitraje papal colombino.....	96
8.2. Derecho foral valenciano: <i>Els Furs</i> de Jaime I.....	98
8.3. Las Partidas de Alfonso X.....	100
9. El arbitraje desde la Ilustración hasta nuestros días	103
9.1. Principales convenciones y leyes sobre arbitraje en Portugal y Latinoamérica.....	107
9.2. Evolución del arbitraje en España.....	109
9.2.1. Tratados y protocolos suscritos por España.....	109
9.2.2. Política legislativa arbitral nacional desde el siglo XX a la actualidad	110
9.2.3. Normativa de la Unión Europea en materia de arbitraje de repercusión interna	113
CAPÍTULO II. EL ARBITRAJE, LA EMPRESA FAMILIAR Y EL CONVENIO ARBITRAL EN EL PROTOCOLO FAMILIAR.....	115
1. Introducción.....	115

2. Concepto.....	117
3. Tipos de arbitraje.....	120
3.1. Arbitraje de Equidad.....	121
3.2. Arbitraje de Derecho.....	126
3.3. Arbitraje Interno, Internacional y Comercial Internacional.....	127
3.3.1. Arbitraje Interno.....	127
3.3.2. Arbitraje Internacional.....	128
3.3.3. Arbitraje Comercial Internacional.....	128
3.4. Arbitraje ritual e irritual o informal.....	129
3.5. Arbitraje Institucional y arbitraje <i>ad hoc</i>	129
3.6. Arbitraje general y arbitrajes especiales.....	130
4. Especial referencia al Arbitraje Estatutario Empresarial.....	130
5. El arbitraje <i>versus</i> el procedimiento ordinario. El árbitro especialista.....	131
5.1. Ventajas e inconvenientes del arbitraje.....	132
5.1.1. Frente al procedimiento ordinario.....	132
5.1.2. Frente a los otros mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC).....	141
6. El arbitraje en la Empresa Familiar. El convenio arbitral y su papel en el Protocolo Familiar.....	144
6.1. Concepto y elementos.....	146
6.2. Antecedentes en el Derecho español y en las Empresas Familiars.....	151
6.2.1. Ponencia del Senado del 2001 para la Problemática de la Empresa Familiar.....	152
6.2.2. La Guía para la Pequeña y Mediana Empresa Familiar.....	152
6.2.3. Literatura especializada en la materia.....	153
6.3. Antecedentes de la Unión Europea.....	153
6.4. Convenio arbitral estatutario y protocolario familiar.....	155

SEGUNDA PARTE. EL PROTOCOLO FAMILIAR COMO MEDIO PREVENTIVO DE EVITACIÓN DE CONTROVERSAS EN EL SENO DE LAS EMPRESAS FAMILIARES. <i>Los documentos complementarios desde el Derecho de Familia</i>	159
CAPÍTULO III. EL PROTOCOLO DE LA EMPRESA FAMILIAR COMO DOCUMENTO MARCO GENERAL Y SU TRANSVERSALIDAD JURÍDICA	161
1. La autonomía de la voluntad como <i>ratio essendi</i> del Protocolo Familiar (PF) y sus documentos complementarios	161
2. Concepto de Protocolo Familiar	170
3. Naturaleza jurídica y la transversalidad del Protocolo Familiar.....	178
3.1. Derecho Fiscal y Tributario	179
3.2. Derecho Laboral.....	180
3.3. Derecho Mercantil.....	181
3.4. Derecho Contable.....	181
3.5. Derecho Civil	182
3.6. Derecho Sucesorio. Especial referencia al Reglamento de la UE 650/2012, de 4 de julio de 2012.....	183
4. Finalidad, contenido y eficacia legal del PEF	185
4.1. Finalidad.....	185
4.2. Contenido	186
4.2.1. <i>Los Estatutos sociales de la Empresa Familiar</i>	189
4.2.2. <i>Los Pactos parasociales de la Empresa Familiar</i>	195
4.2.3. El testamento	197
4.2.3.1. La sucesión contractual y el <i>Patto di familia</i> en el Diritto Italiano ex art. 768 bis.....	208
4.2.3.2. La sucesión contractual en el Derecho Francés: <i>Loi 26-728</i> de 23 de junio de 2006	210

4.2.3.3. La sucesión contractual en el Derecho Español; art. 1271.2 CC	211
4.3. Eficacia legal	212
4.3.1. Eficacia <i>erga omnes</i>	212
4.3.2. Eficacia <i>inter partes</i>	213
4.3.3. La eficacia del propio proceso de elaboración del Protocolo de la Empresa Familiar (PEF)	213
4.3.4. Pactos con eficacia moral	214
CAPÍTULO IV. LOS DOCUMENTOS COMPLEMENTARIOS DE DERECHO FAMILIA Y SU RELACIÓN CON EL PROTOCOLO FAMILIAR MARCO	215
1. La transversalidad jurídica del Protocolo Familiar. La importancia del Derecho Civil	215
2. La estrecha relación entre el Protocolo Familiar y el Derecho de Familia	217
3. Los documentos complementarios de derecho de Familia y el Protocolo Familiar	218
3.1. Las capitulaciones matrimoniales y el Protocolo Familiar	221
3.2. Las donaciones <i>propter nuptias</i> y el Protocolo Familiar	224
3.3. Los contratos prematrimoniales en relación al Protocolo Familiar	226
3.4. Los acuerdos de las parejas de hecho en relación al Protocolo Familiar	240
4. Finalidad y eficacia de los <i>documentos complementarios de Derecho de Familia</i> (DOCODEFA), en el Derecho Común y Foral o Autonómico	247
CAPÍTULO V: LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES (I)	253
1. Las capitulaciones matrimoniales y el protocolo familiar general	253
2. Concepto	254

3. Limitaciones legales a los pactos.....	255
3.1. Eficacia y validez de los pactos. Forma.....	259
3.1.1. Forma.....	259
3.1.2. Momento y validez de los pactos dispuestos en capitulaciones matrimoniales.....	261
4. Publicidad y sus efectos.....	262
4.1. Protección de los terceros ante la nulidad de estos pactos.....	263
4.2. Eficacia interna o moral de los contratantes.....	264
4.3. Eficacia de los pactos como principio de prueba.....	264
5. Las capitulaciones matrimoniales en el Derecho foral y autonómico.....	265
5.1. Navarra.....	265
5.2. Aragón.....	268
5.3. Baleares.....	270
5.4. Vizcaya (País Vasco).....	274
5.5. Cataluña. <i>Capítols</i>	275
5.6. Galicia.....	285
5.7. Comunidad Valenciana.....	287
6. El Reglamento UE 1259/2010, de 20 de diciembre, de cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y la separación judicial.....	295
CAPÍTULO VI. LAS DONACIONES <i>PROPTER NUPTIAS</i> (II).....	297
1. Cuestiones previas.....	297
1.1. La dote.....	299
1.2. Las arras.....	302
1.3. Las donaciones esponsalicias.....	303
2. Las donaciones <i>propter nuptias</i> en el Derecho Civil español vigente.....	303
2.1. Concepto.....	303
2.2. Regulación legal.....	305
2.3. Requisitos.....	308
2.4. <i>Condictio Iuris</i>	309

2.5. Objeto y límites de esta donación	310
2.5.1. Bienes presentes.....	310
2.5.2. Bienes futuros	312
2.6. Eficacia y efectos de estas donaciones.....	313
2.6.1. Donaciones realizadas a los dos futuros contrayentes siendo aceptadas por ambos.....	313
2.6.2. Supuesto en el que sólo uno de ellos acepte la donación.....	313
2.7. Revocación, saneamiento y reducción	316
2.7.1. Revocación	316
2.7.2. Saneamiento.....	319
2.7.3. Reducción	319
3. Las donaciones <i>propter nuptias</i> en el Derecho Foral y Autonómico	320
3.1. Baleares.....	320
3.1.1. Isla de Formentera e Ibiza. <i>Aixovar</i>	321
3.2. Navarra.....	324
3.3. Aragón.....	326
3.4. Galicia	328
3.5. Cataluña.....	330
3.6. Comunidad Valenciana	330
CAPÍTULO VII. LOS ACUERDOS PREMATRIMONIALES (III)	335
1. Concepto.....	335
2. Forma, límites y requisitos	339
3. Contenido: convivencial y en previsión de futura ruptura	344
3.1. Materias dispositivas.....	347
3.1.1. Pactos personales	347
3.1.2. Pactos económicos o patrimoniales	361
3.2. Materias de orden público.....	367

CAPÍTULO VIII. LOS PACTOS PRECONVIVENCIALES Y EN PREVISIÓN DE FUTURAS RUPTURAS AFECTIVAS (IV).....	369
1. Validez y eficacia de los pactos preconvivenciales.....	369
1.1. Antecedentes históricos.....	369
2. Los contratos privados celebrados por las parejas de hecho para regular su situación convivencial en la actualidad	372
3. Contenido y forma	372
3.1. Pactos patrimoniales.....	372
3.2. Pactos personales	374
4. Marco legal autonómico en materia de Parejas de Hecho en España	390
4.1. Madrid	390
4.2. Baleares	392
4.3. Asturias	394
4.4. Andalucía	395
4.5. Canarias.....	397
4.6. Extremadura	400
4.7. País Vasco	401
4.8. Cantabria	404
4.9. Comunidad Valenciana	405
4.10. Aragón.....	408
4.11. Cataluña.....	411
4.12. Navarra.....	413
5. El <i>Elemento Extranjero</i> . La nueva pareja del fundador de la Empresa Familiar.....	414
CAPÍTULO IX. LA PUBLICIDAD DEL PROTOCOLO FAMILIAR. EL REAL DECRETO 171/2007, DE 9 DE FEBRERO.....	417
1. Antecedentes de la publicidad del PF	417
1.1. Informe de la PONENCIA del SENADO de 2001	418
1.2. La ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada de Nueva Empresa	419

1.3. El contexto político: autonómico, nacional, internacional.....	419
1.3.1. Iniciativas institucionales.....	421
1.3.2. Reformas legislativas.....	421
1.3.2.1. Reforma del Código Civil (en materia de sucesión y Régimen Económico Matrimonial).....	421
1.3.2.2. Reforma de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.....	422
1.3.2.3. Medidas fiscales.....	422
1.3.3. Medidas de apoyo.....	423
2. Razones para la publicidad del Protocolo Familiar.....	424
2.1. Argumentos a favor.....	424
2.2. Argumentos en contra.....	425
3. Vías de publicidad.....	426
3.1. Privada.....	426
3.1.1. Publicidad en la Web (art. 4 RD).....	426
3.2. Pública.....	427
3.2.1. Mera publicidad noticia (art. 5 RD).....	427
3.2.2. Depósito total/parcial del PF (art. 6 RD).....	428
3.2.3. Inscripción (art. 7 RD).....	428
4. Estudio exclusivo del impacto tenido en el territorio nacional del RD desde su promulgación en el 27 hasta mayo del 2015.....	429
4.1. Análisis del estudio.....	429
4.2. Gráficas con respuestas.....	431
4.3. Estudio analítico de los resultados obtenidos.....	432
 TERCERA PARTE. LA INTERVENCIÓN INSTITUCIONAL PÚBLICA DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE PROTOCOLO Y EMPRESA FAMILIAR: El papel de las EFs como acción exterior española de la Marca España.....	 435

CAPÍTULO X. LA PROTECCIÓN INSTITUCIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA A LAS EMPRESAS FAMILIARES Y AL PROTOCOLO FAMILIAR.....	437
1. Importancia de las Empresas Familiares en la UE	437
2. La <i>ratio essendi</i> del papel protector de las instituciones de la UE a las empresas familiares.....	438
3. Iniciativas de la Comisión Europea en torno a las EFs y PYMEs.....	439
3.1. Decisiones del Consejo 31989D490 y 31993D379	440
3.2. Comunicación de la Comisión. Programa integrado a favor de las pymes y del artesanado	441
3.3. Comunicación de la Comisión sobre la mejora del entorno fiscal de las pequeñas y medianas empresas (JOC 1994 187 R 5 01.)	441
3.4. Comunicación de la Comisión sobre la transmisión de empresas. Acciones en favor de las PYME (JOC 1994 204 R 1(01)).....	441
3.5. Resolución del Consejo de 10 de octubre de 1994 sobre el libre desarrollo de la dinámica y del poder innovador de las pequeñas y medianas empresas, incluidas las artesanales y las microempresas, en una economía abierta a la competencia (31994Y1022(01)).....	441
3.6. Recomendación de la Comisión, de 7 de diciembre de 1994, sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas (31994H1069).....	442
3.7. Informe de la Comisión sobre el proyecto piloto SLIM - simplificación de la legislación en el mercado interior (51996DC0559)	442
3.8. Creación del GRUPO BEST (<i>Business Environment Simplification Task-Force</i>) 1997	443

3.9. Recomendación de la Comisión de 22 de abril de 1997 sobre la mejora y simplificación de las condiciones para la creación de empresas 31997H0344. 97/344/CE	444
3.10. La Carta europea de la pequeña empresa. Aprobada por los Estados miembros en el Consejo Europeo de Feira celebrado los días 19 y 20 de junio de 2000.....	445
3.11. Comunicación de la Comisión de la Contratación pública en la Unión Europea Bruselas, 11 de marzo de 1998 COM (98) 143.....	449
3.12. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones 23 para el crecimiento del empleo y la transmisión de las empresas COM/26/0117 final.....	450
3.13. El Libro Verde de la Comisión, de 21 de enero de 2003, titulado «El espíritu empresarial en Europa».....	451
3.14. La Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas 323H0361	452
3.15. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 11 de febrero de 2004, «Plan de acción: el programa europeo en favor del espíritu empresarial».....	454
3.16. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 10 de noviembre de 2005, «Implementación del programa comunitario de Lisboa - Una política moderna de la PYME para el crecimiento y el empleo»	455
3.17. Informe de la Comisión sobre la transmisión de las PYMEs 2006 «Transmisión de empresas – Continuidad mediante la renovación»	457

4. El Informe Final del Grupo de Expertos Europeos de Empresa Familiar. <i>Final Report of the Expert Group. Family-Business-Relevant Issues</i> . Noviembre, 2009	459
4.1. Países y expertos integrantes.....	460
4.2. Definición europea de Empresa Familiar.....	461
4.3. Desafíos de las empresas familiares en la UE.....	462
5. Otras iniciativas de la Comisión Europea sobre las empresas familiares	468
5.1. Respecto a los traspasos de las Empresas	468
5.2. Enterprise Europa Network.....	468
5.3. La semana europea de las <i>Small Medium Enterprises</i>	469
5.4. Programa ERASMUS para jóvenes empresarios.....	469
5.5. La Carta de Conferencias Europeas para SMEs	469
5.6. Concesión Enterprise	469
5.7. Programa de aprender durante toda la vida.....	470
6. Repercusiones, de estas iniciativas de la Comisión Europea, en la legislación española como <i>Medidas a Favor de las Empresas Familiares</i>	470
6.1. Ponencia de Estudio para la problemática de la Empresa Familiar, acordada por el Pleno de la Cámara del Senado y dentro de la Comisión de Hacienda el día 26 de septiembre del 2000. Publicada en el 2002	471
6.2. Actos organizados por el Ministerio de Economía, bajo el lema «Hacia un nuevo entorno para el emprendedor del siglo XXI», previos al Consejo Europeo a celebrar en Barcelona, marzo, 2003.....	472
6.3. Informe 5/2005 del Consejo Económico y Social (CES).....	472
6.4. Reforma del art. 1056 del Código Civil español.....	473
6.5. Promulgación del RD 171/2007, sobre publicidad de los Protocolos Familiares.....	474
6.6. Otras medidas.....	474

CAPÍTULO XI. LA ACCIÓN EXTERIOR DE LAS EMPRESAS FAMILIARES COMO EMBAJADORAS EMPRESARIALES ESPAÑOLAS DE LA MARCA ESPAÑA	477
1. El proyecto MARCA ESPAÑA	477
1.1. Origen.....	479
1.2. Estructura institucional.....	479
1.3. Actores intervinientes.....	481
2. El papel de las Empresas Familiares como embajadoras de Marca España. La llamada <i>diplomacia económica</i>	482
2.1. Introducción. La internacionalización de las empresas familiares.....	482
2.2. El Foro de Marcas Renombradas	485
2.3. El Club MAPI	486
3. La importancia de algunas empresas familiares españolas, dentro del proyecto FMRE, como representantes de la Marca España en el exterior. Ejemplos de internacionalización	487
CONCLUSIONES Y PROPUESTAS FINALES	493
FUENTES BIBLIOGRÁFICAS Y REFERENCIALES UTILIZADAS	521

ABREVIATURAS

ADR.....	Alternatives Disputes Resolutions
AP.....	Audiencia Provincial
BEI.....	Banco Europeo de Inversiones
BEST	Business Environment Simplification Task-Force
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOCM	Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid
C	Códex Justiniano
CGPJ.....	Consejo General del Poder Judicial
CC.....	Código Civil
CCcat	Código Civil catalán
Ccom.....	Código de Comercio
CE.....	Constitución Española
CEE.....	Comunidad Económica Europea
CES.....	Centro Económico y Social
CIC	Codex Iuris Canonici
CNUDMI/UNCITRAL.....	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
D.....	Digesto
DL.....	Decreto ley
DO	Diario Oficial
DOCE	Diario Oficial de la Comunidad Europea
DOCODEFA	Documentos Complementarios de Derecho de familia
DOGV.....	Diario Oficial de la Generalitat Valenciana
DGRN.....	Dirección General de Registros y Notariado
EFB.....	European Family Bussiness
I.....	Instituta
ICACE	Instituto Valenciano de Competitividad Empresarial
ICEX.....	Instituto de Comercio Exterior

IEF	Instituto de Empresa Familiar
IVEFA	Instituto Valenciano de Empresa Familiar
IVEX.....	Instituto Valenciano Exportación
EA.....	Estatuto de Autonomía
EF	Empresa Familiar
EFE	Empresa Familiar Europea
EFs.....	Empresas Familiares
EM	Estado/s Miembro/s de la Unión Europea
FEI	Fondo Europeo de Inversiones
FMRE	Foro de Marcas Renombradas Españolas
LA/Lar/b	Ley de Arbitraje
LO.....	Ley Orgánica
LSLNE.....	Ley de Sociedad Limitada Nueva Empresa
MAEC.....	Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación
MAPI.....	Marcas de Alto Potencial Internacional
MASC.....	Medios Alternativos de Solución de Controversias
ODR.....	Online Dispute Resolution
PEF/PEFs.....	Protocolo/s de la Empresa Familiar
PF/PFs.....	Protocolo/s Familiar
PFG.....	Protocolo Familiar General
PYME.....	Pequeña y Mediana Empresa
RD.....	Real Decreto
RGTO	Reglamento
REM	Régimen Económico Matrimonial
REMV.....	Régimen Económico Matrimonial Valenciano
SLIM.....	Simpler Legislation Fort the Internal Market
SMEs	Small and Medium Entreprises
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJ.....	Tribunal Superior de Justicia
UE.....	Unión Europea

**ARBITRAJE, PROTOCOLO Y EMPRESA FAMILIAR DESDE EL DERECHO DE FAMILIA, LA UNIÓN EUROPEA Y LA *DIPLOMACIA ECONÓMICA INTERNACIONAL*:
El método *ARBICOF*.**

EXORDIO

1. APORTACIONES DE ESTA TESIS A LA *UNIVERSITAS*.

Hemos realizado esta tesis doctoral partiendo de una premisa: analizar un tema particular del que no exista (o haya pocos) trabajos al respecto para que, a través del estudio y análisis particular de la doctoranda, se concluya con aportaciones a la comunidad universitaria, como resultado del mismo, con el fin de que supongan un avance en el tiempo y en las circunstancias del tema elegido en cuestión.

Así pues, enumeramos nuestras aportaciones que realizamos con la presente investigación.

1.1. Creación y definición de nuevos conceptos.

1.1.1. *El nuevo Protocolo de la Empresa Familiar (PEF).*

Debemos iniciar esta introducción *prima facie* con la redefinición del concepto de «Protocolo Familiar» (PF), popularmente acuñado hasta la fecha, y señalar que, como resultado de la investigación de esta tesis doctoral durante 9 años, consideramos que el término definitivo más adecuado a la realidad contextual y multifactorial de este importante documento es la de PROTOCOLO DE LA EMPRESA FAMILIAR (PEF) por entender que hasta la fecha la acepción «Protocolo Familiar» creada por GALLO y

WARD en 1991² se queda escasa por cuanto que la Empresa Familiar la componen tanto miembros familiares como no familiares, y siendo que es conveniente que el Protocolo Familiar lo suscriban el mayor número de familiares implicados para de este modo asegurar su cumplimiento, entendemos por ello y dando un paso más, que la definición más adecuada, ajustada y completa a dicha realidad es el de <<PROTOCOLO DE LA EMPRESA FAMILIAR (PEF)>> en lugar del actual <<PROTOCOLO FAMILIAR (PF)>>.

No obstante, aunque el concepto que proponemos es el de PEF y no el de PF, haremos alusión a ambos términos y en especial al PF como indicación bibliográfica de los distintos autores que hemos estudiado y analizado para realizar este trabajo.

1.1.2. El método ARBICOF.

Este es un sistema creado y definido como resultado de este trabajo que consiste en el método jurídico-privado combinado, complementario y adecuado para la resolución y prevención de conflictos en el ámbito de las Empresas Familiares de una manera ágil, cómoda, especializada y económica.

1.1.3. Nuevo concepto MERCAFAMILIAR.

Este concepto ha de ser entendido como sinónimo de Empresa Familiar al referirnos a la mercantil que tiene naturaleza familiar.

² GALLO, M.A. y TOMASELLI, S. *Protocolo Familiar: Sus resultados*. Ed. Fundación Rafael Escolá. 2006. P. 9.

1.2. Redefinición de conceptos.

En efecto, aun conociendo el concepto de Empresa Familiar que ha realizado la Unión Europea y que aconseja su utilización³, no podemos por menos que ofrecer nuestra propia definición atendiendo a los resultados obtenidos a través de la presente investigación.

De esta forma definimos a la empresa familiar como una *organización económica, unipersonal o societaria, dedicada a una actividad comercial o profesional con clara vinculación familiar, por lazos afectivos de consanguinidad y/o afinidad, y/o convivencia, que ostenta la mayoría o la totalidad del control de la empresa y lo ejerce activamente participando en los órganos decisorios de gestión y administración y con una clara vocación de continuidad sustentada en una filosofía propia caracterizadora del fundador o fundadores.*

1.3. Estudio inédito del Protocolo Familiar y la problemática de la Empresa Familiar desde el Derecho de Familia y el marco legal público de la Unión Europea.

Otra de nuestras aportaciones es que, si bien todo lo relacionado con el PF y la EF se halla inmerso en una transversalidad jurídica que le es propia (mercantil, sucesoria, civil, fiscal/tributaria, civil, laboral), no existen, en este concreto ámbito, estudios desde la rama del Derecho de Familia.

³ Una empresa, de cualquier tamaño, es un negocio familiar cuando:

(1) la mayoría de los derechos a tomar decisiones está en posesión de la persona(s) natural(es) que creó la empresa, o en la posesión de la persona(s) natural(es) que ha(s)/han /adquirido el capital accionario de la empresa, o en posesión de su(s) esposas, padres, hijo o heredero(s) directos de hijos).

(2) La mayoría de los derechos a tomar decisiones son indirectos o directos.

(3) Al menos un representante de la familia o pariente pertenece formalmente a la dirección de la empresa.

(4) Las empresas registradas se incluyen en la definición de empresa familiar si la persona que fundó o adquirió la empresa (capital accionario) o sus familias o descendientes poseen el 25% de los derechos para tomar decisiones. (Final Report Of yhe Expert Group. Family-Bussines-relevant Issues. November, 2009, p. 10).

Por ello el presente estudio reviste especial consideración, pues analiza este tema desde el marco jurídico transversal, descendiendo a lo particular, desde el enfoque del Derecho de Familia para la Empresa Familiar y que, hasta la fecha no había sido abordado, por cuanto, si bien existe una abundante literatura jurídica y económica, especialmente, desde las ramas civil, mercantil y fiscal, no así desde la rama más familiar del Derecho.

Todo ello puede explicarse por el interés primordialmente económico y financiero que ha primado o se le ha dado a este tipo de mercantiles y que ha venido considerando a las instituciones propias del Derecho familiar (capitulaciones matrimoniales) o sucesorias (testamentos) al objeto cuasi único de fijar el régimen legal de separación de bienes en caso de matrimonios de miembros de las EFs y la realización de los testamentos por parte de los fundadores de estas mercantiles para prever y asegurar la sucesión empresarial.

Este trabajo profundiza en estas instituciones propias del Derecho de Familia así como ahonda en los negocios jurídicos de Familia como contratos prematrimoniales, acuerdos preconvivenciales y las donaciones *propter nuptias* para ofrecer toda una vertiente jurídico-práctica al Protocolo Familiar, concebido de forma articulada mediante la creación propia de los llamados por la doctoranda <<*documentos complementarios de Derecho de Familia al Protocolo Familiar marco*>>.

Es por ello por lo que esta labor viene a iniciar una línea que espera su enriquecimiento futuro con estudiosos en la materia para llegar a crear en una realidad no muy lejana una corriente doctrinal propia.

1.4. Aportar soluciones prácticas para el Protocolo Familiar.

En efecto, se conciben los documentos complementarios de Derecho de Familia al Protocolo Familiar como documentos y/o instituciones instrumentales necesarias y aconsejables para complementar y conseguir el cumplimiento y eficacia del PEF marco.

1.5. Recepción de la nueva línea jurisprudencial en torno a la desheredación como causa de maltrato psicológico y la nueva *Ley 15/2015, de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria.*

Si bien el tema en sí, por novedoso, interesante y trascendente, pudiera dar para el estudio de una investigación *ad hoc*, y no es ésta el objeto de la presente, no podemos por menos que hacernos eco de la importante línea jurisprudencial que ha iniciado el Magistrado- Ponente de la Sala Civil del TS, Excmo. Sr. D. Javier ORDUÑA MORENO, en relación a la importancia sucesoria en las EFs y que ha visto su reflejo en la reciente *Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria*⁴, que modifica el art. 756, apartados 1, 2 y 3 del CC vigente contemplando también la violencia psíquica como causa legal de desheredación, en su Disposición final sesenta y ocho⁵.

1.6. Estudio exclusivo sobre el impacto sobre la publicidad registral de los Protocolos Familiares en España desde la promulgación del RD 171/2007 hasta abril de 2015.

Efectivamente, durante los 8 años que lleva en vigor dicha norma, consultados por la doctoranda, no existe hasta el día de hoy datos ni estadística alguna ni en la Dirección General de Registros y Notariados, ni Registro Mercantil Central, ni en el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantil de Madrid, lo que nos ha llevado a confeccionar el PRIMER ESTUDIO ESTADÍSTICO AL RESPECTO abordado en este trabajo doctoral.

⁴ Publicado en BOE núm. 158 de 03 de Julio de 2015 con vigencia desde 23 de Julio de 2015.

⁵ Quedan redactados de la forma siguiente: «1. El que fuera condenado por sentencia firme por haber atentado contra la vida, o a pena grave por haber causado lesiones o por haber ejercido habitualmente violencia física o psíquica en el ámbito familiar al causante, su cónyuge, persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes»>>.

1.7. Análisis del papel público normativo que está realizando la Unión Europea en estas materias.

Realizamos un análisis pormenorizado de toda la normativa europea que ha tenido gran repercusión en España y que han incitado las iniciativas y reformas legislativas a nivel nacional para comprender el prisma público comunitario esencial tanto en cuanto a la Empresa Familiar y el Protocolo Familiar, creando para ello un GRUPO DE EXPERTOS EUROPEOS PARA EL ESTUDIO DE LA EMPRESA FAMILIAR a los que se debe, entre otros logros, la definición de EF comentada y todas las reformas legales que comentamos.

1.8. La acción exterior que realizan algunas Empresas Familiares como embajadoras económicas de la Marca España.

Importante resulta, asimismo, dar a conocer este significativo papel en una clara alianza público-privada para la consecución de los fines públicos institucionales indicados y que desarrollamos ampliamente en el último capítulo de este trabajo.

1.9. Contribuir a otorgar confianza en el arbitraje a través de la investigación y del conocimiento sirviendo la misma como plataforma de difusión para alcanzar su objetivo y misión principal: Difundir el conocimiento.

1.10. Demostrar que estamos ante un fenómeno de contractualización y prevalencia del Derecho privado de las relaciones familiares dentro de la EF para asegurar su buen funcionamiento y su continuidad abordando el PF desde la transversalidad jurídica en general y del Derecho de Familia en particular a través de los documentos complementarios del Derecho de Familia.

1.11. Crear cultura *ARBICOF* en la sociedad.

En efecto, con este estudio estamos creando cultura *ARBICOF* para asegurar y potenciar la supervivencia de las Empresas Familiares (EFs) como importantes generadoras de empleo en el tejido empresarial local, ámbito de la comunidad, nacional, europeo e internacional difundiendo el conocimiento y deshaciendo mitos infundados (como, por ejemplo, que el arbitraje es un método de solución de conflictos moderno).

1.12. Demostrar a través de la autonomía de la voluntad la tesis de la idoneidad del *ARBICOF* como instrumentos preventivos y/o resolutivos de los conflictos en sede de las Empresas Familiares.

Veamos cómo llegamos a tal aseveración:

1. Estudiando los límites de la autonomía de la voluntad.
2. Conociendo la problemática de las empresas familiares y la praxis judicial ordinaria.
3. Combinando intereses: Administración.- ciudadanos.
4. Generando confianza en el sistema *Arbicof* a través del conocimiento.
5. Difundiendo información y creando mentalidad *Arbicof*
6. Canalizando la iniciativa privada como alternativa al poder estatal.

EN DEFINITIVA, los resultados de esta investigación arrojan un nuevo concepto actualizado de Protocolo Familiar vertebrado a través de la figura de los documentos complementarios de Derecho de Familia al Protocolo Familiar para que , adecuándolos a la realidad concreta de cada Empresa Familiar y de cada familia empresaria, pueda ayudar al cumplimiento del mismo en armonía con el Protocolo Familiar general o marco en aras a contribuir a la perennidad de las Empresas Familiares como generadoras de valor humano, social, mercantil y económico a las economías locales, nacionales e internacionales, aportando, seguridad y confianza al tráfico jurídico.

1.13. Poner de manifiesto las carencias halladas en sede de esta materia investigada.

1.13.1. Inexistencia de un listado/control exacto del número de empresas familiares existentes en la actualidad.

Llama la atención que toda la comunidad reconozca la importancia y significación de estas en el tejido empresarial nacional, regional, nacional, comunitario e internacional, pero que se carezca de su control exacto, ya que los datos que ofrecemos y estadísticas son los que ofrecen las asociaciones e instituciones privadas respecto de sus asociados y lo que representan en estas economías (IEF,⁶ IVEFA,⁷ EFB).⁸

1.13.2. Inexistencia de un símbolo identificativo de estas empresas familiares,

Por razón de su importancia y significación, como generadoras de valor y confianza en terceros que le son propios y extraordinarios, por su gran repercusión en el tráfico mercantil, entendemos necesaria la creación de un signo/letra que las distinga e identifique.

2. IMPORTANCIA DEL TEMA ELEGIDO.

Todo ensayo de configuración general de una Institución o de construcción de un concepto general, debe basarse, si quiere tener fundamento sólido, en la realidad que la experiencia nos permite observar.

Los conceptos jurídicos no tienen valor, si no son inducidos de la realidad jurídica.⁹

La investigación de la presente tesis doctoral se basa en el denominado sistema *ARBICOF*, término original acuñado por la doctoranda suscribiente y que viene a

⁶ Instituto Empresa Familiar (Madrid).

⁷ Instituto Valenciano de Empresa Familiar (Valencia).

⁸ European Family Business.

⁹ DÍEZ PICAZO, L El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos. Bosch. Barcelona, 1957. P. 9.

representar en síntesis una acción conjunta instrumental e instituir el Protocolo Familiar como documento necesario y marco para la evitación o prevención de conflictos en las Empresas Familiares y el Arbitraje como medio idóneo, rápido, eficaz y menos costoso (psíquica y económicamente) para la resolución de las controversias una vez surgidas en el ámbito de estas mercantiles, o, lo que es lo mismo, en sede *MERCAFAMILIAR*. Otro término *ex novo* que se presenta en este trabajo para definir a estas peculiares entidades societarias.

Además, hemos de añadir el interés público nacional y europeo de este tipo de mercantiles por el enorme valor que aportan a la Sociedad en general y que motiva el interés de las Instituciones Nacionales y de la Unión Europea en legislar al respecto en reconocimiento universal de este valor y a fin de asegurar su pervivencia. Como señala CUESTA, «Considero que la Empresa Familiar, en función de las dos características básicas que la definen, esto es, la identidad entre propiedad y gestión y la vocación de permanencia a largo plazo, puede proporcionar a la sociedad determinadas utilidades con más facilidad que las empresas no familiares».¹⁰ En la misma línea el INFORME DEL SENADO recoge este sentir: «A las Instituciones Comunitarias, hace años que les interesa el fenómeno de que las PYMES conservan los puestos de trabajo en mayor medida que las grandes empresas en época de crisis, y en momentos de expansión responden más ágilmente al crecimiento del empleo... Asimismo, las Instituciones Europeas mostraron su interés por los problemas que supone la sucesión en las PYMES».¹¹

En cuanto al empleo de los criterios europeos de las PYMES a las EF, el citado informe señala contundentemente: «Al coincidir parcialmente la problemática de las PYMES con la de las empresas familiares de cierto volumen, debe considerarse como

¹⁰ CUESTA LÓPEZ, J.V. Mecanismos jurídicos para la defensa de la Empresa Familiar. Restricciones a la libre transmisibilidad de acciones en la Sociedad Anónima. OPVI Organismo Público Valenciano de Investigación. 2001. P. 58.

¹¹ SENADO. *Informe de la ponencia de estudio para la problemática de la Empresa Familiar*. Secretaría General del Senado. Dirección de Estudios y Documentación. Departamento de Publicaciones. Madrid, 2002. P. 72.

lógico que se utilicen en defensa de las empresas familiares los criterios europeos sobre las pequeñas y medianas empresas». ¹²

Pese a los elementos diferenciadores entre PYME y EF, ¹³ coincidimos en afirmar con PÉREZ-FADÓN que «la inmensa mayoría de las “empresas familiares” son, también, PYMES y que casi todas éstas son, a su vez, “empresas familiares”», y por ello entiende

de aplicación lo dispuesto para las PYMES a las EF «dada la coincidencia en casi al 80 o 90 por ciento de las empresas de ambas clasificaciones, lo regulado para estas últimas ¹⁴ suele ser de aplicación a aquéllas ¹⁵» ¹⁶.

Pero para poder comprender mejor el valor o importancia de esta tesis doctoral, hemos de referirnos, si bien brevemente, a la importancia que estas EF representan a nivel transnacional.

Para ello, en primer lugar, se hace preciso determinar: *¿qué entendemos por Empresa Familiar (EF)?*, para poder entender con más precisión el alcance, los fines y las consecuencias de los Protocolos Familiares (PFs).

Que la EF constituye hoy en día una sociedad con una tipología muy específica, es algo en que todos los sectores e instituciones gubernamentales, públicas, privadas y empresariales están de acuerdo. Con lo que no existe un verdadero consenso es en su definición conceptual. Y tanto es así lo que decimos que es el propio informe de la

¹² SENADO, cit., p. 73.

¹³Según PÉREZ-FADÓN PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J.J. *La empresa familiar. Fiscalidad, organización y protocolo familiar*. CISS. Bilbao, 2005. P. 21. «se considera que una empresa es de pequeña o mediana dimensión cuando, cualesquiera que sean sus propietarios y directivos, tiene un número reducido de empleados y/o factura una cantidad inferior a determinada cifra, sin que sea necesario, aunque se dé en muchos casos que los propietarios sean los que dirijan la empresa».

¹⁴ Se está refiriendo a las PYMES.

¹⁵ Referido a las EMPRESAS FAMILIARES.

¹⁶ PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J.J. *La empresa familiar...* Ob., cit., p. 21.

PONENCIA del SENADO —al coincidir con la opinión general doctrinal de carencia de concepto propio— de «un fantasma del Derecho»¹⁷.

Pero en lo que sí coincide dicho informe, haciéndose eco del consenso generalizado, es en las características que deben poseer las empresas para ser calificadas o tratadas como «familiares». Entre dichos requisitos se diferencia, a su vez, el carácter de la mercantil entre «unifamiliar» y «societaria» en función de la forma jurídico-empresarial que adopte la misma. Así tenemos pues que las condiciones que deben reunir dichas mercantiles para ser consideradas «familiares» son las siguientes:

Para los autores de la Ponencia se resumen en:

- EF UNIFAMILIARES: la familia debe poseer una importante participación del capital social; generalmente, su mayoría;
- que ejerza el control de la empresa con base en dicha mayoría;
- que la familia gestione la empresa, a través del órgano del Consejo de Administración, bien ocupando la totalidad o la mayoría en el caso, generalmente, de las societarias¹⁸.

2.1. Concepto de empresa familiar. Buscando su redefinición.

En esta línea escueta de definición nos encontramos una realizada por el MINISTERIO DE ECONOMÍA cuando considera que una empresa es familiar «cuando una parte esencial de su propiedad está en manos de una o varias familias, cuyos

¹⁷ Informe Ponencia de Estudio para la Problemática de la Empresa Familiar. Sección de Publicaciones. BOCG, Senado, Serie I, NÚM. 312, 23 de noviembre de 2001. Secretaría General del Senado. Dirección de Estudios y Documentación. Madrid, 2002, p. 69.

¹⁸ Vid. El informe de la Ponencia del Senado, (ob. Cit, pág. 69, in fine) «Que una familia, para el supuesto de empresa familiar, tenga una participación importante, que normalmente es la mayoría, del capital social. Que en base a dicha participación la familia pueda ejercer el control de la empresa. Que la familia participe en la gestión y/o de la empresa, ocupando normalmente para el supuesto de empresas societarias la totalidad o la mayoría en el Consejo de Administración»

miembros intervienen de una forma decisiva en la administración y dirección del negocio»¹⁹.

En cambio, el legislador —a efectos de regular la publicidad de los PF— las conceptúa desde un punto de vista de marcado enfoque del Derecho de Familia añadiendo a la definición conceptual el grado familiar que entiende por familia donde se concentra el poder y/o la propiedad total o parcial de la mercantil extendiéndolo a consanguíneos y/o afines y la define como «aquellas en las que la propiedad o el poder de decisión pertenecen, total o parcialmente, a un grupo de personas que son consanguíneas o afines entre sí»²⁰.

Este concepto queda algo corto, a nuestro parecer, por cuanto el legislador deja fuera del concepto de los lazos familiares afectivos a las «parejas de hecho» que tienen un tratamiento análogo en el Derecho Civil y de la Familia a las parejas matrimoniales²¹.

En esta línea que comentamos y aludiendo, asimismo, al parentesco, PÉREZ-FANDÓN MARTÍNEZ advierte esta circunstancia y especifica que la vinculación familiar se establecerá por vía matrimonial o relación análoga —entendiendo por ello las denominadas «parejas de hecho», olvidándose este autor, a nuestro juicio, de la vinculación familiar más importante y notable como es la de los lazos de sanguinidad, tanto ascendente como descendente y/o colateral: padres, hijos, hermanos, sobrinos, nietos, etc...²².

Por su parte, el IVEFA (Instituto Valenciano de Empresa Familiar), incidiendo en la inexistencia de un concepto legal definitivo de estas mercantiles, apunta en los aludidos

¹⁹ MINISTERIO DE ECONOMÍA. *Guía para la Pequeña y Mediana Empresa Familiar*. Dirección General de la PYME. Madrid, 2003, p.15.

²⁰ R/D 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares. http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/rd171-2007.html#a3, Preámbulo, p. 1.

²¹ Hemos de tener en cuenta que existen hoy en día muchas parejas de hecho formadas por un miembro integrante de una EF con otro no familiar y que, a veces, no pueden contraer matrimonio por la existencia de un vínculo matrimonial anterior aún no disuelto en derecho.

²² PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J.J. *La empresa familiar. Fiscalidad, organización y protocolo familiar*. CISS. Bilbao, 2005, pág. 17.

requisitos una connotación que, a nuestro juicio, diferencia a este tipo de mercantiles al añadir la «existencia de una filosofía empresarial propia, presidida por una vocación de continuidad generacional en el negocio».²³ Así pues, y coincidiendo con este, coincidimos en señalar que la singularidad de las EF gira en torno a tres grandes ejes:

- a) propiedad;
- b) una filosofía empresarial propia;
- c) vocación clara de continuidad²⁴.

Así podríamos seguir en la misma línea con muchos otros autores, pero no es el *leit motiv* de esta investigación definir la EF; no obstante, entendemos que se hace necesario precisar una aproximación definitoria. Pasamos a conceptuarla como:

<<organización económica, unipersonal o societaria, dedicada a una actividad comercial o prestación de servicios, con clara vinculación familiar por lazos afectivos de consanguinidad y/o afinidad, y/o convivencial, que ostentan la mayoría o la totalidad del control de la empresa y lo ejercen con participación activa en los órganos decisorios de gestión y administración y con una clara vocación de continuidad sustentada en una filosofía propia caracterizadora del fundador>>.

Si en algo coinciden todos los autores y estamentos es en dos cosas principalmente:

- 1) la vocación de continuidad *ab initio* que tiene el fundador cuando crea la EF y que quiere transmitir a sus herederos;
- 2) los multifactoriales problemas que afectan a este tipo de mercantiles y que, en muchos supuestos, hacen inviable dicha continuidad.

²³ Documento de comparecencia en el la Comisión del Senado, 2001, presentado por el Instituto Valenciano de Empresa Familiar. Pág. 1.

²⁴ En esta misma línea, vid. documento de comparecencia IVEFA, cit., p.2.

Qué duda cabe de que la especial conflictividad en que se ven envueltas estas EF viene dada por la relación afectivo-familiar que preside y marca las mismas y que no poseen el resto de las empresas no familiares²⁵.

Por todo ello, y constatada la importancia que tiene en las economías de todos los países este tejido empresarial y la necesidad de su supervivencia asegurando su transmisión, es por lo que tanto los operadores jurídicos como los distintos estamentos: institucionales, gubernamentales, asociaciones profesionales familiares, etc., buscan medios e instrumentos adecuados para la consecución de tal fin nada fácil debido a la idiosincrasia propia de cada familia, lo que hace, a su vez, única e individual a cada EF que la conforman. Y es dentro de estos mecanismos instrumentales aludidos como nos hallamos frente al denominado *Protocolo Familiar* (PF) del que mucho se habla y del que aún hoy en día queda mucho por decir.

Definida en su complejidad, pasamos a analizar el impacto que las mismas tienen en las economías mundiales.

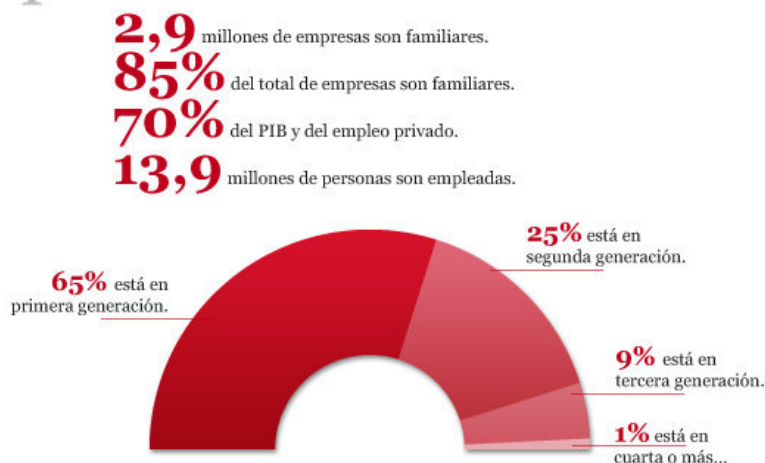
2.2. Repercusión de las empresas familiares como generadoras de empleo en el panorama autonómico, nacional, europeo e internacional.

Primeramente, cabe señalar que las Empresas Familiares (EF) representan en el tejido empresarial nacional un 85%, frente al 80% de EE UU y el 60% de la Unión Europea donde 1 de cada 6 EF es española.²⁶ Para nuestro país supone una tasa de empleo de 13,9 millones de personas y el 70% del PIB y del empleo privado.

²⁵ Ejemplo de ello claramente son estos supuestos de: A) Despido de un trabajador. No es lo mismo que el operario sea ajeno a la empresa (caso de las mercantiles no familiares) como si se refiere a un hijo, sobrino, nieto, cuñado, esposa, etc, como ocurre en las EF y cuyo problema se agrava en el supuesto de que éste sea un directivo de la misma. B) Caso contrario: Contratar en la EF a un miembro familiar que no reúne la preparación necesaria para el puesto a desempeñar y al que se cree aspirante sólo por el hecho del mero lazo familiar en detrimento de la cualificación profesional para ello.

²⁶ EUROPA PRESS. *La aportación al PIB de las empresas familiares españolas supera en cinco puntos a la europea*. Ccámaras. 27.07.2009.

España



Este gráfico ilustra claramente el impacto nacional de las EF españolas²⁷.

Por lo que respecta a la importancia de las EF en territorio de la Unión Europea, tenemos que las mismas representan el 50% del PIB, se cuantifican en más de 14.000.000 en todo el territorio UE y suponen más de 60.000.000 de puestos de trabajo en el sector privado²⁸.

Para ECHAIZ MORENO,²⁹ las empresas familiares «existen en el mundo desde el principio del capitalismo» y afirma que «casi el 90% de las empresas y negocios en el mundo son de propiedad familiar y representan el 75% de las unidades productivas, ofrecen el 70% de los puestos de trabajo disponibles y responden por el 80% del producto bruto mundial».

Prosigue este autor ofreciendo los siguientes datos:

- En EE UU, el 95% son familiares y conforman el 50% del PIB;

²⁷IVEFA. El valor de la empresa familiar. 10.11.2014. <http://www.ivefa.com/noticias-ivefa/item/133-value-empresafamiliar>. Fuente <http://www.adefam.com/empresa/cifras.html>.

²⁸GEEF. <http://www.europeanfamilybusinesses.eu/>.

²⁹ECHAIZ MORENO, D. *El protocolo Familiar*. Boletín mexicano de Derecho Comparado. Nueva serie. Año XVIII, Núm. 127, enero-abril 2010. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Universidad Nacional Autónoma de México, pág.103 (nota 4) y ss. http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1105&context=daniel_echaiz

- Latinoamérica:
- Panamá: el 63% de las empresas son familiares;
- Argentina: el 80%, y generan el 70% del empleo del país;³⁰
- Colombia: el 68%;
- Perú: casi todos los grandes grupos empresariales son familiares, afirma.

Estas poderosas cifras hacen que seamos muchos los profesionales, instituciones, gobiernos, cátedras, asociaciones empresariales, etc., los que nos ocupemos del tema con el objetivo de analizar los problemas específicos con los que se encuentran estas peculiares empresas con el fin de tratar de ofrecerles soluciones a su continuidad, en detrimento de su desaparición, para el bien de todos.

2.3. Sensibilización de los poderes públicos, privados, económicos, sociales y jurídicos sobre el tema.

Resulta indudable e indiscutible el valor que representan hoy en día las EF en todo el mundo y más indiscutido aún es que éstas son más rentables que las no familiares.

Para demostrar lo que decimos, basta referirnos a las conclusiones que arroja un estudio sobre un muestreo de 832 empresas (31% familiares y un 69% no familiares) de 6 países (Reino Unido, Francia, Italia, España, Alemania y Suiza), en un período de 10 años desde el 2000 al 2010 y cuyo resultado es concluyente³¹ en lo que sintetizamos:

1. Las EFs obtienen mayor rentabilidad económica y bursátil a largo plazo.
2. Mayor riesgo económico de mercado, de insolvencia y riesgo de liquidez (menor volumen de negociación) que las no familiares.
3. Mayor beneficio de control familiar en las empresas cotizadas en proporción a la transparencia y eficiencia de los sistemas de gobiernos corporativos.

³⁰ Vid. ECHAIZ MORENO, ob, cit, nota. 8, p.104.

³¹ Vid. IVEFA. *El valor de la empresa familiar...* p.. 2, in fine.

4. La diferencia de rentabilidad entre ambos tipos es mayor en las cotizadas de menor tamaño.

Todo ello nos lleva a afirmar que las EFs son un *value premium*.

Conscientes de su importancia, no lo somos menos de los problemas y retos que deben afrontar las mismas para evitar su desaparición y con ello los enormes efectos negativos que ello conlleva y acarrearía a la globalidad de países. De entre dicha problemática, entre otros factores de riesgo, es el de sucesión generacional, la profesionalización de la empresa, la evolución intergeneracional...y otros factores que iremos desarrollando a lo largo de este trabajo.

Respecto al relevo generacional PAVÓN señala que las EF españolas, el «70% se halla entre la 1ª y 2ª generación (padres e hijos) o de 2ª generación (sólo hermanos). Además, el 85% de los miembros de la familia empresaria trabaja en la empresa familiar»³².

Según el INSTITUTO DE EMPRESA FAMILIAR las cifras reflejadas en el siguiente gráfico son³³

³² PAVÓN, M. *Protocolo Familiar en España: 20 años de experiencia*. 09.12.2014.IVEFA.
<http://www.ivefa.com/noticias-ivefa/item/143-protocolo-familiar-en-espana-20-anos-de-experiencia>

³³ http://www.iefamiliar.com/web/es/cifras_ief.html



Destacamos de esas 19 empresas centenarias a las que se refiere el gráfico a la firma catalana PUIG que el año pasado (2014) cumplió 100 años de existencia. Fue creada en 1914 por don Antonio Puig Castelló iniciada como una PYME, que actualmente se halla en 3ª generación con unos ingresos de 1.499 millones de euros y que es hoy en día la 6ª empresa de moda y perfumes en el mundo. Entre sus fragancias más famosas se halla el *Agua Brava*, lanzada en 1968. En la actualidad su negocio se amplió asimismo a la comercialización de marcas propias de perfumes y moda, de reconocido prestigio bajo licencia como: Prada, Valentino, Carolina Herrera, Nina Ricci, Paco Rabanne, etc...

Otro claro ejemplo es JUVÉ y CAMPS que va ya por la 5ª generación desde que en 1796, don Joan Juvé Mir (viticultor audaz con ideas revolucionarias) asentó las bases de la bodega, con más de 250 millones de botellas en el mercado y que en 2010 mereció la distinción de la Orden del Mérito Alimentario de manos del rey Juan Carlos I.

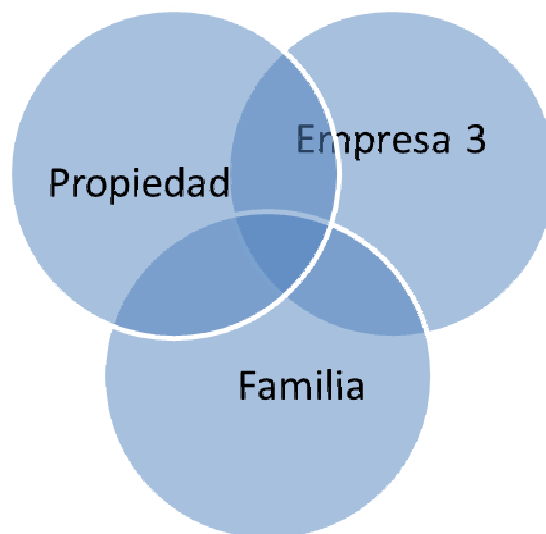
De este modo, tendríamos unas cuantas más, pero *¿por qué la inmensa mayoría no supera la 3ª generación?*

Muchos de los conflictos que se generan vienen provocados por rivalidades, falta de transparencia y, sobre todo, falta de previsión mediante los instrumentos adecuados para

evitarlos, siendo el Protocolo Familiar y sus documentos anejos los más importantes como quedará patente a lo largo de este estudio.

Pero para poder llegar a comprender el foco problemático tenemos que necesariamente situarnos en el núcleo esencial del mismo que no es otro que la confusión que se produce entre los conceptos de EMPRESA FAMILIAR-FAMILIA-PROPIEDAD. Este triángulo relacional subsiste y persiste en todas las EF. Por ello es tan importante dejar claro cada uno de los conceptos y sus límites.

Obligado pues resulta hacer, *a priori* esta diferenciación y lo hacemos siguiendo el modelo de estos tres subsistemas de Tagiuri y Davis, 1996 que define claramente estos roles dentro de las EF y que es el siguiente:



Detallaremos a continuación los distintos roles,³⁴ según su vinculación con la familia, con la empresa y con la propiedad:

- <<1. Propietarios que no pertenecen a la familia ni trabajan en la empresa.
2. Propietarios, miembros de la familia que no trabajen en la empresa.
3. Personas que trabajan en la empresa, que no son propietarios y que no tienen ninguna vinculación con la familia.

³⁴ PRICEWATERHOUSECOOPERS. *Manual de la Empresa Familiar*. Juan Corona, Editor. DEUSTO, 2005. P. 428 y 429.

4. Propietarios que trabajan en la empresa sin vinculación con la familia.
5. Propietarios, miembros de la familia que trabajan en la empresa.
6. Miembros de la familia que trabajan en la empresa sin participación en la propiedad.
7. Miembros de la familia que no trabajan en la empresa y que no tienen participación en la propiedad...»

Como puede apreciarse las combinaciones y roles son muy variadas.

Pues bien para estudiar estas relaciones y los conflictos que generan y que impiden la continuidad *mercafamiliar*, se han creado en España un total de 36 cátedras distribuidas por el todo el territorio peninsular e insular (que, como puede apreciarse en el mapa nacional, se hallan representadas en la totalidad del territorio) y que, a su vez, generan una gran actividad a base de estudios, congresos, encuentros, etc, con los interlocutores afectados para tratar estos problemas.



³⁵ Gráfico ofrecido por el Instituto de Empresa Familiar. donde se indican que las cátedras actualmente existentes se hallan en las siguientes ciudades: Andalucía: Universidad de Almería- Cátedra de Empresa Familiar, Universidad de Huelva, Universidad de Granada, Universidad de Málaga, Universidad de Córdoba, Cátedra de la Universidad de Cádiz, Universidad de Sevilla, Universidad de Jaén. Castilla y León: Universidad Europea Miguel de Cervantes. Universidad de Burgos. Universidad de León. Universidad de Valladolid. Universidad de Salamanca. Castilla-La Mancha: Universidad de Castilla-La Mancha. Aragón.: Universidad de Zaragoza. Extremadura: Universidad de Extremadura. Cataluña: Universidad de Girona, Universidad de Barcelona, Universidad Abat Oliba CEU, Universitat Internacional de Catalunya. Galicia: Universidad de Vigo, Universidad de A Coruña, Universidad de

Además de las citadas cátedras que, reiteramos, cubren prácticamente todo el territorio español, existen 17 asociaciones territoriales de empresa familiar, que a su vez se extienden por casi la totalidad de las comunidades autónomas españolas. En conjunto, engloban a 1.100 empresas de todos los sectores de actividad, que de manera agregada representan el equivalente al 11% del PIB nacional»³⁶.

Por su parte, el Gobierno de la Nación, a través de la Comisión de Hacienda, creó una Ponencia de Estudio para la Problemática de la Empresa Familiar en el 2001, donde intervinieron los interlocutores que representaban a los distintos sectores en esta materia.³⁷

A mayor abundamiento, la Dirección General de la Pequeña y Mediana Empresa (PYME), como fruto y resultado de la citada ponencia, publicó una *Guía para la Pequeña y Mediana Empresa Familiar*, en el año 2003, y que «...responde a la primera

Santiago de Compostela. Comunidad Valenciana: Universidad de Valencia, Universidad Miguel Hernández de Elche, Universidad de Alicante. Región de Murcia, Cátedra de Empresa Familiar Mare Nostrum Universidad de Murcia y Universidad Politécnica Cartagena. Asturias: Universidad de Oviedo. Comunidad de Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, Universidad Antonio de Nebrija de Madrid, Universidad Complutense de Madrid. Canarias: Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. País Vasco: Universidad del País Vasco. Cantabria: Universidad de Cantabria. La Rioja: Universidad de La Rioja. Baleares: Universitat de les Illes Balears. http://www.iefamiliar.com/web/es/catedras_mapa.html

³⁶ <http://www.iefamiliar.com/web/es/asociaciones.html>. Según el Instituto de Empresa Familiar «Las Asociaciones Territoriales de Empresa Familiar están formadas por empresas familiares líderes en los distintos sectores de actividad de su región. Estas organizaciones surgen de la iniciativa de las empresas familiares de las distintas Comunidades Autónomas, que constatan la voluntad del IEF por contar con una proyección regional, conocer los asuntos que afectan a este tipo de compañías en sus respectivas áreas de influencia y difundir los asuntos en los que se trabaja a nivel estatal y europeo».

³⁷ *Informe Ponencia de Estudio para la Problemática de la Empresa Familiar*. Sección de Publicaciones. BOCG, Senado, Serie I, Núm. 312, 23 de noviembre de 2001. Secretaría General del Senado. Dirección de Estudios y Documentación. Madrid, 2002, págs. 17 a 69. Intervinieron: El presidente del Instituto de Empresa Familiar, un miembro de la Comisión Ejecutiva Confederal de la Unión General de Trabajadores, Presidente de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, el presidente de Globalia Corporación, un economista y miembro del gabinete técnico confederal de Comisiones Obreras, abogado del bufete Ortega, abogados del Estudio Jurídico Lexconsult, el presidente del Instituto Valenciano de Empresa Familiar (IVEFA) y su asesor, un empresario textil, el presidente de la Asociación Europea de la Empresa Familiar, Catedrático de Derecho Financiero de la UPV, el presidente del Consejo de la Empresa Familiar de la Confederación de Empresarios de Andalucía, la presidenta de la Comisión de la Empresa Familiar de la Confederación de Empresarios de Galicia, notario de Madrid, Secretario General de la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE), Vicepresidente del Grup Sol Meliá, Catedrático del Área de Conocimiento de, Economía Financiera y Contabilidad de la Universidad de La Rioja, el presidente de PIMEC-SEFES, la Directora General de la Política de la PYME, el Subdirector General de Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas.

recomendación de la Ponencia del senado, y trata de aportar elementos de información a las pequeñas y medianas empresas que les permitan la adopción de decisiones respecto a su gestión, anticipándose a situaciones que generalmente surgen a lo largo de la vida de las empresas familiares»³⁸.

Para finalizar, basta echar un vistazo a la cantidad de manuales, textos, artículos, en definitiva, literatura que sobre este preocupante tema ocupa a todos.

2.4. Especial relevancia de las consecuencias de las rupturas afectivas en la continuidad y buen gobierno de las empresas familiares.

*El dominio de la familia es el de las emociones, entre las que destacan el cuidado y la lealtad, mientras que el dominio del negocio es el trabajo, con el acento en la actuación y los resultados. La empresa familiar es una fusión de estas dos poderosas instituciones.*³⁹

A lo largo de esta investigación, y tal como pondremos de manifiesto en la misma, constatamos la preocupación de los interlocutores implicados centrada principalmente en las áreas del derecho mercantil (temas de acciones y participaciones sociales, sindicación de votos, toma de decisiones, elecciones de los miembros de los órganos directivos de la mercantil...), derecho sindical (convenios colectivo de los trabajadores, admisiones, contratos laborales, despidos...) derecho fiscal y tributario (exenciones fiscales, casi el 95% en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales en la sucesión de la EF...), derecho civil (testamentos, donaciones, etc...), pero es la rama del Derecho de Familia la que hemos advertido que su consideración en la redacción de los PFs y/o documentos complementarios la que resulta prácticamente inexistente. Es, precisamente ese «olvido» lo que ha motivado a la doctoranda que suscribe a investigar ese aspecto en concreto al no haber hallado casi nada de literatura jurídica al respecto.

Ha sido ese descubrimiento el que nos lleva a centrar la presente *tesis de investigación doctoral*, toda vez que, obviamente y dada la naturaleza jurídica

³⁸ DIRECCIÓN GENERAL DE LA PYME. Guía de la Pequeña y Mediana Empresa Familiar. Centro de Publicaciones. Ministerio de Economía. Madrid. 2003.

³⁹ LEACH, P. y BOGOD, T. *Claves de la empresa familiar*. BDO Audiberia. Madrid, 2006. P. 44.

transversal de las EF y por ende de los PFs, referenciaremos brevemente el área mercantil (la más utilizada) para contextualizar el presente trabajo que, insistimos, estará centrado en los *pactos, documentos y el protocolo familiar* que tiendan a asegurar, desde el punto de vista jurídico, la continuidad de la EF.

La importancia del Derecho de Familia en las EF y en los PFs se basa en que cada día son más los miembros de las EFs que contraen matrimonio/pareja de hecho con personas ajenas a la EF y a la familia empresaria y que entra a formar parte de la misma, bien por relación afectiva, bien por relación laboral y, en algunas ocasiones, se mezclan ambas, la laboral como consecuencia de la sentimental y se incorporan a la mercantil familiar como un miembro más de la familia (por afinidad) y de la propia empresa, pero no siempre dicha unión es duradera en el tiempo y, ocurre en muchas ocasiones que se quiebra la misma. La falta de previsión de las consecuencias de una posible ruptura afectiva (matrimonial o no matrimonial) hace, en múltiples ocasiones, peligrar las relaciones con la familia empresaria y, con la misma EF.

Por todo ello, y tras más de 20 años en el campo del Derecho de Familia de la suscribiente de la presente tesis y habiendo conocido casuística más que suficiente, ha motivado a la misma a centrar este trabajo en dicha rama al objeto de aportar su experiencia en nulidades, separaciones, divorcios y rupturas de pareja de hecho, junto con el conocimiento mercantil de la EF para concebir los pactos y contratos que, entendemos, contribuirán a mejorar las relaciones de los miembros de la familia empresaria con la EF.

Prueba de lo que venimos diciendo son las estadísticas que nos ofrece el CGPJ (Consejo General del Poder Judicial) referidas al año 2013 que, pese a que los procesos de familia han descendido, respectivo al año 2012 por motivos de la crisis, aún así las cifras son escalofriantes y hablan por sí mismas.⁴⁰ En 2013 se registraron un total de

⁴⁰ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Panorama de la Justicia durante el 2013*. «El número de demandas para las separaciones y divorcios, tanto las de mutuo acuerdo como las contenciosas, se ha reducido respecto a 2012. Las separaciones de mutuo acuerdo cayeron un 2,1% y

Ania Granjo Ortiz

124.975 procedimientos de ruptura matrimonial, lo que supone que cada 0,24 minutos aproximadamente se rompe una pareja en España.

	Nulidades matrimoniales	Divorcios consensuados	Divorcios no consensuados	Sepa. mutuo acuerdo	Separaciones contenciosas
Andalucía	46	11.366	10.578	870	575
Aragón	2	1.762	904	117	48
Asturias (Principado de)	4	1.734	1.128	117	52
Balears (Illes)	2	1.905	973	95	34
Canarias	4	3.665	3.212	194	132
Cantabria	1	948	588	48	24
Castilla y León	7	2.815	1.861	236	114
Castilla-La Mancha	9	2.535	1.921	184	95
Cataluña	37	13.944	7.101	861	257
Comunidad Valenciana	24	8.560	5.609	522	269
Extremadura	0	1.241	997	133	72
Galicia	10	3.778	2.867	239	142
Madrid	17	9.945	5.990	593	249
Murcia (Región de)	3	2.045	1.561	151	75
Navarra (Comunidad Foral de)	3	891	403	65	20
País Vasco	6	2793	1686	174	70
Rioja (La)	3	399	230	32	3
TOTAL	178	70.326	47.609	4.631	2.231

las contenciosas un 6,9%. Las demandas de divorcio contenciosas han caído un 0,3%, mientras que las consensuadas lo han hecho un 3,5%»

Ni qué decir tiene que las repercusiones que tienen las rupturas contenciosas son nefastas para las EFs si no se han previsto sus consecuencias que haga que los efectos de las mismas sean más llevaderos por los miembros de las EFs que se separan y o bien continúan trabajando en la empresa o, en caso contrario, no entorpezcan las relaciones con los miembros de la misma y, en consecuencia, la afectación a la la EF será mínima o minimizada.

A lo largo del presente trabajo veremos cómo podemos prever dichos efectos en aras a procurar que afecte lo menos posible a la EF la nueva situación que se produce a raíz de la ruptura sentimental. Nos daremos cuenta de la necesidad de los documentos que aquí proponemos para paliar los efectos nocivos que acarreará su no previsión y entenderemos que, en esta rama principalmente, el Derecho despliega sus máximos efectos con su previsión. Todo ello en plena armonización del estudio de la autonomía de la voluntad y sus límites legales.

3. DESARROLLO.

El método utilizado en la presente investigación es claro:

3.1. PREMISAS: Partimos de la constatación de la incidencia nefasta de la no previsión/regulación de los efectos y consecuencias que acarrearán las posibles futuras rupturas afectivas a las relaciones de los miembros de la familia empresaria y de la EF, y que éstas pueden contribuir, bien a la escisión de la EF, bien a su desaparición, es por lo que hemos establecido que:

3.2. MEDIOS: A partir de la autonomía de la voluntad hemos arbitrado una serie de documentos y pactos reflejados, principalmente, en el Protocolo Familiar (como documento vertebrador) y en los restantes documentos que lo desarrollan para conseguir la prevención de problemas futuros a través de los mismos y también, para el caso de que ya se hayan producido o se produzcan, el medio solucionador idóneo que propugnamos es el arbitraje, por ser un medio heterocompositivo y, de entrada, merecer

más confianza por su preparación, imparcialidad y objetividad de los árbitros que se designen constituyendo el método resolutivo más cómodo, eficaz, discreto y aconsejable para estos conflictos. En base a ello, propugnamos como,

3.3. TESIS: El «ARBICOF» como una acción conjunta de realización del Protocolo y documentos que lo desarrollan como medio de prevención de conflictos y el Arbitraje para el caso de que se haya producido un conflicto, ya sea en la interpretación o incumplimiento del PF o alguno de sus documentos y/o pactos que los contienen, bien sea de cualquier otra índole la disputa que se haya originado en sede de la EF y que afecte al buen gobierno de la misma.

Así pues y para la elaboración de la presente tesis doctoral hemos utilizado todas las posibilidades de investigación que nos ofrecen los actuales medios a nuestro alcance, desde la Fuentes Tradicionales, como las grandes obras jurídicas de nuestros Maestros (Digesto Instituta, Novelas, Código), los textos y manuales, estudios comparados, casuística, la praxis en el despacho de familia de la doctoranda que suscribe durante 21 años, artículos...

Señalamos la importante fuente de datos estadísticos y referenciales que nos ofrecen los distintos enlaces virtuales y que nos ha permitido elaborar una investigación más desarrollada, profunda, actual y fresca, permitiéndonos adentrarnos en el foco de la problemática actual que aqueja a estas mercantiles.

4. ESTRUCTURA Y SISTEMÁTICA DEL CONTENIDO

El cuerpo central de la presente investigación, es decir los capítulos a lo largo de los cuales se desarrollan los contenidos que inician, enlazan y concluyen esta tesis con sus respectivas conclusiones y propuesta final, se estructura en tres grandes bloques o partes que se estudian en profundidad por separado para darle una visión global y conectada en conjunto.

4.1. Primera parte: el arbitraje como medio idóneo de resolución de conflictos en las Empresas Familiares: Convenio arbitral y Protocolo (PEF).

La primera parte estudia el ARBITRAJE como medio pacífico de resolución de conflictos ideal, sobre todo y particularmente, para resolver los problemas que surjan en el ámbito de las empresas familiares que puedan dificultar o imposibilitar su continuación *mercafamiliar*.

Para llegar a tal conclusión, analizamos el origen de la institución arbitral para darnos cuenta que ésta no es una realidad moderna sino que la misma se remonta milenariamente a tiempos pasados, habiendo pervivido hasta nuestros días y superado infinidad de avatares políticos, históricos, jurisdiccionales etc...donde ha demostrado siempre – en unas épocas con más acento y otras con menos- su eficacia.

También ello nos lleva a la consciencia que nuestros más ilustres juristas (venerados y emulados hoy en días en nuestras aulas universitarias y foros jurídicos), entre ellos destacamos la bellísima y eficaz elocuencia forense ciceroniana, han apelado al arbitraje en sus respectivas defensas de los litigios que han dirigido como queda demostrado a lo largo del presente trabajo.

Asimismo, engloba el estudio de sus principales componentes: los árbitros, su contenido: el convenio arbitral y ofrecemos un estudio (aún breve por la densidad del presente estudio) de las ventajas e inconvenientes que ofrece este sistema con el objeto de analizar estos últimos y buscar las vías de solución y/o compensación jurídica con el único fin que huía toda esta experiencia intelectual universitaria que no es otra que ofrecer unas vías de soluciones a problemas actuales - vía el soporte de investigación, maduración, interpretación jurídica y análisis conclusivo - a fin de aportar a la *universitas* unas líneas de estudio exclusivo y original en este campo que ayude a incrementar el *acervo* intelectual que ya posee.

No podíamos olvidar por hallarnos en una *comunitas iuridica* realizar un análisis de las ventajas que ofrece el arbitraje frente a la jurisdicción ordinaria para darnos cuenta de las bondades del primero en relación a la casuística y realidad jurisdiccional actual a tono con la conflictividad judicial existente hoy en día. Todo ello en aras a cumplir la máxima que establece que, uno de los principios clásicos del *ius* no deja de ser el canal para dar solución a los problemas reales de la sociedad sintetizado en el *suum cuique tribuere*.⁴¹ En este sentido, ya adelantamos que estamos de acuerdo con la definición de justicia que ofrece el autor SÁNCHEZ DE LA TORRE y PERELMAN, en consonancia con ULPIANO << *costans et perpetuas voluntas suum cuique duendi*>>, de que justicia es dar a cada uno lo suyo, esto es, lo que le pertenece con arreglo a sus derechos y deberes alejándonos de ese concepto de justicia global constitucional contemplada en el art. 14 de nuestra Carta Magna⁴² que establece el principio de igualdad ante la ley pero no de que a todos nos tienen que dar lo mismo, sino que se nos ha de tratar de la misma manera en las mismas circunstancias. O lo que es lo mismo, una cosa es el trato legal y otro el trato material entendido en el sentido de darle lo que le corresponde en aras al derecho que le asiste y resulta probado inequívocamente conforme a las reglas del derecho vigentes *ad casum*.

4.2. Segunda parte: el Protocolo Familiar como medio preventivo de evitación de controversias en el seno de las Empresas Familiares. Los documentos complementarios desde el Derecho de Familia

La segunda parte analiza en profundidad la *ratio essendi* del protocolo familiar como documento marco de carácter preventivo, bien para la evitación de dichos conflictos, bien previendo las formas de resolución de los mismos, contemplando el arbitraje como

⁴¹ SÁNCHEZ DE LA TORRE, A. *Los principios clásicos del derecho*. Unión Editorial, S.A., Madrid, 1975, p. 213. Aquí el autor haciéndose eco de los pensadores recogidos en Chaïm Perelman, *Droit. Morales et philosophie*, 1968, pág. 12, afirma que «... el *suum, cuique tribuere* no es más que la frecuente definición de la justicia refiriéndose a lo que pertenece a cada uno conforme a la atribución de derechos y deberes subjetivos acordados por la ley».

⁴² Constitución Española: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/constitucion.html
«Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

el medio más adecuado para ventilar los mismos con preferencia (aunque no exclusión) del instituto de la Mediación.

Como elemento contractual de carácter eminentemente privado no podíamos dejar de lado el análisis del estudio de la autonomía de la voluntad como medio de articulación del mismo –y la configuración de sus pactos- para conseguir la eficacia legal, jurídica y moral que pretendemos. De sus límites, de sus posibles contenidos y de su alcance jurídico, trata un importante apartado de esta investigación.

Asimismo, el Protocolo Familiar (PF) no deja de ser un documento denominado de *números apertus* por cuanto está configurado como articulador o instrumentalizador de otros documentos auxiliares que complementan la eficacia de los pactos contenidos en él. Y todo ello porque, entendemos, que solo la contemplación en conjunto de todos estos instrumentos jurídico-privados (desde el punto inicial basado en la autonomía privada de la voluntad de las partes) despliegan su eficacia convirtiendo alguno de ellos en documentos públicos mediante la fe pública notarial y/o registral, como veremos más adelante, consiguiendo con ello más seguridad jurídica en el tráfico mercantil de las empresas familiares con la debida protección a los terceros de buena fe.

En esta línea se hallan, los DOCUMENTOS COMPLEMENTARIOS DE DERECHO DE FAMILIA (DOCODEFA), a los que por su importancia autónoma les hemos dedicado cuatro capítulos, precedidos de un capítulo introductorio que los enmarca y conecta con las instituciones y documentos más importantes para el estudio (capitulaciones matrimoniales, donaciones *propter nuptias*, acuerdos prematrimoniales y pactos preconviviales), así como hacemos referencia – como no podía ser de otro modo- a los testamentos, los estatutos societarios y los oportunos documentos privados, relativos a los miembros de las empresas familiares (EF) concretas para conseguir el objetivo u objetivos pretendido.

Asimismo se ha realizado un pormenorizado estudio de la legislación foral en todas las comunidades autónomas que han legislado al respecto en materia concernientes al

Derecho de familia para comparar los marcos legislativos, nacional y autonómico y la afectación desigual a los ciudadanos con clara discriminación en relación al lugar de su residencia y poder contrastar los límites de la autonomía de la libertad basándonos en las diferentes regulaciones.

No podíamos dejar de lado, analizar los pormenores de la publicidad registral de los protocolos familiares en orden a la legislación legal vigente al efecto desde 2007 y estudiar el impacto que la misma ha producido hasta nuestros días. Ello nos ayudará a entender, un poco más si cabe, la particular idiosincrasia de estas mercantiles que copan una gran parte de nuestro tejido empresarial a todos los niveles, autonómico, nacional, europeo e internacional, como veremos a lo largo de este extenso trabajo.

4.3. Tercera parte: la intervención institucional pública de la Unión Europea en materia de Protocolo y Empresa Familiar: el papel de algunas empresas familiares como acción exterior española de la Marca España.

Para finalizar, hemos considerado necesario estudiar el enfoque público comunitario europeo que recoge la gran labor y preocupación sobre todo lo concerniente a las Empresas Familiares que desde la COMISIÓN EUROPEA de Bruselas se está llevando a cabo a través de iniciativas, estudios y propuestas legislativas tendentes a crear un marco comunitario uniforme en los países miembros de la UE respecto de esta temática.

Prueba de su sensibilización, es la creación de un GRUPO DE EXPERTOS, dependientes de la Comisión Europea (GEEF) para el estudio de la problemática de la EFE (Empresa Familiar Europea).

Del mismo modo, cerrando este tercer bloque internacional y con el fin de constatar la importancia real que a todos los niveles suponen las empresas familiares y, por ende, la vital importancia del protocolo familiar como instrumento jurídico para ayudar a conseguir esta pervivencia, realizamos un estudio del papel que como embajadoras económicas que realizan algunas de las más representativas Empresas Familiares en el

exterior y que suponen una dignísima representación de nuestro país como MARCA ESPAÑA. Así, con el estudio del papel en el extranjero que realizan las mismas cerraremos el cuerpo central investigador del presente trabajo. Ello nos ofrece una idea clara de la relevancia de esta investigación para poner de relieve la necesidad urgente de atender a los problemas aquí planteados y las soluciones que ofrecemos a lo largo de esta exhaustiva investigación.

Finalmente, esta TESIS concluye, como no podía ser de otra forma, con unas propuestas de *LEGE FERENDA* y con la relación de los materiales utilizados en el mismo e indicados en el apartado de bibliografía como son:

- A) Manuales de textos.
- B) Libros específicos de la materia
- C) Códigos legales
- D) Comentarios a la legislación propia
- E) Enlaces o links a páginas webs consultadas
- F) Reseñas de prensa escrita y revistas especializadas

PRIMERA PARTE:

**EL ARBITRAJE COMO MEDIO IDÓNEO DE RESOLUCIÓN
DE CONFLICTOS EN LAS EMPRESAS FAMILIARES:**

El Convenio Arbitral y el Protocolo Familiar.

CAPÍTULO I

ONTOLOGÍA DEL ARBITRAJE. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y NOTAS A SU UNIVERSALIDAD.

La cultura arbitral hoy en día no podemos decir que se halla fuertemente asentada en nuestro país y ello, a nuestro entender, no es por falta de bondades y ventajas que adornan a la institución arbitral y que son muchas, sino por la desconfianza propia del desconocimiento de la misma, así como por el carácter patrio de la costumbre que lleva a sus nacionales a proseguir con el sistema instaurado mayoritario (jurisdicción ordinaria) en detrimento de la innovación, haciendo uso del viejo refrán muy español de que «más vale malo conocido que bueno por conocer».

Ya lo dijo en 1990 VALIÑO DEL RÍO con estas palabras: << España es renuente en cuanto al uso de la institución arbitral. Se trata de algo que depende de la valoración social y del espíritu colectivo, el cual, a pesar de lo aventurado de la empresa, suele preferir la justicia pública antes de acudir al arbitraje>>⁴³.

Por ello, por la especial situación de la Justicia española en estos momentos, por la delicada naturaleza jurídica de los conflictos en sede de la Empresa Familiar, por las múltiples ventajas que supone hoy en día para todas las partes en conflictos acudir a la institución arbitral como medio más idóneo, rápido, económico y eficaz para solventar de manera pacífica las controversias surgidas en el seno de estas específicas

⁴³ VALIÑO DEL RÍO, E. Prólogo al libro de BUIGUES OLIVER, G. *La solución amistosa de los conflictos en Derecho Romano: El arbiter Ex compromisso*, Ed. Montecorvo, S.A., Madrid, 1990, p. 19.

mercantiles, así como para fomentar la cultural del arbitraje, ofrecemos el presente estudio de investigación cuya tesis final avala estas pretensiones iniciales.

Investigación ésta que va en consonancia con las palabras pronunciadas por el Ministro de Justicia, RAFAEL CATALÁ al clausurar el XXV Congreso Internacional de Arbitraje organizado por la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje el pasado día 7 de octubre de 2014, cuando dijo textualmente «El desafío consiste en consolidar una nueva cultura de resolución de conflictos».⁴⁴

Y más adelante en su discurso, afirmó el empeño de su Gobierno para homologar nuestro modelo de Justicia al de los países con economías más competitivas del mundo y para ello citó la renovación de diferentes legislaciones reguladoras de sectores privados como la Ley de navegación marítima de julio de 2014 y el futuro Código Mercantil con el objeto de facilitar y reforzar el arbitraje.

Concluyó el Ministro sosteniendo que «hay que conseguir que los agentes económicos y el conjunto de la sociedad conozcan y valoren los principios de inmediación, audiencia, celeridad, contradicción e igualdad de las partes que presiden el procedimiento arbitral».⁴⁵

Y como colofón a su intervención ofreció un dato, que a nuestro juicio nos parece alarmante, en cuanto a la litigiosidad en nuestro país al día de hoy: «La Administración de *Justicia registra un total de 8,6 millones de asuntos anuales*» por lo que el político y con estas cifras en la mano no dudó en concluir taxativamente que el arbitraje es una «alternativa y complemento de la Administración de Justicia con una innegable dimensión de servicio público».

Sin duda alguna la cifra de 8,6% de litigiosidad ordinaria, es decir, de asuntos contenciosos interpuestos en los Juzgados y Tribunales ordinarios, es un altísimo

⁴⁴ Artículo publicado en la web http://www.elderecho.com/actualidad/Rafael-Catala-consolidar-resolucion-conflictos_0_732750252.html.

⁴⁵ Art.,cit.,http://www.elderecho.com/actualidad/Rafael-Catala-consolidar-resolucion-conflictos_0_732750252.html

porcentaje si tenemos en cuenta el volumen total de nuestra población nacional con capacidad legal para litigar, o lo que es lo mismo, como mínimo, los mayores de edad no incapacitados. Y todo ello para un país en un momento convulso política y socialmente que hace que la justicia ordinaria sea lenta y, por tano, inoperante. Cabe aquí recordar el viejo brocardo latino de «*iustitia retardata, iustitia negata*».

Por todas las razones apuntadas y más que iremos viendo a lo largo de este trabajo, comprobaremos como el arbitraje se configura – tal y como ha afirmado el Ministro – como alternativa idónea para la resolución de controversias a la par que complementaria a la propia Administración Estatal de Justicia.

Pero si a todas luces el arbitraje es tan recomendable, la pregunta que nos surge es *¿por qué esta institución es tan desconocida e infrautilizada en la actualidad?* La respuesta que ofrecemos es múltiple, pero todas las opciones pasan por las principales:

1ª) El desconocimiento que se tiene por toda la sociedad en general de esta Institución como mecanismo de resolución de conflictos rápido y eficaz, por una parte, y

2ª) La falsa creencia de lo que nosotros llamamos «modelo de última generación»⁴⁶ desconociendo de que el arbitraje no es cosa de ahora sino que su práctica y utilidad viene desde tiempos remotos.

Es por ello que remontarnos al origen del arbitraje y del árbitro como figura esencial privada y alternativa al poder estatal de la época para solventar las controversias surgidas entre las partes en un trato, negocio o relación bilateral, lo entendemos necesario para combatir esa desconfianza que adolece esta figura en la actualidad debida a la ignorancia histórica que se padece.

Así, este trabajo constatará sin lugar a dudas el origen y antigüedad del arbitraje, desde la Antigüedad hasta la vigente Ley 60/2003, de 23 de diciembre, reformada por la

⁴⁶ Es decir, algo novedoso que por carecer de experiencia y resultados evaluables merece cierta reticencia en su utilización.

ley 11/2011, de 20 de mayo, pasando por el derecho griego, romano, medieval, foral valenciano, ilustrado, etc, para dejar constancia irrefutable de que el arbitraje no es una invención moderna sino una institución de origen privada con un fin: constituirse como medio eficaz, sencillo y ágil de solucionar problemas jurídicos entre particulares y, con ello, que esta tesis consiga su mejor aportación a la sociedad: contribuir a otorgar confianza en el arbitraje a través de la investigación y del conocimiento sirviendo la misma como plataforma de difusión para alcanzar su objetivo y misión principal: *difundir el conocimiento* en su acepción más amplia de *universitas*.

En esta ardua tarea, se hace preciso, si bien *grosso modo* dada la extensión del presente trabajo doctoral, recurrir *prima facie* a las fuentes del pasado para poder entender nuestro *Derecho Moderno* porque, sostenemos, que sólo conociendo nuestro pasado podemos comprender, valorar y aceptar, nuestro presente jurídico más alternativo, concibiendo el arbitraje como una ADR⁴⁷ (*Alternative, dispute resolution*) y que, en palabras de BARONA VILAR «es lo que ha provocado que se hable de *alternativas*» Y, decimos alternativo y decimos bien, porque eso es en síntesis, para nosotros, el arbitraje: la alternativa/opción más adecuada a la situación jurisdiccional actual para solventar las controversias surgidas como consecuencia del tráfico mercantil en las relaciones de las empresas familiares dentro del ámbito territorial nacional, europeo e internacional.

Por ello y para iniciarnos en el complejo y trascendental mundo del arbitraje y de los árbitros, hemos de remontarnos, primeramente, al origen del vocablo árbitro. FERNÁNDEZ DE BUJÁN lo halla en la raíz fenicia *rbn* (garantía) y apunta a que se habría introducido en Roma a través del comercio⁴⁸ acuñándose el término de *arbitrer*. Acudimos, pues, en primer lugar, a la definición actual ofrecida por el Diccionario de la

⁴⁷ BARONA VILAR, S. *Solución extrajudicial de conflictos. «Alternative dispute resolution» (ADR) y Derecho Procesal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 21.

⁴⁸ Según FERNÁNDEZ de BUJÁN, A. *Jurisdicción y arbitraje*; Iustel, Portal Derecho SA, Madrid, 2006, pág., 200, «el término latino *arbitrer* que derivaría de la lengua fenicia y haría referencia a garantía, conforme a la raíz fenicia *rbn*, se habría introducido a través del comercio en la lengua latina»

Real Academia de la Lengua Española⁴⁹ que lo entiende como una facultad de llevar a cabo una acción (arbitrar). Pero es esta misma acción la que se puede percibir o conceptualizar desde distintos enfoques, bien desde una perspectiva personalista del sujeto,⁵⁰ bien desde la perspectiva objetiva de un tercero.⁵¹ Y es desde esta última que podemos definir esta facultad como la << acción llevada a cabo por un tercero imparcial en la resolución de un litigio «inter partes» de manera pacífica y basada en su libre arbitrio o facultad de opción⁵²>>. Ello, implica obviamente, que las partes someten voluntariamente la decisión del objeto de la controversia surgida entre ambas al criterio de una persona ajena a las mismas para su resolución.

De lo antedicho, extraemos los elementos característicos, necesarios e intervinientes para llevar a cabo la acción de arbitrar. A saber:

- 1º) En primer lugar; la existencia de dos o más posturas contrapuestas que den origen al conflicto de intereses *pars* o partes;
- 2º) En segundo lugar; el objeto o *petitum* y
- 3º) en tercer lugar; la voluntad de las partes en someter la resolución de dicho conflicto a un tercero imparcial ajeno a los intervinientes en la *litis*, para que resuelva pacíficamente con arreglo a su leal saber y entender *arbitrum*.

Pero para poder comprender mejor el concepto, función e importancia del arbitraje actual, se hace necesario acudir a sus orígenes más remotos para darnos cuenta de que, como decíamos al inicio, el arbitraje no es un invento jurídico de hoy en día para la resolución de conflictos por vía pacífica de un modo resolutorio más rápido, eficaz y barato, sino que este recurso ya era utilizado desde la Antigüedad para solventar determinadas controversias de una manera ágil, eficaz y satisfactoria.

⁴⁹ Versión on line. 22ª Edición (2001): <http://lema.rae.es/drae/?val=arbitraje> «Acción o facultad de arbitrar»

⁵⁰ «Proceder libremente, usando de su facultad y arbitrio» Diccionario Real Academia de la Lengua (DRAE). Ob., cit.

⁵¹ «Resolver, de manera pacífica, un conflicto entre partes» Diccionario Real Academia de la Lengua (DRAE). Ob., cit.

⁵² CASARES, Julio. Diccionario ideológico de la lengua española. Ed. Gustavo Gili, SA. Barcelona (2004), pág.65 que conceptúa el vocablo arbitrio como una «facultad de opción»

Tan es así lo que decimos que muchos autores coinciden en afirmar que el arbitraje es anterior a las «formas estatales de administración de justicia».⁵³ Es por ello que, afirmando la universalidad del arbitraje y sus orígenes más remotos, vamos a estudiar, si bien brevemente, los precedentes históricos que muchas veces, en palabras del FRANCESCO ZAPPALÀ «se confunden con la misma Historia del Derecho y de la Humanidad».⁵⁴

Por su parte, VALIÑO DEL RÍO afirma su existencia y su «magistral en Derecho clásico y Justiniano»⁵⁵ y BUIGUES OLIVER, lo señala como «forma de solucionar los conflictos que precede a la justicia oficial».⁵⁶

En esta línea argumental VALIÑO ARCOS, en consonancia con BEHRENDTS, apunta que éste es anterior a los sistemas públicos y justifica asimismo su aparición y desarrollo a la «ausencia de reglamentación pública de la actividad jurisdiccional».⁵⁷

Por su parte, FERNÁNDEZ BARREIRO y GARCÍA CAMIÑAS afirman que el primer reconocimiento oficial del arbitraje se produce en la época pretoriana, limitándose al «reconocimiento y tutela de estos arbitrajes»⁵⁸ imponiendo al árbitro -en

⁵³ ZAPPALÀ, F. Universalismo histórico del arbitraje. Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de las UNAM.

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vniver/cont/121/cnt/cnt8.pdf>,pág. 194. Dice este autor en el citado artículo elaborado dentro del marco del proyecto Derecho Aplicable en el Arbitraje Comercial Internacional de la línea de investigación Sociedad y Conflictos del Grupo de investigación Instituciones Jurídicas y Desarrollo de la Facultad de Humanidades y Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana Cali, «Someter el conflicto de los particulares a otra persona también particular, aceptando de forma anticipada y obligatoria la sentencia fue una práctica anterior a la administración judicial estatal»

⁵⁴ Ob., cit, p. 196.

⁵⁵ BUIGUES OLIVER, G. *La solución amistosa de los conflictos en Derecho Romano: El arbiter Ex compromisso*, Ed. Montecorvo, S.A., Madrid, 1990, prólogo E. Valiño, p. 18.

⁵⁶ BUIGUES OLIVER, G., Ob., cit., p. 27. Aquí el autor lo compara con la Ley de Talió como precedente a la *manus inectio*.

⁵⁷ VALIÑO ARCOS, A. *Del arbitraje en els "furs de València" y sus similitudes con la regulación romana*. Ajuntament de Valencia, Colección Minor, Of. Publicaciones, 2002, pág. 17 y nota 9, BEHRENDTS, *Die römische Geschworenengerichtsverfassung. Ein Rekonstruktionsversuch*, Göttingen 1970, 122.

⁵⁸ FERNÁNDEZ BARREIRO, A. y GARCÍA CAMI, J. *Arbitraje y Justicia Ordinaria. Los arbitrajes compromisarios en Derecho Romano*. AFDUC 15,2011, ISSN: 1138-039X, pp. 578. Se está refiriendo a los arbitrajes compromisarios.

<http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/10351/1/AD%2015%202011%20art%2028.pdf>

el propio Edicto- la obligación de dictar la sentencia, una vez haya aceptado el encargo de las partes compromisarias⁵⁹ mientras que es la propia jurisprudencia justiniana la que elabora el régimen jurídico propio⁶⁰ del arbitraje compromisario basado en la *conventio compromissi* y el *receptum arbitrii*. Prueba de todo ello, la hallamos en el título VIII del DIGESTO⁶¹ y el CODEX,⁶² donde figuran fragmentos de las constituciones imperiales justinianas.

Nosotros, coincidimos parcialmente con el profesor Valiño del Río en cuanto opinamos que ciertamente fue en la época romana hasta Justiniano donde el arbitraje tuvo su verdadero auge y reconocimiento oficial siendo buena muestra de ello las numerosas constituciones que le han dedicado los emperadores romanos en el Digesto, Codex, Novelas, etc.. También con el profesor Buigues respecto a que es una forma precedente a la justicia oficial, pero respecto a sus orígenes lo hallamos casi casi en el origen de la humanidad desde que puede dejarse constancia de ello a través de grabados y/o escritura porque, a nuestro parecer, la cualidad más importante del mismo es la confianza que depositan las partes en su elección que dota a esta figura de una especial imparcialidad y, consecuentemente, de eficacia.

En esta línea argumentativa, VALIÑO ARCOS, coincidiendo con MATTHIAS, señala que esta forma de resolver privadamente los asuntos jurídicos «ya era conocida por otros antiguos pueblos indogermánicos, como expresión del tránsito de la autotutela hacia un sistema judicial propiamente estatal».⁶³

Todo ello nos hace pensar, por una parte, que los conflictos siempre han debido de existir desde el origen de la Humanidad, por otra, que la elección de un tercero

⁵⁹ Estos autores refieren de este modo una cierta analogía entre los arbitrajes compromisarios romanos con la conciliación y el arbitraje ático y que justifican por la «comunicación cultural en el espacio greco-italico». ob., cit, P.578, nota 2.

⁶⁰ FERNÁNDEZ BARREIRO, A. y GARCÍA CAMI. Ob., cit., p. 577.

⁶¹ D.4.8 «*De receptis qui, arbitrium receperunt ut sententiam dicant*»

⁶² C.2.55 «*De receptis arbitris*»

⁶³ VALIÑO ARCOS. Ob. Cit. P. 18 y nota 13, donde afirma que «de este sistema de violencia privada (physische Kampf) se evolucionaría hacia la designación de un hombre de confianza (Vertrauensmann), ante el cual se seguiría un procedimiento en el que las partes se prometen recíprocamente, a modo de apuesta (Wettgericht), la satisfacción de una pena (Strafe Satisfaction)...»

imparcial para que los resuelva se perfila como medio idóneo para dirimir los mismos. Por lo tanto, su existencia la predicamos tan antigua como el origen del hombre. Cosa distinta es su reconocimiento y la fecha en que los testimonios nos hayan dejado fe de su existencia, pero, no hay que olvidar, que lo segundo en modo alguno elimina lo primero, sólo lo constata.

Adentrándonos pues en sus orígenes más ancestrales que hemos podido hallar a lo largo de esta investigación, tenemos:

1. EL CÓDIGO DE HAMMURABI (1790-1750 a. C.)

Las sociedades en la Antigüedad daban mucha importancia al derecho y así tanto los reyes babilónicos, asirios, sumerios, etc., legaron para la posteridad recopilaciones jurídicas de códigos que describían el reflejo de la época que les tocó vivir y que ha llegado a nuestros días.

El arbitraje en aquella época - en la que se caracterizaba por la venganza salvaje como forma de administrar justicia - supuso un gran avance «civilizado» respecto a la administración de justicia entre individuos. Y decimos esto, porque cabe recordar que entonces la forma de justicia era la marcada por la famosa Ley de Talión (ojo por ojo y diente por diente) presente en el Código de Hammurabi (1790-1750 a.C) que si bien ha llegado a nuestros días, fragmentado⁶⁴ y escrito en babilonio antiguo, nos viene a documentar a lo largo de sus 282 artículos, sobre las reglas de la vida cotidiana y normas de comportamiento de la época.

⁶⁴ Pues de los 282 artículos de que consta, faltan el número 13, del 66 al 99 y del 110 al 111)

Es en este código de Leyes babilónico donde encontramos clara aplicación de esta *lex talionis*,⁶⁵ del latín talis-tale (semejante/igual) que venía a instituir la proporcionalidad entre el castigo y el delito.

2. EL CÓDIGO HITITA (1380-1265 a.C.).

Pero dicha concepción fue superada, apenas 500 años más tarde, en el Código Hitita (fechado entre 1380 y 1265 a.C.) donde se aprecia claramente que esta forma tan drástica de aplicar la justicia ha sido vencida y por ello no hallamos reminiscencias de la *lex talionis* en este texto legal de apenas 200 artículos.

De este modo, la introducción del arbitraje, recurriendo a un tercero imparcial elegido por las partes voluntariamente (ofensor-ofendido) para la resolución de sus disputas, supuso el abandono de la venganza personal como forma primitiva de administrar justicia, sustituyéndola.

3. RAMSÉS II.

Otro de los primeros antecedentes arbitrales que hallamos, quizás uno de los más famosos, data del año 1.285 a.C.⁶⁶ entre el rey egipcio Ramsés II y el de Keta que puso

⁶⁵ Código de las Leyes de Hammurabi. <http://www.historiaclasica.com/2007/05/el-codigo-de-hammurabi.html>. En el tenemos que la Ley 196 dice «Si un hombre libre vació el ojo de un hijo de hombre libre, se vaciará su ojo» y en la siguiente 197 «Si quebró un hueso de un hombre, se quebrará su hueso».

⁶⁶ Entendemos que la fecha estaría establecida entre 1290 a. C. en la que el rey Ramsés II recibió el poder de su padre Sethi I y 1.285 a.C., dado que, pese a lo controvertido de fijar una fecha exacta de la batalla de Kadesh - cuyo objetivo era expulsar a los hititas de Siria- los historiadores parecen situarla hacia el 5º año del mandato del rey egipcio, por lo que estaríamos hablando de 1.285 a.C. indicamos tal fecha tras la constatación de los diversos datos apuntados al respecto y fuentes consultadas: TEUFFEN, Dietrich Hans. *El mundo oriental: Asia entre la Edad de Piedra y la actualidad*. Barcelona: Caralt, 1973, p. 288; Atlas Histórico Mundial de HERMMANN KINDER y WERNWE HILDEGEMANN, Madrid, Itsmo, 1988, que sitúa la fecha en el 1299. C., mientras que LOGOS, 2000, tomo 10, Círculo de Lectores, 1984, p. 3416-7 la fija en el 5º año del reinado de Ramsés II (1285 a.C.). En cualquier caso, hemos de señalar que los combates entre hititas y egipcios acabaron por el pacto entre Ramsés II y el rey hitita Hatusil III, hacia 1275 por medio del cual se estableció un equilibrio de fuerzas en Siria con el Oronte como frontera.

fin a una disputa bélica que duró más de 16 años y que trajo, entre otras cosas, la paz entre sirios, egipcios, hititas y mesopotámicos.⁶⁷

De esta forma es como la propia evolución humana lleva aparejada la necesidad de una impartición de justicia más humana y ni aún la función judicial (representada embrionariamente s. XV y XVI) logrará sustituir al arbitraje como forma de resolución de conflictos, más bien, lo conceptuará, en algunos supuestos, como la forma adecuada, ideal y/o único mecanismo, para solventar el conflicto de manera más rápida y satisfactoria como iremos viendo detalladamente a lo largo de este trabajo.

Dando un paso más nos encontramos con este importante y antiguo antecedente bíblico.

4. EL GÉNESIS.

Ya en el libro del Génesis - considerado por la tradición judía como el primer libro de la Biblia - se recurre, aún de forma primitiva, al arbitraje cuando Jacob⁶⁸ le indica a Labán⁶⁹ «Somete tus denuncias al juicio de tus hermanos, para que lo decidan entre tú y yo».

Es decir, Jacob, yerno de Labán y casado con Raquel - hija de este último-, le insta a que las disputas surgidas entre ellos en el seno mercafamiliar sean resueltas por terceros imparciales.

⁶⁷ http://galvarez2274.blogspot.com.es/2011_03_06_archive.html. En esta ocasión, además de la paz, se fijaron las fronteras, las garantías de no agresión y la extradición de refugiados políticos. El autor de este artículo sitúa la fecha en 1992, que entendemos errónea por las razones apuntadas en nuestra nota precedente. En todo caso, entendemos que se refería a 1292.

⁶⁸ Según la tradición bíblica Jacob vivió entre el 2º periodo intermedio y el comienzo de imperio nuevo con la XVIII dinastía en Egipto (2000-1853 a.C.) Tuvo 12 hijos con las dos hijas de Labán (Raquel y Lía) y con sus dos criadas. Dios le cambió el nombre por Israel.

⁶⁹ Nota 10 del artículo de Zapallà, F. ob. Cit, pág. 198 que remite a R. Bernal Gutiérrez. *Panorama y perspectivas de la legislación iberoamericana sobre arbitraje comercial*, 15 (El Centro, 1993). «³⁷ Now that you have searched through all my goods, what have you found that belongs to your household? Put it here in front of your relatives and mine, and let them judge between the two of us.» <https://www.biblegateway.com/passage/?search=Genesis%2031>

Dando un paso más, nos encontramos que también el arbitraje llega al mito en este episodio que relatamos, de todos, conocidos.

5. LA MITOLOGÍA GRIEGA. EL JUICIO DE PARIS.

Cuenta la leyenda que el troyano Paris es elegido por Zeus como árbitro para resolver una disputa entre deidades femeninas acerca de determinar sobre la primacía de belleza entre ellas. Confirmaban los elementos:

- Las partes: las diosas Heras, Atenea y Afrodita;
- El objeto de la disputa: determinación de la más bella;
- El árbitro: Paris, el tercero imparcial.

Y es así, como ya en la Mitología griega⁷⁰ se conformó el arbitraje como medio pacífico, rápido e imparcial de resolución de conflictos. ¿Por qué la elección del mortal Paris? En su designación, tenemos a su vez, las *cualidades del árbitro*:

a) La imparcialidad: En efecto, Zeus quería que fuese un tercero imparcial (ajeno al resto de los dioses y a él mismo) el que decidiera la controversia, sin sospecha de favoritismos. El objetivo pretendido con ello, nos lleva al siguiente elemento clave.

b) Aceptación de las partes a la decisión del árbitro. Ciertamente, entendemos que la elección de Paris, como tercero imparcial, traería la consecuencia ineludible que se pretendía: hacer más fácil la conformidad de las litigantes a la decisión final. Cosa que

se podría sujetar a discusión en caso contrario, aunque, al parecer, ello no evitó la disconformidad del veredicto de las otras dos deidades, Hera y Atenea.

⁷⁰ RICHEPIN, Juan de M. Nueva mitología griega y romana. Tomo I, Ed. Musa, 1990. Págs. 69 y 70.

c) Conocimientos *ad casum* del elegido en el tema a decidir. Ciertamente, Paris fue el nombrado por su belleza extrema, cualidad que al serle propia le convertía en sabedor y por ello, Zeus, le consideraba el idóneo para dirimir el conflicto puesto que se trataba de juzgar precisamente cualidades que el poseía: LA BELLEZA.

Como resultado la contienda se resolvió a favor de Afrodita⁷¹ con la consecuente ira de Hera que, al parecer, nunca se lo perdonó.

Es por ello que tanto la Mitología griega, como después lo hiciera la romana, atribuiría a este juicio la primera representación del arbitraje producida durante el matrimonio de Peleo y Tetis, padres del futuro Aquiles, aquí relatada. Si bien, como hemos indicado en el apartado precedente, ya encontramos anteriormente a éste antecedentes arbitrales.

Y dando un gran salto en la Historia vamos a la cuna de nuestro legado jurídico más indiscutible y de gran influencia en el mundo del Derecho de las civilizaciones posteriores y hasta nuestros días.

6. GRECIA Y EL ARBITRAJE. LAS LEYES DE SOLÓN (594-560 a. C).

Prima facie, hemos de hacer referencia a DRACÓN, como precedente de SOLÓN, pues en palabras de GÓMEZ ROYO, el primero fue el primero en asegurar la jurisdicción estableciendo el poder punitivo estatal para juzgar y condenar los delitos surgidos en la época regida por el *ius sanguinis* y daba, con ello, fin a la era de la venganza privada para la punición de los ilícitos penales, daños en la propiedad y otros delitos.

⁷¹ Cuenta la leyenda que Paris se decantó por la diosa Afrodita, otorgándole la manzana de oro como premio a la más bella de las tres diosas, porque ésta le dio en ofrecimiento la esposa más bella de las mujeres, a diferencia de Hera que le ofreció el Imperio de toda Asia y Atenea la victoria en todas las batallas.

Hecho este que también lo han poetizado algunos autores antiguos como Luciano atribuyéndole a Afrodita el ofrecimiento a Paris en estos términos «Un hombre como él (Paris) le dice, no ha nacido para guardar rebaños, sino para vivir en medio de un brillante cortejo, unido a una mujer digna de él, como por ejemplo la bella Helena. RICHEPIN, Juan de M. *Nueva mitología griega y romana*. Ob., cit., p. 70.

Para este autor, Solón y Dracón eran el «santo y seña en las crudas luchas internas en las facciones enfrentadas en la vida de la *polis* del s. V». ⁷²

Ya en el año 594 a.C. Solón, poeta y legislador griego, es elegido magistrado supremo —*arconte*— ⁷³ debido al gran triunfo que obtuvo por la recuperación de Salamina para la gran Atenas lo que le permitió ganar fama para llevar a cabo importantes reformas políticas en calidad de mediador y árbitro que abarcarían desde la organización social hasta el desorden civil y el contrabando reformando la propia constitución de Atenas aboliendo, entre las grandes reformas legislativas que hizo, la esclavitud por deudas.

Según relata ARISTÓTELES, y con el fin de acabar con las disputas entre ricos y pobres, nombraron por consenso a Solón como árbitro por ser uno de los 7 sabios dotado de *auctoritas* reconocida por su probada y practicada *virtus* y que, por su particular peculio, pertenecía a la clase media de la época. ⁷⁴

Solón realizó una importante labor a favor de la libertad de los ciudadanos, a nivel civil, político y jurídico dotando al Estado de unos principios constitucionales que ampliaron los derechos del *demos*, eliminando los derechos y prerrogativas de las clases poderosas a favor de la libertad de sus conciudadanos sentando las bases de lo que posteriormente sería una verdadera *demokratía* al crear el tribunal popular (antes desconocido) para proteger al débil, lo que en palabras de ARISTÓTELES, supondría el núcleo de la futura democracia ya que al detentar el pueblo la justicia con su voto se convertía en Soberano del Estado. ⁷⁵

⁷² GÓMEZ ROYO, E. Las sedes históricas de la cultura jurídica europea. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 116.

⁷³ Era una especie de regente y detentador de poder ilimitados y que según GÓMEZ ROYO, ob., cit., p. 118 dotó a Atenas de una Constitución democrática moderada.

⁷⁴ GÓMEZ ROYO, ob., cit., p. 116.

⁷⁵ GÓMEZ ROYO, ob., cit., p. 124.

A Solón le debemos, entre otros: la Idea de Estado como conjunto de los ciudadanos, la acción popular, la *isonomía*,⁷⁶ que el Estado procurará el bien de todos a través de sus *nomoi*, la libertad civil, al condonar las deudas de los estratos sociales más deprimidos y hacer que aquellos que se vendieron para liquidar sus deudas pudieran regresar, la redistribución de las tierras lo que supuso un duro golpe a los nuevos adquirentes del estamento de la *nobilitas*.⁷⁷

En definitiva y en palabras de GÓMEZ ROYO, que por su importancia transcribimos, Solón «transmitió una enseñanza social que se concretaba en que en que los ciudadanos sin excepción fuesen todos conscientes de la necesidad de: ser uno mismo; querer llegar a ser uno mismo; permanecer en sí mismo; no desbordar su propia medida y, en modo alguno, pretender absolutizar su propio ser».⁷⁸

Asimismo, y respecto al arbitraje, Solón (594-560 a. C) refiere que DEMÓSTENES de Atenas dictó leyes sobre el arbitraje «entre ciudadanos» permitiendo a las partes elegir voluntariamente a un árbitro que resolvía el conflicto mediante un laudo irrecurrible.⁷⁹

Siguiendo nuestro periplo para hallar las raíces griegas del arbitraje, nos encontramos que para ZAPALLÀ, el origen del mismo en la cultura griega se halla en los círculos político-militares de la Atenas del año 520 a.C.⁸⁰ a la par que apunta su existencia en la Grecia clásica de Pericles (s. V al IV a.C) donde señala que existieron árbitros públicos «elegidos de manera aleatoria entre 44 patriarcas quienes juzgaban las disputas criminales y públicas».⁸¹

⁷⁶ Igualdad de todos ante la ley.

⁷⁷ GÓMEZ ROYO, ob., cit., p. 122.

⁷⁸ GÓMEZ ROYO, ob., cit., p. 122.

⁷⁹ Ob., cit., p. 199. Nota 19.

⁸⁰ Ob., cit., p. 199. Según este autor el arbitraje se llamaba de la «Anfictionía» y su objetivo era «resolver los conflictos entre distintos grupos étnicos por parte de los 12 ancianos representantes de las diferentes tribus.

⁸¹ Ob., cit., p. 199. En esta misma línea este autor señala a Tucídides y Plutarco cuando «afirman que con regularidad las ciudades-Estado subordinan sus disputas al arbitraje de una ciudad neutral» Notas 17 y 18.

Por su parte, es el mismísimo discípulo de PLATÓN y mentor de Alejandro Magno, el filósofo de la época helenística, el estagirita Aristóteles (384.a.C.), es quien parece decantarse por el arbitraje preferentemente al tribunal estatal por entender que el primero atiende a criterios de equidad para resolver el conflicto, mientras que el segundo, obedece y se sujeta para ello al imperio de la ley.⁸²

Podríamos seguir extendiéndonos, pero no es éste el objeto de esta investigación y excedería con mucho la extensión del mismo, por lo que vamos a referirnos ahora al arbitraje en el Derecho Romano porque es sin duda donde éste alcanzó un mayor desarrollo que, perfeccionado en nuestros días, constituye la estructura del mecanismo arbitral actual, después de un universal bagaje de más de dos milenios.

7. EL ARBITRAJE EN EL DERECHO ROMANO.

*El arbitraje era una universal práctica antigua en los conflictos entre ciudades que no se hallaban sometidas a un juez necesario, práctica que subsiste en el moderno derecho internacional.*⁸³

Primeramente, debemos señalar que nuestro propósito en este apartado es seguir un itinerario del arbitraje en el Derecho Romano a través de los distintos momentos de la Historia de Roma *Ab Urbe Condita* (Rómulo 753 a.C.) hasta la propia Compilación Justiniana (527-565 d. C.).⁸⁴

Para ello, inicialmente, dividiremos este apartado en dos:

1º) Haremos una breve exposición general introductoria para, posteriormente, centrarnos con cierto detalle en,

⁸² Ob. Cit. P. 199. En efecto, este autor refiere en su artículo que el griego Aristóteles afirma tal preferencia cuando dice «preferir un arbitraje más bien que un conflicto ante el tribunal, de hecho el árbitro cuida de la equidad, el juez, la ley; y el arbitraje ha sido inventado propiamente para esto, para dar fuerza a la equidad». Nota 13 del autor. Aristóteles. *Retórica*. 1.13.13.

⁸³ D'ORS, E. *Elementos de Derecho Privado Romano*. Ed. Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 3ª Ed., 1992, p. 39.

⁸⁴ Señalamos este arco temporal establecido desde el inicio a la promulgación del citado cuerpo legal.

2º) Las normas romanas más importantes al efecto, que cronológicamente son:

- El *Foedus Cassianum* (493 a.C.)
- Las XII Tablas (hacia 450-451 a.C.)
- Las *Legis actio per arbitrive postulationem* (210 a.C.).
- Las *Episcopalis Audientia* (408 d.C.)
- El *Corpus Iuris* de Justiniano (527-565 d. C.)

7.1 Visión general del arbitraje en el Dº Romano *Ab Urbe Condita* (753 a.C.) hasta la República (509 al 27 a.C.)

TITO LIVIO afirma que la ciudad fue fundada por Rómulo al vencer en combate sangriento la disputa contra su hermano Remo para hacerse con el trono y bautizo de la ciudad a fundar de la que recibió el nombre del vencedor: ROMA (Rómulo).

Cuenta el autor que Rómulo mató su hermano increpándolo a la vez con estas palabras «Así muera en adelante cualquier otro que franquee mis murallas».⁸⁵

Rómulo se convierte de esta manera bélica, no sólo en el fundador de Roma, sino en el primer rey de los siete que constituirán la época monárquica romana hasta la República en el año 509 a.C.

Pero tuvo que ser el siguiente, y segundo rey romano, Numa Pompilio (715 a. C. a 672 a. C.) —también llamado rey pacífico y reformador—⁸⁶ el que, tras acceder al

⁸⁵ TITO LIVIO. Historia de Roma. Libro I-III. Biblioteca Gredos. Madrid, 1982. Traducc. y notas, VILLAR VIDAL, J.A. Págs. 16 y 17. Narra el autor que esta frase obedece a la leyenda de que en el enfrentamiento sangriento entre hermanos por la pugna del poder y nombre de la ciudad a fundar, Remo herido de muerte por su hermano Rómulo, se atrevió a saltar las 9 murallas, por lo que el hermano al terminar arrebatándole definitivamente la vida le profirió tal frase.

No deja de ser curiosa la Fundación de la ciudad, dado que al ser hermanos y gemelos, Rómulo y Remo, decidieron la primogenitura y por tanto la obtención del reinado a través de los *augurium*, que no sean más que técnicas de interpretación de los signos que formaban los fenómenos naturales de la época, números aves, vuelos, etc... por ello, afirma TITO LIVIO que a Remo se le presentaron 6 buitres y después de anunciarlo, a Rómulo dice que 12.

⁸⁶ Ob., cit. Libro I, p. 37

trono, dispuso basar la nueva ciudad tomada por las armas, sobre «nuevos cimientos: el derecho, la ley y las buenas costumbres».⁸⁷ También a él le debemos la fijación de los días hábiles e inhábiles actuales, o sea los «fastos» y «nefastos» argumentando que «interrumpir de vez en cuando la actividad política de participación popular iba a tener su utilidad».⁸⁸

Siguiendo con nuestro estudio de antecedentes arbitrales, encontramos uno, a través de TITO LIVIO, en el Juicio popular de Publio Horacio, quien vencedor de los gemelos

Curiacios, mata a su hermana – prometida de uno de ellos - al verla llorar por la muerte de su prometido Curiacio al que su propio hermano había «pasado por la espada» y lo llevaba en brazos. Acusado por el crimen ante el rey, éste declinó asumir personalmente el proceso por alta traición, reunió pues a la asamblea del pueblo y dijo «De acuerdo con la ley nombro duunviros para que juzguen a Horacio de crimen de alta traición».⁸⁹

En este caso, el rey, en uso de su potestad, delega su función juzgadora en terceros imparciales para dicten sentencia por «alta traición».⁹⁰

La ley, para juzgar estos delitos, tenía la siguiente fórmula «Los duunviros juzgarán el delito de alta traición; si el reo apela al pueblo, se abrirá un debate sobre la apelación; si la sentencia de los duunviros es confirmada, se le tapaná la cabeza, se le colgará con una cuerda del árbol que no produce fruto, se le azotará dentro o fuera del *pomerium*».⁹¹

Como podemos constatar, ya en los albores de los primeros tiempos de la fundación de la ciudad se buscaba a uno o varios tercero/s ajeno/s al que ostentaba el poder sentenciador para que decidiera el litigio.

⁸⁷ Ob., cit. Libro I, p. 38

⁸⁸ Ob., cit. Libro I, p. 40

⁸⁹ Ob., cit. Libro I, p. 50 y 51.

⁹⁰ La tipificación de este delito se debía a que sólo el rey tenía la potestad de decidir sobre la vida de sus súbditos.

⁹¹ Ob., cit. Libro I, p. 51.

Continuando con este recorrido histórico, VALIÑO ARCOS, apunta, en línea con ZIEGLER, la influencia del procedimiento arbitral sobre el proceso formulario mediante el paralelismo entre la *litis contestatio* y el *compromissum*⁹² al que aludía LA PIRA.

Es por ello que para entender, la aparición y coexistencia entre el *arbiter* y el *iudex*⁹³ se hace preciso, aun mínimamente, referenciar los sistemas procedimentales durante los 14 siglos que abarca el estudio del Derecho Romano hasta el emperador Justiniano y que sufrieron notables modificaciones hasta llegar a la figura del árbitro que estudiaremos en esta época. La doctrina⁹⁴ los aglutina, principalmente, en dos tipos:

a) Los llamados juicios privados (*ordo iudiciorum privatorum*).

Estaban caracterizados porque desde la elección del juez o jueces hasta su conclusión por sentencia intervenían los *cives* ajenos al poder estatal. Constaba de dos fases: la primera, *in iure*, se realizaba ante un Magistrado público para autorizar⁹⁵ el procedimiento. La segunda, *apud iudicem*, que se realizaba ante uno o varios jueces (según se constituyera un tribunal unipersonal o colegial) que eran elegidos por las partes. Así pues, en estos juicios privados se daba una suerte reparto de papeles. Las partes intervenían en la elección del juez y el magistrado en dar/denegar la acción, encauzar la tramitación, ratificar al juez libremente elegido por las partes⁹⁶ y, dado el caso de incumplimiento por la parte demandada-condenada, intervenía en la ejecución forzosa de la resolución.

⁹² VALIÑO ARCOS. Ob., cit., p. 18 y nota 14.

⁹³ El propio CICERÓN en su discurso *Pro Sexto Roscio de Ameria*, hace alusión a esta distinción entre el *arbiter* y el *iudex*, Vid. Ob. Cit, pág. 77, nota 116, atribuyéndole al primero, elegido por las partes o impuesto por el Pretor, para que pusiera fin a la controversia sin la rigidez de sujetarse a la ley (*bona fide*) y buscando armonizar las posiciones a fin de conciliar los intereses enfrentados.

⁹⁴ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. Ob., cit., p. y ss.

⁹⁵ Las partes acudían al funcionario público para que éste autorizara (*dare*) o denegara (*denegare*) la acción.

⁹⁶ Al intervenir el magistrado en la ratificación del *iudex civis* elegido por las partes, para que decida el litigio por medio de sentencia, lo que hace en realidad este funcionario público es otorgarle *potestas iudicandi* a modo de investirlo de *iusdictio* que él posee y el *civis* no para que realice su labor a través de la sentencia u opinión.

VALIÑO DEL RÍO⁹⁷ señala, entre las ventajas del arbitraje frente al *ordo iudiciorum privatorum*, entre otras, el que el árbitro no estaba sometido a las plantillas formularias y la facultad de poder resolver en equidad las controversias para las que el Pretor no diera acción.

A esta categoría corresponden las denominadas *legis actiones*⁹⁸ y el procedimiento formulario (*per formulam*)⁹⁹ que convivirán a lo largo de casi 100 años.¹⁰⁰ Desapareciendo las primeras en el año 130 a.C. dejando paso al procedimiento formulario dado que surgió en Roma la necesidad de resolver conflictos surgidos entre *cives* y *peregrini* y entre extranjeros entre sí a los cuales no se les podía aplicar el *ius civile* por lo que apareció la necesidad de crear un tipo de procedimiento formulario basado en la redacción de una fórmula que entregaban al juez para que resolviera la controversia.

Para FERNÁNDEZ BARREIRO y GARCÍA CAMIÑAS, el procedimiento formulario encontró en la jurisdicción del Pretor peregrino un campo propicio para su desarrollo con la creación, en el 242 a.C, de esta Magistratura con competencia en las disputas de derecho privado entre litigantes de diferentes nacionalidades.¹⁰¹ De ahí nació, el procedimiento formulario que, a su vez y debido a la estricta redacción de la fórmula, le hacía altamente inseguro e ineficaz por lo que sucumbiría en el 342 d.C., dando paso a la cognición extraordinaria.

⁹⁷ BUIGUES OLIVER, G. *La solución amistosa de los conflictos en Derecho Romano: El arbiter Ex compromisso*, Ed. Montecorvo, S.A., Madrid, 1990. Prólogo del Prof. EMILIO VALIÑO DEL RÍO que dice «... 1) El árbitro no quedaba sometido a la plantilla formularia, de manera que, por ejemplo, en las reclamaciones de derecho estricto podía llevar a cabo compensaciones entre las pretensiones de las partes y en general asumir la misma actitud que desempeñaba el juez en los *iudicia bonae fidei*; 2) por otro lado, aquellas reclamaciones no previstas en el Edicto pretorio y para las que el pretor no daba una acción decretal, podían ser resueltas por el criterio equitativo del árbitro» p. 18.

⁹⁸ Consistente en el pronunciamiento de determinadas palabras como un ritual (*certa verba*) ante el Magistrado.

⁹⁹ Recordar que el procedimiento *per formulam* consiste en un clausulado integrado de términos y expresiones jurídicas (*concepta verba*) donde se concreta el objeto, las alegaciones de las partes respecto del conflicto planteado del que se pretende su resolución.

¹⁰⁰ Según Fernández de Buján, acudiendo a GAYO, las *legis actiones* se fueron desprestigiando y cayendo en desuso puesto que el excesivo formulismo conseguía que el mínimo error podía hacer perder el pleito. Su abolición se produjo por una Ley Ebuca del año 130 a.C y dos Leyes Julias del 17 a.C. litigándose, a partir de entonces, mediante fórmulas. Vid. Fernández Buján, Ob. Cit. P.21. Por su parte, el procedimiento formulario siendo sustituido por la *cognitio extra ordinem* mediante una Constitución de Constancio y Constante del año 342 d.C. Ob., cit., p. 23

¹⁰¹ FERNÁNDEZ BARREIRO y GARCÍA CAMIÑAS, Ob., cit., p. 580.

Coincidimos con FERNÁNDEZ BUJÁN que la redacción de la fórmula fuera redactada por las partes, asesorada o consultadas por los abogados y el propio magistrado, a fin de confeccionar una suerte de documento donde figurara la identificación de las partes, el objeto del pleito y el *petitum* a fin de que el *iudex ad hoc* elegido por las partes procediera a dictar *opinio* que resolviera la controversia planteada.

a) La *cognitio extra ordinem* (época post clásica 230 d.C.).

Lo extraordinario de este procedimiento era que, a diferencia del anterior, toda la tramitación del mismo ahora se realiza ante un funcionario público, juez profesional y experto en derecho, elegido por el magistrado (no por las partes) desapareciendo con ello el reparto de tareas procedimentales propio de las *legis actiones* o del procedimiento formulario precedente. De este modo, los términos *iudex* y *sententia* tienen una significación diferente siendo más próximos a nuestros días que al significado que poseían en la Roma republicana y clásica.

Concluida esta visión general del arbitraje en el Derecho Romano, que hemos realizado a priori, pasamos a continuación a centrarnos en las normas legales principales durante este período de tiempo.

7.2 Legislación romana más importante durante la República y el Imperio.

7.2.1 *Foedus Cassianum*, año 493 a. C.

Siguiendo nuestra argumentación, si bien recobra el arbitraje especial importancia durante la época de la formulación romana, parece ser que ya en la República, SPURIO CASIO, en el año 493 a.C. - a través del tratado o *Foedus Cassianum* - recoge las disposiciones que regulaban los litigios surgidos en sedes de ambas comunidades (entre ciudadanos romanos – *ius civile* – y comunidades vecinas –*ius gentium*-) en el marco de los conflictos surgidos en el seno de las relaciones comerciales habidas entre romanos y

extranjeros. De ahí que existan referencias a los árbitros tanto en las normas (*reciperatio*) como en la configuración de los tribunales de *recuperatores*.¹⁰²

Por ello, disentimos con TAFARO al situar la aparición del *ius gentium* en el año 242 a. C.¹⁰³ - cuando el nuevo pretor se encargó del *ius dicere inter peregrinos* - por cuanto que más de dos siglos antes aparecieron en este Tratado la referencia a los mismos lo que nos lleva a suponer que ya existía con anterioridad este tipo de *ius*.¹⁰⁴

Conviene aquí recordar que el proceso romano se dividió en dos etapas:

a) La primera y más larga que duraría seis siglos, durante la República, el proceso es predominantemente ORAL, debido principalmente, a la importante influencia griega. Se realizaba ante un juez o jurado elegidos por las partes y en un solo día siendo las partes las únicas encargadas de proponer y aportar los medios de prueba de que intentaban valerse para conocimiento y decisión del juez/árbitro/jurado.

Con ello se sentaban las bases de los principios procesales que han llegado hasta nuestros días caracterizadores, especialmente, del proceso civil, como son: oralidad, concentración, principio dispositivo de parte brevedad y concentración (los actos se realizaban en 1 sólo día); inmediación (el sentenciador presenciaba directamente el proceso); contradicción (las partes – *actor*, *adversarii* y *reus* - exponían sus alegatos *in situ*) y el principio de aportación de parte (dispositivo). Principio este importante, por cuanto eran las partes enfrentadas las únicas que podían proponer y practicar las pruebas que estimaban adecuadas para la probanza de sus pretensiones incumbiéndoles en exclusiva la aportación de las mismas al juicio sentando con ello el principio de justicia rogada.

¹⁰² FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. ob., cit., p. 199.

¹⁰³ Cabe recordar que en esta fecha se creó la Magistratura del Pretor peregrino para conocer de los litigios de derecho privado entre *cives* y *peregrini* basadas en valores éticos- sociales de la *bona fides*.

¹⁰⁴ TAFARO, S. *Ius hominum causa constitutum*. Tr. Piquer Marí, J.M.. Dykinson. Madrid, 2014, p.225. Vid. Nota 545.

b) La segunda, FORMULACIÓN, durante la época del IMPERIO,¹⁰⁵ y se caracterizó por la escritura (utilización de fórmulas específicas para cada pretensión), estaba llena de cautelas, garantías procesales y tecnicismos jurídicos que conducían a un proceso largo, costoso y tedioso.

Hay que añadir que, como señala VALIÑO DEL RÍO, el Derecho Romano no contenía un catálogo de derechos subjetivos, en la terminología moderna actual,¹⁰⁶ si bien sí existían principios jurídico-morales, como es el sentado por el jurista ULPiano¹⁰⁷ de dar a cada uno lo suyo,¹⁰⁸ pero una cosa es un principio moral y otra muy distinta un derecho exigible y obligacional.

Para este autor, el derecho discurre por otros derroteros donde las principales fuentes que lo informan son la jurisprudencia y el Edicto pretorio, el cual, dicho sea de paso, no contenía un listado de derechos subjetivos sino era un catálogo de «acciones», como él denomina «un elenco de las formas de reclamar procesalmente».¹⁰⁹

Tan era así de estricto que si el Pretor no concedía una determinada acción para reclamar, ésta no era reclamable, por ello el derecho romano formulario se alejaba de las acciones procesales «típicas» para encuadrarse en las que bien pudiéramos denominar «específicas» existiendo una determinada acción exclusivamente para una determinada reclamación. Así pues, la una sin la otra, la reclamación devenía imposible.

¹⁰⁵ Desde el 27 a.C. con Octavio Augusto como primer Emperador romano hasta el año 476 d.C. con Rómulo Augustulus cerrando la época imperial dando paso a los ostrogodos.

¹⁰⁶ VALIÑO DEL RÍO, Emilio. *Instituciones de derecho privado romano*. PENTAGRAF IMPRESORES. Valencia, 1980, p. 61. Para este autor el concepto de *derechos subjetivos* es «un concepto inventado por juristas de los siglos XVII y XVIII para referirlo a una cualidad moral atribuible a una persona para tener o hacer algo justamente» a la par que un malentendido de un pasaje de GAYO que hablaba de cosas incorpóreas «existentes por creación de un derecho» y mal traducidas por «consistir en un derecho» que transmitida a los postelásicos y Justiniano, de ahí que se pueda atribuir la existencia de derechos subjetivos en el derecho romano.

¹⁰⁷ GARCÍA DEL CORRAL, I.L. *Cuerpo del derecho civil romano*. Lex Nova, SL. Edición facsímil numerada, ejemplar, núm. 542. VALLADOLID, 1988. D.1.1.10.1, pág. 199 «*juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*»

¹⁰⁸ Referido al principio jurídico *suum quique tribuere*.

¹⁰⁹ VALIÑO, Emilio. *Instituciones de derecho privado romano*. Ob., cit., p. 61.

Un paso ulterior lo hallamos en la que, según ROS GÓMEZ, es la «ley más interesante, entre todas las publicadas, porque los principios fundamentales de sus Instituciones perduraron a través del ulterior desenvolvimiento del Derecho romano, determinado por el edicto del Pretor y la *interpretatio* de los jurisconsultos, hasta la transcendental codificación justiniana».¹¹⁰

Efectivamente nos estamos refiriendo a:

7.2.2 *Las XII Tablas o Código Decemviral*¹¹¹ (hacia 450-451 a.C.)

Ya en la época arcaica de Roma el procedimiento de las *legis actiones* permitía convertir un solución irracional en un acto racional, estableciendo pactos «inter partes», bajo pena pecuniaria por incumplimiento, que sustituyeron a las *vendettas* propias de la *Lex Talionis* y el Código de Hammurabi, provocando de esta forma lo que podríamos denominar el arbitraje obligatorio.

Estas Leyes de las XII Tablas, en palabras de TITO LIVIO, gozaban de los efectos de seguridad jurídica por medio de la pertinente publicidad de la época hallándose expuestas al efecto en el Foro y fueron aprobadas por los comicios centuriados.

De las XII Tablas, nos encontramos que la II (del juicio), se refiere a los árbitros cuando habla de las causas de suspensión del juicio¹¹² y las IX (de jure Público) también se señala a la figura del árbitro cuando regula una suerte de condena a muerte por

¹¹⁰ ROS GÓMEZ, J. Fuentes del Derecho Romano. A.B. Valencia, 1919, p. 67.

¹¹¹ TITO LIVIO, Ob. Cit. P. 267. Cabe resaltar que en el año 302 de la Fundación de Roma hubo un nuevo cambio en la Constitución pasando el poder de los cónsules a los decenviros, como anteriormente había pasado el poder real al consular. Tras la tiranía de la segunda elección de decenviros el poder volvió a pasar a depositar en dos magistrados el nombre y poder consular.

Los diez decenviros nombrados para para la redacción del nuevo cuerpo legal serían: Apio Claudio, Tito Genucio, Publio Sestio, Lucio Veturio, Gayo Julio, Aulo Manlio, Publio Curiacio, Tito Romilio y Espurio Postumio.

¹¹² Ley de las XII Tablas del Derecho Romano. <http://www.monografias.com/trabajos97/ley-xii-tablas-derecho-romano/ley-xii-tablas-derecho-romano.shtml#eltextodea>. Así reza la Tabla II (de Juicio) ««Se les cita para cierto día, y si por enfermedad, voto, ausencia por causa de la república, o por obsequiar a un huésped, tanto el juez, árbitro como reo, no pudiese este asistir, se difiere el juicio»»

«prevaricación» al juez o árbitro que hubiera recibido «dinero como precio de sus fallos».¹¹³

En esta época existe una separación de funciones entre el Magistrado, el que en aras a su *potestas* o *iurisdictio* indica las normas procesales *ad casum*, y el *árbitro* o *recuperatore* - designado por éste- al que relega la función de sentenciar el conflicto en base a la *potestas* otorgada por el propio magistrado bien en su designación o bien en el caso de elección por parte de los contendientes.

Continuando con nuestro itinerario metodológico, destacamos:

7.2.3 La *Legis actio per iudicis arbitrive postulationem* (210 a.C)

Así tenemos, como acción declarativa, la *Legis Actio per Iudicis Arbitrive Postulationem* que se ejercitaba a petición de juez para reclamar una deuda en base a una *stipulatio* con una forma determinada¹¹⁴ para evitar con ello la condena pecuniaria. De esta manera el árbitro intervenía en todas las cuestiones litigiosas pecuniarias. Suponía una variante *ex novo* de la *legis actiones sacramenti*, pues a diferencia de esta última - que era de carácter general - la primera sólo permitía ejercitarse para reclamar en los supuestos concretos como por ejemplo en los casos, según GAYO¹¹⁵ de la división de cosa común.

Recordemos aquí que la *stipulatio* surgió precisamente para permitir a los extranjeros realizar contratos en Roma y que, en palabras de TAFARO:

«era una mera formalidad, capaz de revestir cualquier contenido, puesto que era formulada como obligación por una sola parte respecto de la otra. La estipulación puede revestir un negocio del que nazcan obligaciones recíprocas entre los contratantes con la condición de descomponer analíticamente el negocio en obligaciones individuales, y hacer corresponder a cada una de ellas una promesa, o

¹¹³ Tabla IX «que, el juez o árbitro indicado por el magistrado, que hubiera recibido dinero como precio de sus fallos, sea condenado a muerte»

¹¹⁴ VALIÑO, Emilio. *Instituciones de derecho privado romano*. PENTAGRAF IMPRESORES. Valencia, 1980. El demandante decía: «afirmo que me debes dar diez mil sestericios a causa de una promesa verbal: te pido que digas si es verdad o no» El adversario lo negaba y entonces el demandante afirmaba: «dices que no, y por ello, a ti, Pretor te pido que nombres a juez o árbitro».

¹¹⁵ FERNÁNDEZ DE BUJÁN. Ob., cit., p. 87 y 88.

configurar la estipulación como cláusula penal condicionada negativamente por el *dare o facere* (*non dare, non facere*) lo debido¹¹⁶.

Dicho lo precedente, estas *legis actiones* - en vigor en Roma desde la publicación de las XII Tablas hasta la segunda mitad del S.II a.C - fueron derogadas por la *Lex Aebutia* en el año 130 a.C. sustituyéndose por el futuro procedimiento formulario que fue generalizado por el emperador Octavio Augusto¹¹⁷ (año 17 a. C) mediante las *Lex Iuliae iudiciorum privatorum* y la *Lex Iuliae municipalis*, por las cuales se reemplazaba el encorsetado procedimiento estricto de las expresiones solemnes que debían pronunciar las partes para incoar el proceso por la redacción de un escrito o fórmula introductorio que redacta el magistrado en el que fijaba los términos jurídico-procesales de la controversia sirviendo de información precisa al *árbitor* o *iudex*.

No obstante, en la época de la formulación donde el proceso formulario ordinario de carácter estatal se caracterizaba por la escritura (fórmulas) frente a la oralidad de la época de la República, estaba lleno de cautelas, garantías procesales, tecnicismos jurídicos etc, que le hacía un procedimiento lento, angosto, dificultoso, pesado y muy dilatado en el tiempo, el arbitraje se ofrecía como una alternativa rápida y eficaz frente al procedimiento formulario del Imperio.

Frente a estas considerables ventajas, obviamente se argumentaba por sus detractores «la seguridad jurídica y la efectividad en el cumplimiento de la sentencia».¹¹⁸

En opinión de FERNÁNDEZ DE BUJÁN, el arbitraje se habría introducido en los mercados romanos a través del comercio internacional en los primeros tiempos en los que los árbitros desempeñarían, a su juicio, un triple papel: peritos, garantes y

¹¹⁶ TAFARO, Ob., cit., p. 225.

¹¹⁷ Inicio de la época Imperial Romana con Octavio Augusto como 1er. Emperador romano (año 27 a.C.) y que supuso el fin de la República iniciada en el 509 a. C., por lo que llevaba una década en el poder cuando promulgó tales leyes que cambiaban sustancialmente el proceso sustituyendo las complejas fórmulas verbales por el escrito inicial o *libelo introductorio*.

¹¹⁸ En este sentido FERNÁNDEZ de BUJÁN, A. Jurisdicción y arbitraje; Iustel, Portal Derecho SA, Madrid, 2006, p. 200.

dirimientes de los conflictos planteados en sede del tráfico mercantil de la época, cumpliendo con ello un importante papel como alternativa a la jurisdicción ordinaria.¹¹⁹

Es por ello que coincidimos en afirmar que el origen moderno del arbitraje en Roma lo hallamos en la protección pretoriana de las relaciones comerciales tanto marítimas como terrestres y del *ius gentium* basadas en la *fides*¹²⁰ la moralidad *frente al ius* y a la *legis*,¹²¹ obligándoles, con ello, a dictar acuerdos supranacionales más propias del *ius gentium* que del *ius civile* que suponía por una parte, acomodar la ley a la realidad económica comercial del momento, y por la otra, suplir las lagunas legales que adolecía al respecto el *ius civile romanorum* contribuyendo de este modo al acceso de los extranjeros a las figuras contractuales propias del derecho romano dándole una mayor elasticidad al constreñido formulismo procesal imperante.

Dada la importancia de la *fides* para los negocios contractuales, es preciso incidir, si bien brevemente, en la distinción que, en esta primera fase del Derecho romano, hace la doctrina diferenciando las relaciones contractuales en dos tipologías según la *fides*:

- a) Intrasubjetivas. Las surgidas entre patrono y cliente.
- b) Intersubjetivas. Surgidas en el Derecho Internacional (aún hoy vigente) de la regla *pacta sunt servanda*.

A propósito de la citada regla, hemos de apuntar que para el autor TAFARO la traducción de la misma consiste en el mantenimiento de los pactos, pero, para nosotros, la hallamos, no sólo en su mantenimiento sino en su íntegro cumplimiento, pues de nada sirven si se mantienen pero se incumplen.¹²²

¹¹⁹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Ob. Cit.* Pág. 200. Señala «El arbitraje habría cumplido en los primeros siglos de Roma (...) Un importante papel (...) no sólo como complemento o alternativa a la jurisdicción, sino como instrumento de resolución de controversias más allá de la autodefensa o autoayuda, por parte de un tercero imparcial y elegido de común acuerdo por las partes».

¹²⁰ Según TAFARO, *Ob. Cit.* .P. 224 y ss. «la *fides* representó, desde sus primeras aplicaciones (siglo VI a. C.), un criterio de valoración del comportamiento humano para proteger las expectativas de las persona».

¹²¹ En este mismo sentido: Vid. Zapallà, F. *Ob.*, cit., p. 201.

¹²² TAFARO, *ob.*, cit., p. 225.

En ambos supuestos la *fides* exige coherencia entre los hechos y las palabras (*fit quod dicitur*) y, en particular, la verbalización del *petitum* contractual.

Así pues, como acabamos de constatar, la *fides* tiene por objetivo la protección del individuo en las relaciones comerciales entre un romano y un extranjero mediante el *hospitium*, individualizando los contratos en dos categorías: los verbales y los consensuales.¹²³ Estos últimos carecían de *forma* y, a diferencia de la *stipulatio*, se basan en vínculos obligatorios institucionalmente recíprocos en vez de compromisos adquiridos unilateralmente por una parte respecto de la otra como sucedía en la estipulación.

La relación bilateral, como esencia propia del contrato, la encontramos en LABEÓN cuando dice «*quod quaedam agantur, quaedam gerantur, quaedam contrahantur*» y distingue acto de contrato. Entendiendo por el primero como «*quidem generale verbum esse, sive verbis, sive re quid agatur, ut in stipulatione, vel numeratione*» y por contrato «*autem ultro citroque obligationem, quod Graeci synallagma vocant, veluti emtionem, venditionem, locationem, conductionem, societatem emptionem*».¹²⁴

En el mismo sentido diferenciador, el propio CICERÓN distingue el «derecho de gentes de la tradición y de la ley» considerándolo el derecho aplicable a ciudadanos y peregrinos.¹²⁵

¹²³ TAFARO, Ob., cit., p. 225 y ss. Según este autor, estos «derivan del mundo de las transacciones y se basan en una experiencia conocida y difundida en la comunidad internacional de la época, No tienen una *forma* ; antes bien, son válidos no obstante la ausencia de forma y se basan, no en compromisos adquiridos por una de las partes respecto a otra (como sucedía en la estipulación) sino en vínculos obligatorios institucionalmente recíprocos».

¹²⁴ DIGESTO 50.16.19.

¹²⁵ CICERÓN. DISCURSOS III. *En defensa de Sexto Roscio Amerino*, biblioteca Gredos, Trad. ASPA CEREZA, J., Madrid, 2007. En un pasaje de este discurso en defensa de Sexto Roscio de Ameria, el insigne jurista (106 a.C) realizó esta su segunda defensa a los 26 años (80 a.C) y cuya victoria que le catapultó a la fama y gloria en el foro romano. Y que en palabras del propio abogado «Mi primera intervención en una causa pública a favor de Sexto Roscio tuvo un éxito tan grande que ya no hubo otra ninguna que no se considerara digna de que yo la defendiera». Vid. Ob. Cit. Nota 25, pág. 16. Así en un momento de su alegato de defensa discursiva afirma «... creo que todo cuanto vosotros afirmáis que hizo Sila, se llevó a cabo de acuerdo con nuestras tradiciones, con las leyes y con el derecho de gentes». Vic. También, nota 142, ob. Cit, pág. 92. Esta causa se refería a la defensa de Sexto Roscio de Ameria, en tiempos del dictador Sila, acusado por Capiton y Crisogono de haber asesinado a su padre, Sixto Roscio, un rico y acaudalado ciudadano de Ameria, debida a una supuesta enemistad entre padre e hijo. Los

Así pues en la Roma de la época, para solventar los conflictos entre las partes, coexistía, junto al proceso arcaico de las acciones de la ley, en el procedimiento formulario y en el de la cognición oficial. Desde tiempos antiguos, el llamado «procedimiento arbitral» que se diferenciaba en que no intervenían representantes públicos sino que eran las partes quienes designaban al *arbiter*, era un procedimiento sin las rigideces formales de los tres procesos citados pero, como señala acertadamente VALIÑO DEL RÍO con el inconveniente de la fuerza ejecutiva de la decisión arbitral.¹²⁶

No obstante y para soslayar jurídicamente este inconveniente del arbitraje privado de su falta de ejecutoriedad directa, la jurisprudencia romana elaboró una serie de cláusulas penales o *stipulationes* en caso de incumplimiento de la resolución arbitral (*compromissum*).

La seguridad y confianza que suponía este compromiso entre los comerciantes y gentes de negocios hizo que su práctica se extendiera con gran rapidez obligando, por la propia presión de esta clase emergente, al propio pretor a dictar el *edictum de receptis* a finales del s. II a.C. «*qui arbitrium pecunia compromissa receperit, eum sententiam dicere cogam*».¹²⁷

Así pues y en virtud de este compromiso mediante el cual las partes se obligan a aceptar la decisión arbitral sin poder recurrirla ante la jurisdicción ordinaria (Pretor), en

acusadores se habían encargado previamente con viles artimañas de incluir al asesinado en la lista de los proscritos para que, con arreglo a las leyes de la época, sus bienes fueran confiscados y vendidos en pública subasta al alcance de los «cuervos» de la época que de esta forma de hacían con suculentos haciendas. Tras el intento frustrado de asesinato del propio Roscio hijo, y a fin de llevar a cabo tan vil hazaña, le acusaron de haber asesinado a su padre como medio de eliminarle de la escena y con ello privarle de todos sus derechos hereditarios sobre el caudal relicto de su padre. Confabularon la acusación llevada a cabo por Crisógono, favorito del dictador Sila que por temor al mismo, nadie se quería hacer cargo de la defensa del acusado Roscio hijo. Cicerón se hizo cargo de la misma en un momento de su carrera en que aún ni siquiera había entrado en la carrera de los honores, pues obtendría su cuestura cuatro años más tarde en el 76. Y lo hizo con estas palabras iniciales en su intervención «Estos son los motivos por lo que yo me he presentado como defensor de esta causa - no porque haya sido especialmente escogido- sino porque era el que quedaba, entre todos, capaz de hacerlo con menos riesgo., ni con la pretensión de que Sexto Roscio gozara, en su defensa, de una ayuda suficientemente sólida sino para que no quedara del todo desasistido». Vid. Ob., cit., p. 21, nota 5.

¹²⁶ VALIÑO. Ob., cit., p. 133.

¹²⁷ ZAPPELLÀ. Ob., cit., p. 202, en relación a su nota 34.

caso de incumplimiento de ello por una de las partes, la otra (el demandado) disponía de una excepción que enervaba la acción del demandante.

En el mismo sentido, ya en la época del Imperio, ULPIANO¹²⁸ llega aún más lejos dictaminando que no se debe obligar al árbitro a dictar sentencia sino se hubiera fijado el compromiso.¹²⁹

Por ello, aunque la aparición, en el régimen despótico de la Roma Imperial del s. IV a. C, de la *cognitio extra ordinem* supusiera una reglamentación del arbitraje estatal, el privado ha cobrado tal fuerza que era preferido por los comerciantes que no solo sobrevive sino que gana fuerza.

7.2.4. La *Episcopali Audientias* (408 d. C.)

Fueron los emperadores HONORIO y TEODOSIO quienes en el año 408 promulgan la *Episcopali Audientias* que dotaba de fuerza ejecutiva a las decisiones confiadas a los sacerdotes (Obispos)¹³⁰ por los propios fieles cristianos.¹³¹

Los litigantes que acudían a estos procesos no sólo versaban sobre asuntos referentes a religiosos o a la propia Iglesia, sino también cuando los cristianos tenían litigios que no deseaban fueran resueltos por jueces paganos. Importancia que cobró en las propias Novelas¹³² de Justiniano pues éstos ejercían labor de supervisión incluso en los pleitos

¹²⁸ D 4.8.11. «Litigatores ierint, mox ad eundem arbitrarum redierint, Praetorem non debere eum cogere inter eos discepare, qui ei contumeliam hanc fecerunt, ut eum spernerent et ad alium irent».

¹²⁹ D 4.8.11.1 «Arbitrum autem cogendum non esse sententiam dicere, nisi compromissum intervenerit»

¹³⁰ Si bien el tenor literal de la norma habla de «sacerdotes – *sacerdotibus*–» entendemos que se refiere a Obispos por cuanto que la propia constitución habla de la utilidad del «juicio episcopal y del conocimiento episcopal».

¹³¹ *Codex*. 1.4.8 «Episcopale iudicium ratum sit omnibus, qui se audiri a sacerdotibus elegerint, eamque illorum indicationi adhibendam esse reverentiam iubemus, quam vestris deferri necesse est potestatibus, a quibus non licet provocare.. Per iudicium quoque officia ne sit casa episcopalis cognitio, definitioni executio tribuatur»

¹³² Cabe recordar la enorme importancia que las Novelas ha supuesto para nuestro cuerpo jurídico civil normativo. Sirva como muestra, lo referido a la sucesión hereditaria intestada del CC. que, en definitiva, pudiéramos decir que es lo que quiso y determinó el emperador Justiniano en las Novelas, quizás algo actualizado pero no demasiado.

sometidos a jurisdicción ordinaria. Explica VALIÑO DEL RÍO que la razón bien pudiera deberse al desprestigio, sufrido siglos antes, debido a la corrupción de la jurisdicción pública que «no sentían escrúpulos en venderse a las partes económicamente más poderosas».¹³³ Según D'ORS «cuando Constantino convirtió la *audiencia episcopal* en jurisdicción casi ordinaria, este tipo de arbitraje perdió su antiguo carácter, a la vez que se extendió el cristianismo entre los mismos jueces oficiales de la decadencia».¹³⁴

Finalmente, llegamos al *culmen* de este itinerario y que lo representa el *Corpus Iuris* de Justiniano, destacando que el uso del vocablo «*corpus*» aplicado al conjunto de las obras justinianeas, comenzó a usarse desde el siglo XVI, a partir del cual y bajo el título de *Corpus Iuris Civilis*, pasan a denominarse las compilaciones de Justiniano en oposición al *Corpus Iuris Canonici*.¹³⁵

7.2.5 El Código de Justiniano. El Corpus Iuris Civilis (527-567 d. C.)

*El proceso finalizó cuando Justiniano comisionó a los juristas de la escuela de Beirut, encabezados por Triboniano, la muy ardua tarea de codificar las constituciones imperiales – Código y Novelas-, las respuestas de los jurisconsultos – Digesto – y los principios de enseñanza jurídica: Instituta. Con lo cual el derecho romano ganó en inteligibilidad y orden.*¹³⁶

A pesar de la importancia, avatares y protección de que gozó el arbitraje en los tiempos de Roma relatados hasta la fecha, fue con la llegada del emperador FLAVIO PIETRO SABBAZIO JUSTINIANO, quien opera una gran reforma al respecto respaldando las decisiones arbitrales dotándolas de fuerza ejecutiva si iban acompañadas de los juramentos solemnes, haciéndola desaparecer este propio

¹³³ VALIÑO, ob., cit., p. 134.

¹³⁴ D'ORS., ob., cit., p. 39.

¹³⁵ ROS GÓMEZ., ob., cit., p. 204.

¹³⁶ D. PONSATI, A. *Lecciones de historia de las instituciones*. Ed. Astrea, 1ª reimpresión. Ed. Buenos Aires, 1985. P. 586.

Emperador diez años más tarde¹³⁷ regresando a la ineludible solemnidad del documento escrito juramentado.

En dicha línea de importancia se enmarcan las Constituciones imperiales de los emperadores, VALENTINIANO, TEODOSIANO y ARCADIO del año 389 d.C.- referente al establecimiento de los días inhábiles judiciales - donde mencionan al arbitraje como una forma de proceso oficial equiparando a árbitros y jueces.¹³⁸

En definitiva, y por todo lo expuesto, ha quedado claro la supervivencia del arbitraje privado en Roma pese a que fue duramente golpeado en la época dictatorial imperial por el intento de controlar el Estado todas las manifestaciones jurídicas debido a la confianza que la emergente y pujante clase comercial tenía en dicha institución en aras a la preparación y autonomía que otorgaba a los contendientes el procedimiento arbitral y les dotaba de seguridad.

De este modo el arbitraje cumpliría varias importantes funciones en las distintas épocas romanas coexistiendo con los procedimientos estatales de cada momento. Así, en los primeros siglos, como medio alternativo a la jurisdicción estatal para la resolución de controversias por un tercero imparcial que gozaba con la confianza de las partes al elegirlo y, en siglos posteriores, por su rapidez, sencillez procedimental y especialización en algunos supuestos del árbitro.

Entendemos que se explica por varias razones:

A) En el periodo de las *legis actiones*, porque supuso el medio de solventar, y cubrir con ello el vacío legal existentes en las mismas, en cuanto a la resolución de controversias surgidas entre los *cives romani* y el *ius gentium*, configurándose así como un procedimiento idóneo de carácter internacional para la resolución de los conflictos de

¹³⁷ ZAPALLÀ., ob., cit., p. 203-204 y notas 53 y 54.

¹³⁸ Justiniano, *Codex 3.12.5(6)* «(...) In aeade observationes numeramus et dies solis, quos dominicos rite dixere maiores,, qui repetito in se calculo revolvuntur. Parem necesse est habere reverentiam, ut nec apud ipsos árbitros, vel a iudicibus flagitatos vel sponte delectos...»

intereses surgidos y amparados más allá de lo regulado en el *ius civile* a través de la regulación de las acciones legales existentes al efecto.

B) Con el procedimiento formulario porque la sencillez procedimental en la tramitación del asunto a través del juicio mediante arbitraje contrarrestaba el excesivo rigorismo formulista del procedimiento estatal y dotaba al primero de más garantía y confianza a los propios litigantes. Redundando todo ello en la rapidez obteniendo la resolución frente a la lentitud del procedimiento formulario público.

C) Durante el procedimiento *extra ordinem cognitio*, por la confianza adicional y extraordinaria de que gozan los árbitros elegidos por las partes, imparciales, frente a la corruptela pública propia de los funcionarios estatales de la época imperial romana.

Tan es así lo que decimos que coincidimos con BUIGUES en afirmar que el arbitraje privado es más antiguo que el público¹³⁹ sirviendo el primero de precedente al segundo¹⁴⁰ si bien admitiendo influencias de otros ordenamientos públicos.

No obstante, lo anterior, cabe recordar que, en el período republicano, el Senado intervenía como órgano arbitral en las controversias de naturaleza administrativa que surgían entre municipios, colonias o ciudades.¹⁴¹

La protección de que gozó la institución arbitral, es a nuestro juicio, más que evidente, a la par que diferente, en cada una de las épocas en Roma y viene, sobre todo referida a la fuerza ejecutiva de la sentencia arbitral en caso de incumplimiento del demandado-condenado. Lo resumimos del siguiente modo:

A) En la época arcaica del *ordo iudiciorum privatorum* la sentencia arbitral (con el mismo tratamiento ejecutivo que el *iudex*) no podía obligar al condenado a cumplir la misma y por ello requería de la coacción/intervención del Pretor para su ejecución

¹³⁹ En el mismo sentido es coincidente la práctica unanimidad de la doctrina romanista.

¹⁴⁰ BUIGUES... Ob... cit., p. 67 al 69 y nota 85.

¹⁴¹ FERNÁNDEZ BARREIRO, ob., cit., p 583, nota 14.

permitiendo al actor vencedor a instar dicho cumplimiento mediante la *actio iudicati* con el consiguiente riesgo para el vencido de la doble litiscrecencia.¹⁴²

B) En el **arbitraje clásico** cabía la interposición de la *actio ex stipulatu* ante tal incumplimiento para el caso de que hubiera mediado entre los litigantes una cantidad *poena* al efecto. O dicho de otro modo, como la sentencia arbitral carecía de fuerza ejecutiva, el vencedor podía obtener su cumplimiento ejercitando la *actio ex stipulatu*¹⁴³ consiguiendo que se le entregara la cantidad pactada en concepto de lo que ahora llamaríamos clausula penal (entonces *poena*) con carácter resarcitorio.

Para D'ORS «el acuerdo de someter la controversia a un árbitro para eludir la vía ordinaria se llamaba *compromiso* porque consistía en promesas recíprocas por las que las partes se obligaban a pagar una pena si no acataban la sentencia el árbitro».¹⁴⁴

Puntualizar, que si bien habitualmente el mecanismo penalizador se basaba en la estipulación penal cuyo objeto era la entrega de una cantidad determinada, cualquier otro valor o bien patrimonialmente elevado podía ofrecerse como tal.¹⁴⁵ Lo que nos lleva a concluir que podía brindarse como *poena compromissi* la promesa de cosa diferente a dinero.¹⁴⁶ En esta línea, POMPONIO admite el compromiso por nudo pacto, es decir, en el caso de que ambos comprometidos fueran deudores y pactaran que no pida lo que se le debe el que no haya cumplido la sentencia arbitral.¹⁴⁷

Más tarde con Justiniano se concedían unas acciones especiales según los casos: *actio in factum*, *condictio ex lege* o una *actio utilis in rem*.¹⁴⁸

¹⁴² VALIÑO ARCOS, ob., cit. p. 37.

¹⁴³ A tal efecto D. 4.8.27.2 «*Sed si poena non fuisset adiecta compromisso, sed simpliciter sententia stari quis promiserit, incerti adversus cum foret actio*».

¹⁴⁴ D'ORS., ob., cit., p. 39.

¹⁴⁵ D. 4.8.28 «*Non autem interest, certa an incerta summa compromissa sit, ut puta: " quanti ea res erit" »*».

¹⁴⁶ D. 4.8.11.2 «*Quod ait Praetor " pecuniam compromissam, accipere nos debere non si utrimque poena numaria, sed sit et alia res vice poenae, si quis arbitri sententia non steterit, promissa sit..." »*

¹⁴⁷ D. 4.8.11.3 «*Interdum, ut Pomponius scribit, recte nudo pacto fiet compromissum; utputa si ambos debitores fuerunt, et pacti sunt, ne petat, quos sibi debetur, qui sententiae sebitri non paravit*»

¹⁴⁸ En aquellos casos en que las partes hubieran elegido al árbitro bajo juramento y éste se hubiera comprometido a dictar sentencia justa. Vid. VALIÑO ARCOS. Ob., cit., p. 40.

Añadir que la institución del juramento se instaure en Roma en la época justiniana dotando al arbitraje de una especial protección jurídica. Protección que se extiende, en virtud de tal juramento, al que se apartare del *compromisum* acudiendo a la vía jurisdiccional ordinaria naciendo a su favor una *exceptio veluti pacti*.¹⁴⁹ A mayor abundamiento, Justiniano a Demóstenes.¹⁵⁰

Pero es el propio relajamiento de la moralidad y los perjurios sobre el juramento, que predominan en esta época, los que obligan al propio JUSTINIANO¹⁵¹ a retroceder sobre sus pasos y volver al sistema clásico de cumplir la sentencia arbitral o pagar la pena estipulada para el caso de que alguno acuda a la jurisdicción ordinaria.¹⁵²

¹⁴⁹ VALIÑO ARCOS, ob. Cit, pág. 40 y nota 92, donde en consonancia con WLASSAK, LA PIRA, WENGER, ROTONDI y ZIEGLER, «la configuran como una excepción nacida, más que del compromiso, de la propia sentencia arbitral, cuya observancia había sido prometida por las partes».

¹⁵⁰ C. 55.4.2. «*Sin autem de arbitro quidem nihil tale fuerit vel compositum vel scriptum, ipsae autem partes literis hoc manifestaverint, quod iuramenti nexibus se illigaverint, ut arbitri sententiae stetur, et un praesenti casi omnimodo definitionem arbitri immutatam servari, literis videlicet eorum similem vim obtinentibus, sive ab initio hoc fuerit ab his scriptum vel praefato modo depositum, dum arbiter eligebatur, sive post definitivam sententiam hic scriptum inveniatur, quod eum sacramenti religione eius audientiam amplexi sunt, vel quod ea, quae statuta sunt, adimplere iuraverint.*»

¹⁵¹ NOVELA, 82.11

¹⁵² Novela 82.11. Habida cuenta que la numeración de esta Novela en la edición de García del Corral que venimos utilizando en esta investigación, se ha hecho preciso acudir a la alemana edición de Schoell and Kroll's. Text submitted by Dr. Ingo Maier. «*DE IUDICIBUS, ET UT NULLATENUS CUM IUREIURANDO ELIGATUR ALIQUIS IUDEX QUOD PERMANET EI. ET UT APPELLATIONES ACCIPIANT MODIS OMNIBUS IUDICES. ET UT IN MEDIA LITE FACTAE FORMAE, QUOD MODO OPORTEAT DECIDI COGNITIONEM, NON ATTENDANT IUDICES... Quia vero multae quaedam nobis fiunt interpellationes, eligentibus quibusdam iudices penitus ignorantes leges et experimentum, et prone iurant contentos se iudicibus, quibus nequaquam quispiam quodlibet credat, deinde suadent forsitan etiam iudicibus quasi sibi praebere iusiurandum, viris neque quid sit iustum neque eius observationem scientibus, et merito laesi ipsi rursus volunt examinari negotium obliti iurisiurandi quod iuraverunt, causa nobis subversione digna visaest. 1. Et quia cognovimus ex rerum experimento incautum hoc esse, sancimus de cetero nullum fieri omnino iudicem arbitralem et cum iurisiurandi cautione iudicare, ne ex hoc in periurium invitum incidant homines propter iudicium ignorantiam peierare compulsi, sed omnino qui iudicem aut iudices eligunt cum poena eligant eos, quatenus partes adinvicem coeant, et necessitatem habeant aut contentae esse iudicio, aut si retractare voluerit alter, det multam, et sic licentiam habeat discedere ab his quae iudicata sunt et ad aliud venire auditorium; nostris iudicibus, si aditi fuerint, exigentibus multam et his qui eam iussi sunt accipere restitui praeparantibus. Scientibus his qui iudices eligunt, quia si non hoc egerint neque stipulati fuerint poenam, sed aestimaverint sufficere sibi ex iureiurando cautionem, deinde iudices sic electi noceant eis, si quidem ex studio, a domino deo poenas periurii sustinebunt, si autem ex ignorantia hoc passi fuerint, nihil praeter iusiurandum erit eis amplius: quia neque periurium volumus ab aliquo fieri, neque rursus litigantes damnum sustinere magnum propter iudicantium ignorantiam citra iurisiurandi reverentiam permittimus. Omnibus ante sancitis sive ex antiqua legislatione sive a nobis de compromissariis iudicibus aut in arbitris, extra necessitatem tamen iurisiurandi, in propria virtute manentibus et nequaquam ex hac nostra lege novandis.*»

Concluimos este apartado, haciendo referencia al papel de la mujer, respecto de las contiendas judiciales, en el Derecho Romano Imperial, pues ésta no podía actuar (en aras a su decoro y a las funciones propias de su naturaleza) como comprometente en nombre de otra persona ni podía ser garante de la pena.¹⁵³ En tal sentido, es el mismo Augusto quien sanciona su intervención - aun gozando de la más alta y mejor reputación - con la nulidad, tanto de la pena prometida como del pacto contra los que *iustos earum contemtores habeatur*.¹⁵⁴

8. El arbitraje en el Medievo español.

*Se llaman árbitros porque su nombramiento depende del arbitrio de las partes.*¹⁵⁵

No vamos a realizar en este apartado, pues excedería con mucho el objetivo y límites de esta tesis, abordar toda la época medieval española en los distintos territorios donde es de aplicación el *ius commune* frente a los de aplicación del derecho foral o *ius locii*.

Es por ello que a los efectos de plasmar en este apartado la utilización del arbitraje para resolver las controversias pacíficamente, baste con algunos ejemplos, uno de carácter general que afectaba al derecho castellano en época de Fernando II de Aragón e Isabel I de Castilla y el otro, referido a esta institución en nuestro derecho foral valenciano: *Els Furs* de Jaime I.

¹⁵³ D. 4.8.32.2. «*Si mulier alieno nomine compromittat, non erit pecunia compromissa propter intercessionem*».

¹⁵⁴ C. 2.56.6 «*Sancimus, mulieres suae pudicitiae et operum, quae eis natura permisit, et a quibus eas iussit abstinere, licet summae atque optimaee opiniones constitutae in se arbitrium susceperint, vel, si fuerint patronae, etiamsi inter liberos suam interposuerint audientiam, ab omni iudicali agmine separari, ut ex aerarum electione nulla poena, nulla pacti exceptio adversus iustos earum contemtores habeatur*»

¹⁵⁵ SALA, J. *Ilustración del Derecho real de España*. Ed. Analecta. Coruña. 2002. Tomo I. Edición corregida y adicionada por su autor de la obra en Coruña de 1837.P. 182.

8.1 Derecho Común y los Reyes Católicos.

8.1.1 *La sentencia arbitral de Guadalupe (1486).*¹⁵⁶

A través de esta sentencia o «Pragmática de Guadalupe» como se la denominó, los Reyes Católicos solucionaron el conflicto surgido entre los payeses de remensa¹⁵⁷ catalanes con sus señores feudales y que tuvo su momento más crucial durante la Guerra de Remensas en Cataluña allá por años 1.462-1712.

Por la misma se abolió la esclavitud de los primeros respecto de sus señores, les otorgaba su carta de libertad y eliminaba cualquier vinculación servil de éstos ante sus señores, que asimismo, conservaban la propiedad sobre la tierra, permitiendo que los payeses cultivaran estas tierras a cambio de un censo pudiendo incluso llegar el campesino a comprar dicha tierra o abandonarla sin pagar cantidad alguna en concepto de remensa.

Pero sin duda el gran arbitraje en esta época feudal y con los Reyes Católicos fue el de éstos con el descubridor de América, el navegante, Cristóbal Colón.

8.1.2 *El arbitraje papal colombino*

En esta ocasión se recurrió al arbitraje internacional de la época llevado a cabo por su máximo representante, el Papa Alejandro VI, para que mediara en el conflicto surgido en la España de entonces de Isabel y Fernando y el rey Juan II de Portugal respecto al derecho de navegación por las tierras del sur ubicadas al sur del Paralelo de las Islas Canarias en base a la interpretación de unas bulas papales de interpretación favorable a los intereses lusos otorgadas por el papa Nicolás V en 1.455 y los nuevos descubrimientos hallados por el navegante Cristóbal Colón respecto de unas nuevas

¹⁵⁶ Dictada en el Monasterio de Santa María de Guadalupe en Cáceres, el 21 de abril de 1.486.

¹⁵⁷ Cabe recordar que la *remensa* era una especie de servidumbre feudal evolucionada.

tierras descubiertas por éste, distintas a las africanas y ubicadas en la otra orilla del archipiélago.

Así de este modo y con el arbitraje diplomático papal, se solucionó el mencionado conflicto que, en palabras de COLÓN DE CARVAJAL:

<< De las gestiones diplomáticas llevadas a cabo por don Fernando ante la Santa Sede nacieron las tres bulas Inter Coétera del 3 y 4 de mayo de 1493, que más tarde serían completadas por la bula Dudum Siquidem del 26 de septiembre. En ellas se adjudicaron a Castilla las islas y nuevas tierras descubiertas o por descubrir que se encontraran a partir de las 100 leguas al oeste de las islas Azores. La no aceptación posterior de dichos términos llevó a Portugal a buscar la negociación directa con Castilla en la villa de Tordesillas, lo que daría origen al más famoso tratado de la Historia¹⁵⁸ >>

Así pues y en palabras de PARRA CALA, el 7 de junio de 1494 se firmó en Tordesillas la «capitulación para la partición del mar océano entre los Reyes Católicos y el Rey Juan II de Portugal.¹⁵⁹

¹⁵⁸ COLÓN DE CARVAJAL y GORÁSABEL, C. *Colón visto por Colón*. Extracto del mencionado libro en imprenta al cierre de este capítulo facilitado a la doctoranda por el propio autor para documentación e inclusión en el presente trabajo. «UN CASO DE ARBITRIO INTERNACIONAL CON OCASIÓN DEL DESCUBRIMIENTO DE AMÉRICA. El monarca portugués don Juan II conoció por boca de Cristóbal Colón la noticia del descubrimiento de las nuevas tierras en la entrevista que mantuvieron en Lisboa, tras la forzosa arribada de éste en marzo de 1493. Tras la decepción y tristeza por la ocasión que había dejado escapar, quiso sacar provecho del hecho reclamando las tierras que se hallaran al sur del paralelo de las islas Canarias. Se basaba en una pretendida aplicación favorable a sus intereses de la Bula Romanus Pontifex, otorgada por el papa Nicolás V en 1455, que daban a los portugueses la exploración exclusiva del espacio africano situado al sur del Cabo Bojador y del posterior Tratado de Las Alcaçovas-Toledo de 1474. Gracias a Cristóbal Colón, Castilla había recuperado la capacidad de movimientos en el Océano limitada por aquellos y había hallado unas nuevas tierras distintas de las africanas en la otra orilla del piélago. Al tratarse de un nuevo escenario, los Reyes Católicos no estaban dispuestos a compartir los nuevos territorios con sus vecinos y así se lo hicieron saber. Por ello, recurrieron a la autoridad del papa Alejandro VI demandando que les asignara las nuevas tierras, como en el pasado lo había hecho su antecesor a favor de Portugal. Como en la anterior ocasión se recurría al arbitrio del máximo representante de la Iglesia de Roma para solventar un conflicto geográfico entre dos naciones cristianas. Es lo que modernamente se conoce como un arbitraje internacional. De las gestiones diplomáticas llevadas a cabo por don Fernando ante la Santa Sede nacieron las tres bulas Inter Coétera del 3 y 4 de mayo de 1493, que más tarde serían completadas por la bula Dudum Siquidem del 26 de septiembre. En ellas se adjudicaron a Castilla las islas y nuevas tierras descubiertas o por descubrir que se encontraran a partir de las 100 leguas al oeste de las islas Azores. La no aceptación posterior de dichos términos llevó a Portugal a buscar la negociación directa con Castilla en la villa de Tordesillas, lo que daría origen al más famoso tratado de la Historia (Extracto del libro “Colón Visto por Colón”, por Cristóbal Colón XX, duque de Veragua)».

¹⁵⁹ PARRA CALA, R. COLECCIÓN DE DOCUMENTOS IMPORTANTES DE LA HISTORIA DE ESPAÑA... *Tratado de Tordesillas y Leyes de Toro*. Ministerio de Educación y Ciencia. Dirección General de Archivos y bibliotecas. P. 21.

8.2 Derecho foral valenciano: *Els Furs de Jaime I.*

Para VALIÑO ARCOS, el arbitraje es considerado como una herencia romana recibida no como vía alternativa a la jurisdicción ordinaria: «en los Fueros de Valencia no se contempla el arbitraje como forma de superar la inoperancia de la vía jurisdiccional ordinaria, sino que se trata de una institución recibida del Derecho romano».¹⁶⁰

Para este autor, a diferencia del precedente romano, se permitía en los Fueros designar un árbitro para «cualquier contienda futura»,¹⁶¹ lo que, dicho sea de paso, suponía una voluntad de solventar de esta forma las futuras controversias y el considerable ahorro de tiempo frente a la falta de necesidad de realizar nuevas designaciones de árbitros.

Importante resultar indicar que, en torno a las incapacidades que se contemplan en este cuerpo legal, se hallan a las mujeres «concebida como género y no como estado civil»,¹⁶² reiterada en la rúbrica *de iudicis et arbitriis* de los *Fori Antiquae Valentiae*.¹⁶³

En el mismo sentido se manifiesta ULPIANO¹⁶⁴ y BUIGUES cuando dice «A esta situación de inferioridad de la mujer respecto del varón se alude también en las *Regulae* de Ulpiano, que añade un matiz nuevo especialmente importante, ya que recoge un aspecto referido a la incapacidad de actuación de la mujer en asuntos judiciales».¹⁶⁵

¹⁶⁰ VALIÑO ARCOS, A. ob., cit., p.60.

¹⁶¹ VALINO ARCOS,.... ob., cit., p.62

¹⁶² VALIÑO ARCOS, ob., cit., pág. 64 y nota 155.

¹⁶³ Vid aclaración nota 160, VALIÑO ARCOS, A. ob., cit., p. 65.

¹⁶⁴ D.50.17.2.1 «Feminae ab ómnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt et ideo nec iudices esse possunt nec magistratum gerere nec postulare nec pro alio intervenire nec procuratores existere».

¹⁶⁵ BUIGUES, Ob., cit., p..107.

Todo ello, no ha de extrañar, pues ya lo dijo GARCÍA GONZÁLEZ «Poder abogar en juicio, en causa ajena, es algo que las mujeres han tardado muchos siglos en conseguir»¹⁶⁶ y en el mismo sentido se manifiesta la Partida 3ª, Título VI, Ley III.¹⁶⁷

Por su parte en el DIGESTO,¹⁶⁸ es el propio Ulpiano quien le hace un comentario al Edicto del pretor con estas palabras que reproduce GARCÍA «En segundo lugar, propone el edicto lo relativo a aquellos que *no aboguen por otros*; en cuyo Edicto estableció el Pretor exclusiones por razón de sexo y de algunos defectos, y señaló además a las personas con nota de infamia... El origen de est proviene de Carfania, mujer muy descarada que, al abogar sin vergüenza e importunando al Magistrado, dio motivo a este Edicto».¹⁶⁹

Pasamos ahora a estudiar el arbitraje en el código jurídico más importante elaborado en el medievo castellano: *Las Siete Partidas*.

Otro antecedente arbitral valiosísimo en nuestro s. XVI lo constituyen las Ordenanzas de Bilbao las cuales, según OLIVERA GARCÍA «impusieron el arbitraje en materia societaria, ordenando la inclusión de cláusulas compromisorias en los estatutos sociales, con el confeso objetivo de que los conflictos societarios se resolvieran sin demora, en procedimientos ágiles, ante fueros especializados en los que los comerciantes confiaran».¹⁷⁰

¹⁶⁶GARCÍA GONZÁLEZ, J. *Cuatro Leyes de Las Partidas*. Política y Sociedad. “Estudios en homenaje a Francisco Murillo Ferrol”. Madrid, 1987. P.520.

¹⁶⁷ Al parecer debido a una tal *California* (Partidas y Carfania en el Digesto), una mujer desvergonzada de la época que enojaba a los jueces con sus gritos.

¹⁶⁸ D.3.1.1.5 «Sexum, dum fēminas prohibet pro aliis postulare; et ratio quidem prohibendi, ne contra pudicitiam sexui congruentem alienis causis se immisceant, ne virilibus officiis fungantur mulieres...»

¹⁶⁹ GARCÍA., ob., cit. p. 521.

¹⁷⁰ OLIVERA GARCÍA, R. *La solución de los conflictos societarios a través del arbitraje estatutario*. Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains. Tomo II, Ed. Instituto Peruano de Arbitraje. Lima, 2013. P. 1473.

8.3 Las Partidas de Alfonso X¹⁷¹

De gran influencia filosófica,¹⁷² bíblica,¹⁷³ coincidimos con PONS TOVAR en afirmar que «recogen de forma enciclopédica el corpus doctrinal conocido en el siglo XII como *Ius Commune*, que es, por un lado, la versión medieval del derecho civil romano,¹⁷⁴ pero enriquecido por los glosadores medievales y por otro, una recopilación del derecho canónico,¹⁷⁵ que incorporan además, obras de canonistas hispanos como Raimundo de Peñafort¹⁷⁶». ¹⁷⁷

Para SALA esta obra «Es, a semejante de las Pandectas romanas, como el Digesto de nuestra legislación; pues contiene con extensión todas las leyes civiles, que en aquel tiempo debían observar generalmente los españoles». ¹⁷⁸

Esta obra dedica la partida III¹⁷⁹ al tema del arbitraje bajo la rúbrica «Que fabla de la Justicia, e como se ha de fazer ordenadamente en cada logar, por palabra de juyzio, e por obra de fecho, para desembargar los Pleytos».

Así en la Ley I que trata del concepto de juez y de las formas de juzgar,¹⁸⁰ dice «...Y, ha aun otros que son llamados en latin Árbítrros; que muestra tanto como Juggadores de aluedrio, que son escogidos, para librar algund pleito señalado, con otorgamiento de

¹⁷¹ Sin duda es la obra jurídica más insigne de la Edad Media castellana, cuya obra está dividida en 182 títulos cada partida y éstas en leyes a su vez. En total 2.683 leyes. Iniciadas entre 1.254 y 1.256, fueron concluidas, al parecer, en 1.265.

¹⁷² Aristóteles y Séneca, entre otros.

¹⁷³ Santo Tomás de Aquino, *Libri Feodorum como ejemplo de compilación feudal lombarda*.

¹⁷⁴ Proveniente de Justiniano.

¹⁷⁵ De las Decretales de Graciano que conforman el Corpus Iuris Canonici y la de los Pontífices.

¹⁷⁶ Insigne jurista, Patrón de los abogados en la actualidad.

¹⁷⁷ PONS TOVAR, M. *La traducción de ostextos latinos al castellano en la corte de Alfonso X el Sabio*. AnMAL Electrónica 29. 2010. ISSN 1697-4239. P. 244.

¹⁷⁸ SALA, J. *Ilustración del Derecho real de España*. Ed. Analecta. Coruña. 2002. Tomo I. Edición corregida y adicionada por su autor de la obra en Coruña de 1837. P. 14.

¹⁷⁹ Señalar que en la confección de esta Partida colaboró el e procesalista italiano Jacopo de Giunta, según PONS, ob, cit, p. 244.

¹⁸⁰ «Que quiere decir Juez, e quantas maneras son de Juzgadores»

ambas partes. E cada vno destos Judgadores mostraremos, que cosas han de fazer, e de guardar por razón de sus officios». ¹⁸¹

Y en la siguiente ley, ¹⁸² al tratar sobre la capacidad para elegirlos o nombrarlos, especifica «Mas los otros Jueces de aluedrio non pueden ser puestos, si non por auenencia de ambas partes, assi como de suso es dicho».

La Ley XIII de este cuerpo normativo distingue dos tipos de «Jueces de auenencia» a los que llama *Árbitros*, nombrados por las partes para que resuelvan sus conflictos, y que especifica pueden actuar de dos maneras: Una, lo que hoy en día llamamos arbitraje en derecho ¹⁸³ y la otra los *Arbitradores* ¹⁸⁴ o amigables componedores. Es decir, lo que hoy llamaríamos conciliadores.

Aplicamos a ambos supuestos la diferencia establecida por GUASP ¹⁸⁵ «... Si alguien está en conflicto con su prójimo, y llama a otra persona para que ponga paz o le avenga, pero no se compromete a aceptar las sugerencias del tercero, entonces está en el terreno de la conciliación» y este autor diferencia esta figura de la del árbitro de este modo «Por el contrario, cuando alguien en unión de su contendiente llama al tercero y se compromete a aceptar y quedar ligado por el resultado que ese tercero proclame como dirimente entre ellos, entonces se está rigurosamente ante la figura del arbitraje».

Y en la misma línea diferenciadora, ROLDÁN VERDEJO señala que «Las Partidas engloban como jueces ordinarios a los que llamamos comunes y a los especiales,

¹⁸¹ Ley I, in fine. Partida 3ª

¹⁸² Ley II «Quién puede poner los jueces»

¹⁸³ «La vna es, quando los omes ponen sus pleitos, q ue los oyan, los libren, según derecho. E estonce dezimos, que tales Auenidores como estos, desque recibieren, e otorgaren, de librarlos assi, que deuen andar adelante por el pleito, también como si fuesen Jueces ordinarios, faziendolos començar el pleito ante si por demanda, e por respuesta; e oyendo, e recibiendo las pruuas, e las razones, e las defensiones, que ponen cada vna de las partes. E sobre todo deuen dar su juyzio afinado, segund entendieren que lo deuen fazer de derecho»

¹⁸⁴ Ley XIII, Las Siete Partidas, Ob., cit, p. 65 a 67 «Arbitradores, que quieren tanto decir como auedriadores e comunales amigod, que son escogidos por las partes, para auenir, e librar las contiendas, que ouieren entre si, en qualquier manera que ellos touieren por bien. E estos a atales, después que fueren escogidos, e ouieren recibido los pleitos, e las contiendas, desta guisa, en su mano; han de poder oyr las razones de ambas partes, e de auenirlas en qual manera quisieren».

¹⁸⁵ GUASP, J; *El arbitraje en el derecho español*. Ed. Bosch, Barcelona, 1956. P. 20.

enfrentándolos con los delegados y los árbitros, utilizando el criterio de la permanencia como clasificatorio, lo que es correcto».¹⁸⁶

Aunque no es materia de este trabajo (pues excedería y con mucho del mismo) el tratar a los amigables componedores, sí nos parece oportuno dedicarles unas líneas para establecer las diferencias significativas para con los árbitros, objeto de nuestro estudio.

Así la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, le dedicaba Título VIII,¹⁸⁷ artículos 2175 a 2181, que fueron derogados por la Ley 10/1992, 30 abril de Medidas Urgentes de Reforma Procesal,¹⁸⁸ según BROCA MAJADA porque «carecían de aplicación práctica respecto de los preceptos sustantivos que le sirvieron de fundamento (C. de comercio de 1829, como consecuencia de haber suprimido el C. de 1885, el arbitraje forzoso en los litigios sobre sociedades)¹⁸⁹ rigiendo entonces la vigente Ley de Arbitraje, 36/1998, de 5 de diciembre.

Sin embargo y hasta su derogación era usual la *praxis* jurídica de solicitar Juzgado el nombramiento de amigables componedores en apoyo del art. 2177 de la entonces vigente ley procesal civil del XIX, como lo demuestra HUGUET y CAMPAÑÁ en su célebre obra práctica procesal de principios del siglo XX.¹⁹⁰

Al estudio sobre la distinción entre Árbitros y Arbitradores le dedica DÍEZ PICAZO un minucioso estudio en el que, recogida esta figura por el derecho Medieval y proveniente de la tradición romanista, viene a definir a estos últimos conceptuándolos en aquéllos casos cuando «se da a un tercero una cierta intervención en una relación

¹⁸⁶ ROLDÁN VERDEJO, R. *Los Jueces de la Monarquía Absoluta. Su estatuto y actividad judicial. Corona de Castilla, siglos XIV-XVIII*. Universidad de Lalaguna. Secretariado de Publicaciones. 1989. P. 31.

¹⁸⁷ «Del nombramiento de árbitros y del de peritos en el contrato de seguros»

¹⁸⁸ B.O.E. de 5 mayo.

¹⁸⁹ A-4. Práctica Procesal Civil. BROCA MAJADA/CORBAL G. VALERA. Ed. Bosch. 22ª Ed. Barcelona, 1996. Tomo IX. P.5999 y 6000.

¹⁹⁰ HUGUET y CAMPAÑÁ, P. *El abogado popular*. Ed. Sucesores de Manuel Soler. 5ª Ed. Barcelona. Tomo 6. Págs. 76 y 77.

jurídica, en que se da validez y eficacia al arbitrio como elemento componente de esta relación».¹⁹¹

Coincidimos con GUASP en afirmar que, pese a que la antigua LEC de 1881 hablaba en su Título V del Libro II del juicio de árbitros y amigables componedores «como de dos figuras que colocaba en el mismo plano...», acaba señalando que «los amigables componedores no eran árbitros, procesalmente, en el riguroso sentido de la palabra».¹⁹²

9. El arbitraje desde la Ilustración hasta nuestros días.

*Le droit des citoyens de terminer définitivement leurs contestations par la voie de l'arbitrage, ne peut recevoir aucune atteinte par les actes du pouvoir législatif.*¹⁹³

Como venimos comprobando, el arbitraje ha venido subsistiendo y sobreviviendo a todos los avatares políticos y económicos a través de los tiempos.

No podía ser menos en la época de “La razón y las luces” donde sus principios hayan plena acogida con los configuradores de la gran Revolución francesa que cambió con sus principios republicanos y liberales la historia de Francia y la de gran parte del mundo, recogiendo como principio constitucional en la Carta Política de 1791, haciéndose incluso obligatorio para algunos asuntos concretos¹⁹⁴ entre comerciantes de la época. Así los artículos 51 y 52 del *Code de Commerce del siglo XVIII*¹⁹⁵ disponía que las controversias entre socios mercaderes fueren sometidas a los árbitros que eligieran las partes o, subsidiariamente y en su defecto, a los Tribunales de comercio.¹⁹⁶

¹⁹¹ DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN. *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*. Bosch. Barcelona, 1957. P. 9.

¹⁹² GUASP, Ob., cit., p. 35

¹⁹³ Art. 5 de la Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791.

LORCA NAVARRETE, A.M. *La naturaleza jurídica del arbitraje*.

http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/naturaleza_arbitraje.php

¹⁹⁴ Como por ejemplo para resolver divergencias entre socios mediante Decreto de Junio de 1793.

¹⁹⁵ Décret de la Convention Nationale du 2 janvier 1793 l'an 2e de la République Française relatif à l'ère de la République..

¹⁹⁶ ZAPALLA, ob., cit., p. 209.

En el mismo sentido predica la Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791, cuando declara que «le droit des citoyens de terminer définitivement leurs contestations par la voie de l'arbitrage, ne peut recevoir aucune atteinte par les actes du pouvoir législatif».¹⁹⁷

Para ALONSO NAVARRETE, en comunión con CREMADES «... para los constituyentes revolucionarios franceses el arbitraje era un elemento esencial de la justicia natural cuya eficacia no podía ser cuestionada por el legislador mediante recursos contra el laudo arbitral».¹⁹⁸

Pues ni aún en la época absolutista de Luis XIV¹⁹⁹ decayó el procedimiento arbitral, más bien al contrario configurándose como una alternativa conveniente e incluso obligatoria en las relaciones comerciales y familiares.²⁰⁰

Así pues y dado el enorme auge que en todo el mundo estaba teniendo el arbitraje como medio alternativo para solucionar los conflictos de una forma ágil, eficaz y barata, la Comunidad Internacional empezó a desplegar desde finales del s. XIX numerosas iniciativas normativas para regular esta figura. Iniciativas que no han parado hasta hoy en día y que ha marcado todo el siglo XX y principios del XXI. Pasamos, pues a recordarlas.

Interesante resultar señalar que tanto *Codex Iuris Canonici*²⁰¹ señala al arbitraje como medio para resolución de conflictos entre las partes distinguiendo entre el arbitraje de derecho y el de equidad.²⁰²

También el *Códex Canonum Ecclesiarum Orientalium*²⁰³ contempla el arbitraje en sus cánones 1168 y ss.²⁰⁴ «Qui controversiam inter se habent, possunt scripto convenire,

¹⁹⁷ LORCA NAVARRETE., art. cit.

¹⁹⁸ LORCA NAVARRETE., art., cit., p.2.

¹⁹⁹ Bajo el lema de “L’Estat c’est moi”

²⁰⁰ Vid. ZAPALLÀ, ob., cit., p. 209 y ss.

²⁰¹ CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO. Dir. Antonio Benlloch Poveda. EDICEP, C.B., 1993. Cánón 1.713 «Ad evitandis iudiciales contentiones transactio seu reconciliatio utiliter adhibetur, aut controversia iudicio unius vel plurium arbitratorum committi potest»

²⁰² Vid, Código canónico cit, comentario cánón 1.713, pág. 734-735.

ut ea ab arbitris dirimatur».²⁰⁵ Cuerpo normativo de aceptación universal tal como invocó Su Santidad, en palabras de GLINKA, el 25 de octubre de ese año cuando se dirigió a la Asamblea General del Sínodo de los Obispos con estas palabras:

<<Que el mismo sea aceptado por toda la Iglesia Católica, sea por las Iglesias Orientales, para las cuales tendrá vigencia como ley desde el 1 de octubre de 1991, sea por el Episcopado de la Iglesia latina, en el mundo entero y sea aceptado como parte del Patrimonio de la Iglesia Universal, igual que al *Codex Iuris Canonici*- que fue promulgado en el año 1983 – y tiene obligatoriedad para la Iglesia latina.>>²⁰⁶.

Pasando a la legislación civil²⁰⁷ la primera tentativa surgió en Montevideo en 1889.²⁰⁸ Ya entrados los años 20's en Ginebra (Suiza) se promulgaron dos interesantes Protocolos²⁰⁹ sobre el tema. Al año siguiente en Cuba se celebró la 6ª Conferencia Internacional Americana sobre el tema y la siguiente se celebraría cinco años más tarde repitiendo la ciudad uruguaya.²¹⁰ En 1940 apareció un tratado de Derecho Internacional Procesal.²¹¹

Importante destacar aquí las siguientes Convenciones: Nueva York,²¹² Ginebra,²¹³ Washington,²¹⁴ Panamá,²¹⁵ Montevideo,²¹⁶ etc., pero con toda probabilidad la norma internacional más importante en este materia es sin duda, el *Reglamento UNCITRAL*,²¹⁷ norma que ha debido ser modificada por el enorme éxito que ha tenido el arbitraje en sus 30 años de vigencia y para adaptarlo a las nuevas necesidad del tráfico mercantil internacional a fin de darle mejores respuestas a éste.

²⁰³ Promulgado el 19 de octubre de 1990 por el Papa Juan Pablo II.

²⁰⁴ Código de las Iglesias Orientales. Art. II «Del compromiso in arbitros» Cánones del 1.158 al 1.184. http://www.codex-iuris-canonici.de/index_cceo_lat.htm

²⁰⁵ Ex c. 1168 - § 1.

²⁰⁶ GLINKA, L. *La Forma de celebración del matrimonio en Las Iglesias Oirientales*. Revista de Teología, Tomo XLI, nº 83. Año 2004. P. 40-41.

²⁰⁷ En contraposición con la canónica.

²⁰⁸ 1er. Congreso jurídico Suramericano.

²⁰⁹ Firmados el 24 de septiembre de 1928 y el 26 de septiembre de 1927, respectivamente.

²¹⁰ Montevideo 1933.

²¹¹ En la misma ciudad de Montevideo

²¹² Neu York Convention on the Reconigition and Enforcement of Foreig Arbitral Awards, en 1958

²¹³ Convención sobre el Arbitraje Comercial Internacional de 1961.

²¹⁴ Convención para la resolución de las Controversias en materias de Inversión. (1965)

²¹⁵ Convención Interamericana de Arbitraje Comercial (1975)

²¹⁶ Convención Interamericana sobre la eficacia Extraterritorial de los laudos arbitrales (1979)

²¹⁷ Son las siglas en inglés del CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

PERALES CASILLAS pone de manifiesto lo que venimos diciendo al señalar que «Después de más de treinta años de vigencia del Reglamento de 1976 sobre el Arbitraje de la CNUDMI..., la propia Comisión²¹⁸ ha decidido comenzar los trabajos de reforma ... Aunque, en esos años, ha quedado demostrado el éxito del reglamento, el arbitraje ha evolucionado de forma espectacular en ese tiempo». ²¹⁹ Y, en cuanto a las causas de este éxito de éste y la necesidad de su reforma, manifiesta «... Tanto por la razón de su uso utilización creciente como por la evolución de pensamiento jurídico,- lo que lleva a la necesidad de adoptar un nuevo reglamento que tenga en cuenta los avances producidos en el arbitraje comercial internacional». ²²⁰

Respecto al éxito de este reglamento apostilla esta autora «El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI puede decirse que es uno de los textos de la UNCITRAL que más éxitos ha tenido, superando, incluso, las previsiones de sus redactores». ²²¹

Pero será a partir de la II Guerra Mundial cuando la globalización aportará un nuevo concepto contractual: el *Know-How* como modelo clave de innovación jurídico empresarial. Y es a partir de ello, que aparecen prototipos más o menos uniformes de modelos de contratos articulados por los grandes bufetes jurídicos que operan con grandes negocios transfronterizos.

De esta forma surgen los principios UNIDROIT como iniciativa europea configurándose como un Instituto para la unificación del Derecho privado, con sede en Roma y que sentaría las bases de lo que hoy llamamos el arbitraje internacional.

²¹⁸ Se está refiriendo a la Comisión de las NNUU que lo creó.

²¹⁹ PERALES CASILLAS, P. *La notificación del arbitraje y su respuesta en el nuevo Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (2010)*. Obra colectiva “ Arbitraje Internacional, Pasado, Presente y Futuro”. Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains. Tomo I, Ed. Instituto Peruano de Arbitraje. Lima, 2013. P. 761 y 762.

²²⁰ PERALES, ob., cit., p. 762 y nota 1.

²²¹ PERALES, ob., cit., p. 763.

9.1 Principales convenciones y leyes sobre arbitraje en Portugal y Latinoamérica.

No podemos concluir este capítulo sin hacer una breve referencia siquiera al enorme desarrollo legislativo que está teniendo esta materia en Latinoamérica, haciéndonos eco de lo apuntado por HIERRO/CONEJERO²²² tanto respecto a CONVENCIONES INTERNACIONALES como a LEYES. Destacamos algunas de éstas,

1. Convención sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.²²³
2. Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional.²²⁴ Registro ONU, 03/20/1989.²²⁵
3. Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros.²²⁶
4. Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR. Ley 25223.²²⁷
5. Argentina: Código Procesal civil y Comercial de la Nación.²²⁸
6. Bolivia: Ley de Arbitraje y Conciliación.²²⁹
7. Brasil: Ley Nº 9.307, de 23 de septiembre de 1996 sobre Arbitraje.²³⁰
8. Colombia: Ley 315 de 1996²³¹ por la cual se regula el arbitraje internacional y se dictan otras disposiciones.²³²
9. Costa Rica: Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y promoción de la Paz Social.²³³
10. Cuba: Decreto-Ley Núm. 250 de la Corte cubana de Arbitraje Comercial Internacional.²³⁴

²²² HIERRO A./CONEJERO C. *El Arbitraje comercial internacional en Iberoamérica. Marco legal y jurisprudencial*. La Ley. 2ª Ed. 2012. P. 815 y ss.

²²³ Preparada en Nueva York, el 10 de junio de 1958.

²²⁴ Panamá, 1975.

²²⁵ HIERRO, ob., cit., p. 823.

²²⁶ Montevideo, 8 de mayo de 1969.

²²⁷ Buenos Aires, 23 de julio de 1998. Firmantes: Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Idiomas: español y portugués.

²²⁸ Texto actualizado de la Ley núm. 17.454 (t.o. 1981)

²²⁹ Núm. 1779 de 10 de marzo de 1997.

²³⁰ Brasilia, 23 de septiembre de 1996.

²³¹ Diario Oficial nº 42.878, de 16 de septiembre de 1996

²³² HIERRO, ob., cit., p. 887.

²³³ San José, 4 de diciembre de 1997.

11. Chile: Ley Núm. 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional.²³⁵
12. Ecuador: Ley de Arbitraje y Mediación.²³⁶
13. El Salvador: Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje,²³⁷ con sus reformas en 2008²³⁸ y 2009.²³⁹
14. Guatemala: Ley de Arbitraje. Decreto Núm. 67-95.²⁴⁰
- 15 – Honduras: Código procesal Civil. Decreto Núm. 211/2006. Y Ley de Conciliación y Arbitraje- Decreto N° 161-2000.²⁴¹
16. México: Código de Comercial. Título IV «Del Arbitraje Comercial».²⁴²
17. Nicaragua: Ley de Mediación y Arbitraje Núm. 540 aprobada el 25 de mayo de 2005.²⁴³
18. Panamá: Texto Único del Decreto Ley Núm. 5, de 8 de julio, por el que se establece el régimen General de Arbitraje de la Conciliación y de la Mediación, y la Ley 15 de 22 de mayo de 2006, que modifica, adiciona y restituye artículos del Decreto ley 5 de 1999.
19. Paraguay: Ley Núm. 1.879 de Arbitraje y Mediación.²⁴⁴
20. Perú: Decreto legislativo Núm. 1071.²⁴⁵
21. Portugal: Lei nº 63/2011, de 14 de diciembre Aprova a Lei da Arbitragem Voluntária.
22. República Dominicana: Ley Núm. 489-08.²⁴⁶
23. Uruguay: Código General del Proceso. Cap. I «Proceso Arbitral».
24. Venezuela: Ley de Arbitraje Comercial.²⁴⁷

²³⁴ La Habana, 30 de julio de 2007.

²³⁵ Santiago, 26 de agosto de 2004.

²³⁶ 14 de diciembre de 2006.

²³⁷ San Salvador 11 julio de 2002.

²³⁸ Decreto Legislativo No. 728, de 15 de octubre. D.O. N° 211, Tomo 381, de 10 de noviembre.

²³⁹ Decreto Legislativo, N° 141, de 1 de octubre. D.O. n° 203, Tomo 385 de 30 de octubre.

²⁴⁰ Guatemala, 16 de noviembre de 1995. D.O.; Diario de Centro América el 17 de noviembre de 1995.

²⁴¹ Tegucigalpa, 17 de octubre de 2000.

²⁴² Publicado en el D.O. de la Federación el 7 de octubre de 1889.

²⁴³ Managua, 25 e mayo de 2005 y publicada en La Gaceta núm. 122 de 24 de junio de ese mismo año..

²⁴⁴ Asunción, 24 de abril de 2002.

²⁴⁵ Entró en vigor el 1° de septiembre de 2008, salvo lo dispuesto en la DF2ª que entrará al día siguiente de su publicación.

²⁴⁶ Santo Domingo de Guzmán, 19 de diciembre de 2008.

También España se hizo eco en su Constitución más liberal, «La Pepa». En efecto, la Constitución de Cádiz de 1812²⁴⁸ disponía en su art. 280 que «No se podrá privar a ningún español del derecho a terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes».

Siguiendo este espíritu, los originarios artículos 1820 y 1821 del CC (derogados en la actualidad) donde se recogía esta figura por medio del llamado «contrato de compromiso» y más tarde nuestra LE configuró los llamados juicios con árbitros o amigables compondores.²⁴⁹ Finalmente las Leyes de Arbitraje de 22 de diciembre de 1953 y 5 de diciembre de 1988 y las actuales 60/ 2003 con la reforma de 2011, de las que hablamos más adelante en profundidad.

9.2 Evolución del arbitraje en España.

En primer lugar, hemos de señalar la ratificación/adhesión por parte de España de los principales Convenios y protocolos que en materia de arbitraje se han promulgado en el seno de la Comunidad Internacional y a las que ha ido paulatinamente adaptando y promulgado leyes al efecto.

9.2.1 Tratados y Protocolos suscritos por España.

Este es el caso del Protocolo de Ginebra sobre cláusulas de arbitraje de 24 de septiembre de 1923,²⁵⁰ el Convenio de Ginebra sobre Reconocimiento y Ejecución de sentencias arbitrales de 26 de septiembre de 1927,²⁵¹ Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 26 de junio de

²⁴⁷ Caracas, 25 de marzo de 1998.

²⁴⁸ Llamada coloquialmente «La Pepa» por haberse promulgado el día de San José 19 de marzo de 1812.

²⁴⁹ Cuerpos normativos a los que hicimos amplia referencia en el Cap. I de esta investigación a las que nos remitimos.

²⁵⁰ «Ratificado por Real-decreto-Ley de 6 de mayo de 1926 (Gaceta de Madrid, núm. 128, de 8 de mayo de 1926)». Ley de arbitraje y Legislación complementaria. Textos legales anotados y concordados por el equipo jurídico editorial Dykinson. Madrid, Dickynson. 1989. P. 67.

²⁵¹ Ratificado por instrumento de 15 de enero de 1930. Gaceta de Madrid, núm. 149, de 29 de mayo de 1930. Ley de arbitraje... ob., cit., p. 71.

1958,²⁵² Convenio Europeo sobre Arbitraje comercial internacional de 21 de abril de 1961,²⁵³ Reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.²⁵⁴

Pasamos ahora a resaltar, brevemente, las normas legislativas internas nacionales en materia de arbitraje.

9.2.2 Política legislativa arbitral nacional desde el s.XX a la actualidad.

Así pues y continuando España con la política legislativa arbitral señalada, promulgó, a mediados del s. XX, la *Ley de 22 de diciembre de 1953 por la que se regulan los arbitrajes de derecho privado*,²⁵⁵ cuyo preámbulo franquista, decía «Acaso ninguna Institución de las que encierra el ordenamiento jurídico de un país revele, con más hondo significado, el sentido que el derecho ocupa en su vida social como la institución del arbitraje», los citados principios se sentaban sobre la sencillez y eficacia de esta forma de impartir justicia «Dos son los criterios fundamentales que se han tenido en cuenta al proceder a su elaboración: la sencillez y la eficacia en la regulación del arbitraje».²⁵⁶

Esta ley fue derogada por *Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje*²⁵⁷ por los motivos expresados en el preámbulo de la misma:

<<La sustitución del régimen jurídico del arbitraje de derecho privado vigente viene siendo reclamada desde diversos sectores y corporaciones. La Ley de 22 de diciembre de 1953 supuso un innegable avance sobre la situación existente con anterioridad. Sin embargo, la Ley de 1953 estaba concebida para la solución arbitral de conflictos de derecho civil en el más estricto sentido de la palabra; la practica ha demostrado, en cambio, que las controversias que surgen en el tráfico mercantil, ni menos aún para las que surgen en el tráfico mercantil internacional.>>

²⁵² España se adhirió por instrumento de 29 de abril de 1977 BOE núm. 164, de 11 de julio de 1977.

²⁵³ Ratificado por instrumento de 5 de marzo de 1975. BOE núm. 238, de 4 de octubre de 1975.

²⁵⁴ Resolución 31/98 de la Asamblea General de 15 de diciembre de 1976.

²⁵⁵ «BOE núm. 358/1953, de 24 de diciembre de 1953»

²⁵⁶ Preámbulo Ley cit.

²⁵⁷ [BOE núm. 293 de 7 de diciembre de 1988](#)

No obstante, y para acoplar el arbitraje a los nuevos avances que sin duda supuso la promulgación de la Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL,²⁵⁸ el legislador español se acoge a la recomendación realizada por la Asamblea General de la ONU y promulga la *Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje*²⁵⁹ que, siguiendo los avances de su antecesora que «abrió las puertas al arbitraje comercial internacional»²⁶⁰ viene a continuar con esa sensibilidad pero dando un salto importante recogiendo los criterios de la Ley modelo.²⁶¹ Así:

<<El legislador español sigue la recomendación de las Naciones Unidas, acoge como base la Ley Modelo y, además, toma en consideración los sucesivos trabajos emprendidos por aquella Comisión con el propósito de incorporar los avances técnicos y atender a las nuevas necesidades de la práctica arbitral, particularmente en materia de requisitos del convenio arbitral y de adopción de medidas cautelares²⁶²>>

De esta forma lo señala la Ley «España se ha mostrado siempre sensible a los requerimientos de armonización del régimen jurídico del arbitraje... en la convicción de que una mayor uniformidad en las leyes reguladoras del arbitraje ha de propiciar su mayor eficacia como medio de solución de controversias».²⁶³

La novedad en los contenidos de esta Ley quedó claramente resumida y concretada según GUILARTE que recoge los argumentos del parlamentario BUESO de la época²⁶⁴ y que son: «Modernización del arbitraje»,²⁶⁵ «Homologación internacional del

²⁵⁸ Recomendada por la Asamblea General, Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985

²⁵⁹ BOE núm. 309 de 26 de Diciembre de 2003.

²⁶⁰ Vid. Exp. Motivos, ley 36/1988, cit.

²⁶¹ Exp. Motivos, ley cit. «con la pretensión de producir un salto cualitativo. Así, su principal criterio inspirador es el de basar el régimen jurídico español del arbitraje en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL), recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985, «teniendo en cuenta las exigencias de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades de la práctica del arbitraje comercial internacional».)»

²⁶² Exp. Motivos Ley 60/2003 cit.

²⁶³ Exposición de Motivos I, Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje (BOE núm. 309, de 26-12-2003, págs. 46097-46109.

²⁶⁴ Se refiere al diputado Beso Zaera que pronunció en la Sesión parlamentaria en el Pleno de la Cámara Baja en el debate en que se aprobó el Proyecto de Ley de Arbitraje. GUILARTE GUTIERREZ, V. *Comentarios Prácticos a la Ley de Arbitraje*. Ed. Lex Nova.2004. Prólogo realizado por MATE SANZ, J., Págs.10 y 11.

²⁶⁵ Porque «el proyecto introduce algunas soluciones novedosas a cuestiones que venían planteando dificultades en la práctica arbitral, como el uso de los nuevos medios de comunicación y de las nuevas tecnologías». GUILARTE, ob., cit., p. 10-11-

arbitraje»²⁶⁶ «Flexibilización y agilización del proceso arbitral»,²⁶⁷ «ampliación de las competencias de los árbitros»²⁶⁸ y por último «aumento de la eficacia del laudo».²⁶⁹

En palabras de BARONA VILAR, «La contribución de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, al impulso del arbitraje en el marco de las ADR ha sido especialmente significativa para España, y ello aun cuando la larga historia es innegable».²⁷⁰ Y continúa esta autora sosteniendo que «De entre las características de esta Ley 60/2003, de arbitraje, podemos destacar la apuesta por el fenómeno del arbitraje y, especialmente del arbitraje comercial internacional, convirtiéndose en la gran bondad de la Ley al ofrecer el marco normativo que permita y fomente en España el arbitraje comercial internacional, evitándose las ya constantes huidas de los arbitrajes internacionales a las instituciones arbitrales con sede en París, Londres, Ginebra, etc.»²⁷¹

No obstante, las bondades de esta ley señaladas, el avance del tiempo y las nuevas necesidades que se producen en la cambiante sociedad además de pretender otorgar una regulación unitaria del arbitraje internacional acorde a los principios de la Ley Modelo UNCITRAL hacen que esta ley fuese reformada por la *Ley 11/2011, de 20 de mayo*,²⁷² que, según HINOJOSA «Con la Reforma de la LA de 2011 el legislador ha pretendido, entre otras cosas, como se pone de relieve en su Preámbulo, “ modificar algún aspecto de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, que en la práctica se ha demostrado

²⁶⁶ «Se tiene en cuenta la Ley elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional, que ha sido adoptada por más de 35 países. Asimismo, se regula el arbitraje internacional y se establece el arbitraje de derecho cuando no haya un pacto expreso de las partes, como lo hacen la mayoría de las legislaciones de nuestro entorno». GUITARTE., ob., cit. p. 11.

²⁶⁷ «Se suprime el carácter preceptivo de la protocolarización notarial del laudo, se regula la designación judicial de los árbitros y la anulación del laudo arbitral a través del juicio verbal y se deja mayor libertad a las partes en cuanto a la designación de árbitros». GUITARTE., ob., cit. p. 11.

²⁶⁸ «Se reconoce un mayor margen de libertad a los árbitros para resolver los conflictos y se les faculta incluso para adoptar medidas cautelares» GUITARTE., ob., cit. p. 11.

²⁶⁹ «Se le atribuye al laudo fuerza ejecutiva incluso en caso de que se ejercite la anulación, permitiendo la suspensión de la ejecución siempre que se preste caución suficiente» GUITARTE., ob., cit. p. 11.

²⁷⁰ BARONA VILAR, S. Capítulo XIII, España. Obra colectiva S./ESPLUGUES MOTA y otros. El Arbitraje interno e Internacional en Latinoamérica. Regulación presente y tendencias de futuro. Universidad Externado de Colombia. 2010. P. 438.

²⁷¹ BARONA, Capítulo XIII, España., ob., cit., p. 440.

²⁷² BOE núm. 121, de 21 de mayo de 2011.

mejorable y que contribuya al fomento de los medios alternativos de solución de conflictos y, en especial, del arbitraje”».²⁷³

Debemos tener en cuenta, además, la *Ley Orgánica 5/2011, de 20 de mayo, complementaria a la Ley 11/2011, de 20 de mayo*, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación institucional en la Administración General del Estado para la modificación de la Ley Orgánica del poder Judicial (LOPJ).²⁷⁴

9.2.3 Normativa de la UE en materia de arbitraje de repercusión interna.

Asimismo y como consecuencia de la trasposición de la Directiva 2008/52/CE del parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, surgió la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Y La Ley 13/2009, sobre regulación de la conciliación civil.

A esta legislación debemos añadir el Real Decreto 1094/1981, de 22 de mayo, sobre realización por el Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio Industria y Navegación de arbitraje comercial internacional²⁷⁵ promulgado para que «cree el oportuno servicio a fin de facilitar este tipo de arbitraje en España»,²⁷⁶ y que permitió la creación de la CORTE ESPAÑOLA DE ARBITRAJE integrada en el «correspondiente servicio del citado Consejo Superior de Cámaras»²⁷⁷ a fin de realizar arbitrajes internacionales en sus distintas vertientes de derecho y de equidad.

Como hemos podido ver a lo largo de este capítulo, España se ha sumado al resto de la Comunidad Internacional asumiendo y regulando el arbitraje como una vía muy aconsejable para la resolución de conflictos de una manera ágil, cómoda y rápida.

²⁷³ HINOJOSA, Ob, cit., p. 418.

²⁷⁴ Vid. HINOJOSA, ob., cit., p. 418.

²⁷⁵ BOE núm. 140, de 12 de junio de 1981.

²⁷⁶ Preámbulo RD cit.

²⁷⁷ Art. 1,1 del estatuto de Funcionamiento de la CORTE ESPAÑOLA DE ARBITRAJE.

Además de las Cortes de Arbitraje Españolas que se han ido creando para administrar los arbitrajes designados por las partes, como Madrid, Valencia, etc... han ido apareciendo distintas asociaciones y clubes al efecto. Ejemplo más representativo de ello, es el Club Español de Arbitraje, fundado en 2005 que como indica su Preámbulo «es la asociación de referencia en España para la difusión y estudio del arbitraje, labor que realiza desde un sólido conocimiento de las particularidades de la resolución extrajudicial de conflictos»²⁷⁸

Tendencia extendida no sólo al legislador sino también al Poder Judicial que se ha adherido últimamente a estos cambios y nueva ruta adoptando una posición activa a la hora de encaminarse hacia esta tendencia.²⁷⁹

Por todo ello, finalizamos este apartado, con las palabras de ALVENTOSA PRATS «Puede concluirse afirmando que la actual coyuntura es, por primera vez tras la codificación civil, decididamente favorable al arbitraje, así como al resto de los medios no jurisdiccionales de resolución de conflictos».²⁸⁰

²⁷⁸ EL CÓDIGO DE LAS BUENAS PRÁCTICAS EN MEDIACIÓN DEL CLUB ESPAÑOL DEL ARBITRAJE. Madrid. Preámbulo, p. 7

²⁷⁹ Ata los efectos, señalamos la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

²⁸⁰ PRATS ALVENTOSA, L (Coord.). *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Obra colectiva. La Ley, Madrid, 2013. Prólogo de Lorenzo Prats, p. 32.

CAPÍTULO II

EL ARBITRAJE, LA EMPRESA FAMILIAR Y EL CONVENIO ARBITRAL EN EL PROTOCOLO FAMILIAR.

1. INTRODUCCIÓN.

El arbitraje siempre ha sido una manifestación fundamental de la libertad que tenemos los humanos de decidir por contrato en cuanto a nuestros bienes y derechos.²⁸¹

Ya hemos visto cómo el arbitraje se ha consolidado a lo largo de los siglos y de las vicisitudes histórico-políticas de todos los tiempos como un proceso alternativo y eficaz a la resolución de conflictos basado en la voluntad de las partes como principal argumento configurador de la institución y, en definitiva, una manera rápida y eficaz de administrar justicia.

No obstante y a pesar de las bondades del arbitraje y del apoyo público de las Instituciones, éste no acaba de despegar en España con la rapidez que sería deseable y ello, sobre todo, por el desconocimiento que se tiene del mismo lo que conlleva, necesariamente, a una natural desconfianza de sus mecanismos para hacer uso de ellos.

Es por el citado principal motivo que uno de los objetivos de este trabajo de investigación es el contribuir a acercar el arbitraje como alternativa a la jurisdicción ordinaria en aras a resolver los conflictos que puedan surgir específicamente en el seno de las Empresas Familiares siendo el Protocolo Familiar la vía idónea para hacerlo

²⁸¹ CREMADES SANZ-PASTOR, J.A. *El arbitraje de Derecho en España*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2014. P. 15.

viable mediante la inclusión de la cláusula arbitral en este documento marco, documentos anejos (Estatutos de la Sociedad, Capitulaciones Matrimoniales, Testamento...) y los documentos complementarios que lo desarrollen y/o complementen.

Para conseguirlo se hace preciso, no sólo informar (motivo de esta tesis) sino formar sobre el mismo a futuros árbitros y asesores en esta materia contribuyendo - junto a las enseñanzas superiores o Másteres en Mediación y Arbitraje (como el que ofrece la Universidad de Valencia) - a conseguir que la institución arbitral cobre la notoriedad y respecto que merece pues no en vano ofrece una solución rápida, económica, eficaz y definitiva a los problemas de las EFs en particular y al descolapsamiento de los Juzgados y Tribunales en general.

La importancia no es baladí, pues si el tiempo corre siempre en contra para cualquier ciudadano que acude a los Juzgados, lo es mucho más para una empresa cuyo bloqueo de acuerdos societarios o decisiones empresariales pueden suponer pérdidas cuantiosas por día de retraso. Situación que se agrava mucho más si le añadimos el componente familiar y sentimental que acusan las EFs. Y todo esto dentro de un contexto social donde la población española ha pasado, según ÍSCAR DE HOYOS «de 38 a 40 millones de habitantes y de seis a nueve millones de asuntos administrados por los órganos judiciales».²⁸²

A pesar de las bondades de esta institución su desconocimiento y por tanto utilización es bastante escasa ya sea por los operadores jurídicos como por la ciudadanía en general. Según las cifras manejadas por la Asociación Europea de Arbitraje, «las empresas y los abogados madrileños y andaluces son los que más confían en el arbitraje».²⁸³ Y ello va en relación directa al consejo u orientación que respecto a la posible solución de algunos conflictos realicen los abogados informando y/o

²⁸² ÍSCAR DE HOYOS. *El arbitraje ayuda a reducir el número de procedimientos que llegan a los tribunales*. AEADE. Asociación Europea de Arbitraje. <http://todosobrearbitraje.wordpress.com>

²⁸³ ÍSCAR DE HOYOS. *El arbitraje. La eterna asignatura pendiente*. AEADE. Asociación Europea de Arbitraje. <http://todosobrearbitraje.wordpress.com>.

aconsejando a sus clientes acudir al arbitraje para solventarlos pues en la mayoría de las ocasiones los ciudadanos carecen de cultura arbitral y acuden al abogado como único medio de conocimiento que poseen para resolver su propia controversia. De ahí el papel fundamental de crear y difundir la cultura arbitral en el mundo de la abogacía, dado que a veces el derivar un asunto a arbitraje puede suponer *per se* “la solución a la solución del problema”.

Veremos a lo largo de este extenso trabajo el tipo de cláusulas de sometimiento a arbitraje que podemos realizar para conseguir solventar los conflictos que surjan o prever su solución de una forma rápida y eficaz.

Pasemos ahora a conocer algo más profundamente esta Institución, los tipos y sus ventajas frente al procedimiento ordinario judicial.

2. CONCEPTO.

*Si dos partes acuerdan que sus diferencias las resuelva de manera obligatoria un tercero estamos ante un arbitraje.*²⁸⁴

Según MERCHÁN ALVÁREZ,²⁸⁵ las alusiones para denominar la Institución no solía tener un término específico con excepciones generales, porque «la gran mayoría de los cuerpos normativos, aunque carecen de un nombre especial, para la institución, sí lo han acuñado para los protagonistas judiciales de la misma, es decir, los árbitros o avenidores».²⁸⁶ Señalamos resumidamente a continuación las más significativas:

- a) Breviario de Alarico: de *arbitrali iudicio y de iudicia privata*
- b) Fuero de Sepúlveda: Del *alcaldía de avenencia*.

²⁸⁴ SELLARÉS SERRA, J. *¿Es el arbitraje comercial internacional tan distinto del arbitraje internacional?*. Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral, nº 3. Tribunal Arbitral de Barcelona. Bosch, 2002,p.131.

²⁸⁵ MERCHÁN ALVÁREZ, A. *El Arbitraje. Estudio histórico jurídico*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. SEVILLA, 1981. Págs. 37-38.

²⁸⁶ MERCHÁN... ob., cit., p. 38.

- c) Fuero de Salamanca: De *avenencia d'alcaldes* y *De iuycio de avenencia de omnes buenos*.
- d) Las Partidas: Referencia en la Ley III, 4.35 que recurre a la expresión *Juyzio de avenidores*.
- e) Ley de Enjuiciamiento mercantil de 1830, Título VI, usa el epígrafe *Del juicio arbitral*.
- f) La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, Título XV: *Del juicio arbitral*.
- g) *Liber Iudiciorum*, III,1,15 habla del «*consensio voluntatis potestatem dederit iudicandi*».
- h) Fuero Juzgo II,1,25 se expresa «iudgar... de voluntad de las partes».
- i) Costumes e Foros de Alfaiates, 215: «*De qui haverit iudicio fatiat alcaldes y conuinidores*».

Para BELLIDO/CUCARELLA aludiendo a la heterocomposición, como nota esencial del arbitraje y la ausencia de potestad jurisdiccional (es decir, de carácter no jurídico-público) del árbitro/s, que decide la controversia, lo definen como «una institución para la solución de conflictos intersubjetivos en el ámbito del Derecho Privado, en la que interviene un tercero cuyo poder de decidir proviene de que los sujetos del conflicto han expresado su voluntad, mediante convenio, de que el conflicto se resuelva por este medio».²⁸⁷

Por su parte, FLORS MATÍES, añade a su concepto una nota esencial para la materia objeto de este trabajo cual es la limitación objetiva *rationae materiae* de los asuntos susceptibles de sometimiento a arbitraje, o lo que es lo mismo, la disponibilidad de las partes para someter ciertas materias a este procedimiento. Para este autor es una «institución jurídica por virtud de la cual una tercera persona nombrada por convenio entre las partes, resuelve con base en una potestad específicamente conferida el

²⁸⁷ BELLIDO PENADÉS, R y CUCARELLA GALIAN, L.A. y otros... *Derecho Procesal Civil*. ARANZADI, 2000. P. 63.

conflicto de intereses que les afecta, siempre que la materia sea de su libre disposición».²⁸⁸

Por su parte, la Asociación Europea de Arbitraje, le incluye la nota de obligatoriedad en el cumplimiento de la solución resulta por el laudo arbitral y lo define como «un mecanismo alternativo a la Justicia ordinaria que permite la solución de conflictos entre dos o más partes, en el que un tercero experto, independiente e imparcial, denominado árbitro, resuelve la controversia dictando un laudo (“Sentencia”) que es de obligado cumplimiento».²⁸⁹

Pero quizás encontramos que la definición más sencilla y acertada sea la de SELLARÉS (que encabeza este epígrafe) por cuanto aborda las dos notas esenciales del arbitraje: 1) que la decisión la adopta un tercero, a diferencia de la mediación que la adoptan las partes en conflicto y 2) que es voluntaria y consensuada por las partes, lo que la diferencia del pleito ordinario donde si bien decide un tercero imparcial (juez) éste no lo designan las partes sino que está predeterminado por la Ley²⁹⁰ en función de las normas de competencia y reparto.

En esta variedad conceptual hallamos las características propias del arbitraje y procedemos a formular nuestra propia definición fruto del estudio exhaustivo realizado en este trabajo. En efecto, para nosotros el arbitraje «es un medio alternativo de resolución de conflictos heterocompositivo, sujeto a la voluntad libre, deliberada y documentada de las partes y a las materias de su libre disposición, de obligado cumplimiento del laudo arbitral emitido por el tercero imparcial (árbitro o árbitros) no investido/s, de potestad jurisdiccional, pero con equivalente consideración».²⁹¹

²⁸⁸ FLORS MATIES, J. y otros. *El Arbitraje*. Obra colectiva “Contestaciones al programa de Derecho Procesal Civil para acceso a las carreras Judicial y Fiscal. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000. P. 654.

²⁸⁹ <http://www.asociacioneuropeadearbitraje.org/conocenos>

²⁹⁰ Ex. Art. 117.3 CE. «3. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.»

²⁹¹ Nos remitimos a la consideración de «equivalencia jurisdiccional» reconocida al proceso arbitral por las Sentencias del Tribunal Constitucional 43/1988 y 62/1991 y Preámbulo Ley 11/2011, de 20 de mayo.

Finalmente, debemos recalcar que la nota esencial del arbitraje ya hemos dicho reside en la autonomía de la voluntad de las partes manifestada en el sometimiento al mismo como en la elección del árbitro o árbitros que deba/n resolver su conflicto, es decir, como afirma PÉREZ DE LA CRUZ «las partes acuerdan la “externalización” de la decisión de su conflicto».²⁹²

En cuanto a su *ratio esendi*, coincidimos con GARCÍA PÉREZ en afirmar - respecto a los derechos disponibles que asisten a las partes en el tráfico de sus relaciones jurídicas - que reside en que «el Estado no puede forzar a los particulares a que resuelvan sus contiendas acudiendo a los órganos jurisdiccionales, muy al contrario, pues si permiten que puedan renunciar a ellos dentro de los límites del art. 6.2º CC, debe consentir que éstos intenten una solución extrajudicial de los mismos».²⁹³

3. TIPOS DE ARBITRAJE.

*Infine, se è consentita una chiusura che alza per un momento lo sguardo, e ribadire tutte le garanzie per le parti, pubblicità, certezza e trasparenza della giustizia (compreso l'arbitrato) continuano ad essere un'esigenza e un pilastro fondamentali di uno Stato liberale e democratico.*²⁹⁴

Prima facie, hemos de establecer las diferencias entre el arbitraje de Derecho y el de Equidad y que básicamente - coincidiendo con PRIETO DE PAULA²⁹⁵ - el primero, interpreta y aplica la norma legal- similar a la actuación jurisdiccional de un juez ordinario y con sujeción a la ley, mientras que en el segundo, lo resuelve según su leal saber y entender sin atenerse a norma legal alguna y sin necesidad de fundamentar jurídicamente el laudo, a diferencia del primero.

²⁹² CARAZO LIÉBANA, M.J. *El arbitraje societario*. MARCIAL PONS, Madrid, 2005. Prólogo de ANTONIO PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, p. 11.

²⁹³ GARCÍA PÉREZ, C. *El arbitraje testamentario*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1999. P.18.

²⁹⁴ SALI RINALDO. *Arbitrato e Riservatezza. Linee guida per la pubblicazione in forma anonima dei lodi arbitrali*. CEDAM. MILÁN. 2011. P. 98.

²⁹⁵ PRIETO DE PAULA CONCA, J. *La Equidad y los juicios de Equidad*. Difusión Jurídica. Madrid, 2011, p. 140.

Tan es así la ausencia de sujeción de los *árbitri ex aequo bono* a la norma que el propio Tribunal Supremo lo señala en su sentencia (fundamento de derecho 2) con el siguiente tenor literal: «de acuerdo con la intrínseca naturaleza del arbitraje de equidad los árbitros no tienen precisión de acomodarse al rigor de las reglas procesales o sustantivas establecidas por la Ley».²⁹⁶

3.1 Arbitraje de Equidad

*El poder discrecional del árbitro en equidad es obviamente mucho mayor que el del árbitro en derecho*²⁹⁷.

Quantum aequius et melius sit. Desde siempre ha sido una clara opción cuando las partes en conflicto prefieren la solución en equidad. De ahí que PLATÓN afirmara «El más sagrado de todos los tribunales debe ser el que las partes mismas hayan creado y hayan elegido de común acuerdo y ARISTÓTELES añade «es propio de los hombres razonables recurrir a un árbitro antes que a un juez porque el primero atiende a la justicia, mientras que el juez mira solamente a la ley; el arbitraje ha sido inventado para hacer valer la equidad».²⁹⁸

Hemos de aclarar Aristóteles aboga por el arbitraje en equidad (*epieíkeia*) por esa nota de moralidad que ya predicaba como «cualidad moral que obliga a los hombres a practicar cosas justas».²⁹⁹ Para KANT la equidad era un correctivo a la justicia normativa del *ius strictum* por el *ius latum* con intervención del llamado «tribunal de la conciencia».³⁰⁰ En el Medievo español se recurría a la fórmula *ex aequo et bono* y en Las Partidas a través de los *arbitradores*. Ya en el derecho moderno, los franceses los

²⁹⁶ STS de 14 de julio de 1986. Id Cendoj: 28079110011986101213
<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=4396890&links=arbitraje%20equidad&optimize=19960111&publicinterface=true>.

²⁹⁷ PRIETO DE PAULA..., ob., cit., p. 141.

²⁹⁸ CREMADES..., ob., cit., p. 15, notas 1 y 2.

²⁹⁹ ARISTÓTELES. *Ética*. Ed. LIBSA. 2001. P.121.

³⁰⁰ PRIETO DE PAULA CONCA, J. *La Equidad y los juicios de Equidad*. Difusión Jurídica.Madrid, 2011, p. 16-17.

llamaban *amigables componedores*, otros, *árbitros arbitradores* y en algunas leyes latinoamericanas como en Perú, según TRAZEGNIES, «arbitrajes en consciencia».³⁰¹

Ya en el derecho Romano en la época del *ordo iudiciorum privatorum* una de las ventajas que poseían los árbitros frente a los jueces estatales es que, a diferencia de estos últimos, los árbitros, además de no estar sujetos a las plantillas formularias, poseían la facultad de poder resolver en equidad los conflictos para los que el pretor no diera acción.³⁰²

Con independencia de su denominación, la cuestión principal es que este tipo de arbitraje siempre ha estado presente de una forma u otra a lo largo de los siglos hasta nuestros días. Es por ello que merece una atención especial en este capítulo del presente trabajo de investigación doctoral. Tan es así que nuestro actual Código sustantivo recoge en su art. 3, apartado 2, el tenor literal << 2. La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita>> y que ha dado origen a una profusa literatura jurídica de sobra conocida.

En cuanto a establecer una *consideratio nominis*, de «equidad», para la RAE, del latín *aequitas, -ātis*, significa: Igualdad de ánimo, bondadosa templanza habitual, justicia natural (por oposición a la letra de la ley positiva), moderación (en el precio de las cosas, o en las condiciones de los contratos y finalmente, disposición del ánimo que mueve a dar a cada uno lo que merece³⁰³ y PRIETO DE PAULA la define como «la idea de justicia derivada de la conciencia social general, que se rebela frente a un enquistamiento del derecho positivo, cuya aplicación estricta atentaría contra la propia justicia».³⁰⁴

³⁰¹ TRAZEGNIES GRANDA, F. *Arbitraje de Derecho y Arbitraje de Consciencia*.

<http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafab.htm>

³⁰² Vid. Nota 54 de este trabajo.

³⁰³ <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?val=equidad>

³⁰⁴ PRIETO DE PAULA CONCA, J. *La Equidad y los juicios de Equidad*. Difusión Jurídica. Madrid, 2011, p. 27.

Indicar que en este tipo de arbitraje las partes se someten a la decisión del árbitro designado que resolverá la controversia con arreglo a su *leal saber y entender* sin que por ello el mismo deba ser especialista en Derecho o abogado dado que el laudo no será preciso motivarlo jurídicamente.

Este tipo de juicio arbitral ya fue reconocido en el art. 34 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje disponiendo que «los árbitros sólo decidirán equidad si las partes les han autorizado para ello» y en el mismo sentido la Ley 11/2011, de reforma de ésta, si bien añade un apartado 2 para los supuestos de arbitrajes internacionales donde señala que se decidirá de acuerdo con las «normas jurídicas elegidas por las partes, referido al derecho sustantivo interno del estado en cuestión, salvo pacto expreso en contrario y, a falta de ello, los árbitros aplicarán las que encuentren adecuadas al caso y residualmente «con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrán en cuenta los usos aplicables».³⁰⁵

Por su parte, la STC 43/1988, de 16 de marzo de 1988, en su fundamento jurídico 5º, lo define indicando expresamente que el:

<<arbitraje de equidad, constituye, desde el plano sustantivo, uno de los supuestos excepcionales a los que indirectamente se refiere el art. 3.2, del Código Civil, cuando al hablar de la equidad en la aplicación de las normas jurídicas sólo autoriza su uso de manera exclusiva en las resoluciones de los Tribunales en el caso de que la Ley expresamente lo permita³⁰⁶>>

Para nosotros, la Equidad es un *medio de administrar justicia, sin contravenir el orden legal imperativo, basado en el sentido de lo moral y lo justo para dar respuesta a una situación de hecho y que con aplicación estricta de la norma legal sería materialmente injusta.*

En el ámbito del arbitraje internacional, como apunta JUSTE RUÍZ este tipo de arbitraje, que se llamó «neoarbitraje» tuvo su eco en la Sociedad de Naciones recogiendo en «el Acta General de 1928, de donde pasaría al Acta general de 1949 y

³⁰⁵ Apartados 2 y 3, ley cit.

³⁰⁶<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt-BR/Resolucion/Show/SENTENCIA/1988/43>

al Convenio europeo para el arreglo pacífico de controversias de 1957»³⁰⁷ aplicables a controversias internacional no jurídicas siempre que así lo acordaran las partes. A las controversias jurídicas habría de aplicarse el Derecho Internacional.

Normalmente, no suele ser muy habitual esta elección por cuanto que hoy en día las partes en discordia suelen elegir a un tercero imparcial versado en leyes para que decida con motivación legal por entender la legalidad como sinónimo de justicia.

Otra de las razones para eludir este tipo de arbitraje es evitar la desconfianza que pudiera producir el arbitrio de un tercero para resolver la disputa litigiosa pues siempre planearía la duda de si era justa y/o legal la solución. Por estos argumentos, la balanza se suele inclinar por el arbitraje de Derecho, bien por particulares especializados designados (abogados especialistas) bien por el Institucional (Cortes de Arbitraje, Asociaciones, etc).

Por su parte, la Ley 36/1988, de 5 de diciembre de arbitraje,³⁰⁸ preferenciaba el arbitraje de equidad y preceptuaba que en defecto expreso de pacto de optar por el arbitraje de Derecho, los árbitros resolverán en equidad salvo que lo hayan encomendado a una Institución, corporación o asociación arbitral, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en su reglamento.³⁰⁹

Actualmente, con la regulación arbitral vigente, la situación se ha invertido «inexplicablemente» en opinión de BARONA (porque según esta autora se dictaron más laudo en equidad que en Derecho) al considerar que la «equidad es más coherente con la negación de la segunda instancia al no poder ser revisada en equidad»³¹⁰ y, además, no se hace mención expresa a la equidad sino que más bien se deduce de la

³⁰⁷ JUSTE RUÍZ y otros. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2011, p. 505-506.

³⁰⁸ BOE núm. 293, de 7 de diciembre.

³⁰⁹ Ex art. 4.2 Ley 36/1988, de 5 de diciembre de arbitraje. BOE» núm. 121, de 21 de mayo de 2011, páginas 50797 a 50804

http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-8847.

³¹⁰ BARONA VILAR, S. El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica. Regulación presente y tendencias de futuro. Universidad Externado de Colombia. 1ª Ed. 2010, p. 441.

interpretación del art. 4 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje que se refiere en exclusiva al arbitraje de Derecho con claras y expresas alusiones al arbitraje Institucional,³¹¹ por lo que cabe entender, por defecto, una clara preferencia por el arbitraje de derecho en detrimento del de equidad.

Por su parte, el Proyecto de Ley de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre (que se convertiría en la ley 11/2011, de 20 de mayo citada) se aprobó por el Consejo de Ministros el 16 de julio de 2010 y se remitió al Congreso para su trámite parlamentario³¹² bajo la rúbrica en su art. 6 «LIMITACIONES AL ARBITRAJE DE EQUIDAD» donde se pretendía reducir el arbitraje de equidad únicamente a los arbitrajes internacionales con este tenor «1. Los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello y se tratare de un arbitraje internacional»,³¹³ argumentando, en palabras de SANJURJO que los arbitrajes internos debían ser subsumidos por la mediación.³¹⁴

Afortunadamente y tras los oportunos debates y enmiendas, se aprobó el actual art. 34 de la Ley 11/2001 donde ampara tanto el arbitraje interno como el internacional si así lo pactan las partes en conflicto. Todo ello en una clara defensa de la autonomía de la voluntad a decidir sobre la forma de resolución de sus propias controversias, así como protegiendo la libertad contractual de las partes, pues lo contrario «supondría la conculcación de la libertad contractual de las partes».³¹⁵

³¹¹ Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Artículo 4 Reglas de interpretación: «Cuando una disposición de esta ley:a) Deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad comprenderá la de autorizar a un tercero, incluida una institución arbitral, a que adopte esa decisión, excepto en el caso previsto en el artículo 34.b) Se refiera al convenio arbitral o a cualquier otro acuerdo entre las partes, se entenderá que integran su contenido las disposiciones del reglamento de arbitraje al que las partes se hayan sometido.c) Se refiera a la demanda, se aplicará también a la reconvenición, y cuando se refiera a la contestación, se aplicará asimismo a la contestación a esa reconvenición, excepto en los casos previstos en el párrafo a) del artículo 31 y en el párrafo a) del apartado 2 del artículo 38.»

³¹² BOGG, Congreso de los Diputados, 8 de septiembre de 2010.

³¹³ SANJURJO.. ob., cit., p. 77.

³¹⁴ SANJURJO., ob., cit., p. 79.

³¹⁵ SANJURJO., ob., cit., p. 87.

Para AEADE, en defecto de pacto por las partes, se entiende que optan por el arbitraje de Derecho.³¹⁶

Apuntamos finalmente que el juicio de Equidad es exclusivo de los árbitros, y con estas palabras lo dejó patente nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia 43/1988, de 16 de marzo de 1988:³¹⁷

<<Pero la posibilidad del recurso no transfiere al Tribunal revisor (Tribunal Supremo), ni le atribuye, la jurisdicción de equidad, no sólo la originaria, exclusiva de los árbitros, ni siquiera la revisora del juicio de equidad en sí mismo. No es juez del juicio de equidad, porque iría contra la misma esencia de ese juicio: personal, subjetivo, de pleno arbitrio, sin más fundamento que el leal «saber y entender» del árbitro>>.

3.2 Arbitraje de Derecho.

Los árbitros deben decidir con arreglo a la ley vigente³¹⁸ motivando y fundamentado jurídicamente el laudo resolutorio que ponga fin al conflicto. Salvo, pacto en contrario de las partes, el árbitro o árbitros suelen ser abogados especialistas en la materia en litigio.³¹⁹

Esta característica del árbitro o árbitros especialista/s es una de las ventajas principales que encontramos al arbitraje frente a la jurisdicción ordinaria para la resolución de conflictos de las empresas familiares por cuanto, a veces, la materia en disputa es tan sumamente específica que no sabemos si el juez ordinario que por turno le corresponda el asunto en cuestión es especialista en el tema o no. Así pues, al optar por el arbitraje y poder elegir al árbitro o Institución arbitral nos estamos asegurando la elección de un profesional en Derecho experto en la materia que va a decidir la controversia.

³¹⁶ AEADE. <http://www.asocacioneuropeadearbitraje.org/conocenos>

³¹⁷ <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt-BR/Resolucion/Show/SENTENCIA/1988/43>

³¹⁸ En el mismo sentido FLOR MATÍES, ob., cit.

³¹⁹ AEADE, cit.

Por su parte, la Ley 11/2001, de 20 de mayo, viene a potenciar el arbitraje de derecho a fin de incrementar la seguridad jurídica y la eficacia de estos procedimientos en orden a mejorar las condiciones para permitir el asentamiento de los arbitrajes internacionales favoreciendo con ello los arbitrajes internos en aras a la uniformidad regulatoria,³²⁰ «se procede a reforzar el papel de las instituciones arbitrales, así como a una mejor estructuración del nombramiento de los árbitros, abriendo el abanico de profesionales, con conocimientos jurídicos que pueden intervenir en el mismo, cuando se trata de un arbitraje de derecho».³²¹

3.3 Arbitraje Interno, Internacional y Comercial Internacional.

3.3.1 Arbitraje Interno

Para FLORS, el arbitraje interno es «el que se desarrolla conforme a la Larb».³²² Y el Internacional, el que se realiza amparándose en un convenio internacional ratificado por España.

Interesante y acertada resulta la distinción que a su vez realiza SELLARÉS respecto al arbitraje internacional y arbitraje comercial internacional y que el mismo llama «distinción arbitraria del arbitraje internacional»³²³ en función de la aplicación al mismo de las normas de Derecho Internacional público o privado.

Coincidimos con este autor en la clasificación de:

³²⁰ Vid. Preámbulo ley cit. p. 7.

³²¹ Preámbulo ley cit. p. 7.

³²² FLORS... ob., cit., p. 657.

³²³ SELLARÉS SERRA, J. *¿Es el arbitraje comercial internacional tan distinto del arbitraje internacional?*. Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral, nº 3. Tribunal Arbitral de Barcelona. Bosch, 2002, p. 131.

3.3.2 Arbitraje Internacional.

Es el que se realiza entre sujetos de Derecho Internacional aplicándose el Derecho Internacional Público.

A tales efectos, BOU FRANCH afirma que éste es el más antiguo en el arreglo de controversias remontándose sus orígenes «en el denominado Tratado Jay, celebrado entre Gran Bretaña y Estados Unidos».³²⁴

Por su parte, la Corte Internacional de Justicia definió el arbitraje internacional a los fines de esta rama del derecho como al «arreglo de controversias entre Estados por jueces de su elección, y sobre la base del respeto de derecho».³²⁵

Asimismo también en este tipo de arbitraje la nota esencial es la voluntariedad de las partes para someterse a él, como lo afirma la CIJ en el caso *Ambatielos* «constituye un principio bien establecido en derecho Internacional y aceptado por su jurisprudencia así como por la de permanente de Justicia internacional, y que un Estado no está obligado a someter a controversias al arbitraje sin su consentimiento».³²⁶

3.3.3 Arbitraje Comercial Internacional.

Este tipo de arbitraje es privado entre particulares y le es de aplicación el derecho interno de cada Estado.

Finalmente, la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, determina:

<<1. El arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias: **a)** Que, en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes. **b)** Que el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación

³²⁴ BOU FRANCH, y otros. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Tiranch Lo Blanch, Valencia, 2ª Ed., 2013, p. 501.

³²⁵ BOU..., ob., cit., p. 501.

³²⁶ BOU..., ob., cit., p. 503.

jurídica de la que dimane la controversia o el lugar con el que ésta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios. c) Que la relación jurídica de la que dimane la controversia afecte a intereses del comercio internacional.

2. A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, si alguna de las partes tiene más de un domicilio, se estará al que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral; y si una parte no tiene ningún domicilio, se estará a su residencia habitual.»

3.4 Arbitraje ritual e irritual o informal.

BARONA distingue entre ambos considerando al primero «verdadero arbitraje» porque se somete al rito de la ley y el segundo no, siendo que éste último, en detrimento, el laudo no produce cosa juzgada, carece de fuerza ejecutiva, y su cumplimiento es voluntaria para las partes, características éstas que sí poseen los arbitrajes rituales o legales.³²⁷

3.5 Arbitraje institucional y arbitraje *ad hoc*.

Muchos autores realizan esta distinción, sin duda alimentada por la preferencia al primero que otorga la LA tras su última reforma operada en la Ley 11/2011, de 20 de mayo, que ya en su preámbulo II, expresa «se procede a reforzar el papel de las instituciones arbitrales».

El primero (Institucional) viene recogido en el art. 14 de la Ley 11/2011 y se refiere a la posibilidad de las partes de encomendar el arbitraje a un Institución bien sea de Derecho público³²⁸ o Asociaciones privadas sin ánimo de lucro.³²⁹ El segundo (*ad hoc*), las partes designan a uno o varios árbitros de su elección para que lo resuelva siempre que tenga formación de jurista, en caso de nombramiento con un solo árbitro o en el caso de nombrar tres, al menos uno de ellos ha de serlo.³³⁰

³²⁷ BARONA VILAR, S. El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica. Regulación presente y tendencias de futuro. Universidad Externado de Colombia. 1ª Ed. 2010, p. 443.

³²⁸ Ex art. 9.1.a) Ley 11/2011, de 20 de mayo.

³²⁹ Ex art. 9.1.b) ley 11/2011 cit.

³³⁰ Ex art. 15.1

3.6 Arbitraje general y arbitrajes especiales.

Finalmente, BARONA distingue entre *Arbitraje general* y *Arbitrajes especiales*, cifiéndose el primero a la Ley de arbitraje 60/2003 y 11/2011 que la reforma y los segundos a las «regulaciones sectoriales o especiales, sin perjuicio de la aplicación supletoria de la LA (art. 1.3) ambas normas».³³¹ Así el actual art. 1.3. de la Ley 1172011, alude a «Esta ley será de aplicación supletoria a los arbitrajes previstos en otras leyes».³³²

4. ESPECIAL REFERENCIA AL ARBITRAJE ESTATUTARIO EMPRESARIAL.

Significativa novedad en la Ley recobra el arbitraje en materia de sociedades y más concretamente a las Empresas Familiares a causa de la reforma operada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, que viene a introducir un art. 11 bis³³³ que contempla la arbitrabilidad de los conflictos en las Sociedades de Capital imponiendo una mayoría legal reforzada y permitiendo el sometimiento a arbitraje en cuanto a la impugnación de acuerdos societarios exigiendo, eso sí, la «administración y designación de los árbitros por una institución arbitral».³³⁴

Esta posibilidad permite el pacto en los Estatutos societarios que, además, gozará de la publicidad registral y eficacia frente a socios y terceros. Y es en dicha línea de la eficacia de estipular el convenio arbitral en los Estatutos que la preferimos a la del PF

³³¹ BARONA VILAR S. *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica. Regulación presente y tendencias de futuro*. Universidad Externado de Colombia. 1ª Ed. 2010, p. 444.

³³² Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la ley 60/2003, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado.

³³³ Artículo 11 bis. Arbitraje estatutario. «1. Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen. 2. La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social. 3. Los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral.»

³³⁴ Preámbulo, Ley cit. p. 7.

por cuanto que, en consonancia con CARAZO «la eficacia se extenderá no sólo a los socios fundadores sino también a los socios futuros y a los órganos sociales. Por el contrario, cuando queda fuera de éstos, su eficacia será meramente contractual respecto a los sujetos que forman parte del convenio».³³⁵

Por ello, abogamos por incluir el convenio arbitral en los siguientes documentos: Estatutos societarios, PF y documentos que lo complementan en aras a resolver los conflictos que pudieran derivarse de la interpretación y/o cumplimiento de alguno de ellos.

5. EL ARBITRAJE *VERSUS* EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO. EL ÁRBITRO ESPECIALISTA.

*En muchas ocasiones la vía judicial no responde adecuadamente a las expectativas reclamadas, de aquí que todas las organizaciones, tanto nacionales como internacionales, vengán reconociendo la importancia del establecimiento de instrumentos alternativos que resulten adecuados para la resolución de conflictos, dentro y fuera del proceso.*³³⁶

Hemos iniciado este epígrafe con las palabras pronunciadas por DORADO PICÓN, Vocal del CGPJ que asimismo ha sido el Vocal Delegado para la Coordinación e Impulso del Proyecto de mediación penal y civil para adentrarnos en la necesidad y ventajas del arbitraje frente al proceso ordinario.

Pasemos, pues, a analizar los pros y contras del ambos procedimientos: el arbitral y el jurisdiccional u ordinario.

³³⁵ CARAZO LIÉBANA, M.J. *El arbitraje societario*. MARCIAL PONS, Madrid, 2005, p. 23.

³³⁶ DORADO PICÓN, A. *El Arbitraje y la Mediación en España*. Obra colectiva “Arbitraje y Mediación. Problemas actuales, retos y oportunidades”. LEX NOVA, VALLADOLID. 2013. P.17.

5.1 Ventajas e inconvenientes del arbitraje.

5.1.1. Frente al procedimiento ordinario

*La especialización del tercero, la discreción, rapidez y flexibilidad procedimentales aconsejan prescindir del proceso.*³³⁷

En primer lugar, y antes de introducirnos en la exposición de los pros y contras del arbitraje, nos parece oportuno apuntar las diferencias existentes entre el arbitraje y el proceso. A tal efecto, PEDRAZ PENALVA³³⁸ indica las siguientes que resumimos:

1. En cuanto al objeto, se diferencian porque mientras que el arbitraje las partes sólo pueden someter a él las materias que le son disponibles con arreglo a ley, mientras que esa limitación no la tiene el proceso ordinario que puede conocer de todas las controversias que se le plantean objetiva, material y territorialmente.

2. Voluntariedad: mientras que el arbitraje es un proceso dispositivo de las partes que requiere del concurso de las voluntades de las partes, el proceso puede iniciarse *ex officio* (ejemplo, los asuntos penales que se persiguen de oficio).

En este punto añadimos la bilateralidad, plurilateralidad que asiste al proceso arbitral dado que requiere el sometimiento voluntario de ambas/múltiples partes, a excepción del arbitraje testamentario que, obviamente, solamente interviene la voluntad del testador.³³⁹

3. La elección del tercero imparcial: En el arbitraje lo eligen las partes, mientras que en el proceso viene predeterminado por la ley.

4. En cuanto a la resolución final: la validez y eficacia de la sentencia judicial como resolución definitiva del proceso viene determinada del acto obligatorio que dimana de la acción de la potestad jurisdiccional del órgano que la emitió y que está sujeta al deber de cumplimiento para el ciudadano, mientras que el laudo arbitral viene como

³³⁷ PEDRAZ PENALVA, E. *El proceso y sus alternativas*. Obra colectiva “Arbitraje, Mediación, Conciliación”. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid. 1995. P. 44.

³³⁸ PEDRAZ..., Ob., cit., p. 42 y 43.

³³⁹ Vid. GARCÍA PÉREZ, C. *El arbitraje testamentario*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999. P. 455.

consecuencia de la libertad de las partes que eligieron al tercero imparcial sin obligación de someterse.

A tal efecto, disentimos en parte con PEDRAZ por cuanto que si bien reconocemos la ausencia de potestad jurisdiccional del árbitro frente al juez ordinario predeterminado por la ley, no podemos sustraernos al hecho de que ha sido el propio Tribunal Constitucional quien ha reconocido al proceso arbitral - en sus sentencias 43/1988 y 62/1991, y asimismo recoge el Preámbulo de la Ley 11/2011, de 20 de mayo,³⁴⁰ de «equivalencia jurisdiccional».

5. En cuanto a la decisión del tercero imparcial, mientras que el juez debe decidir única y exclusivamente con arreglo y sujeción a las leyes, el árbitro puede decidir en equidad si las partes así lo acuerdan. Por ello, del juez se predica la independencia – traducida en imparcialidad subjetiva y objetiva - mientras que del árbitro la neutralidad.

Las ventajas del sometimiento de las controversias a arbitraje frente a la jurisdicción ordinaria, entendemos, que superan con creces los inconvenientes. De hecho, es el propio PEDRAZ quien afirma que «el proceso está condicionado cada vez más por una irracionalidad fruto de su propio arcaísmo respecto del cambio social... Las vías alternativas deben servir para obviar la irracionalidad del proceso».³⁴¹

Coincidiendo con este autor, señalamos las siguientes:

1. Discreción. En efecto, mientras las sentencias judiciales son públicas, los laudes arbitrales son secretos, por lo que los hace inaccesibles a terceros protegiendo con ello la intimidad de los litigantes, las materias controvertidas y las resoluciones dictadas.

Punto este especialmente importante en sede de problemas de las Empresas Familiares por cuanto que el componente afectivo es muy importante y la publicidad de la sentencia pudiera enrarecer las relaciones mercantiles intraempresarial e intrafamiliar

³⁴⁰ De reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de la regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado.

³⁴¹ PEDRAZ., ob., cit., p. 44.

pudiendo ocasionar graves perjuicios a terceros por el daño que tal publicidad pueda ocasionar a la imagen de marca familiar consolidada. Circunstancias afectivo-familiares que obviamente no poseen las empresas no familiares.

2. Rapidez. Indiscutible resulta esta ventaja del proceso arbitral frente al proceso ordinario por cuanto de todos es conocida la lentitud judicial por la sobrecarga de los propios órganos jurisdiccionales, el número de asuntos repartidos, y la lentitud del proceso por los dilatados plazos procesales que acompaña a nuestro sistema procesal español especialmente garantista.

En este sentido y, según el IV Barómetro de la Abogacía que en 2011, analizaba «*La imagen de los abogados y de la Justicia en la Sociedad Española*» el 84% de la población española afirmaba que «La administración de Justicia es tan lenta que siempre que se pueda vale más evitar acudir a ella».³⁴²

Al efecto, los literatos del tema vienen a establecer una horquilla de entre 3 y 12 meses de duración de un arbitraje en función de su complejidad y la celeridad de las partes en sus respectivos trámites.³⁴³

3. Flexibilidad. El proceso arbitral es más flexible y no está sujeto a tantas cautelas como el ordinario, lo que le da más frescura en tiempo real.

4. Voluntariedad. Ya hemos comentado que el sometimiento al proceso arbitral es voluntario por las partes frente al predeterminación por la Ley del ordinario, pero el hecho de elegir el tercero imparcial hace que las partes se vean involucradas al cumplimiento voluntario de su decisión por cuanto se han visto implicadas en su elección como manifestación previa de confianza.

³⁴² IV BARÓMETRO DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA. *La imagen de los Abogados y la Justicia en la Sociedad Española*. P.16.

http://www.icam.es/docs/ficheros/201109190001_6_0.pdf

³⁴³ CONFORTI, FRANCO. *El Arbitraje. Hacia el med-arb?*
<http://www.acuerdojusto.com/Descargas/Arbitraje.pdf>

5. Especialización del tercero imparcial.- Pero, ésta es sin duda a nuestro juicio una de las más ventajas y peculiaridades más importantes del proceso arbitral.

La jurisdicción ordinaria no se halla todo lo especializada, a nuestro parecer, que debiera, siendo que muchos problemas requieren de una opinión y resolución muy específica que aconseja una especialización determinada en la materia objeto de la controversia. Circunstancia ésta solventada cuando se puede elegir un árbitro/árbitros o Institución arbitral especializada en la materia objeto de discusión con lo que la solución final, sin duda, será más versada y complaciente para las partes en litigio. Si a esta nota le añadimos la de la confianza depositada por ambas en el tercero como manifestación de la autonomía y concordantes voluntades, nos hallamos ante muchas posibilidades del cumplimiento voluntario del laudo y, lo que es mucho mejor en sede de EFs, de solventar el problema con el añadido emocional-familiar que arrastraba con él.

Por nuestra parte, añadimos, las siguientes ventajas del arbitraje:

6. Economía: Es mucho más barato el procedimiento arbitral que el ordinario por cuanto el coste se repercute entre ambas partes y al ser más rápido que el proceso ordinario, se produce un añadido de economía material y moral al solucionar más rápidamente el conflicto y desbloquear las situaciones empresariales que quedaron bloqueadas desde que surgiera la controversia con las consecuencias negativas y pérdidas de lucro cesante y daño emergente que dicha situación generaba a las mercantiles.

7. La vía judicial es desaconsejable, especialmente, al dilucidarse ciertos asuntos (familiares, emocionales, sentimentales, etc.) que pueden afectar a las Efs y que se resuelven más discretamente por vía del arbitraje.

8. Descolapsamiento de la justicia ordinaria, con lo que ésta sería más eficaz y rápida al disminuir el número de asuntos turnados.

9. Evita la incertidumbre del largo tiempo del proceso judicial: En efecto, todo el que ha pasado por un pleito judicial sabe perfectamente lo tedioso y el estado de ansiedad que genera el estar «esperando sentencia» y que a muchas personas les lleva a generar estados depresivos, ansiosos, de permanente alerta con considerable perjuicio para su propia salud psico-física y para aquellos que le rodean, incrementándose el daño si le añadimos que trabaja en una EF que es el foco del conflicto y teniendo en muchos casos que verse las caras con la «otra parte» en el propio espacio laboral.

10. Menor enfrentamiento *inter partes*. Al acordar las mismas someterse al arbitraje y nombrar voluntariamente al/los árbitro/s o bien Institución arbitral, de entrada, existe entre ellas un menos *roce* y enfrentamiento pues estas circunstancias ya suponen un primer paso para la solución del conflicto que más que alejar (como lo hace el pleito judicial) acerca posiciones o, al menos, evita añadir más fricciones entre los litigantes.

11. Dedicación y calidad de la resolución: En efecto, de todos es conocido la sobreesaturación de carga de trabajo que sufren nuestros Juzgados y Tribunales lo que les lleva, materialmente, a no poderles dedicar todo el tiempo que desearían al estudio de los asuntos que deben resolver, cosa que no le ocurre al árbitro pues le puede dedicar todo el tiempo que requiera el asunto para resolver por cuanto que el número de arbitraje que lleva entre manos es infinitamente inferior al que lleva un juzgador, lo que unido a la *especialidad material y de formación del árbitro* aludida, redundará en una solución más rápida y de mayor calidad.

En este sentido y según los resultados del *IV Barómetro de la Abogacía*, elaborado por Metroscopia para el Consejo General de la Abogacía Española (CGAE), en 2011, el 62% de la sociedad española afirma que «con frecuencia los jueces no dedican ni la atención ni el tiempo adecuado a cada caso individual».³⁴⁴ También, y según el citado estudio, el 84% de la población nacional afirma que «El lenguaje y los procedimientos

³⁴⁴ IV BARÓMETRO, cit., p. 16.

de los tribunales son excesivamente complicados y difíciles de entender para el ciudadano medio».³⁴⁵

12. Inapelabilidad³⁴⁶: Los laudos arbitrales *strictu sensu* son inapelables, es decir que no cabe recurso ni ordinario ni extraordinario, sino, en palabras de BERMEJO «acciones o medios rescisorios... propios del proceso arbitral cuya única y exclusiva finalidad es la rescisión de la cosa juzgada material derivada de la resolución arbitral».³⁴⁷ Lo que supone una gran diferencia con las sentencias judiciales que normalmente son susceptibles de admitir recursos en alzada que revisen la decisión de fondo, lo que no ocurre con el laudo cuya revisión básicamente se centra en lo que requisitos para su validez no constituyan causa de anulación del laudo dictado prevista en el art. 43 de la LA³⁴⁸ «El laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes». Es decir, que un juez ordinario no puede *revisar y pronunciarse* sobre el *fondo* de la cuestión litigiosa sino meramente puede juzgar las cuestiones procesales y tasadas legales en orden a pronunciarse sobre la anulabilidad del mismo.

Esta irrecurribilidad sobre el fondo nos lleva a la siguiente ventaja:

13. Decisiones finales vinculantes. En efecto, a diferencia de las sentencias judiciales que la mayoría son susceptibles de recurrir sobre el *fondo* y la *forma*, los laudos no, por lo que son: definitivos, obligatorios y vinculantes desde su emisión y tienen la misma fuerza de *cosa juzgada* que las resoluciones judiciales.

³⁴⁵ IV BARÓMETRO, cit., p. 16.

³⁴⁶ Cabe recordar que la Constitución de Cádiz, ex art. 281 sí permitía el recurso de apelación siempre que las partes se reservaran este derecho en el correspondiente compromiso «La sentencia que dieren los árbitros, se ejecutará, si las partes al hacer el compromiso no se hubieren reservado el derecho apelar». Vid. CREMADES., ob., cit., p. 19. No obstante, hemos de añadir que esta *reserva* desaparece en la vigente legislación arbitral en aras a la rapidez del procedimiento arbitral.

³⁴⁷ BERMEJO REALES, L.F. *Arbitraje y Mediación. Problemas actuales, retos y oportunidades*. Obra colectiva. Revista Jurídica d Castilla y León. Lex Nova, 2013, p. 74.

³⁴⁸ Referida a la Ley 11/2011, de 20 de mayo de reforma de la Ley 60/2003, de ARBITRAJE.

Así, afirmando la cosa juzgada material del laudo arbitral, en base a la misma naturaleza del arbitraje propiamente dicho, nuestro más Alto Tribunal se pronunció en su STC 288/1993 de 4 de octubre de 1993, en su fundamento jurídico tercero, lo que literalmente transcribimos:

<<un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada³⁴⁹>>

En el mismo tenor, también la STC 62/1991, de 22 de marzo de 1991, que literalmente afirma en su fundamento de derecho 5:

<<...siendo el arbitraje un «equivalente jurisdiccional», mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada)³⁵⁰>>

Y es precisamente ese carácter vinculante lo que hace del arbitraje el medio alternativo de resolución de conflictos más atractivo frente a los demás, particularmente, frente a la mediación.

14. Mayor reconocimiento internacional en sede de ejecución de los laudos arbitrales que las sentencias judiciales. De hecho más de 144 países han firmado o se han adherido al Convenio de Nueva York de 1958 que posibilita la ejecución de los laudos en los países firmantes, evitando con ello tediosos procesos de homologación o el correspondiente proceso de reconocimiento de sentencias judiciales en terceros países para su ejecución.

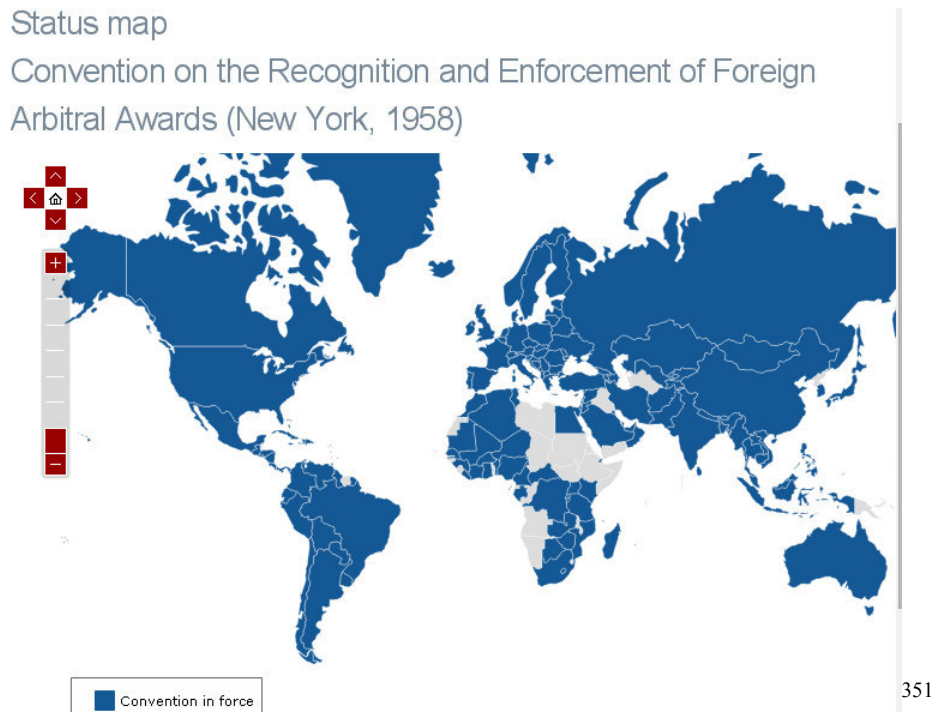
Aportamos, como ilustración gráfica de nuestro argumento y para entender mejor la ventaja aludida, mapa de localización mundial de los países que forman parte del citado Convenio donde consta coloreado en azul los mismos y que, prácticamente supone una adhesión universal al Convenio.

³⁴⁹ STC SENTENCIA 288/1993, de 4 de octubre de 1993

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1993/288>.

³⁵⁰ STC 62/1991, de 22 de marzo de 1991.

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1991/62>



En palabras de ALONSO PUIG:

<<Gracias al Convenio de Nueva York, hoy podemos afirmar sin temor a equivocarnos que en la actualidad es mucho más fácil ejecutar internacionalmente un laudo arbitral que una sentencia judicial – no existe ningún tratado multilateral en materia de ejecución de sentencias que agrupe a un número de países signatarios siquiera similar a los firmantes del referido Convenio -, lo que sin duda es de especial trascendencia cuando la parte frente a la que se pretende el cumplimiento de una determinada obligación o una condena tiene activos en diferentes países³⁵²>>

15. Juicio en Equidad: Pues aunque no sea lo más común, no podemos olvidar que éste es exclusivo del arbitraje – si así lo deciden las partes – y no de la jurisdicción ordinaria, como dejó claramente dicho el TC en su sentencia 43/1988, de 16 de marzo de 1988, comentada precedentemente.³⁵³

³⁵¹ http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status_map.html

³⁵² ALONSO PUIG, J.M. *Ventajas y desventajas del arbitraje frente a la jurisdicción ordinaria*. *Extracto del artículo “Introducción al arbitraje” publicado en Cuadernos de Derecho para Ingenieros número 6, editado por La Ley, grupo Wolters Kluwer en noviembre de 2010.

³⁵³ Vid. Apartado 1.2.1 de este trabajo.

Finalmente, no podemos concluir este apartado sin añadir una connotación que a nuestro juicio nos parece de trascendental importancia cual es la garantía de las actuaciones arbitrales. En efecto y en palabras del procesalista LORCA NAVARRETE «en el desarrollo de las actuaciones arbitrales, existe una justificación garantista... de ahí que, hoy en día, pacíficamente prescriba un estándar garantista, destacadamente alto, de las actuaciones arbitrales en nombre de la eficacia del arbitraje».³⁵⁴

En cuanto a los *inconvenientes*, SELLARÉS apuntaba en el 2003 que su principal desventaja es la falta de gratuidad del proceso «a diferencia de lo que ocurre en muchos sistemas judicial internos, como el español, donde el acceso a la justicia es gratuito».³⁵⁵ Pues bien, esta desventaja ha desaparecido actualmente con la aparición de las TASAS JUDICIALES que hace que el acceso a la justicia ordinaria en los temas empresariales que nos atañe aquí no sea gratuita.

Por ello, el único inconveniente que encontramos significativamente es en orden a la ejecución del laudo en caso de incumplimiento³⁵⁶ pero que sostenemos puede preverse debidamente en el convenio arbitral compensando resarcitoriamente dicha posible futura conducta que la compense, incluso disuadiendo- del posible futuro incumplimiento, con lo que, a nuestro parecer y partiendo de la base que soluciones 100% perfectas son inexistentes, abogamos y apostamos por el arbitraje en asuntos de

³⁵⁴ LORCA NAVARRETE, A.M. *La garantía de las actuaciones arbitrales y su jurisprudencia. Principios informadores y prueba de las actuaciones arbitrales*. Instituto Vasco de Derecho procesal y Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID). San Sebastián, 2010. Prólogo.

³⁵⁵ SELLARÉS SERRA, J. *La remuneración de los árbitros. Honrando sus honorarios*. Obra colectiva: “Comentarios prácticos para la empresa. Coincidiendo con la reforma de la Ley 60/2003, de Arbitraje”. Asociación para el fomento del arbitraje. Difusión Jurídica. Págs. 389

³⁵⁶ En el mismo sentido apunto ALONSO PUIG, «existe una desventaja importante: los arbitros carecen de *imperium* y no pueden obligar al cumplimiento de la decision tomada. Contrariamente al juez, cuya investidura comprende tanto la facultad de juzgar como la de ejecutar lo juzgado, el árbitro solo tiene la facultad de juzgar.

Falta de *imperium* que determina necesariamente la intervención de los jueces para completar la funcion de los arbitros; cuestión que está regulada en las legislaciones nacionales y en el Convenio de Nueva York, en el plano internacional.» (ALONSO PUIG, J.M. *Ventajas y desventajas del arbitraje frente a la jurisdicción ordinaria*. *Extracto del artículo “Introducción al arbitraje” publicado en Cuadernos de Derecho para Ingenieros número 6, editado por La Ley, grupo Wolters Kluwer en noviembre de 2010).

conflictos en sede de Empresa Familiar como el medio idóneo de resolución de conflictos.

No obstante, debemos señalar que la actitud de los Jueces y Tribunales Españoles en aras a despachar ejecución forzosa de laudos arbitrales es muy favorable así como en lo concerniente a la adopción de medidas cautelares aun cuando la ley de arbitraje actual lo contemple. Para adentrarnos en las formas de tales medidas y sus diferentes tipos de eficacia resulta interesante el trabajo que realiza LAPIEDRA al efecto³⁵⁷.

5.1.2 Frente a los otros mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC).

Respecto a las EFs los mecanismos alternativos de solución de controversias (*MASC*) -Conciliación, Mediación, Negociación- o los *expertise*³⁵⁸ (apuntados por COSSÍO y CORONA) los consideramos métodos acumulativos que no excluyentes, si bien, coincidimos con SANJURJO en afirmar que «la mediación y el arbitraje son dos instrumentos alternativos a la vía jurisdiccional para la solución de conflictos que muy poco tienen que ver, por cuanto las diferencias entre ambos son de raíz»,³⁵⁹ precisamente por esas diferencias, nos inclinamos por el arbitraje por las siguientes razones, que entendemos no adornan a los mecanismos citados, en especial a la mediación. A saber:

³⁵⁷ LAPIEDRA ALCAMÍ, R. *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*. Tirant monografías 556., Valencia, 2008. P. 293 y ss.

³⁵⁸ Método apuntado por GONZÁLEZ DE COSSÍO., ob., cit., p. 6 que consiste en un procedimiento de expertos cuando el problema de que se trate requiera de una solución meramente técnica que no jurídica. Por ejemplo: valoración de unas acciones o participaciones del socio que desea venderlas y abandonar la EF. En el mismo sentido VID. CORONA, J/ MARTÍ PICÓ, N./ ROCA JUNYENT, M. *Manual de la Empresa Familiar*. Deusto. 2005, P. 481.

³⁵⁹ SANJURJO RÍOS, E.I. El arbitraje de equidad contra las cuerdas. El proceso de reforma de la Ley de arbitraje de 2003 por la ley 11/2011, de 20 de mayo. Tramitación parlamentaria y justificación de su mantenimiento para los arbitrajes internos. LA LEY, 1ª Ed. 2011, p. 99.

1. Imparcialidad del tercero.

Mientras que la mediación es un método autocompositivo donde son las propias partes quienes llegan a un acuerdo guiadas por un tercero – mediador-, pensamos en la idoneidad del arbitraje por cuanto el tercero que resuelve es alguien ajeno a las partes (aunque elegido por ellas) y por tanto la nota de su imparcialidad y neutralidad hace que las propias partes en conflicto se vean más confiadas y dispuestas a cumplir el laudo sin que pese sobre ninguno de ellos la «sospecha de la duda». Lo que nos lleva directamente a la siguiente ventaja.

2. Especialidad del árbitro: El árbitro elegido es docto en la materia en disputa, condiciones que normalmente adolecen de dicha formación los propios contendientes por lo que éste arrojará más luz versada a la solución de la controversia que las propias partes.

3. Inexistencia de constancia de precedente resolutorio.

En efecto, si las partes solucionan su problema mediante Mediación en su caso concreto, ello no deja constancia, mientras que el laudo arbitral, pese a su confidencialidad, puede conocerse en la propia EF y crear un precedente del conflicto-solución y evitar con ello que se vuelva a reiterar dicho conflicto (pensemos por ejemplo en la disputa de admitir un miembro de la familia en un puesto directivo de la EF. La solución de un laudo anterior a este conflicto sería aplicable al presente e incluso puede evitar que se produzca el roce en sí. O la valoración de unas determinadas acciones/participaciones...)

A pesar de las ventajas apuntadas, y en función de la naturaleza de los problemas³⁶⁰ a resolver, bien pueden convenirse *cláusulas escalonadas*, o *cláusulas compromisorias*

³⁶⁰ Los problemas que pueden surgir en el seno de las EFs son múltiples, entre ellos, entre la Dirección y el presidente y directores; directores y accionista; accionistas entre sí; responsables de áreas y empleados; EF matriz y otra del mismo grupo (Holding); conflictos entre los familiares de la EF; entre la

*multipuertas*³⁶¹ que permitan someter la controversia a conciliación, negociación, mediación, *expertise*, o finalmente a arbitraje según la materia, los asuntos y la EF en cuestión, así como los intereses en juego para cada caso.

Hay multitud de ejemplos de las mismas, y a modo orientativo, incluimos una cláusula escalona tipo med-arb, del notario RODRÍGUEZ PRIETO.³⁶²

Asimismo, indicar que una de las finalidades de la Mediación bien puede ser llegar al acuerdo de someter el problema a arbitraje, pues como apunta GONZÁLEZ «la utilidad del mecanismo (Mediación) continúa inclusive en casos de fracaso. Aún si el mediador sugiere que no pierdan su tiempo y que acudan al arbitraje, el valor generado a las partes es que tienen la certeza que la decisión es sensata».³⁶³ En el mismo sentido apunta MARTÍN MARCHESE,³⁶⁴ entre otros.

Es por ello que muchas instituciones arbitrales contemplan la cláusula MED-ARB, con un *ítem procesal* parecido al esquema que insertamos a continuación:

EF y el Estado, entre la EF y los sindicatos, EF y proveedores, EF y clientes... En este sentido Vid. MARTÍN MARCHESINI, G. *El Arbitraje en las Empresas Familiares*.

<http://www.martinmarchesini.com.ar/ARBITRAJE%20EN%20LAS%20EMPRESAS%20FAMILIAR%20JORNADA%2012-5-11.pdf>, p. 2.

³⁶¹ MARTÍN MARCHESINI, G. *El Arbitraje en las Empresas Familiares*.

<http://www.martinmarchesini.com.ar/ARBITRAJE%20EN%20LAS%20EMPRESAS%20FAMILIAR%20JORNADA%2012-5-11.pdf>, p. 4.

³⁶² «Toda controversia derivada de este contrato o convenio o que guarde relación con él -incluida cualquier cuestión relativa a su existencia, validez, terminación, interpretación o ejecución- se someterá para su resolución en primer lugar a mediación. La mediación será administrada por la Fundación Notarial Signum de Resolución Alternativa de Conflictos. Si la mediación resultare infructuosa, la controversia será resuelta definitivamente mediante arbitraje [*de derecho/equidad*], administrado por la Fundación Notarial Signum de Resolución Alternativa de conflictos. La designación de [*árbitro/árbitros*] y mediadores y la administración del arbitraje y la mediación se regirán por las normas de la Fundación vigentes a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje o mediación». RODRÍGUEZ PRIETO, F. Cláusulas genéricas de mediación y arbitraje.

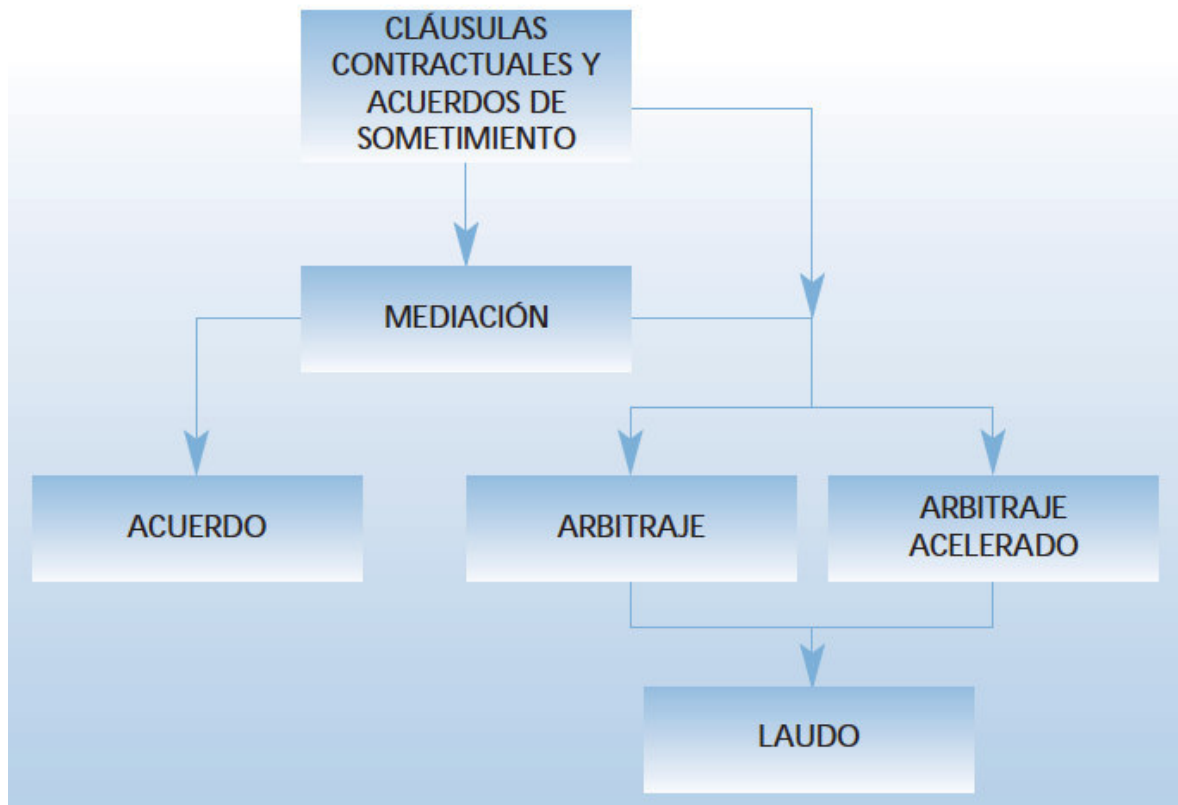
Art. “Un útil instrumento jurídico por descubrir: las cláusulas escalonadas med+arb”.

<http://hayderecho.com/2013/04/02/un-util-instrumento-juridico-por-descubrir-las-clausulas-escalonadas-medarb/>

³⁶³ GONZÁLEZ DE COSSÍO... Ob., cit., p. 4.

³⁶⁴ MARTÍN MARCHESINI, G. *El Arbitraje en las Empresas Familiares*.

<http://www.martinmarchesini.com.ar/ARBITRAJE%20EN%20LAS%20EMPRESAS%20FAMILIAR%20JORNADA%2012-5-11.pdf>



365

6. EL ARBITRAJE EN LA EMPRESA FAMILIAR. EL CONVENIO ARBITRAL Y SU PAPEL EN EL PROTOCOLO FAMILIAR.

Las empresas familiares sufren de problemas especiales, adicionales a los problemas que cotidianamente viven los negocios en general.³⁶⁶

Coincidimos con GONZÁLEZ DE COSSÍO pues si bien, en cualquier tipo de conflicto que pudiera surgir en el seno del tráfico mercantil, una solución efectiva, rápida y económica es deseable y hasta recomendable, en el ámbito de las Empresas Familiares lo son mucho más por cuanto a las cuestiones puramente societarias se les une el factor «familiar» que hace, en algunas ocasiones, que las situaciones se enconen creando a su vez más conflicto dentro del conflicto produciéndose así una retroalimentación de la controversia que puede llevar a una situación de bloqueo total

³⁶⁵ FRANCO CONFORTI., art., cit..

³⁶⁶ GONZÁLEZ DE COSSÍO..., ob., cit., p. 1.

del asunto conflictivo con las enormes repercusiones laborales, económicas empresariales y afectivas que ello conllevaría. Es otras palabras, el arbitraje en las EFs se hace preciso en orden a conseguir, en expresión de ECHAIZ, un buen «rendimiento familiar».³⁶⁷

Otra de las razones para decantarse por este medio de resolución de controversias en la empresa familiar es el apuntado por ECHAIZ respecto no sólo a las empresas familiares sino a los «grupos de empresas»,³⁶⁸ por cuanto que hoy en día muchas EFs se han constituido en *holdings* con filiales o delegaciones en medio mundo (INDITEX, LLADRÓ, CAMPOFRÍO, OSBORNE...) y establecer un convenio arbitral resulta muy útil para determinar una mecánica de actuación unificada en la marca para la resolución de los conflictos bien sea en la empresa matriz bien en alguna filial en cualquier parte del mundo.

Finalmente y en palabras de la COMISIÓN EUROPEA porque favorece la paz social y posibilita seguir entablado relaciones comerciales, bien en el mismo asunto que originó el conflicto, bien en otro diferencia favoreciendo la continuación de las relaciones empresariales e impidiendo su ruptura con las letales consecuencias económicas que ello entrañaría.³⁶⁹

³⁶⁷ ECHAIZ MORENO, D. *El Arbitraje en los grupos de empresas Familiares (II)*. http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/E/el_arbitraje_en_los_grupos_de_empresas_familiares_ii/el_arbitraje_en_los_grupos_de_empresas_familiares_ii.asp?CodSeccion=15.

³⁶⁸ ECHAIZ MORENO, D. *El Arbitraje en los grupos de empresas Familiares*. ECHAIZ MORENO, D. *El Arbitraje en los grupos de empresas Familiares* http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/E/el_arbitraje_en_los_grupos_de_empresas_familiares/el_arbitraje_en_los_grupos_de_empresas_familiares.asp?CodSeccion=15.

³⁶⁹ «Es particularmente conveniente hacer hincapié en el papel de las ADR como instrumentos al servicio de la paz social... en las formas de ADR en que los terceros no toman ninguna decisión, las propias partes no se enfrentan sino que, al contrario, emprenden un proceso de aproximación, eligen el método de resolución del conflicto y desempeñan un papel más activo en este proceso para intentar descubrir por sí mismas la solución que más les conviene. Una vez resuelto el conflicto, este enfoque consensual incrementa para las partes la posibilidad de que las partes sigan manteniendo relaciones de carácter comercial o de otro tipo.» LIBRO VERDE sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil. Bruselas, 19.04.2002. COM(2002) 196 final. P. 9.

Ventajas estas incrementadas cuando los conflictos planteados surgen en el seno de los familiares dentro de la propia *mercafamiliar*, que obviamos relatar por ser de sobra conocidos.

6.1 Concepto y elementos

*La clausola arbitrale è – come ogni negozio collegato ad un altro – in parte autonoma ed in parte dipendente.*³⁷⁰

En primer lugar, no podemos olvidar que el convenio arbitral como dice FESTI, tiene una parte autónoma y otra dependiente del negocio jurídico del que forma parte y por ello es preciso que «per accertare quando si versi nell’una e quando nell’altra situazione occorre, innanzitutto, fare riferimento alla disciplina imperativa, risultante sia da eventuali norme di legge sia da principi inespresi ricavabili dalla funzione del negozio compromissorio».³⁷¹

Así pues y referente concretamente al convenio arbitral suscrito en el PF conviene señalar que el convenio arbitral como pacto parasocial, ya lo hemos comentado anteriormente, se hace con la finalidad de que las controversias surgidas o que puedan surgir en el seno, bien del PF o de la EF puedan dirimirse mediante arbitraje,

Así CARONA configura el convenio arbitral extraestatutario como «una relación jurídica obligacional individual y autónoma con estructura plurilateral y de tracto sucesivo»³⁷² y afirma la autora – coincidiendo con GARRIDO DE PALMA- que este pacto parasocial es cada vez más corriente por su carácter sencillo, flexible, adaptable y discreto.³⁷³

³⁷⁰FESTI FIORENZIO. *La clausola compromissoria*. A. GIUFFRÈ EDITORE, SAP., MILANO, 2001, p. 55.

³⁷¹FESTI, ob., cit., p. 55.

³⁷²CARONA., ob., cit., p. 91.

³⁷³Vid. CARONA., ob., cit., p. 91.

TAMAYO lo define como «el acuerdo de voluntades, por el que dos o más personas, naturales, o jurídicas, acuerdan que la resolución de una o varias controversias jurídicas que puedan plantearse en la dinámica de una relación cierta sea resuelta por terceros, con exclusión de la autoridad judicial»³⁷⁴.

Pero si atendemos a su naturaleza jurídica desde el punto de vista adjetivo, nos viene definido como «negocio jurídico» atendiendo a su ámbito funcional (resolver controversias) más que a las consecuencias propias de un contrato. Así lo define LORCA NAVARRETE «antes que contrato, es la expresión de la inequívoca voluntad de las partes de elaborar *estructuralmente* un *negocio jurídico* pero no con las consecuencias *propias* de un contrato (contractualismo), sino *impropias* de un ámbito *funcional* tan alejado del contractualismo como el procesal».³⁷⁵

Este autor califica el carácter *negocial* más que *contractual* del convenio arbitral por dos motivos: uno su finalidad: la resolución de las disputas, y otro, por la justificación que realiza la Ley del arbitraje en base a la autonomía y voluntad de las partes y por eso lo tipifica como negocio jurídico y no como contrato, productor de obligaciones.³⁷⁶ que entendemos, lo dice, *strictu sensu*.

Al respecto, resulta preciso matizar esta afirmación, pues si bien, aceptamos el carácter volitivo y negocial de las partes para suscribir el convenio arbitral - *mutatis mutandi* como quedaría configurado el llamado convenio regulador del art. 90 del CC en la parte dispositiva de los cónyuges que lo suscriben para acompañar su solicitud de separación, nulidad o divorcio - también es cierto que el mismo sí produce obligaciones para los firmantes como son: el acatamiento y cumplimiento del laudo que se dicte en todos sus términos y las cláusulas penales acordadas en caso de incumplimiento, entre otras. En cuanto a su carácter finalista puramente funcional (resolver conflictos) no hay que olvidar que, efectivamente, su fin es resolver la disputa mediante un *laudo arbitral*

³⁷⁴ TAMAYO CARMONA, J.A. *Transacción, convenio arbitral y acuerdo de mediación*. Obra colectiva "Derecho Civil II". Tirant Lo Blanch., 2ª Ed. Valencia, 2013, p. 539.

³⁷⁵ LORCA NAVARRETE, A.M. *La naturaleza jurídica del arbitraje*.

http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/naturaleza_arbitraje.php

³⁷⁶ Vid. LORCA NAVARRETE, art., cit.

pero el contenido del mismo conviene recordar que normalmente son obligaciones y derechos que las partes o una de ellas debe cumplir. O lo que es lo mismo, de aceptar puramente su carácter funcional, estaríamos admitiendo que sólo se quedaría en esa fase la resolución pero con ello no se estaría reparando los derechos lesionados con las obligaciones contractuales contraídas.

También cabe subrayar su carácter esencialmente *contractualista*, puesto que es en la autonomía de la voluntad sobre la que se funda única y exclusivamente el poder de los árbitros para poder actuar en la resolución de la disputa, por lo que la misma constituye, en palabras de ALONSO PUIG, «la piedra angular sobre la que se asienta la institución arbitral».³⁷⁷

Y finalmente, cabe recordar aquí que nuestro CC asume un concepto objetivo de la causa del contrato (ex art. 1.274) por lo que resulta irrelevante los motivos que lleven – subjetivos - a las partes a abogar por el arbitraje en detrimento del proceso judicial que, en definitiva, están al margen del Derecho y son de todo punto intrascendentes a los efectos meramente contractuales. Otra cosa es que el Derecho civil - aun cuando la causa subjetiva le sea ajena - debe velar porque el consentimiento contractual de las partes se haya manifestado libre, pleno y voluntario bajo pena de nulidad por defecto de consentimiento válidamente prestado.

En efecto, aun cuando los móviles subjetivos sean ajenos al concepto de causa, también debemos recordar que el Código Civil revela una evidente preocupación garantista en cuanto a que la prestación del consentimiento contractual obedezca a la voluntad plena, libre y deliberada de las partes contratantes por lo que coincidimos con COLINA en que resultaría conveniente, que «, que aquélla (se refiere a las partes) posea toda la información necesaria en orden a saber no sólo lo que va a hacer y las consecuencias que ello le podría reportar, sino también si es conveniente o no para sus

³⁷⁷ ALONSO PUIG, J.M. *Ventajas y desventajas del arbitraje frente a la jurisdicción ordinaria*. *Extracto del artículo “Introducción al arbitraje” publicado en Cuadernos de Derecho para Ingenieros número 6, editado por La Ley, grupo Wolters Kluwer en noviembre de 2010.

intereses hacer lo que está haciendo».³⁷⁸ La conveniencia de incluir cláusula arbitral de sometimiento de las controversias que puedan surgir en el ámbito de las EFs viene recogida tanto en nuestra legislación nacional como europea.

Pasemos a continuación a analizar sus elementos:

A) Capacidad: podrán suscribirlo tanto personas físicas como jurídicas por medio de su representante legal con poder bastante para ello.

B) Objeto: Pueden ser materias de presente o futuro pero siempre disponibles por las partes con las únicas limitaciones que dispongan las leyes al efecto y con independencia de que la naturaleza del conflicto sea contractual o no.

C) Forma: Por escrito y fehacientemente.³⁷⁹ Son admisibles cartas, telegramas, faxes, en definitiva, cualquier medio por escrito donde deje constancia del susodicho acuerdo.³⁸⁰

A tal efecto debemos añadir que el consentimiento a arbitraje debe estar amparado por los adjetivos de «claro e inequívoco», tal y como lo apunta GARCÍA CORONA - referido a los arbitrajes de inversión - pero que entendemos perfectamente aplicables aquí, y que refiriéndose al caso *Plama vs Bulgaria* el tribunal arbitral señaló: «es un principio bien establecido, en derecho doméstico y en derecho internacional que un Acuerdo debe ser claro e inequívoco».³⁸¹

Cabe ahora preguntarse si dada la progresión en la informatización y la utilización de las tecnologías ¿sería admisible un convenio arbitral electrónico?. Piénsese en las EFs que poseen filiales en medio mundo teniendo en cuenta la comodidad y evitación de

³⁷⁸ COLINA GAREA, R. *El Arbitraje en España: ventajas y desventajas*. <file:///C:/Documents%20and%20Settings/ania/Mis%20documentos/Downloads/2163933.pdf>. P. 26.

³⁷⁹ TAMAYO., ob., cit. p. 540.

³⁸⁰ Vid. Art. 9 Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley de Arbitraje 60/2003, cit.

³⁸¹ GARCÍA CORONA, I.G. Arbitraje de inversión: La cláusula de la nación más favorecida en derechos adjetivos. Universidad Autónoma de México. MÉXICO, 2013, p. 332.

costes que supondría el realizar el convenio arbitral por medios informáticos. La respuesta la entendemos positiva en virtud del apartado 3 de la Ley 11/2001 de reforma de la Ley 60/2003 de arbitraje «...u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo» y lo manifestado por PLAZA PENADÉS de que «el contrato electrónico cumple en sí la exigencia de “forma escrita”»,³⁸² pues si para el contrato que es lo más (por cuanto que dos o más partes se obligan) se considera el medio válido, opinamos que el correo electrónico (que es lo menos) también, *mutatis mutandi* pues no dejar de ser una constancia por escrito de la voluntad de las partes de convenir la cláusula arbitral.

En el mismo sentido afirmativo, se manifiesta BARONA «El convenio arbitral será electrónico cuando se hace constar la voluntad de las partes mediante dispositivos electrónicos, informáticos, o telemáticos, sometiéndose a arbitraje en relación con aquellas controversias que puedan surgir o hayan surgido entre las partes»³⁸³ y apunta que los requisitos para su validez serán los mismos que para cualquier otro convenio si bien tendrá cierta relevancia la localización del arbitraje que utilice esta modalidad y que entendemos se refiere a determinar el lugar de realización del convenio arbitral a efectos de determinar el fuero competencial, en su caso.

De la importancia que en la actualidad revisten los medios informáticos, telemáticos y de la nueva sociedad de la información (TIC's), se ha hecho eco, como no podía ser de otro modo, la UE en su LIBRO VERDE cuando afirma «Se ha hecho especial hincapié en esta prioridad política en el ámbito de la sociedad de la información en el que se reconoce el papel de los nuevos servicios en línea de solución de conflictos ("ODR" por Online Dispute Resolution) en materia de solución de litigios transfronterizos a través de Internet».³⁸⁴

³⁸² PLAZA PENADÉS, J. *Los contratos informáticos y electrónicos*. Obra colectiva “Derecho Civil II”. Tirant Lo Blanch., 2ª Ed. Valencia, 2013, p. 562.

³⁸³ BARONA VILAR, S. *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica. Regulación presente y tendencias de futuro*. Universidad Externado de Colombia. 1ª Ed. 2010, p. 448.

³⁸⁴ LIBRO VERDE sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil. Bruselas, 19.04.2002. COM(2002) 196 final. P. 5.

Cabe, por último recordar, que fue en la *cumbre europea de Lisboa, marzo 2000*, donde el Consejo Europeo invitó a la Comisión a promover las ADR a fin de resolver los litigios que se produjeran como consecuencia del tráfico comercial electrónico.

D) Clases: Puede ser bilateral (entre dos partes) que suele ser la más utilizada. Multilateral (interviene varias partes) o unilateral (en el caso del arbitraje testamentario que permite el art. 11 de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley de Arbitraje 60/2003 y que anteriormente contemplaba el art. 7.³⁸⁵

6.2 Antecedentes en el Derecho español y en las Empresas Familiares.

Si bien hemos analizado en profundidad los mismos en nuestro precedente capítulo I³⁸⁶ al que nos remitimos, conviene recordar nuestros antecedentes más cercanos recordando que fue la Constitución de Cádiz de 1812³⁸⁷ la que disponía que «No se podrá privar a ningún español del derecho a terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes» y que, en palabras de GARCÍA PÉREZ, venía a representar el espíritu de la constitución francesa de 1791.³⁸⁸

Seguidamente, los originarios artículos 1820 y 1821 del CC (derogados en la actualidad) donde se recogía esta figura por medio del llamado «contrato de compromiso». Y más tarde nuestra ley adjetiva civil (art. 790) dio un paso más y los llamó «jueces árbitros».³⁸⁹ En ambos sentidos se manifiesta CREMADES.³⁹⁰

³⁸⁵ En el mismo sentido y mismo artículo se expresa la LA de 1988. Vid. GARCÍA PÉREZ, ob., cit., p. 455.

³⁸⁶ Ontología del Arbitraje.

³⁸⁷ Llamada coloquialmente «La Pepa» por haberse promulgado el día de San José 19 de marzo de 1812.

³⁸⁸ GARCÍA PÉREZ, C. *El arbitraje testamentario*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1999, p. 109.

³⁸⁹ Cuerpos normativos a los que hicimos amplia referencias en el Cap. I de esta investigación a las que nos remitimos y vid. CREMADES... Ob., cit., p.19.

³⁹⁰ CREMADES., ob., cit. p. 18-19 art. 1889 CC «las mismas personas que pueden transigir pueden comprometer en un tercero la decisión de sus contiendas» Art. 18321 «... Lo dispuesto en el capítulo anterior sobre transacciones es aplicable a los compromisos. En cuanto al modo de proceder en los compromisos y a la extensión y efectos de éstos, se estará a lo que determina la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Finalmente las Leyes de Arbitraje de 22 de diciembre de 1953 y 5 de diciembre de 1988 y las actuales de 60/2003 con la reforma de la, Ley 11/2011, de 20 de mayo en su artículo 9.

Por lo que respecta a los antecedentes del reconocimiento de la conveniencia del convenio arbitral para la resolución de conflictos en las EFs los encontramos en:

6.2.1 Ponencia del Senado de 2001 para la Problemática de la Empresa Familiar.

La primera y expresa recomendación al respecto la hallamos en la citada ponencia cuando en su conclusión 5ª se expresaba literalmente lo que transcribimos:

<<Introducir las normas necesarias en el ordenamiento jurídico para crear un sistema de arbitraje o mediación específico para la resolución de los problemas que puedan plantearse a nivel de la propiedad de las empresas familiares y los conflictos que puedan surgir entre la Familia o Familias propietarias y la propia Empresa³⁹¹>>

Esta recomendación dio lugar a que posteriormente se llevaran a cabo acciones tendentes a seguir esta recomendación.

6.2.2. La Guía para la Pequeña y Mediana Empresa Empresa Familiar

En efecto, esta publicación de la Dirección General de la PYME (Ministerio de Economía) - que respondiendo a la 1ª recomendación del Senado en la ponencia comentada - contempla el arbitraje como un medio idóneo de resolución de conflictos por su «simplicidad... rapidez... flexibilidad ..imparcialidad... fuerza legal... menor coste». ³⁹²

³⁹¹ SENADO. *Informe de la ponencia de estudio para la problemática de la Empresa Familiar*. Secretaría General del Senado. Dirección de Estudios y Documentación. Departamento de Publicaciones. Madrid, 2002. P. 101.

³⁹² MINISTERIO DE ECONOMIA (Dirección General de la de Política de la PYME). *Guía para la pequeña y mediana empresa familiar*. 1ª Ed. Septiembre 2003, págs. 95-96.

6.2.3 *Literatura especializada en la materia*

Del mismo modo y en idéntico o parecido sentido se manifiesta la literatura especializada en Empresas Familiares. Así resulta que GASCÓ recomienda que se incluya en el PF «los sistemas para la resolución de conflictos que se creen. Posible establecimiento de sistemas de,³⁹³ y FADÓN lo hace incluyendo, a modo de ejemplo, la siguiente cláusula arbitral:

<< cualquier controversia sobre la aplicación de este documento, tras la intervención del Comité de cumplimiento y, en casos de inconformidad de los afectados por la Resolución de dicho Órgano, de la Asamblea Familiar, se intentará solucionar el problema mediante la mediación de D.F. González, abogado en ejercicio de esta ciudad o de alguno de sus socios y, si no se llegara a un acuerdo, someter su solución al arbitraje en derecho de un abogado en ejercicio de esta ciudad designado por la empresa con la aceptación de los implicados en el conflicto, de acuerdo con lo previsto en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, del Arbitraje³⁹⁴>>.

También CORONA apunta «como solución más conveniente a la especialidad de las relaciones-familia empresa que sea el arbitraje el que resuelva dichas controversias... en cualquiera de sus modalidades admitidas en derecho...».³⁹⁵

6.3 Antecedentes de la Unión Europea.

Las ADR en la actualidad, son cada vez más cauces o técnicas complementarias a los tribunales y al proceso judicial. Es por ello que las Alternative Dispute Resolution han pasado a convertirse en Adequated Dispute Resolution, manteniéndose con ello las mismas siglas. Son piezas indiscutibles de la justicia.³⁹⁶

Las Instituciones Europeas están realizando un importante papel como promotoras y garantes de fórmulas alternativas de resolución de conflictos –ADR- y también de cooperación reforzada en materia de Derecho de Familia y de las Empresas Familiares Europeas. A tal fin, su papel normativo es esencial.

³⁹³ GASCO, C y otros. *Buen gobierno en la Empresa Familiar*. Fundación de Estudios Financieros. Madrid, 2005. P. 57.

³⁹⁴ PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J.J. *La empresa familiar. Fiscalidad, organización y protocolo familiar*. CISS. Bilbao, 2005. P. 220.

³⁹⁵ CORONA y otros... ob., cit., p. 481

³⁹⁶ BARONA VILAR, *Capítulo XIII, España*. Ob., cit., p. 439.

Ya a finales de los 90's, en vida de la *Europa de los 15*, las ADR cobraron su protagonismo en los Consejos Europeos de Viena³⁹⁷ y Tampere.³⁹⁸ También en la cumbre europea de Lisboa³⁹⁹ (empleo y sociedad de la información) donde «el Consejo Europeo invitó "a la Comisión y al Consejo a reflexionar sobre los medios de promover la confianza de los consumidores en el comercio electrónico, en particular, mediante nuevos sistemas de resolución de litigios en Santa María de Feira⁴⁰⁰».⁴⁰¹

Y su interés es tripartito:

1. Porque la UE ha tomado consciencia del *boom* de las ADR y del beneficio que suponen para la justicia en general y los ciudadanos e particular.
2. Por el interés legislativo de los Estados Miembros en ellas.
3. Porque «las ADR representan una prioridad política - confirmada en varias ocasiones -para las instituciones de la Unión Europea a las que incumbe promover estas modalidades alternativas, procurar el mejor entorno posible para su desarrollo y esforzarse por garantizar su calidad».⁴⁰²

Asimismo la COMISIÓN EUROPEA en si Libro verde significa el papel complementario que realizan las ADR respecto de la jurisdicción ordinaria favoreciendo el diálogo a las partes «, que de otro modo hubiera sido imposible entablar, y evaluar por sí mismas la conveniencia de dirigirse a los tribunales».⁴⁰³

En esta línea y más recientemente, la DIRECTIVA 2008/52/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, supone un gran paso al frente con el objetivo de tiene por objetivo «asegurar un mejor acceso a la justicia, como parte

³⁹⁷ Diciembre de 1998

³⁹⁸ Octubre de 1999

³⁹⁹ Marzo 2000

⁴⁰⁰ Junio 2000

⁴⁰¹ Vid. LIBRO VERDE CIT., p. 10. Y notas de la 21 a la 23, inclusive.

⁴⁰² LIBRO VERDE sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil. Bruselas, 19.04.2002. COM(2002) 196 final. P. 5.

⁴⁰³ LIBRO VERCE., ob., cit., p. 9.

de la política de la Unión Europea encaminada a establecer un espacio de libertad, seguridad y justicia, debe abarcar el acceso a métodos tanto judiciales como extrajudiciales de resolución de litigios»⁴⁰⁴

6.4 Convenio arbitral estatutario y protocolario familiar.

La mayoría de la poca literatura que existe, entre ellos MARTÍN MARCHESINI,⁴⁰⁵ al efecto aboga por incluirlo como cláusula en los Estatutos de la EF ya que es plenamente aceptada por presentar las ventajas de ser oponibles frente a terceros y obligatorios para los socios y la sociedad. Además de ser inscribibles en el registro Mercantil como veremos más adelante.

Por su parte el art. 9 de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley de Arbitraje 60/2003, señala que «podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente», por lo que es admisible su inclusión tanto en forma estatutaria como contractual en el PF.

Aunque ello es cierto y aconsejable, no impide que asimismo se pueda incluir una cláusula arbitral en el PF con fijación de los medios para acudir en caso de generación de conflictos bien sea con la interpretación del propio PF o de sus subprotocolos y documentos anejos o de los conflictos surgidos de índole familiar para aprovecharse de las ventajas que conllevan los métodos alternativos a la jurisdicción ordinario para solventar estos problemas.

Tan es así un notario andorrano incluyó en los Estatutos de una Sociedad, una CLÁUSULA COMPROMISARIA de sometimiento a arbitraje de «Totes les qüestions i divergències que poguessin sorgir, entre els socis i la Societat, per raó de la

⁴⁰⁴ Considerando 5. DIRECTIVA 2008/52/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Diario Oficial de la Unión Europea L 136/3 ES. 24.5.2008. <http://www.boe.es/doue/2008/136/L00003-00008.pdf>.

⁴⁰⁵ Ob., cit., p, 7.

interpretació, aplicació o execució dels presents Estatuts,s eran resoltes pel procediment d'amigable composició o arbitratge d'equitat i subsidiariament pels Batlles i Tribunals Andorrans...».

Además, el convenio notarial fija una PENA para el caso de 60,10 Euros/día «per cada dia en què retardi la resolució arbitral de la qüestió plantejada» en los supuestos de que alguna de las partes «refusa a fixar i sotmetre a l'arbitratge els puns de discòrdia, o de qualsevol altra forma obstaculitza el procedimenty d'amigable composició».

Y finalmente, establece idéntica multa e indemnización para la parte que acuda a la jurisdicción ordinaria «per a resoldre les qüestions sotmeses a amigable composició, o per impugnar el alude dictat amb el present otorgament».

Y en cuanto al tipo de arbitraje, en equidad o de Derecho, coincidimos con MARCHESINI al afirmar que :

<<El arbitraje es conveniente pactarlo en su modalidad de arbitraje pues es la fórmula más adecuada para la prevención y solución de problemas entre socios y conflictos surgidos de la impugnación de acuerdos sociales por parte de un socio, como así también los surgidos entre socios y el Directorio o Administradores por exceso de las funciones de estos últimos⁴⁰⁶>>

Finalmente, señalar que el convenio arbitral se hace preciso no sólo para resolver los conflictos que puedan surgir en un futuro, sino para prevenirlos en el presente y a la hora de establecer el relevo generacional con los socios miembros ausentes en el momento de firmarse éste por lo que se hace preciso que los futuros miembros ratifiquen el mismo para su propia eficacia.

Por todo ello se aconseja que el citado convenio arbitral, tanto el fijado en Estatutos como en el PF y los subprotocolos y documentos que lo complementan, sean firmados por todos los miembros de la EF tanto presentes como los llamados a suceder en el futuro mediante acciones/participaciones/donaciones/venta, etc... en la mercantil familiar para que éstos surtan su completa eficacia.

⁴⁰⁶ MARTÍN MARCHESINI... ob., cit., p. 8.

En cuanto a los efectos del convenio, convenimos con ECHÁNIZ MORENO, en que el «convenio arbitral alcanza a todos los miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios que se incorporen a la sociedad, así como a aquellos que al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo».⁴⁰⁷

⁴⁰⁷ ECHAIZ MORENO, D. *El Arbitraje en los grupos de empresas Familiares (II)*. P.3.http://www.arbitraje.com/BancoConocimiento/E/el_arbitraje_en_los_grupos_de_empresas_familiares_ii/el_arbitraje_en_los_grupos_de_empresas_familiares_ii.asp?CodSeccion=15..

SEGUNDA PARTE:
**EL PROTOCOLO FAMILIAR COMO MEDIO PREVENTIVO DE
EVITACIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL SENO DE LAS EMPRESAS
FAMILIARES.**

Los documentos complementarios desde el Derecho de Familia

CAPÍTULO III

EL PROTOCOLO DE LA EMPRESA FAMILIAR COMO DOCUMENTO MARCO GENERAL Y SU TRANSVERSALIDAD JURÍDICA.

*El derecho cumple la misión de ordenar la actividad humana, evitar conflictos de los ciudadanos con el poder público y de aquellos entre sí, y solucionar dichos conflictos caso de que se produzcan.*⁴⁰⁸

No podemos iniciar este capítulo sin hacer una breve, siquiera, referencia a la importancia, alcance y límites de la autonomía de la voluntad de las partes en todo contrato o negocio jurídico para poder comprender en toda su amplitud el papel que esta libertad representa a la hora de configurar y solucionar los conflictos humanos en las relaciones jurídicas.

1. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO *RATIO ESSENDI* DEL PROTOCOLO DE LA EMPRESA FAMILIAR Y SUS DOCUMENTOS COMPLEMENTARIOS.

En efecto, en la presente investigación goza de un papel importante la autonomía privada de la voluntad (ex artículo 1.255 del Código Civil) ya que ésta alcanza su máxima expresión a la hora de instrumentalizar documentos (públicos y/o privados) que contengan pactos tendentes a regular las relaciones en el ámbito de las empresas familiares en orden a prevenir las situaciones conflictivas que pudieran producirse – a través del PF y sus documentos anejos – o de solventarlos estableciendo las oportunas cláusulas arbitrales al respecto.

⁴⁰⁸ RAMÓN FERNÁNDEZ, F. Fundamentos constitucionales de la competencia en materia de Derecho Civil. Obra colectiva “Estudios sobre Derecho civil Foral Valenciano”. Ed. Thomson Aranzadi, 2008. P. 25 y 26.

Dentro de esas premisas problemáticas qué duda cabe que la inclusión de miembros ajenos a la Familia y a la Empresa Familiar mediante matrimonios o convivencias de hecho afecta y mucho a estas mercantiles. Por ende, los efectos en caso de ruptura. De la naturaleza de estos pactos, de su contenido personal y patrimonial así como de sus limitaciones legales, en definitiva, de la eficacia y validez jurídica de los mismos trata el presente estudio.

El que hasta la fecha estos documentos preparatorios hayan sido y sean poco utilizados no le resta importancia al tema elegido pues ésta radica en los grandes beneficios que reportarían en caso de producirse las situaciones aludidas.

En nuestra opinión, este desuso se debe, entre otras, a las siguientes razones: desconocimiento del tema, de los beneficios que aporta regular estas situaciones mediante el PF y sus documentos accesorios, la escasa mentalidad preventiva que se tiene en la sociedad general del Derecho como medida para evitar futuros conflictos; a la poca cultura *ARBICOF*, es decir del PF y del Arbitraje como medios preventivos y/o resolutivos de conflictos en las EF en orden a asegurar su sucesión.

Dentro de la variada gama de controversias y de la naturaleza de las mismas que se producen en este particular tipo de mercantiles, no hay duda que las rupturas afectivas (bien matrimoniales, bien parejas de hecho) suponen graves inconvenientes para la EF si algunas de las consecuencias legales de dichas separaciones no se han previsto en el PF y que, de paso, ayudan y mucho al trámite judicial de separación, divorcio o nulidad matrimonial, como veremos a lo largo del presente estudio.

Es por ello que buena parte de los pactos que se debieran y pueden contemplar en el PF y documentos anejos – como las capitulaciones matrimoniales, entre otros- van en esa línea, pues es ineludible tratar del Derecho de Familia en el seno de las Empresas Familiares, puesto que la naturaleza jurídica de las mismas es heterogénea englobando distintas ramas del Derecho: civil, familia, mercantil, fiscal y tributario registral. Ramas

todas estas donde la autonomía de la voluntad resulta primordial en orden a regular las relaciones *inter partes* en tiempo presente y futuro.

Ni qué decir tiene que, entre los muchos beneficios que aporta regular las situaciones futuras en caso de rupturas sentimentales de los miembros de la EF, se halla el hacerlo por «prescripción» cuando el estado de «enamoramiento» suele «cegar» a la pareja. También, la circunstancia de que si bien puede resultar «poco romántico» el hacer estas futuras previsiones, el hecho de hacerlo todos los miembros de esa EF, hace la medida menos individualista y por tanto más liviana al miembro de la pareja no familiar evitando con ello las siempre manidas suspicacias de la pareja al respecto.

Y tan es así lo que decimos, que la mayoría de la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como de las Audiencias Provinciales, haciéndose eco de los problemas que conlleva las consecuencias de tales rupturas sin que, previamente, la pareja haya previsto documentalmente sus efectos, suelen remitirse primero a lo pactado y, en su defecto, se pronuncian atendiendo a la llamada *pacta concludentia* o comportamientos de la pareja durante la convivencia para averiguar la intención y consideración que tenían ambos miembros respecto de los bienes en litigio. Supuesto éste para la liquidación de los bienes comunes en la disolución de las uniones de hecho.

Aunque el PF es el documento considerado marco, otros documentos anejos de vital importancia para que éste despliegue su total eficacia son los llamados contratos prematrimoniales – capitulaciones- cuya finalidad es contraer futuras nupcias siendo este objeto (el matrimonio) la *condictio iuris* para su validez y eficacia, mientras que otros contratos recogen los pactos relativos a regular las relaciones entre los convivientes de hecho durante la unión «*more uxorio*» así como las consecuencias y derechos en caso de una posible ruptura en ambos supuestos.

En las *capitulaciones matrimoniales*, la manifestación de esta autonomía de la voluntad queda claramente patente y hacemos un estudio exhaustivo en su correspondiente epígrafe tratando las cuestiones acerca de: a) Contenido, eficacia y

revocación de los pactos capitulares; b) Distinción entre acuerdos de contenido personal y patrimonial; c) estudio de las limitaciones legales a los mismos ;d) Modalidades: aquellos que regirán durante el matrimonio y cuya finalidad es regular, sobre todo las relaciones económicas de la pareja, como los que surtirán efectos regulando las consecuencias de una eventual ruptura matrimonial; e) De su forma (pública), su validez sujeta a plazo de caducidad (1 año) y eficacia (celebración del enlace) así como de la publicidad de este instrumento jurídico; f) De la protección de los *terceros* ajenos, pero a la vez interesados, en la relación jurídica (sobre todo patrimonial) de la pareja en caso de nulidad matrimonial: Validez de las cláusulas fijadas.

Todo ello para confirmar que este documento es un eficaz y garantista medio para la regulación de las relaciones patrimoniales del futuro matrimonio constituyendo, a su vez, una vía muy recomendable y previsor a la hora de regular las condiciones por las que se regirán las relaciones de los mismos en el supuesto de una separación, nulidad o divorcio de la pareja, redundando en la evitación de posteriores conflictos para la EF.

Apuntar, si bien someramente pues excede del estudio de esta investigación, la importancia y el tratamiento que las capitulaciones han tenido y siguen ostentando en el derecho Foral y Autonómico cuyo contenido va mucho más allá de pactar el régimen económico matrimonial que regirá tras la boda constituyendo en algunas Comunidades verdaderos pactos familiares y sucesorios, a saber: dote, heredamientos, *escreix* (Baleares) pactos sucesorios entre cónyuges (*capitols* en Cataluña), donaciones *propter nuptias*, etc.

Lamentamos que la utilización actual de este instrumento sea la de convenir meramente el régimen económico matrimonial por las que se guiará las relaciones económicas del futuro matrimonio (generalmente el de separación de bienes en territorio de Derecho común) porque las posibilidades de su contenido, que vemos ampliamente estudiada en este trabajo, le hacen el documento idóneo, por todas las garantías legales de las que está revestido (forma, publicidad, etc), para configurar las

relaciones patrimoniales de la pareja durante y en caso de ruptura. No obstante, el uso indicado no le priva de su gran utilidad e importancia a los fines indicados.

Por otra parte, señalar que los acuerdos capitulares económicos referidos a materias disponibles por las partes tienen plena virtualidad jurídica y constituye este documento título ejecutivo para solicitar su cumplimiento. Respecto a las convenciones referidas a materias de orden público (caso de régimen de visitas de los hijos, pensión de alimentos de éstos, etc...) fijadas para el supuesto de ruptura requerirán aprobación judicial oído el Ministerio Fiscal pero qué duda cabe que, en última instancia, siempre supondrá un «principio de prueba» y un «referente» claro para el Juzgador a la hora de pronunciarse y sentenciar sobre las citadas materias por entender que fueron los mismos esposos, quienes conociendo mejor sus propias situaciones, les condujo a pactar y a comprometerse en su momento. Lo que me lleva a concluir, una vez más, sobre su necesidad y utilización

Por otro lado, cabe indicar que también puede servir a las parejas de hecho siempre que contraigan nupcias en un futuro y así lo hagan constar en el documento observando los requisitos legales que vengo tratando a lo largo de la presente exposición. Tal es el caso de Aragón. Así la Disposición Adicional I de la Ley 6/1999 dispone que el régimen de convivencia pactado por las parejas de hecho en escritura pública tendrá el valor de capitulaciones matrimoniales si contraen matrimonio y así lo hubieran hecho constar expresamente en la escritura haciendo remisión expresa al derecho civil común y en concreto a las normas que rigen las citadas capitulaciones.

También esta autonomía de la voluntad se ve ampliamente reflejada en las donaciones *propter nuptias*, que asimismo le hemos dedicado un capítulo finalizando el bloque de documentos preparatorios prenupciales. Para ello y, como antecedentes importantes brevemente referenciados, hacemos un recorrido histórico desde la institución de la Dote (prácticamente extinguida en la actualidad), pasando por las Arras (desaparecidas tras la reforma de 1981), a las donaciones esponsalicias para acabar con las actuales donaciones por razón de matrimonio.

Del estudio de estas liberalidades en el vigente Derecho Civil español, comprobaremos, también, como influyen las rupturas sentimentales (separación, nulidad, divorcio) en las mismas así como las causas de revocación tanto de las realizadas por *terceros* como por los *futuros esposos*. De los supuestos de ineficacia (ingratitude...) de este tipo de donaciones, de la *condictio iuris* para su eficacia (la celebración del matrimonio) trata dicho capítulo.

No podíamos dejar al margen el tratamiento que tienen estas donaciones en nuestro Derecho Foral y Autonómico así como de la virtualidad y eficacia jurídica de las realizadas en las capitulaciones matrimoniales (tratadas en el apartado anterior) como de las dispuestas fuera de los capítulos.

Tal es el caso de Cataluña que dispone que las realizadas por los padres a los hijos comunes se entienden hechas por los dos al 50% y pertenecerán a los dos futuros contrayentes pro indiviso ordinario y a partes iguales (en defecto de pacto), mientras que las hechas fuera de las capitulaciones se regirán por las reglas generales de las donaciones salvo los supuestos de restitución, revocaciones o donaciones condicionales o modales que lo harán por el Codi de Família. Su régimen de nulidad al objeto de preservar posibles fraudes así como de los supuestos de revocación (incumplimiento de cargas) y su reducción por inoficiosas para preservar las legítimas están tratados aquí.

Tema este muy interesante si tenemos en cuenta que hoy en día las famosas «listas de boda» y los «ingresos bancarios» que se realizan a los futuros contrayentes se suelen hacer con carácter previo al mismo y con el fin nupcial ello unido a la proliferación de las, separaciones, nulidades y divorcios matrimoniales que se producen en nuestra realidad cotidiana hacen que este tema esté de vigente actualidad y que le dediquemos atención en este trabajo al cauce que pueden seguir las referidas donaciones *propter nuptias*.

Otro capítulo importante es el dedicado a los *pactos preconvivenciales de las parejas no casadas o paramatrimoniales*. A nadie se le escapa hoy en día que son muchas las

parejas, tanto heterosexuales como homosexuales, que o bien no pueden contraer matrimonio por imposibilidad legal (existencia del vínculo matrimonial), o porque no desean hacerlo, es decir, por voluntad propia.

En cuanto a estas uniones de hecho, como realidad social actualmente protegida y amparada por la Constitución Española, estas convenciones realizadas por los convivientes de hecho han pasado, antes de la promulgación de nuestra Carta Magna, de ser consideradas ineficaces por distintas causas: ilicitud, contrarios a la moral o al orden público, de causa torpe etc., a la validez actual como forma de regir las relaciones, sobre todo económicas, de la pareja, y, generalmente, en defecto de éstos, es la propia Jurisprudencia (a falta de regulación estatal y autonómica en algunas Comunidades) quién va conceptuando situaciones y generando derechos/obligaciones a los integrantes de las mismas.

El amparo legal de estos acuerdos viene reconocido no sólo en nuestra legislación constitucional a través de los artículos 9,10,22,27 y 3, legislación civil común (arts. 90, 103, 1295, 1328 del CC.) y leyes forales y autonómicas - ampliamente comentadas a lo largo de este estudio-, sino que también el derecho Comunitario e Internacional se hace eco de estas situaciones pronunciándose favorablemente.

Son muchas las disposiciones legales que en el ámbito internacional protegen los pactos de estas parejas de hecho.⁴⁰⁹

⁴⁰⁹ Destacamos en el ámbito internacional, en cuanto a las parejas de hecho, lo siguiente:

- La Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, nº 3/1998, de 7 de marzo, sobre la “*validez de los contratos entre personas que viven juntas como pareja no casada, así como sus disposiciones testamentarias*”.

- Acuerdo sobre “*Derechos sucesorios del cónyuge o conviviente superviviente*”, de 13 de mayo de 1991, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

- Resolución, nº 28/1994, de 28 de febrero, del Parlamento Europeo, sobre “*Igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la CE*”.

- El Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997 que proclama el principio de no-discriminación e igualdad jurídica entre hombre y mujer.

- Además de los países que poseen regulación propia en cuanto a las parejas de hecho:

Dinamarca (Ley de Cohabitación registrada, de 1 de octubre de 1989 – *The Danish Registered Partnership Act* -; Noruega (Ley de Cohabitación registrada, de 1 de agosto de 1993); Suecia (Ley de Cohabitación registrada, de 23 de junio de 1994).

También, y de la importancia de instrumentalizar los pactos que regirán la convivencia de hecho y las posibles consecuencias de su ruptura, se hacen eco todas las leyes autonómicas promulgadas al efecto hasta la fecha y que son, por orden de aparición: Cataluña(1998); Aragón (1999); Navarra (2000); Valencia (2001); Baleares(2001); Madrid(2001); Asturias (2002); Andalucía (2002); Canarias(2003); Extremadura (2003) y la última País Vasco también en el 2003.

Por último reiterar que somos conscientes de que resulta “poco romántico”, “frío y calculador”, el tratar asuntos económicos y de posible ruptura sentimental al inicio de las relaciones cuando la “dulzura” envuelve las mismas y cuando el sentimiento de “eternidad”, en general, resulta palpable, ello, unido, obviamente, al desconocimiento general de las leyes en la mayoría de los casos, pero no podemos dejar de lado que las rupturas sentimentales (se complican mucho más con la existencia de hijos comunes) conllevan no sólo implicaciones meramente afectivas sino también, y éstas suelen ser

Holanda (D.I.P.R) con la denominada «Comunidad Registrada de Vida» del año 2000, Francia a través de su «Pacto Civil de Solidaridad» PACS.

Del mismo modo la Comunidad Internacional se hace eco de la conveniencia de estos pactos. De este modo el *X Congreso Internacional de Derecho de Familia* (celebrado en Mendoza (Argentina) del 20 al 24 de septiembre de 1998) la Comisión 3 (Régimen económico de la Familia) recomendaba: «CONTRATOS ENTRE CÓNYUGES. En aquellos países en que existan limitaciones para que los cónyuges celebren contratos entre sí, se recomienda su supresión estableciéndose una amplia libertad». También recomendaba la mayoría del congreso en orden al régimen patrimonial y autonomía de la voluntad lo siguiente: «4. Los diferentes modelos de familia no admiten una respuesta única en orden a la regulación de sus relaciones patrimoniales... 5: Si las partes pueden convenir sobre su domicilio, organización y administración de su vida doméstica, resulta coherente que puedan elegir el régimen patrimonial que regulará su matrimonio... 10: Se recomienda se establezcan como limitaciones a la autonomía de la voluntad en orden a la libertad de pactar el régimen patrimonial matrimonial las siguientes:

Deben ser considerados nulos aquellos pactos que vulneren los derechos y deberes que comprenden el régimen primario; esencialmente, los que atentan contra la igualdad de derechos entre marido y mujer.

Debe prohibirse pactar una participación desigual, ya sea en los regímenes comunitarios como en los de participación.

Deben quedar excluidas las cláusulas que priven a cualquiera de los cónyuges de la administración de sus bienes propios y aquellas que confieran a uno de ellos la administración exclusiva y sin limitaciones de los bienes gananciales».

En cuando a las parejas de hecho, el citado Congreso recomendaba: «en caso de ausencia de regulación, se recomienda el dictado de normas específicas que contemplen algunos aspectos patrimoniales emergentes de la unión de hecho, entre otros:

La protección de la vivienda común, cuando existan hijos menores o discapacitados.

La responsabilidad por el pago de deudas generadas por la convivencia.

La prueba de la existencia de los aportes realizados valorando el trabajo doméstico;d) La inclusión del conviviente en el elenco de legitimados activos para la reclamación del daño moral en el caso de muerte del otro».

las más problemáticas, implicaciones y efectos puramente patrimoniales con repercusión tanto en la esfera jurídica de la pareja sino también en la de terceros (p. eje: donaciones por razón de matrimonio) como tendremos ocasión de ver a lo largo de este trabajo.

Incidir que, desde el punto de vista práctico y potenciando la autonomía privada, la utilización del contrato, como posible *instrumento jurídico*, resultaría de gran utilidad a la hora, no sólo de la regulación *inter partes* de su futura convivencia (marital o de hecho) sino de preparar de una forma “educada y elegante” los efectos de una hipotética ruptura sentimental pactada en un momento (anterior a ella) donde las voluntades de los futuros consortes / convivientes están “bien avenidas”. Además, el tratar a “priori” estas cuestiones económicas evitaría en el futuro serios problemas a la convivencia, bien sea matrimonial o no, porque, siempre, la claridad y la transparencia actúan en beneficio personal y conjunto de las relaciones personales.

Finalmente, esta autonomía de la que venimos hablando se encuentra reflejada en otros documentos anejos que complementan al PF como son, además, el testamento de los miembros de la EF, los acuerdos prematrimoniales y preconviviales y tantos documentos estimemos necesarios para el cumplimiento de los objetivos fijados en el PF y que obedecen a asegurar la sucesión de la EF en concreto cuyas peculiaridades y especificaciones quedarán reflejadas en su PF, de los que trataremos brevemente por no alejarnos del tema central de esta tesis cuales son los documentos propios del Derecho e Familia, eso sí precisando y avanzando desde ahora que dada las peculiaridades propias de cada Familia y de cada EF requerirán un tratamiento *ad hoc* llegado el caso concreto a tratar.

Constatada la importancia que tiene en las economías de todos los países este tejido empresarial y la necesidad de su supervivencia asegurando su transmisión, es por lo que tanto los operadores jurídicos como los distintos estamentos: Institucionales, Gubernamentales, Asociaciones Profesionales Familiares, etc, buscan medios e instrumentos adecuados para la consecución de tal fin nada fácil debido a la

idiosincrasia propia de cada familia lo que hace, a su vez, única e individual a cada EF que la conforman.

Y es dentro de estos mecanismos instrumentales aludidos que nos hallamos frente al denominado PROTOCOLO FAMILIAR (PF) del que mucho se habla y del que aún hoy en día queda mucho por decir.

Según GIMENO, «los primeros protocolos empresariales de los que se tienen constancia datan de finales del siglo XIX y estuvieron realizados por las grandes familias empresariales japonesas (Sumitomo, Mitsui)». ⁴¹⁰ Según este autor el primero data de 1891 y el 2º de 1900. ⁴¹¹

Para FERNÁNDEZ GIMENO, el origen del PF lo encuentra en el derecho francés y «la doctrina del Protocolo Familiar es introducida en España desde una perspectiva jurídica por el Notario Víctor Garrido de Palma... para la solución de los problemas, al menos, de las empresas familiares individuales». ⁴¹²

Pero ¿qué es en realidad un Protocolo Familiar? ¿Qué fin tiene? ¿Formas? ¿cuáles son sus efectos legales?. Todos estos interrogantes pasamos a desvelarlos en este capítulo.

2. CONCEPTO DE PROTOCOLO FAMILIAR ⁴¹³

Un protocolo es el resultado de la combinación de muchos aspectos- psicológicos, económicos, jurídicos y sucesorios – que se viven y se plantean en cada caso de manera diferente. ⁴¹⁴

⁴¹⁰ GIMENO, A y otros. *Modelos de Empresa Familiar. Soluciones prácticas para la familia empresaria*. Obra colectiva. Ed. Deusto. 2009. P. 29 y nota 17.

⁴¹¹ Nota 17, GIMENO, ob., cit., nota 17, p. 29.

⁴¹² FERNÁNDEZ JIMÉNEZ, J.P. y otra. *La empresa familiar*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. P. 199 y 200.

⁴¹³ En terminología anglosajona se utiliza el término «family constitution». GIMENO, ob., cit., nota 16.

⁴¹⁴ CORONA, J y otros. *Manual de la Empresa Familiar*. Deusto. 2005. P. 467.

Muchas son las definiciones de PF que se dan en la actualidad habiendo originado con ello una abultada literatura jurídica. Veamos y analicemos algunos de dichos conceptos para ofrecer al final una definición propia.

Primeramente destacar que la expresión «Protocolo Familiar» fue ideada por GALLO y WARD en 1991 «identificando con ello un instrumento de planificación estratégica capaz de captar ñas especificidades de la empresa familiar y reforzar la unidad entre los miembros de la familia y su compromiso con la empresa»⁴¹⁵ y fue el propio GALLO quien en el año 2000 definió el PF como «un conjunto de objetivos de la familia y de la empresa, y de reglas que gobiernan la relación entre las personas que, de acuerdo con el conocido modelo de los tres círculos, se encuentran en los tres subsistemas que coexisten en una empresa familiar (los propietarios, los directivos y mandos y los miembros de la familia).⁴¹⁶

A continuación reflejamos los círculos a los que hace referencia el autor.⁴¹⁷



⁴¹⁵ GALLO, M.A. y TOMASELLI, S. *Protocolo Familiar: Sus resultados*. Ed: Fundación Rafael Escolá. 2006. P. 9.

⁴¹⁶ Gallo, ob., cit., p. 10.

⁴¹⁷ Imagen obtenida en Internet, cuya imagen de los tres círculos se les atribuye a R. Taguri y J.A. Davis, 182.

Para SÁNCHEZ-CRESPO, este patrón o modelo de los tres círculos «fue ideado hace años por autores norteamericanos, que se ha convertido en un clásico a la hora de estructurar la problemática específica de la empresa familiar».⁴¹⁸

A nuestro juicio este concepto queda incompleto por cuanto si bien es cierto que el PF suponen un conjunto de reglas y objetivos de los integrantes de la relación tripartita como indica el autor, nos parece que adolece de la ausencia o finalidad de la conjunción de todos los elementos e ingredientes que señala en su concepto.

Para otros es el «acuerdo documentado que define el marco de desarrollo y las reglas de actuación y comportamiento entre la empresa familiar y su propiedad».⁴¹⁹ Idéntica suerte que la anterior nos parece esta definición de los fines del mismo por carencia de definición de objetivos del mismo.

Dando un paso más y como consecuencia de las recomendaciones del Informe de la Ponencia del Senado de 2001, la Dirección General de Política de la PYME, Ministerio de Economía, confeccionó una Guía en la que definía el PF como «un acuerdo marco entre los miembros de la familia que regula: a) las relaciones económicas y profesionales entre los miembros de la familia que ostentan las condiciones de socios y la propia empresa; b) la gestión y organización de la empresa. Todo ello con el fin de asegurar la continuidad de la empresa de una manera eficaz».⁴²⁰

Y en la misma línea de concepto y comentario encontramos la recogida por una publicación en la que intervinieron distintos bufetes jurídicos y lo conceptuaron como «un acuerdo entre los miembros de la empresa familiar en virtud del cual se recogen los

⁴¹⁸ SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A y CALERO ARTERO, J.F. La empresa familiar: Guía práctica de organización y funcionamiento. Desde el punto de vista familiar, civil – matrimonial y sucesorio- societario y fiscal. Comares. Granada, 2001. P.8

⁴¹⁹ SENADO. *Informe de la ponencia de estudio para la problemática de la Empresa Familiar*. Secretaría General del Senado. Dirección de Estudios y Documentación. Departamento de Publicaciones. Madrid, 2002. P. 96.

⁴²⁰ MINISTERIO DE ECONOMÍA. *Guía para la Pequeña y Mediana Empresa Familiar*. Dirección General de la PYME. Madrid, 2003. P. 57.

principios y pautas que han de regir las relaciones entre familia, empresa y propiedad».⁴²¹

Más acertado nos parece el concepto ofrecido por SÁNCHEZ-CRESPO dado que recoge pluralidad de partes, factores y finalidad del mismo: «acuerdo marco, firmado entre familiares (actuales o previsiblemente futuros) de una misma empresa, que regula la organización y gestión de la misma, así como las relaciones económicas y profesionales entre la familia, al propiedad y la empresa, con la finalidad de darle continuidad de manera eficaz y con éxito a través de las siguientes generaciones familiares».⁴²² Criticable resulta el hecho de que deja fuera las relaciones personales afectivas desde el punto del derecho de familia y que puedan repercutir en el buen gobierno de las EFs.

Para CUESTA LÓPEZ, considera el PF como una medida para superar las debilidades de la EF y la conceptúa como una «norma escrita, lo más completa posible y detallada posible, que regule las relaciones entre la empresa y la familia».⁴²³ Ni que decir tiene que esta definición, si bien coincidimos en que el PF es un medio que ayuda a reforzar y superar las debilidades de la EF a la par que suele ser una norma o conjunto de normas generalmente escritas, nos parece insuficiente.

CORONA⁴²⁴ lo define como «documento-marco que delimita el conjunto de las relaciones empresa-familia, que comporta una determinada actuación; es una guía, una hoja de ruta, un compromiso de acciones de futuro, una forma de programar en tiempo la adopción de las decisiones que mejor se adaptan a la voluntad de hacer compatible la continuidad del binomio empresa-familia».⁴²⁵

⁴²¹ FUNDACIÓN DE ESTUDIOS BURSÁTILES. *Recomendaciones sobre el buen gobierno de las empresas familiares*. Biblioteca Civitas de Economía y Empresa. Navarra. 1ª Edic. 2006. P. 167.

⁴²² SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. y SÁNCHEZ y SÁNCHEZ, A.M. *La Empresa Familiar: Manual para empresarios. Claves legales para su correcta organización y continuidad*. DEUSTO. 2005. Págs. 26 y 27.

⁴²³ CUESTA LÓPEZ, J.V. *Mecanismos jurídicos para la defensa de la Empresa Familiar. Restricciones a la libre transmisibilidad de acciones en la Sociedad Anónima*. OPVI Organismo Público Valenciano de Investigación. 2001. Págs, 64 y 65.

⁴²⁴ Juan Corona, Presidente del Instituto de Empresa Familiar en España.

⁴²⁵ CORONA, J y otros. *Manual de la Empresa Familiar*. Deusto. 2005. P. 466.

Finalmente, recogemos la definición que brinda el RD 171/2007- sobre Publicidad del PF «... aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad».⁴²⁶

Como hemos podido observar, las definiciones del PF son múltiples, pero de lo que no hay ninguna duda y en la que estamos todos de acuerdo es que el PF constituye, en palabras de SÁNCHEZ-CRESPO, «un proceso de comunicación intrafamiliar».⁴²⁷

Según GIMENO, en nuestro país es donde más se ha popularizado la figura del PF, sin embargo nosotros añadimos dos aspectos que nos parecen muy importantes:

1º) Que su utilización a día de hoy resulta insuficiente, entendemos que mayoritariamente por el desconocimiento sobre su existencia y ventajas por parte de las EFs.

Para fundamentar esta afirmación, baste referirnos a los «RESULTADOS ENCUESTA SITUACIÓN PYME FAMILIAR VALENCIANA»⁴²⁸ realizada por IVEFA⁴²⁹ durante el año 2004 y principios del 2005,⁴³⁰ en el que a la pregunta de «¿Se dispone de un protocolo familiar?» el 22,7% respondió SI; el 22,2, en proceso; y el 55,1% respondió NO.

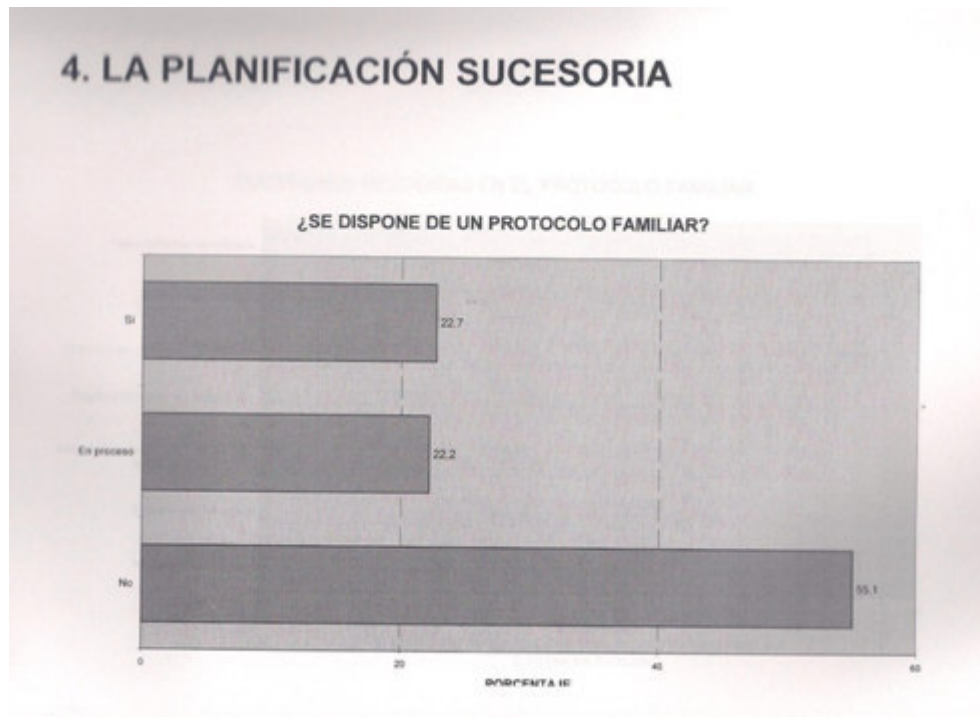
⁴²⁶ Ex art. 2.1, RD cit. «Definición de Protocolo familiar y su publicidad»

⁴²⁷ SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. *Empresa Familiar: Guía básica para empresarios y directivos*. Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid. Madrid, 2004. P. 43.

⁴²⁸ «Encuesta realizada en el marco del convenio suscrito, en su día, por IVEFA con la Consellería de Empresa, Universidad y Ciencia que ha subvencionado los costes de la misma y con el Consejo Regional de Cámaras de Comercio».

⁴²⁹ Instituto Valenciano de la Empresa Familiar con sede en Valencia.

⁴³⁰ Esta encuesta ha sido realizada enviando un cuestionario a 2.500 empresas valencianas asociadas a IVEFA habiendo tenido un nivel de respuesta del 10%.

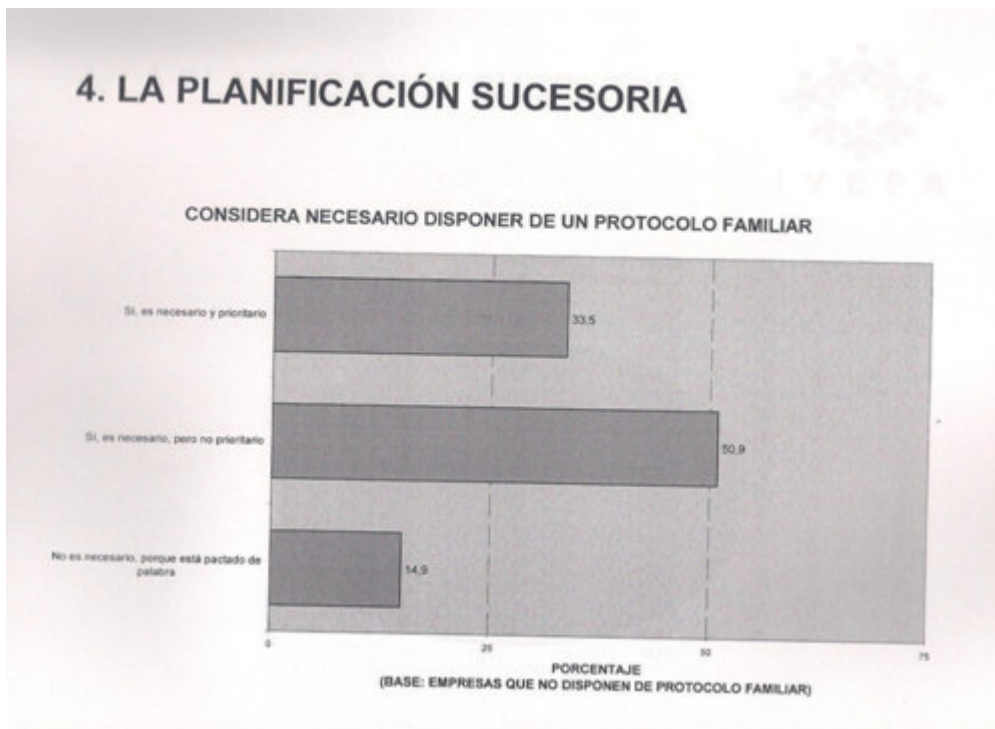


Por ello y tras analizar los datos de este gráfico, el autor de la encuesta concluye taxativamente «De los datos expuestos se deduce que entre las empresas familiares existe un considerable desconocimiento sobre la naturaleza, contenidos y finalidad del Protocolo Familiar».⁴³²

Asimismo, nos llama poderosamente la atención que en la misma encuesta y a la pregunta «¿considera necesario disponer de un protocolo familiar?» El 33,5% responde que «Sí, es necesario y prioritario», el 50,9% Sí, es necesario pero no prioritario, y el 14,9% responde «No es necesario porque está pactado de palabra».

⁴³¹ Cuadro extraído del estudio realizado por IVEFA, cit. p. 60.

⁴³² Resultados encuesta, cit., p. 60



Por su parte las Cámaras de Comercio desarrollaron, con la ayuda económica del Fondo Social Europeo, un estudio al respecto correspondiente al año 2007-2008, titulado PYME FAMILIAR.PUENTE AL FUTURO, cuyo objetivo era «apoyar y sensibilizar a esas empresas en su desarrollo generacional» siendo que «la información y experiencias facilitadas por los participantes en el proyecto se recopila y presenta en esta obra que sirve de referencia para la realidad actual de este tipo de empresas en España».⁴³⁴

Pues bien, entre los resultados obtenidos y por lo que a este punto nos interesa, el estudio afirma:

«Casi tres cuartas partes de los participantes, considera la redacción de un Protocolo Familiar como una herramienta importante para la continuidad de la Empresa Familiar. Nueve de cada diez está de

⁴³³ Resultado encuesta cit., p. 75.

⁴³⁴ FONDO SOCIAL EUROPEO. *Pyme Familiar. Puente al Futuro. Pyme Familiar en España 2007-2008*. Programa Pyme Familiar. Puente al Futuro apoyado por el Fondo Social Europeo y desarrollado por las Cámaras de Comercio. P. 5.

acuerdo con dicha afirmación en la Comunidad Autónoma de Baleares, mientras que en Galicia y la Comunidad Valenciana muestran porcentajes del 81,1% y el 78,6 %, respectivamente >>⁴³⁵.

Datos éstos que con respecto a la Comunidad Valenciana analizados por el IVEFA en el estudio anterior vienen a corroborarlos aún 3 años más tarde, lo que demuestra claramente la sensibilidad de las PYMES familiares valencianas frente a la necesidad del PF para la continuidad de sus mercantiles.

2º) Que los que se realizan afectan principalmente a aspectos patrimoniales (respecto a la regulación de los derechos patrimoniales en la EF), económicos (derechos a rentas, salarios, dividendos...), laborales (condiciones de trabajo, acceso y promoción dentro de la EF), sucesión (en la gestión y dirección de la EF) gestión(estableciendo los mecanismos de entrada y salida de la propiedad dentro de la mercantil familiar) y de valores (reflejando el código moral y de marca de la propia familia empresaria fundadora), dejando a un lado los efectos de las relaciones familiares afectivas dentro de las EFs.

Contenidos estos que se corroboran con el estudio del IVEFA cuyos resultados a la pregunta «*Cuestiones recogidas en el Protocolo Familiar*» son los siguientes⁴³⁶:

- El 55,4% se refieren al «Tipo y definición de Empresas»
- 47,5% al «Régimen de propiedad»
- 55,4% a la «Conformación de órganos de gobierno»
- 49,5% al «Régimen económico en relación a la familia»
- 51,5% a la «Incorporación de miembros de familia a empresa»
- 49,5% a la «Sucesión de la empresa»
- 29,7% «No determina su contenido».

Resumiendo, los PFs que se han venido realizando en España y según BAULENAS, «se pueden agrupar en tres grandes grupos: patrimoniales, de futuro y de gestión».⁴³⁷

⁴³⁵ FONDO SOCIAL..., ob., cit., p. 40.

⁴³⁶ IVEFA, resultados encuesta, cit. p. 60.

La carencia de estudiar y configurar los PFs desde el Derecho de Familia viene corroborar la realización de la presente tesis de investigación doctoral respecto a la necesidad de estudiar los pactos de familia en el PF y a través de documentos específicos de Derecho de Familia hasta ahora no estudiados por los prácticos de esta rama empresarial a fin de contribuir al desarrollo del PF marco de una forma eficiente y aportar herramientas complementarias y útiles para ayudar a la supervivencia de este tipo de mercantiles tan necesarias e importantes en nuestra realidad social comunitaria, nacional y transfronteriza. Ahondaremos en este tema más adelante.

Para concluir esta aportado conceptual y después de todo lo ampliamente analizado, nos encontramos en situación e aportar nuestra propia definición como resultado de este nuestro trabajo.

Así, entendemos por PROTOCOLO FAMILIAR como el *documento general marco, vivo y articulado desarrollado a través de subprotocolos específicos a las necesidades de la empresa familiar concreta, a fin de regular sus relaciones mercafamiliares⁴³⁸ en evitación y/o solución de conflictos y asegurar con ello la continuidad y sucesión de las Empresas Familiares.*

3. NATURALEZA JURÍDICA Y LA TRANSVERSALIDAD DEL PROTOVOLO FAMILIAR.

Hemos de señalar *prima facie* que las diferentes ramas del Derecho no son *strictu sensu* departamentos estancos, más bien hemos de coincidir que las instituciones que confirman nuestro Ordenamiento Jurídico (persona, familia, contratos, sucesiones, derechos reales...) inciden de alguna manera en sus distintas ramificaciones aunque se les atribuya una naturaleza jurídica determinada.

⁴³⁷ BAULENAS, y otros. Modelos de Empresa Familiar. Soluciones prácticas para la familia empresaria. Obra colectiva. Ed. Deusto. 2009. P. 29.

⁴³⁸ Término acuñado por la doctoranda que suscribe esta tesis y que viene referido al binomio de la empresa familiar.

Por ello, la naturaleza del PF es multidisciplinar dado que su problemática también lo es toda vez que se entremezclan problemas societarios (por ser la misma EF una mercantil), con cuestiones del derecho de familia (matrimonios/divorcios/ donaciones esponsalicias...), derecho laboral (contratación de agentes externos por la particularidad de la propia EF) sucesorios (testamentos miembros de la EF), derecho fiscal (por las exenciones y deducciones que conlleva las transmisiones *inter vivos* y *mortis causa* de la mercantil) etc. registrando con ello conflictos y temas que abarcan distintas ramas del Derecho.

Destacamos la incidencia en algunas de las ramas jurídicas indicadas:

3.1 Derecho Fiscal y Tributario.

La carga tributaria y fiscal que reciben estas empresas por ser mercantiles, pero, específicamente, también por las especiales subvenciones y exoneraciones de impuestos en aras a facilitar la transmisión de estas sociedades de tipo familiar, como en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones, hace que esta especialidad jurídica sea un componente esencial, preferencial y siempre presente en esta materia.

Señalamos la invitación realizada por la Recomendación de 7 de diciembre de 1994, de la Comisión Europea «Es conveniente garantizar la supervivencia de la empresa mediante un trato fiscal adecuado de la sucesión y la donación»,⁴³⁹ Ley 19/1991, de 6 de junio, Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, desarrollado reglamentariamente por Real Decreto 2481/1994, de 23 de diciembre, siendo el Real decreto ley 7/1996, de 7 de junio, cuando se adoptaron las medidas importantes para los supuestos de transmisiones «*mortis causa*» de estas particulares empresas en el correspondiente Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, donde en 1993⁴⁴⁰ incluía una bonificación del 95% de la cuota de transmisión hereditaria de las EF a cónyuges, descendientes y adoptados.

⁴³⁹ DO L 385 de 31.12.1994, p. 14/17.

⁴⁴⁰ Real Decreto ley 7/1993.

A ello se sumó la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que amplió estos beneficios fiscales al campo profesional.

Por su parte la Ley de Medidas del 1997 «introdujo un nuevo supuesto de modificación para el caso de transmisión de las empresas «inter vivos» a favor de cónyuges, descendientes o adoptados, con lo que se cubría la eventualidad de que, sin fallecimiento del empresario, se produjeran circunstancias que aconsejaran las transmisión de la empresa a uno o más miembros del grupo familiar»,⁴⁴¹ extendiéndose esas bonificaciones a negocios y profesionales extendiéndose la posibilidad de su disfrute, en caso de inexistencia de los anteriores, a colaterales hasta el tercer grado, deduciéndose en todo caso el cónyuge supérstite el 95% del impuesto de la transmisión.⁴⁴² Deducción aplicable aún en el Real Decreto ley 7/1996, de 7 de junio, de Medidas Urgentes de Carácter Fiscal y Fomento y Liberalización Económica.⁴⁴³

Exenciones que se amplían al Impuesto de Patrimonio y a las participaciones sociales cumplimiento los requisitos legales para ello.

3.2 Derecho Laboral.

Conciérne a esta rama jurídica, sin extendernos en demasía, por la contratación y despido de trabajadores, añadidos que muchos de ellos son familiares. Además de los agentes externos propiamente contratados por poseer la EF unas condiciones específicas (Por ejemplo, los consejeros externos y los *interim management*, entre otros).

⁴⁴¹ INFORME cit, p. 89.

⁴⁴² Ley de Medidas de 1998.

⁴⁴³ Que modificó el art. 20 de ña Ley del impuesto de Sucesiones y donaciones estableciendo «En los casos en que la base imponible de una adquisición «mortis causa» que corresponde a a los cónyuges, descendientes o adoptados de una persona fallecida, estuviese incluido el valor de una empresa individual, de un negocio profesional o participaciones en entidades a las que sea de aplicación la exención regulada en el apartado octavo del artículo cuarto de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del impuesto sobre el patrimonio, para obtener la base liquidable se aplicará en la imponible, con independencia de las reducciones que procedan con arreglo a lo0s apartados anteriores, otra del 9e por cien del mencionado valor, siempre que la adquisición se mantenga durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que falleciese el adquirente dentro de ese plazo».

Pero, sin duda es el derecho mercantil donde se ha hecho más fuerte el estudio del PF.

3.3 Derecho Mercantil.

En esta rama jurídica encuentra especial acogida el PF por cuanto rige todos los requisitos que exige la normativa mercantil y sus preceptivos registros mercantiles públicos. Así como las formas societarias tasadas, órganos, Administración, accionariado, régimen de participaciones, etc... Como resume el INFORME DE LA PONENCIA DEL SENADO 2001 «El hecho, ya señalado, de que la empresa familiar que revista forma societaria, ha atraído en mayor medida el interés de los especialistas y comparecientes, hace que sea precisamente en el campo del derecho mercantil donde se hayan planteado mayor número de sugerencias y observaciones por parte de los interesados en el tema».⁴⁴⁴

3.4 Derecho Contable.

Tampoco son ajenos a esta especialidad por la indiscutible tarea de balances, estudios, contabilidad general y libros contables obligatorios y necesarios que requiere el buen funcionamiento de las EFs. Materias donde lo jurídico se entremezcla y complementa, actualmente, con los económico-empresarial de estudio en las correspondientes facultades de Económicas, Empresariales y Administración y Dirección de Empresas.

No obstante, consideramos que es en el la rama más privatista del Derecho (Civil) donde, en aras a la validez de los pactos y en consonancia de la libertad contractual que venimos predicando *ab initio* donde encontramos un eco más extenso.

⁴⁴⁴ INFORME, cit. p. 79.

3.5 Derecho Civil.

El alcance contractual más significativo lo producen los pactos estatutarios con efecto *erga omnes* y frente a terceros una vez publicados en el Registro mercantil válida y legalmente documentados.

También afecta a esta rama en relación con el PF:

a) Los «problemas surgidos en el régimen de administración y disposición y por la relación que se tenga con los acreedores, por si la empresa ha generado deudas».⁴⁴⁵

b) La disolución que supone en un régimen de comunidad, la propia disolución de la EF, la responsabilidad por deudas contraídas por el cónyuge comerciante en juego de remisiones del CC al Código de comercio.

c) La posición de los terceros en este «juego empresarial-familiar».

d) La repercusión de las EFs en cuanto a la liquidación de los regímenes matrimoniales: gananciales, participación y sus repercusiones fiscales y frente a terceros.

En definitiva, los problemas del PF afectan a esta rama civilista «porque la aparición de la empresa familiar supone un campo de aplicación específica y prevista de las normas civiles».⁴⁴⁶

Otros pactos importantísimos y vitales en todo PF que se precie para asegurar su continuidad, abarca sin duda, esa parte íntegramente del derecho civil que estudiamos separadamente.

⁴⁴⁵ INFORME, cit., p. 76.

⁴⁴⁶ INFORME, cit., p. 77.

3.6 Derecho Sucesorio. El Reglamento UE N° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012.

En torno a las sucesiones de las EFs y los testamentos de todos los miembros así como las limitaciones a los pactos sucesorios en relación con las legislaciones autonómicas en esta materia que, algunas, constituyen verdaderos «testamentos».

A tal efecto, no podemos dejar aquí de mencionar la polémica existente entre los partidarios del sistema anglosajón de absoluta libertad de testar y los del sistema español configurado por legítimas. Tampoco obviar que la *Inheritance Act de 1975*, permite al juez atribuir al cónyuge o alimentista necesitado parte de los bienes del fallecido en el supuesto de no haber recibido herencia o ésta sea insuficiente.⁴⁴⁷

También se trató en Francia⁴⁴⁸ e Italia⁴⁴⁹ las previsiones de este tipo de sucesión «sin perjuicio de las medidas fiscales que todos estos países han adoptado, lo cierto es que si el empresario no ha preparado la sucesión, mantener la empresa unida va a ser difícil ante la necesidad de respetar las legítimas y el principio de igualdad de la partición».⁴⁵⁰

De vital importancia reviste el otorgamiento del testamento por todos los miembros de la EF y de los pactos en éste por la entrada en vigor del nuevo Reglamento UE N° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012⁴⁵¹ relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo, que entrará en vigor a partir del 17 de agosto de 2015 y que, no en vano, vendrá a modificar el criterio vigente

⁴⁴⁷ «En el derecho inglés, es sobradamente conocido que no existen legítimas, pero la «Inheritance Act» de 1975 estableció que ante el supuesto de que el cónyuge no hubiera recibido una parte adecuada o razonable, o bien otro familiar a quien el fallecido debiera alimentos y se encuentra en necesidad, el juez puede atribuirles una parte de los bienes». INFORME, cit. p. 78.

⁴⁴⁸ Coloquio en Deauville, en junio de 1988.

⁴⁴⁹ Lille 1990.

⁴⁵⁰ INFORME, cit. p. 78.

⁴⁵¹ Diario Oficial de la Unión Europea, L 201/107 de 27.7.2012.

actualmente en nuestra norma positiva para la resolución de los conflictos internacionales en materia sucesoria.

En efecto, en esta materia recobra especial trascendencia los pactos (en este caso del testador) a la hora de fijar la competencia de los Tribunales por la que se regirá la futura sucesión de la EF que, en defecto del mismo, y con carácter subsidiario general le corresponderá a los Tribunales del estado Miembro en el que el causante tuviera su residencia habitual.⁴⁵² Así el art. 5 de la citada norma recoge la posibilidad de la elección del fuero competencial por parte del causante, debiendo constar por escrito, fechado y firmado por las partes interesadas considerando válida la comunicación efectuada por «medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo».⁴⁵³

De la trascendencia de este pacto se hace eco MUÑOZ SÁNCHEZ-MOLINÍ cuando afirma que «la regulación que el Reglamento hace respecto de la ley aplicable puede llevar a que, por ejemplo, la sucesión de un español que no haya designado la ley española, y que en el momento de su fallecimiento tenía establecida su residencia en otro estado Miembro, se rija por la ley de ese otro Estado, con todo lo que ello puede llegar a implicar en según qué aspectos de su sucesión, como podría ser la inexistencia de legítimas de obligado cumplimiento».⁴⁵⁴ Imaginemos este supuesto referido a la EF y los perjuicios que dicha falta de pacto supondría al respecto.

Pero, sin duda, y puesto que el tema central de esta tesis, vamos a dedicarle un especial hincapié en los pactos relativos al Derecho de Familia en relación al PFG y que articulamos en este trabajo, por su importancia instrumentalizadora, como documentos específicos y que analizaremos profundamente en los siguientes capítulos.

⁴⁵² Ex. Art. 4 reglamento cit.

⁴⁵³ Ex. Art. 5,2 rgto. UE., cit.

⁴⁵⁴ MUÑOZ SÁNCHEZ-MOLINÍ, E. *Cambios en la sucesión mortis causa a partir del próximo 17 de agosto*. LA RAZÓN, Martes 9 de junio de 2015., p. 2.

4. FINALIDAD, EFICACIA LEGAL Y CONTENIDO DEL PEF.

4.1 Finalidad

El fin primordial de todo PF, podríamos decir que no es otro que la *evitación y resolución de conflictos en el seno de la EF así como asegurar la continuidad de la misma a lo largo de sucesivas generaciones en un clima de cordialidad mercafamiliar.*

Pero si este es el objetivo en el que estamos todos conformes, no es menos cierto que algunos autores consideran que para llegar a culminar con éxito dicho fin, dicho PF debe ir acompañado de una serie de factores para llegar a conseguir dichos objetivos. Analicemos pues, brevemente, algunos de estos factores.

Así para GALLO el fin es «conseguir que una familia permanezca unida en la realización de un proyecto empresarial común a lo largo de varias generaciones»⁴⁵⁵ y para ello considera que, además de las normas, es preciso la convivencia durante lago tiempo de muchas personas en un «conjunto exigente de convicciones y principios».⁴⁵⁶

CORONA/MARTÍ/ROCA, además de ello, estiman que se requiere de la capacidad de los miembros de la EF para «encajar las relaciones familiares en un contexto empresarial».⁴⁵⁷

Para SÁNCHEZ-CRESPO, la finalidad reiterada⁴⁵⁸ del PF es «darle continuidad de manera eficaz y con éxito a través de las siguientes generaciones familiares».⁴⁵⁹ Asimismo, este autor añade unos detalles con los que estamos conformes y nos parecen

⁴⁵⁵ GALLO, ob., cit., p. 17

⁴⁵⁶ GALLO, ob., cit., p. 17.

⁴⁵⁷ CORONA y otros, ob., cit., p. 466.

⁴⁵⁸ SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A y CALERO ARTERO, J.F. *La empresa familiar: Guía práctica de organización y funcionamiento. Desde el punto de vista familiar, civil – matrimonial y sucesorio- societario y fiscal.* Comares. Granada, 2001. P.30.

⁴⁵⁹ SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. y SÁNCHEZ y SÁNCHEZ, A.M. *LA Empresa Familiar: Manual para empresarios. Claves legales para su correcta organización y continuidad.* DEUSTO. 2001. P. 27.

importantes «con el menor coste personal y fiscal posibles».⁴⁶⁰ Y decimos esto porque somos conscientes que en materia familiar, donde las sensibilidades afloran en este tipo de EFs a diferencia de las mercantiles no familiares, el evitar en lo posible los costes personales redundará en un mejor clima a la hora de cumplir los pactos acordados para seguir la continuación *mercafamiliar*.

4.2 Contenido

*Cada grupo familiar y empresarial tiene características únicas y se desenvuelve en un momento histórico y en situaciones muy particulares. Por ello no puede hablarse en ningún caso de un protocolo familiar más o menos estándar.*⁴⁶¹

Ya venimos diciendo a lo largo de este trabajo que el PF no puede ser un documento estándar sino uno *ad hoc* que recoja y contemple las especificidades y particularidades de la EF en cuestión. A ello hay que añadir, coincidiendo con GARRIDO DE PALMA, que «no existen dos familias empresarias idénticas; de ahí que los Protocolos «de encargo» no son fiables; requieren estudio, repasos y reposo».⁴⁶²

En esta línea apunta GALLO «que los diferentes autores coinciden en que el contenido del documento depende en gran medida de cada empresa familiar y de las características de la familia propietaria (Wars, 1987; Gallo, 1994; Tomaselli, 1996; Lank y Neubauer, 1998; Landsberg, 1999; Gallo, 2000; Corbetta y Mintemerlo, 2000; Carlock y Ward, 2001)»⁴⁶³

En cuanto al contenido del PF, BULCHHOLZ señala que debe incluir mínimamente: «los principios básicos o rectores del grupo, la familia y la empresa»,⁴⁶⁴ CORONA divide este contenido en cuatro grandes apartados que engloba: Políticas de gobierno, de

⁴⁶⁰ SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. y SÁNCHEZ y SÁNCHEZ, A.M. *La Empresa Familiar: Manual para empresarios. Claves legales para su correcta organización y continuidad*. DEUSTO. 2001. P. 30.

⁴⁶¹ BULCHHOLZ... Ob., cit., p. 437

⁴⁶² GARRIDO PALMA, V.M. *La Familia y su Empresa ante el Derecho*. Homenaje a Don Juan Francisco Delgado de Miguel. CIVITAS. 2007. P. 374.

⁴⁶³ GALLO y otr0., ob., cit., p. 10.

⁴⁶⁴ BULCHHOLZ... Ob., cit., p. 437.

rentas, de empresa, sociales y familiares,⁴⁶⁵ GALLO apunta a la inclusión de la estructuración y los valores de la EF, el trabajo, la propiedad y los órganos de gobierno,⁴⁶⁶ CARLOCK y WARD apuestan por incluir la «Visión de futuro, participación en la vida de la EF, desarrollo de la gerencia y liderazgo empresarial, propiedad».⁴⁶⁷

Por su parte, MONTEMERLO y CORBETTA, además de la propiedad, objetivos y objeto del PF, órganos de gobierno y organización, apunta a recoger temas clave como «retribución de los miembros de la familia, uso de los recursos empresariales por parte de los miembros de la familia, comunicación entre la empresa y la familia, pacto de no competencia, sanciones, solución de conflictos, período de validez y reglas de revisión, algunas cláusulas generales»,⁴⁶⁸ LANDSBERG apuesta por reforzar el «sentido de la propiedad».

MORENO UTRILLA señala que si bien cada PF será distinto en función de las particularidades y circunstancias de cada EF, si estima que deberían figurar unas materias comunes como los «aspectos institucionales; los relativos al gobierno y gestión de la empresa; los relacionados con la familia; y los instrumentales».⁴⁶⁹

Para los legisladores de la Comunidad Valenciana:

<<se contempla el Protocolo familiar como un documento de reflexión, análisis, y diseño de compromisos que regulen el entramado, en ocasiones muy complejo, entre la empresa, la propiedad y la familia que detenta una parte importante del capital social de la misma, y que por tanto, pueda incluir entre otros aspectos, el régimen económico, la estructura de los órganos de gobierno, el empleo de familiares y el fundamental de la sucesión⁴⁷⁰>>

⁴⁶⁵ CORONA Y OTROS, ob., cit., p.473-4

⁴⁶⁶ «1. Razones para continuar siendo una empresa familiar.2. Tipo de empresa familiar que se quiere formar.3. Lo que se puede esperar de una empresa familiar.4. Cuándo dejar de ser una empresa familiar.5. Trabajo. 6. Propiedad. 7. Órganos de Gobierno» Vid. GALLO. Ob., cit., p. 10.

⁴⁶⁷ GALLO, ob., cit., p. 11.

⁴⁶⁸ GALLO, ob., cit., p. 11.

⁴⁶⁹ MORENO UTRILLA, D. *El Protocolo Familiar y II. Economía & Empleo* 25 de enero de 2004. P. 1.

⁴⁷⁰ Preámbulo ORDEN de 27 de diciembre de 2006, de la Conselleria de Economía, Hacienda y Empleo, por la que se establecen las bases reguladoras y el procedimiento general para la concesión de ayudas a empresas familiares para la realización de protocolos familiares, y se convocan para el ejercicio 2007. DOCV Núm. 5.434 / 23.01.2007.

Por su parte, la mayoría de la doctrina apunta a que junto con el PF deben acompañar otros documentos de vital importancia para asegurar el cumplimiento y eficacia de éste como son: LOS ESTATUTOS SOCIALES, EL TESTAMENTO y LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES, sin perjuicio de otros pactos de índole privado plasmados fuera de los estatutos que si bien no serán oponibles frente a terceros sí serán vinculantes para las partes.⁴⁷¹

No obstante, la mayoría de la doctrina considera que ha de contemplar unos mínimos que no máximos en orden a asegurar los fines del mismo. En este sentido, ROCA y otros el PF, opinan que «debe regular todo aquello que siendo de vital trascendencia para la empresa familiar queda al margen de la regulación estatutaria por no contemplarse en la normativa societaria mercantil de aplicación».⁴⁷²

Esta investigación aboga por concebir un PEF ARTICULADO, es decir, que junto a los ESTATUTOS SOCIALES de la EF, se acompañen una serie de DOCUMENTOS COMPLEMENTARIOS que aseguren el cumplimiento y eficacia del PFG en orden a una mayor agilidad y comodidad a fin de conseguir tener un PF actual, vivo y acorde con las circunstancias reales y vigentes en cada momento de la realidad mercafamiliar de la EF en cuestión y generación.

Habida cuenta que sostenemos en este trabajo los instrumentos complementarios como necesarios para la eficacia del PGF, y en concretos nos centramos en los subprotocolos dentro del Derecho de Familia, es por lo que consideramos las capitulaciones matrimoniales como un subprotocolo específico a las que, por su importancia, le dedicamos un capítulo.

Por ello, en este apartado nos vamos a dedicar al contenido y eficacia de los otros documentos básicos: LOS ESTATUTOS SOCIALES, LOS PACTOS PARASOCIALES y EL TESTAMENTO.

http://www.cograsova.es/images/disposiciones/290_d2272.pdf.

⁴⁷¹ Entre ellos SÁNCHEZ-CRESPO, *La empresa Familiar...Manual...ob.*, cit, p. 31.

⁴⁷² ROCA y otros., *ob.*, cit., p. 477.

4.2.1 Los Estatutos sociales de la EF.

Definidos como «conjunto de normas que regulan los aspectos esenciales de su organización y funcionamiento»,⁴⁷³ su principal característica reside en la fuerza obligatoria que produce su inscripción en el Registro Mercantil y posterior publicación en el Boletín Oficial del mismo que posibilita su exigibilidad frente a la propia EF y a terceros ajenos a la propia mercantil otorgándole con ello un plus de eficacia en comparación con el resto de los actos que no gozan de la publicidad registral.

La gran parte de los autores en esta materia abogan por incluir en éstos, además del contenido mínimo legal exigido como son: los datos de la mercantil, capital social, objeto social, fecha cierre del ejercicio, órganos de administración, etc., otros pactos a fin de personalizar la EF al amparo de la cobertura legal que ofrece la publicidad registral, eso sí, siempre que no sean contrarios a las leyes o principios societarios.

De esta manera y sin que sirva de catálogo, sino con meros efectos enunciativos, señalamos algunas de las cláusulas estatutarias que suelen incorporar algunos pactos recogidos en el PF:

A) Trasmisión de acciones/participaciones sociales.

Asegurando mediante el acuerdo de “derecho de suscripción preferente” lo pactado en el PF familiar con el régimen estatutario social ganando con ello este pacto eficacia *erga omnes* y consiguiendo conservación de parte del accionariado en manos de los miembros familiares de la EF evitando con ello una importante cuota de poder en el control efectivo de la mercantil.

Proponemos para ello, bien sea en el propio PF o mediante la creación de un *documento complementario*, la fijación de las medidas necesarias tendentes a asegurar el cumplimiento de lo pactado estatutariamente fijando, entre otros: «la División

⁴⁷³ SÁNCHEZ-CRESPO. *La empresa familiar...Manual...* ob., cit., p. 51.

acciones/participaciones por ramas familiares, mecanismos de quórum (mayorías, requisitos) para acuerdos societarios, fijación del valor de las acciones/participaciones, condiciones de adquisición, venta y transmisión. También lo relativo a la marca, propiedad intelectual e industrial del EF». ⁴⁷⁴ Y, cómo no, coincidimos con PÉREZ-FADÓN en que deben recogerse en él «todo lo referente a las limitaciones a la transmisión de acciones y las condiciones de acceso a los diversos órganos de la sociedad», ⁴⁷⁵ así como el régimen de mayorías exigible para las adopciones de acuerdos.

B) Aspectos corporativos de la empresa.

Para SÁNCHEZ- CRESPO es importante incorporar en ellos, además, el «régimen de usufructo y prenda de acciones o participaciones sociales; establecimiento de prestaciones accesorias que condicionen el acceso al capital de la empresa al cumplimiento de los pactos del protocolo familiar; el régimen de mayorías para adopción de acuerdos de la junta general y del consejo de administración». ⁴⁷⁶

C) Cláusulas de control:

Referente tanto a las que regulan el acceso al órgano de administración de la EF para evitar la entrada al mismo de personas *non gratas* y conflictivas, señalando para ello el perfil diseñado para las personas que la EF desee que estén en dicho órgano.

Asimismo las referidas al acceso a los puestos del consejo de administración para evitar que los cargos de Presidente, vicepresidente, consejero delegado o miembros de

⁴⁷⁴ MARTÍ PICÓ y otros., ob., cit., p. 478.

⁴⁷⁵ PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J.J. La empresa familiar. Fiscalidad, organización y protocolo familiar. CISS. Bilbao, 2005. P.219.

⁴⁷⁶ SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. y SÁNCHEZ y SÁNCHEZ, A.M. *LA Empresa Familiar: Manual para empresarios. Claves legales para su correcta organización y continuidad*. DEUSTO. 2001. P. 28.

la/s comisión/nes ejecutiva/s sean ocupados por personas que la EF entienda no reúna los requisitos o cualidades personales o de formación que requiera para ellos.⁴⁷⁷

D) Cláusulas de reforzamiento de *quórum*s.

Vienen a utilizarse para las votaciones que requieran de más sensibilidad, como por ejemplo: ampliación de socios y/o acciones; ampliación/reducción de capital, disolución de la mercantil, etc...

SÁNCHEZ-CRESPO, apunta, además que esta cláusula ofrece una «protección complementaria al socio minoritario»⁴⁷⁸ por cuanto que su voto a veces puede actuar de *bisagra*.

E) Cláusulas limitativas de la transmisión de acciones y participaciones de la EF.

Su cometido es evitar que terceras personas ajenas a la mercantil las adquieran sin contar con la aquiescencia del resto de los socios «autorización o consentimiento de la sociedad, limitativas del adquirente,⁴⁷⁹ preferencia de adquisición,⁴⁸⁰ prohibición de transmisión voluntaria *inter vivos* de acciones/participaciones sociales,⁴⁸¹ cláusulas de modulación del régimen de derechos de usufructo y prestatas sobre acciones y participaciones sociales,⁴⁸² creación de acciones y participaciones sin derecho a voto».⁴⁸³

⁴⁷⁷ En esta línea SÁNCHEZ-CRESPO. *La empresa familiar... Manual...* ob., cit., p. 52.

⁴⁷⁸ SÁNCHEZ-CRESPO. *La empresa familiar...* ob., cit., p. 52.

⁴⁷⁹ Estas cláusulas son verdaderamente importantes por cuanto por medio de las mismas se pueden reflejar las condiciones que debe o no reunir los miembros que accedan a la familia por parentesco de consanguinidad. Es el supuesto de que no pertenezca a empresas de la competencia, etc...

⁴⁸⁰ Importante para no perder el control de la EF y que obliga a los socios que desean vender sus acciones, el deber de comunicarlo a la Ef para que ésta lo transmite al resto de los socios a fin de que éstos puedan ejercer su derecho de adquisición preferente o la misma mercantil en los casos en que sea posible legalmente.

⁴⁸¹ Vid, condiciones expresas en SÁNCHEZ-CRESPO. *La empresa familiar...* ob., cit., p. 53.

⁴⁸² Estas cláusulas sirve para regular, además del derecho del usufructuario al dividendo, su derecho de asistencia y voto a las juntas generales.

⁴⁸³ «cuyo valor nominal no podrá exceder de la mitad del capital social desembolsado, y que se suscribirán por miembros de la familia» Vid. SÁNCHEZ- CRESPO, *La empresa familiar...* ob., cit., p. 52-54.

F) CLÁUSULAS DE LIQUIDEZ PARA EL SOCIO.

En muchas ocasiones algunos de los socios, bien sean familiares o no, pasa por circunstancias vitales y económicas difíciles (como puede ser las consecuencias de una ruptura emocional inesperada o bien la estancia de estudios de alguno/s de sus hijos en el extranjero...) que desequilibre su presupuesto personal y necesite de un adelanto de sus beneficios por su membresía a la EF.

Por ello, sería de todo punto aconsejable establecer estatutariamente para un mayor rigor y transparencia la fijación de este tipo de circunstancias, en sus distintas modalidades que mejor pudiera acoplarse a la mercafamiliar como pudiera ser, a modo ilustrativo, el adelanto de dividendo en forma de préstamo con indicación de las condiciones y plazos de devolución así como el régimen de intereses de demora si procediera, o bien, en consideración de *adelanto* a cuenta y descuento de beneficios a percibir en su momento o cualquier otra fórmula acordada y que fuera legalmente procedente y viable.

Evidentemente son muchos más los que podríamos fijar en este documento pero, como venimos indicando, excedería y con mucho el tema de este trabajo. No obstante, tampoco podría ser abordable siquiera en un trabajo *ad hoc* por cuanto, por la propia esencia de la EF, desde su complejidad multifactorial, circunstancial y personal-familiar, además de societaria que acompaña a las *EFs* sus pactos podrían llegar *ad infinitum* con las únicas limitaciones legales a la naturaleza y contenido de los mismos.

Pasamos ahora, y por las mismas razones y prevenciones, a enumerar, siquiera algunos, de los acuerdos posibles, convenientes y aconsejables que debe contener el PEF GENERAL⁴⁸⁴ desarrollado con sus correspondientes documentos anejos en orden a su ejecutividad y eficacia.

⁴⁸⁴ Recordar que nos estamos refiriendo al nuevo concepto acuñado por la doctoranda que suscribe referido al PROTOCOLO DE LA EMPRESA FAMILIAR (PEF) por entender que hasta la fecha la acepción «Protocolo Familiar» acuñada popularmente se queda escasa por cuanto que entendemos que la Empresa Familiar la componen miembros familiares y no familiares siendo que el Protocolo lo suscriben

Por último, señalar los pactos que permite su inclusión en los estatutos para su posterior publicidad registral el RD 171/2007, de 9 de febrero, sobre publicidad de los Protocolos familiares en su Disposición Final segunda Modificación del Reglamento del Registro Mercantil aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de Julio y que, básicamente resumimos⁴⁸⁵:

todos, entendemos por ello que la definición más adecuada y completa a dicha realidad es la de «PROTOCOLO DE LA EMPRESA FAMILIAR (PEF) en lugar del actual PF.

⁴⁸⁵ Uno. El apartado 2 del artículo 114 queda redactado del siguiente modo:

«2. Además, se harán constar en la inscripción los pactos y condiciones inscribibles que los socios juzguen convenientes establecer en la escritura o en los estatutos, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de la sociedad anónima. En particular, podrán constar en las inscripciones:

a) Las cláusulas penales en garantía de obligaciones pactadas e inscritas, especialmente si están contenidas en protocolo familiar publicado en la forma establecida en los artículos 6 y 7 del Real Decreto por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares.

b) El establecimiento por pacto unánime entre los socios de los criterios y sistemas para la determinación previa del valor razonable de las acciones previstos para el caso de transmisiones inter vivos o mortis causa.

c) El pacto por el que los socios se comprometen a someter a arbitraje las controversias de naturaleza societaria de los socios entre sí y de éstos con la sociedad o sus órganos.

d) El pacto que establezca la obligación de venta conjunta por los socios de las partes sociales de las sociedades que se encuentren vinculadas entre sí por poseer unidad de decisión y estar obligadas a consolidación contable.

e) La existencia de comités consultivos en los términos establecidos en el artículo 124 de este Reglamento.»

Dos. El párrafo d) del artículo 124.2 queda redactado del siguiente modo:

«d) En el caso de consejo de administración, el poder de representación corresponde al propio consejo, que actuará colegiadamente. No obstante los estatutos podrán atribuir, además, el poder de representación a uno o varios miembros del consejo a título individual o conjunto.

Cuando el consejo, mediante acuerdo de delegación, nombre uno o varios consejeros delegados, se indicará el régimen de actuación.

Además, los estatutos podrán crear un comité consultivo.

Deberá determinarse en los estatutos sociales si la competencia para el nombramiento y revocación del comité consultivo es del consejo de administración o de la junta general; su composición y requisitos para ser titular; su funcionamiento, retribución y número de miembros; la forma de adoptar acuerdos; las concretas competencias consultivas o informativas del mismo así como su específica denominación en la que se podrá añadir, entre otros adjetivos, el término "familiar".

También podrá hacerse constar en los estatutos sociales cualquier otro órgano cuya función sea meramente honorífica e incluir en ellos el correspondiente sistema de retribución de los titulares de dicho cargo.»

Tres. El apartado 2 del artículo 175 queda redactado como sigue:

«2. Además, se harán constar en la inscripción los pactos y condiciones inscribibles que los socios hayan juzgado conveniente establecer en la escritura o en los estatutos, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de la sociedad de responsabilidad limitada.

En particular, podrán constar en las inscripciones las siguientes cláusulas estatutarias:

a) Las cláusulas penales en garantía de obligaciones pactadas e inscritas, especialmente si están contenidas en protocolo familiar publicado en la forma establecida en los artículos 6 y 7 del Real Decreto por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares.

1. El establecimiento de cláusulas penales en garantías de obligaciones pactadas en los PFs, en las vías de publicidad previstas en el RD para el depósito (art. 6) e inscripción (art. 7).

b) El establecimiento por pacto unánime de los socios de los criterios y sistemas para la determinación del valor razonable de las participaciones sociales previstas para el caso de transmisiones inter vivos o mortis causa o bien para la concurrencia de obligación de transmitir de conformidad con el artículo 188.3 de este Reglamento.

c) El pacto por el que los socios se comprometen a someter a arbitraje las controversias de naturaleza societaria de los socios entre sí y de éstos con la sociedad o sus órganos.

d) El pacto que establezca la obligación de venta conjunta por los socios de las partes sociales de las sociedades que se encuentren vinculadas entre sí por poseer unidad de decisión y estar obligadas a consolidación contable.

e) La existencia de comités consultivos en los términos establecidos en el artículo 185.3 de este Reglamento.»

Cuatro. El párrafo d) del artículo 185.3 queda redactado del siguiente modo:

«En el caso de consejo de administración, el poder de representación corresponderá al propio consejo que actuará colegiadamente.

Además, los estatutos podrán crear un comité consultivo.

Deberá determinarse en los estatutos sociales si la competencia para el nombramiento y revocación del comité consultivo es del consejo de administración o de la junta general; su composición y requisitos para ser titular; su funcionamiento, retribución y número de miembros; la forma de adoptar acuerdos; las concretas competencias consultivas o informativas del mismo, así como su específica denominación en la que se podrá añadir, entre otros adjetivos, el término "familiar".

También podrá hacerse constar en los estatutos sociales cualquier otro órgano cuya función sea meramente honorífica e incluir en ellos el correspondiente sistema de retribución de los titulares de dicho cargo.

Además, los estatutos sociales podrán atribuir el poder de representación a uno o varios miembros del consejo a título individual o conjunto.

Cuando el consejo, mediante el acuerdo de delegación, nombra una comisión ejecutiva o uno o varios consejeros delegados, se indicará el régimen de la actuación.»

Cinco. El apartado 5 del artículo 186 queda redactado como sigue:

«5. La representación es siempre revocable. Salvo que otra cosa se establezca en los estatutos, de conformidad con el artículo 49 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, la asistencia personal a la Junta del representado tendrá valor de revocación de la total representación conferida.»

Seis. El apartado 1 del artículo 187 queda redactado como sigue:

«1. En el caso de que se establezcan prestaciones accesorias, los estatutos detallarán su régimen, con expresión de su contenido concreto y determinado, que podrá ser económico o en general cualquier obligación de dar, hacer y no hacer, así como el carácter gratuito o retribuido de las mismas o, en su caso, las garantías previstas en su cumplimiento. En el supuesto de que sean retribuidas, los estatutos habrán de determinar la compensación a recibir por los socios que las realicen, sin que pueda exceder en ningún caso del valor que corresponda a la prestación.»

Siete. Se añade un nuevo apartado 5 al artículo 188, con la siguiente redacción:

«5. Cuando así se establezca en los estatutos sociales, de acuerdo con la legislación civil aplicable, corresponderá al socio titular o, en su caso, a sus causahabientes, el ejercicio de los derechos sociales.

De la misma forma, los estatutos podrán establecer, de conformidad con la legislación civil aplicable, la designación de un representante para el ejercicio de los derechos sociales constante la comunidad hereditaria si así fue establecido en el título sucesorio.»

2. Establecimiento por pacto unánime de los criterios y sistemas para la determinación del valor razonable de las acciones previstas para los supuestos de transmisiones *inter vivos* y *mortis causa*.

3. Pacto de sometimiento a arbitraje de las controversias de naturaleza societaria de los socios entre sí, contra la sociedad o sociedades o sus órganos.

4. Obligación de venta conjunta⁴⁸⁶ de las acciones o participaciones de sociedades vinculadas entre sí por tener unidad de decisión y estar obligadas a consolidación contable.

4.2.2 Los Pactos parasociales de la Empresa Familiar.

E) Cláusulas de sindicación⁴⁸⁷ de votos (mando⁴⁸⁸ y defensa)⁴⁸⁹ y de bloqueo⁴⁹⁰ estableciendo al efecto, la adquisición preferente en la venta de acciones y/o participaciones sociales a favor de los miembros del sindicato constituido o bien a favor

de éste propiamente dicho. También cabría establecer la condición de que sea el propio sindicato quien autorice la venta proyectada,⁴⁹¹ a fin de conseguir que determinados acuerdos entre algunos de los socios de la mercantil en las votaciones de las Juntas Generales de la EF (para defender los intereses propios o de la EF en el debate de determinadas cuestiones) se diriman asegurando con ello la continuación y

⁴⁸⁶ A estos efectos indicamos que la venta conjunta se corresponde con las cláusulas “drag along” (“derecho de arrastre”) y/o el “tag along” (“derecho de acompañamiento”), como mecanismos utilizados en las sociedades para brindar protección a los socios y/o accionistas de dichas sociedades en el momento en que surja la opción de adquisición y/o enajenación de su participación accionaria. (DELOITTE. Los derechos de drag y tag along. Boletín Gobierno Corporativo. Primavera-2012. <http://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/mx/Documents/risk/Gobierno-Corporativo/derechos-drag-tag-along.pdf>)

⁴⁸⁷ «Acuerdo extraestatutario, firmado por algunos socios de una sociedad, para defender sus intereses políticos y económicos como tales socios frente a la propia sociedad, frente a los demás socios y frente a terceros que aspiren a ingresar en la misma» SÁNCHEZ-CRESPO. *La empresa familiar*. Ob., cit., p. 56.

⁴⁸⁸ Están destinados a conseguir el control de la mercantil.

⁴⁸⁹ Utilizados para defender los intereses de los socios minoritarios frente a los mayoritarios en las Juntas Generales de las EFs.

⁴⁹⁰ A fin de imponer limitaciones a los firmantes del PF a la transmisión de sus acciones de la EF

⁴⁹¹ En este sentido SÁNCHEZ-CRESPO., ob., cit., p. 56.

evolución de la EF. Al efecto, resulta necesario desarrollar en el PEFG las condiciones y sanciones en caso de incumplimiento de esta cláusula por los perjuicios que ocasione.

Asimismo conviene incluir cláusulas de interpretación de las normas para la resolución de conflictos que pudieran surgir de la aplicación del PEFG o de algunos de sus subprotocolos o bien de las normas estatutarias.

Ni que decir tiene que resultaría necesario incluir con detalle el procedimiento a seguir para la modificación, duración, revisión y condiciones de las prórrogas tanto del PEFG como de alguno de los documentos instrumentales o subprotocolos que lo desarrollen y/o complementen.

Obviamente y en aras a conseguir el cumplimiento del PEF, resulta aconsejables, por no decir imprescindible, incluir un régimen pactado sancionador para caso de incumplimiento por alguno de los firmantes del PEF como medida, asimismo, resarcitoria por los daños y perjuicios que pudiera ocasionar al resto dicho incumplimiento así como medida disuasoria para evitar el contagio a los demás.

Conveniente resultaría incluir en los estatutos algunos acuerdos del PEF para reforzarlos, otorgarles mayor difusión y transparencia y conseguir con la publicidad registral que le acompaña una mayor confianza frente a terceros.

Resulta de gran utilidad contemplar en el PEF el oportuno organigrama directivo a fin de reflejar detalladamente no sólo la estructura directiva con sus respectivos cargos y responsabilidades, sino también, regular el modo de acceso a dichos cargos, las condiciones de formación, la promoción a los mismos, al remuneración, etc...

Ni qué decir tiene que uno de los pactos más habituales debiera ser el incluir las condiciones de entrada y salida de los socios tanto si son familiares como si no.

Asimismo cuestión interesante resultaría incluir el pacto y condiciones en materia de asesoramiento, interpretación permanente y actualización del PEF a las vicisitudes que vaya sufriendo al EF a fin de tenerlo siempre actualizado y operativo.

Como no podía ser de otro modo, también el incluir la posibilidad y procedimiento de transformación o desaparición de la EF así como las condiciones y procedimientos en ambos supuestos.

Del mismo modo, cabría pactar las condiciones para la realización de prácticas, becas, convenios y otros sistemas de promoción de la propia EF.

Finalmente y además de convenir la condiciones de emolumentos, salarios, gratificaciones, objetivos y demás, se debe incluir cláusulas de no competencia y de confidencialidad de todos los miembros de la EF, además de los firmantes del PEF y penalizaciones en caso de incumplimiento de las mismas.

Para concluir este apartado, indicar que existen literatura y guías prácticas al respecto donde señalan el contenido que estiman conveniente incluir y al que nos remitimos en aras a no hacer excesivamente extenso este capítulo.⁴⁹²

4.2.3 El testamento⁴⁹³

*Si el hombre es él y su circunstancia: personal, familiar, patrimonial, el testamento es su expresión más decantada.*⁴⁹⁴

Coincidimos con LLOPIS GINER al afirmar que «la sucesión testamentaria es el medio más adecuado y legalmente admitido por el que el causante puede disponer de sus bienes y adjudicárselos a quien pueda interesarle».⁴⁹⁵

⁴⁹² GASCO, C y otros. *Buen gobierno en la Empresa Familiar*. Fundación de Estudios Financieros. Madrid, 2005. Págs. 55 a 57.

⁴⁹³ Según el art. 667 de nuestro CC «El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, se llama testamento».

⁴⁹⁴ DE AGUIAR, Ernest. *Beneficios fiscales en la empresa familiar: Patrimonio y sucesiones*. Colección de Estudios e Informes, núm. 12. LA CAIXA. 1998. P. 105.

Es por ello que, antes de entrar en pormenores, hemos de señalar las particularidades que adornan a este documento especial e importante. A saber:

1º) En primer lugar, que requiere de la formalidad que exige el art. 687 del CC para su validez.⁴⁹⁶

2º) Seguidamente, su revocabilidad recogida en el art. 737 del mismo cuerpo sustantivo.

3º) En tercer lugar que es un acto unipersonal, puesto, conforme al art. 669 CC «No podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero»

4º) Y finalmente, que hay que tener muy en cuenta las especificaciones que en materia de sucesión tienen las determinadas legislaciones autonómicas.

Sin duda alguna y también es pacífica y unánime la doctrina al respecto es que el testamento constituye un documento instrumental necesario y eficaz para asegurar el cumplimiento del PF en aras a asegurar la continuidad de la EF. Nos adherimos a la opinión de JOSÉ PASCUAL FERNÁNDEZ cuando lo considera como «la fórmula más adecuada para procurar la conservación y continuidad de la empresa familiar durante la comunidad hereditaria».⁴⁹⁷

Su tipología, igual que el PF, tampoco es estándar por cuanto se ha de acoplar a la realidad de la propia EF, sus circunstancias y miembros.

Así pues dice el art. 1056.1 del CC «Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos». Este precepto lo justifica decimonónicamente al comentar este artículo, SCAEVOLA «El que puede disponer de

⁴⁹⁵ LLOPIS GINER, J. M. *La libertad del testador, su facultad de partir, comentario al nuevo artículo 1056.2 del Código Civil*. Obra colectiva “La Empresa Familiar: Encrucijada de Intereses Personales y Empresariales”. Aranzadi. Navarra, 2004. P. 54.

⁴⁹⁶ Art. 687 CC «Será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo.»

⁴⁹⁷ FERNÁNDEZ JIMÉNEZ, J.P. *Problemas de la transmisión de la Empresa Familiar*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999. P.309.

sus bienes *mortis causa* a favor de las personas que estime más conveniente, respetando los límites determinados en este artículo, bien puede asimismo señalar los objetos, elegir los bienes con que quiera hacer merced a sus herederos y legatarios». ⁴⁹⁸

Si bien para SCÉVOLA la justificación del fundamento de la partición del art. 1056 es subjetivo para LLOPIS GINER éste se halla en el objetivo que no es otro que la misma sucesión «ordenada sobre dos pilares básicos, la familia y la propiedad» ⁴⁹⁹ con preferencia de la primera a la segunda.

Sin extendernos en esta figura en exceso, sí diremos que como bien es sabido el art. 1.271,2º de nuestro CC establece la prohibición de pactos sucesorios, dejando a salvo la libertad de testador como derecho subjetivo irrenunciable no sujeto a pacto o limitación bajo sanción de nulidad por cuanto todos los pactos que contradigan o limiten el testamento del accionista o socio carecerán de eficacia legal.

Ahora bien, dicho lo anterior, ello no obsta para considerar esta figura como un documento importante para desarrollar el PF utilizando varias figuras a fin de distribuir el caudal relicto del causante como: «instrucciones para la imputación de donaciones o legados, disposiciones sobre la forma de pago de las legítima, atribuciones a título singular, usufructo universal a favor del cónyuge, legado de cosa específica, etc.». ⁵⁰⁰

También cabría «mejorar a alguno de los herederos, realizar la partición de los bienes del testador para después de su muerte,» ⁵⁰¹ establecer una cláusula previniendo que los

⁴⁹⁸ SCAEVOLA, Mucius. Código Civil comentado y concordado extensamente. Tomo XVII. Madrid, 1901.

⁴⁹⁹ LLOPIS... ob., cit., p. 57.

⁵⁰⁰ CORONA y otros., ob., cit., p. 480.

⁵⁰¹ Art. 1056 CC «Cuando el testador hiciera, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos.

El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extra hereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de

impuestos derivados de la sucesión se abonen a partes iguales entre los herederos, nombramientos de albacea contador-partidor, disposición testamentaria de un bien ganancial⁵⁰²».⁵⁰³

Especialmente interesante nos resulta la aplicación para la EF en materia de sucesiones lo dispuesto en el art. 1056.2⁵⁰⁴ CC para la conservación de la EF utilizando la facultad de abonar en metálico la legítima al reto de los herederos,⁵⁰⁵ introducido por la LSLNE,⁵⁰⁶ que «introdujo otras reformas que indirectamente inciden en la sociedades familiares»,⁵⁰⁷ a pesar de que realizando una valoración general y en conjunto, CANO ZAMORANO sostiene que «... la Ley de Nueva Empresa no favorece en nada a la empresa familiar pues realmente la figura creada lo ha sido tan sólo para aligerar el plazo de despacho de la constitución de determinadas sociedades, pero constituye un tipo societario tan encorsetado que en absoluto dará satisfacción a los problemas que en un grupo familiar puedan producirse».⁵⁰⁸

Asimismo y en caso de divorcio del empresario cabrá realizar un nuevo testamento para evitar posibles derechos del ex cónyuge, sí como pactar la exclusión de la administración por parte del padre o de la madre de los bienes de los hijos menores que posean sobre la EF, en virtud de lo dispuesto en el art. 164 CC.⁵⁰⁹

extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844.»

⁵⁰² Art.1.380 CC «La disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos los efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador. En caso contrario se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento.»

⁵⁰³ SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A y CALERO ARTERO, J.F. *La empresa familiar: Guía práctica de organización y funcionamiento. Desde el punto de vista familiar, civil – matrimonial y sucesorio- societario y fiscal*. Comares. Granada, 2001. Pág. 42-47.

⁵⁰⁴ Introducido por la Disposición Final primera de la LSLNE

⁵⁰⁵ Vid. Nota 87 de este trabajo.

⁵⁰⁶ Ley de Sociedad Limitada Nueva Empresa, 1 de abril de 2003 que indirectamente introdujo reformas que

⁵⁰⁷ GARRIDO DEL PALMA... Ob., cit., p. 372.

⁵⁰⁸ CANO ZAMORANO, L. *Incidencia de la LSLNE en la situación de la Empresa Familiar*. Obra colectiva “La Empresa Familiar: Encrucijada de Intereses Personales y Empresariales”. Aranzadi. Navarra, 2004. P. 32.

⁵⁰⁹ Artículo 164 CC Los padres administrarán los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios, cumpliendo las obligaciones generales de todo administrador y las especiales establecidas en la Ley Hipotecaria.

Asimismo, además de las disposiciones de carácter patrimonial, cabe asimismo, realizar tras de carácter personal como el nombramiento de tutores para los hijos menores o incapacitados, reconocimiento de hijos, fijar fideicomisos.⁵¹⁰

Para FERNÁNDEZ los «instrumentos más aconsejables para ordenar la sucesión a través del testamento son la fiducia sucesoria del art. 831 CC, el testamento particional adjudicando a la empresa, ordenar la constitución de una sociedad,⁵¹¹ utilizar la fórmula del art. 1.056.2 CC o mejorar a un legitimario con la empresa familiar».⁵¹²

De gran importancia resulta al caso lo apuntado por GARRIDO DE PALMA en torno a la combinación del testamento del empresario familiar diseñando un «*complexus*» negocial que debe constar en el PEF «con la previsión de la condición suspensiva, de la resolutoria en su caso, la disposición modal del art. 797, incluso»⁵¹³ como medios para evitar lamentaciones futuras por falta de previsión.⁵¹⁴ Todo ello, amén de acudir al «puente de la regencia»⁵¹⁵ ex art. 831 CC.

Se exceptúan de la administración paterna: 1.º Los bienes adquiridos por título gratuito cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa. Se cumplirá estrictamente la voluntad de éste sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos. 2.º Los adquiridos por sucesión en que uno o ambos de los que ejerzan la patria potestad hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, que serán administrados por la persona designada por el causante y, en su defecto y sucesivamente, por el otro progenitor o por un administrador judicial especialmente nombrado»

⁵¹⁰ En el mismo sentido vid. SÁNCHEZ-CRESPO, *Manual para empresarios...* ob., cit., p. 42 y ss.

⁵¹¹ Este autor aclara su afirmación de la siguiente manera que transcribimos «es decir, lo que podemos denominar legado de constitución de sociedad o institución modal de heredero. En ambos casos, la sociedad no se constituirá por la aceptación de la herencia, pues el contenido de esta declaración de voluntad es la aceptación; sino por la declaración de voluntad de los herederos por la cual se obligan a poner en común bienes o industria con ánimo de partir entre sí las ganancias». Vid. FERNÁNDEZ... nota 494.

⁵¹² FERNÁNDEZ JIMÉNEZ, J.P. *Problemas de la transmisión de la Empresa Familiar*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999. P. 309.

⁵¹³ GARRIDO PALMA, V.M. *La Familia y su Empresa ante el Derecho*. Homenaje a Don Juan Francisco Delgado de Miguel. CIVITAS. 2007. P. 379.

⁵¹⁴ El autor pone señala el siguiente ejemplo «piénsese por de pronto que el sucesor empresarial podría dar el *pelotazo* rápidamente, cuando se vea «dueño y señor». Ob., cit., p. 379.

⁵¹⁵ GARRIDO DE PALMA... ob., cit., p. 379.

Del mismo modo resulta especialmente interesante efectuar en el testamento la «designación de un representante para el ejercicio de los derechos sociales constante la comunidad hereditaria».⁵¹⁶

Y no menos importante resultan los pactos, entre otros, en orden a:

1) Elegir el foro competencial para dilucidar la sucesión *mortis causa*, tanto testada como intestada con arreglo al nuevo Reglamento de la UE 650/2012, de 4 de julio de 2012, que entrará en vigor a partir del 17 de agosto de 2015 (referido en el apartado 3.6 de esta tesis al que nos remitimos aquí para no resultar redundantes).

2) Pactar las limitaciones impuestas a los herederos como las prohibiciones de disponer, entre otras...

3) Nombrar el ejecutor testamentario (albacea, contador – partidador...)

No podemos concluir este apartado sin señalar la importancia que reviste el pacto sucesorio⁵¹⁷ en la EF para los supuestos de la ganancialidad de la mercantil familiar y los esposos deseen atribuirle la propiedad de ésta a los hijos habidos de dicho matrimonio. A tal efecto, REYES LÓPEZ contempla dos modalidades sucesorias: «suceder a un determinado causante y no suceder a determinado causante» donde se renuncia bien a la herencia futura o a uno de sus derechos, aunque precisamos, junto a la autora, que estas modalidades «están contempladas y permitidas en las Comunidades Autónomas cuyo derecho foral aún perviva».⁵¹⁸

⁵¹⁶ Tal y como lo prevé el RD 171/2007, de 9 de febrero de publicidad de los Protocolos Familiares en la Disposición final segunda sobre Modificación del Reglamento del Registro Mercantil aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de Julio, apartado Siete que señala: «Se añade un nuevo apartado 5 al artículo 188, con la siguiente redacción: «5. Cuando así se establezca en los estatutos sociales, de acuerdo con la legislación civil aplicable, corresponderá al socio titular o, en su caso, a sus causahabientes, el ejercicio de los derechos sociales. De la misma forma, los estatutos podrán establecer, de conformidad con la legislación civil aplicable, la designación de un representante para el ejercicio de los derechos sociales constante la comunidad hereditaria si así fue establecido en el título sucesorio.»

⁵¹⁷ Definido por REYES LÓPEZ. como un «negocio jurídico bilateral cuya finalidad es la ordenación del destino total o parcial de la herencia del futuro causante de forma irrevocable». REYES LÓPEZ, M.J. *La transmisión de la empresa familiar individual*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p.172.

⁵¹⁸ REYES., ob., cit., p. 172-173.

4) Pactar la cláusula arbitral para solventar las posibles controversias que pueden surgir en un futuro a propósito de la herencia en virtud de la posibilidad contemplada en el art. 10 de Ley de arbitraje testamentario⁵¹⁹

Finalmente, no podemos concluir este apartado referido al testamento sin analizar la importante doctrina jurisprudencial que ha sentado nuestro Tribunal Supremo en la figura del Excmo. Magistrado don JAVIER ORDUÑA MORENO en torno a considerar el maltrato psicológico sufrido por los progenitores de sus hijos como causa de desheredación.

Decimos importante porque no en vano los legisladores suelen ir muy rezagados normalmente respecto de la realidad social que los envuelven y es la judicatura, a través de los casos que se les plantean, la que resuelve dando soluciones jurídicas a esa realidad social que está demandado una respuesta a los problemas que se plantean en cada momento social de la realidad cotidiana. Este es el caso que nos ocupa.

Sabido es que nuestro derecho positivo en temas de sucesión es muy protector de los derechos hereditarios de los llamados a suceder, a diferencia de la legislación anglosajona, donde ya dijimos, que prima la absoluta libertad de testar. Y es esa protección de las legítimas propia de nuestra legislación patria la que hace que las causas de desheredación sean tasadas y hasta ahora, positivamente, consideradas como *numerus clausus*.

En efecto, el art. 848 de nuestro CC dice expresamente que ««La desheredación sólo podrá tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la ley». Asimismo el art. 854 del mismo cuerpo legal incluye actualmente⁵²⁰ el maltrato de obra como justa causa de desheredación.⁵²¹

⁵¹⁹ <<También será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia>>.

⁵²⁰ A raíz de la reforma introducida en el Párrafo introductorio del artículo 853 redactado por Ley 11/1981, 13 mayo («B.O.E.» 19 mayo), de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

⁵²¹ Artículo 853 CC «Serán también justas causas para desheredar a los hijos y descendientes, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 2.º, 3.º, 5.º y 6.º, las siguientes: 1.ª Haber negado, sin

Ahora bien, ha sido nuestro más Alto Tribunal, quien dando un paso más ha ahondado en la problemática actual y tratando de dar esa solicitada respuesta jurídica a fin de cubrir el desamparo legal, quien haciendo una interpretación extensiva de la causa del art. 854.2^a, referido al maltrato de obra, ha sentado jurisprudencia incluyendo el maltrato psíquico como causa legítima de desheredación.

Analicemos en este punto, las sentencias que han dado lugar a esta novedosa y trascendente doctrina jurisprudencial, ambas dictadas por el ponente Magistrado Sr. ORDUÑA MORENO.

La primera resolución se produjo en 2014,⁵²² en su Fundamento Jurídico, segundo, apartado 3, aun admitiendo el carácter taxativo de la norma en torno a las causas de desheredación, ello no es óbice para realizar una interpretación flexible a fin de dar respuesta jurídica a una realidad social acorde a los tiempos y valores actuales contemplando los supuestos de maltrato psíquico probado como causa legal legitimadora de la desheredación por aplicación de dicha causa en la recogida en el apartado 2º del art. 853 CC referido al maltrato de obra.

Así se expresa al respecto, el mencionado magistrado:

3. En primer lugar, y en orden a la caracterización general de la figura debe señalarse que aunque las causas de desheredación sean únicamente las que expresamente señala la ley (artículo 848 del Código Civil) y ello suponga su enumeración taxativa, sin posibilidad de analogía, ni de interpretación extensiva; no obstante, esto no significa que la interpretación o valoración de la concreta causa, previamente admitida por la ley, deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo. Esto es lo que ocurre con los malos tratos o injurias graves de palabra como causas justificadas de desheredación, (artículo 853.2 del Código Civil), que, de acuerdo con su naturaleza, deben ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen.

Y, la resolución, da un paso al frente, en el siguiente ordinal del mismo fundamento jurídico segundo, realizando una clara y contundente justificación del fallo exponiendo el alcance y repercusión del mencionado maltrato psicológico en el ánimo del testador,

motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda.2.^a Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra.

⁵²² Id Cendoj: 28079110012014100297.

redundando en su dignidad como persona en relación con los derechos sucesorios de los llamados a suceder en el marco del Derecho de Familia y el fenómeno de la protección legal actual y expresa existente sobre la denominada «violencia de género».⁵²³ Y lo hace con las palabras que transcribimos por su importancia, transcribimos:

<<4. En segundo lugar, y en orden a la interpretación normativa del maltrato de obra como causa justificada de desheredación, en la línea de lo anteriormente expuesto, hay que señalar que, en la actualidad, el maltrato psicológico, como acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima, debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra, sin que sea un obstáculo para ello la alegación de la falta de jurisprudencia clara y precisa al respecto, caso de las Sentencias de esta Sala de 26 de junio de 1995 y 28 de junio de 1993, esta última expresamente citada en el recurso por la parte recurrente. En efecto, en este sentido la inclusión del maltrato psicológico sienta su fundamento en nuestro propio sistema de valores referenciado, principalmente, en la dignidad de la persona como germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales (artículo 10 CE) y su proyección en el marco del Derecho de familia como cauce de reconocimiento de los derechos sucesorios, especialmente de los derechos hereditarios de los legitimarios del causante, así como en el propio reconocimiento de la figura en el campo de la legislación especial; caso, entre otros, de la Ley Orgánica de protección integral de la violencia de género, 1/2004.>>

Por último, la resolución justifica, lo que a nosotros nos parece tema sustantivamente clave, justificar la inclusión del maltrato psíquico como, pudiéramos denominar, una «suerte de submodalidad» dentro del maltrato de obra contemplado en la norma en base a la aplicación como principio general del Derecho que nuestro Alto Tribunal tiene reconocido al criterio conservacionista de los actos y negocios jurídicos respecto de la voluntad del testador de privar de unos derechos sucesorios – en este caso de las legítimas – a quien legalmente están llamados a ellos.

Así se expresa el magistrado ORDUÑA:

<<5. Por lo demás, la inclusión del maltrato psicológico, como una modalidad del maltrato de obra, en la línea de la voluntad manifestada por el testador, esto es, de privar de su legítima a quienes en principio tienen derecho a ella por una causa justificada y prevista por la norma, viene también reforzada por el criterio de conservación de los actos y negocios jurídicos que esta Sala tiene reconocido no solo como canon interpretativo, sino también como principio general del derecho (STS 15 de enero de 2013, núm. 827/2012) con una clara proyección en el marco del Derecho de sucesiones en relación con el principio de "favor testamenti", entre otras, STS de 30 de octubre de 2012, núm. 624/2012>>.

⁵²³ Ley Orgánica de protección integral de la violencia de género, 1/2004.

De esta forma, el fallo señala y justifica la causa de desheredación fallada positivamente en ambas instancias procesales anteriores de esta forma: «los hijos, aquí recurrentes, incurrieron en un maltrato psíquico y reiterado contra su padre del todo incompatible con los deberes elementales de respeto y consideración que se derivan de la relación jurídica de filiación, con una conducta de menosprecio y de abandono familiar».⁵²⁴

Por su parte, la segunda resolución de este mismo magistrado,⁵²⁵ reitera los argumentos esgrimidos en su anterior resolución y señala en su fundamento jurídico segundo, apartado 2, lo siguiente:

<<2. En relación a la cuestión que plantea el presente recurso de casación, esto es, la interpretación del concepto de maltrato de obra que contempla el artículo 853.2 del Código Civil, debe señalarse que la reciente jurisprudencia de esta Sala se ha ocupado de esta figura en su sentencia de 3 de junio de 2014 (núm. 258/2014). En este sentido, interesa destacar el proceso interpretativo que desarrolla la citada sentencia, al hilo de su fundamento de derecho segundo, en los siguientes términos: "3. *En primer lugar, y en orden a la caracterización general de la figura debe señalarse que aunque las causas de desheredación sean únicamente las que expresamente señala la ley (artículo 848 del Código Civil) y ello suponga su enumeración taxativa, sin posibilidad de analogía, ni de interpretación extensiva; no obstante, esto no significa que la interpretación o valoración de la concreta causa, previamente admitida por la ley, deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo. Esto es lo que ocurre con los malos tratos o injurias graves de palabra como causas justificadas de desheredación, (artículo 853.2 del Código Civil), que, de acuerdo con su naturaleza, deben ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen*">>.

Y concluye la resolución, en su siguiente ordinal, aplicando la doctrina jurisprudencial al caso *ad hoc* del siguiente modo: «3. Resuelto el contexto interpretativo y, por tanto, descartada la interpretación restrictiva que realiza la Audiencia, nada empece para la estimación del recurso planteado, pues la realidad del maltrato psicológico, en el presente caso, resulta reconocida en ambas instancias de forma clara y sin matices.».

Resaltamos la importancia de esta novedosa doctrina jurisprudencial en sede de contemplar el maltrato psicológico proferido por los hijos a los padres y que ello sea

⁵²⁴ Fundamento Jurídico segundo, apartado 6ª, resol. Cit. p. 3.

⁵²⁵ ORDUÑA MORENO, F.J. Nº de Resolución: 59/2015, Nº de Recurso: 2199/2013, Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, Id Cendoj: 28079110012015100082.

causa legal de desheredación utilizando el testador-causante su facultad de disponer o privar de sus bienes a los llamados legalmente a suceder por las causas apuntadas.

Y decimos esto por la importancia que reviste dentro del Derecho de Familia por los lamentables casos de maltrato psicológico y abandono afectivo que sufren tanto los fundadores octogenarios como miembros en activo de la EFs, por las siguientes razones:

1ª) Los fundadores octo/nonagenarios por cuanto que muchos de ellos son abandonados e incluso maltratados psíquicamente por sus sucesores en orden a la edad de aquel, las nuevas y múltiples ocupaciones de sus hijos o el descrédito/menosprecio que realizan estos últimos de los consejos e indicaciones del primero por considerarlos «cosas de viejo».

Estas actitudes muy acusadas hoy en día, obliga a muchos empresarios familiares «mayores» a buscarse cuidados afectivos y personales a través de cuidadores/as que, en muchos casos, son de nacionalidad extranjera y son «convencidos» para contraer nuevas nupcias a fin de conseguir regularizar legalmente su situación en España a través de un nuevo matrimonio. Es lo que venimos denominando el *ELEMENTO EXTRANJERO* y los enormes problemas que puede acarrear a la EF si dicha situación no se contempla previamente en el PEF y los mecanismos articuladores al efecto.

También, esta línea jurisprudencial, abre en estos supuestos una línea importante de desheredación de los derechos de las EFs que permiten al testador otorgar testamento acorde a su situación vital con la consecuente afectación a la línea de los intereses empresariales de la EF que conllevaría y que sería conveniente tratar en el PF para minimizar, en lo posible, estas posibles futuras consecuencias.

2ª) En otras ocasiones, este abandono y maltrato psicológico a los miembros de las EFs viene dados, en muchos supuestos, por la alienación parental que se producen hoy en día como consecuencia de las rupturas afectivas⁵²⁶ no resueltas adecuadamente y que

⁵²⁶ Bien sean matrimoniales, de hecho, homosexuales respecto de los hijos adoptados, etc.

en palabras de SARIEGO «es posible desheredar a los hijos que tras una separación de pareja o divorcio, se hayan alejado del padre/madre como consecuencia de la alienación parental a la que ha sido sometido por el otro progenitor, ya que dicho alejamiento físico y afectivo es una nueva forma de maltrato psíquico. Por ende, causa de desheredación».⁵²⁷

Finalmente, señalar que GARCÍA PÉREZ, concluye que «el testamento es... el único vehículo formal en el que debe constar la declaración de última voluntad, y en consecuencia, el arbitraje testamentario»⁵²⁸

4.2.3.1 La sucesión contractual y el Patto di famiglia en el Diritto Italiano ex art. 768 bis.

El Codice Civile italiano establece como regla general la prohibición de celebrar pactos sucesorios con la única excepción de los llamados «PACTOS DE FAMILIA». La ley viene a definir el *patto di famiglia* en el art. 768 bis como *aquel* «contrato mediante el cual el empresario transfiere, en todo o en parte, su patrimonio empresarial (l'azienda) o mediante el cual el titular de participaciones societarias transfiere, en todo o en parte, la propia cuota a uno o más descendientes; siempre con respeto a las normas sobre empresa familiar y a los distintos tipos de sociedad»

Así y siguiendo la tendencia y técnica legislativa en derecho francés,⁵²⁹ la Ley italiana de 14 de febrero de 2006 de modificación del código civil italiano introdujo la posibilidad de celebración de los referidos pactos familiares sucesorios.

De este modo lo expresa MARTÍNEZ: «En concreto, la posibilidad de disponer de bienes y transmitirlos en vida por causa de muerte se introduce en el Codice como única excepción a la regla general de la nulidad de los pactos sobre la sucesión futura que

⁵²⁷SARIEGO MORILLO, J.L.: *Alienación parental y desheredación*. Lexfamily. Actualidad en derecho de Familia. 7 de abril de 2015.

⁵²⁸GARCÍA PÉREZ., ob., cit., p. 56

⁵²⁹De la Loi 2006-728 de 23 de junio de 2006.

sigue proclamando el artículo 458».⁵³⁰ Articulación complementada con el «añadido de una sencilla frase en el texto anterior a la reforma del precepto y con la adición de los apartados bis a octies en el artículo 768, último del capítulo V “Dell’annullamento e della rescissione in materia di divisione” del libro segundo del Código civil italiano que se intitula Delle successioni»⁵³¹ se permite por el legislador italiano la celebración de los mencionados acuerdos.⁵³²

Para su validez requiere escritura pública tanto para su otorgamiento como para sus modificaciones o revocaciones⁵³³ «a pena di nullità il contratto deve essere concluso per atto pubblico».⁵³⁴

En dicho pacto de familia deben participar⁵³⁵ el cónyuge del empresario y todos sus legitimarios.⁵³⁶ Conviene asimismo resaltar que el aludido art, 768 bis «sólo alude a la transmisión de la empresa o de la cuota de participación a uno o más descendientes mediante el pacto de familia»,⁵³⁷ asimismo que «los legitimarios que no sean elegidos para recibir el patrimonio empresarial tienen derecho igualmente a su legítima que viene a ser una deuda de valor teniendo en cuenta el metálico o “in natura”».⁵³⁸

⁵³⁰ Este es el texto del artículo 458 hoy en vigor; subrayo lo que la Ley de 2006 introdujo: “Art. 458 (Divieto di patto successori). Fatto salvo quanto disposto dagli articoli 768-bis, e seguenti, e’ nulla ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione. E’ del pari nullo ogni atto col quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta, o rinunzia ai medesimi.”.

⁵³¹ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María. *Admisión de “pactos de familia” en Derecho italiano después de la reforma del Código civil en 2006*. Legge 14 febbraio 2006, n. 55 recante “Modifiche al codice civile in materia di patto di famiglia”. (GU N.50 DEL 1-3-2006). <http://www.codice-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=451#tocto1>

⁵³² Según MARTÍNEZ, art. Cit. «Como principio, en Derecho italiano sigue siendo nulo el pacto sobre la propia sucesión. También es nula la renuncia a la sucesión futura, todavía no abierta, incluida la renuncia a la legítima antes de la muerte del causante. La doctrina ha intentado una interpretación restrictiva de la clara prohibición de celebrar pactos sucesorios jugando con la distinción entre actos *mortis causa* y actos *post mortem*; estos últimos, ya que se condicionan al evento futuro e incierto de la muerte, no caerían bajo la calificación de pactos sucesorios»

⁵³³ Artículo 768-septies.

⁵³⁴ Ex art. 768-ter.

⁵³⁵ Ex art. 768-quarter.

⁵³⁶ Según el art. 536 del código son: cónyuge, hijos, descendientes, tanto legítimos, legitimados, naturales o adoptados y, en su defecto, los ascendientes

⁵³⁷ MARTÍNEZ., art. Cit.

⁵³⁸ Ex artículo 768-quater.

Finalmente señalar que el legislador italiano ha dispuesto de una acción de impugnación para estos pactos de familia de un año «“L’azione si prescrive nel termine di un anno”».⁵³⁹

Para GARRIDO DE PALMA, esta norma persigue «permitir la sucesión generacional en el *vértice* de la empresa familiar (Sara LANDINI), en consonancia con el espíritu legal: evitar la fragmentación de los bienes y entidades productivas (Marco AVAGLIANO)».⁵⁴⁰

4.2.3.2 La sucesión contractual en el Derecho francés: Loi 2006-728 de 23 de junio de 2006.

Por su parte, el derecho galo ha realizado importantes reformas legislativas en sede de sucesiones, donaciones y fiducia.⁵⁴¹

Como consecuencia de la importante sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el año 2000⁵⁴² y respondiendo a los objetivos de esta resolución cuales eran la modificación de los derechos en la sucesión del cónyuge del causante y la eliminación de discriminación algunos respecto a los hijos provenientes de relaciones adúlteras, la Ley 2006-728 de 23 de junio de 2006⁵⁴³ ha recogido estos objetivos y, en consecuencia, ha modificado la ley anterior de 3 de diciembre de 2001.

Así la nueva regulación sucesoria y fiduciaria contempla la posibilidad de realizar pactos sucesorios «especialmente por vía de la nueva regulación de la renuncia anticipada a la acción para reclamar reducción de donaciones y liberalidades en general por perjuicio a la legítima; también se admiten las sustituciones fideicomisarias»⁵⁴⁴

⁵³⁹ Ex art. 768-quinquies

⁵⁴⁰ GARRIDO PALMA, V.M. *La Familia y su Empresa ante el Derecho*. Homenaje a Don Juan Francisco Delgado de Miguel. CIVITAS. 2007. P. 377.

⁵⁴¹ Ley de 23 de junio de 2006 de sucesiones y donaciones y la de 19 de febrero de fiducia.

⁵⁴² 1 de febrero de 2000.

⁵⁴³ Journal Officiel du 24 juin 2006

⁵⁴⁴ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María. *Recientes reformas del Derecho de Sucesiones en Derecho Francés* (LOI N° 2006-728 DU 23 JUIN 2006 ET LOI N° 2007-211 DU 19 FÉVRIER). CUESTIONES

figuras que estaban anteriormente prohibidas desde la Revolución Francesa hasta el propio Código napoleónico.

4.2.3.3 La sucesión contractual en el Derecho Español. El art. 1271.2 CC.

No podemos concluir este epígrafe sin hacer referencia, siquiera someramente a la sucesión contractual como título sucesorio por el que apuestan gran parte de los estudiosos de este tema, entre ellos LLOPIS GINER porque «quizás se acomode mejor a la finalidad perseguida por las partes a la hora de nombrar un sucesor en la empresa familiar»,⁵⁴⁵ aunque, sabido es que encuentra actualmente en nuestro derecho la prohibición del art. 1.271.2⁵⁴⁶ del CC que consagra la prohibición expresa sobre la herencia futura.⁵⁴⁷

En el mismo sentido FERNÁNDEZ GIMENO llega más lejos concluyendo que:

<<sería conveniente introducir en derecho español la institución de los protocolos familiares (que ha sido defendido recientemente por la doctrina francesa, en la obra citada de Le Nebasuqe, Boussier y Richen), para ordenar la sucesión en la empresa, ya no a través de un acto unilateral como pueda ser el testamento, sino mediante un conjunto familiar, el protocolo familiar, verdaderos estatutos internos de funcionamiento y códigos sucesorios de la empresa familiar⁵⁴⁸ >>

Cerramos este subepígrafe con las certeras palabras de GARRIDO DE PALMA que al tratar este tema afirma: «En nuestro Derecho existen mimbres legales (en diversas Autonomías, antiguas Regiones de Fuero) y tenemos el Código Civil con algunos

DE INTERÉS SOBRE NULIDAD Y VALIDEZ.. abril 2007. <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=405>.

⁵⁴⁵ LLOPIS GINER... ob., cit., p. 54.

⁵⁴⁶ Cabe recordar que este apartado fue introducido por el apartado 2 de la disposición final primera de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada («B.O.E.» 2 abril). Vigencia: 2 junio 2003.

⁵⁴⁷ «Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056».

⁵⁴⁸ FERNÁNDEZ JIMÉNEZ, J.P. *Problemas de la transmisión de la Empresa Familiar*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999. Págs. 308-309.

preceptos que hábilmente adaptados a la realidad familiar producen efectos positivos, pero no se ha dado el paso frontal del legislador italiano».⁵⁴⁹

Pasamos ahora a estudiar la figura de los subprotocolos del derecho de Familia específicamente, si bien esta solución que sugerimos puede extrapolarse a cualquier otra materia del PEF que se considere y por la mismas razones que para estos hemos apuntado al inicio de este trabajo: comodidad, agilidad, búsqueda rápida de consensos, etc.

4.3. Eficacia Legal

Dado que el PF no es sólo un documento que vincula a sus firmantes, sino que se «convierte en un conjunto de prescripciones que obligan a cuantos accedan en el futuro a la propiedad de parte de la empresa»,⁵⁵⁰ la eficacia legal dependerá de la naturaleza jurídica de los pactos y de los documentos en que se recojan así como de su publicidad para que la misma alcance a terceros. Vamos a verlos:

4.3.1. Eficacia erga omnes

Nos estamos refiriendo a los estatutos de la EF que, en palabras de SÁNCHEZ-CRESPO «se caracterizan por la fuerza obligatoria que produce su inscripción en el Registro Mercantil y posterior publicación en el Boletín Oficial de dicho registro, y que permite exigir su cumplimiento frente a la propia sociedad y frente a terceros ajenos a la empresa, lo que le da un plus de eficacia frente a aquellos actos que no gozan de los beneficios de la publicidad registral».⁵⁵¹

⁵⁴⁹ GARRIDO PALMA, V.M. *La Familia y su Empresa ante el Derecho*. Homenaje a Don Juan Francisco Delgado de Miguel. CIVITAS. 2007. P. 376.

⁵⁵⁰ CORONA y otros., ob., cit., p. 477.

⁵⁵¹ SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. y SÁNCHEZ y SÁNCHEZ, A.M. *LA Empresa Familiar: Manual para empresarios. Claves legales para su correcta organización y continuidad*. DEUSTO. 2001. P. 51.

4.3.2. Eficacia inter partes

Se refiere a aquéllos pactos que no se inscriben en el Registro Mercantil bien porque legalmente no sean inscribibles o porque los firmantes no desean inscribirlos. No son oponibles frente a terceros, siendo válidos, son perfectamente vinculantes para los socios firmantes.

En los apartados precedentes ya hemos realizado una buena relación ejemplarizante de estos pactos.

4.3.3. La eficacia del propio proceso de elaboración del PEF.

Existe un consenso unánime... en relación al convencimiento de la importancia del proceso de formulación del Protocolo, que se considera tan crítico como los propios contenidos del Protocolo Familiar.⁵⁵²

Pero si hay un verdadero consenso en la doctrina del PF, es que la verdadera eficacia en el proceso de elaboración y adopción del PEF y sus documentos instrumentales.

Las razones son claras: desde el primer instante en que los miembros de la EF deciden la elaboración del PEF, comienzan en ellos una fase de mentalización para llegar a acuerdos así como de discusión para llegar a los consensos de los pactos que debe recoger el PEF lo que hará mucho más sencillo asumir su cumplimiento por cuanto que los problemas se han ido despejando durante las fases anteriores.

Así, una vez conseguida esta cultura de comunicación intrafamiliar bajo el pretexto del PEF, los miembros de la EF se reunirán a hablar y según SÁNCHEZ-CRESPO conseguirán los siguientes resultados:

<<1. Delimitar los ámbitos de actuación de la familia y la empresa, evitando interferencias entre ellos. 2. Se objetivan ciertos problemas que previsiblemente surgirán en el futuro en las relaciones familia- empresa. 3. Cauces para su resolución de problemas no previstos 4. Despersonalizar u

⁵⁵² GALLO., ob., cit., p. 12.

objetivar determinadas decisiones que, de ordinario, son susceptibles de provocar tensiones internas entre los miembros de la familia⁵⁵³>>.

Por ello, una vez adoptado y firmado, cumplirlo es más fácil, porque no hay que olvidar que el verdadero problema de la EF es la comunicación con la familia por lo tanto resulta esencial implantar una cultura de comunicación intrafamiliar que harán sin duda que la posibilidades de que la EF sobreviva y se transmita a sucesivas generaciones aumente considerablemente, siendo, sin duda, el PEF el escenario perfecto para comenzar a generar esa cultura comunicativa.

4.3.4. Pactos con eficacia moral.

También llamados «pactos entre caballeros»⁵⁵⁴ no producen derechos ni obligaciones entre los suscribientes, por lo que en caso de incumplimiento sólo origina cierto reproche moral por parte del resto de los firmantes. Suelen ser típicos los referidos a las cuestiones éticas, de conducta y filosófica de la EF.

No obstante, nada impide para que se establezca un régimen sancionador y resarcitorio para los supuestos de incumplimiento de estos pactos morales a fin de reparar los daños y perjuicios que puedan surgir como consecuencia de las citadas inobservancias de los acuerdos consensuados al efecto.

⁵⁵³ SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. *Empresa Familiar: Guía básica para empresarios y directivos*. Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid. Madrid, 2004. P. 44.

⁵⁵⁴ SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. y SÁNCHEZ y SÁNCHEZ, A.M. *LA Empresa Familiar: Manual para empresarios. Claves legales para su correcta organización y continuidad*. DEUSTO. 2001. P. 27.

CAPÍTULO IV.

LOS DOCUMENTOS COMPLEMENTARIOS DE DERECHO DE FAMILIA Y SU RELACIÓN CON EL PROTOCOLO FAMILIAR MARCO.

1. La transversalidad jurídica del Protocolo Familiar. La importancia del Derecho Civil.

Venimos argumentando hasta aquí la transversalidad jurídica que posee el Protocolo Familiar con otras ramas jurídicas -en palabras del INFORME de la PONENCIA DEL SENADO «la empresa familiar interesa a la economía, el derecho, la sociología y también la ética»⁵⁵⁵. Y ello tiene su lógica por cuanto que la naturaleza jurídica de la propia Empresa Familiar asimismo es multidisciplinar. Si bien, nosotros, reiteramos, nos centraremos en las ramas jurídicas del Derecho y más concretamente del Derecho de Familia y la intervención del Derecho Público Europeo en sede de regulación de esta materia en el punto concreto de esta investigación.

Destacamos aquí, por importante los argumentos que en torno a esta transversalidad jurídica recoge el INFORME DEL SENADO⁵⁵⁶ bajo el epígrafe «*La empresa familiar ante el ordenamiento jurídico*» y que por su relevancia transcribimos:

<<Es incontrovertible que la empresa familiar, precisamente por el adjetivo, se ve afectada por instituciones y ramas del ordenamiento jurídico, que no afectan a otro tipo de empresas. En consecuencia, especialistas y comparecientes han ido destacando como diversos aspectos del derecho privado, vienen a condicionar el desarrollo y la sucesión en la empresa familiar, produciéndose desajustes originados por el hecho de que aquellas normas no tenían previsto, total o parcialmente, su aplicación a campos empresariales, que se rigen por otro tipo de normas distintos. Desajustes que

⁵⁵⁵ INFORME, cit., p. 73.

⁵⁵⁶ En adelante, le llamaremos el «INFORME DEL SENADO» para referirnos al «INFORME DE LA PONENCIA DE ESTUDIO PARA LA PROBLEMÁTICA DE LA EMPRESA FAMILIAR. SENADO 2002».

vienen producidos porque no solamente la realidad y los cambios socio-económicos han llevado a una cierta obsolescencia a la normativa jurídica, sino también porque se está produciendo su aplicación para supuestos que el legislador entendió que quedaban al margen de determinadas ramas del derecho, cuando ahora se produce una confluencia de dichas normas y aquéllas quedan de propia y exclusiva aplicación al campo empresarial⁵⁵⁷>>

Respecto a la importancia de la contemplación del Derecho civil y las legislaciones forales que hemos venido apuntando, también el INFORME se hace eco de ello cuando afirma ya en el 2002, lo siguiente:

<<La normativa privada, y concretamente los preceptos del ordenamiento civil, no son uniformemente aplicables en todo el territorio español, alguno de los comparecientes y muchos de los especialistas, han constatado que no a todas las Comunidades Autónomas les resulta de aplicación la misma normativa, con lo cual en función de la adscripción, algunas empresas familiares se ven en mejor o peor situación que otras para gestionar y afrontar la sucesión, ya que en unos sitios se admite la posibilidad de establecer pactos sobre la herencia futura y en otros no. Así, se ha dicho “... *que la empresa familiar va a tener que luchar en su desarrollo contra una serie de normas que se redactaron ajenas a las circunstancias que rodean a esta modalidad de empresa y, en consecuencia, no dan una solución que facilite la continuidad de las empresas familiares*”⁵⁵⁸>>.

En la significación civilista coincide FERNÁNDEZ GIMENO cuando afirma «En el estudio del Protocolo se deben tener presentes las normas civiles, para conocer su naturaleza y alcance contractual; las normas mercantiles, que nos delimitarán las instituciones que puedan resultar afectadas (estatutos, cláusulas limitativas, etc); las normas fiscales y tributarias».⁵⁵⁹

Añade este autor un hecho que consideramos importante por cuanto justifica el presente estudio «El derecho civil no contiene un tratamiento aislado del Protocolo, ni siquiera de la Empresa Familiar»,⁵⁶⁰ sirviendo pues esta investigación como contribución a ese vacío o laguna doctrinaria civilista.

Pero sin duda, la nota más universalmente reconocida por toda la literatura de los estudiosos de la EF y del PF es que éste último no se puede plantear como un

⁵⁵⁷ INFORME cit., p. 75.

⁵⁵⁸ INFORME SENADO, cit., p. 76.

⁵⁵⁹ FERNÁNDEZ, ob., cit., p. 200. Y continúa este autor respecto a la importancia de la fiscalidad en la transmisión de la EF «... de importante consideración, sobre todo si se tiene presente que la configuración de determinados problemas en el Protocolo determinará o no un sobrante que haga interesante o no, desde el punto de vista fiscal, la transmisión de la Empresa Familiar».

⁵⁶⁰ FERNÁNDEZ, ob., cit., p. 201.

documento estándar sino que requiere de un planteamiento *ad hoc* acorde a cada realidad distinta y diferenciada de cada EF, pues no en vano, es el «resultado de la combinación de muchos aspectos – psicológicos, económicos, jurídicos, sucesorios (y nosotros añadiríamos también, empresariales) que se viven y se plantean en casa caso de manera diferente»⁵⁶¹.

2. La estrecha relación entre el Protocolo Familiar y el Derecho de Familia.

Así pues y partiendo de la base de que el Protocolo Familiar es un documento marco donde se recogen las circunstancias específicas y ajustadas a cada empresa familiar *ad hoc* para que sea viable su sucesión en las mejores condiciones posibles preservando los intereses empresariales y familiares de sus miembros favoreciendo un clima de armonía y estabilidad que le de la continuidad en el tiempo necesaria y deseable, el Derecho de Familia ofrece una serie de instrumentos muy eficaces que ayudarán a evitar/paliar esas posibles consecuencias adversas que venimos comentando por cuanto que cada vez son más numerosas las rupturas afectivas de parejas cuyos miembros forman parte de empresas familiares y, en la mayoría de ocasiones, de los órganos de gobierno de las mismas.

Dichos instrumentos los hayamos recogidos en dos importantes instituciones veteranas en esta rama jurídico-familiar como son las llamadas capitulaciones matrimoniales (*capitols* o carta de nupcias en algunas comunidades autónomas) y las, donaciones *propter nuptias*.

Asimismo estudiamos otros documentos complementarios que pese a carecer de la entidad propiedad de Institución y de su carácter público y ejecutivo directo como las anteriores (aunque se puedan elevar a escritura pública) pero que cumplen una importante función a los efectos que aquí estudiamos como son: los acuerdos prematrimoniales y preconvivenciales etc. y, sobre todo, los «pactos familiares», donde,

⁵⁶¹ CORONA y otros, ob., cit., p. 467.

en todos ellos, abordamos los límites de la autonomía de la voluntad y que analizamos profundamente en este estudio.

A mayor abundamiento, predicamos las bondades de contemplar esta rama jurídica familiar no sólo para prever las consecuencias de dichas rupturas afectivas sino, y lo que es más importante, tomar una serie de medidas de “higiene empresarial familiar” para evitar consecuencias indeseables en un futuro que repercuta muy negativamente en dichas mercantiles. Y es que no es baladí el tema por cuanto que, en algunas ocasiones, la no previsión de las consecuencias catastróficas de una ruptura contenciosa ha llevado a la quiebra y desaparición de la propia empresa.

3. Los documentos complementarios de derecho de Familia y el Protocolo Familiar.

<<Cada grupo familiar y empresarial tiene características únicas y se desenvuelve en un momento histórico y en situaciones muy particulares. Por ello no puede hablarse en ningún caso de un protocolo familiar más o menos estándar⁵⁶²>>

Ya lo decía, en su intervención,⁵⁶³ el senador CHIVITE CORNAGO que para su grupo⁵⁶⁴ «... la cuestión fundamental: la de la cultura de la emotividad...». Por ello, apostamos en este trabajo, como línea novedosa, el desarrollo del PF a través de los documentos específicos, en especial, los referidos al Derecho de Familia y que, por su importancia, trataremos en profundidad y separadamente en los capítulos siguientes.

Primeramente, hemos de hacer constar lo siguiente:

⁵⁶² BUCHHOLZ, B. *Respuestas a la Empresa Familiar*. Deusto. Obra colectiva. Deusto, 2000. P. 437.

⁵⁶³ Intervención al informe de la PONENCIA SOBRE EL ESTUDIO PARA LA PROBLEMÁTICA DE LA EMPRESA FAMILIAR, CONSTITUÍDA EN EL SENO DE LA COMISIÓN DE HACIENDA, APROBADO POR LA COMISIÓN EN SESIÓN CELEBRADA EL DÍA 27 DE NOVIEMBRE DE 2001., OB., CIT., P. 116.

⁵⁶⁴ En el año 2001, fecha de su intervención como senador, representaba al PSOE.

1º) Que el orden que hemos elegido para su estudio obedece únicamente, a elección de la doctoranda suscribiente, a la consideración de las Instituciones clásicas que revisten el carácter de documentos públicos al otorgarse mediante escritura notarial y que gozan, por tanto de carácter ejecutivo directo procesal.

Nos referimos concretamente a: Las Capitulaciones matrimoniales y a las donaciones *propter nuptias*, que se estudiarán en los dos siguientes capítulos de este trabajo.

2º) Seguidamente, haremos un profundo estudio sobre otros documentos que entendemos necesarios, en algunos supuestos cuanto no en todos, cuya finalidad no es otra que adecuarse a la situación empresarial-familiar concreta de cada caso a fin de conseguir el cumplimiento del PF marco. Nos referimos a los llamados los acuerdos prematrimoniales y los pactos preconvivenciales.

3º) Advertimos que pueden suscribirse todos, algunos o ninguno (aunque lo deseable sería la suscripción de varios de ellos) y con independencia del orden. Por ejemplo, se pueden firmar primero un acuerdo de pactos prematrimoniales y posteriormente las capitulaciones matrimoniales, a la vez en unidad de acto correlativo, o viceversa. O bien, suscribir un mero documento privado de acuerdo prenupcial y no realizar capitulaciones matrimoniales o realizarlas fijando un régimen económico matrimonial distinto al de separación de bienes. Quiere esto decir que el orden empleado por la autora de esta tesis es meramente indicativo que no imperativo y por las razones argumentadas.

Un ejemplo claro de esto es cuando, por mandato del PF suscrito en la Empresa Familiar, se conviene que todos sus miembros al contraer nupcias deba otorgar capitulaciones matrimoniales fijando el régimen de absoluta separación de bienes. Pues bien, imaginemos que la otra parte (futuro/a consorte) esté en desacuerdo porque entienda que empeorará su situación económica después del enlace y se niegue a firmar.

En dicho supuesto, supone de gran utilidad corregir dicho desequilibrio con algunos pactos de índole económico que recoja dicha situación, vía donación *propter nuptias*, y la equilibre consiguiendo, de este modo, que desaparezca el motivo de oposición al otorgamiento de tales capitulaciones y, en consecuencia, se logre firmarlas y con ello el cumplimiento del PF.

Tratemos ahora las razones por las que sugerimos este sistema de documentos complementarios de Derecho de Familia para el cumplimiento del Protocolo Familiar marco.

1ª) Porque concebimos el PF como un documento marco articulado cuyo desarrollo debe realizarse a través de documentos complementario y anejos al mismo en relación a la temática concreta y específica a tratar.

2ª) Porque sin duda los asuntos tratados sobre Derecho de Familia por pertenecer al ámbito más emocional del campo jurídico son los más proclives a herir sensibilidades que resulten bloqueantes o entorpecedoras a la hora de culminar con éxito el PEF general.

3ª) Porque al tratar cada uno de estos temas por bloques separados, su revisión, modificación y tratamiento será más sencilla, ágil y cómoda pues la sensación es que no todo el PEF ha de ser revisado en un momento puntual sino que la revisión es sólo parcial de un subprotocolo en concreto cuya realidad de la EF concreta requiera tal revisión. (Piénsese por ejemplo que el PEF fuera como la Carta Magna de la EF, no es lo mismo revisar cada vez toda la Carta como alguna de sus partes).

4ª) Porque psicológicamente, al tratar cada vez de consensuar una sola parte concreta, ya partimos que en el resto existe acuerdo con lo que una revisión parcial se la verá como pequeña y favorable a consensuarla también.

No podemos ni debemos perder el enfoque de que el PEF (Protocolo de la Empresa Familiar) y sus instrumentos han de ser flexibles para ir acoplándolos a la realidad cambiante y real de cada EF en cada momento por el que atraviese la misma a fin de hacer del PEF el documento marco referencial que guíe a la EF a «buen puerto» y para ello cuanta más flexibilidad se le otorgue a éste mucho mejor. Flexibilidad, sin duda que se consigue a base de documentos articulados donde las «partes» formen el «todo» y donde el «todo» se desarrolle por «partes».

3.1 Las capitulaciones matrimoniales y el Protocolo Familiar.

Como constatamos a o largo de esta investigación el contenido de las capitulaciones matrimoniales, carta de nupcias, o *capítols*⁵⁶⁵ van más allá de la mera fijación de la elección del régimen económico matrimonial que regirá en el matrimonio de los futuros consortes o de su modificación, trascendiendo y con mucho la definición realizada por DÍEZ PICAZO, L/GULLÓN como un «negocio jurídico por medio del cual se regula el régimen económico-conyugal por la autonomía de los contrayentes»⁵⁶⁶ en consonancia con la literatura jurídico-doctrinal y el código sustantivo.⁵⁶⁷

Por su parte, el CC no sólo proclama la libertad contractual de los cónyuges sino que amplía legalmente la autonomía de la voluntad de los mismos al consagrar mediante fórmula residual en el art. 1.325 del código positivo cuando determina que «en capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo.»

En efecto, en ese «cualquiera otras disposiciones» podemos entender que pueden figurar, además de la fijación del régimen económico matrimonial elegido por los

⁵⁶⁵ La denominación se acomoda según la Comunidad Autónoma (capitulaciones matrimoniales o carta de nupcias en la Comunidad Valenciana) y *capítols* en Cataluña.

⁵⁶⁶ DÍEZ PICAZO, L y GULLÓN, A. *Sistemas...* ob. Cit, p. 148.

⁵⁶⁷ En tal sentido el art. 1.315 del CC señala «El régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código.»

otorgantes, otros pactos como por ejemplo: las donaciones entre los propios esposos o por uno de ellos al otro, la promesa de mejorar o no,⁵⁶⁸ cuya fijación en capitulaciones gozaría de irrevocabilidad en virtud de la excepción al efecto contemplada en el art. 827 del CC,⁵⁶⁹ las donaciones realizadas por un menor no emancipado con capacidad legal para casarse, siempre que sea autorizada por sus padres o tutor,⁵⁷⁰ y la donación entre esposos de bienes presentes y futuros(estos últimos para el caso de fallecimiento) con arreglo, eso sí, por lo regulado en las disposiciones respecto a la sucesión testada, sus requisitos y limitaciones.⁵⁷¹

Como corroboraremos lo largo del capítulo dedicado a las mismas⁵⁷², tanto la legislación nacional como las autonómicas dejan un amplio campo de actuación a la voluntad contractual de los esposos, limitándose a velar, en aras a su validez y eficacia, a controlar los requisitos meramente formales de forma (escritura pública) - aunque alguna como la valenciana admite pactos en el convenio regulador presentado en el procedimiento de disolución/separación matrimonial judicial si bien circunscribiendo su eficacia post ratificación judicial – la celebración del enlace durante el año siguiente a su otorgamiento (en caso de las capitulaciones prenupciales) siendo éste un plazo de caducidad y a las limitaciones comentadas respecto a las materias de orden público sustraída a la voluntad de las partes, haciendo un especial hincapié en la observancia de la igualdad de derechos entre los esposos sancionando su efectividad para los supuestos que los pactos supongan una restricción efectiva de dichos derechos.

Todo ello sin olvidar que el propio art. 1328 del CC establece una prohibición, si bien parcial y limitada al pacto concreto que contravenga la misma, por ser contrario a

⁵⁶⁸ Ex art. 826 CC.

⁵⁶⁹ «La mejora, aunque se haya verificado con entrega de bienes, será revocable, a menos que se haya hecho por capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero».

⁵⁷⁰ Art. 1338 CC.

⁵⁷¹ Art. 1341 CC, 635 y 1271.1 CC.

⁵⁷² Vid. Capítulo V de este trabajo.

la Ley, costumbre, restrictivo de igualdad de derechos correspondiente a cada otorgante⁵⁷³

En el plano del Protocolo Familiar de la Empresa Familiar, entendemos que las capitulaciones matrimoniales suponen un instrumento necesario, adecuado y útil a los fines de preservar el patrimonio de la EF con la intención de que no afecte o afecte lo menos posible en el supuesto de ruptura matrimonial de alguno de sus miembros que se vea envuelto en un proceso judicial posterior.

Por ello, las capitulaciones matrimoniales como documento preparatorio y accesorio al negocio principal – el matrimonio- tiene una gran utilidad, no sólo para fijar el régimen económico matrimonial de la futura pareja (de un miembro de la EF con otro ajeno a la misma, o con otro de distinta EF) a fin de no involucrar masas patrimoniales empresariales con personales ni confundir patrimonios de distintas EF por las mismas razones.

Amén de estas ventajas, hemos de resaltar la seguridad jurídica y judicial que proporciona la escritura notarial a los cónyuges, como título ejecutivo en una futura contienda jurisdiccional, y como protección de sus derechos a los derechos terceros de buena que proporciona la publicidad de las capitulaciones mediante su inscripción en los oportunos registros: Civil (indicación), de la Propiedad (toma de razón) referido a los inmuebles y la Notarial (en el propio protocolo notarial y en sus copias)⁵⁷⁴

En estos casos, el regular las relaciones, no sólo de índole patrimonial, como personal (con las limitaciones legales pertinentes) de los futuros esposos, incluso en previsión de una futura ruptura afectiva, antes de que suceda y pudiendo compensar la elección de un determinado régimen con otras disposiciones compensatorias que con los límites indicados en el presente capítulo, pueden vencer la resistencia de algún miembro ajeno a la EF para otorgar las capitulaciones y cuantos documentos fueren preciso en

⁵⁷³ Artículo 1328 «Será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge.»

⁵⁷⁴ En la misma línea DÉZ PICAZO, L, ob., cit. p. 152.

aras al cumplimiento del PF que la determinada EF tenga consignado en el mismo haciendo que su cumplimiento por todos los miembros pueda, no sólo evitar futuras disputas, sino y, lo más importante, la quiebra o fisura de los propios intereses de la mercantil familiar.

La importancia de la voluntad privada queda ampliamente constatada en que prima frente a la legislación estatal o autonómica que sólo actúa subsidiariamente en caso de inexistencia, invalidez o ineficacia de la misma y como garante del cumplimiento del orden público establecido al respecto.

Con carácter residual, pero no menos importante, señalar que no cabe duda alguna que los citados pactos, en una futura contienda judicial, servirán de pauta al Juzgador para valorar las voluntades de los esposos contendientes en época «no sospechosa» respecto de los puntos sometidos a su tutela jurisdiccional cuando los ánimos están exaltados.

De todas formas y dado que, aunque la autonomía convencional de los esposos se ha ampliado considerablemente con el paso del tiempo, no es menos cierto que algunos de los pactos contenidos en las mismas, en orden a las donaciones contenidas en ellas, o respecto a pactos concernientes a operaciones liquidatorias de la sociedad legal de gananciales ya resuelta originan pronunciamientos judiciales invalidantes de dichas convenciones,⁵⁷⁵ cabría estudiar para el caso *ad hoc*, la conveniencia de incluir determinados pactos convenientes en el documento capitular o en otro accesorio e instrumental para conseguir la misma finalidad.

3.2. Las donaciones *propter nuptias* y el Protocolo Familiar.

A lo largo de toda la legislación foral respecto a este tipo de donaciones, observamos la gran importancia que revisten como medio idóneo y eficaz para poder compensar por esta vía el perjuicio económico que le pudiera ocasionar al futuro cónyuge del miembro

⁵⁷⁵ Sentencia 4 de febrero de 1995 y 5 de junio de 2000.

de la Empresa Familiar y que ello le obstaculice para firmar régimen económico de separación de bienes.

Al efecto, también resulta importante destacar la gran importancia que revisten los pactos en las mismas posibilitando con ello que estas donaciones puedan acoplarse al caso y comunidad autónoma concreta en función de la legislación foral aplicable. Este es el caso de Galicia donde se permite, vía pacto expreso, que el donante pueda deshacer la ganancialidad o el proindiviso de la liberalidad,⁵⁷⁶ o renunciar a la revocación en el caso de la Comunidad Valenciana,⁵⁷⁷ entre otros.

Asimismo, y teniendo en cuenta, que a veces estas donaciones suponen una verdadera fortuna, los pactos recobran aquí especial importancia y virtualidad jurídica en orden, principalmente, a los supuestos de revocación de estas liberalidades.

Como queda constando en la mayoría de estas legislaciones estudiadas se contemplan las rupturas matrimoniales, bien separación (de hecho y judicialmente), la nulidad o divorcio, así como la no celebración en el plazo de 1 año del matrimonio que motivó la donación, como supuestos de revocación de éstas. También que el plazo para ejercer la acción de revocación que estas leyes otorgan al donante es de 1 año desde que éste conociera la causa de las mismas.⁵⁷⁸ Es por ello, que entendemos conveniente y necesario pactar expresamente en las mismas las condiciones y obligaciones impuestas al donatario o donatarios de comunicar fehacientemente tales circunstancias a fin de que el donante pueda ejercer su derecho con las cláusulas que se estimen oportunas al caso a fin de asegurar los debidos derechos de los donantes.

Del mismo modo respecto a las posibles rupturas antes de la celebración del matrimonio y que impida que éste se lleve a cabo. Piénsese en el donante que reside en el extranjero y no tenga mucha comunicación con los futuros esposos, difícil le resultaría enterarse de esta ruptura si no le es comunicada expresamente.

⁵⁷⁶ Ex art. 177.1.2, Ley 2/2006, cit.

⁵⁷⁷ Ex art. 35.3 Ley 10/2007, de Reg. Econ. Matrimonial Valenciano, cit.

⁵⁷⁸ Art. 35.3 Ley valenciana cit.

Pactos asimismo interesantes y convenientes serían los referidos, para el caso de las revocaciones que comentamos, al régimen a seguir en el supuesto que los bienes donados estuvieran afectos al levantamiento de las cargas del matrimonio contemplado en el art. 35.2 de la Ley Valenciana tanto si el donante se hubiere reservado el usufructo como si no.

Finalmente, la autonomía de la voluntad del donante, las circunstancias que rodean al enlace, puede hacer conveniente ejercer el derecho de renuncia a tal revocación que asiste al donante⁵⁷⁹ y que el pacto expreso a tal fin se hace necesario para generar confianza, si fuera necesario, en aras a asegurar el cumplimiento del protocolo Familiar.

3.3. Los contratos prematrimoniales en relación al protocolo familiar.

La realidad imperante en la actualidad nos lleva a afirmar las profundas transformaciones que está sufriendo nuestro país en los ámbitos jurídico, social y político y que ha conllevado a unos paquetes de medidas legislativas muy importantes e innovadoras que ha revolucionado todo este amplio panorama y que ha afectado enormemente al régimen jurídico matrimonial y familiar que existía en el período predemocrático, anterior a la promulgación de nuestra Carta Magna.

Estas son las normas legislativas más significativas y cruciales que han promovido estos cambios en el Derecho de Familia, y que han supuesto, sin duda en estas últimas cuatro décadas, un reconocimiento cada más amplio a la autonomía privada a los esposos y que, unido a la jurisprudencia menor y mayor que estudiaremos, ha supuesto lo que ya venimos apuntando desde el inicio de este trabajo: una *progresiva contractualización del Derecho de Familia a través de la libertad de pactos legalmente reconocida a los cónyuges*.

⁵⁷⁹ Art. 35.4, Ley valenciana «4. A pesar de concurrir causa de revocación de las donaciones por razón de matrimonio, el donante podrá renunciar al ejercicio de la revocación, de forma unilateral o convenida, con el donatario o donatarios, novando de esta manera, en su caso, la anterior liberalidad»

Entre los más insignes juristas, la más reputada Doctrina, Jurisprudencia, investigadores, académicos y la casi totalidad de los prácticos del Derecho de Familia coincidimos en afirmar que la autonomía de la voluntad de los esposos se lleva a cabo a través del término acuñado por DÍEZ PICAZO,⁵⁸⁰ los llamados *negocios jurídicos de Derecho de Familia* entre los que encontramos, principalmente, los siguientes:

- a) Las capitulaciones matrimoniales.⁵⁸¹
- b) El convenio regulador.⁵⁸²
- c) Los pactos privados para los supuestos de separación de hecho.⁵⁸³

Procedamos a continuación a repasar las leyes que han vehiculizado la expansión de esta libertad contractual de los esposos reflejándolas a continuación por orden de importancia:

1º) La *Ley 14/1975, de 2 de mayo*,⁵⁸⁴ que haciéndose eco del cambio social apuntado, expresa en su Preámbulo «Las profundas transformaciones que ha experimentado la sociedad hacen aconsejable y conveniente una revisión del derecho de familia» y que, en palabras de RUBIO, «persigue como objetivo principal eliminar las tradicionales restricciones que han venido afectando a la capacidad de obrar – o, al menos, a la posibilidad de actuar con plena eficacia- de la mujer casada».⁵⁸⁵

⁵⁸⁰ DÍEZ PICAZO y Ponce de León, L. *La figura del convenio regulador en el marco del negocio jurídico familiar y de los principios constitucionales del derecho de Familia*. Obra colectiva: *Convenios reguladores de las relaciones conyugales paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio*. Ed. Universidad de Navarra, S.A., 2ª Edic. Pamplona 1989.

⁵⁸¹ Tratadas en otro capítulo de este trabajo.

⁵⁸² Sancionado judicialmente o no y, en función de tal circunstancia, con efectos jurídicos distintos pero válido en ambos supuestos siempre que cumplan las condiciones y requisitos legales que iremos indicando a lo largo del estudio.

⁵⁸³ Que serán estudiados ampliamente en otro capítulo de este trabajo.

⁵⁸⁴ Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges. BOE» núm. 107, de 5 de mayo de 1975, páginas 9413 a 9419.

⁵⁸⁵ RUBIO, Enrique. *La Ley de 2 de mayo de 1975. Comentarios a una reforma*. P. 1.

http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/11928/1/La%20ley%20de%20de%20mayo%20de%201075,%20comentarios%20a%20una%20reforma%20Vol%206_1979-3.pdf.

España en los últimos coletazos políticos del régimen dictatorial y camino de una transición política hacia la democracia debía ir asentando los valores en pro de la igualdad de derechos y deberes entre hombres y mujeres y ello pasaba necesariamente por la desaparición de las discriminaciones legales que venía sufriendo la mujer, por razón de sexo, siendo esta Ley un paso necesario para la carrera a meta de tales objetivos sociales, jurídicos y políticos. En esta misma línea la Ley 11/1990.⁵⁸⁶

Un paso siguiente, y tres años más tarde de promulgarse la CE, hallamos la publicación de las siguientes leyes en esta materia a fin de adaptarlas a los principios constitucionales de la Carta Magna del 78.

Así, la siguiente norma regula materia de filiación, potestad y régimen económico matrimonial.

2º) La *Ley 11/1981, de 13 mayo*,⁵⁸⁷ que, en palabras del propio preámbulo del texto legal «modifica el título V del libro I del Código Civil, con los artículos ciento ocho a ciento cuarenta y uno comprendidos en el mismo».

La importancia de esta Ley la hallamos en la reforma que llevó a cabo de, entre otros, los artículos 1.323, 1.324 y 1.458 del CC, consagrando con ello el principio de absoluta libertad de contratación de los esposos para celebrar entre sí toda clase de contratos y negocios jurídicos.

Apenas unos meses después, se promulgaría la 1ª Ley de divorcio postconstitucional para dar respuesta a una realidad imperante en España de parejas separadas, unidas de hecho con otras personas por imposibilidad de ruptura del vínculo anterior.

⁵⁸⁶ Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del CC en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.

⁵⁸⁷ Ley 11/1981, de 13 mayo de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. BOE» núm. 119, de 19 de mayo de 1981, páginas 10725 a 10735. <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1981-11198>.

3º) La *Ley 30/1981, de 7 de julio*,⁵⁸⁸ que introdujo la figura del convenio regulador en su art. 90 del CC para la regulación en los supuestos de separación, nulidad y divorcio. Esta figura supuso, en expresión de GONZÁLEZ DEL POZO, una «privatización del matrimonio al conferir a la voluntad de los cónyuges, plasmada en dicho convenio, la categoría de primera fuente jurídica de ordenación o regulación de los efectos derivados de la crisis matrimonial».⁵⁸⁹

4º) La *Ley 13/2005*⁵⁹⁰ que vino a reconocer el derecho a contraer matrimonio con personas del mismo sexo dando amparo a los preceptos constitucionales que proclaman la igualdad entre sexos⁵⁹¹ en aras a contribuir al desarrollo de la libre personalidad del art. 10 de la misma norma fundamental. En esta línea argumental se expresa su Exposición de Motivos:

<<La relación y convivencia de pareja, basada en el afecto, es expresión genuina de la naturaleza humana y constituye cauce destacado para el desarrollo de la personalidad, que nuestra Constitución establece como uno de los fundamentos del orden político y la paz social. En consonancia con ello, una manifestación señalada de esta relación, como es el matrimonio, viene a ser recogida por la Constitución, en su artículo 32, y considerada, en términos de nuestra jurisprudencia constitucional, como una institución jurídica de relevancia social que permite realizar la vida en común de la pareja>>.

Así pues estas dos últimas leyes referenciadas, unidas a las correspondientes modificaciones de la ley procesal en orden a regular los cauces procesales oportunos para la tramitación de los procedimientos tendentes a la separación, nulidad y divorcio, supusieron la gran revolución en esta materia.

⁵⁸⁸ La *Ley 30/1981, de 7 de julio*, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. BOE de 20 de julio de 1981. http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/130-1981.html.

⁵⁸⁹ GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. *Acuerdos y contratos prematrimoniales (I)*. Boletín de Derecho de Familia. Año VIII, núm. 81, julio 2008. P. 10.

⁵⁹⁰ *Ley 13/2005, de 1 de julio*, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

⁵⁹¹ Preámbulo *Ley 13/2005, de 1 de julio*, cit. «La relación y convivencia de pareja, basada en el afecto, es expresión genuina de la naturaleza humana y constituye cauce destacado para el desarrollo de la personalidad, que nuestra Constitución establece como uno de los fundamentos del orden político y la paz social. En consonancia con ello, una manifestación señalada de esta relación, como es el matrimonio, viene a ser recogida por la Constitución, en su artículo 32, y considerada, en términos de nuestra jurisprudencia constitucional, como una institución jurídica de relevancia social que permite realizar la vida en común de la pareja».

Coincidimos con LINACERO en afirmar al respecto:

Las últimas reformas del Derecho de Familia, especialmente las Leyes 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, y 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, permiten afirmar que estamos asistiendo a una auténtica redefinición del Derecho de Familia, que en algunos aspectos esenciales se asienta sobre bases que implican una quiebra o ruptura con el sistema anterior.⁵⁹²

Y ya el último, de momento, el hito reformador en esta materia.

5º) La *Ley 15/2005*,⁵⁹³ la llamada coloquialmente *ley del divorcio exprés* que vino a suponer un reforzamiento a la autonomía de los cónyuges en dos aspectos fundamentales. A saber:

a) Porque les permite les amplía su autonomía facilitándoles el acceso a la disolución matrimonial desobjetivizando las causas para ello⁵⁹⁴ y reconociéndoles de esta forma su derecho respectivo a no continuar casados⁵⁹⁵ sin la concurrencia de una causa objetiva.

b) Porque acoge el poder decisorio de los progenitores respecto a la fijación del ejercicio corresponsable de la patria potestad de los hijos menores habidos del matrimonio⁵⁹⁶ por una parte, y por la otra, porque les permite que pacten sobre la guarda y custodia compartida o monoparental de sus vástagos,⁵⁹⁷ admitiendo el precepto hasta

⁵⁹² LINACERO DE LA FUENTE, María. Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Foro, Nueva época, núm. 2/2005: 411-438 ISSN: 1698-5583. P. 412.

⁵⁹³ Ley 15/2005, de 8 de julio, Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE núm. 163 de 09 de Julio de 2005). El llamado «divorcio exprés».

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/115-2005.html.

⁵⁹⁴ Como ocurría en la legislación anterior, Ley 30/1981, de 7 de julio, ex arts. 73, 81 y 86 CC, en materia de nulidad, separación y divorcio, respectivamente.

⁵⁹⁵ Vid. Exposición de Motivos de la Ley citada.

⁵⁹⁶ Arts. 92. 4 del CC «Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges».

⁵⁹⁷ Vid. Art. 92.5 CC «Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos».

dos oportunidades para que los cónyuges lleguen a un consenso al respecto: bien proponiéndolo *ab initio* en el convenio regulador, o bien, a lo largo de todo el procedimiento y hasta el momento previo de dictar sentencia.

A tales efectos, indicar que en la *praxis* habitual, la mayoría de los juzgados de Familia, son muy receptivos a todas las posibilidades que ofrezcan las partes⁵⁹⁸ - a través de sus abogados - para intentar un acuerdo en este punto, llegando al límite de hacer un último llamamiento al efecto a las partes al inicio de la apertura del juicio oral señalado a tales fines y, en muchos casos, haciéndoles un llamamiento a la mediación familiar para solucionar el conflicto.

En definitiva, estamos asistiendo a una nueva dimensión jurídica del Derecho de Familia que se ve constatada con la imparable y abundante legislación nacional, autonómica, y constitucional⁵⁹⁹ a los que debemos añadir los instrumentos comunitarios e internacionales que estamos viendo a lo largo de esta tesis - ratificados por España y que forman parte de nuestro acerbo legislativo - que está llevando a cabo un proceso renovador y actualizado de nuestro Derecho de la persona en general y de la Familia en particular. A los que hay que añadir, necesariamente, la importante labor como fuente de Derecho que está llevando a cabo la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal revisando los asuntos que se le son sometidos por las Instancias judiciales previas.

Examinadas las cuestiones legislativas, pasemos ahora a analizar los cambios sociales que se están operando en nuestro entorno más inmediato.

Según los datos ofrecidos por el Consejo General del Poder Judicial durante el año 2014 se produjeron en España la friolera cifra de 133.441 rupturas.

⁵⁹⁸ Siempre atendiendo el *favor filii* y evitando situaciones de desigualdades legales entre ambos cónyuges.

⁵⁹⁹ Vid. Arts. 9.2, 10.1, 14, 32, 39, 40 y 50 de la CE.

En efecto, las quiebras de uniones afectivas⁶⁰⁰ son cada día más numerosas y sus efectos devastadores más si no tenemos la previsión de preverlos y consensuarlos en un momento de frialdad *ab initio* de la relación cuando las voluntades están bien avenidas.

¿Que este hecho puede resultar *poco romántico*? Lo admitimos, pero menos alentador resultan los resultados cuando no se han previsto.

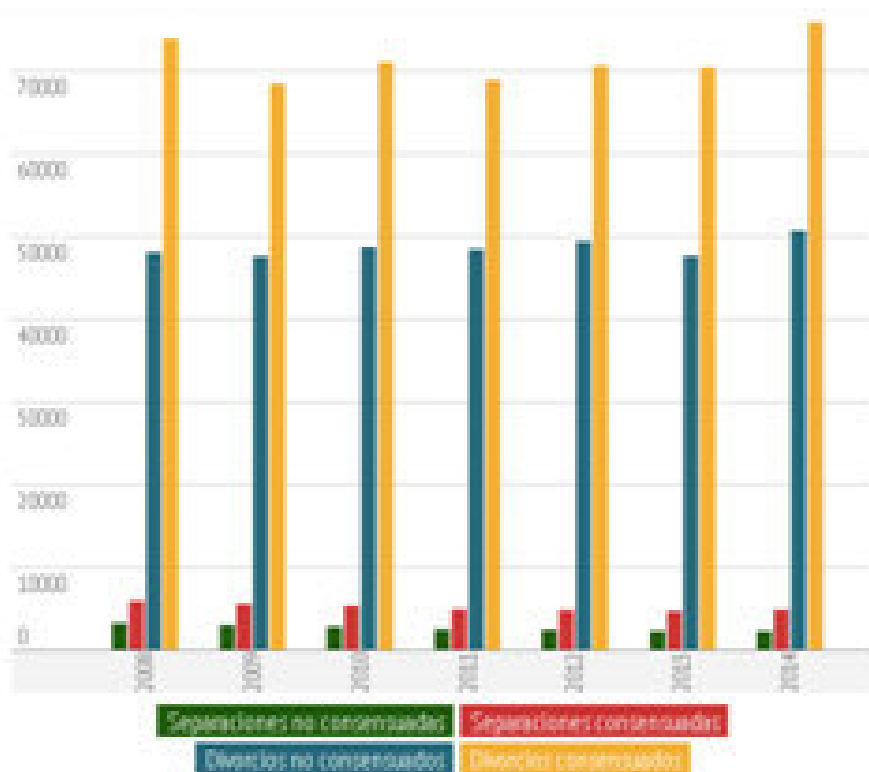
Efectos más negativos aún si cabe cuando nos referimos a las consecuencias que dichas rupturas afectivas tienen en el seno de las empresas familiares cuando uno o varios de sus miembros se ven implicados en ellas y, por lo tanto, su resulta y efectos le son salpicados.

Es por ello, que se hace preciso prever estas posibles futuras situaciones en evitación de los efectos letales que puede acarrear su falta de previsión porque está demostrado que los desencuentros afectivos ni siquiera se ven afectados (o muy mínimamente) en momentos de crisis económica.

Baste para demostrar lo que venimos argumentando estudiar el gráfico comparativo de estas rupturas desde el año 2008 a 2014, período de gran crisis económica y laboral en España, para poder constatar lo que venimos diciendo: que aun cuando hay dificultades económicas (o tal vez también por ellas) las parejas afectivas se rompen igualmente⁶⁰¹ o en mayor medida.

⁶⁰⁰ Adelantamos que nos referiremos a uniones afectivas haciendo referencia tanto a las matrimoniales como a las o matrimoniales, bien sea parejas de hecho o de Derecho.

⁶⁰¹ Gráfico ofrecido por el rotativo *El Confidencial*, el 20.3.2015 sobre datos obtenidos del CGPJ. http://www.elconfidencial.com/espana/2015-03-22/nos-casamos-menos-y-nos-divorciamos-mas-asi-han-evolucionado-las-familias-espanolas_731011/



Fuente: OGI

Como podemos apreciar el número de rupturas es similar en el inicio de la crisis (2008) como hasta el año pasado 2014, apreciando un ligero descenso en los procesos de divorcios consentidos (franja naranja) entre los años 2009 y 2013, repuntando el año pasado notablemente.

Hemos de señalar, no obstante, que las causas de este incremento de divorcios se deben, entre otras, a la línea jurisprudencial que mantienen los Órganos Jurisdiccional a favor de la custodia compartida,⁶⁰² lo que supone que se vean casi eliminadas las pensiones alimenticias que se convierten en el mantenimiento de los hijos a cada progenitor durante el período que le corresponde hacerse cargo de los hijos y los gastos extraordinarios de éstos a mitades.

⁶⁰² En ese sentido se manifiestan principalmente el TS, algunas AP, en especial la valenciana, y muchos juzgados de familia.

También, en la mayoría de los casos, el régimen de guarda y custodia compartida lleva aparejada el uso también compartido de la vivienda familiar lo que anima a muchos progenitores varones a solicitar el divorcio con ciertas posibilidades de compartir hijos y custodia en condiciones de igualdad con la progenitora madre.

Ello hace que el temor que antaño padecían muchos hombres de que la custodia habitualmente (en un 90% de los casos) era monoparentalmente atribuida a la madre y la posibilidad de ver muy reducida su posibilidad de ver /criar a sus hijos⁶⁰³ se vea eliminado (o en una gran parte paliado) con esta modalidad, lo que les lleva a ser ellos parte activa en la solicitud de los procedimientos de ruptura matrimonial o de parejas de hecho.

Lo expuesto explicaría el hecho que en 2008 se produjeran 130.873⁶⁰⁴ solicitudes de rupturas frente a las 133.441⁶⁰⁵ del año 2014, lo que supone un incremento en 2014 de 2.568 más que en 2008, es decir, un 1,96% de incremento respecto al año inicial de la crisis económica.

A ello, debemos añadir que el boom de los divorcios se produjo en el año 2005 con la promulgación de la Ley 13/2005, comúnmente llamada del «divorcio exprés» por cuanto desaparecieron las causas objetivas imperantes para solicitar el divorcio, permite la solicitud directa de la disolución del vínculo marital sin necesidad de pasar previamente por la separación y transcurridos 3 meses desde la celebración del enlace, lo que conduce a un buen incremento de solicitudes de divorcio directamente en nuestro país.

⁶⁰³ Cabe recordar que con la Ley 7/1981, de 30 de julio, del divorcio, generalmente la guarda y custodia se le atribuía a la madre quedando el padre, normalmente, con un régimen de visitas de fines de semanas alternos y vacaciones escolares por mitades.

⁶⁰⁴ 73.826 procedimientos de divorcio consensuados; 47.977, divorcios contenciosos; 5.910 separaciones consensuadas; 3.160 separaciones no consensuadas. Datos ofrecidos por el rotativo *El Confidencial* 22.3.2015 cit. obtenidos del CGPJ.

⁶⁰⁵ 75.795 procedimientos de divorcio consensuados; 50.605, divorcios contenciosos; 4.802 separaciones consensuadas; 2.239 separaciones no consensuadas. Datos ofrecidos por el rotativo *El Confidencial* 22.3.2015 cit. obtenidos del CGPJ.

Hasta la propia Rota Romana se hace eco de la realidad de las rupturas afectivas a través del incremento en la petición de nulidades matrimoniales canónicas lo que no es otra cosa que un claro síntoma de que el «fracaso matrimonial se ha convertido en un fenómeno corriente».⁶⁰⁶

El tema es tan evidente que algún sector de la sociedad se atreve a elucubrar sobre la posibilidad de predecir los futuros divorcios en base a una fórmula matemática.⁶⁰⁷

Es por ello que, para paliar los efectos catastróficos de las rupturas se hace preciso fijarlas previamente cuando las voluntades están bien avenidas.

El que en España no exista una gran cultura sobre estos pactos previos al matrimonio no les exime de su eficacia y validez como negocio jurídico de Derecho de Familia que son y al amparo de la libertad contractual que las leyes en nuestro país otorgan a los esposos para celebrar entre sí cualquier tipo de acuerdos o pactos por razón de su futuro matrimonio y, cómo no, en previsión de una futura ruptura marital.

Ya lo dijo ULPIANO: *pacta sunt servanda*,⁶⁰⁸ o lo que es lo mismo, los pactos han de ser respetados y cumplidos por las partes de acuerdo con el principio de la buena fe que inspira todo negocio jurídico. En palabras de GÓMEZ ROYO «Esta frase sintetiza la máxima jurídica establecida, con carácter espiritualista, por el Derecho Canónico: «*pacta quantum cumque nuda, servanda sunt*».⁶⁰⁹ Vinculación obligatoria que asimismo

⁶⁰⁶ Alfa y Omega. Seminario Católico de Información. Ed. Nacional. N° 388/5II-2004

⁶⁰⁷ Diario 20 minutos. 7.9.2011. Titular: *descubren una fórmula para predecir divorcios*. La noticia comenzaba así «Un estudio de la Universidad Politécnica de Valencia predice un incremento significativo de divorciados en España durante los próximos años. El estudio se basa en la resolución de un modelo matemático de sistemas de ecuaciones lineales y cuadráticas basadas en datos de las encuestas del INE, a partir de los cuales es posible predecir el número de divorciados en diferentes escenarios económicos. Así, en el hipotético caso de un cambio político tras los comicios de noviembre, la cifra de divorciados se situaría en 2.150.000 en el año 2015, 690.000 más (50%) que en 2010 (cuando se registraron 1.460.000), aunque estos valores pueden variar en función del escenario económico».

⁶⁰⁸ D.2.14.7.7: «*pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta principum neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo*».

⁶⁰⁹ GÓMEZ ROYO, E., ESPINOSA ISACH, J.M., MONTAÑANA CASANÍ, A., LÁZARO GUILLAMÓN, M.C., PIQUER MARÍ, J.M. *Fraseología jurídica latina. Términos, expresiones y brocardos utilizados en las sentencias de los Tribunales*. 2ª Edic. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2014. P.176.

recoge nuestro código sustantivo en su artículo 1091 «Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos».⁶¹⁰

Por ello y por la importancia que revisten los pactos, nos parece importante - con carácter previo a entrar de lleno a estudiar estos pactos o acuerdos – señalar la distinción Ulpiniana entre pacto⁶¹¹ y convención,⁶¹² conceptuando el primero como el consentimiento de dos o más persona sobre la cosa convenida y el segundo, como el conjunto de pactos sobre los que se transigen consentida⁶¹³ y voluntariamente, pues a pesar de la generalidad del vocablo «convención», parafraseando a PEDIO,⁶¹⁴ no hay ningún contrato ni ninguna obligación (sea verbal o contractual) que en sí no contenga una convención pues aún la estipulación que se hace verbalmente es nula si no media el consentimiento.

Comencemos pues a adentrarnos en el intrincado universo jurídico de la autonomía de la voluntad, *ratio essendi* del *ius privatum* y sus límites marcados por el *ius publicum*, sin perder la idea romana de la obligación de cumplir las partes lo que entre ellas pactaron pues, en palabras del propio ULPIANO, «Quid enim tam congruum fidei humanae, qua mea, quae inter eos placuerunt, servare?»⁶¹⁵

En la misma línea apunta GÓMEZ ROYO «El jurista Ulpiano dice que todo el conjunto del derecho se divide en público y privado. Llama Derecho Público al que pertenece a los intereses de la *res pública* y Privado al que rige los intereses de los particulares. Esta magna distinción se mantiene hasta nuestros días»⁶¹⁶

⁶¹⁰ También y en concordancia, vid. los artículos 1256 a 1258, 1260 y 1278 del CC.

⁶¹¹ D.2.14.1.2 «Et est pactio duorum pluriumve in ídem placitum consensus»

⁶¹² D.2.14.1.3 «Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt, qui inter se agunt...»

⁶¹³ D.2.14.1.3, último párrafo «Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius, nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re, sive verbis fiat; nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est».

⁶¹⁴ D. 2.14.1.3, cit.

⁶¹⁵ D.2.14.1.

⁶¹⁶ GÓMEZ ROYO, E. ESPINOSA ISACH, J.M., MONTAÑANA CASANÍ, A., LÁZARO GUILLAMÓN, M.C., PIQUER MARÍ, J.M. *Fraseología jurídica latina. Términos, expresiones y*

Entre el marco jurídico de los preceptos legales que enmarcan esta libertad contractual, destacamos los siguientes:

- El art. 1.255 CC in fine que les permite celebrar «cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo»⁶¹⁷
- El art. 1.091 CC que explicita la fuerza vinculante inter partes de los contratos obligando a su cumplimiento.
- El art. 1.261 CC que establece los requisitos esenciales para la validez de los contratos: Consentimiento de las partes, objeto cierto y causa de la obligación establecida.
- El art. 90 CC, referido a la forma *as substantiam* y contenido mínimo que ha de tener respecto de las materias objetos de los acuerdos que deben recogerse en él.
- El art. 1.328 CC por cuanto señala los límites de los acuerdos sancionando con la nulidad las convenciones contrarias a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativa⁶¹⁸ de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge.
- El art. 1.814 CC, que prohíbe transigir sobre «el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros».
- El art. 10 de la Constitución Española que consagra el principio de la libertad y al libre desarrollo de la personalidad.
- El art. 1 de la CE que proclama la libertad como uno de los valores supremos del ordenamiento jurídico.
- El art. 9.3 CE respecto a la seguridad jurídica.
- los arts. 14 y 32.1 CE que consagra los principios de igualdad.
- El art. 39.1 CE que señala la protección de la familia.

brocardos utilizados en las sentencias de los Tribunales. 2ª Edic. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2014. P.148.

⁶¹⁷ Permite amén de pactar en capitulaciones matrimoniales su régimen, extinción, modificación, etc. amplía este precepto las facultades a los esposos a cualesquiera otras convenciones o acuerdos por razón del matrimonio que van a contraer.

⁶¹⁸ Además, entendemos nula aquéllas convenciones que fueran discriminatorias o desiguales para alguno de los esposos o que lo situara en clara desventaja respecto del otro.

Un gran paso en torno a la libertad contractual de los cónyuges, lo dio la Ley 15/2005 que supuso un reconocimiento a la autonomía privada de éstos para regular su realidad matrimonial y su posible futura crisis en aras a acoplarla a la realidad social, familiar, personal y circunstancial del matrimonio en concreto y no en abstracto.

De tal forma su Exposición de Motivos indica:

1) Que esta Ley «pretende que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio. El reconocimiento por la Constitución de esta institución jurídica posee una innegable trascendencia, en tanto que contribuye al orden político y la paz social, y es cauce a través del cual los ciudadanos pueden desarrollar su personalidad».

2) Que de acuerdo con dichos principios «esta ley persigue ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial. Con este propósito, se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge».

No obstante, tales libertades, ya hemos apuntado quedan circunscritas a las limitaciones legales apuntadas y que iremos viendo cómo se traducen en la validez y eficacia que asisten a los pactos celebrados entre los esposos.

Vamos a tratar, seguidamente, los distintos contratos y pactos en el marco general de la autonomía de la voluntad con las limitaciones legales al efecto pero tratando de dar soluciones a esta realidad social de rupturas que se están produciendo en la sociedad actual como una realidad imperante digna de estudio.

Para ello, distinguiremos los prematrimoniales (estudiados en este capítulo) de los preconvivenciales⁶¹⁹ por cuanto si bien ambos pueden regular situaciones de convivencias y los efectos de una posible ruptura, el primero lo hace partiendo de la base de la existencia de un futuro matrimonio que ya posee una extensa regulación jurídica (en cuanto a derechos y deberes inherentes de la condición matrimonial)⁶²⁰ y el segundo para regular la futura convivencia «more uxorio»⁶²¹ bien de hecho y/o de Derecho.⁶²²

La importancia de regular los efectos de una posible ruptura afectiva son fundamentales sobre todo cuando uno de los miembros de la pareja o los dos forman parte de Empresas Familiares y los descalabros económicos que pudieran producirse por la falta de previsión podrían hacer peligrar la estabilidad y futuro de la misma mercantil.

Las enormes fortunas que algunos de los empresarios más famosos y sonados por la prensa de todo color así lo avalan convirtiendo y pasando a determinadas ex esposas del anonimato a la lista de mujeres más ricas del mundo por la famosa lista *Forbes* como veremos más adelante.

Hagamos pues que el negocio sea la Empresa Familiar y no el matrimonio/divorcio de sus miembros en aras a conseguir su proyección, estabilidad y transmisión generacional.

⁶¹⁹ Abordados en el siguiente capítulo de este trabajo doctoral.

⁶²⁰ Art. 67, 68 y concordantes del Código civil.

⁶²¹ Al que dedicaremos capítulo autónomo de esta tesis doctoral.

⁶²² Inscrita en el registro de Parejas de Hecho correspondiente.

3.4 Los acuerdos de las parejas de hecho en relación al Protocolo Familiar.

<<Desde que en 1982, y auspiciado por el Consejo de Europa, se celebró el primer y único Congreso sobre parejas no casadas, son muchos los países de la Unión Europea que, de una forma u otra, han ido adaptando sus respectivas legislaciones a este fenómeno convivencial, tendiendo a equiparar, total o parcialmente, a estas parejas con los matrimonios.

En España, la convivencia estable en pareja se ha ido normalizando en diversos textos legislativos, como el nuevo Código Penal, la Ley de Arrendamientos Urbanos, la Ley Orgánica del Poder Judicial o la Ley Reguladora del Derecho de Asilo y la Condición de Refugiado, en consonancia con la realidad sociológica que representan y su aceptación social generalizada en un sistema político, social y democrático.

El artículo 39 de la Constitución Española contiene la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. En este artículo no existe referencia a un modelo de familia determinado y predominante, lo que hace necesaria una interpretación amplia de lo que debe entenderse por familia, consecuente con la realidad social actual y con el resto del articulado constitucional referido a la persona.

En este sentido, los principios de libertad e igualdad (que la Constitución Española reconoce como valores superiores del ordenamiento jurídico -artículo 1.1-, principios de actuación -artículo 14-, derechos fundamentales -artículos 14 y siguientes-), así como el principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 y el derecho a la intimidad del artículo 18 hacen preciso, en materia de relaciones personales, respetar y amparar todas las situaciones⁶²³>>

No se puede expresar mejor, así pues, dada la gran importancia y el reconocimiento social y jurídico que se les está dispensando a este tipo de uniones a todos los niveles de regulación jurídica y en orden a examinar la libertad de pactos de los miembros de la misma en aras a la consagrada autonomía de la voluntad que venimos predicamos, es por ello que consideramos de vital importancia *ad casum* conocer esa posibilidad legal y material de pactar, su contenido y sus limitaciones a la luz del orden jurídico nacional y autonómico establecido en nuestro país.

Nos gustaría comenzar este apartado con unas palabras de NAVARRO VALLS:

<<la regulación de las relaciones familiares avanza a marchas forzadas hacia un sistema plural. En el centro del nuevo universo el punto de referencia es la familia de base conyugal, aunque a su alrededor comienzan a girar fenómenos paramatrimoniales que demandan regulaciones jurídicas moduladas. En este contexto... el matrimonio canónico es un hábitat jurídico caracterizado por el libre mercado de oferta, en el que el término matrimonio se torna polisémico, desempeña una función de punto de referencia, hasta ahora inédita⁶²⁴>>

⁶²³ Exposición de Motivos, Ley Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura. Publicado en DOE núm. 42 de 08 de Abril de 2003 y BOE núm. 111 de 09 de Mayo de 2003.

http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/ex-15-2003.html

⁶²⁴ NAVARRO VALLS, R; *El retorno del matrimonio*; separata esta que sirvió de base a la ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho canónico celebrado en Pamplona en septiembre de 1998.

Qué duda cabe que las llamadas «parejas de hecho» «uniones estables» «relaciones more uxorio» «parejas no casadas» «uniones paramatrimoniales» o simplemente «uniones de hecho» son una realidad social hoy en día.

La complejidad que acompaña a este tipo de relaciones humanas no es menos diversa. De entrada hay que notar la pluralidad conceptual que existe para definir las. Mientras que la pareja casada se la denomina “matrimonio” a este otro tipo de relación la doctrina, la jurisprudencia y la gente corriente no cabe duda de que, entre todos, hemos acuñado un buen número de conceptos. Sea como fuere, las mismas existen y además tienen su amparo constitucional tal y como veremos más adelante.

Estas situaciones convivenciales han ido generando una serie de derechos *ab initio*, a falta de regulación específica, por vía de hechos a través de los casos que han acudido a los Tribunales y que éstos ante la situación de desamparo en que se han quedado algunos de los convivientes de hecho. Así y en aras a proteger el interés más necesitado les han ido otorgando/reconociendo, decimos, una serie de derechos que iremos viendo. Es más, ante la ausencia de estos pactos, los Tribunales han acudido a la llamada *pacta concludentia*, es decir a los comportamientos de la pareja, para, a través de ellos, deducir la voluntad tácita de sus miembros con arreglo al comportamiento mantenido durante dicha relación convivencial.

No obstante y paralelamente, las Comunidades Autónomas con competencia para legislar en la materia, han ido promulgando sucesivas Leyes regulando, cada una a su manera, estas parejas de hecho, siendo que en la actualidad existen ya promulgadas 12 Leyes autonómicas que regulan este tipo de parejas estables o de hecho. Son las siguientes:

Madrid,⁶²⁵ Baleares,⁶²⁶ Asturias,⁶²⁷ Andalucía,⁶²⁸ Canarias,⁶²⁹ Extremadura,⁶³⁰ País Vasco,⁶³¹ Cantabria,⁶³² Comunidad Valenciana,⁶³³ Aragón,⁶³⁴ Cataluña⁶³⁵ y Navarra.⁶³⁶

⁶²⁵ Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid.

⁶²⁶ Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables.

⁶²⁷ Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables.

⁶²⁸ Ley 5/2002, de 16 de diciembre de Parejas de Hecho.

Toda esta normativa permite y más aún recomienda y aconseja la regulación de dicha convivencia así como de los efectos de una posible ruptura por medio de pactos con fundamento en la libertad contractual en base al crítico precepto 1.255 de nuestro cuerpo sustantivo. De la validez y eficacia de esos pactos, y de su posible contenido, trata el presente capítulo de investigación doctoral.

Finalizamos este apartado, no sin advertir, la diversa tipología de parejas de hecho (homosexuales y heterosexuales) que se pueden originar hoy en día en base a diversos fundamentos o razones. Tan es así que algunos autores realizan su propia clasificación que a continuación resumimos brevemente sus líneas argumentales. MORO ALMARÁZ, M.J. y SÁNCHEZ CID, I. vienen a sistematizarla por contraste comparativo al matrimonio y resumen en que ambas realidades son asimilables por cuanto que suponen «la unión de dos personas que deciden vivir juntos de manera estable, más o menos duradera en el tiempo, para desarrollar un proyecto de vida en común»; y «Que se diferencian en que el matrimonio sólo puede estar compuesto con carácter heterosexual mientras que las parejas de hecho pueden ser, bien heterosexuales, bien homosexuales. En cuanto a la existencia o no del vínculo; y a su constitución y resolución o extinción, respecto a los requisitos formales».⁶³⁷

Por su parte ESTRADA ALONSO viene a clasificar estas uniones en función de sus causas, dividiéndolas en tres apartados:

⁶²⁹ Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias.

⁶³⁰ Ley 5/2003, de 20 de marzo, de PREJAS DE Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

⁶³¹ Ley 2/2003, de 7 de mayo.

⁶³² Ley 1/2005, de 16 de mayo.

⁶³³ Ley 5/2012, de 15 de octubre, de la Generalitat, de Uniones de Hecho Formalizadas en la Comunidad Valenciana.

⁶³⁴ Artículos del 303 al 315 que dedica el Código de Derecho Foral de Aragón a las parejas estables.

⁶³⁵ Arts. 234-1 a 231-14 dedicados a las Parejas Estables y recogidos en el Libro Segundo de su Código Civil, dedicado a la persona y a la familia.

⁶³⁶ Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las Parejas Estables.

⁶³⁷ MORO ALMARAZ y otro... Ob., cit., p. 39.

a) Por imposibilidad de contraer nuevas nupcias debido a motivos económicos, permanencia de un vínculo anterior,⁶³⁸ impedimento de edad no dispensado,

b) Por motivos ideológicos: es el caso de las personas ácratas o que por sus condiciones de corte, digamos “liberal” no desean contraer vínculo al objeto de impedir toda intervención de orden público a sus relaciones (ej: comunidades hippies) y por motivos raciales y religiosos (es el caso de los matrimonios de los gitanos o cingaros cuyo ritual no tiene efectos civiles en nuestro país).

c) Otras causas: «pérdida de valores morales y religiosos, ignorancia y abandono de algunas zonas del mundo etc».⁶³⁹

SIMÓ SANTONJA atiende para su clasificación en orden a los factores, que a su leal saber y entender originan o pueden originar el nacimiento y proliferación de estas uniones, que él las denomina con preferencia “parejas no casadas” y que son:

<<la presión de la industrialización sobre la estructura familiar (crecimiento de la movilidad física y reducción de la frecuencia e intimidad de los contactos entre los miembros de la familia; divergencias entre estilos de vida y de gustos; expansión de servicios gubernamentales; aparición de un sistema de valores que prefiere el éxito individual al nacimiento; pérdida de autoridad de los miembros de la familia), la participación económica y la transformación del estatuto de la mujer (quebranta el lazo entre domicilio y trabajo), el desarrollo de políticas que inciden en la fecundidad; el nuevo concepto de igualdad de sexos (preparación para la vida profesional, medio de reconciliar responsabilidades familiares y actividad profesional); la aparición de estilos de vida diferentes)⁶⁴⁰>>

Nos parece acertado simplificar la clasificación en dos grandes grupos:

a) Personas que pueden optar libremente a ejercer su derecho del *ius nubendi*.

⁶³⁸ Matrimonio aún no disuelto por divorcio.

⁶³⁹ ALONSO ESTRADA, E. *Las Uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil Español*. CIVITAS 1991;. Págs. 35-43.

⁶⁴⁰ SIMO SANTONJA, V. L.; *Vida jurídica de las parejas no casadas*; Discruso de ingreso en la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación; Edit: AVJL año 1986 cuaderno núm. 62, págs. 19-20.

Es decir, las personas que pudiendo elegir entre el matrimonio y la unión de hecho, optan por ésta última, por cuanto que en la mayoría de los casos, muchas parejas se casaban para otorgar una mayor protección a sus futuros descendientes con la cubierta jurídica del matrimonio. Motivo éste inexistente en la actualidad debido a la legislación igualitaria que ampara los derechos de los hijos tanto sean habidos dentro o fuera de la institución matrimonial sin discriminación alguna por razón de ello.

En efecto, hoy en día, esa causa desaparece en función del ordenamiento jurídico que disponemos que equipara en igualdad de derechos a los hijos matrimoniales de los no matrimoniales, tramitándose los efectos de la ruptura de las parejas de hecho por los mismos cauces legales y procesales que los hijos matrimoniales en orden a la necesidad del reconocimiento de las medidas legales para éstos respecto de la guarda y custodia, pensiones de alimentos, regímenes de visita para el progenitor no custodio en el caso de custodia monoparental, o las condiciones para ejercer la custodia compartida por ambos progenitores y todos los pronunciamientos anejos que la asisten; el ejercicio de la patria potestad, generalmente conjunta, etc.

Si a ello le unimos la igualdad de éstos respecto de sus derechos sucesorios de los progenitores, le añadimos las dificultades económicas con las que se encuentran los jóvenes hoy en día y las mentalidades menos conservadores, tenemos que la llamada a matrimoniar es más limitada y cae frente a la facilidad de «vivir juntos sin más».

También es el caso actualmente de muchos viudos/as que al objeto de no «perder una pensión de viudedad de uno de ellos – normalmente escasas éstas- se ven abocados, algunos muy a su pesar- de tener una convivencia extramatrimonial para cumplir así su vida de afecto, cariño y, muchas veces, la sola compañía para mitigar el gran enemigo especialmente de nuestras personas mayores “la soledad”.

Pero no hay que olvidar que, aún hoy en día, contraer matrimonio posee una serie de ventajas frente a la mera convivencia «more uxorio» como son *ad exemplum*:

a) Los derechos sucesorios de la pareja en caso de defunción del otro miembro.

En estos casos dependerá de lo dispuesto legislativamente al efecto en cada Comunidad Autónoma. Cataluña, Aragón, Galicia, País Vasco y Navarra equiparan los derechos sucesorios del fallecido a los del cónyuge.⁶⁴¹

b) Vacaciones por razón de matrimonio.

No está contemplado en el estatuto de los Trabajadores los 15 días de vacaciones por unirse en pareja de hecho a no ser que lo contemple el propio Convenio Colectivo del sector.

A estos efectos, sería interesante, en aras a la igualdad, la libertad nubendi y el libre desarrollo de la personalidad, incluir en el PF de la EF una cláusula que contemple esta previsión en condiciones igualitarias a las parejas casadas legalmente.

c) Tributación IRPF.

Las parejas de hecho no gozan de la oportunidad de tributación conjunta que asiste en la actualidad a las parejas casadas con los consiguientes perjuicios económicos que ello supone por cuanto, ya hemos abordado a lo largo de este trabajo, que hoy en día en la inmensa mayoría de las parejas que se forman ambos miembros trabajan fuera del hogar y perciben rentas fruto de sus ocupaciones laborales.

d) Pensión compensatoria en caso de ruptura para el miembro más desfavorecido por la ruptura.

Sobre este particular, excepto en las Comunidades de Aragón, Baleares, País Vasco, Navarra y Cataluña que sí está regulado tal supuesto, el resto de las parejas del resto de

⁶⁴¹ Legislaciones Forales todas ellas las más avanzadas en esta materia.

comunidades deberán acudir a los Tribunales para que se les reconozca tal derecho, salvo que se halla pactado al respecto.

e) Régimen económico matrimonial.

A las parejas de hecho no se les aplica por defecto ningún tipo de régimen económico matrimonial, ni el de gananciales, ni el de separación de bienes, pero ambos miembros pueden pactar en documento público e inscribir en el registro un documento en el que se recoja el régimen económico que desean rija su convivencia.

2) Personas que, aunque lo deseen, no pueden contraer nupcias.

Aquí se encontrarían actualmente, además de las encuadrables referenciadas anteriormente por otros autores, y en nuestra legislación estatal y autonómica, las personas con vínculo jurídico anterior no disuelto.⁶⁴²

En estos supuestos se hallarían, asimismo, los menores de edad no emancipados y no dispensados judicialmente., y todos aquellos que no pueden contraer por existencia de vínculo de afinidad/consaguinidad que no puedan celebrar un matrimonio entre sí o prohibidos legalmente (matrimonio entre hermanos, incestuosos – padres con hijas natural o adoptada legalmente o fruto de reproducción asistida – inseminación artificial heteróloga...etc.). Tales prohibiciones ya se hacían en Derecho Romano.⁶⁴³ Esto respecto del territorio español que no tienen ley autonómica que regulen estas uniones.

Hablar de estas uniones y hablar de pactos preconvivenciales significa hacer referencia, aunque manida- pero obligada- si bien brevemente, a la protección unánime que en la actualidad dispensa nuestra Constitución Española,⁶⁴⁴ y en base a ella nuestros Tribunales – a través de la jurisprudencia que están generando –, han ido definiendo conceptos producidos por dichas situaciones y generando derechos a las mismas.

⁶⁴² Caso de la persona separada de hecho/legalmente aún no divorciada o anulado el vínculo jurídico.

⁶⁴³ JUSTINIANO ; INST.I.X.1-13; págs. 12-14

⁶⁴⁴ Arts. 10 y 39 de la CE.

El art. 39.1 del CE dispone: «Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia» y, por su parte, el art. 10.1 de la cita Carta Magna reconoce como derecho fundamental, entre otros, el libre desarrollo a todo individuo de su personalidad, y lo hace en estos términos: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad...» y además en dicho apartado justifica la intervención estatal como materia de orden público al respecto instituyendo al estado como garante del cumplimiento de estos derechos fundamentales.

Así de la interpretación conjunta de ambos preceptos, se ha basado nuestro Alto Tribunal Constitucional para amparar a las uniones de hecho como «uniones familiares protegidas por el derecho».

En efecto, DE VERDA Y BEAMONTE señala, tras realizar un profundo análisis al respecto de la familia de hecho y su amparo constitucional, concluye:

Por lo tanto, según el Tribunal Constitucional, dentro de la noción de familia contemplada en el art. 39.1 de la CE hay que situar las uniones no matrimoniales que tienen su origen en una decisión libre de los convivientes (que realizan, así, una determinada opción vital en el ejercicio de la libertad nupcial negativa) y en las que concurren las notas de unidad, estabilidad y afectividad, con lo que parece que debieran excluirse (a reserva de otros planteamientos más explícitos) aquellas uniones de hecho constituidas por más de dos individuos.⁶⁴⁵

Por todas estas razones hemos considerado necesario y oportuno analizar exhaustivamente estos pactos para los que le dedicamos un capítulo entero.⁶⁴⁶

4. Finalidad y eficacia de los *documentos complementarios de Derecho de Familia (DOCODEFA)*, en el Derecho Común y Foral o Autonómico.

Las finalidades de estos documentos complementarios y anejos al Protocolo de la Empresa Familiar son múltiples y sus ventajas muy variadas:

⁶⁴⁵ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.; Las uniones de hecho a la luz de la Constitución Española de 1978: estado de la cuestión en la legislación estatal y autonómica; Actualidad Civil, nº 2, págs.61 y 64.

⁶⁴⁶ Vid. Capítulo VIII de este trabajo.

1ª) Contribuir al cumplimiento del Protocolo Familiar marco.

2ª) Preservar la economía de la empresa familiar con la adopción de una serie de medidas que prevean las consecuencias de futuras rupturas afectivas, las palíe a fin de que la empresa no sufra merma en sus activos financieros. (Ej: capitulando y fijando el régimen de absoluta separación de bienes que quede fuera de un posible liquidación de sociedad legal de gananciales el reparto de acciones/participaciones o dividendos de la empresa familiar impidiendo, además, el ingreso del futuro ex cónyuge en la mercantil como consecuencia de la adjudicación de activos de la misma en el reparto de la disolución matrimonial)

3ª) Que los futuros consortes conozcan *ab initio*, con carácter previo al enlace, las condiciones económicas y las repercusiones de su futuro matrimonio e hipotética ruptura en los límites legales disponibles disponibles al efecto.

4ª) Compensar vía pactos económicos posibles desigualdades o desequilibrios que pudieran producirse como consecuencia del enlace en régimen de separación de bienes.

5ª) Pactar *a priori* cuando las voluntades están bien avenidas las posibles consecuencias de una ruptura afectiva en un momento donde los ánimos están calmados evitando con ello un futuro proceso matrimonial contencioso y de resultados inciertos en un futuro que ,s in duda, generaría situaciones ambientales desagradables en el caso de que ambos consortes trabajaran en la misma mercantil, cosa que suele suceder a menudo.

6ª) Delimitar cuantías para el levantamiento de cargas familiares (arts. 1.362 y 1.438, ambos del CC), indemnizaciones determinadas, y en proporción a sus recursos, en caso de ruptura que eviten en un futuro divorcios millonarios y desastrosos como se indican detalladamente a lo largo de este trabajo y que obviamos reproducir aquí en aras a la brevedad. (art. 4 RD 79/1990 del Régimen Económico Balear), etc....

7ª) Fijar cuantas condiciones sean precisas y negociadas acordes a las materias disponibles legalmente pero que consigan ajustar la realidad emotivo-empresarial a la realidad documental allanando el camino para el entendimiento y la negociación en momentos de futuras tempestades donde la mercantil sea la menos balanceada por el oleaje.

8ª) Determinar el fuero competencial aplicable en caso de divorcio según el *Reglamento (UE) N° 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.*⁶⁴⁷

En dicha norma europea se establecen una serie de fueros competenciales para conocer del futuro procedimiento legal de separación o divorcio, siempre a voluntad de las partes, y partiendo de la base del lugar de celebración del convenio o pacto, por lo que la inclusión dentro de las capitulaciones de tal fuero es fundamental. Dicho de otro modo, las partes convenientemente pueden de *facto* elegir la competencia territorial para dilucidar el futuro procedimiento judicial, pues posibilita pactar dicha elección en su

artículo 8 cuando dice: «A falta de una elección según lo establecido en el artículo 5, el divorcio y la separación judicial estarán sujetos a la Ley del Estado...».⁶⁴⁸

La importancia de tal pacto, insistimos, es innegable, puesto que los costes económicos, personales y temporales que supondría la tramitación del meritado procedimiento, además de las ventajas que supone conocer el derecho aplicable, es muy variable según se practique en el Estado conocido por alguno de los futuros esposos o en uno extranjero. Hecho éste que recobra más virtualidad e importancia en el supuesto

⁶⁴⁷ En efecto el art. 5 de dicho reglamento europeo establece una serie de fueros competenciales subsidiarios donde prima la elección de las partes: «Los cónyuges podrán convenir en designar la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, siempre que sea una de las siguientes: a) la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio. La ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos resida allí en el momento en que se celebre el convenio. La ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio, o, d) La ley del foro.

⁶⁴⁸ Vid., nota anterior.

que sea miembro de la EF, para sí mismo, para su familia empresaria y para la EF en orden a su prestación de servicios en la misma.

A mayor abundamiento, reiteramos aquí, la trascendencia que revisten especialmente estos pactos en lo que afecta a las EF por cuanto que hoy en día se producen más matrimonios de españoles con extranjeros debido a que los nietos de los fundadores de las EF (3ª generación) suelen ser universitarios y se marchan al extranjero a realizar estudios de postgrados para mejorar su formación a la hora de volver a España para incorporarse a la EF, y suelen conocer allí al/la que será su futuro consorte produciéndose este tipo de matrimonios internacionales.

9ª) Renunciar a la posible pensión compensatoria que pudiera corresponderle al futuro cónyuge en base a los artículos 1271, 1109, 1475 y el art, 6 todos del CC, que permite dicha renuncia siempre que no contraríe el orden público. Condiciones y posturas doctrinales que estudiamos y analizamos ampliamente a lo largo de los siguientes capítulos.

10ª) Finalmente, porque, con independencia de la seguridad jurídica de los documentos (que la tienen), y con ello su eficacia legal, existe una eficacia, para nosotros muy valiosa, que es la “moral”, es decir, aquella que las personas de buena fe la cumplen de *motu proprio* únicamente por su compromiso de haber firmado los distintos tipos de documentos. Y es esta precisa *suerte* de eficacia la que hace que, con independencia a veces de la legalidad o extralimitación de los límites de la voluntad, se cumpla porque nadie lleva a juicio (o a discusión) lo que entiende que voluntariamente firmó en su día.

Pero para poder delimitar con precisión el contenido, alcance, fines y eficacia de cada uno de estos instrumentos de Derecho de Familia, se hace preciso conocerlos en profundidad para poder manejarlos y adecuarlos al caso concreto.

Por ello y como quiera que el Derecho en general y el Derecho más privatista (el Civil y Familia) en particular, pretenden dar solución negocial y contractualmente a las realidades socio-jurídicas que se les presentan, se requiere su estudio actual en profundidad no sólo desde el punto del rigor del Derecho común sino atendiendo a las realidades jurídico-prácticas que se plantean en cada Comunidad Autónoma y que posee competencias delegadas en materia civil y familiar.

Esa misma realidad nos ha llevado a realizar un estudio actual de cada una de las regulaciones legislativas que en materia de Derecho de Familia, y más concretamente de las consecuencias de las rupturas afectivas, sus pactos y limitaciones legales, se ha hecho hasta la fecha en cada Comunidad Autónoma, para adecuarla a nuestro preciso estudio, cada vez que han realizado una ingente labor legislativa que las sitúa muy por delante del Derecho Común que bien precisa de una exhaustiva revisión en esta materia para que recoja la realidad actual en sintonía a las actuales regulaciones autonómicas o forales.

Al efecto, hemos de tener en cuenta que las empresas familiares están erradicadas en todo el territorio español por lo que los límites contractuales y exigibles varían según la legislación al efecto aplicable en cada territorio foral o autonómico, lo que hace imprescindible su análisis para conocer nuestras propias limitaciones negociales y exigibles. Motivo éste que hace absolutamente necesario el presente estudio a los efectos de esta tesis doctoral.

Entendemos que las regulaciones autonómicas suponen un gran avance en materia del Derecho de Familia y en orden a los límites de la voluntad donde queda claramente patente el carácter privatista y contractualista actualmente de las relaciones de Derecho de Familia en orden a permitir, cada vez más, que sean los propios consortes - quienes conocen mejor su realidad práctica - los que puedan dibujarse su propia convivencia y las consecuencias y efectos de su hipotética ruptura afectiva.

A modo de ejemplo y, en concreto en nuestra Comunidad Valenciana, La *Ley 10/2007, de 20 de marzo*, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano⁶⁴⁹ con las modificaciones realizadas por la *Ley 8/2009, de 4 de noviembre*,⁶⁵⁰ supone «el primer paso en la recuperación del Derecho foral valenciano, con el objetivo y la intención de poder desarrollar en el futuro un Código de Derecho foral valenciano que englobe las distintas leyes sectoriales que se promulguen».⁶⁵¹

Por todo lo expresado y por la vital importancia que revisten estos documentos de Derecho de Familia (docodefa) complementarios que entendemos necesarios para el cumplimiento virtual del Protocolo Familiar en orden a buscar una salvaguarda no sólo económica de la empresa sino familiar y emocional de sus miembros, pasamos a estudiarlos detalladamente en su propia actualidad para que desplieguen de este modo toda su utilidad a los fines concebidos y ahora perseguidos.

⁶⁴⁹ Suspendida de vigencia y aplicación por Providencia 17 abril 2008 del Tribunal Constitucional dictada en el Recurso de inconstitucionalidad número 9888-2007 («B.O.E.» 22 abril 2008).

⁶⁵⁰ BOE, núm. 301, martes 15 de diciembre de 2009.

⁶⁵¹ Preámbulo citada ley.

CAPÍTULO V

LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES. (I)

1. LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y EL PROTOCOLO FAMILIAR GENERAL.

<<¿Qué es el matrimonio como realidad jurídica? Es una situación derecho y... como tal,... será jurídicamente un sistema de vinculaciones⁶⁵²>>.

Este ha sido hasta la fecha⁶⁵³ el documento prenupcial por excelencia y, si duda, el más conocido - casi podríamos decir que dentro y fuera del mundo jurídico y, sobre todo, del mundo empresarial. Veremos, a lo largo de este capítulo, cómo éstas se perfilan como un documento instrumental necesario para la viabilidad del protocolo familiar y el buen funcionamiento de la empresa familiar y de su sucesión generacional.

Pero también es cierto que su adopción, aún hoy en día, sigue siendo un poco «suspicious» haciendo que no siempre sean firmadas por los miembros externos a los empresarios.

La praxis litigiosa en rupturas matrimoniales con miembros regidos por el régimen matrimonial económico, que por defecto, rige en territorio de Derecho común, el tan

⁶⁵² HERVADA XIBERTA, F.J.: Los fines del matrimonio. Su relevancia en la estructura jurídica matrimonial. Publicaciones del Estudio General de Navarra XXIX, Pamplona, 1960, p. 41.

⁶⁵³ Decimos “ha sido” puesto que el aumento del número de rupturas afectivas, los enormes problemas y efectos negativos que ocasiona la liquidación del patrimonio de la pareja (agravados estos efectos cuando los esposos poseen intereses accionariales y/o de participación en una mercantil), así como la influencia anglosajona que nos muestra las ventajas de realizar acuerdos/contratos/pactos prematrimoniales ... hacen que estas convenciones estén siendo cada día más utilizadas por las parejas para regular sus intereses y sus posibles efectos en caso de una futura ruptura.

manido de Sociedad Legal de Gananciales, y los enormes, complejos, dilatados y costosos conflictos que acarrea el mismo en orden a su disolución en un momento en el que los esposos están enconados en una larga lista de reproches y resentimientos mutuos como consecuencia de la ruptura afectiva y matrimonial, nos lleva a contemplarlo como el documento necesario e imprescindible en todo futuro matrimonio y que, desde ya, aconsejamos su adopción a todo miembro de la EF y sus futuros consortes.

Vamos pues, a adentrarnos en el análisis de tal documento, su contenido, eficacia, limitaciones y revocación de los pactos capitulares en coordinación con el PF y como documento esencial de su desarrollo.

2. CONCEPTO.

MORO ALMARAZ,⁶⁵⁴ las define como «aquél contrato por medio del cual los cónyuges establecen antes de contraer matrimonio o constante el mismo, el régimen económico al que van a someter sus relaciones económicas y/o patrimoniales tanto personales como con respecto a terceros, o modifican o sustituyen dicho régimen constante matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo». Es, por tanto, en este contrato, primeramente, donde los futuros esposos pueden pactar las condiciones por las que desean se rijan sus relaciones, no sólo en el puro plano económico - aunque mayoritariamente sea así - sino también caben consenso respecto de cualesquiera disposiciones de los futuros esposos con las únicas limitaciones impuestas en la ley y que veremos más adelante.

No compartimos la noción que ofrece PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «contrato accesorio del matrimonio que tiene por fin fijar el régimen económico del consorcio conyugal».⁶⁵⁵ Y decimos esto por cuanto nos parece algo incompleta puesto que si bien

⁶⁵⁴ MORO ALMARAZ, M.J. y SÁNCHEZ CID, I., Lecciones de Derecho de Familia, Universidad de Salamanca, ED:COLEX, 2002, p.110.

⁶⁵⁵ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M; Derecho de Familia; Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense; Madrid 1989, Pág.190.

el fin de éste es fijar el régimen económico que va a regir las relaciones de los cónyuges tras el matrimonio (contrato accesorio del negocio principal – el matrimonio-) ello, no obsta, por lo que veremos a lo largo de este estudio, para que el citado documento contenga además pactos que exceden de la estricta fijación del orden económico matrimonial como sostiene este autor. En este mismo sentido aludido, DÍEZ PICAZO, L./GULLÓN.⁶⁵⁶

O lo que es lo mismo, las capitulaciones es un documento de mínimos (fijación del REM)⁶⁵⁷ que no de máximos, cuyas limitaciones las vemos a continuación.

3. LIMITACIONES LEGALES A LOS PACTOS.

Si bien el art. 1.255 de CC consagra el principio de libertad contractual, es este mismo precepto legal el que fija ya, de entrada una serie de límites o limitaciones a esa libertad y que son la legalidad, la moralidad y el orden público.

Del mismo modo, y en orden a la protección de la igualdad de los derechos de las personas, *leit motiv* de nuestra Carta Magna, así como de la protección, también constitucional, de la Familia, el propio cuerpo sustantivo ha dispuesto una serie de limitaciones o restricciones a dicha libertad contractual, sancionando con la nulidad o anulabilidad de dichos pactos.

En efecto, el art. 1.328 del CC sanciona con la nulidad, a propósito de los pactos en capitulaciones, de cualquier estipulación contraria a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge. Cabe decir aquí, que nuestro CC opta por la nulidad parcial, es decir, la de la estipulación/es en concreto que es nula y no la del resto de las capitulaciones.

⁶⁵⁶ DÍEZ PICAZO, L y GULLÓN, A. Sistema de Derecho Civil. Vol. IV. Derecho de Familia y Sucesiones. Tecnos. Madrid, 2008, p. 148 y ss.

⁶⁵⁷ Régimen Económico Matrimonial.

Así y bajo esta fórmula podríamos convenir el régimen económico que va a regir el matrimonio, y dentro de los mismos, por ejemplo y respecto al de sociedad legal de gananciales, indicar el carácter privativo y, en su caso, proporción de las cantidades donadas o prometidas por ambos cónyuges (art. 1.363). Para el caso de que no se celebre un contrato de donación por razón de matrimonio, estas disposiciones se podrían incluir en capitulaciones. También y según SIMÓ SANTONJA para el supuesto del régimen de separación de bienes donde «no existe propiamente una liquidación, pero puede entrar en juego el artículo 1441»⁶⁵⁸ del CC, se puede convenir la ganancialidad de determinado bien (por ejemplo, el domicilio conyugal...). Asimismo la afectación de todos o parte de los bienes privativos de los esposos al levantamiento de las cargas familiares y compensación por el trabajo doméstico⁶⁵⁹ en proporción a sus recursos,⁶⁶⁰ entre otros.

En cuanto a la renuncia unilateral de esta compensación económica, según PÉREZ MARTÍN «No existe un criterio unánime en la doctrina y la jurisprudencia en relación a la validez y eficacia de la renuncia a la pensión compensatoria efectuada en un pacto prematrimonial o incluido dentro de las capitulaciones matrimoniales otorgadas antes de contraerse el matrimonio».⁶⁶¹

Así nos encontramos que ante una cláusula pactada en capitulaciones donde se fija una determinada cuantía compensatoria para el caso de divorcio la Audiencia Provincial de Almería, sec. 2ª, S 17-2-2003, nº 44/2003, rec. 329/2002 Pte: Espinosa Labella, Manuel la considera nula «por aplicación del art. 1328 del C. Civil EDL 1889/1, que considera así cualquier estipulación limitativa de los derechos que corresponden a cada cónyuge»,⁶⁶² entre ellos el de solicitar la separación o divorcio entendiendo el tribunal que esta cláusula indemnizatoria limitaría tal derecho.

⁶⁵⁸ SIMÓ SANTOJA, V.L.: Regímenes matrimoniales. Legislación comparada. Aranzadi, 1991, p. 172.

⁶⁵⁹ Arts. 1.362 y 1.438, ambos del CC.

⁶⁶⁰ En tal sentido vid. Art. 4 RD 79/1990 del REM balear.

⁶⁶¹ PÉREZ MARTÍN, A.J: *Enfoque actual de la pensión compensatoria*. El Derecho.com. 01.09.2011. http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Enfoque-actual-pension-compensatoria_11_310555003.html

⁶⁶² EDJ 2003/9804.. Fundamento jurídico segundo.

Por otro lado y, en similar supuesto, la AP de Santa Cruz de Tenerife⁶⁶³ admite su validez en los términos contenidos en el fundamento jurídico tercero de la resolución.

Las distintas tesis que avalan las tres posturas al respecto, las señala PÉREZ MARTÍN⁶⁶⁴: a) la que mantienen la ineficacia de la renuncia previa basadas en que la misma ha de basarse sobre algún elemento concreto en «en el patrimonio jurídicos del renunciante»: b) la tesis a favor de la validez de dicha renuncia previa, fundada en la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de supuestos de renuncia a derechos futuros (ejemplos arts. 1.271, 1109, 1475 CC) y el art. 6 CC que permite dicha renuncia siempre que no contraríe el orden público, además de constituir un derecho dispositivo que asiste a la parte y que «el texto del art. 6 del CC en ningún momento se hace referencia a la condición futura del derecho renunciado»; y la tesis intermedia o de *validez mixta* que admite su validez sin que deba excluir el control judicial posterior para evitar que en caso de cese uno de los miembros (el renunciante) quede en pésima posición de no poder atender a sus necesidades (DE LA CÁMARA y ROCA TRÍAS).

Nosotros nos inclinamos por la tesis que aboga sobre la validez de dicha renuncia amparándonos en los argumentos citados, pues de admitir su ineficacia estaríamos capitidismuyendo la capacidad contractual que asiste a las partes en la celebración de todo negocio jurídico de objeto de libre disposición. Y de aceptar la tesis intermedia, entendemos, que de nada serviría hacer uso de dicha libertad contractual (con los límites estudiados) si estuviera condicionada a posterior control judicial perdiendo con ella la seguridad jurídica en el tráfico negocial jurídico, más bien lo contrario podríamos adquirir con dicha renuncia una falsa confianza que podría verse truncada en un futuro incierto o que el propio renunciante (con mala fe) se constituyera en peor situación de la que se encontraba cuando efectuó sus renuncia al objeto de obtener dicha compensación económica por vía de la ineficacia del pacto de renuncia amparo en los argumentos de la tesis de validez mixta.

⁶⁶³ SAP de Santa Cruz de Tenerife, sec. 1ª, S 7-7-2008, nº 312/2008, rec. 745/2007 Pte: Dobarro Ramos, Eugenio Santiago. EDJ 2008/320409.

⁶⁶⁴http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Enfoque-actual-pension-compensatoria_11_310555003.html

Asimismo cabría realizar pactos sobre: atribución de propiedad, sobre las condiciones gestión y administración del patrimonio de los cónyuges (1437 CC); limitaciones a la vivienda familiar⁶⁶⁵ ; condiciones para los supuestos de rendición de cuentas y remuneración por tal concepto; otorgamiento de poderes, mandato, plazos y sus condiciones de revocación, etc.

También podríamos señalar, en previsión de una futura ruptura matrimonial legal (bien sea por separación, nulidad, o divorcio) elegir la ley del Estado de la nacionalidad de alguna de las partes integrantes del matrimonio, indicando en caso de multitud de unidades territorial, cuál de ellas desean se le aplique en su caso. Todo ello de acuerdo con la consideración 28 y artículo 5 del *Reglamento (UE) N° 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.*⁶⁶⁶

En dicha norma europea se establecen una serie de fueros competenciales para conocer del futuro procedimiento legal de separación o divorcio, siempre a voluntad de las partes, y partiendo de la base del lugar de celebración del convenio o pacto, por lo que la inclusión dentro de las capitulaciones de tal fuero es fundamental. Dicho de otro modo, las partes convenientemente pueden de *facto* elegir la competencia territorial para dilucidar el futuro procedimiento judicial.

La importancia de tal pacto es innegable, puesto que los costes económicos, personales y temporales que supondría la tramitación del meritado procedimiento, además de las ventajas que supone conocer el derecho aplicable, es muy variable según se practique en el Estado conocido por alguno de los futuros esposos o en uno extranjero. Hecho éste que recobra más virtualidad e importancia en el supuesto que sea

⁶⁶⁵ Vid. Arts. 96 in fine y 1.320, 71 y 1.259, todos del CC.

⁶⁶⁶ En efecto el art. 5 de dicho reglamento europeo establece lo siguiente: «Los cónyuges podrán convenir en designar la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, siempre que sea una de las siguientes: a) la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio. La ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos resida allí en el momento en que se celebre el convenio. La ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio, o, d) La ley del foro.

miembro de la EF, para sí mismo, para su familia empresaria y para la EF en orden a su prestación de servicios en la misma.

La misma norma reitera la posibilidad de pactar dicha elección en su artículo 8 cuando dice: «A falta de una elección según lo establecido en el artículo 5, el divorcio y la separación judicial estarán sujetos a la Ley del Estado...».⁶⁶⁷

Trascendencia que revisten especialmente estos pactos en lo que afecta a las EF por cuanto que hoy en día se producen más matrimonios de españoles con extranjeros debido a que los nietos de los fundadores de las EF (3ª generación) suelen ser universitarios y se marchan al extranjero a realizar estudios de postgrados para mejorar su formación a la hora de volver a España para incorporarse a la EF, y suelen conocer allí al/la que será su futuro consorte produciéndose este tipo de matrimonios internacionales.

3.1 Eficacia y validez de estos pactos.

La validez y eficacia de los pactos contenidos en las capitulaciones otorgadas dependen de una serie de requisitos legales para que desplieguen toda fuerza legal. Pasamos a exponer los mismos a continuación:

3.1.1 Forma

Obligatoriamente deberán constar en escritura pública, ex art. 1280.3 «Deberán constar en documento público. 3º las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones». También para su eficacia e inscripción registral, donde el art. 1.327

⁶⁶⁷ Reglamento cit. Donde establece cuatro fueron competenciales residuales, a saber: «a) en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de interposición de la demanda, o en su defecto, b) en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que le período de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto: c) de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda, o en su defecto, d) ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda»

del CC dispone que «para su validez las capitulaciones habrán de constar en escritura pública».

No son válidas las otorgadas en documento privado y ello tiene su fundamento entre otros, en la certeza de la fecha de su otorgamiento para poder computar el plazo de 1 año exigido por la Ley para que las mismas desplieguen su eficacia.

Para el pacto de elección de Ley aplicable según el Reglamento Comunitario 1259/2010,⁶⁶⁸ sólo exige los requisitos de: escritura, firma de ambos cónyuge y fecha contemplando (acorde a los nuevos tiempos y tecnologías) su admisión mediante medios electrónicos «que proporcione un registro duradero del convenio». Pues bien, aunque, en puridad no exige la forma pública al indicar el fechado cierto y el registro electrónico duradero, no podemos por menos que afirmar que dichos requisitos los cumple a la perfección el documento capitular puesto que es el notario precisamente el fedatario público por excelencia para dar Fe de la fecha de la fecha, de la identidad de los firmante, por tenerlos delante y comprobarla, y además de un registro duradero al archivarla con un número de Protocolo notarial para su custodia. Por todo ello, entendemos claramente que aunque el Legislador comunitario no lo dice expresamente, todo parece indicar que se inclina por la forma pública del convenio por las razones apuntadas.

No obstante, el siguiente apartado del artículo 7 de la citada norma, establece la prelación en la aplicación de los requisitos formales que para este tipo de convención exijan los respectivos Estados miembros cuando ambos cónyuges residan en un Estado que lo demande en la fecha de su convención.⁶⁶⁹

⁶⁶⁸ Vid. Reglamento cit. El artículo 7 dispone de los requisitos necesarios para su validez formal. «El convenio contemplado en el artículo 5, apartados 1 y 2, se formulará por escrito y estará fechado y firmado por ambos cónyuges. Se considerará hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del convenio»

⁶⁶⁹ Art. 7, apartado 3 «No obstante, si la legislación del Estado miembro participante en el que ambos cónyuges tengan su residencia habitual en la fecha de la celebración del convenio establece requisitos formales adicionales para este tipo de convenio, dichos requisitos serán de aplicación»

Ello quiere decir que en el supuesto de España – siendo que nuestra legislación requiere para la validez de las capitulaciones matrimoniales la forma pública - si incluimos dicha convención en las mismas, deberá revestir, como no puede ser de otro modo, la forma pública.

3.1.2 Momento y validez de los pactos dispuestos en capitulaciones matrimoniales.

Las capitulaciones se pueden otorgar antes o después de celebrado el matrimonio (art. 1.326 CC). Ahora bien su eficacia o validez queda sujeta al plazo de 1 año desde su otorgamiento.

En efecto, dispone el art. 1.334 CC «Todo lo que se estipule bajo el supuesto de futuro matrimonio quedará sin efecto en el caso de no contraerse en el plazo de un año».⁶⁷⁰

A tal respecto LACRUZ⁶⁷¹ sostiene que también quedarán sin efecto éstas cuando sea cierto que dicho matrimonio no va a contraerse (ejemplo, en el caso de ruptura de esponsales y la otra parte se ha casado, posteriormente, con otra persona; fallecimiento de uno de los capitulantes o bien el descubrimiento de un impedimento dirimente no dispensable; ingreso de uno de ellos en una orden religiosa...) si estas circunstancias se dieran antes del año, quedarían asimismo dichas capitulaciones sin efecto desde el mismo momento en que dicha situación determinante se produjera.

⁶⁷⁰ Cabe precisar que el plazo del año contemplado en el actual art. 1334, se incluyó al reformar el anterior art. 1.326 del CC, en el proyecto de Reforma de CC. Vid LACRUZ... LACRUZ VERDEJO-SÁNCHEZ REBULLIDA y otros; *la Reforma del Derecho de Familia del Código Civil Español*; Fascículo I, Instituto Nacional de Prospectiva, MADRID; BOSCH, 1.979, p. 26.

⁶⁷¹ LACRUZ VERDEJO- SÁNCHEZ REBULLIDA y otros; *la Reforma del Derecho de Familia del Código Civil Español.*, ob., cit., p. 26.

4. PUBLICIDAD Y SUS EFECTOS.

Primeramente hay que distinguir, entre la validez entre los cónyuges y frente a terceros.

Para que surta eficacia entre los cónyuges no se requiere su inscripción en ningún registro público (Civil, Mercantil, Propiedad). Su inscripción no es constitutiva. En cambio para que tengan validez y desplieguen todos sus efectos frente a terceros requiere, obligatoriamente, su anotación en el Registro Civil mediante indicación al margen de la inscripción de matrimonio (art. 77 LRC y 226 RRC).

En el caso de tratarse de que uno de los miembros de la pareja o los dos se dediquen a actividades comerciales o empresariales deberán inscribirse en el Registro Mercantil, artículos 87-6º, 92, 93-3º y 386-6º RRM.

Asimismo en virtud del art. 1333 CC «En toda inscripción de matrimonio en el registro Civil se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubieren otorgado, así como de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio. Si aquéllas o éstos afectaren a inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad, en la forma y a los efectos previstos en al Ley Hipotecaria».

A tal efecto, y por la citada remisión legal, el art. 75 del Reglamento Hipotecario, en su apartado 1º dice «De conformidad con el artículo 1333 del Código Civil, serán inscribibles en el Registro de la Propiedad las capitulaciones matrimoniales en cuanto contengan respecto a bienes inmuebles o derechos reales determinados, alguno de los actos a que se refieren los artículos 2 de la ley y 7 de este Reglamento».

El siguiente párrafo del citado precepto viene referido al caso de la frustración del matrimonio para el que se otorgaron las citadas capitulaciones señalando al respecto:

<<Si, en tal caso, el matrimonio no se hubiere contraído, se suspenderá la inscripción y podrá tomarse anotación preventiva de suspensión, que se convertirá en inscripción cuando se acredite la celebración de aquél o se cancelará a solicitud de cualquiera de los otorgantes si, transcurridos un año y dos meses desde la fecha de las capitulaciones, no se hubiere acreditado que el matrimonio se celebró dentro del plazo de un año desde dicha fecha>>.

Especial mención haremos en este apartado respecto a la:

4.1 Protección de los terceros ante la nulidad de estos pactos.

Primeramente cabe recordar que nuestro Código opta por la nulidad parcial (del pacto o estipulación concreto/a) y no de la totalidad de los mismos. Dicho lo cual, cabe referenciar, los mecanismos especiales que dispone nuestro Ordenamiento jurídico, respecto de la protección de estos *terceros*:

1º) El art. 1317 del CC preserva los derechos adquiridos por los mismos en el caso de un cambio de régimen económico efectuado por los cónyuges. Dice el precepto «La modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros».

2º) También en caso de anulación, el CC dispone especialmente que la misma no perjudicará a los terceros de buena fe (art. 1335 CC) y que éstas se regirán, en caso de invalidez, por las reglas generales de los contratos.

3º) A diferencia de las consecuencias de la anulación de los contratos en general (nulidad de todos los actos que traen causa de éstos) en caso de la anulación de las capitulaciones quedan a salvo los derechos de los contratantes de buena fe (art. 34 L.H y 464 CC) y ello porque en la *mens legislator* se halla inspirada por el principio de la seguridad en el tráfico jurídico.

Pero no podemos olvidarnos en este apartado de tratar, si bien brevemente, lo que hemos llamado *otra suerte de eficacia* que entendemos se da en la práctica y que podríamos llamarla “moral o de conciencia de los pactantes” y otra “cuasi-jurídica”. A ella nos referimos.

4.2 Eficacia interna o moral de los contratantes.

Es aquella que surge entre los contratantes que en la creencia de que lo pactado es válido (bien por ignorancia legal, bien porque nunca han denunciado dichos pactos) y cumplen escrupulosamente con los mismos haciendo innecesaria una posible intervención jurisdiccional al respecto. Es más, siguen respetándose dichos pactos de padres a hijos (pensemos, por ejemplo, en los contratos de arrendamientos históricos).

También la conciencia de muchas personas de cumplir con lo “comprometido” les lleva, desde su convicción interna o moral, al cumplimiento de su palabra “puesta por escrito”.

4.3 Eficacia de los pactos como principio de prueba.

Nos estamos refiriendo a aquellos contratos o convenios que, a lo mejor, adolecen de nulidad - por alguna de las causas apuntadas - y aunque sea imposible su exigibilidad judicial, le sirven al juzgador para valorar la situación que está enjuiciando, hasta el punto de que, en la práctica, estos convenios han llegado a vincular al Juez de manera que éste ha llegado a fijarlos como efectos o medidas definitivas (o como mínimo a tenerlos muy en cuenta a la hora de dicha fijación) en las sentencias de separación o divorcio.⁶⁷²

En este sentido la sentencia del juzgado de Familia núm. 6 de Sevilla de fecha 3 de febrero de 1994:

<<...recaída en los autos nº 568/93 sobre divorcio vincular. La acción se apoyó en el art. 86/3º a). Existió una separación de hecho, regulándose sus efectos en capitulaciones matrimoniales; el juez en el fallo de la sentencia y habiéndose declarado la rebeldía del demandado estimó la causa de divorcio invocada y aprobó como efectos definitivos a dicha declaración de divorcio los pactos que los esposos habían suscrito en las citadas capitulaciones realizadas ante notario en fecha de 20 de junio de 1991.⁶⁷³

⁶⁷² CABALLERO LOBATO, R.E.; Artículo Fórmulas de resolución de conflictos en materia matrimonial: Convenios y capitulaciones; Revista Abogados de Familia citada, P. 51.

⁶⁷³ Vid. Nota (6) al artículo citado de CABALLERO LOBATO, R.E, p. 55.

Finalmente indicar que una cosa es la VALIDEZ de los pactos y otra la EFICACIA de los mismos.

Un ejemplo claro son los referidos a aquellos pactos – reflejados en convenio regulador – que requieran aprobación judicial [atribución pactada consensual del otorgamiento de la guarda y custodia de un hijo menor de la pareja a uno de los progenitores] la aprobación judicial de este pacto no afectaría, entendemos, a la validez del mismo, sino a su eficacia, ya que le faltaría la *condictio iuris*, igual suerte correría el CONVENIO REGULADOR firmado y no ratificado judicialmente, como negocio jurídico de familia sería válido pero ineficaz por falta de sanción judicial que lo incorpore a la parte dispositiva de una sentencia dictada en un proceso matrimonial por lo que carecería de fuerza ejecutiva directa.

5. LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES EN EL DERECHO FORAL Y AUTONÓMICO.

*La normativa privada, y concretamente los preceptos del ordenamiento civil, no son uniformemente aplicables en todo el territorio español, alguno de los comparecientes y muchos de los especialistas, han constatado que no a todas las Comunidades Autónomas les resulta de aplicación la misma normativa, con lo cual en función de la adscripción, algunas empresas familiares se ven en mejor o peor situación que otras.*⁶⁷⁴

5.1 Navarra

Las cuatro normas que regulan las capitulaciones matrimoniales vienen contenidas en el Título VIII de la Ley 1/1973 de 1 de marzo⁶⁷⁵ y éstas vienen a suponer la primera fuente reguladora del régimen económico y familiar de Navarra.

⁶⁷⁴ INFORME SENADO, cit., p. 76.

⁶⁷⁵ Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. (revisión vigente desde 7 agosto de 2000) http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/11-1973.html. Artículos del 79 al 81, ambos inclusive.

Los capítulos constituyen el vehículo formal donde se recogen, desde antiguo, las más arraigadas tradiciones familiares desde todos los ámbitos aunque mayoritariamente es y ha sido el patrimonial mediante el cual se pacta en estas capitulaciones toda la organización familiar y sucesoria de la Casa. Hay que recordar, no obstante que el pacto es la consecuencia práctica de la aplicación del principio histórico del *paramiento o ley vienze*.

En cuanto al *contenido* que pueden adoptar las capitulaciones matrimoniales, es bastante amplio, y viene regulado en la referida Ley 80 de la Ley 1/1973, comprensivo a establecer libremente el régimen económico matrimonial y ordenar: las donaciones *propter nuptias*, dotes, renunciaciones de derechos, arras, donaciones esponsalicias, pactos sucesorios....⁶⁷⁶

No obstante, señalar que esta enumeración es meramente ejemplificativa y constituye un *numerus apertus* ya que se puede pactar cualquier disposición siempre que no sea contraria a la moral y a las buenas costumbres. (Ej: pactos de convivencia, de acogimiento, gestión de la sociedad familiar, mutua autorización de vida separada, distribución del ejercicio de la patria potestad, etc...)

Respecto a los requisitos de capacidad, tiempo y forma de otorgamiento, esta Ley señala:

- *Tiempo*: Ley 78 Ley 1/1973: «tiempo: las capitulaciones o contratos matrimoniales pueden otorgarse antes o después de celebradas las nupcias. Si se otorgasen durante el matrimonio, podrá darse a sus pactos efecto retroactivo a la fecha de celebración de éste, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros».

⁶⁷⁶ Vid. Ley cit. «Las capitulaciones matrimoniales podrán establecer libremente cualquier régimen de bienes de la familia y ordenar: 1) Las donaciones *propter nuptias*. 2) Los señalamientos y entregas de dotes y dotaciones. 3) Las renunciaciones de derechos. 4) Las donaciones esponsalicias, las arras y las donaciones entre cónyuges. 5) Los pactos sucesorios. 6) Las disposiciones sobre el usufructo de fidelidad. 7) Cualesquiera otras disposiciones por razón de matrimonio».

- *Forma*: Ley 79 Ley 1/1973: «Son nulas las capitulaciones matrimoniales que no se otorguen en escritura pública. Siempre que contengan donaciones de terceros a favor de los cónyuges, o de éstos entre sí, los bienes objeto de la donación deberán ser descritos en la misma escritura o por rolde o inventario incorporado».

- *Eficacia*: La Ley 78 Ley 1/1973, apartado segundo, dispone que «quedarán ineficaces si el matrimonio no llegara a celebrarse. La nulidad del matrimonio produce la ineficacia de aquéllas desde que la sentencia que la declare sea firme»

- *Capacidad*: La misma Ley 78, en su apartado tercero, dispone que se requiere la capacidad propia necesaria para contraer matrimonio, remitiendo a la ley 66 que establece la necesidad de asistencia de quienes ostenten la patria potestad o, en su defecto, de los Parientes Mayores o curador.

Tratándose de otros intervinientes en el acto del otorgamiento de capitulaciones, deberá estarse a la capacidad general de obrar necesaria que requiera el acto en concreto.) en caso de disposiciones que efectúe un menor a favor del otro cónyuge y que implique una transmisión de bienes.

- *Modificación*: A tal efecto la Ley 81 establece que puede realizarse en cualquier momento debiendo concurrir tanto los cónyuges como las personas que vivan al tiempo de la modificación en cuanto les afecte la misma a los bienes o derechos donados o recibidos.(Vid. Ley 137 Ley 1/1973 y ss).

Del mismo modo, no cabe la modificación en el caso de fallecimiento o declaración judicial de incapacidad a algunos de los cónyuges, salvo en los dos únicos supuestos que constituyen las excepciones y que son: En el supuesto de que los esposos hubieran pactado expresamente en el otorgamiento de las capitulaciones la posibilidad de modificación de las mismas, así como aquellas donaciones que son por su naturaleza sean irrevocables (dice la Ley 81 Ley 1/1973, apart. 3º. Se está refiriendo a las

donaciones entre cónyuges que por su propia naturaleza implica revocabilidad o la ley lo declara de esta manera expresamente.

Por otro lado cabe indicar que tanto la modificación como su revocación es posible en los casos de pactos sucesorios recíprocos entre cónyuges sin requerir el acuerdo del resto de los otorgantes capitulares. (Ley 81 in fine).

Y en materia de adopción, la Ley 73 ley 1/1973 de 1 de marzo, dice en su apartado segundo «los efectos de la adopción serán los pactados en la escritura en que se formalice y los establecidos en las leyes. Los derechos hereditarios del adoptado y del adoptante y los pactos sucesorios entre ambos se regirán exclusivamente por la voluntad privada y, en su defecto, por lo establecido en esta Compilación».

5.2 Aragón

La Ley 15/1967, de 8 de abril, sobre Compilación del Derecho civil de Aragón, dedica el Título IV⁶⁷⁷ (Del régimen económico conyugal) art. 23 y ss. Así el art. 23 establece el régimen paccionado y el legal normativizando que el mismo será el que adopten por pactos los futuros cónyuges en capitulaciones y en su defecto o para completarlo se estará al régimen legal (capítulo III). Del mismo modo el art. 24, respecto de la contratación entre cónyuges, dispone: «Los cónyuges pueden hacer donaciones y celebrar entre sí toda clase de contratos».

En cuanto a la forma y contenido de los capítulos: Habrán de constar en escritura pública (art. 25.2) y podrán contener «Uno... cualesquiera estipulaciones relativas al régimen familiar y sucesorio de los contrayentes y de quienes con ellos concurren al otorgamiento, siempre que no sean contrarias a los fines propios del matrimonio» (art. 25.1). También serán válidos los pactos y declaraciones consignadas en escritura

⁶⁷⁷ Ley 15/1967, de 8 de abril, sobre compilación del derecho civil de Aragón (vigente hasta el 23 de abril de 2011). https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1967-5590.

pública, aún fuera de los capítulos, por los cuales, ambos cónyuges atribuyan a bienes muebles la condición de sitios, o viceversa (art. 29).⁶⁷⁸

Pueden otorgarse y modificarse, antes o durante el mismo, pudiéndolas partes disponer el carácter retroactivo de los capítulos, eso sí, quedando a salvo los derechos adquiridos por terceros.(art. 26).⁶⁷⁹

Referente a la capacidad: para los contrayentes que los dispongan antes del matrimonio se requiera la general para matrimoniar y respecto al menor de veintiún años, la asistencia de cualquiera de sus padres, tutor, junta de parientes o dispensa judicial (art. 27).⁶⁸⁰ La novación requerirá la concurrencia de los padres que hayan asistido al otorgamiento de estos en los supuestos de dote, donaciones o legales o nombramiento de herederos a los esposos o a sus hijos, en cuanto que la novación pudiera afectar a los derechos de aquellos. (art. 28).

Asimismo cabe destacar que en esta Comunidad Autónoma y por remisión en lo dispuesto en la misma en la Disposición Adicional 1 de la *Ley 6/1999 de la Ley de Parejas Estables No Casadas*, que dispone que el régimen de convivencia, obligaciones y derechos, que establezcan las parejas de hecho (*estable no casada*) en escritura pública tendrá el valor de capitulaciones matrimoniales en el caso de que contrajeran matrimonio y así lo hubieran pactado en dicha escritura y así lo hubieran acordado expresamente en la escritura,⁶⁸¹ por lo que esta norma legal hace una remisión expresa

⁶⁷⁸ Vid. Ley cit. «Serán válidos aquellos pactos y declaraciones consignados en escritura pública, aun fuera de capítulos, por los cuales, a efectos de extender o restringir la comunidad, ambos cónyuges atribuyan a bienes muebles la condición de sitios, o a éstos la de muebles»

⁶⁷⁹ Vid. Ley cit. «Los capítulos matrimoniales pueden otorgarse y modificarse antes del matrimonio y durante él. En este último caso, podrá darse a sus estipulaciones efecto retroactivo, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros»

⁶⁸⁰ Vid. Ley cit. «Artículo veintisiete. Capacidad. Tienen capacidad para otorgar capítulos antes de contraer matrimonio los que válidamente pueden celebrarlo. Los menores de veintiún años, sin embargo, necesitarán de la asistencia, según los casos, de su padre, madre o tutor, y en su defecto, de la Junta de Parientes o de la autoridad judicial.

⁶⁸¹ Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas. BOE» núm. 95, de 21 de abril de 1999, páginas 14801 a 14803. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1999-8874.

«Disposición adicional primera. Capitulaciones matrimoniales.

al Derecho civil común, en concreto a las normas que rigen estas capitulaciones, artículos del 1.325 al 1.325, del Título III, Capítulo II, Libro IV del citado cuerpo legal, siendo, por lo tanto es aplicable todas las normas de derecho común en cuanto a la posibilidad y requisitos de modificación, ineficacia y extinción etc.

5.3 Baleares.

Respecto al régimen normativo aplicable, se rige por el *Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre*,⁶⁸² por el que se aprueba el texto refundido de la *Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares*. Dedicándole, en lo que a este apartado interesa, el Libro I «de las disposiciones aplicables en la Isla de Mallorca (art. 3-5)» y el Libro III «de las disposiciones aplicables en las islas de Ibiza y Formentera»

En esta Comunidad Autónoma hay que destacar - en cuanto al objeto estudio de este trabajo de investigación- que el régimen económico matrimonial es el paccionado o *espolits* (pactos convenidos por los cónyuges en capitulaciones matrimoniales) que rige en virtud de lo dispuesto en el art. 66 del DL 79/1990 para la Isla de Ibiza y Formentera,⁶⁸³ rigiendo, en defecto de pacto, el régimen de separación de bienes

El régimen de convivencia y de derechos y obligaciones de la pareja estable no casada, pactado en escritura pública, adquirirá el valor de capitulaciones matrimoniales, en caso de que los miembros de la pareja contrajeran matrimonio, si así lo hubieran acordado expresamente en la escritura.»

⁶⁸² Vigencia desde 22 de Octubre de 1990. Esta revisión vigente desde 25 de Mayo de 2009.

⁶⁸³ Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la *Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares*.

http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/ib-dleg79-1990.html.

«Artículo 66. 1. El régimen económico conyugal será el convenido en capitulaciones matrimoniales, nombradas "espolits", que podrán otorgarse antes o durante el matrimonio, necesariamente en escritura pública. 2. Los capítulos matrimoniales podrán contener cualesquiera estipulaciones relativas al régimen económico de la familia y sucesorio de los contrayentes y de quienes con ellos concurren al otorgamiento, sin otras limitaciones que las que resulten preceptuadas en esta Compilación. 3. Tienen capacidad de otorgar capítulos antes de contraer matrimonio los que válidamente pueden celebrarlo. Los menores de edad necesitarán de la asistencia de sus padres, tutor o curador. 4. Celebrado el matrimonio, la novación de capítulos requerirá la concurrencia, si vivieren, de las personas que hayan asistido a su otorgamiento para dotar, hacer donaciones o legados o nombrar herederos a los contrayentes o a sus hijos, en cuanto la novación afecte a las disposiciones por ellas realizadas. 5. Cuando las estipulaciones capitulares se refieran a instituciones familiares y sucesorias consuetudinarias, tales como constitución de dote o de "escreix", acogimiento en una cuarta parte de los "milloraments", donaciones universales, heredamientos, pacto de usufructo universal y cláusula de confianza, se estará a lo pactado, y se interpretarán aquéllas con arreglo a la costumbre. 6. El divorcio produce la ineficacia de los capítulos matrimoniales y, por tanto, de todas sus estipulaciones salvo lo que se establece en los párrafos siguientes Los heredamientos y

caracterizado porque cada esposo conserva, no solo el dominio de sus bienes privativos, sino además el goce, disfrute y administración de los mismos, estableciéndose una presunción *iuris tantum* de ganancialidad respecto de aquellos bienes del ajuar familiar, a excepción de joyas y bienes artísticos de gran valor.⁶⁸⁴ En este sentido también lo dispone así los artículos 3 y 4 del citado DL para la Isla de Mallorca.

Respecto a a los *espolits* cabe indicar que parece ser que aparecieron antes del s. XI, y hacían referencia a los contratos matrimoniales – esponsales- concretamente a las cartas familiares, cuya característica radica en la intervención para su otorgamiento, no sólo de los cónyuges, sino también de cada una de sus familias. El objetivo era claro: se pretendía a través de estos pactos fijados en capitulaciones matrimoniales alcanzar convenios o negocios jurídicos que estructuraran el aspecto económico de la futura familia. Esta pluralidad subjetiva de intervención hace que, igualmente, en caso de modificación, debían concurrir todos aquellos que lo hubieran hecho en su otorgamiento y cuyos cambios pudieran afectarle en los derechos u obligaciones dados o recibidos en el primer otorgamiento.

Para su validez se requiere necesariamente que se realice en escritura pública (art. 66.1 DL 79/1990). En cuanto al *contenido*, resaltar que en la Compilación rige la absoluta libertad de pactos permitiendo a los otorgantes capitulares (tanto futuros esposos como familiares) realizar todo tipo de pactos, tanto a la hora de fijación del

las donaciones a favor del hijo o hija, en consideración a cuyo matrimonio se hayan otorgado los capítulos, conservarán su eficacia si existe descendencia del matrimonio, sin perjuicio de los derechos que se hubieren pactado a favor del consorte. En caso contrario, o si el hijo o hija contrajesen nuevo matrimonio, el heredamiento o la donación devendrán revocables por la sola voluntad del heredante o donante. Los heredamientos a favor de los descendientes del matrimonio en consideración al cual se habían otorgado los capítulos también conservarán su eficacia, si bien los heredamientos puros devendrán revocables»

⁶⁸⁴ Vid. DL, cit. Art. 3.3. Serán bienes propios de cada cónyuge los que le pertenezcan al establecerse el régimen de separación y los que adquiera por cualquier título mientras el mismo esté vigente. No obstante, salvo prueba en contrario, se presumirá que pertenecen a los cónyuges, por mitad, los bienes integrantes del ajuar doméstico, no entendiéndose comprendidos en la presunción las joyas y objetos artísticos e históricos de considerable valor. Al fallecimiento de uno de los cónyuges, corresponderán aquéllos en propiedad al sobreviviente, sin computárselos en su haber».

régimen económico matrimonial, como el sucesorios con las únicas limitaciones propias que impone dicha Compilación (art. 4.3. y 66.2).⁶⁸⁵

Así pues, es preciso apuntar que este capítulo es autónomo e independiente del resto, por lo que cabe, asimismo, convenir y regular aspectos, tanto de índole económica, personal, como la fijación de los alimentos, domicilio...), si bien, incidir que desde la antiguo, la doctrina viene a señalar que estos pactos venían referidos, principalmente, a la: constitución de la dote; *escreix* (acrecimiento); acogimiento en $\frac{1}{4}$ de los *milloraments* (mejoras); heredamientos; pacto de usufructo universal; cláusula de confianza; donaciones a los hijos por razón de matrimonio y donación a los hijos nacederos.

También cabe señalar que en el caso de que los esposos hayan pactado el régimen económico de absoluta separación de bienes, es posible, asimismo, convenir en estos capítulos la contribución de cada miembro al sostenimiento de las cargas matrimoniales en proporción a sus recursos económicos, entendiéndose como tal aportación el *trabajo familiar*, contemplándose la posibilidad en dicha norma (DL 79/1990, art. 4.1) de intervención judicial, en defecto de pacto, para asegurar su cumplimiento, respondiendo los bienes privativos de cada cónyuge al cumplimiento de las obligaciones contraídas por uno de ellos a tal fin, existiendo una subsidiaridad obligacional para el otro por este concepto (art. 3.4 del citado DL).

Conviene indicar en este punto la subsidiaridad del cónyuge no deudor como una de las consecuencias del régimen de separación y de la amplia libertad contractual que otorga la Compilación a sus miembros para la realización de actos de disposición sin el consentimiento del otro cónyuge. Así, la regla, viene a decir, que las deudas contraídas por uno sólo con el objeto de sostener las cargas familiares (ej: solicitud de un crédito para que un hijo estudio en un país extranjero) es responsabilidad del deudor, y en caso

⁶⁸⁵ Vid. DL. Cit. Art. 66, apartado 2: «Los capítulos matrimoniales podrán contener cualesquiera estipulaciones relativas al régimen económico de la familia y sucesorio de los contrayentes y de quienes con ellos concurran al otorgamiento, sin otras limitaciones que las que resulten preceptuadas en esta Compilación»

de insolvencia de éste, responde, con sus bienes privativos, del otro cónyuge, convirtiéndose, así, el miembro no deudor en fiador y, por lo tanto, el cónyuge no deudor es fiador y, en consecuencia, no debe considerársele *strictu sensu* como deudor de la obligación principal.

Respecto a la *interpretación* de estos pactos el art. 66.5 del DL 79/1990 establece que se estará a lo convenido y que se interpretarán con arreglo a la costumbre.⁶⁸⁶

Por último, indicar, que el divorcio produce la *ineficacia* de las capitulaciones matrimoniales y de todas sus estipulaciones a excepción de aquellos pactos respecto de los heredamientos y donaciones que se hubieran realizado a favor del matrimonio siempre que exista descendencia y sin perjuicio de los pactos compensatorios por no haber hecho partícipe al otro consorte de las ganancias durante el mismo, deviniendo irrevocables en caso contrario o en el supuesto de nuevo matrimonio de los hijos por la sola voluntad del causante o donante (art. 66.6).⁶⁸⁷

Hacemos notar la excepción de la excepción que existe en el último párrafo in fine del apartado 6, del artículo 66, a favor de los heredamientos en pro de los descendientes del matrimonio por el que se capituló, si bien opera la revocabilidad en caso de los heredamientos puros.⁶⁸⁸

⁶⁸⁶ Así se expresa el art. 66.5 de la ley foral « Cuando las estipulaciones capitulares se refieran a instituciones familiares y sucesorias consuetudinarias, tales como constitución de dote o de "escreix", acogimiento en una cuarta parte de los "milloraments", donaciones universales, heredamientos, pacto de usufructo universal y cláusula de confianza, se estará a lo pactado, y se interpretarán aquéllas con arreglo a la costumbre».

⁶⁸⁷ «Los heredamientos y las donaciones a favor del hijo o hija, en consideración a cuyo matrimonio se hayan otorgado los capítulos, conservarán su eficacia si existe descendencia del matrimonio, sin perjuicio de los derechos que se hubieren pactado a favor del consorte para su compensación o resarcimiento por no hacerle partícipe de las futuras ganancias que el otro cónyuge pueda obtener constante el matrimonio que vaya a contraer o haya contraído. En caso contrario, o si el hijo o hija contrajesen nuevo matrimonio, el heredamiento o la donación devendrán revocables por la sola voluntad del heredante o donante»

⁶⁸⁸ Vid. DL, cit. Art. 66.6., último párrafo «Los heredamientos a favor de los descendientes del matrimonio en consideración al cual se habían otorgado los capítulos también conservarán su eficacia, si bien los heredamientos puros devendrán revocables»

5.4. Vizcaya (País Vasco)

Como en Aragón y Navarra suelen tener un contenido e importancia más rico que en las regiones de Derecho Común.

En cuanto al *contenido*, como norma general, suele fijarse el régimen económico legal y además, realizarse otro tipo de convenciones referentes a: la dote, donaciones y las más variadas estipulaciones sobre el régimen familiar y sucesorio.

Como podemos apreciar la riqueza en matizaciones es significativa al objeto de minimizar o más bien tratar de eliminar problemas y obstáculos futuros de carácter económico en orden a procurar una convivencia y una sucesión familiar pacíficas. En palabras de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS⁶⁸⁹ «son típicas las capitulaciones que, a la vez que aseguran la continuación del caserío en la familia que se inicia con el matrimonio, aseguran también la situación de los padres donantes, con los cuales pasa a convivir el cónyuge *advenedizo*, y se establecen dotes o donaciones para los demás hijos».

Y es, precisamente, en temas sucesorios, donde la propia Compilación vasca prevé la designación de sucesor y mutuo nombramiento de comisario con facultades a fin de poder designar herederos.⁶⁹⁰

La Ley 3/1992, de 1 de Julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco,⁶⁹¹ establece los requisitos de tiempo y forma de las capitulaciones. Y así el art. 93 dispone:

<<El régimen económico del matrimonio será el que libremente pacten los cónyuges en escritura pública, antes o después de su celebración. El régimen económico matrimonial, tanto el pactado como el legal podrá ser modificado mediante el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales. En ningún caso las modificaciones en el régimen económico matrimonial perjudicarán los derechos adquiridos por terceros, ni los derivados de la troncalidad>>

⁶⁸⁹ Ob., cir., p. 367

⁶⁹⁰ Vid. Art. 11, 30 y 16 de la citada Compilación.

⁶⁹¹ Ley 3/1992, de 1 de julio, del Parlamento Vasco, del Derecho Civil Foral del País Vasco. Revisión vigente desde 31 de Diciembre de 1999. BOPV núm. 153 de 07 de Agosto de 1992 y BOE núm. 39 de 15 de Febrero de 2012 http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/pv-l3-1992.html.

Por su parte el art- 94, establece el régimen subsidiario aplicable en caso de inexistencia de pacto al respecto y afirma:

<<A falta de pacto, se entenderán sujetos a comunicación foral los matrimonios en que ambos contrayentes sean vizcaínos aforados o, a falta de vecindad común, si fijan la residencia habitual común inmediatamente posterior a su celebración en la Tierra Llana, y, a falta de dicha residencia común, si en ella ha tenido lugar la celebración del matrimonio>>

5.5 Cataluña (*Capítols*)

En primer lugar, hemos de señalar que esta Comunidad Autónoma, legislativamente y en derecho civil, familiar y sucesorio catalán, ha sufrido importantes reformas legales en los últimos años en un intento de dar soluciones legales a los problemas reales que el devenir de los tiempos y sus circunstancias en estos campos se han ido generando anticipándose, en algunos casos, incluso al mismo Derecho Patrio.

Este es el caso de las modificaciones, derogaciones y demás que ha sufrido la *Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de família*, desde su promulgación hasta su derogación por la *Llei 25/2010, de 20 de juliol, del Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya, relatiu a la persona i a la família*.⁶⁹²

En Cataluña, de gran raigambre empresarial, las capitulaciones matrimoniales o *capítols* han venido siendo tradicionalmente verdaderos pactos sucesorios, ello debido,

⁶⁹² Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de família. <http://civil.udg.edu/normacivil/cat/fam/cf/cf.html> (DOGC núm. 2687, de 23-07-1998; correcció d'errades DOGC núm. 2732, de 28-09-1998).[Aquesta llei ha estat derogada per la Llei 25/2010, del 29 de juliol, del llibre segon del Codi Civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família (DOGC núm. 5686, de 02-08-10, p. 61162-61260)][Modificada per la Llei 3/2005, de 8 d'abril, de modificació de la Llei 9/1998, del Codi de Família, de la Llei 10/1998, d'unions estables de parella, i de la Llei 40/1991, del Codi de Successions per causa de mort en el Dret Civil de Catalunya, en matèria d'adopció i tutela (DOGC núm. 4366, de 19-04-2005, p. 9935). Aquesta modificació afecta als arts. 115, 117, 122, 127, 128, 132, 158, 161, 163, 179 i 198].[El Tribunal Constitucional, per providència de 24 d'octubre de 2006, ha admès a tràmit la qüestió d'inconstitucionalitat núm. 5394-2006, plantejada pel Jutjat de Primera Instància núm. 1 d'Arenys de Mar, en relació amb l'art. 43.1 del Codi de família, per possible vulneració de l'art. 149.1.6a de la Constitució (BOE núm. 269, de 10-11-2006, p. 39155-39155)].[Modificada per la Llei 10/2008, de 10 de juliol, del llibre quart del Codi civil de Catalunya relatiu a les successions (DOGC núm. 5175, de 17-07-2008, p. 55923

principalmente, a que en los mismos se atiende no sólo a la familia - que se empieza con el matrimonio - sino también a la familia que con el matrimonio se continúa en aras a la protección de la nueva familia que se crea. Todo lo cual, redundando en beneficio de las EF que ven de este modo casi asegurada su pacífica sucesión. Esos son los ejemplos de las empresas familiares centenarias – que algunas están en la 5ª generación como JUVÉ CAMPS,⁶⁹³ o 3ª generación como PUIG,⁶⁹⁴ entre otras.

Ahora bien, si ello ha sido así desde antiguo, el derecho catalán civil acoge la heterogeneidad real y actual del *hecho familiar* hoy en día y amplía su protección jurídica a: las relaciones derivadas del matrimonio, la convivencia estable en pareja y a las familias monoparentales con sus descendientes.⁶⁹⁵ Las razones podríamos resumirlas de este modo:

- a) El incremento de rupturas matrimoniales producidas en la sociedad general y en la catalana en particular en las dos últimas décadas.
- b) Consecuentemente, el nuevo número de parejas provenientes de rupturas anteriores que con hijos o sin ellos forman una nueva familia.⁶⁹⁶ De hecho la ley catalana las denomina *familias reconstruidas*.
- c) El notable incremento de parejas de hecho estables (tanto heterosexuales como homosexuales), bien por voluntad propia de no contraer un vínculo matrimonial jurídico, bien por imposibilidad debido a la falta de disolución del matrimonio anterior, o incluso por las llamadas *convivencias a prueba*.
- d) El nuevo concepto de familia monoparental con o sin hijos surgidos tanto a voluntad propia como derivado de una ruptura afectiva anterior (matrimonial o no) con o sin hijos.

⁶⁹³ Fundada en 1796 por Joan Juvé Mir. OLDEMBURG, F. *Bodegueros Juve Camps: ¿Quién revolucionó el cava?*. Magazine EL MUNDO. Fuera de Serie D.L. M 3734-2014 nº 22 p. 45. 1 de junio de 2014.

⁶⁹⁴ Fundada en 1914 por Antonio Puig Castelló, siendo el actual presidente Marc Puig. FERNÁNDEZ, S. *Puig: 100 años de buen gusto*. Magazine El Mundo. Fuera de serie D.L. M 3734-2014, nº 22 Sec. La marca de la semana, p. 50.

⁶⁹⁵ Artículo 232-1, Llei 25/2010, de 20 de juliol, del Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya, relatiu a la persona i a la família. <http://civil.udg.edu/normacivil/cat/CCC/L25-2010-T3C1.htm#T3C1S3>.

⁶⁹⁶ *Famílies reconstituïdes*, tal y como lo recoge el apartado 2 del artículo 231-1 de la Llei cit.

Como se puede apreciar la variedad es significativa y por ello el derecho civil catalán trata de contemplar estas variables a fin de darles una respuesta legal a los supuestos referidos.

Debemos señalar que sigue otorgando una importancia principal a la *libertad contractual* y a la *autonomía de la voluntad* a la hora de fijar el contenido de las capitulaciones matrimoniales o *capítols*, y a tal efecto, señala que, primeramente, el régimen económico matrimonial es el pactado en los mismos,⁶⁹⁷ en su defecto y/o en caso de que éstos devengan ineficaces, se aplicará, como supletorio, el de separación de bienes.⁶⁹⁸

Por ello, el contenido del *capítols* suele ser mucho más amplio que antaño y, amén de indicar la fijación del régimen económico matrimonial, suele fijarse, como contenido típico, los pactos sucesorios, donaciones y establecer estipulaciones y pactos lícitos que se consideren convenientes, «incluso en previsión de una ruptura matrimonial».⁶⁹⁹ En este último supuesto, indicar aquí brevemente, que la citada norma en su artículo 231-20 articula las condiciones, requisitos y supuestos para la validez y eficacia de estos pactos para el caso de una futura ruptura marital, indicando expresamente lo que a continuación resaltamos por entenderlo importante al presente estudio:

A) En cuanto a la forma: Nos indica que pueden incluirse dentro del *capítols* o en escritura pública aparte.⁷⁰⁰ La importancia del documento notarial reside en la protección del derecho de la parte o partes que renunciarán o limitarán parte de sus derechos en las capitulaciones estableciendo el legislador catalán una obligación legal al notario de información por separado a los suscribientes a fin de dotarle eficacia al acto documenta.

⁶⁹⁷ Art. 231-10, apartado 1, Llei 25/2010 cit.

⁶⁹⁸ Art. 231-10, apartado 2, Llei 25/2010 cit.

⁶⁹⁹ El artículo 231-19 de la Llei cit. afirma: «1. En las capitulaciones matrimoniales se pueden determinar el régimen económico matrimonial, convenir pactos sucesorios, hacer donaciones y establecer las estipulaciones y los pactos lícitos que se consideren convenientes incluso en previsión de una ruptura matrimonial»

2. Las capitulaciones matrimoniales se pueden otorgar antes o después del matrimonio. Los otorgados antes solo producen efectos a partir de la celebración del matrimonio»

⁷⁰⁰ Art. 231-20, apartado 1, Ley cit.

Podríamos añadir otra ventaja a esta forma que exige la norma que es la ejecutoriedad directa del propio documento público llegado el caso de su ejecución y que evitaría un proceso declarativo previo con el consiguiente ahorro de costes económicos, materiales, judiciales y temporales.

B) Momento del otorgamiento: La ley autoriza su celebración antes o después del matrimonio pero establece que en el supuesto prenupcial sus efectos surtirán a partir de la celebración del matrimonio y sólo gozarían de validez los otorgados antes de los 30 días de celebración del enlace.⁷⁰¹

Llama la atención el plazo de 30 días prematrimonial que señala la norma para la validez de estos acuerdos, pues cabe recordar que es la misma ley la que señala el plazo de 1 año del otorgamiento prenupcial para su validez, lo que necesariamente nos lleva a la afirmación que si los pactos prematrimoniales en previsión de una futura matrimonial se fijaran en la escritura capitular como permite la propia ley, significaría que mientras el resto de los contenidos capitulares gozarían de un plazo de validez de 1 año hasta la celebración del matrimonio, los pactos aludidos sólo de 30 días por lo que devendrían inválidos en caso de haberse concretado los mismos en els *capítols*.

Por todo ello, aconsejamos, se realicen en escritura pública aparte y en el plazo legal señalado para evitar que los suscribientes, en la creencia de haberlos realizado válidamente en capítulos, éstos sean inválidos por incumplimiento del requisito del plazo legal establecido al efecto.

Analizando la norma desde una perspectiva positiva y procesal, entendemos que el corto plazo otorgado para la validez de los mismos acotados a 30 días y no al año para el resto del contenido de las capitulaciones, obedece a que como en general, serán limitativos cuando no renunciadores de derechos, las circunstancias (de ambos suscribientes) en que se realicen éstos sean las más actuales posibles al hecho de tal limitación o renuncia y en ello en aras a su eficacia en el supuesto de su posible

⁷⁰¹ Art. 231-19, apartado 2, ley cit.

ejecución en caso de producirse la ruptura, por cuanto que es la propia norma la que impone un deber de *carga probatoria* de información al cónyuge que pretende ejercitarlo en un futuro respecto a las condiciones existentes en el momento de la firma (generalmente en cuanto a ingresos, patrimonio, situación laboral...), de tal suerte que en el supuesto de que las condiciones que asistían a la realidad del cónyuge renunciante fueran tan diferentes al momento de ejecutar dicha renuncia al punto de que pudieran revestir tal relevancia que podría invalidar dicha limitación o renuncia si así lo estimara el órgano jurisdiccional ad hoc atendiendo a lo dispuesto en esta norma.⁷⁰²

Imaginemos el ejemplo de una pareja en el que uno de los dos posee altos ingresos, numerosas propiedades, acciones... Y la otra parte desconoce estos hechos a la hora de renunciar a una posible pensión compensatoria por desequilibrio económico en caso de ruptura matrimonial, el hecho de que la parte que pretenda ejecutar tal pacto no demuestre que la otra conocía tal situación en el momento de su renuncia y que ésta, a su vez, en el momento de tal ruptura fuera acreedora de tal protección si no hubiera firmado tal pacto, es obvio que acreditados dichos extremos, el juez puede anular tal pacto en base a la falta de información(en este caso relevante) en el momento del convenio prenupcial.

En cuanto a los requisitos de:

- *Capacidad*: Se requiere la general para matrimoniar o los complementos de capacidad que correspondan.⁷⁰³ Advertimos que el legislador catalán ha suprimido en esta norma la excepción respecto a las disposiciones que realizaran los progenitores a favor de sus hijos menores no emancipados con las oportunas salvaguardas del art. 157 que se hacía en la anterior *Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de família*.⁷⁰⁴

⁷⁰² Artículo 231-19, apartado 4, Llei 25/2010, cit. «El cónyuge que pretenda hacer valer un pacto en previsión de una ruptura matrimonial tiene la carga de acreditar que la otra parte disponía, en el momento de firmarlo, de información suficiente de su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas, siempre que esta información fuera relevante en relación al contenido del pacto».

⁷⁰³ Art. 231.21 «Poden atorgar capítols matrimonials els qui poden contreure vàlidament matrimoni, però necessiten, si escau, els complements de capacitat corresponents»

⁷⁰⁴ Llei cit. En el artículo 16 se dispone «1. Poden atorgar capítols matrimonials els qui poden contreure vàlidament matrimoni, però necessiten, si escau, els complements de capacitat que

- *Forma*: Su otorgamiento o modificación requiere de escritura pública tanto las capitulaciones como sus modificaciones, pactos, resoluciones judiciales y todo aquello que pueda modificar o variar el régimen económico matrimonial⁷⁰⁵ y, siguiendo la misma línea que la anterior Llei del Codi Civil de 1998, señala que para ser oponible frente a terceros, deberán, además, inscribirse en la hoja matrimonial en el Registro civil, y en otros registros públicos.⁷⁰⁶

- *Modificación*: Se requiere de la concurrencia y consentimiento de todas las personas que los otorgaron, o sus herederos (para el caso de que las modificaciones les afecten a éstos) tanto para el supuesto de modificarlas o para dejarlos sin efecto.⁷⁰⁷ Señalamos, en un análisis comparativo con el Codi del 98, que se ha suprimido la excepción de que los esposos puedan modificar sin la concurrencia expresada los mismos para los supuestos de modificación del régimen económico matrimonial, pactos sucesorios recíprocos entre esposos, y a favor de sus hijos⁷⁰⁸ lo que entendemos no es otra cosa que limitar la autonomía de los esposos otorgantes en aras a amparar los derechos de todos aquellos firmantes concurrentes iniciales y cuyas variaciones posteriores que pudieran realizar los cónyuges pudieran asimismo afectar a los derechos de las partes concurrentes en el otorgamiento inicial ofreciéndoles de esta forma, no sólo la información necesaria sino también la posibilidad de objetar tal decisión modificadora.

corresponguin. 2. No cal la intervenció del defensor o defensora judicial en les disposicions establertes pel pare o la mare a favor dels seus fills menors no emancipats, encara que hi hagi reserva de drets a favor d'aquells, sempre que no hi hagi contraposició d'interessos, cas en què s'ha d'aplicar el que disposa l'article 157».

⁷⁰⁵ Art. 231-22, Llei 25/2010, cit.

⁷⁰⁶ Llei, 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de família. cit. «Article 17. Forma i inscripció: 1. Els capítols matrimonials i llurs modificacions s'han d'atorgar en escriptura pública. 2. Els capítols matrimonials, i llurs modificacions, i també els pactes, les resolucions judicials i altres fets que canviïn o modifiquin el règim econòmic matrimonial, no són oposables a terceres persones mentre no es facin constar en la inscripció del matrimoni en el Registre Civil, i, si és el cas, en els altres registres públics la legislació dels quals ho estableixi».

⁷⁰⁷ Art. 231-23. apartado 1. Llei 25/2010, cit.

⁷⁰⁸ Llei, 9/1998.. cit: Article 18. Modificació: 1. Per a la modificació dels capítols o per a deixar-los sense efecte, cal el consentiment de totes les persones que els havien atorgat, o dels seus hereus, si la modificació afecta drets que aquelles haguessin conferit. 2. La modificació del règim econòmic matrimonial i dels pactes successoris recíprocs entre cònjuges i llur resolució, i també dels establerts per ells a favor dels fills, la poden acordar exclusivament els cònjuges, sense necessitat d'acord de les altres persones que hagin concorregut en els capítols ni dels hereus».

Finalmente, cabe señalar que la modificación del régimen económico matrimonial no afectará a los derechos adquiridos por terceras personas.⁷⁰⁹

Supuestos de Ineficacia: Es aquí precisamente donde el legislador de la LLei 25/2010 opera importantes cambios respecto a estos mismos supuestos en el Codi de Família del 98. Y lo hace respecto de los extremos que significamos a continuación:

1) Amplía la ineficacia de las capitulaciones matrimoniales al supuesto de separación judicial, mientras que en la anterior norma solo contemplaba la nulidad y el divorcio.⁷¹⁰ Opinamos que esta inclusión obedece a dar respuesta a una realidad actual puesto que existen hoy en día algunas parejas separadas judicialmente que no divorciadas y aunque *strictu sensu* el vínculo matrimonial no se ha disuelto (por nulidad) ni roto (por divorcio) sí contempla una voluntad de los esposos separados judicialmente de desvincular los compromisos adquiridos y cedidos en el *capítols* equiparando los efectos del divorcio con los de la separación judicial en una suerte de *fictio iuris*.

2) Equipara a los tres supuestos el hecho de que quedan sin efecto pero conservan su eficacia en los casos de: reconocimiento paterno/materno filial, los pactos hechos en previsión de ruptura matrimonial, los sucesorios en la medida en que lo establece el presente código y los que son vehiculizados por las capitulaciones como instrumentales.⁷¹¹

3) La norma anterior circunscribía la eficacia de los pactos capitulares, en caso de divorcio, sólo a los acuerdos respecto a los heredamientos y donaciones a favor de uno de los contrayentes - si el favorecido sigue trabajando para la casa y existen hijos del matrimonio - declarándose ineficaces el usufructo viudal y los demás derechos que, si procede, se hayan pactado en forma accesorio a favor del cónyuge de aquél o aquella en los supuestos en que no se sigue trabajando para la casa o no existen hijos, así como si

⁷⁰⁹ Art. 231-24 LLei 25/2010 cit.

⁷¹⁰ Título del art. 231-26 de la Llei 25/2010 «ineficacia per nul·litat, separació judicial o divorci»

⁷¹¹ Art. 231-26 Llei 25/2010 cit.

el cónyuge contrae nuevo matrimonio, el heredamiento o la donación resultan revocables por la sola voluntad del heredante o donante.⁷¹²

Es por ello que si se quiere mantener la voluntad y eficacia de algunas de estas disposiciones habrán de realizarse por la vía convencional para los supuestos de futura ruptura a fin de evitar la ineficacia de los mismos en caso de ruptura matrimonial por resolución judicial.

Habitualmente y, dado que rige por defecto el régimen de separación de bienes en esta Comunidad, o bien no se conviene otro régimen distinto a éste, o si se hace, suele ser fijando algún otro que, aunque de rara utilización hoy en día, se conservan por arraigo y tradición en algunas comarcas catalanas y que legalmente son contemplados y regulados por la norma requiriendo, eso sí, pacto expreso en los referidos *capítols*.

Este es el caso del llamado régimen de *Asociación de compras y mejoras*, propio de algunas comarcas del Campo Tarragonense y que se halla regulado en la Sección Tercera, artículos 232-25 al 232-27 de la LLei 27/2010⁷¹³ que venimos citando y que, amén de requerir pacto expreso en las capitulaciones matrimoniales, la norma establece una jerarquía de aplicación otorgando primacía a la autonomía de la voluntad de los cónyuges plasmada en el documento capitular y estableciendo un orden de aplicación por defecto y descendiente a: la costumbre de la comarca y al régimen de participación en el supuesto de que la naturaleza de la convención así lo permita.⁷¹⁴

⁷¹² Llei, cit.«Article 20. *Ineficàcia per nul·litat o divorci*: 1. Els capítols queden sense efecte si el matrimoni és declarat nul o es dissol per divorci.2. Si el matrimoni es dissol per divorci, conserven l'eficàcia:a) Els heretaments i les donacions a favor d'un dels contraents, si l'afavorit o afavorida continua treballant per a la casa i hi ha descendència del matrimoni. Són ineficaços l'usdefruit vidual i els altres drets que, si escau, s'hagin pactat en forma accessòria a favor del cònjuge d'aquell o d'aquella. Si no es continua treballant per a la casa o no hi ha descendència, i també si el cònjuge contreu nou matrimoni, l'heretament o la donació esdevenen revocables per la sola voluntat de l'heretant o donant.b) Els heretaments a favor de la descendència del matrimoni, en consideració al qual es varen atorgar els capítols. Els heretaments purs esdevenen revocables.c) El reconeixement de fills fet per qualsevol dels cònjuges».

⁷¹³ En el anterior Codi de Família del 98 se regulaba en el cap. III. Art. 61-63, por el que cada cónyuge puede asociar al otro a las compras y mejoras que realice durante el matrimonio..art. 61.2).

⁷¹⁴ Article 232-25, Llei 25/2010 cit. «Règim.1. L'associació a compres i millores, pròpia del Camp de Tarragona i d'altres comarques, exigeix un pacte exprés en capítols matrimonials.2. En tot allò que no regulin els pactes de la constitució del règim ni aquesta secció, l'associació a compres i millores es regeix

También se contempla en la comarca de Tortosa el denominado régimen de *L'agermanament o pacte de mig per mig* reguldo en la sección 4ª, art. 232-28 de la presente norma⁷¹⁵ (art. 64 del Código de Familia del 98).

Por su parte en el Valle de Arán existe *El pacte de convinença o mitja guadanyeria*. Este régimen específico ya contemplado en la antigua regulación⁷¹⁶ requiere asimismo de pacto capitular y establece, de igual modo al anterior, un régimen supletorio de aplicación descendente en el que prioriza lo pactado y en su defecto se estará a lo que establezca la costumbre del Valle de Arán, y, en caso de inexistencia de ésta, al capítulo X del Privilegio de la *Querimònia*.⁷¹⁷

Esta modalidad permite establecer entre padres e hijos y entre extraños pactos mediante los cuales los bienes presentes ganados y los futuros que se puedan ganar queden en la comunidad mientras exista asociación entre ellos así como la contribución paritaria al 50% por parte de cada cónyuge al sostenimiento de los gastos de la casa y al derecho en dicha proporción a dividir las ganancias y las mejores obtenidas durante el matrimonio en el caso de ruptura marital sin descendencia.⁷¹⁸

pel costum de la comarca i, si no n'hi ha, per les disposicions del règim de participació en els guanys, en la mesura que ho permeti la seva naturalesa específica».

⁷¹⁵ Article 232-28, Llei 25/2010 cit. «*Règim*: 1. L'agermanament o pacte de mig per mig, propi del dret de Tortosa, exigeix un pacte exprés en capítols matrimonials. 2. En tot allò que no regulin els pactes de la constitució del règim ni aquesta secció, l'agermanament es regeix pel costum del lloc i, si no n'hi ha, per les disposicions del règim de comunitat, en la mesura que ho permeti la seva naturalesa específica. 3. La comunitat inclou tots els béns que tinguin els cònjuges en casar-se o en el moment de convenir el pacte d'agermanament, els que adquireixin per qualsevol títol i els guanys o lucre de tota mena mentre subsisteixi el règim. 4. En l'agermanament, l'administració de la comunitat correspon a ambdós cònjuges. 5. La liquidació de l'agermanament s'ha de fer adjudicant a parts iguals els béns que inclogui entre els cònjuges o entre el cònjuge supervivent i els hereus del premort».

⁷¹⁶ Capítulo V, art. 65 de la LLei 1/1998 del Codi de Família, cit.

⁷¹⁷ Article 232-29 *Règim*: «1. La convinença, o mitja guadanyeria, associació pròpia de la Vall d'Aran, exigeix un pacte exprés en capítols matrimonials. 2. En tot allò que no regulin els pactes de la constitució del règim ni aquesta secció, s'han d'aplicar el costum de la Vall d'Aran i el capítol X del privilegi de la Querimònia».

⁷¹⁸ Art. 232.29 Llei cit.: «3. A més del que estableix l'apartat 1, la convinença també es pot establir entre els progenitors i els fills, i fins i tot entre estranys, pactant que els béns guanyats i els que es guanyaran restin en comunitat mentre subsisteixi l'associació. 4. Els cònjuges han de contribuir per parts iguals a pagar les despeses derivades del règim i el govern de la casa i han de dividir, quan es dissol el règim, si no hi ha fills, els guanys i els augments».

Asimismo, caben los pactos expresos en capitulaciones matrimoniales tendentes a combinar los distintos regímenes económicos matrimoniales contemplados en la ley, como por ejemplo el de separación de bienes con algunos comarcales como el de asociación de compras y mejoras de Tortosa que supone una combinación entre la separación total de los bienes y la comunicación de alcance limitado de algunos de ellos a determinado cónyuge o a ambos. Del mismo modo ocurriría con el «pago de crédito de participación» regulado en la sección III de la LLei 25/2010 que venimos citando, artículos 232-22 al 24, ambos inclusive.⁷¹⁹

Finalmente, señalar que la Ley establece libertad de pacto para fijar la contribución a las cargas familiares en su artículo 231-6 dedicado a la «*Contribució a les despeses familiars*» de aportación proporcional a los ingresos obtenidos por la actividad personal de cada cónyuge y en caso de insuficiencia en la misma proporción respecto de sus respectivos patrimonios. Dato importante señalar que la propia norma considera el trabajo doméstico como aportación en tal concepto aunque no especifica la cuantía o proporción de la misma.⁷²⁰

Señalar que el legislador otorga una especial protección a estos gastos y establece unas obligaciones de contribución proporcional y diferenciada a los dispendios que ocasionen a los convivientes a fin de colaborar en los gastos domésticos que acarrea tal convivencia, (tanto a los hijos, comunes o no de la pareja)⁷²¹ con las limitaciones

⁷¹⁹ Article 232-22. «Forma de pagament: 1. El crèdit de participació s'ha de pagar en diners, llevat que les parts acordin una altra cosa. No obstant això, per causa justificada i a petició de qualsevol de les parts o de llurs hereus, l'autoritat judicial en pot ordenar el pagament total o parcial amb béns de la persona obligada. 2. Si el règim s'extingeix per la mort d'un dels cònjuges i al supervivent li correspon el crèdit de participació, pot demanar que se li adjudiqui l'habitatge familiar en propietat o en usufruct. Si el valor del bé o el dret adjudicat és superior al del crèdit de participació, l'adjudicatari ha de pagar la diferència en diners. 3. Per causa justificada i a petició del cònjuge deutor o dels seus hereus, l'autoritat judicial pot ajornar el pagament o ordenar que es faci a terminis amb un venciment màxim de tres anys i una meritació de l'interès legal a comptar del reconeixement. En aquest cas, l'autoritat judicial pot ordenar la constitució de garanties a favor del creditor.»

⁷²⁰ Así lo indica expresamente en el párrafo 2º del primer apartado del art. 231-6.

⁷²¹ Apartado 2 del artículo 231-6, Llei 25/2010 cit. «2. Els fills, comuns o no, mentre conviuen amb la família, han de contribuir proporcionalment a aquestes despeses de la manera que estableix l'article 236-22.1.»

legalmente prescritas, y la hace extensible al resto de los parientes que convivan en el mismo domicilio en su tercer apartado.⁷²² Del mismo modo, establece una prelación de adjudicación preferente de las rentas y frutos obtenidos de los bienes afectos a estos gastos en su último párrafo del primer supuesto del art. 231.6.⁷²³

5.6 Galicia

La Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia,⁷²⁴ en su artículo 171,⁷²⁵ parte de la libertad de elección del régimen económico matrimonial de la misma forma que lo dispone los arts. 1315 y 1316 del CC que se manifestará en las capitulaciones matrimoniales estableciendo el régimen subsidiario de sociedad legal de gananciales en los supuestos de inexistencia o ineficacia.⁷²⁶ Asimismo, faculta a los esposos a pactar en capitulaciones la «liquidación total o parcial de la sociedad y de las bases para realizarla, con plena eficacia al disolverse la sociedad conyugal».⁷²⁷

En cuanto a los requisitos de forma y momento del otorgamiento, la norma indica que habrá de «formalizarse necesariamente en escritura pública» y faculta a los futuros esposos a otorgarlos antes o después de matrimoniar.⁷²⁸

En sintonía con la norma derogada, el art. 174 de la ley de Derecho civil gallego que reza «Las capitulaciones podrán contener cualquier estipulación relativa al régimen económico familiar y sucesorio, sin más limitaciones que las contenidas en la ley» se constata que claramente continúa la normativización de ampliar el contenido capitular

⁷²² Apartado 2 del artículo 231-6, Llei 25/2010 cit. «3. Els parents que conviuen amb la família han de contribuir, si escau, a les despeses familiars en la mesura de llurs possibilitats i d'acord amb les despeses que generen.

⁷²³ «Si hi ha béns especialment afectes a les despeses familiars, llurs fruits i rendes s'han d'aplicar preferentment a pagar-les.»

⁷²⁴ Esta Ley deroga a la homóloga 4/1995, de 24 de mayo). BOE núm. 191 de 11 de agosto de 2006.

⁷²⁵ Igual que lo hiciera el artículo 112 de la Ley derogada de 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia, que disponía «El régimen económico matrimonial será el convenido por los cónyuges en capitulaciones matrimoniales. En defecto de convenio o ineficacia del mismo...».

⁷²⁶ «El régimen económico matrimonial será el convenido por los cónyuges en capitulaciones matrimoniales. En defecto de convenio o ineficacia del mismo, el régimen será la sociedad de gananciales»

⁷²⁷ Art. 172, ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia.

⁷²⁸ Art. 173, ley cit.

más allá de expresar el régimen económico matrimonial, sus modificaciones, la liquidación parcial o total de la sociedad y las bases para realizarla⁷²⁹ sino que además añade el legislador las convenciones sucesiones sin otras limitaciones que las legales.

Como podemos apreciar, el legislador gallego está dotando al documento capitular con un alto contenido en cuanto a la regulación patrimonial del futuro matrimonio, por lo que sin duda estamos asistiendo, en los últimos años, a una mayor protección de las masas patrimoniales privativas de los cónyuges en un deseo de evitar una futura judicialización de posibles conflictos por esta delicada materia mediante las bondades que asisten a este contrato de gran seguridad en el tráfico jurídico, tanto *inter partes* como frente a terceros de buena fe al amparo de la publicidad registral que le asiste.

Importante resulta indicar que si bien esta nueva norma viene a recoger, en síntesis, lo positivizado en la anterior Ley en su art. 113.1⁷³⁰ de documentarlo en escritura pública, hemos de señalar que la actual regulación ha suprimido el documento introducido en la anterior que, en el mismo plano que la escritura pública, admitía su inclusión en un nuevo documento público cual era la «transacción judicial que ponga fin a cualquier procedimiento de separación, divorcio o nulidad», lo que equivalía a decir: convenio regulador aprobado judicialmente, sentencia o auto firme dictado en un procedimiento matrimonial contencioso, siendo que la vigente norma la circunscribe exclusivamente para su validez y eficacia a la escritura pública.

Entendemos, no obstante, que dichos supuestos obedecían a las convenciones realizadas post matrimonial y en un proceso de ruptura matrimonial judicial, pero, asimismo, sostenemos que nada impide que los esposos, con carácter previo al matrimonio, firmen un convenio regulador conteniendo las convenciones y pactos que estimen por conveniente respecto al régimen económico matrimonial que regirá su vida matrimonial y cuantas disposiciones estimen al respecto sin más limitaciones que las legales y lo protocolaricen notarialmente.

⁷²⁹ Ex. art. 172, ley cit.

⁷³⁰ En la ley anterior se establecía que las capitulaciones podían otorgarse antes o después del matrimonio y requerían asimismo de escritura pública.

No podemos concluir el estudio de este apartado de derecho foral familiar gallego sin incluir la ampliación del concepto de *relación marital* que recoge esta ley, acorde a las nuevas modalidades familiares que rigen esta sociedad plural y en una interpretación analógica del matrimonio, a efectos de protección jurídica en derechos y obligaciones que la ley reconoce a los cónyuges y que la extiende a los miembros de «las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia». Al efecto, y para evitar connotación de discriminación sexista,⁷³¹ requiere de la convivencia estable de dos personas durante 1 año acreditado por los medios legales al efecto (registros, acta notoriedad...) exceptuando el supuesto de existencia de hijos comunes en cuyo caso es suficiente con acreditar la convivencia suprimiendo el requisito temporal.⁷³²

Finalmente, apuntar que Galicia siempre aplicó como régimen legal supletorio, igual que en territorio de Derecho Común, el de sociedad legal de gananciales.⁷³³

5.7 Comunidad Valenciana

La *Ley 10/2007, de 20 de marzo*, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano⁷³⁴ con las modificaciones realizadas por la *Ley 8/2009, de 4 de noviembre*,⁷³⁵ supone «el primer paso en la recuperación del Derecho foral valenciano, con el objetivo y la intención de poder desarrollar en el futuro un Código de Derecho foral valenciano que englobe las distintas leyes sectoriales que se promulguen».⁷³⁶

Primeramente señalar que esta ley tiene por objeto regular el régimen económico valenciano «desde la recuperación del Derecho foral civil valenciano y su pertinente desarrollo y adaptación a los valores y principios constitucionales, así como a las

⁷³¹ D.A. Cuarta, ley cit... «Las referencias realizadas en la presente ley al hombre o a la mujer o sólo en uno de los géneros han de entenderse referidas a ambos géneros, sin que pueda existir, por tanto, discriminación alguna por razón de sexo»in

⁷³² D.A. Tercera, ley cit.

⁷³³ En este mismo sentido véase REBOLLEDO VARELA, A.L. *Derecho Civil de Galicia: presente y futuro*. Revista Jurídica de Bavaria, Julio-Diciembre 2008, nº 46, p. 11-43.

⁷³⁴ Suspendida de vigencia y aplicación por Providencia 17 abril 2008 del Tribunal Constitucional dictada en el Recurso de inconstitucionalidad número 9888-2007 («B.O.E.» 22 abril 2008).

⁷³⁵ BOE, núm. 301, martes 15 de diciembre de 2009.

⁷³⁶ Preámbulo citada ley.

nuevas demandas sociales»,⁷³⁷ se rige por la *lex fori* aplicable con arreglo al artículo 3 del Estatuto de Autonomía⁷³⁸ y, por tanto, será de aplicación a los españoles con residencia administrativa acreditada en la Comunitat Valenciana, los españoles residentes en el extranjero (y sus descendientes si así lo acreditan legalmente) siempre que su última residencia constatada sea en el territorio foral valenciano.⁷³⁹ Asimismo deja un foro competencial residual aplicable en los supuestos para la resolución de «conflictos de leyes aprobadas por el Estado, en ejercicio de la competencia exclusiva que le reconoce la Constitución».⁷⁴⁰

Tiene como fundamento «la plena igualdad jurídica de los cónyuges y se define por la más absoluta libertad civil entre los mismos, sin perjuicio de la necesaria protección social, económica y jurídica de la familia»⁷⁴¹ recogiendo normativamente una pluralidad de situaciones susceptibles de protección jurídica foral. Apuesta por la absoluta libertad contractual de los esposos sin más limitaciones que las legales apostando por incluir los pactos referidos al régimen económico matrimonial elegido en capitulaciones matrimoniales que podrán otorgarse ante o después del enlace⁷⁴² y constante éste. Apreciación esta última que entendemos innecesaria por cuanto carecería de sentido jurídico y pragmático (aunque no imposible) que los esposos otorgaran capitulaciones inmersos en un procedimiento judicial, bien contencioso, bien amistoso, de ruptura matrimonial.

⁷³⁷ Art. 1.2 ley 10/2007 cit.

⁷³⁸ Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. Vigente desde 18 de julio 2010.

⁷³⁹ Artículo tercero, LO 1/2006, cit. «1. A los efectos de este Estatuto, gozan de la condición política de valencianos todos los ciudadanos españoles que tengan o adquieran vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de la Comunitat Valenciana. 2. Los ciudadanos españoles residentes en el extranjero que hayan tenido su última vecindad administrativa en la Comunitat Valenciana y acrediten esta condición en el correspondiente Consulado de España gozarán de los derechos políticos definidos en este Estatuto. Este mismo régimen se aplicará a sus descendientes, inscritos como españoles, si así lo solicitan en los términos en los que lo determine la Ley del Estado.»

⁷⁴⁰ Art. 2 Ley cit. REMV

⁷⁴¹ Art. 2. Ámbito de aplicación Ley cit.

⁷⁴² Art. 4 «... acordará por los cónyuges con total y entera libertad civil en la carta de nupcias que otorguen a este efecto sin otras limitaciones que las establecidas en esta ley, anteriormente al matrimonio o bien con posterioridad, constante el mismo».

En cuanto a la modificación del REM, la norma contempla la más absoluta libertad de pacto al respecto⁷⁴³ si bien y para proteger a los terceros de buena fe, advierte que «en ningún caso perjudicará los derechos ya adquiridos por terceros antes de su efectivo conocimiento o, en todo caso, de la publicación oficial en el registro público competente».⁷⁴⁴

Respecto al régimen legal supletorio, en caso de inexistencia de capitulaciones o ineficacia de las mismas, dispone el de separación de bienes y no contempla más consecuencia de la celebración del matrimonio sino la de afectar las respectivas rentas y patrimonio al levantamiento de las cargas familiares.⁷⁴⁵ En lo que observamos claramente una especial protección de las cargas familiares asegurándolas a través de la traba de los patrimonios de los esposos al cumplimiento de tal fin.

Asimismo, esta norma contempla una total «Libertad de contratación y representación» de los cónyuges para celebrar por separado cualesquiera negocios y actos jurídicos en nombre propio sin que ninguno de los esposos pueda atribuirse la representación legal del otro en los mismos, sin su expreso consentimiento o que legalmente le sea atribuido, a excepción de los que la ley denomina «actos propios de la potestad doméstica» en que aplica una suerte de “representación conjunta” por el que entiende que, en estos supuestos, cada cónyuge actúa en nombre de los dos.⁷⁴⁶

De gran problemática entendemos en la práctica supondrá esta representación conjunta por cuanto imaginemos que uno de los esposos, en aras a los gastos domésticos, contrata unos servicios de alto coste o que el otro miembro entienda

⁷⁴³ Art. 5.1. Ley cit.

⁷⁴⁴ Art. 5.2 Ley cit.

⁷⁴⁵ Art. 6 «... sin que la celebración del matrimonio tenga otra trascendencia económica para los consortes que la de afectar a sus respectivas rentas y patrimonios al levantamiento de las cargas del matrimonio.»

⁷⁴⁶ Artículo 7 «Libertad de contratación y representación 1. Sea cual sea el régimen económico matrimonial, los cónyuges podrán celebrar entre ellos cualquier clase de actos y negocios jurídicos. 2. Ninguno de los cónyuges podrá atribuirse la representación del otro sin que le haya sido atribuida voluntariamente por este o legalmente, en su caso, en la celebración de actos y negocios jurídicos, ya sea entre ellos o con terceros, salvo los actos propios de la potestad doméstica, en que se entiende que cada cónyuge actúa en nombre de los dos»

innecesario, y con ello obliga con la deuda al miembro no comprometente originando con ello un conflicto no sólo doméstico sino jurídico para determinar: a) si la naturaleza del gasto contraído entra o no dentro del concepto de «potestad doméstica» atribuido por la norma, b) si ese gastos, aún siendo doméstico, era necesario para el desarrollo familiar en un contexto de situación cotidiana para averiguar la idoneidad o no del mismo.

Por todo ello, no encontramos el acierto del legislador en esta atribución de la representación en obligarse respecto del otro cónyuge sin su consentimiento expreso.

En cuanto a los requisitos para su otorgamiento, nos encontramos:

Respecto a la capacidad, la ley 10/2007 otorga una capacidad para otorgar capitulaciones matrimoniales o *cartas de nupcias*⁷⁴⁷ general exigiendo simplemente la necesaria para contraer válidamente, si bien estipula el complemento de capacidad (progenitores, curador) para el contrayente menor cuando atribuya derechos económicos de distinta índole al otro cónyuge, entendiendo dicho complemento como un requisito de eficacia para el otorgamiento.⁷⁴⁸ Capacidad que la amplía el legislador, además, al otro cónyuge, después del matrimonio, si éste fuera mayor del edad y la disposición afectara a bienes indicados en el art. 22 de la ley.⁷⁴⁹

En cuanto a la capacidad del *declarado incapaz* para dicho otorgamiento, la norma en su artículo 24 hace una remisión al resultado y contenido de la sentencia que declare la incapacitación como requisito para la eficacia de su otorgamiento. Es decir, su eficacia dependerá de los límites legales que para disponer disponga la resolución judicial que, en definitiva, es la que tras el oportuno procedimiento judicial y pruebas pertinentes, determinará el alcance y límites de la capacidad jurídica y de obrar del incapaz bajo pena de ineficacia si no se observan dichas limitaciones.

⁷⁴⁷ Así es como consta el título enunciativo del capítulo IV de la Ley 10/2007, cit que regula esta materia.

⁷⁴⁸ Art. 22 ley cit.

⁷⁴⁹ Art. 23 ley cit.

En cuanto al contenido de la carta de nupcias o capitulaciones, indicamos que el legislador ha sido generoso en la relación y detalle de los supuestos materiales que recoge. Así indica que, además de fijar el régimen económico matrimonial del matrimonio se pueden establecer:

«... cualesquiera otros pactos de naturaleza patrimonial o personal entre los cónyuges o a favor de ellos, de sus hijos nacidos o por nacer, ya para que produzcan efectos durante el matrimonio o *incluso después de la disolución del mismo*, sin más límites que lo que establece esta ley, lo que resulte de las buenas costumbres y lo que imponga la absoluta igualdad de derechos y obligaciones entre los consortes dentro de su matrimonio».⁷⁵⁰

Como podemos apreciar, las capitulaciones se convierten en un *númerus apertus* de los pactos que los cónyuges pueden realizar los esposos, no sólo constante la vida matrimonial en común sino incluso en previsión de una posible ruptura futura, sin más limitaciones que las legales, y añade, curiosamente, la referencia al resultado de las buenas costumbres y la igualdad de los consortes en derechos y obligaciones, es decir, que apela a la *isonomía*⁷⁵¹ de ellos para las convenciones conjuntas.

Nos llama la atención desde el plano jurídico estas últimas remisiones que no hemos apreciado en la investigación en los otros cuerpos normativos forales, aún la de Cataluña de 2010 que es más moderna (en sentido temporal) que la valenciana y las homólogas en los distintos regímenes civiles forales estudiados en apartados precedentes.

Referente al momento de su otorgamiento se podrá realizar antes o después, pero sólo surtirá efecto una vez se haya contraído el matrimonio.⁷⁵²

⁷⁵⁰ Art. 25 ley cit.

⁷⁵¹ Concepto griego de la época de Solón que conceptuaba la igualdad de los ciudadanos de la *polis griega* ante la Ley sentando uno de los pilares esenciales de la *demokratía* en el Estado de Derecho.

⁷⁵² Art. 26, ley cit.

Se contempla la modificación total o parcial del documento requiriendo la intervención de los mismas personas que otorgaron y que afecte la modificación que se pretenda preservando los derechos adquiridos por los terceros de buena fe resultantes antes de la debida publicidad registral de dicha modificación o, si es anterior a ella, desde el momento en que se tuvo efectivo conocimiento.⁷⁵³

Como requisito de validez, tanto del otorgamiento de las capitulaciones como de sus posibles modificaciones, la norma exige escritura pública y cuya oponibilidad frente a terceros la deriva a lo reglado por la legislación estatal.⁷⁵⁴

Interesante resulta resaltar aquí los supuestos de ineficacia que determina el legislador cuyas situaciones resultan novedosas desde el biplano jurídico-sociofamiliar que por su relevancia significamos:

1. En primer lugar, en el apartado 1 del art. 28 de la citada norma foral, el legislador establece una relación de supuestos de ineficacia de las capitulaciones matrimoniales o cartas de nupcias en los supuestos del art. 25 y para el caso de declaración judicial de separación, nulidad o divorcio. Asimismo, permite que en el correspondiente convenio regulador (que surtirá efectos a partir de su aprobación judicial) se pueda ratificar, modificar o extinguir determinados «derechos, obligaciones o funciones establecidos por ellos en la carta de nupcias o capitulaciones, siempre que ello no sea incompatible con su nueva situación»,⁷⁵⁵ si bien, en el apartado siguiente de este precepto 28, se indica expresamente que dicha ruptura matrimonial no puede suponer un perjuicio personal o reducción de los derechos patrimoniales que se fijaron en las capitulaciones a favor de los hijos o terceras personas salvo que medie renuncia expresa o exista una sentencia condenatoria firme de los mismos hijos por vejación o maltrato a sus padres exigiendo para ello como requisito que la condena sea de privación de libertad superior a dos años, o que dichas situaciones personales o derechos económicos sean

⁷⁵³ Art. 26, apartado 2 de la ley cit.

⁷⁵⁴ Art. 27 de la cit. Ley que fue redactado por el artículo 2 de la Ley 8/2009, de 4v de noviembre, de modificación de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano (D.O.C.V. de 10 de noviembre).

⁷⁵⁵ Art. 28.1, segundo párrafo ley cit.

«radicalmente incompatibles con la nueva situación surgida de la nulidad, separación o el divorcio».⁷⁵⁶

El legislador está recogiendo aquí una realidad que se da en el seno de muchas familias valencianas referido a los supuestos de malos tratos de padres a hijos (muchos de ellos asociados a situaciones de drogadicción, ludopatías, y otras adicciones...) en cuyo caso admite la reducción de derechos patrimoniales a favor de éstos hijos por el trato irrespetuoso y vejatorio conferido a sus progenitores siempre que se haya probado claramente esta situación y obtenido la condena en contra en los términos establecidos en este precepto.

Lo que, en puridad, viene a suponer una suerte de ruptura del *favor filii* en los supuestos de ruptura matrimonial judicial.

Finalmente, y en su último apartado de este artículo, hace una remisión general a las normas de nulidad o ineficacia de los contratos respecto del negocio capitular.

Mención especial merece la referencia legislativa realizada a los efectos jurídicos que generan para los terceros las cartas de nupcias o capitulaciones matrimoniales declaradas ineficaces. Con arreglo al art. 29 de la citada ley de Régimen Económico Matrimonial Valenciano⁷⁵⁷ quedarán extinguidos por disolución matrimonial o separación del matrimonio, pero el precepto admite como excepción el supuesto de que, aún habiéndose constituido capitularmente, tengan una causa jurídica compatible con la nueva situación legal de los titulares o beneficiarios de los mismos.⁷⁵⁸

⁷⁵⁶ Art. 28.2, ley cit. «2. Sin perjuicio de lo que establece el apartado anterior, la nulidad, la separación o el divorcio no pueden suponer perjuicio personal o reducción de los derechos patrimoniales que se constituyeron en la carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales a favor de los hijos o de terceras personas, salvo que estos renuncien o exista una sentencia condenatoria de los mismos hijos por vejación o maltrato a sus padres con condena de privación de libertad superior a dos años, o que tales situaciones personales o derechos patrimoniales sean radicalmente incompatibles con la nueva situación surgida de la nulidad, la separación o el divorcio».

⁷⁵⁷ Vigente tras la reforma de esta Ley 10/2007, de 20 de marzo, por la 8/2009, de 4 de noviembre, cit.

⁷⁵⁸ Primer apartado del art. 29 de la ley cit.

Este supuesto legal nos permite una clara vía de pactos compensatorios a la hora de otorgar capitulaciones el futuro cónyuge que contraiga matrimonio con un miembro de la Empresa Familiar y que pueda sentirse reacio a dicho otorgamiento encontrando, en este artículo de la ley valenciana, un encuadre para articular vías jurídicas válidas y eficaces para la observancia y firma del correspondiente documento nupcial e incluso, yendo un poco más lejos, la firma del propio protocolo familiar y/o documentos complementarios. Pensemos en el supuesto de que alguno de los futuros consortes otorgó capitulaciones y firmó el PF convencido por los pactos realizados en capitulaciones o cartas de nupcias y estas devienen ineficaces por dicha ruptura matrimonial judicial, los derechos de dicho miembro firmante se verían afectados seriamente por la ineficacia de las capitulaciones devenida por la disolución judicial de su vínculo matrimonial. Pero por medio de esta excepción, algunos pactos se salvarían de la condena de tal ineficacia quedando a salvo los derechos del firmante en aras a los derechos concedidos por un tercero cuando la causa de tal cesión no estuviera condicionada a la pervivencia del matrimonio. Un ejemplo bien claro de ello podrían ser las cesiones de derechos que realice un padre/suegro al futuro miembro familiar por enlace matrimonial con su hijo/a y en aras a la protección del patrimonio de la Empresa Familiar que hemos aludido.

En cuanto a la cesión de derechos por terceros (abuelos, tíos, primos, e incluso accionista de la EF...) a los futuros hijos, tanto presentes como futuros, del matrimonio realizados en capitulaciones matrimoniales, la ley aboga por la eficacia de los mismos sin que les afecte la ruptura matrimonial judicial salvo que el «mantenimiento de tales derechos sea radicalmente incompatible con esta nueva situación».⁷⁵⁹

Advertimos que vigente norma nada dispone respecto de la eficacia de los pactos capitulares en el supuesto de fallecimiento de uno de los esposos dado que lo que disponía al respecto en la anterior ley 10/2007, de 20 de marzo, fue derogado por el artículo 1 de la Ley 8/2009, de 4 de noviembre, por lo que resulta preciso regular esta

⁷⁵⁹ Art. 29, apartado 2 de la ley REMV citada.

situación vía convencional a través de otros documentos necesarios como el testamento de los cónyuges u otros complementarios.

6. El Reglamento UE 1259/2010, de 20 de diciembre, de cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y la separación judicial.

No podemos concluir este capítulo sin advertir la importancia del pacto en la elección de la ley aplicable para el caso de divorcio que establece el mencionado reglamento europeo⁷⁶⁰ apartado 28 y que supone de gran trascendencia por cuanto permite elegir y determinar, en definitiva, las normas aplicables al divorcio del Estado Miembro elegido con arreglo a los fueros competenciales establecidos en el art. 5 de este reglamento: La Ley del estado de residencia habitual en el momento del enlace; la del último domicilio conyugal siempre que alguno de los cónyuges aún resida allí; la nacional de alguno de los esposos en el momento de celebración del matrimonio; la ley del foro.

Asimismo indicar que el 10 de enero de 2015, entró en vigor el Reglamento UE 1515/2012, de 12 de diciembre, que derogó el Reglamento 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre en materia de ejecución de sentencias en materia civil y mercantil.

⁷⁶⁰ D.O. L. 343/10 DE 29.12.2010.

CAPÍTULO VI

LAS DONACIONES *PROPTER NUPTIAS*. (II)

El tercio e quinto de mejora fecho por el testador no se saque de las dotes e donaciones propter nuptias, ni de las otras donaciones que los fijos o descendientes traxere a colación o partición (ley de Toro, 25).⁷⁶¹

1. CUESTIONES PREVIAS

Ya hemos dejado patente a lo largo de este trabajo la conveniencia y necesidad de establecer, en primer lugar, el oportuno PF acoplado a las necesidades particulares de la EF en cuestión y en segundo lugar, de cómo resulta necesario e indispensable⁷⁶² el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales fijando, como mínimo, el régimen legal de separación de bienes que regirá el futuro matrimonio de los otorgantes, por todos los miembros de la mercantil familiar así como por sus respectivas parejas afectivas para el buen gobierno de los parámetros y pautas establecidos en el PF.

Pero resulta que en muchas ocasiones surgen reticencias, cuando no negativas a suscribir dichas convenciones, la parte que se considerara *a priori* más desfavorecida, por entender que supondría un menoscabo en sus derechos patrimoniales que se verían más favorecidos/enriquecidos con el régimen legal de gananciales donde se harían

⁷⁶¹ A-6. Colección de Documentos Importantes de la Historia de España. *Leyes de Toro, 1505*. Ministerio de Educación y Ciencia. Dirección General de Archivos y Bibliotecas. P. 52.

⁷⁶² Debemos entender por indispensable en aquellos territorios donde el régimen económico aplicable en defecto de pacto en contrario en capitulaciones matrimoniales inexistencia de las mismas o ineficacia, sea otro distinto al de separación de bienes, como por ejemplo, en los territorios de Derecho Común, donde rige supletoriamente el de sociedad legal de gananciales.

comunes los bienes y derechos que se adquirieran constante matrimonio adjudicándose por mitades los mismos en un caso de futura ruptura matrimonial judicial.

Por ello, en estos supuestos, se hace aconsejable acudir a la vía de las donaciones con ocasión del futuro enlace que se puede ver como vía compensatoria de ese posible menoscabo y que ayuda a formar voluntades para el otorgamiento de los documentos necesarios (entre ellos las capitulaciones matrimoniales) y demás precisos para el cumplimiento del PF de la EF.

De este modo, dada la importancia y trascendencia que poseen estas liberalidades específicas, es por lo que nos parece indicado tratarlas con cierta extensión para diseñarlas adecuadamente, en caso de necesidad, al supuesto concreto de la realidad de los miembros de la EF en su momento.

A tal efecto, y antes de adentrarnos en su concepto, su contenido y eficacia de los pactos en ellas contenidos, nos parece importante hacer algunas apreciaciones y diferenciaciones en torno a la evolución conceptual histórica de las mismas.

Primeramente señalar que antes de la Codificación coexistían en nuestro Derecho junto a estas donaciones con ocasión del matrimonio o *propter nuptias*: la dote, arras y donaciones esponsalicias siendo que todas estas tenían en común que se realizan en aras al futuro enlace diferenciándose su regulación respecto de las donaciones ordinarias. O lo que lo mismo, gozaban de un tratamiento jurídico especial y específico.

Si el tratamiento resultaba diferente también lo era su objeto y su eficacia. De este modo, haciendo un breve recorrido histórico, tenemos que ya en el CÓDIGO, Libro V, Título III, hablaba de las Donaciones antes de las Nupcias ó por causa de las nupcias y de los esponsalicios.⁷⁶³ En el mismo cuerpo legal, Título XIV, estaba dedicado a *De los pactos convenidos así sobre la dote como sobre la donación de antes de las nupcias y*

⁷⁶³ C.V.III. Constituciones dadas por distintos Emperadores de la 1 a la 20. Ob., cit., p. 552- 559.

sobre los bienes *parafarnales*⁷⁶⁴ y el siguiente Título XV, regulaba *de la dote escriturada y no entregada*⁷⁶⁵; el Título XVI estaba rubricado *De las donaciones hechas entre marido y mujer y por los padres á favor de los hijos y de la ratificación*⁷⁶⁶ y el Título XXII, decía *De que por la dote no se adjudiquen a la mujer los bienes del que fue su marido.*⁷⁶⁷

También el DIGESTO le dedica el Título III del Libro XXIII, bajo el título Del Derecho relativo a las dotes, Título IV De los pactos dotales, Libro XXIX, Título I De las donaciones entre marido y mujer y la NOVÍSIMA RECOPIACIÓN, Título III, Libro X, trata De las arras, dotes y donaciones, *propter nuptias.*⁷⁶⁸

Así pues, debemos distinguir estos cuatro conceptos, tratando los tres primeros brevemente en este apartado y dedicando otro punto más extenso a las donaciones *propter nuptias* por constituir el epicentro de este capítulo. Comencemos con:

1.1 La dote

Es una Institución propia del Derecho Romano, para el autor SIRVEN GARCÍA eran un «patrimonio separado constituido por la propia mujer o un tercero a favor de ella (normalmente por su padre) cuya finalidad era contribuir al sostenimiento de las cargas de la familia».⁷⁶⁹

Asimismo la dote poseía un especial tratamiento en la Novísima Recopilación y prueba de ello es el fiel reflejo en las *Leyes de Toro*. De este modo, la Ley 51 prescribía

⁷⁶⁴ C.V.XIV. ob., cit., p. 604-607

⁷⁶⁵ C.V.XV. Ob., cit., p. 607-608

⁷⁶⁶ C.V.XVI ob. Cit., págs. 608-615.

⁷⁶⁷ C.V.XXII.1, Ob. Cit., pág. 624. Constitución dada por los Emperadores DIOCLECIANO y MAXIMILIANO á APOLINARIA [año 293-304]: «Está prohibido en derecho, que por la dote se le adjudiquen á la mujer los bienes del que fue su marido. Pero si no habiendo dejado ningún sucesor falleció no siendo solvente, no se le prohíbe que conforme á derecho atiendas á tu indemnidad en cuanto consiente el importe de la sucesión».

⁷⁶⁸ D.24.3.1.18; Ob. Cit., págs. 125 a 158; D.24.1.1.67, págs. 159-183 y Nov. Rec.; Ob. Cit., págs. 21-25.

⁷⁶⁹ SIRVENT GARCÍA, J. *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil*. Tirant lo Blanch. Valencia 2003. P. 13.

que la dote pasará a los herederos de la esposa en vez de al marido en el supuesto de que la misma falleciera sin descendencia y en la Ley 53 se regulaba el «*Modo de pagar la dote ó donacion propter nuptias prometida al hijo por marido y mujer durante el matrimonio*» y la Ley de Toro 29 establecía la «*obligación de los hijos á traer á colación y partición las dotes y donaciones que hubieren recibido de sus difuntos padres; y declaración de las inoficiosas.*» declarando a tal efecto inoficioso todo lo que excediera «*de su legítima, y tercio y quinto de mejoría.*»⁷⁷⁰

A tal efecto hemos de señalar que las cantidades que se podían donar como dote estaban limitadas sancionando como inoficiosas los excesos de las mismas así como penalizando con la nulidad aquellos pactos y convenciones que se realizan respecto del exceso que estaba legalmente señalado respecto a las liberalidades por este concepto.

Las cantidades por dicho concepto quedaron establecidas por los monarcas: don Carlos y doña Juana (año 1.534) - en nombre de Felipe II - estableciendo un sistema proporcional de donación por este concepto del padre a sus hijas en función de la masa patrimonial del donante a fin de evitar los desórdenes y daños que producían las dotes excesivas, prohibiendo, asimismo, la promesa por dote de casamiento de la hija ni del tercio, ni del quinto de sus bienes. Tampoco se permitía la mejora tácita por vía de ningún contrato inter vivos bajo pena de la pérdida del excedente. En la misma línea limitaba la dote de vestidos y joyas a la octava parte del total de la dote que la hija recibiera. Y, finalmente, y en evitación de fraude de ley, se declaraban nulos y carentes de valor y efectos, cualquier contrato, pacto o estipulación que contraviniera lo legalmente establecido.⁷⁷¹

⁷⁷⁰ Nov. Rec. Ob., cit., p. 21-22.

⁷⁷¹ En este sentido la Ley VI, dada por los reyes Carlos y Juana, en nombre de Felipe II, en Madrid 1.534, referida a cantidad que se puede dar en dote, y por el esposo a la esposa en joyas y vestidos dice «... Atenta al desorden y daños que somos informados, que se han recrecido y recrecen de las dotes excesivas que se promete, hemos mandado... se tenga y guarde la manera y orden siguiente; que qualquier caballero ó persona que tuviere 200 maravedís, y dende arriba hasta 500 maravedís de renta, pueda en dote á cada una de sus hijas legítimas hasta un cuento de maravedís y no mas; y el que tuviere ménos de los dichos 200 maravedís de renta, no pueda dar ni dé en dote arriba de 600 maravedís; y el que pasare de los dichos 500 maravedís hasta un cuento y 400 maravedís de renta, pueda dar hasta un cuento y medio de maravedís; y el que tuviere cuento y medio de renta y dende arriba, pueda dar en dote á cada una de las hijas legítimas que tuviere la renta de un año y no mas, con que no pueda exceder de doce

En línea continuista, el propio Felipe IV, por *Pragmática de 11 de febrero de 1623*, confirma dicha Ley anterior bajo la rúbrica *Observancia de la ley anterior, moderando las dotes y arras* con varias declaraciones y declarando «...de ningún valor ni efecto los contratos, pactos ó promesas que de otra manera se hicieren, y por pérdidas las cantidades ó cosa en que se excediere en qualquiera de los dichos casos...».⁷⁷²

Por su parte e iniciando la dinastía de los Borbones, Felipe V fue mucho más restrictivo e incluye, en la cantidad limitada a la octava parte de la dote en concepto de joyas y vestidos, todos los gastos de preparación del enlace del futuro matrimonio (lo que hoy consideraríamos: banquete nupcial, trajes, complementos, y todo lo que conllevara la celebración del matrimonio).⁷⁷³

Finalmente indicar que, además de la regulación expuesta, la dote también fue recogida y normatizada por GARCÍA GOYENA en el Proyecto de Código Civil en sus arts. 1265 y ss, así como en el Anteproyecto de CC 1882-1888, arts. 1.357- 1.413. Fue suprimida con la reforma de CC de 1.981.

Su peculiaridad residía en que la disposición de los bienes que componían la dote por parte de la mujer era nula por sí misma y limitada a ostentar la nuda propiedad de su masa patrimonial, mientras que al esposo le correspondía el usufructo y administración de los mismos.

cuentos de maravedís... Y mandamos, que ninguno pueda dar ni prometer, por via de dote ni casamiento de hija, tercio ni quinto de sus bienes, ni se entienda ser mejorada tácita ni expresamente por ninguna manera de contrato intervivos; so pena que todo lo demás de lo aquí contenido diere y prometiере según dicho es, lo haya perdido y pierda... vestidos y joyas, ni en otra cosa alguna, mas de lo que montare la octava parte de la dote que con ella recibiere; y porque en esto cesen todos los fraudes, mandamos, que todos los contratos, pactos y promisiones, que se hicieren en fraude de lo susodichos sean en sí ningunos y de ningún valor y efecto (ley I, tít. 2 lib. 5 R.)». Nov. Rec. I.III.VI; ob., cit., págs. 22-23.

⁷⁷² Nov. Rec. X.III.VII, ob., cit., p. 23.

⁷⁷³ Nov. Rec. X.III.VIII, Ob. Cit., pág. 25. Esta Ley dice: «Observancia de la ley precedente, con declaración de que los gastos hechos con motivo de bodas se comprhendan en la 8. parte de las dotes constituidas al tiempo de los matrimonios. Atento á que por el señor Rey Don Felipe IV, mi bisabuelo en la ley precedente se dio regla precisa en los gastos de los casamientos; mando, que de aquí en adelante se guarde, cumpla y execute la dicha ley en todo y por todo como en ella se contiene, sin contravenirse: y asimismo mando, que precisamente todos los gastos que se hicieren, de qualquiera calidad que sean, con el motivo de bodas, se deban comprehender y comprehendan, sin exceder en manera alguna, en la octava parte de las dotes que se constituyeren al tiempo de los matrimonios, según las reglas prescriptas por las dos precedentes leyes (cap. 25. del aut. 4. tit, 12. Lib. 7.R).

1.2 Las arras

Suponían una «donación que el futuro esposo hacía a su futura esposa por sus cualidades personales»⁷⁷⁴ cuyo límite estaba tasado en la décima parte de la masa patrimonial que poseía el esposo a la hora de maritar. Estos límites estaban avalados y regulados legalmente en la *Ley 50 de Toro* en la que señalaba la prohibición de renunciar a la norma prohibitiva de dar más cantidad en concepto de arras que las señaladas por la ley. Y lo hacía textualmente con estas palabras «No se pueda renunciar la Ley del Fuero prohibitiva de dar en arras mas de la décima parte de los bienes del marido».⁷⁷⁵

Esta Institución estaba pensada y regulada para ser concebida como una pensión de viudedad que permitiera a la esposa su propio mantenimiento tras el fallecimiento del marido.

Tenía peculiaridades propias y estaba sujeta a una condición suspensiva dependiente de la celebración o no del enlace del que traía causa. En los supuestos de ruptura conyugal, el destino de estos bienes dependía de la culpabilidad subjetiva del cónyuge responsable de la misma y en función de ello se le daba a las arras un destino u otro diferente. Si el culpable era la mujer, éstas quedaban sin efecto y se retornaban a su procedencia, o sea al novio. Si, por el contrario, el culpable de la ruptura era el novio, éstas tenían el mismo fin y efecto como si se hubiera celebrado el matrimonio y pasaban a haber de la esposa.⁷⁷⁶

⁷⁷⁴ SIRVENT. Ob., cit., p. 13.

⁷⁷⁵ Nov. Rec. X. III., I; ob. Cit: Pág. 21 decía dicha Ley «La ley del Fuero, que dispone que no pueda el marido dar mas en arras á su muger de la décima parte de sus bienes, no se pueda renunciar; y si se renunciare, no embargante la tal renunciacion, lo contenido en la dicha ley se guarde y execute: y si algun Escribano diere fe de algun contrato, en que intervenga renunciacion de la dicha ley, mandamos, que incurra en perdimiento de oficio de Escribanía que tuviere, y de allí en adelante no pueda usar mas de él, so pena de falsario (ley a. Tít.2. lib. 5. R.)».

⁷⁷⁶ Lo entendemos como una compensación o reparación del daño por la ruptura del compromiso o promesa de matrimonio por causa no imputable a la esposa.

Finalmente, señalar que, igual que en la dote ya comentada, la nuda propiedad correspondía a la esposa mientras que la administración y frutos al marido.

1.3 Las donaciones esponsalicias

La conformaban los regalos que se intercambiaban los novios como motivo de sus afectos antes de la boda, entre los que se incluían los actuales «regalos de pedida» que hace el novio a la novia y el correspondiente de éste, los que se hacían algunos destinados para amueblar el futuro hogar conyugal, etc. También, igual que ocurría con las arras, sus efectos y tratamiento dependía de si se contraía finalmente el matrimonio o no.

En cuanto a su limitación, señalar que si bien su cuantía estaba tasada para el esposo, lo que llama la atención, es que para la esposa no existía tal limitación.

2. LAS DONACIONES *PROPTER NUPTIAS* EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL VIGENTE.

2.1 Concepto

Antes del acudir al concepto específico de este tipo de donaciones, conviene recordar la definición general de esta liberalidad traslativa del dominio en palabras del propio GITRAMA por el que entendía que este acto proporcionaba ventajas o beneficios gratuitos a una persona (sin recibir nada a cambio) gratificándole «espontánea y definitivamente una cosa o derecho».⁷⁷⁷ Así LÓPEZ SANZ, las define como «un contrato cuya finalidad es la transmisión de la propiedad de una cosa y consiste en un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa a favor de otra que la acepta».⁷⁷⁸ Coincidimos con este autor en señalar que la nota esencial en la

⁷⁷⁷ LÓPEZ SANZ, S. *Curso elemental de Derecho Civil*. Bello, 3ª ed. Valencia, 1985, p. 312.

⁷⁷⁸ LÓPEZ., ob., cit., p. 312.

donación es el empobrecimiento del donante y consecuente enriquecimiento del donatario.

Así pues y, *prima facie*, partiendo del significado propio de la donación a grandes rasgos, pasamos ahora a definir las donaciones con ocasión de un futuro enlace matrimonial.

Según el artículo 1.336 del CC vigente son «Son donaciones por razón de matrimonio las que cualquier persona hace, antes de celebrarse, en consideración al mismo y en favor de uno o de los dos esposos».

Atendiendo a esta definición legal, cabe señalar, en primer lugar, el carácter propio de donación *strictu sensu* por cuanto que el propio artículo 1.337 del cuerpo sustantivo señala que se regirá por las reglas ordinarias en el caso de que «no se modifiquen por los artículos siguientes».⁷⁷⁹

El precepto señala el momento «antes de la celebración del enlace» por lo que las realizadas después de éste y aún con su finalidad siguen el régimen general.⁷⁸⁰

Finalmente, indicar que el matrimonio en sí es el factor determinante de la liberalidad cuya especial regulación le dedica el legislador. ¿Causa o no del negocio jurídico? Resulta irrelevante a estos efectos que indicamos.⁷⁸¹

Algunos autores las describen como «las donaciones que los padres hacían a los hijos varones en consideración a su próximo matrimonio, con la finalidad de que pudieran atender al sostenimiento de la familia».⁷⁸²

⁷⁷⁹ Artículo 1337 CC «Estas donaciones se rigen por las reglas ordinarias en cuanto no se modifiquen por los artículos siguientes»

⁷⁸⁰ Vid. DÍEZ PICAZO, L/AGULLÓN; A. Ob., cit., p. 144.

⁷⁸¹ En el mismo sentido, DÍEZ PICAZO, L/AGULLÓN; A. Ob., cit., p. 144 Y 145.

⁷⁸² SIRVENT.. Ob., cit., p. 19.

Otros, como CARRIÓN OLMOS, las cataloga de *donaciones especiales* y en sintonía con LACRUZ las califica de «liberalidades de uso» debido a que el donante las realiza «en obediencia a imperativos sociales, influido y moralmente coaccionado por normas no jurídicas».⁷⁸³ Concluye apuntando que, aunque la doctrina subraya su falta de espontaneidad, lo que importa es que no dejan de ser donaciones aunque el hecho que las motive obedezca a la costumbre o uso social que es en definitiva lo que mueve al donante a realizar la liberalidad.

Cabría añadir a esto el deseo del progenitor de ayudar a los jóvenes esposos a iniciar una vida en común partiendo de una cierta holgura económica como ayuda a la futura convivencia marital. Al efecto, son típicas las donaciones por este motivo de: el inmueble (que constituye generalmente el primer domicilio conyugal y a veces único); el abono del banquete nupcial de forma que lo obtenido por el importe de los denominados “cubiertos” pasa a formar parte del activo financiero y dinerario inicial de la pareja; el viaje de novios; los regalos de terceros e invitados (las llamadas «listas de boda»); acciones y/o participaciones en una empresa etc...Obviamente, no cabe duda alguna que esta es la *ratio essendi* que de estas liberalidades, reiterando que son entendidas como una ayuda de carácter patrimonial (dineraria, inmuebles, acciones o combinadas) con la finalidad de ayudar a los futuros y jóvenes esposos a iniciar una vida en común con cierto desahogo económico.

También y, en algunos supuestos, viene a suponer un adelanto de la parte hereditaria correspondiente al hijo/a por entender el progenitor que: a) en esos momentos es cuando al descendiente más falta le hace, b) disponer de mejor tratamiento fiscal⁷⁸⁴ y c) deseo del padre de disfrutar en vida de dicha generosidad.

2.2 Regulación legal

Nuestro Código Civil les dedica el CAPÍTULO III, del LIBRO IV, art. 1.336 al 1343, ambos inclusive. Si bien, y con carácter supletorio aplicable a las realizadas

⁷⁸³ CARRIÓN OLMOS, S. *Derecho Civil II*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013, p. 311.

⁷⁸⁴ Cabe recordar la intención legislativa del *favor matrimonii*.

después del matrimonio, asimismo le son aplicables los artículos que regulan sustantivamente las donaciones ordinarias en mor de la remisión realizada en el art. 1.337 del CC que hemos comentado.⁷⁸⁵

Llegados a este punto, es necesario señalar la coherencia del tratamiento legal especial y ventajoso que asiste a este tipo de donaciones con el deseo del propio legislador el *animus del favor matrimonii*.

Volviendo la vista atrás cabe indicar que con el trabajo de UNIFICACIÓN, la normativización de éstas quedó regulada como exponemos a continuación:

a) En el Proyecto de CC de 1836 sólo se regulaban las arras recogidas en el art. 1.619 como «donación que hace el esposo a la esposa en consideración a sus circunstancias personales» limitándose su cuantía a la décima parte de la masa patrimonial del esposo en el momento de realizar la liberalidad.⁷⁸⁶

b) El Proyecto de 1.851 da un paso más en aras a unificar conceptualmente este tipo específico de donaciones y lo hace bajo el epígrafe de «donaciones matrimoniales» y las conceptúa como «las que se hacen en consideración al matrimonio y antes de celebrarse a favor de los esposos o de uno de ellos».⁷⁸⁷

En este proyecto sustantivo se regulan estas liberalidades a través de su articulado sistemáticamente del siguiente modo:

- Arts. 1.245 al 1.252: en estos se establecen las disposiciones generales a todas las donaciones matrimoniales, suprimiéndose el requisito de aceptación expresa del

⁷⁸⁵ Arts. 618 al 656 CC.

⁷⁸⁶ Ex art. 1.621 del Proyecto de CC de 1.836.

⁷⁸⁷ Ex art. 1.245 del proyecto CC de 1.851.

- donatario para perfeccionar el contrato⁷⁸⁸ y la condición suspensiva para la eficacia de la donación de la celebración matrimonial.⁷⁸⁹

- Arts. 1.253-1.257: se regulan separadamente las donaciones matrimoniales realizadas por el donante tanto inter vivos como *mortis causa*.

- Arts. 1.258-1.264: recogen las donaciones inter esposos como supuestos de sucesión contractual las «donaciones matrimoniales hechas para después de la muerte del donante» es decir, las que el donante deja a su fallecimiento que le eran irrevocables e indisponibles salvo pequeñas cantidades.

- Se establecía, asimismo, la sustitución vulgar de los hijos del donatario, en caso de premoriencia del mismo.⁷⁹⁰

La reforma de 1.981 ha suprimido la norma que eximía a estas donaciones de la necesidad de aceptación, lo que hace que se trate, en opinión de DÍEZ PICAZO y BLASCO GASCÓ, de «negocios jurídicos de carácter contractual, por aplicación de la normativa general del contrato sobre la aceptación de las donaciones (art. 623 y 629 CC).⁷⁹¹

De hecho y en lo referente a la donación de los bienes futuros el autor DÍEZ PICAZO, L/GULLÓN, A «para el caso de muerte sólo se comprende si se tiene en cuenta que el Código civil se inspiró en el proyecto de 1851, que en su artículo 1.253 manifestaba: Las donaciones matrimoniales pueden hacerse de los bienes que el donador dejare a su muerte»⁷⁹² y refiere que el «propio GARCÍA GOYENA se basaba en la *práctica de las provincia del Fueros*».⁷⁹³

⁷⁸⁸ Art. 1.247 Proyecto CC 1.851. «Las donaciones matrimoniales no pueden ser anuladas ni revocadas por falta de aceptación»

⁷⁸⁹ Art. 1.248 ««Quedarán sin efecto las donaciones si el matrimonio en cuya consideración fueron hechas dejare de verificarse por cualquier causa; pero si no hubiere mediado culpa por parte de la mujer, retendrá ésta para sí la mitad de los regalos de boda».

⁷⁹⁰ SIRVENT. Ob, cit., pág. 15. nota 12

⁷⁹¹ SIRVENT. Ob., cit ;nota 48, pág. 29

⁷⁹² DÍEZ PICAZO, L/ AGULLÓN. Ob., cit, p. 145-146.

⁷⁹³ DÍEZ PICAZO, L/ AGULLÓN. Ob., cit, p. 146.

2.3 Requisitos

Vienen precisados en el art. 1.336 y ss del CC:

1º) Han de suponer una liberalidad gratuita.

2º) Deben realizarse antes de matrimoniar y en consideración a las futuras nupcias. Las realizadas después del enlace tendrán la consideración de ordinarias dado que desaparece el requisito del que traen causa: el futuro enlace.

3º) Pueden otorgarse a favor de uno o de los dos contrayentes.

4º) Respecto al menor no emancipado, el código permite tales donaciones siempre que sean autorizadas por los progenitores o tutor y con los requisitos del título II del libro III del presente texto para su aceptación.⁷⁹⁴

Por todo lo expresado, hemos de concluir que quedan fuera de este tipo específico de donaciones *propter nuptias*:

a) Cualquiera otras que no cumplan los requisitos indicados.

b) Las donaciones realizadas *post nuptias*.

c) Las realizadas aún antes del matrimonio pero a favor de personas distintas a los cónyuges (Ej: futura descendencia).

Sólo nos resta indicar que en cuanto al requisito de capacidad, se requiere la general para matrimoniar.

Hemos de precisar que la mención que hace el CC al “menor no emancipado” es consecuencia de la reforma operada al respecto en la Disposición Final 18ª.2 de la L.O. 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, que ha dado lugar a la vigente redacción del actual art. 1.338 de nuestro CC que establece: «el menor no emancipado que con arreglo a la Ley pueda casarse, también puede en capitulaciones matrimoniales o fuera de ellas, hacer donaciones por razón de su matrimonio, con la autorización de

⁷⁹⁴ Art. 1.338 CC.

sus padres o del tutor. Para aceptarlas, se estará a lo dispuesto en el Título II del Libro III de este Código». Y decimos esto porque cabe recordar que previamente a esta reforma, el art. 1.329 de la reforma del 81 el menor requería la autorización de las personas que debían consentir el futuro matrimonio tanto para efectuarlas como para recibirlas.⁷⁹⁵

En cuanto a su forma, señalar que pueden realizarse en capitulaciones matrimoniales tal y como indica el artículo 1341 CC «Por razón de matrimonio los futuros esposos podrán donarse bienes presentes. Igualmente podrán donarse antes del matrimonio en capitulaciones bienes futuros, sólo para el caso de muerte, y en la medida marcada por las disposiciones referentes a la sucesión testada»

2.4 *Condictio Iuris*

Para la mayoría de la doctrina más consagrada SÁNCHEZ ROMÁN, CASTÁN, PUIG PEÑA, DÍEZ PICAZO, este tipo de donaciones están condicionadas a:

- a) La celebración del enlace de tal suerte que si no se celebra devienen ineficaces.
- b) Se han de otorgar con carácter previo al mismo a fin de no perder esta cualidad y se otorgaren después serán consideradas y tratadas como donaciones ordinarias.
- c) Están sujetas al plazo de caducidad de 1 año desde su otorgamiento hasta la celebración del matrimonio, sancionando con la falta de efectos si el matrimonio no se celebra o si no se celebrara en dicho plazo,⁷⁹⁶ en cuyo supuesto debería volver a otorgarse nuevas capitulaciones empezando a computar dicho plazo *ab initio*.

⁷⁹⁵ La expresión "el menor no emancipado" contenida en el artículo 1338, ha sido introducida por L.O. 1/1996, 15 enero («B.O.E.» 17 enero), de Protección Jurídica del Menor, en sustitución de la anterior "el menor".

⁷⁹⁶ Art. 1.342 del CC «Quedarán sin efecto las donaciones por razón de matrimonio si no llegara a contraerse en el plazo de un año».

2.5 Objeto y límites de la donación.

2.5.1 Bienes presentes.

El objeto está fijado por los límites que señala la propia norma. Así y en base a la remisión del art. 1.337 y la lectura de los arts. 634 y 635 - todos del CC-, queda claramente señalado el mismo circunscrito a los bienes presentes, entendiendo como tales al conjunto de los bienes que posee el donante en el momento de efectuar la donación, de todos o parte de ellos siempre que el donante se reserve la nuda propiedad o el usufructo lo necesario para seguir viviendo acorde a sus circunstancias.⁷⁹⁷

Y hablamos sólo de bienes presentes por cuanto es el propio código sustantivo el que prohíbe al donación de bienes futuros (art. 635 CC) señalando como tales aquéllos de los que no puede disponer el donante en el momento de la donación.⁷⁹⁸ La razón resulta obvia pues no se puede disponer de aquello que no se posee en el momento de tal disposición. Si bien más adelante haremos referencia a éstos.

Otro de los límites lo tenemos en el art. 636 del código civil positivo que declara que no se puede recibir por donación más de lo que se pudiera percibir por testamento, declarándose inoficioso el excedente. Asimismo hemos de relacionar este precepto con el art. 654 del mismo cuerpo legal que prescribe la reducción de estas donaciones en lo que exceda de los límites establecidos legalmente si bien permite la conservación de sus efectos en vida del donante y que el donatario haga suyos los frutos.⁷⁹⁹

Cabe recordar que con anterioridad a la reforma de 13 de Mayo de 1981, la cantidad que los esposos podían donarse entre sí se elevaba a la décima parte de sus bienes presentes y futuros (para el caso de fallecimiento y respetando lo dispuesto por la norma

⁷⁹⁷ Art. 634 CC y vid. LÓPEZ SANZ. Ob. Cit., p.313.

⁷⁹⁸ Artículo 635 CC «La donación no podrá comprender los bienes futuros. Por bienes futuros se entienden aquellos de que el donante no puede disponer al tiempo de la donación.»

⁷⁹⁹ Art. 654 CC «Las donaciones que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 636, sean inoficiosas computado el valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte, deberán ser reducidas en cuanto al exceso; pero esta reducción no obstará para que tengan efecto durante la vida del donante y para que el donatario haga suyos los frutos».

positiva para la sucesión testada).⁸⁰⁰ Cuantía que hallaba su antecedente histórico en la Ley 50 de Toro comentada en otro apartado de este mismo trabajo al que nos remitimos.

Tras dicha reforma, se suprimen los límites, señalando el art. 1.341 del actual CC «Por razón de matrimonio los futuros esposos podrán donarse bienes presentes. Igualmente podrán donarse antes del matrimonio en capitulaciones bienes futuros, sólo para el caso de muerte, y en la medida marcada por las disposiciones referentes a la sucesión testada»⁸⁰¹

El silencio respecto a los límites que predica tal precepto sustantivo se refiere no sólo a las realizadas por los propios cónyuges sino extensible a los terceros, pero ello no obsta para que entendamos su límite en no sobrepasar la parte de la que el testador pudiera disponer libremente en su testamento, que resultaran inoficiosas, y perjudicaran con ello el derecho a las legítimas en virtud del art. 654 CC.⁸⁰² Todo ello amén de las limitaciones históricas dispuestas en las Leyes de Toro 29 y 53 comentadas en otro apartado de este trabajo.

Asimismo es preciso tener en cuenta que para la reducción comentada se estará «a lo dispuesto en este capítulo y en los artículos 820 y 821 del presente Código»⁸⁰³

Respecto al límite de la donación referido a joyas, vestidos y regalos, hemos de atenernos a lo dispuesto en el art. 1.044 CC que lo reduce a la décima parte de lo dispuesto por testamento reduciendo a inoficiosas el exceso.⁸⁰⁴

⁸⁰⁰ Vid. Art. 1.331 CC.

⁸⁰¹ Vid artículos 635 y 1271, párrafo 1º de este Código.

⁸⁰² Artículo 654 CC «Las donaciones que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 636, sean inoficiosas computado el valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte, deberán ser reducidas en cuanto al exceso; pero esta reducción no obstará para que tengan efecto durante la vida del donante y para que el donatario haga suyos los frutos. Para la reducción de las donaciones se estará a lo dispuesto en este capítulo y en los artículos 820 y 821 del presente Código.»

⁸⁰³ Último párrafo art. 654 CC.

⁸⁰⁴ Artículo 1044 CC «Los regalos de boda, consistentes en joyas, vestidos y equipos, no se reducirán como inoficiosos sino en la parte que excedan en un décimo o más de la cantidad disponible por testamento».

2.5.2 Bienes futuros.

Vienen referidos a los bienes que el donante no posee en el momento de la donación. En cuanto a los referidos para el caso de fallecimiento regulados en el art. 635 CC, DÍEZ PICAZO, apunta su comprensión a la inspiración normativa en el proyecto de 1851 de la que se ha hecho eco este precepto cuando en su art- 1.253 señalaba «Las donaciones matrimoniales pueden hacerse de los bienes que el donador dejare a su muerte».⁸⁰⁵

Al referirnos a la capacidad para realizar la liberalidad de los mismos por este concepto, el art. 1.341.2 del CC, nos preceptúa que únicamente pueden realizarlas los futuros consortes⁸⁰⁶ y sólo para el caso de fallecimiento con las formalidades indicadas para su validez.

Se precisa formalizarla en capitulaciones matrimoniales (párrafo segundo, art. 1341 CC) si bien, y al referirse al establecer los límites a la sucesión testada establecidos en el art. 631 del código sustantivo, hemos de añadir a los indicados lo prescrito en tal precepto «Las personas que acepten una donación en representación de otras que no puedan hacerlo por sí, estarán obligadas a procurar la notificación y anotación de que habla el artículo 633».

Finalmente cabe preguntarnos por los efectos y la validez de estas liberalidades y para ello nos hemos de determinar la naturaleza jurídica de las mismas. La doctrina no es unánime ni pacífica al respecto, pues si bien para SÁNCHEZ ROMÁN es una *genuina donación mortis causa para MANRESA*, es una *donación inter vivos irrevocable limitada a los bienes que poseía el donante a su muerte*. Para el sector doctrinal encabezado por VALLET, es una *donación mortis causa y pacto sucesorio* y,

⁸⁰⁵ DIEZ PICAZO, ob., cit., págs.145.146.

⁸⁰⁶ «Por razón de matrimonio los futuros esposos podrán donarse bienes presentes.

Igualmente podrán donarse antes del matrimonio en capitulaciones bienes futuros, sólo para el caso de muerte, y en la medida marcada por las disposiciones referentes a la sucesión testada.»

finalmente, para DE BUEN un *contrato sucesorio* y para SIRVENT puede llegar a constituir una especie de *contrato de legado*.⁸⁰⁷

2.6 Efectos y eficacia de estas donaciones

Respecto a los efectos de las mismas, hay que distinguir dos principalmente:

2.6.1 Donaciones realizadas a los dos futuros contrayentes siendo aceptadas por ambos.

En este supuesto se produce una proindivisión ordinaria igualitaria, salvo que el donante disponga cosa distinta a favor de ambos esposos en virtud de lo dispuesto en el art. 1.339 CC.⁸⁰⁸

2.6.2. Supuesto en el que sólo uno de ellos acepte la donación

En este supuesto es donde nos podríamos plantear la posibilidad de un posible *acrecentamiento* para el supuesto de que uno de los cónyuges no aceptara la donación. El art. 1.339 CC nada dice al respecto, pero si acudimos al art. 637, párrafo segundo⁸⁰⁹ del

⁸⁰⁷En este sentido, SIRVENT GARCÍA, concluye que para él esta donación constituye una excepción al art. 635, que prohíbe la donación de bienes futuros pero con las limitaciones que impone el Cc (supeditada a hacerse en caso de muerte del donante, en capitulaciones y en la medida señalada legalmente) teniendo, para este autor, carácter irrevocable, y va aún más lejos al admitir que por esta vía cabe la posibilidad de instituir sucesor a título universal al futuro cónyuge, e incluso donar una casa determinada o una cuota sobre la totalidad de los bienes del donante con efecto *post mortem donantis*, siendo una especie de contrato de legado. Vid. SIRVENT, ob., cit., págs.- 45-53.

⁸⁰⁸ Artículo 1339 CC «Los bienes donados conjuntamente a los esposos pertenecerán a ambos en pro indiviso ordinario y por partes iguales, salvo que el donante haya dispuesto otra cosa»

⁸⁰⁹ Señalar que este párrafo 2.º del artículo 637 fue redactado por el apartado nueve del artículo único de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio («B.O.E.» 2 julio). Vigencia: 3 julio 2005

mismo cuerpo legal nos encontramos que cabría el mismo siempre que el donante no dispusiera lo contrario.⁸¹⁰

Por tanto, si el donante no dispone cosa diferente, en el caso de que uno de los donatarios acepte la donación, su parte se verá incrementada con la parte del donatario que la rechazó. Si el donante dispone expresamente la aceptación de ambos se produciría una copropiedad entre el donante y el donatario que hubiere aceptado la liberalidad.

No está de más hacer aquí un pequeño paréntesis histórico y remontamos al Derecho Romano para constatar que los efectos de estas donaciones eran muy diferentes según las circunstancias que rodeaban al caso concreto.

De este modo, en la Constitución dada por el Emperador CONSTANTINO dirigida a Tiberiano, Vicario Hispaniorum, en el año 336, hacía depender los efectos de estas liberalidades en función de si había existido o no ósculo (beso).

Para el supuesto de su existencia, se hacía subsistir la mitad de la donación y se disolvía el resto, siendo invalidadas en el caso contrario devolviendo lo donado al donante o a sus herederos, a excepción de que la donante fuera la esposa, y para el caso del fallecimiento de alguno de los esposos, en cuyo caso nada repercutía si había mediado o no ósculo alguno.⁸¹¹

⁸¹⁰ Artículo 637 CC «Cuando la donación hubiere sido hecha a varias personas conjuntamente, se entenderá por partes iguales; y no se dará entre ellas el derecho de acrecer, si el donante no hubiese dispuesto otra cosa. Se exceptúan de esta disposición las donaciones hechas conjuntamente a ambos cónyuges, entre los cuales tendrá lugar aquel derecho, si el donante no hubiese dispuesto lo contrario.

⁸¹¹ C.V.III.16; *ob. cit.*; Pág.: 555 Constitución de Constantino dirigida a Tiberiano, Vicario Hispaniorum, año. 336) «Si donadas algunas cosas por el esposo ó la esposa, mediando ósculo, aconteciere que él ó ella moría antes de las nupcias, mandamos que la mitad de las cosas donadas le pertenezca al sobreviviente, y la otra mitad á los herederos del difunto ó de la difunta, de cualquier grado que sean, y por cualquier derecho que sucedan, de modo que se considere que la donación subsiste en cuanto á la mitad y se disuelve en cuanto á la otra mitad; pero que no mediando ósculo, ya si falleciere el esposo, ya si la esposa, se invalide toda donación, y se restituya al esposo donante ó á sus herederos. Pero si la esposa, mediando o no mediando ósculo, le hubiere dado algo al esposo á título de donación (lo que rara vez sucede) y aconteciere que él o ella moría antes de las nupcias, quedando invalidada toda la donación, transfírase á la esposa donadora ó á sus sucesores el dominio de las cosas donadas».

Queremos entender que la importancia al ósculo, del que habla la citada Constitución legal y que hacía depender los efectos de tales donaciones en función de si había existido éste o no, no radica en un beso tal y como lo entendemos hoy en día, sino es de suponer que se está refiriendo a lo que en la actualidad denominadas “acceso carnal /cohabitación, relaciones sexuales” porque de otra forma no se entendería la sanción tan rígida.

Asimismo, otra Constitución, esta vez del emperador CONSTANTINO, dirigida a MÁXIMO, prefecto de la Ciudad, año 319, decía:

<<No pareciéndonos bien la resolución de los antiguos, que prescribió que fuesen válidas las donaciones hechas á la esposa aun no habiéndose seguido las nupcias, mandamos, que las convenciones que entre los esposos y esposas se celebran en derecho con ánimo de hacerse donación, se acomoden á condiciones de esta naturaleza, que, si por causa de contraer afinidad, ó no por esto, ora viviendo bajo la potestad del padre, ora constituidos de algún modo de propio derecho, se hicieran ellos mismos alguna donación como por causa de futuro matrimonio, ó con el mutuo consentimiento de los padres, si verdaderamente el esposo ó sus padres no quisieren que el hijo se case, no se repita habiendo sido entregado lo que por él hubiere sido donado, y si alguna cosa quedó en poder del donador, sea transferida a la esposa y á sus herederos prescindiéndose de rodeos. Pero si la esposa, ó aquél bajo cuya potestad vive, diere motivo para que no se celebre el matrimonio, en este caso devuélvase las cosas al esposo y á sus herederos sin disminución alguna por medio de la condición ó por la acción real útil. Lo que del mismo modo debe observarse, también si por parte de la esposa se le hubiera *hecho al esposo una donación* (C.V.III.15)>>.

Por su parte y en la misma línea la Ley 54 de Toro, expresaba en función de si había mediado beso o no⁸¹² y para el caso de disolución del enlace estableciendo que en el supuesto positivo el donante solo recobraba la mitad de lo donado. En caso negativo, le era reintegrada la totalidad bien a él o a sus herederos.⁸¹³

⁸¹² Ha de anotarse que aquí se le da el sentido que antes apuntábamos respecto a que equivalía a la *traditio corporis*, antes apuntada.

⁸¹³ Nov. Rec. X.III. III, ley 54 de Toro, Ob. cit; Pág. 21-22). «modo de adquirir las arras disuelto el matrimonio en vida, ó por muerte de alguno de los desposados. Qualquiera esposa, ora sea de presente, ora sea de futuro, suelto el matrimonio, gane (si el esposo la hubiere besado) la mitad de todo lo que el esposo la hubiera dado ántes de consumado el matrimonio, ora sea precioso ó no; y si no la hobiere dado, y tornese á los herederos del esposo; pero si qualquier de ellos muruere despues de consumado el matrimonio, que la muger y sus herederos ganen todo lo que, seyendo desposados, la hobo el esposo dado, no habiendo arras en el tal casamiento y matrimonio; pero si arras hubiere, que sea en escogimiento de la muger, ó de sus herederos, ella muerta, tomar arras, ó dexarlas y tomar todo lo que el marido la hobo dado, siendo con ella desposado; lo qual hayan de escoger dentro de veinte días despues de requeridos por los herederos del marido; y si no escogieren dentro de dicho término, que los dichos herederos escojan (ley 4, tit. 2 lib. 5. R.).

Finalmente recordar aquí que serán declaradas nulas por inoficiosas las cuantías que en concepto de arras, dote o donaciones realizadas con ocasión de un futuro matrimonio, en la cantidad excedente de lo legalmente estipulado anteriormente comentado.

Asimismo, la Ley de Toro 29 obligaba a los hijos a colacionar y participar las dotes y donaciones recibidas de sus progenitores fallecidos y que se hubieran declaradas inoficiosas.⁸¹⁴

En cuanto a la eficacia hemos de estar a lo dispuesto en el art. 1.342 que establece el plazo de caducidad de 1 año para contraer nupcias, transcurrido el cual y de no haberse realizado, éstas quedarán sin efecto automáticamente.

Postura ésta asimismo compartida por MORO ALMARAZ y SANCHEZ CID⁸¹⁵ que sostienen que el plazo concedido por el legislador del año es de caducidad y si en dicho plazo el matrimonio no se ha celebrado, «se produce su nulidad total y absoluta (de estas donaciones), y además de manera automática».

2.7. Revocación, saneamiento y reducción.

2.7.1 Revocación

Como regla general, el CC proclama la REVOCABILIDAD de estas donaciones estableciendo dos excepciones, a saber: en caso de supervivencia y de superveniencia de hijos. Así el art. 1343 señala:

⁸¹⁴Nov. Rec. X.III.V., ley 29 de Toro,; *Ob. Cit*; Pág. 22: «Quando algun hijo ó hija viviere á heredar ó partir los bienes de su padre ó de su madre ó de sus ascendientes, sean obligados ellos y sus herederos á traer á colación y particion la dote y donacion propter nuptias, y las otras donaciones que hubiere rescebido de aquel cuyos bienes vien en á heredar: pero si se quisieren apartar de la herencia, que lo puedan hacer; salvo si tal dote ó donaciones fueren inoficiosas, que en este caso mandamos, que sean obligados los que las rescibieren, ansi los hijos y descendientes en lo que toca á las donaciones, como las hijas y sus maridos en lo que toca á las dotes... á tornar a los otros herederos del testador aquello en que son inoficiosas, para que lo partan entre sí; y para se decir la tal dote inoficiosa, se mire á lo que excede de su legítima, y tercio y quinto de mejoría...»

⁸¹⁵MORO ALMARAZ, M.J. Y SÁNCHEZ CID, I. *Lecciones de Derecho de Familia*. Universidad de Salamanca. Colex 2002, p. 114.

<<Estas donaciones serán revocables por las causas comunes, excepto la supervivencia o superveniencia de hijos.

En las otorgadas por terceros, se reputará incumplimiento de cargas, además de cualesquiera otras específicas a que pudiera haberse subordinado la donación, la anulación del matrimonio por cualquier causa, la separación y el divorcio si al cónyuge donatario le fueren imputables, según la sentencia, los hechos que los causaron.

En las otorgadas por los contrayentes, se reputará incumplimiento de cargas, además de las específicas, la anulación del matrimonio si el donatario hubiere obrado de mala fe. Se estimará ingratitud, además de los supuestos legales, el que el donatario incurra en causa de desheredación del artículo 855 o le sea imputable, según la sentencia, la causa de separación o divorcio>>.

Llama la atención que el legislador no se hace eco de la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, del «divorcio exprés» puesto que en la misma desaparecen las causas objetivas del *petitum* de nulidad, separación o divorcio matrimonial bastando simplemente la voluntad de las partes para solicitarlos, limitándolo a un requisito objeto de plazo que es de 3 meses desde la celebración del enlace. Y decimos esto porque es el propio legislador quien, en el precepto precedente, aún habla de «culpabilidad conyugal probada» como causante de la ruptura matrimonial para la revocación de estas liberalidades. Y ello porque debido precisamente a esa falta de exigencia de causa objetiva de ruptura imputable a cualquiera de los cónyuges o a ambos se hace más que difícil cumplir el requisito que requiere la norma para invocar la revocabilidad de la donación en los casos de separación o divorcio.

Más difícil todavía resultaría en casos de nulidad matrimonial canónica donde los Tribunales Eclesiásticos son reacios a indicar en sus sentencias expresamente la mala fe de alguno de los esposos y ello por varias razones, entre ellas:

1ª) Que las normas del CIC del 83 tienden a desculpabilizar a los cónyuges de la ruptura;

2ª) Que la Iglesia, como Institución humana que es, en su labor conciliadora y pastoral, entiende que, en la mayoría de los casos, existen hijos de este matrimonio y que una declaración de ese tipo puede servir, para enconar más las relaciones entre los ex-esposos lo que repercutirá, indudablemente, en forma negativa en los citados hijos comunes, seres indefensos y ajenos al problema de los padres.

3ª) Tercera: porque es intrascendente, en la mayoría de los casos, dicho pronunciamiento para constatar si hubo o no causa de nulidad matrimonial al momento de celebrarse las nupcias.

4ª) Para evitar que alguno de los ex -esposos o, a veces, los dos, “aprovechen” dicha sentencia de nulidad canónica con la citada declaración de culpabilidad si la hubiere y la “haga valer” en algún Tribunal Civil al objeto de solicitar: bien modificación de medidas, con relación a los hijos, pensión, bien indemnizaciones, custodias, etc...

Asimismo y en caso de nulidad matrimonial civil, entendemos procede la nulidad de la donación. En cambio, y para el supuesto de nulidad eclesiástica, sostenemos que para que las donaciones sean revocables debe homologarse la misma en el ámbito civil y que éste la declare ajustada a Derecho en virtud de los *Acuerdos con la Santa Sede de 3 de enero de 1979*, ya que en caso de no solicitarse tal homologación para que surtan los efectos jurídicos en el ámbito civil éste no modificaría en nada el estado inscrito de los cónyuges (separado o divorciado) siendo los efectos muy importantes porque la nulidad implica que el citado matrimonio nunca existió mientras que el divorcio implica, todo lo contrario, que existió y fue, en principio válido, habiéndose roto por alguna de las causas legales o por mera voluntad de la parte o partes.

Nos preguntamos ¿Cuál sería la fecha de valoración de los bienes donados y ahora solicitada su devolución al donante? Y ello no es baladí ya que la nulidad tiene efectos *ex tunc*. Opinamos que la fecha sería la de la declaración de nulidad matrimonial por cuanto que entonces y no antes entraría en el supuesto de revocación (nulidad matrimonial) que establece tal precepto.

Finalmente nos referiremos, brevemente, a las causas de ingratitud del donatario que según el art. 852 CC «Son justas causas para la desheredación, en los términos que específicamente determinan los artículos 853, 854 y 855, las de incapacidad por indignidad para suceder, señaladas en el artículo 756 con los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º», entre ellos el incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales que originen la pérdida de la patria potestad, la negación de los alimentos a los hijos, etc...

2.7.2 *Saneamiento*

Respecto a la obligación por saneamiento el art. 1.340 dispone «El que diere o prometiére por razón de matrimonio sólo estará obligado a saneamiento por evicción o vicios ocultos si hubiere actuado con mala fe» lo que equivale a decir que el donante sólo responde por este concepto para el supuesto de que conociera la existencia del derecho de un tercero de buena fe sobre la cosa donada o prometida. Este es el caso por ejemplo del futuro cónyuge que ve en tal donación una gran perspectiva para la formación del patrimonio conyugal, se casa con esa tranquilidad y luego ve frustrada dicha ilusión.⁸¹⁶

Ni qué decir tiene que en dicho caso también sería indemnizable por daños y perjuicios materiales y hasta morales si se demuestra que uno de los cónyuges se casó con la certeza de recibir tales donaciones como parte importante del patrimonio conyugal con el que afrontar las cargas familiares y después de casado ve frustrada dicha donación o promesa de mayor cuantía, si dependía de ello el mantenimiento en su gran parte del hogar familiar pudiendo constituir una suerte de estafa material y emocional con dolo manifiesto por parte del donante que indujo a engaño a los esposos.

2.7.3 *Reducción*

Finalmente indicar, y por lo que respecta a la reducción, que si consideramos estas donaciones como *corrientes* deberán reducirse después de haber ejercitado la acción de suplemento de la legítima (art. 815 CC),⁸¹⁷ la reducción de los legados (art. 820 CC)⁸¹⁸

⁸¹⁶ En dicho sentido, DÍEZ PICAZO, ob., cit., p. 146.

⁸¹⁷ «El heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma.»

⁸¹⁸ «Fijada la legítima con arreglo a los dos artículos anteriores, se hará la reducción como sigue:1.º Se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo o anulando, si necesario fuere, las mandas hechas en testamento.2.º La reducción de éstas se hará a prorrata, sin distinción alguna. Si el testador hubiere dispuesto que se pague cierto legado con preferencia a otros, no sufrirá aquél reducción sino después de haberse aplicado éstos por entero al pago de la legítima.3.º Si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador.»

y las más recientes para el supuesto de concurrencia de donaciones (art. 656 CC).⁸¹⁹ A efectos de fijar la fecha, entendemos debe contar desde la fecha del oportuno contrato y aceptación.

Tratemos ahora de las donaciones *propter nuptias* realizadas por un menor⁸²⁰ no emancipado, sin que haya obtenido la correspondiente dispensa judicial y que no ha completado su capacidad (autorización de padres, tutor), éstas serán nulas sin perjuicio de convalidarse las mismas una vez haya obtenido la oportuna dispensa por paralelismo con el matrimonio convalidable ex art. 48 CC.

Disiente de esta afirmación PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS para quien los menores no emancipados y los incapacitados requieren la misma capacidad que para las llamadas por el Código para las donaciones condicionales.⁸²¹

Entendemos que la capacidad necesaria de éstos para su aceptación en virtud del art. 1.338, y, por remisión, 625 y 626- todos del cuerpo sustantivo, es la propia de entender requiriendo del complemento legal de capacidad para los supuestos de condición onerosa.

3. LAS DONACIONES *PROPTER NUPTIAS* EN EL DERECHO FORAL Y AUTONÓMICO.

3.1 Baleares.

En palabras del prof. LALAGUNA, después de diversos intentos de crear una Apéndice al Código que recogiera este Derecho foral, «será después del Congreso de Zaragoza (1946) cuando comiencen seriamente los trabajos de codificación que darán

⁸¹⁹ «Si, siendo dos o más las donaciones, no cupieren todas en la parte disponible, se suprimirán o reducirán en cuanto al exceso las de fecha más reciente.»

⁸²⁰ Nos referimos a los menores de 14 años que no hayan obtenido dispense judicial de edad, ex art. 48.2 CC de competencia objetiva *rationae materiae* del Juzgado de 1ª Instancia.

⁸²¹ Vid. SIRVENT, Ob., cit., p. 35.

por resultado final la Compilación del Derecho Civil especial de Baleares promulgada por la Ley de 19 de abril de 1961».⁸²²

Por su parte y en cuanto a la competencia exclusiva de esta Comunidad Autónoma en materia de Derecho civil foral es explícita por el artículo 27 del Estatuto de Autonomía,⁸²³ tras la reforma operada por la LEY ORGÁNICA 1/2007, de 28 de febrero,⁸²⁴ de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears en los siguientes términos que transcribimos:

«Conservación, modificación y desarrollo del derecho civil propio de las Illes Balears, incluida la determinación de su sistema de fuentes, excepto las reglas relativas a la aplicación y la eficacia de las normas jurídicas, las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, la ordenación de los registros y de los instrumentos públicos, las bases de las obligaciones contractuales, las normas para resolver los conflictos de leyes y la determinación de las fuentes del derecho de competencia estatal».

A la que debemos añadir la competencia exclusiva, además, en materia de «Protección social de la familia, conciliación de la vida familiar y laboral.»⁸²⁵

3.1.1 Isla de Formentera e Ibiza: Aixovar.

El art. 66.6 del *Decreto Legislativo 79/1990*, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares,⁸²⁶ predica la ineficacia de las capitulaciones matrimoniales exceptuando estas liberalidades a favor de los descendientes siempre que existieran hijos de dicho

⁸²² LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. *Introducción al Derecho Civil Español*. Valencia, 1990, p.118.

⁸²³ Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía para las Illes Balears (BOE 1 de marzo) en su preámbulo manifiesta: «Las Illes Balears, ejerciendo el derecho a la autonomía que reconoce la Constitución española, manifiestan su voluntad de constituirse en Comunidad Autónoma, que se regulará y ordenará según este Estatuto».

⁸²⁴ BOE 1 de marzo.

⁸²⁵ Art. 16 del Estatuto de Autonomía Balear.

⁸²⁶ Publicado en BOIB núm. 120 de 02 de Octubre de 1990, entrando en vigor el 22 de Octubre de 1990 y revisado desde el 5 de Mayo de 2009.

matrimonio así como los pactos a favor de la consorte, estableciendo expresamente que en el supuesto de nuevo matrimonio del donatario descendiente dichas donaciones serán revocables por la voluntad del donante.⁸²⁷

Hacemos mención aquí a la DOTE o *AIXOVAR* para señalar, ex art. 5 de la citada norma⁸²⁸ la necesidad de constar en escritura de constitución por la que se regirá, y en su defecto, por el régimen tradicional en la Isla. Su uso es muy limitado en la Isla de Mallorca, según los autores, por la imposibilidad de venderla.

Debemos mencionar el especial supuesto de revocabilidad que establece el art. 3 de este Decreto Legislativo en cuanto estipula que las donaciones entre cónyuges sólo serán revocables en los supuestos de indignidad para suceder (recogidos en el art. 7 bis, apartados a) y b) cuando el donante sea el agraviado por la indignidad o ingratitud según lo establecido para estos supuestos por el Código Civil, incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales y la anulación matrimonial en el caso de que el donatario haya obrado de mala fe y en los supuestos de separación o divorcio.⁸²⁹

⁸²⁷ «El divorcio produce la ineficacia de los capítulos matrimoniales y, por tanto, de todas sus estipulaciones salvo lo que se establece en los párrafos siguientes. Los heredamientos y las donaciones a favor del hijo o hija, en consideración a cuyo matrimonio se hayan otorgado los capítulos, conservarán su eficacia si existe descendencia del matrimonio, sin perjuicio de los derechos que se hubieren pactado a favor del consorte. En caso contrario, o si el hijo o hija contrajesen nuevo matrimonio, el heredamiento o la donación devendrán revocables por la sola voluntad del heredante o donante.»

⁸²⁸ «Artículo 5. La dote será siempre voluntaria y se regulará por lo establecido en la escritura de constitución y, supletoriamente, por el régimen que tradicionalmente ha sido de aplicación en la isla».

⁸²⁹ Art.3. «Los cónyuges podrán celebrar entre sí toda clase de contratos y transmitirse bienes y derechos por cualquier título.

En caso de impugnación judicial se presumirá, salvo prueba en contrario, que la transmisión es gratuita.

Las donaciones entre cónyuges serán revocables tan sólo en los supuestos previstos en los apartados a) y b) del artículo 7 bis, cuando el donante sea el cónyuge agraviado, por incumplimiento de cargas y por ingratitud. Se consideran causas de ingratitud, además de las establecidas en el Código Civil, el incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales, la anulación del matrimonio si el donatario hubiese obrado de mala fe, y la separación o el divorcio.» Por su parte el art. 7 bis señala que «Artículo 7 bis 1. Son indignos para suceder: a) Los condenados en juicio penal por sentencia firme por haber atentado contra la vida o por lesiones graves contra el causante, su cónyuge, su pareja estable o de hecho o alguno de sus descendientes o ascendientes. b) Los condenados en juicio penal por sentencia firme por delitos contra la libertad, la integridad moral y la libertad sexual, si el ofendido es el causante, su cónyuge, su pareja estable o de hecho o alguno de sus descendientes o ascendientes».

De la lectura de estos preceptos apreciamos la protección legal que hace la norma haciéndose eco de una de los graves lacres sociales que tenemos lamentablemente en nuestra sociedad: la violencia de género, protegiendo con ello las donaciones efectuadas a los esposos con ocasión de su enlace en estos supuestos predicando su revocabilidad en estos supuestos.

En cuanto al régimen económico matrimonial imperante en la Isla de Mallorca es el pacto en capitulaciones y a falta de ellas o ineficaces,⁸³⁰ será de aplicación, el de separación de bienes.⁸³¹ Asimismo en la Isla de Formentera se rigen por el régimen paccionado o *espolits* regulado en el Libro III, Cap. I, Tít. I del EL 79/1990, de 6 de septiembre, art.66⁸³² sin más formalidad que la constancia en escritura pública que venimos predicando a lo largo de esta extensa investigación.

No obstante, señalar que los esposos responden con sus bienes privativos al levantamiento de las cargas familiares y establece una responsabilidad subsidiaria del otro consorte para los supuestos de deudas por este concepto, (art. 3.4 Dleg. 79/1990), subsidiaridad entendida en atención a la extensa libertad convencional que la ley otorga a los consortes para disponer sin el consentimiento del otro. No obstante, el propio art. 4, en su apartado 1, predica esa misma libertad contractual y permite a los esposos señalar la proporción en que vayan a contribuir a los mismos, y en su defecto, ésta será proporcional a los ingresos de cada uno y se conceptúa el trabajo doméstico como contribución a tal fin.⁸³³

Mención aparte requiere las donaciones por razón del enlace matrimonial pactada en *espolits* en los que cabe recordar la regla especial de revocabilidad establecida por esta

⁸³⁰ La norma no explicita los supuestos de ineficacia tan solo el de inexistencia pero hemos de entenderlo extensible a estos casos.

⁸³¹ Art. 3 DL 79/1990, de 6 de septiembre, «El régimen económico conyugal será el convenido en capitulaciones, formalizadas en escritura pública, antes o durante el matrimonio, y a falta de ellas, el de separación de bienes»

⁸³² «Artículo 66 1. El régimen económico conyugal será el convenido en capitulaciones matrimoniales, nombradas "espolits", que podrán otorgarse antes o durante el matrimonio, necesariamente en escritura pública.»

⁸³³ Artículo 4.1: «Los bienes propios de cada cónyuge estarán afectos al levantamiento de las cargas del matrimonio. En defecto de pacto, cada uno de los cónyuges contribuirá en proporción a sus recursos económicos, entendiéndose como contribución el trabajo para la familia».

norma para los supuestos contemplados en el art. 66, apartado 5, donde estipula que en dichos casos, entre los que se encuentran las donaciones, dote) se interpretarán con arreglo a lo pactado y a la costumbre⁸³⁴

3.2 Navarra

Primeramente, señalar que la Legislación navarra es la más extensa de todas⁸³⁵ y presenta la peculiaridad respecto del resto de legislaciones forales de haber delegado en la Diputación Foral la designación de los miembros de la Comisión Compiladora, alejándose así de la vinculación con el Poder Central que siguieron las demás compilaciones forales, por lo que, al no seguir el camino de las otras, los trabajos de la Comisión Compiladora Navarra se canalizaron a través del Ministerio de Justicia. Por ello la Ley 1 de marzo de 1973, por la que se aprobó la Compilación del Derecho civil foral de Navarra, es un ejemplo de las llamadas «Leyes de Prerrogativa».⁸³⁶ A dicha regulación, hemos de añadirle las modificaciones introducidas por la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril.

Se hallan reguladas en el Título XI, leyes de la 112 a la 118, ambas inclusive.

En cuanto al *tiempo y forma*, decir que la ley prevé que puedan realizarse antes o después del matrimonio y otorgarse, bien en escritura pública o fuera de ella, pero siempre en escritura pública y, en todo caso, exige «descripción de los bienes en la misma escritura o por rolde o inventario incorporado».⁸³⁷

También requiere de escritura pública para la aceptación de los bienes por el donatario en la misma escritura o en otra separada,⁸³⁸ pudiendo aceptar la donación el

⁸³⁴ Art. 66.5. «Cuando las estipulaciones capitulares se refieran a instituciones familiares y sucesorias consuetudinarias, tales como constitución de dote o de "escreix", acogimiento en una cuarta parte de los "milloraments", donaciones universales, heredamientos, pacto de usufructo universal y cláusula de confianza, se estará a lo pactado, y se interpretarán aquéllas con arreglo a la costumbre»

⁸³⁵ LALAGUNA, ob. Cit. p. 123

⁸³⁶ Vid. LALAGUNA, ob., cit., p. 123.

⁸³⁷ Ley 113, Ley 1 de marzo de 1973, cit.

⁸³⁸ Ley 114.1 Ley 1 de marzo de 1973, cit.

donatario bien en vida del donante o tras su fallecimiento,⁸³⁹ pudiendo, el donante o sus herederos revocar las donaciones de cuya aceptación no tengan conocimiento, salvo que «el requerimiento que hicieren por acta notarial al donatario fuera seguido de la aceptación por éste».⁸⁴⁰

En cuanto al *contenido* de las mismas, indicar que la Ley es muy extensa respecto a los supuestos que contempla, aunque, si bien en la práctica suele darse con frecuencia la donación universal de los mismos presentes y futuros otorgándole con ello la calidad de sucesor al donatario, no podemos obviar que el catálogo es muy amplio, lo que permite un ancho margen para poder acoplar situaciones complejas por esta vía, a modo de posible compensación, que hiciera viable el consentimiento del PF para los ajenos a la EF cuya aceptación entendiera pudiera perjudicar sus intereses económicos.

Es por ello, que este instrumento jurídico es una vía muy adecuada para tal fin y conviene, pues, a este estudio, conocer el catálogo legal que nos ofrece la Ley 112 y que es el siguiente:

1º) Pueden realizarse a favor de uno o de ambos cónyuges

2º) Sobre todos los bienes presentes y futuros, sólo de presentes, sólo de alguno de ellos o de los que quedaren a la muerte del donante.

3º) En pleno dominio o con limitaciones: reservas de usufructos, con cláusulas revocatorias o reversivas, con fideicomisos, con dotaciones, alimentos o derechos de uso.⁸⁴¹

4º) Pactos sobre «constitución, dirección y administración, modificación y disolución de la sociedad familiar de convivencia de donantes y donatarios y ruptura de esta convivencia». Importante resultan estos pactos que ha previsto el legislador y que constituye una vía especialmente idónea para pactar las condiciones de las consecuencias de una posible futura ruptura convivencial de los donatarios agraciados con estas liberalidades.

⁸³⁹ Ley 114.2 Ley 1 de marzo de 1973, cit.

⁸⁴⁰ Ley 114.3 Ley 1 de marzo de 1973, cit.

⁸⁴¹ La Ley 112 contempla una cláusula residual que acoge, en posición de igualdad jurídica, a los supuestos indicados «con otras (limitaciones) cualesquiera condiciones lícitas», cuya única condición de legalidad y eficacia sería su licitud.

5º) Pactos y estipulaciones sobre el usufructo, disposición de bienes y participación en el régimen de conquistas.

6º) En general, cualquiera otros pactos lícitos.

Finalmente, señalar que hay que distinguir entre los supuestos de REVOCACIÓN, para los cuales, la Ley contempla las causas pactadas y el incumplimiento por el donatario de las causas que le sean esenciales a la donación⁸⁴² y los supuestos de INEFICACIA en caso de falta de celebración del enlace nupcial o desde su declaración de nulidad (entendemos por sentencia firme).⁸⁴³

3.3 Aragón

La figura de la dote se halla regulada en la *Ley 15/1967, de 8 de abril, cap. II* dedicado al régimen paccionado, artículos del 30 al 35, ambos inclusive de la *Compilación del Derecho civil aragonés* que sustituyó al Apéndice foral de 1925 realizando importantes ampliaciones normativas respecto de la legislación de principios del XX.⁸⁴⁴

Así el art. 30 faculta al esposo a «otorgar dote o firma de dote a su mujer, reconociéndosela si es indotada o aumentando la que recibe».

En cuanto al destino de la misma, el precepto siguiente contempla los supuestos de venta, renuncia, destino o firma de la misma.

⁸⁴² Ley 118, Ley 1/1973: «Las donaciones propter nuptias sólo podrán revocarse:

1) Por las causas pactadas.

2) Por incumplimiento de cargas impuestas al donatario que sean esenciales; en cuanto a las otras, el donante podrá exigir su cumplimiento. Fallecido el donante, se estará a lo dispuesto en el párrafo primero de la ley 162.

La facultad de revocación es intransmisible, pero si los donantes fallecieren habiendo interpuesto la demanda, podrán continuar el ejercicio de la acción las personas que resultarían llamadas a los bienes, caso de prosperar la revocación.

Cuando la donación se hubiere hecho conjuntamente por varios donantes, la revocación deberá hacerse respecto a la totalidad de los bienes y por todos los donantes o sobrevivientes».

⁸⁴³ Ley 117, Ley 1/1973 «Las donaciones «propter nuptias» quedarán ineficaces si el matrimonio no llegara a celebrarse o desde que fuera declarado nulo»

⁸⁴⁴ Vid. LALAGUNA, Ob., cit., p. 121.

La norma señala la prohibición de enajenación en los supuestos de la dote asignada por los padres a la hija en los supuestos de no tener hijos requiriendo para ello la firma de los donantes, señalando, en su defecto, el orden de prelación para completar el requisito en caso de fallecimiento de uno de los ascendientes-donantes. También se requiere asentimiento de las personas que indica el precepto para la renuncia a la misma por la mujer, y finalmente, indica que en el supuesto de existencia de descendientes, éstos heredarán, además de su legítima correspondiente, los bienes dotales asignados por el esposo a la esposa, gozando ésta de plena libertad para disponer de los bienes dotales asignados con plena libertad y arbitrio.⁸⁴⁵

Finalmente, la Ley normativiza la pérdida por la mujer de su dote en los casos análogos de pérdida contemplados para el derecho «expectante de viudedad».⁸⁴⁶ Es decir, por las contempladas propiamente por la Compilación civil aragonesa y las propias de indignidad para suceder, los casos de nulidad, divorcio y separación.

Importante resulta para la libertad contractual que venimos pregonando las referencias del artículo 33 referido a la aplicación de las disposiciones referidas a las Instituciones Familiares Consuetudinarias como el «agermanamiento» «casamiento al más viviente» «acogimiento» etc, señalando dicho precepto que en tales supuestos se estará a lo pactado interpretándose según la costumbre y usos locales.⁸⁴⁷

⁸⁴⁵ «Artículo treinta y uno. Enajenación, renuncia y destino de la dote o firma de dote. Uno. La dote asignada a la mujer por sus ascendientes no podrá ser enajenada mientras el matrimonio no tenga descendencia, sin el asentimiento de los padres de la mujer o del que de ellos viviere o, en su defecto, de la Junta de parientes, y siempre con obligación de invertir el precio en otros bienes determinados, que gozarán de igual condición jurídica. Dos. La renuncia de la mujer a la dote o la firma de dote, o a las garantías de las mismas, así como la enajenación de tales aportaciones, necesitarán, en todo caso, el asentimiento de las personas mencionadas en el párrafo anterior. Tres. Habiendo descendientes comunes, éstos heredarán, con independencia de la legítima, los bienes recibidos por la mujer como dote o firma de dote asignadas por el marido. La mujer podrá disponer de estos bienes a su arbitrio entre aquéllos»

⁸⁴⁶ «Artículo treinta y dos. Pérdida de la dote o firma de dote. Pierde la mujer la dote o firma de dote constituidas por el marido en análogos casos a aquellos en que se pierde el derecho expectante de viudedad.»

⁸⁴⁷ «Artículo treinta y tres. Instituciones familiares consuetudinarias. Cuando las estipulaciones hagan referencia a instituciones familiares consuetudinarias, tales como «hermandad llana», «agermanamiento» o «casamiento al más viviente», «casamiento en casa», «casamiento a sobre bienes», «consorcio universal o juntar dos casas», «acogimiento» y «dación personal», se estará a lo pactado, y se interpretarán aquéllas con arreglo a la costumbre y a los usos locales»

También y para los casos de divorcio, los beneficios obtenidos en los supuestos de «acogimiento» o «heredamientos» por el trabajo común se dividirá equitativamente entre los asociados según las aportaciones individuales y la costumbre del lugar (art. 34).

3.4 Galicia.

Se hallan recogidas en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia,⁸⁴⁸ Capítulo III, artículos del 175 al 180, inclusive.

El primer precepto (175) recoge las liberalidades que por esta causa cualquier persona realice a uno o ambos futuros contrayentes, indicando que pueden realizarse antes o después del enlace. Asimismo que podrán circunscribirse a los bienes tanto presentes como futuros (176), siendo que en el primer supuesto la adquisición es inmediata, indicando que requiere su constancia en escritura pública. En el supuesto de los bienes futuros, la adquisición se subordina a la muerte del donante, con aplicación de lo dispuesto para los pactos sucesorios en la citada norma.⁸⁴⁹

Cabe el sometimiento a condición.⁸⁵⁰ Esta norma establece el régimen de aplicación a estas donaciones realizadas a ambos cónyuges distinguiendo el régimen económico matrimonial aplicable. Así, en el supuesto de que se rija el matrimonio por el de sociedad de gananciales y en el supuesto de falta de designación de partes, se entenderá que los bienes donados a ambos por razón de su matrimonio corresponderán a ambos por mitades iguales.⁸⁵¹ En el caso de que éste no fuera el régimen elegido por los esposos, se establecerá un pro indiviso a partes iguales entre ellos siempre que no el donante no dispusiera cosa distinta. Y finalmente, el precepto establece la obligación de aceptación conjunta por ambos donatarios de estas liberalidades.⁸⁵²

⁸⁴⁸ Esta Ley deroga la anterior que las regulaba, Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia en sus artículos 114 al 116.

⁸⁴⁹ Art. 176, párrafo 2º, Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia.

⁸⁵⁰ Art. 177 Ley cit.

⁸⁵¹ Art. 178.1er. párrafo ley cit.

⁸⁵² Art. 178, último párrafo, Ley cit.

En cuanto a la revocabilidad de las mismas, el artículo 180 establece los supuestos, el primero, por causas objetivas en casos de incumplimiento de alguna de las cargas impuestas y siempre que el donante se reservara expresamente esta facultad de revocarlas.⁸⁵³ En cuyo caso el legislador autonómico hace una remisión a la Ley civil común respecto a la normativa aplicable en estos casos. También serían revocables por rupturas matrimoniales en cualquier modalidad (separación, nulidad y divorcio)⁸⁵⁴ siempre que los bienes estuvieran en poder de los cónyuges.⁸⁵⁵ Y, respecto de las donaciones realizadas entre cónyuges, sólo serían revocables en caso de ruptura nupcial en los supuestos de que el donatario «cometiera algún delito contra la persona del donante, sus ascendientes o descendientes».⁸⁵⁶

El legislador foral está pensando aquí, entendemos, sobre todos en los supuestos de violencia de género u otro tipo delictivo en línea recta ascendente y/o descendente del donatario a fin de que, lógicamente, él o ella puedan recuperar del agresor-donatario/a los bienes que el otro cónyuge le hubiera realizado con motivo de su matrimonio. Pensemos en el supuesto de un coche de alta gama como regalo matrimonial o joya de gran valor, inmueble, acciones, etc...

Una cuestión que apuntamos es que este inciso pudiera inducir a alguna denuncia/querrela para tratar de conseguir una condena al donatario y así poder recuperar lo donado en su día. La irascibilidad en que se hayan inmersas muchas de las parejas que se rompen jurídicamente y la rabia contenida en algunas de ellas, bien puede llevarles a realizar un «abuso de la Ley» incurriendo en este tipo de situaciones descritas, con lo que se deberá estar muy atentos y tener una especial cautela al tratar la revocación de estas donaciones por estos supuestos.⁸⁵⁷

⁸⁵³ Art. 180.1 y último párrafo Ley cit.

⁸⁵⁴ Recordar que la anterior legislación foral, establecía en su art. 116 una excepción de ineficacia para estos supuestos y que únicamente recaería en el donatario que obrara de mala fe o fuera el causante de la ruptura.

⁸⁵⁵ Importante inciso introduce el legislador foral porque entendemos referido a que los bienes donantes por esta causa que no estén en poder de los esposos en la fecha de la ruptura (consumo, venta, desaparición...) no serían devueltos ni reclamables por el donante.

⁸⁵⁶ Art. 180, 3er párrafo. Ley cit.

⁸⁵⁷ Abundando en lo dicho, es de sobra conocido las denuncias falsas en casos de malos tratos que se dan hoy en día con el único objetivo de dañar al otro miembro de la pareja. Por ello, el rigor jurídico ha

3.5 Cataluña

Vienen recogidas en la *Llei 25/2010, del 29 de juliol*, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família.⁸⁵⁸ Y así por lo que respecta a las donaciones el art 231-14 (y que se refiere únicamente a las donaciones realizadas fuera de las capitulaciones matrimoniales),⁸⁵⁹ la norma establece la revocabilidad de las mismas para los casos generales de revocación de las donaciones pero acoge como excepción el supuesto de existencia de hijos comunes.⁸⁶⁰

A este respecto, cabe recordar aquí que en la anterior regulación⁸⁶¹ se distinguía por el legislador entre las donaciones *propter nuptias* otorgadas en capitulaciones⁸⁶² y las dispuestas fuera de ellos.⁸⁶³

3.6 Comunidad Valenciana

La *Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano*⁸⁶⁴ las regula en sus artículos del 31 al 36.⁸⁶⁵

de ser necesariamente aplicado muy especialmente en las revocaciones de las donaciones *propter nuptias* en estos casos.

⁸⁵⁸ [DOGC](#) núm. 5686, de 05-08-2010, p. 61162-61260.

⁸⁵⁹ Esta Ley deroga La [Llei 9/1998](#), del 15 juliol, del Codi de família.,l a [Llei 10/1998](#), del 15 de juliol, d'unions estables de parella. Y la [Llei 19/1998](#), del 28 de desembre, sobre situacions convivencials d'ajuda mútua.

⁸⁶⁰ **Article 231-14** «*Donacions fora de capítols*. Les donacions entre cònjuges fetes fora de capítols matrimoniales són revocables en els casos generals de revocació de donacions, encara que, en el cas de superveniéode fills, només ho són si es tracta de fills comuns».

⁸⁶¹ Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia⁸⁶¹ Abundando en lo dicho, es de sobra conocido las denuncias falsas en casos de malos tratos que se dan hoy en día con el único objetivo de dañar al otro miembro de la pareja. Por ello, el rigor jurídico ha de ser necesariamente aplicado muy especialmente en las revocaciones de las donaciones *propter nuptias* en estos casos.

⁸⁶¹ [DOGC](#) núm. 5686, de 05-08-2010, p. 61162-61260.

⁸⁶¹ Esta Ley deroga La [Llei 9/1998](#), del 15 juliol, del Codi de família.,l a [Llei 10/1998](#), del 15 de juliol, d'unions estables de parella. Y la [Llei 19/1998](#), del 28 de desembre, sobre situacions convivencials d'ajuda mútua.

⁸⁶¹ **Article 231-14** «*Donacions fora de capítols*. Les donacions entre cònjuges fetes fora de capítols matrimoniales són revocables en els casos generals de revocació de donacions, encara que, en el cas de superveniéode fills, només ho són si es tracta de fills comuns».

⁸⁶¹ Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código

⁸⁶² Arts. 21 al 23, ley. Cit. Cap. II.

⁸⁶³ Cap. IV, cit. ley, arts. 31 al 34.

Interesante resulta el catálogo de supuestos que contempla el legislador valenciano respecto a estas liberalidades, constituyendo *per se* una de las más avanzadas de las regulaciones forales en esta materia por cuanto que contempla la donación entre cónyuges, por esta razón a para ayudar al levantamiento de las cargas familiares y aún después de su ruptura matrimonial y por el tiempo que duró ésta.

En efecto, si analizamos el art. 31 de esta ley, constatamos lo siguiente:

1º) Que conceptúa estas liberalidades (31.1) las hechas por uno de los cónyuges a favor del otro por causa del enlace nupcial, celebrado, bien a falta de su celebración, o para ayudar al levantamiento de las cargas matrimoniales.⁸⁶⁶

2º) Que los esposos pueden realizar donaciones recíprocas, aún después de la separación o disolución del matrimonio y en atención a la duración del matrimonio en cuestión.⁸⁶⁷

3º) Se establece la remisión a las normas generales de las donaciones en todo lo no contemplado en el articulado siguiente del presente capítulo dedicado al efecto para estas donaciones, con arreglo a lo dispuesto en el segundo apartado del artículo.⁸⁶⁸

En cuanto a la capacidad para realizar estas donaciones, se requiere la general para contratar⁸⁶⁹ y la exigida para contraer matrimonio.⁸⁷⁰

⁸⁶⁴ Publicado en DOCV núm. 5475 de 22 de Marzo de 2007 y BOE núm. 95 de 20 de Abril de 2007.

⁸⁶⁵ El art. 37 referente a la colación de estas donaciones fue derogado por el artículo 1 de la Ley [COMUNIDAD VALENCIANA] 8/2009, 4 noviembre, de modificación de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano («D.O.C.V.» 10 noviembre). *Vigencia: 11 noviembre 2009.*

⁸⁶⁶ Art. 31, 1er., párrafo Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano.

⁸⁶⁷ Art. 31.1, último párrafo, ley cit.

⁸⁶⁸ «Artículo 31 Concepto. 1. Son donaciones por razón de matrimonio o propter nuptias las hechas por uno de los contrayentes o de los cónyuges a favor del otro en consideración al matrimonio que se va a celebrar o que se ha celebrado y aquellas que otorguen otras personas con la misma consideración, o para ayudar al levantamiento de las cargas del matrimonio. Igualmente, los cónyuges podrán realizar donaciones entre sí por razón del vínculo que existía entre ellos hasta ese momento, después de la separación o disolución del matrimonio.

2. Las donaciones por razón del matrimonio se regirán por las reglas generales de las donaciones, excepto lo que dispongan los artículos siguientes».

⁸⁶⁹ Art. 32.1, ley cit.

⁸⁷⁰ Art. 32.2, ley cit.

Referente al objeto de la donación el art. 33⁸⁷¹ establece la donación universal de todos los bienes, derechos y acciones con posibilidad de reserva para el donante del usufructo de lo donado, transmitiendo, en este caso, sólo la nuda propiedad de los mismos.⁸⁷²

Asimismo se establece una suerte de «gananciales» de los mismos y en régimen de comunidad ordinaria, salvo disposición distinta por parte del donante.⁸⁷³

Por lo que respecta a la *forma*, podrán otorgarse en cartas de nupcias o en escritura separada de donación, siendo que si los bienes donados fueran inmuebles prescribe la norma escritura pública y para los de distinta naturaleza se atenderá a los usos y costumbres locales⁸⁷⁴.

Respecto al régimen de revocabilidad de éstas, se atenderá al general y además podrán ser revocadas por las siguientes causas⁸⁷⁵:

1. No celebración del enlace nupcial en el plazo de un año desde el otorgamiento de éstas.

⁸⁷¹ Modificado y dada nueva redacción por el artículo 2 de la Ley [COMUNIDAD VALENCIANA] 8/2009, 4 noviembre, de modificación de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano («D.O.C.V.» 10 noviembre). Vigencia: 11 noviembre 2009.

⁸⁷² «Artículo 33 Objeto de la donación propter nuptias. La donación universal de la nuda propiedad. Presunción de donación por mitad a los cónyuges: 1. Puede ser objeto de donación cualquier clase de bienes, universalidades de bienes, derechos y acciones. El donante se podrá reservar el usufructo atribuyendo al donatario solo la nuda propiedad del bien o bienes donados.»

⁸⁷³ «Art.33.2. Las donaciones hechas conjuntamente a los contrayentes o a los cónyuges pertenecen a los dos por partes iguales y en régimen de comunidad ordinaria, excepto que el donante haya dispuesto otra cosa».

⁸⁷⁴ Art. 34, ley cit.

⁸⁷⁵ Art. 35.1 ley cit. Artículo 35. La revocación de las donaciones por razón de matrimonio «1. Sin perjuicio de la aplicación de las normas generales sobre las causas de revocación de las donaciones a las donaciones por razón de matrimonio, estas podrán ser revocadas, además, por las causas siguientes: a) Si el matrimonio no se celebra, sea cual sea su causa, en el término de un año desde el otorgamiento de la donación. b) Las donaciones modales y condicionales serán revocables, además de por las causas señaladas en el apartado anterior, por el incumplimiento del modo o de la condición, o por su cumplimiento si esta es resolutoria. El donante podrá revocarlas en el plazo de un año desde que tuvo conocimiento de la causa de revocación. c) Si el matrimonio se declara nulo o se disuelve o los cónyuges se separan de hecho o judicialmente».

2. Las donaciones condicionales y/o modales, además, por el incumplimiento del modo o condición y también por su cumplimiento en el caso de que fuera resolutoria, siendo el plazo de 1 año para el donante desde que tuvo conocimiento de la causa que motivara la revocación.

3. Nulidad, separación, de hecho y/o de Derecho y divorcio.

Mención especial refiere la ley a las revocaciones realizadas sobre bienes que estén afectos al levantamiento de las cargas matrimoniales, los cuales, aunque pasen al dominio del donante, quedarán en poder del cónyuge obligado a sufragar dichas cargas que oodrá hacerlo con el usufructo de los mismos, salvo que el donante se lo hubiera reservado en su día.⁸⁷⁶

La acción de revocación está sujeta al plazo de caducidad de 1 año desde que se tuvo conocimiento de la causa de revocación,⁸⁷⁷ no obstante, el donante puede renunciar, unilateral o consencuadamente, de su acción de revocación, novando con ello la liberalidad⁸⁷⁸

Finalmente, la ley contempla la obligación al donatario o donatarios la devolución de los bienes donados a requerimiento del donante respondiendo en caso de incumplimiento de la devolución de los frutos durante el período de mora⁸⁷⁹ así como de los daños sufridos en los mismos⁸⁸⁰ significando asimismo la obligación del donante de resarcir al donatarioo donatarios por las mejoras que hubiere realizado en los bienes donados y posteriormente revocados.⁸⁸¹

⁸⁷⁶ Apartado 2, art. 35, ley cit. «Si la donación se revocara y se hubiera vinculado al levantamiento de las cargas del matrimonio, los bienes donados, sin perjuicio de volver a la propiedad del donante, continuarán bajo la administración del cónyuge responsable de atender tales cargas, quien podrá atenderlas con sus frutos, excepto que el donante se hubiera reservado el usufructo de los bienes donados»

⁸⁷⁷ Apartado 3, art.35, ley cit.

⁸⁷⁸ Apartado 4, art. 35 ley cit.

⁸⁷⁹ Art. 36.1 ley cit.

⁸⁸⁰ Art. 36.2 ley cit.

⁸⁸¹ Apartado 3, art. 36, ley cit.

CAPÍTULO VII

LOS ACUERDOS PREMATRIMONIALES (III).

Matrimonio es ayuntamiento de marido, e de mujer, fecho con tal entencion de beuir siempre en vno, e de non se departir, guardando lealtad cada vno dellos al otro, e non se ayuntando el varon a otra mujer nin ella a otro varon, biuiendo ambos a dos.⁸⁸²

1. Concepto

Para GONZÁLEZ DEL POZO son «aquéllos negocios jurídicos de Derecho de Familia en virtud de los cuales, quienes tienen proyectado contraer matrimonio entre sí, regulan, total o parcialmente, las consecuencias o efectos, tanto personales como patrimoniales, que para ellos o los hijos que tuvieren pudieran derivarse de la eventual ruptura o disolución de su futuro matrimonio, sea por separación o divorcio, sea por muerte de uno de ellos».⁸⁸³

Entendemos que dicha definición queda algo incompleta por cuanto también son perfectamente posible realizar pactos, además, para regular determinados aspectos de la futura convivencia matrimonial.

En efecto, el hecho de que, en la mayoría de los casos, se realicen en aras a regular los efectos de una posible futura ruptura, ello no le impide que puedan realizarse para los casos indicados siempre que se circunscriban a los límites y requisitos legales que estamos analizando para su validez y eficacia.

⁸⁸² Ley I, Partida 4ª. Las Siete Partidas, ob, cit., p. 519.

⁸⁸³ GONZÁLEZ DEL POZO, ob, cit. p. 11.

Por ello ofrecemos nuestra propia definición y lo hacemos en los siguientes términos: *son aquellos pactos que realizan una pareja en función de su futuro enlace matrimonial a fin de regular bien determinadas condiciones de su futura convivencia afectiva,⁸⁸⁴ bien las consecuencias de una futura ruptura de la misma, o ambas, ya sea por ruptura vincular, separación o divorcio, ya sea por fallecimiento de alguno de sus miembros.*

En su definición, hallamos las características propias de estos tipos de pactos, que son básicamente tres:

a) Su carácter regulador: Respecto de los pactos tendentes a convenir sobre alguna/s materia/s disponible/s por las partes para mejorar o vehiculizar su futura convivencia matrimonial.

b) Su carácter previsor: En cuanto a los referidos a regular los efectos de una futura y previsible ruptura marital, tanto para los esposos entre sí como para los hijos y con las limitaciones que estamos estudiando.

c) Su carácter condicional: por cuanto, que todos ellos se condicionan tanto al futuro matrimonio, como a la futura ruptura, bien sea judicial mediante separación⁸⁸⁵ o divorcio, bien sea natural, mediante fallecimiento de alguno de los esposos.

Primeramente, debemos resaltar que su tradición es más amplia y su utilización más corriente en los países de la *Common Law* (*premarital agreement*), que en el nuestro propio, en especial en el Derecho establecido en los Estados Unidos de Norteamérica a través de su *UNIFORM PREMARITAL AND MARITAL AGREEMENTS ACT de 1983*,

⁸⁸⁴ Nos estamos refiriendo en este apartado a la ruptura matrimonial, y con ello, el vínculo jurídico que los une.

⁸⁸⁵ Hacemos hincapié que sólo el divorcio o la nulidad rompen el vínculo matrimonial, por cuanto que la separación, aún la legal, constituye una suerte de *fictio iuris* entre el estado civil de *casado* y el de *divorciado*, por cuanto que nuestro CC no recoge el estado de «separado legalmente» propiamente como un estado civil distinto a los contemplados actualmente de: soltero, casado, divorcio o viudo, por lo que, entendemos, la separación judicial no supone una relación jurídico-constitutiva que modifique el estado civil de las personas.

vigente en numerosos estados de la Unión,⁸⁸⁶ donde estos pactos prematrimoniales están regulados y reconocidos ampliamente, si bien, el enorme eco que de estos contratos – generalmente utilizado por las *celebrities*- se hacen los medios de información y difusión los hace más cercano cada vez a nuestra realidad cotidiana como ejemplo a seguir para regular las futuras convivencias mediante los mismo que entendemos como un intento, cada vez mayor, de acoplar la futura convivencia a la realidad de ambos miembros de la futura pareja. También la cultura pro divorcista que existe hoy en día en nuestro país contribuye a ello. Cultura extendida por varias causas:

A) Independencia económica de ambos cónyuges.

En efecto, cada vez se dan más los casos en que ambos esposos trabajan por cuenta propia o ajena y poseen ingresos propios e independientes, lo que, en la mayoría de los casos, les lleva a crear una economía separada con cuentas bancarias distintas y creando un fondo común, consensuado, para el levantamiento de las cargas familiares que conllevará la futura convivencia marital en común.

En este hilo AGUIRRE afirma que «el modelo más practicado por las parejas que se definen “igualitarias” es el diferenciar el dinero entre común y propio»⁸⁸⁷ y ello en aras, según el diario que recoge las palabras de la autora del estudio, «como instrumento para mantener la individualidad frente al ideal el amor romántico, y como mecanismo de evitar conflictos ulteriores» y concluye la autora del estudio que, si bien no encontró diferencias sensibles en esta práctica entre parejas del mismo o distinto sexo, si afirmó que «Esta investigación es extensible a otras partes de Europa. Existen trabajos

⁸⁸⁶ ANNUAL CONFERENCE MEETING IN ITS ONE-HUNDRED-AND-TWENTY-FIRST YEAR NASHVILLE, TENNESSEE JULY 13 - JULY 19, 2012 NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS January 2, 2013 «The Uniform Premarital Agreement Act was promulgated in 1983. Since then it has been adopted by 26 jurisdictions, with roughly half of those jurisdictions making significant amendments, either at the time of enactment or at a later date». P. 1.

⁸⁸⁷ LEVANTE-EMV. *Amor o cuenta corriente*. Miércoles, 22 de abril de 2015. P. 62. Este periódico recoge en este artículo las conclusiones a las que llega la investigadora vasca Amaia Aguirre, de la Universidad del país Vasco que, según éste «ha analizado la gestión y negociación del dinero en las “parejas igualitarias”».

previos... Que lo corroboran y que comparan la situación entre España, EEUU, Holanda y Suecia».⁸⁸⁸

En algunos supuestos dicha contribución la hacen proporcionalmente a sus ingresos. En esa misma línea prescribe el art. 1.438 del CC cuando apunta a que «los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos».

B) La cultura pro divorcista existente a partir de la Ley 15/2005.⁸⁸⁹

La promulgación de esta ley elimina la existencia de las causas objetivas para solicitar la separación o el divorcio anulando con ello las existentes en la anterior regulación Ley 30/1981 de 7 de julio, donde se establecían, por un lado, unos determinados supuestos fácticos a los que los cónyuges podían y debían acogerse para solicitar la disolución de su vínculo matrimonial, y por el otro, los plazos, condiciones y requisitos objetivos⁸⁹⁰ que establecía el entonces art. 86 CC para pedir el divorcio.

La eliminación de estos requisitos previos y la posibilidad de acudir directamente al divorcio sin necesidad de pasar previamente por la separación, unido al hecho de legitimar para solicitarlo el transcurso del plazo de 3 meses después del enlace nupcial, hace que acudir a la ruptura sea mucho más fácil y más barato que con la anterior ley, lo

⁸⁸⁸ Artículo periodístico citado en la nota anterior, último párrafo del mismo.

⁸⁸⁹ Familiarmente llamada del «divorcio exprés»

⁸⁹⁰ «Artículo 86 *Son causas de divorcio*:1.^a El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación formulada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro cuando aquélla se hubiera interpuesto una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio.2.^a El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandante o de quien hubiere formulado reconvencción conforme a lo establecido en el Artículo 82, una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación o, si transcurrido el expresado plazo, no hubiera recaído resolución en la primera instancia.3.^a El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos: a) Desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho o desde la firmeza de la resolución judicial, o desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges, a petición de cualquiera de ellos.b) Cuando quien pide el divorcio acredite que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causa de separación 4.^a El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de a menos cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges.5.^a La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes. Cuando el divorcio sea solicitado por ambos o por uno con el consentimiento del otro, deberá necesariamente acompañarse a la demanda o al escrito inicial la propuesta convenio regulador de sus efectos, conforme a los Artículos 90 y 103 de este Código.»

que, a su vez, lleva a más parejas a optar por la ruptura del vínculo ante situaciones de crisis fruto de la convivencia común. En definitiva, que con la actual regulación legal, algunas parejas «no se lo piensan dos veces»⁸⁹¹ para acudir a disolver su vínculo legal.

C) La posibilidad de pactar respecto de lo que hasta ahora había sido material exclusiva de orden público como son los pronunciamientos sobre la atribución de la patria potestad y la guarda y custodia compartida de los hijos habidos en el matrimonio. A tal efecto, la Exposición de motivos de la Ley 15/2005 reconoció señala:

<<...Esta reforma legislativa también ha de ocuparse de determinadas cuestiones que afectan al ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados, cuyo objeto es procurar la mejor realización de su beneficio e interés, y hacer que ambos progenitores perciban que su responsabilidad para con ellos continúa, a pesar de la separación o el divorcio, y que la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de la potestad.

Se pretende reforzar con esta ley la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad. En este sentido, se prevé expresamente que puedan acordar en el convenio regulador que el ejercicio se atribuya exclusivamente a uno de ellos, o bien a ambos de forma compartida. También el Juez, en los procesos incoados a instancia de uno solo de los cónyuges, y en atención a lo solicitado por las partes, puede adoptar una decisión con ese contenido>>.

2. Forma, límites y requisitos.

Este tipo de pactos prematrimoniales se suelen realizar y firmar antes del enlace, aunque nada impide que puedan realizarse después del mismo.

En principio, a falta de norma concreta, la libertad de forma que proclama el art. 1.278 del CC y sin perjuicio del valor probatorio que conlleva los documentos en que se reflejen dichos pactos, se predica la libertad de forma⁸⁹² salvo aquéllos que por su contenido precisan de una forma especial *ad substantiam*.

Así pues y en base al contenido que pueden recoger los distintos documentos en aras a su validez legal, procedemos a agruparlos⁸⁹³ en:

⁸⁹¹ Lo que, dicho sea de paso, está fomentando como efecto colateral la falta de tolerancia a los problemas y la ausencia de esfuerzo en encontrar soluciones sin acudir a la ruptura.

⁸⁹² Arts. 1.258, 1.261 y 1.278 CC.

⁸⁹³ Siguiendo la línea de DEL POZO, ob.,cit. p. 13.

1º) Los que requieren ESCRITURA PÚBLICA, bajo pena de invalidez como son:

a) Los acuerdos relativos a la fijación de, modificación o sustitución de los regímenes económicos matrimoniales⁸⁹⁴ habitualmente reflejados en las llamadas capitulaciones matrimoniales.

b) Las donaciones *propter nuptias*⁸⁹⁵ de bienes inmuebles presentes⁸⁹⁶ o donaciones de bienes futuros, ya sean muebles o inmuebles, únicamente para los supuestos de fallecimiento o promesas de mejoras o no.⁸⁹⁷

2º) Los DOCUMENTOS PÚBLICOS del art. 1.280 CC cuyos pactos o estipulaciones pueden plasmarse en documentos privados⁸⁹⁸ pero que en cualquier momentos pueden elevarse públicamente para que desplieguen toda su fuerza *ad probationem*.

3º) Los DOCUMENTOS PRIVADOS que por tratar materias de índole personal no deben revestir imperativamente forma pública para su validez y no pueden compelerse a los otorgantes a elevarlos a escritura pública. Según DEL POZO⁸⁹⁹ estarían, en el derecho español vigente, «todas las disposiciones de acuerdos prenupciales referidas a las medidas de naturaleza personal aplicables a los cónyuges y a los hijos tras la eventual ruptura matrimonial y también algunos pactos de naturaleza patrimonial».

Entre las materias personales, y *ad exemplum*, el referido autor señala: «la aportación de cada uno al levantamiento de las cargas familiares, la fijación de las pensiones alimenticias a favor de los hijos tras la eventual ruptura matrimonial, o las indemnizaciones o compensaciones entre cónyuges».

⁸⁹⁴ Fijados habitualmente en las llamadas Capitulaciones Matrimoniales o *Capítols* en la legislación autonómica catalana, entre otros.

⁸⁹⁵ Tratadas ampliamente en el capítulo anterior de este trabajo.

⁸⁹⁶ Ex art. 1.341.2 en relación con el 1.327 y 633, todos del CC.

⁸⁹⁷ Ex art. 826 en relación con el 1.327 CC.

⁸⁹⁸ Insitimos en la fuerza *ad probationem* que poseen los documentos públicos.

⁸⁹⁹ DEL POZO., ob., cit., p. 13.

Respecto a la fijación de cuantías para el levantamiento de las cargas familiares, las pensiones alimenticias y favor de los hijos, entendemos que serían válidas siempre que las condiciones en las que se pacten a *priori* en el acuerdo prematrimonial sean semejantes que las que se pudieran dar en su día al cumplirse el supuesto de ruptura y siempre que no fueran en detrimento del interés de los hijos, salvo, que dichas diferencias fueran corregidas en su día, sobre todo al alza.

Si bien estos pactos, insistimos, son generalmente utilizados en previsión de la futura ruptura matrimonial y tendentes a regular los efectos de la misma tanto en la esfera patrimonial como personal, nada impide que puedan regular aspectos de la vida en común siempre con los límites legales y requisitos establecidos por la ley para la validez de estos contratos atípicos considerados por la Doctrina y Jurisprudencia como verdaderos negocios de Derecho de Familia sujetos a los requisitos esenciales para la validez de los contratos establecidos en el art. 1.261 CC, a saber: consentimiento, causa y objeto.⁹⁰⁰

Es por ello que para determinar los *límites* y la validez de los pactos contenidos en estos Acuerdos Prematrimoniales, hemos de estudiarlos a la luz de:

1. Las limitaciones en base a la igualdad entre cónyuges que impone el art. 32.1 de la CE y los referidos a la protección integral de los descendientes sea cual sea el origen de su filiación. Incluye el derecho a casarse con personas de mismo o distinto sexo⁹⁰¹ con los mismos requisitos y efectos.

2. Los límites que se desprenden de la concepción institucional del matrimonio configurado con su respectivo abanico de derechos-deberes, de igualdad;⁹⁰² de respeto, ayuda mutua e interés familiar;⁹⁰³ a vivir juntos,⁹⁰⁴ guardarse fidelidad y socorrerse

⁹⁰⁰ Art. 1261: «No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º Consentimiento de los contratantes. 2º Objeto cierto que sea materia de contrato. 3º Causa de la obligación que establezca»

⁹⁰¹ Art. 44 del CC.

⁹⁰² Art. 66 del CC.

⁹⁰³ Art. 67 del CC.

⁹⁰⁴ Esta es una presunción *iuris tantum*, ex art. 69 CC.

mutuamente;⁹⁰⁵ a compartir responsabilidades domésticas, el cuidado de los hijos y atención de padres, hijos y otras personas dependientes a su cargo;⁹⁰⁶ a fijar de común acuerdo el domicilio familiar⁹⁰⁷ y la no atribución de representación del otro sin mediar consentimiento o atribución al efecto.⁹⁰⁸

3. Las limitaciones generales impuestas a la autonomía de la voluntad para las partes por el artículo 1.255 del Código civil español: la Ley, la costumbre y el orden público,⁹⁰⁹ las recogidas en el 1.261 del mismo cuerpo legal y las corrientes jurisprudenciales actuales,⁹¹⁰ además de lo preceptuado en los artículos 1.323 y 1.325 del CC, específicamente para las parejas matrimoniales, para determinar la validez del contenido de estos contratos.

4. Los límites aplicables *rationae materiae* que queden excluidos de la libre disposición de los contrayentes por ser materias de orden público y que veremos detalladamente en otro apartado posterior (respecto a pronunciamientos sobre la patria potestad o su régimen doméstico, custodia de hijos, alimentos futuros, etc).

5. Límites del artículo 90 del CC. «... dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges». En este sentido, añadiremos los reflejados, para los pactos capitulares, en el art. 1.328 del CC por cuanto preceptúa que «Será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge».

Analizada la forma y los límites, pasemos ahora a centrarnos en los requisitos de estos acuerdos para la validez que venimos predicando.

⁹⁰⁵ Art. 68, primer párrafo.

⁹⁰⁶ Art. 68. Último párrafo.

⁹⁰⁷ Art. 70 y en caso de desacuerdo, resolverá el Juez en interés familiar.

⁹⁰⁸ Art. 71.

⁹⁰⁹ Por lo que serían nulas cualquier disposición que supusiera un una limitación o prohibición al derecho de contraer o a disolver el vínculo matrimonial como hemos apuntado anteriormente.

⁹¹⁰ Entendida toda vez que la realidad social avanza en ritmo al Derecho por lo que ha de ser por vía Jurisprudencial que atienda a dar respuesta al problema social planteado a luz de la interpretación de las normas legales para establecer la validez de algunos pactos que recogen estos contratos, como veremos a lo largo del trabajo.

A tales efectos, coincidimos con GARCÍA RUBIO en afirmar:

<<la doble vertiente social e individual que posee el Derecho de familia y el necesario equilibrio entre los principios de solidaridad familiar y libertad individual que subyacen en este tipo de relaciones obliga a realizar un especial escrutinio sobre la validez de los acuerdos celebrados en previsión de una ruptura matrimonial no consumada. Tal escrutinio abarca la fase de formación del acuerdo, su contenido y el momento y circunstancias de su exigibilidad>>.⁹¹¹

Así tenemos que para la fase de *formación*, como en cualquier tipo de contrato, se aplicarán los requisitos referentes al consentimiento contractual sancionando con la invalidez en el caso de la presencia de algún vicio en el consentimiento prestado, como ocurrió en el caso de la STS de 15 de enero de 2004⁹¹² donde el Alto Tribunal confirmó la sentencia de la AP de Orense que declaraba la nulidad de unos capítulos matrimoniales por vicio del consentimiento sufrido por la esposa debido a la intimidación sufrida por ésta en el seno de la convivencia familiar.

Del mismo modo y en esta fase de formación, resulta de aplicación al derecho de las partes negociadoras los principios referidos a la buena fe y al abuso de derecho, recogidos en el art. 7 de nuestro código civil sustantivo⁹¹³ señalando que «1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe» así como que «La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo.» y sancionando los efectos de tal infracción con este tenor literal «Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso».

⁹¹¹ GARCÍA RUBIO, M.P; *Acuerdos Prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el derecho de familia*. Artículo. Santiago de Compostela. P.2

⁹¹² RJ 2004,202. Ponente: Excmo. Sr. D. Luís Martínez-Calcerrada y Gómez.

⁹¹³ Nótese que este precepto se halla recogido en el capítulo III referido a la Eficacia General de las Normas Jurídicas.

En el mismo sentido de *bona fidei* en los contratos tenemos el artículo 111-7 del código civil catalán⁹¹⁴ y podemos añadir el 117-8 del mismo cuerpo legal referido a la doctrina de los actos propios.⁹¹⁵

Y finalmente, también pertenece a esta fase de formación la exigencia de determinada forma que hemos comentado pormenorizadamente al inicio de este apartado al que nos remitimos.

Pasemos ahora a centrarnos a determinar qué pactos que por su contenido puedan ser válidos o no y ello en atención a la disponibilidad de las partes privadas y las limitaciones públicas señaladas.

3. Contenido: convivencial y en previsión de futura ruptura.

Primeramente cabe indicar que hay que diferenciar, por su distinta significación, entre:

1º) Los acuerdos sucesorios que deban ser ejecutados a la muerte de algún cónyuge.

2º) Los previstos para una futura separación o divorcio, y entre éstos aquéllos que afecten a futuros hijos.

La complejidad que asiste a los primeros aludidos- a los sucesorios en caso de fallecimiento – plantean problemas específicos referidos a su validez por cuanto posee una estrecha relación con los pactos sucesorios, en primer lugar. En segundo lugar, por las diferencias legislativas existentes en las numerosas legislaciones forales al respecto de la materia y nuestro código civil español y, puesto que ello excedería del objeto de

⁹¹⁴ En el mismo sentido de la buena fe de los contratos el artículo 111-7 del Código civil catalán que preceptúa: «Buena fe. En las relaciones jurídicas privadas deben observarse siempre las exigencias de la buena fe y de la honradez en los tratos».

⁹¹⁵ «Actos propios. Nadie puede hacer valer un derecho o una facultad que contradiga la conducta propia observada con anterioridad si ésta tenía una significación inequívoca de la cual derivan consecuencias jurídicas incompatibles con la pretensión actual».

esta tesis, nos vamos a centrar aquí exclusivamente a los segundos – los realizados en previsión de futura ruptura matrimonial.

A tal respecto, indicar que su clausulado es un *numerus apertus* y por ello, también cabe regular aquellas cuestiones que para la pareja resulten de especial relevancia a fin de hacer la convivencia más duradera.

Por su parte el Tribunal Supremo se pronuncia a favor de la validez de los pactos entre esposos en previsión de una futura ruptura, si bien distinguiendo los que son de derecho tuitivo y los de derecho dispositivo, siendo estos últimos válidos aunque no sean sancionados judicialmente si cumplen los requisitos de validez⁹¹⁶ y licitud pudiéndose hacer valer como medios probatorios en un procedimiento ordinario posterior.

A tal efecto, la STS de 31 de marzo de 2011, ponente Excm. Sra. Doña Encarnación Roca Trías,⁹¹⁷ en su *Fundamento Tercero* y haciéndose eco de lo sentenciado en la STS de 22 de abril de 1997, Ponente, Ilmo. Sr. D. Xavier O’Callaghan,⁹¹⁸ señala - *sobre la validez de los contratos celebrados entre cónyuges con previsión de posibles rupturas* que existen tres tipos de acuerdos⁹¹⁹ que podemos resumir de este modo:

1. El convenio en abstracto considerado por la Jurisprudencia como negocio jurídico de Derecho de Familia.

⁹¹⁶ Son los recogidos en el art. 1.261 CC de: consentimiento, causa y objeto y STS de 17 de octubre de 2007.

⁹¹⁷ Id. Cendoj: 28079110012011100229.

⁹¹⁸ Id. Cendoj: 28079110011997102237

⁹¹⁹ «La autonomía de la voluntad de los cónyuges fue ya reconocida en la sentencia de 22 de abril de 1997, que pone de relieve que en las situaciones de crisis matrimoniales pueden coincidir tres tipos de acuerdos: “en primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el artículo 90 del C.c.”, por tanto, como se repite en sentencias posteriores, los cónyuges en virtud de la autonomía que se les reconoce, pueden contratar entre sí fuera del convenio, siempre que estos pactos reúnan los requisitos para su validez (STS de 17 octubre de 2007)».

2. El convenio regulador aprobado judicialmente e integrado en la resolución definitiva con la consecuencia eficacia legal que ello conlleva.

3. El convenio no aprobado judicialmente, al que se le asigna la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico «tanto más si contiene una parte ajena⁹²⁰ al contenido mínimo que prevé el art. 90 del C.c»

Por su parte y en cuanto a la autonomía de la voluntad para pactar en previsión de futuras rupturas la STS de 22 de abril de 1997 en su fundamento jurídico primero señala:

<<La cuestión jurídica esencial que se plantea es la naturaleza jurídica del convenio regulador, en las situaciones de crisis matrimonial, contemplado y previsto su contenido mínimo en el artículo 90 del Código Civil, que no ha obtenido la aprobación judicial. En principio, debe ser considerado como un negocio jurídico de derecho de familia, expresión del principio de autonomía privada que, como tal convenio regulador, requiere la aprobación judicial, como *conditio iuris*, determinante de su eficacia jurídica>>.

Por su parte las STS de 27 de enero de 1998,⁹²¹ ponente Excmo. Sr. D. JOSE ALMAGRO NOSETE, admite la eficacia del convenio no aprobado judicialmente siempre que se desenvuelva dentro de «límites lícitos de la autonomía de la voluntad» y queden a salvo los derechos de los acreedores sobre los bienes gananciales y los derechos de los terceros adquirentes de buena fe derivados de la inscripción inmobiliaria registral. Y lo dice con estas palabras «En suma salvados los derechos de los acreedores sobre los bienes gananciales y las consecuencias del registro inmobiliario en favor de los adquirentes terceros, no se puede estimar que los efectos inter partes de un convenio carezcan de eficacia por falta de aprobación judicial, si este se desenvuelve dentro de los límites lícitos del principio de autonomía de la voluntad».⁹²²

⁹²⁰ Cuando la STS se refiere a la «parte ajena del contenido mínimo del art. 90 del C.C» debemos entenderla como aquella parte contractual añadida a los mínimos legales exigibles en el art. 90 que hace que el listado de lo preceptuado en dicho artículo configuren al convenio regulador como un negocio jurídico de derecho de Familia de contenido *apertus* de mínimo legal para que sea válido para el proceso de familia en cuestión pero de máximos respecto al resto de clausalado que se recoja en él que tiene la naturaleza de negocio jurídico como indica dicha sentencia, sujeto a los requisitos de validez generales y legales.

⁹²¹ Id Cendoj: 28079110011998101273

⁹²² Fundamento jurídico tercero, STS 27 de enero, cit.

Por su parte la STS de 21 de diciembre de 1998, ponente, Excmo. Sr. D. PEDRO GONZÁLEZ POVEDA afirma en su fundamento jurídico tercero, cuarto párrafo, que el convenio regulador tiene «carácter contractualista» de contenido abierto que no impide que los cónyuges, haciendo uso de su autonomía de la voluntad, puedan pactar sobre otras cuestiones siempre que estén en la esfera de su disponibilidad y que sin bien no podrán oponerse frente a terceros sí serán vinculantes para las partes siempre que cumplan con los requisitos esenciales para su validez y observando las limitaciones que al efecto impone el art. 1.255 del CC.⁹²³

Por ello, vamos a distinguir algunas de las convenciones, y sin que sirva de catálogo, que se pueden realizar - en sede de libertad contractual - respecto de materias dispositivas tanto para para regular la convivencia y durante la misma como las destinados a regir las consecuencia de la futura ruptura marital, y materias de orden público.

3.1. Materias dispositivas.

3.1.1 Pactos personales.

Primeramente, y porque revisten una especial complejidad jurídica, vamos a referirnos al papel de la libertad contractual y sus límites en el seno de los acuerdos en materia de índole personal, tanto si se refieren a los realizados para regular la convivencia como para los efectos de una futura ruptura marital.

⁹²³ STS 27 de enero de 1998, Id Cendoj: 28079110011998102146. F.J. 3º. «... los convenios así establecidos tienen un carácter contractualista por lo que en ellos han de concurrir los requisitos que, con carácter general, establece el Código Civil para toda clase de contratos en el artículo 1261, siendo la aprobación judicial que establece el artículo 90 del Código un requisito o "conditio iuris" de eficacia del convenio regulador, no de su validez, y atributiva de fuerza ejecutiva al quedar integrado en la sentencia. Ahora bien, ello no impide que al margen del convenio regulador, los cónyuges establezcan los pactos que estimen convenientes, siempre dentro de los límites de lo disponible, para completar o modificar lo establecido en el convenio aportado con la petición de separación o divorcio, ya se haga de forma simultánea, pero con referencia al convenio, a la suscripción de éste o posteriormente, haya sido aprobado o no el convenio judicialmente; tales acuerdos, que si bien no podrán hacerse valer frente a terceros, son vinculantes para las partes siempre que concurren en ellos los requisitos esenciales para su validez, al haber sido adoptados por los cónyuges en el libre ejercicio de su facultad de autoregulación de las relaciones derivadas de su separación matrimonial, y no concurriendo ninguna de las limitaciones que al principio de libertad de contratación establece 4 el artículo 1255 del Código Civil...»

Decíamos que era el Derecho anglosajón el más proclive a contractualizar estas convivencias. Así tenemos que algunos de los personajes más famosos de nuestro panorama internacional (en su mayoría estrellas del celuloide y de la música) han regulado, mediante pactos incluso cláusulas para mantener satisfechas sus necesidades más íntimas. Tal es el caso de Madonna,⁹²⁴ también de la modelo polaca Joanna Krupa⁹²⁵ y Jennifer López, siendo que ésta última estableció una serie de cláusulas prematrimoniales que convertían al actor Ben Affleck en un auténtico «esclavo sexual».⁹²⁶

Respecto a nuestro Derecho, entendemos que pactos en dicho sentido sería nulos por las siguientes razones y motivos:

1º) Si los pactos condicionan a contraer dicho enlace, pues contravendría el *ius nubendi* consagrado en el artículo 10 de nuestra Carta Magna.

También, y por las mismas razones, sería nulo el pacto que prohibiera un futuro matrimonio a alguno o ambos miembros de la pareja para el caso de producirse un futuro divorcio.

2º) Si condicionan su perdurabilidad en base a la exigencia de un determinado número de relaciones íntimas (ejemplos comentados) por ser contrarios al orden público matrimonial y a normas imperativas.

Otro de los temas más contractualizados prematrimonialmente son los supuestos de infidelidades conyugales como el caso sabido impuesto por Katherine Zeta Jones a Michael Douglas por su problema de satiriasis (adicción al sexo) o de la también actriz

⁹²⁴ Es el caso de la cantante Madonna obligó a su marido Guy Richie a responder a sus necesidades sexuales centrándose en la «expresividad de su mujer» (según la autora Sara Gil, en su artículo *Abogados hasta debajo de la cama*. LA REVISTA, 27.11.2014 y además, prosigue el mismo artículo, le incumbía al esposo el reactivar la llama del amor en caso de enfriamiento de la pareja.

⁹²⁵ La citada modelo obligó a su adinerado marido Romain Zago a firmar un contrato prenupcial por el que debía satisfacer a su joven esposa de 33 años al menos tres veces por semana, según LA REVISTA, cit.

⁹²⁶ Según el rotativo citado LA REVISTA, la actriz y cantante contractualizó la obligación a su futuro marido de mantener con ella cuatro relaciones sexuales semanales. Decir que el enlace no se celebró.

Jessica Biel que le impuso a Justin Timberlake, en caso de infidelidad, una multa de 500.000 dólares,⁹²⁷ entre otros.

A estos efectos, conviene señalar que el «adulterio» fue suprimido en nuestro ordenamiento jurídico gradualmente a fin de acoplar las normas al nuevo Orden constitucional⁹²⁸ abogando por una clara igualdad de derechos entre hombres y mujeres eliminando, entre otras, las barreras de desigualdad por razón de sexo⁹²⁹

En este orden de cosas, la Ley 22/1978, de 28 de mayo,⁹³⁰ supuso un primer punto de partida para que 3 años más tarde se llevara a cabo la reforma del Título IV del Libro I del Código Civil de 1981,⁹³¹ la conocida como «Ley Ordóñez del divorcio» en la España Constitucional del siglo XX.

Es por ello, que la Ley 30/1981 sustituye la palabra «adulterio»⁹³² por la indeterminada «infidelidad», y que en palabras de LALAGUNA DOMÍNGUEZ, esta Ley vino a significar el abandono de «la noción de matrimonio basada en los principios de unidad e indisolubilidad, que acogió la Ley de 17 de junio de 1870 en la regulación del *matrimonio civil*, único reconocido bajo su vigencia como válido y eficaz en España en razón del carácter no confesional de la Constitución de 1869».⁹³³

Por lo expuesto y al referirnos a los pactos sobre los supuestos de infidelidad conyugal, habiendo desaparecido todo atisbo legal de reproche jurídico por estos

⁹²⁷ La REVISTA, cit.

⁹²⁸ En la misma línea, apuntamos la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en su nueva redacción del art. 837 (favorecía al viudo con la cota legitimaria de los hijos adulterinos) que al referirse a los hijos habidos de una relación adúltera, lo hace del siguiente modo «hijos sólo de su consorte concebidos constante el matrimonio de ambos»

⁹²⁹ A tal efecto, indicamos la Ley 11/1990, de 17 de diciembre sobre reforma del Código Civil en materia de no discriminación por razón de sexo.

⁹³⁰ sobre «despenalización del adulterio y el amancebamiento»

⁹³¹ Ley 30/1981, de 7 de julio por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio

⁹³² Ley de 17 de junio de 1870.

⁹³³ LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. *El Código civil y sus reformas*. 9ª Edic. Tirant lo Blanch. 1999. p. XVI.

supuestos en nuestro ordenamiento jurídico actual, debemos estudiar los pactos inter cónyuges con ciertas cautelas.

A este respecto, entendemos que:

a) Sería nulo todo pacto tendente a imponer la obligación de monogamia y fidelidad a alguno o ambos de los contrayentes por cuanto contravendría el principio constitucional ya aludido y recogido en el art. 10 de la Constitución Española consagrador del principio de libre desarrollo de la personalidad de cada individuo.

b) En cambio, sí cabría un pacto tendente a la indemnización por daño moral en línea con lo apuntado por DE VERDA⁹³⁴ «la infidelidad, siempre que no sea recíproca, puede dar lugar a un daño moral resarcible tal y como mantienen los tribunales franceses e italianos» Y más adelante prosigue este autor «A mi parecer, sin negar el descrédito social que la infidelidad pueda producir a quien la sufre, también origina un daño moral, que puede ser, incluso, más grave, esto es, el originado por la falta de respeto de quien la comete, el cual defrauda ña confianza que en él tenía el otro consorte...».

También y en virtud del art. 1.323 del CC que permite a los esposos «celebrar entre sí toda clase de contratos», sería posible convenir acerca de la elección de colegios (concertado, público o privado) y tipo de educación (religiosa o mixta) a la que se deseen acudan los futuros hijos habidos en el matrimonio a celebrar,

Decimos esto porque suscita muchos problemas a la hora de tratar estos temas, siempre delicados, y que si se hacen en un momento previo de voluntades y ánimo concordados resultan más eficaces y menos problemáticos a la hora de afrontarlos en el momento preciso puesto que, además, todas las posibles objeciones y asperezas se limarían *a priori* despejándose el camino para el futuro común.

⁹³⁴ DE VERDA BEAMONTE, J.R. Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales. Actualidad Jurídica- Revista de Derecho de la Universidad de Desarrollo. Chile. Núm. 15, 2007. Pág. 93 y ss. URL:<http://derecho-ccd.udd.cl/derecho/trabajos-y-publicaciones/revista-actualidad-juridica/>. P. 93 y ss.

No obstante, hacemos notar que son las parejas reconstituídas⁹³⁵ las que provienen de una convivencia y posterior divorcio o separación traumáticos que, en la mayoría de los casos, les ha dejado descapitalizados y han visto su fortuna muy mermada la que desea realizar estos acuerdos en previsión de una futura convivencia y/o ruptura posterior para evitarlos efectos nocivos que ya ha sufrido.

Asimismo apostamos por la invalidez de todos aquéllos pactos realizados por la pareja en previsión de una futura ruptura tendentes a limitar el derecho fundamental que asiste a toda persona al libre desarrollo de su personalidad consagrado en el art. 10 de nuestra Carta Magna como por ejemplo pactar que ambos o alguno de ellos se comprometiera a no residir en una misma localidad, no relacionarse con determinados amigos comunes de la pareja, no frecuentar determinados lugares (pubs, gimnasios, clubes deportivos...), no practicar determinados deportes – sociales, individuales o por equipos -: pádel, fútbol, cartas, tenis, natación..., asistir a determinadas facultades o centros de estudios, etc...

Ahora bien, pero ¿qué ocurría en el supuesto contrario, es decir, en vez de prohibir regular la realización de una determinada actividad lúdica por parte de uno o ambos miembros de la pareja? Este es el supuesto de unos futuros esposos que convinieron en pactar que el marido acudiría todos los jueves a su semanal reunión de la tuna a la que pertenecía con total complacencia de la esposa. Entendemos que si ambos están de acuerdo, y este pacto no supone ninguna limitación al predicado libre desarrollo de la personalidad del músico universitario, ello no impediría su validez siempre que no mediara coacción o intimidación en la prestación de ambos consentimientos, más bien al contrario, quizá ayudara a contribuir a ese libre desarrollo personal que aludimos, pues de lo contrario podríamos hallarnos en una especie de *Drittwirkung*⁹³⁶ de derechos fundamentales. En cualquier caso siempre quedaría una suerte de eficacia «moral» en su

⁹³⁵ Son las que se forman en una segunda relación, bien matrimonial, bien convivencial con aporte de hijos de la anterior relación o sin ellos tanto si es de uno de los esposos o de ambos.

⁹³⁶ Referido a la doctrina alemana de la *Drittwirkung der Grundrechte* que apuesta a que los derechos fundamentales deberían tener fuerza y aplicación directa entre particulares contradiciendo de esta forma la configuración tradicional del derecho hasta nuestros días.

cumplimiento que devendría en una gratificación para ambas partes al llevar a cabo su cumplimiento.

Sin embargo y en completo acuerdo con GARCÍA RUBIO⁹³⁷ sí estaríamos de acuerdo con la validez de las «cláusulas penales destinadas a producir sus efectos en caso de que una de las partes promoviera el divorcio» por cuanto que respondería al daño moral que pudiera con ello sufrir la otra persona o bien en concepto de indemnización para la reestructuración de dicha persona - ajena a la deseada ruptura – para reacoplar su vida a la nueva situación deseada por el otro miembro.

Ahora bien, matizamos, que ello siempre y cuando la cláusula indemnizatoria no fuera tan sumamente elevada que hiciera imposible o impidiera la solicitud de divorcio del que lo deseara porque contravendría con ello el derecho de éste a deshacer su vínculo en aras a esa libertad personal que preconiza nuestro actual ordenamiento jurídico y del que se hace especial eco la Ley 15/2005⁹³⁸ que, recordemos, desobjetivizó las causas de petición de separación y divorcio en base a este derecho fundamental.

En esta línea podría pactarse acerca del incumplimiento⁹³⁹ de los derechos y obligaciones de los cónyuges que establece la norma sustantiva recíprocamente⁹⁴⁰ que han de darse los esposos entre sí como: fidelidad, socorro mutuo, respeto, corresponsabilidad de las cargas familiares, etc...

También serían válidos los pactos pre o post matrimoniales que fijaran por escrito la sede del domicilio familiar, en virtud de la facultad concedida al efecto ex art. 70 del CC.

⁹³⁷ Art. Cit. p. 3.

⁹³⁸ La llamada ley del «divorcio exprés»

⁹³⁹ No de su exoneración por cuanto serían nulos dichos pactos.

⁹⁴⁰ Arts. 67 y 68 del CC, cit.

Del mismo modo, entendemos valido el pacto por el que los futuros esposos pudieran designar el itinerario docente (escuela, Instituto, universidad) de sus futuros vástagos, en orden al:

- Ideología del centro: religioso/laico.
- Modalidad: Concertado/público/privado.
- Itinerario lingüístico: Inglés/castellano/mixto.../otras lenguas.
- Educación diferenciada o mixta.

Resulta especialmente importante esta última cuestión – educación diferenciada o mixta – por cuanto muchos problemas en la pareja aparecen cuando surgen estas cuestiones y que, a veces, por falta de acuerdo entre los cónyuges, acaba en divorcio.

En esas ocasiones el empeñamiento o la férrea convicción de un cónyuge en que las hijas acudan a colegios de educación diferenciada (del mismo sexo) frente a la postura contraria del otro por opinar igualmente que dicha opción contraviene todas las políticas educativas y el interés del menor⁹⁴¹ por cuanto que entienden, entre otras

⁹⁴¹ El artículo 27 de nuestra Constitución Española (última revisión 27 septiembre 2011) declara, entre otros, la educación como derecho fundamental y por objeto el pleno desarrollo de la libertad humana... (Apartados 1 y 2) así como la garantía de los poderes públicos a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral de acuerdo a sus creencias (apartado 3). Por su parte la Ley Orgánica de Educación Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), en su Preámbulo dice textualmente: *«Las sociedades actuales conceden gran importancia a la educación que reciben sus jóvenes, en la convicción de que de ella dependen tanto el bienestar individual como el colectivo. La educación es el medio más adecuado para construir su personalidad, desarrollar al máximo sus capacidades, conformar su propia identidad personal y configurar su comprensión de la realidad, integrando la dimensión cognoscitiva, la afectiva y la axiológica. Y continúa... (...) entre los fines de la educación se resaltan el pleno desarrollo de la personalidad y de las capacidades afectivas del alumnado, la formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y de la igualdad efectiva de oportunidades entre hombres y mujeres, el reconocimiento de la diversidad afectivo-sexual, así como la valoración crítica de las desigualdades, que permita superar los comportamientos sexistas».* Asimismo, el Capítulo. I, Art. I, indica que, entre otros principios, el sistema educativo español se inspira: en el *«desarrollo de la igualdad de derechos y oportunidades y el fomento de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres».* Importante en esta línea supone el artículo 17, capítulo II que dice: *«La educación primaria contribuirá a desarrollar en los niños y niñas las capacidades que les permitan», entre otras cosas, “conocer, comprender y respetar las diferentes culturas y las diferencias entre las personas, la igualdad de derechos y oportunidades de hombres y mujeres y la no discriminación de personas con discapacidad».* Y tan es así lo que decimos que hasta la propia Disposición Adicional vigésimo quinta de la LOE dan preferencia y priorizan a los centros que desarrollen e impartan coeducación. Dice textualmente: *«Con el fin de favorecer la igualdad de derechos y oportunidades y fomentar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, los centros que*

razones: que no responde al desarrollo integral socioeducativo de los menores por carecer de heterogeneidad, son susceptibles de generar roles y estereotipos en los menores ligados al ser alejados de la realidad social (todo profesores, directores, personal auxiliar, compañeros, del mismo sexo), el déficit en la relación con iguales y diferentes sexo generan carencias en las habilidades sociales y proporcionan una imagen distorsionada de la realidad actual.

También, cabría regular las futuras estancias de los mismos en el extranjero para experiencias o aprendizaje/práctica/formación a fin de permitir incursiones lingüísticas de los mismos que favorezcan una mayor formación y competitividad en un futuro profesional cada vez más globalizado.

Incluimos de igual forma, la fijación de aquellas actividades extraescolares o aprendizajes que los futuros padres entendieran adecuadas para sus futuros hijos como: deportes, música, artes marciales, informática, etc.

La misma suerte de validez correrían los pactos respecto a los hechos de que los futuros descendientes recibieran los sacramentos de las confesiones religiosas que determinaran los padres a priori: bautismo, confirmación, comunión... otras. O determinadas costumbres que pudieran en su día generar conflictos importantes en la pareja, como por ejemplo, la circuncisión, por motivos religiosos⁹⁴² de un bebé a determinada edad (caso del judaísmo), siempre, claro está, que no fuera nocivo para la salud del mismo, etc...

desarrollen el principio de coeducación en todas las etapas educativas, serán objeto de atención preferente y prioritaria en la aplicación de las previsiones recogidas en la presente Ley». Por su parte la Ley para la Igualdad Efectiva de hombres y mujeres 3/2007, de 22 de marzo (aprobada en marzo 2007) hace una mención expresa a la coeducación, en su capítulo II del Título II que establece como fines del sistema educativo «la educación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y en la igualdad» y en el marco del principio de igualdad, «la eliminación de los obstáculos que dificultan la igualdad efectiva entre mujeres y hombres y el fomento de la igualdad plena entre unas y otros».

⁹⁴² Quedan fuera de este supuesto, los casos en que fuera necesario dicha intervención por motivos de salud.

Nada obstaría a la validez del acuerdo en que se reflejara que, en caso de ruptura afectiva, los esposos se comprometieran a no obstaculizar el proceso de petición de nulidad matrimonial canónica que pudiera solicitar alguno de ellos en su día. Tampoco y, por las mismas razones apuntadas anteriormente para el solicitante del divorcio, en fijar una indemnización para tal supuesto a favor del cónyuge no peticionario y con las mismas salvedades que en dicho apartado referimos para la petición de disolución del vínculo matrimonial.

Del mismo modo sería válido el pacto que puedan establecer los cónyuges para que en caso de separación o divorcio, por el que el cónyuge que quedara en el domicilio familiar lo desaloje en determina fecha estipulando una pena por día en caso de incumplimiento sin que cupiera interpretación alguna de moderación de la misma por incumplimiento parcial. En este sentido se pronuncia la STS de 17 de octubre de 2007, ponente, Excm. Sra. Doña ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS, en su fundamento jurídico cuarto.⁹⁴³

En cambio carecería de validez todo pacto que prohibiera o limitara la posibilidad de que alguno de los cónyuges pudieran volver a contraer nuevas nupcias, ya sea con personas del mismo o distinto sexo, tras la ruptura, pues coincidiendo con

⁹⁴³ STS de 17 de octubre de 2007, Id Cendoj: 28079110012007101090. Fundamento Jurídico «CUARTO. Al amparo del art. 1692, 4 LEC el recurrente denuncia la infracción del artículo 1154 del Código civil. Argumenta que la esposa incumplió el pacto relativo a la fecha del desalojo del que había sido el piso conyugal y que por ello se debía haber aplicado la cláusula penal acordada entre los cónyuges, que establecía una penalización de 15.000 ptas. (90,12 euros) por día que se tardara en abandonarlo. Según el recurrente, este incumplimiento de la obligación de abandonar el piso en el tiempo pactado es total, por lo que no permite la moderación de la pena, que está prevista en el artículo citado como infringido "cuando la obligación hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor". Lleva razón el recurrente cuando afirma que no se puede ejercer la facultad de moderación al haberse incumplido una obligación que no permite el incumplimiento parcial. Como afirma nuestra sentencia de 14 junio 2006, "[...]La moderación procede cuando se ha incumplido en parte la total obligación para la que la 6 pena se previó, de modo que como afirma la doctrina, «la finalidad del precepto no reside en si se debe rebajar equitativamente una pena excesivamente elevada, sino que las partes al pactar la pena pensaron en el caso del incumplimiento total y evaluaron la pena en función de esta hipótesis», porque cuando se previó para un incumplimiento parcial, la cláusula se rige por lo previsto por las partes". (Ver asimismo las sentencias de 5 de diciembre de 2003 y 20 y 21 diciembre 2006). En este caso, ha habido un incumplimiento total de la obligación de abandonar el antiguo domicilio conyugal, por lo que la Sala sentenciadora incurrió en los errores de interpretación denunciados por el recurrente, por lo que no debe mantenerse la moderación ejercida por la sentencia recurrida. En consecuencia, debe estimarse el motivo segundo del recurso de casación».

ZARRALUQUI, dichos pactos serían nulos por «considerarse contrario al orden público»⁹⁴⁴

Finalmente, y respecto a los cónyuges que bien uno de ellos o bien los dos, formen parte de una/varias Empresas Familiares, serían válidos los pactos y convenciones en que se regulara las condiciones o prohibiciones de acceso de los cónyuges y sus descendientes a la EF, así como los requisitos de titulación, económicos, laborales, etc.

También, las condiciones de éstos en los supuestos de ruptura matrimonial y con todo su clausulado a fin de que no afecte (o lo más mínimamente posible) a la EF y a su estructura organizativa, familiar y económica. Decimos esto volviendo al derecho anglosajón donde en el Reino Unido algunos consortes se han colado en el ranking de las cinco mujeres cuyas fortunas «provienen de los ventajosos acuerdos de separación que se consiguen en Inglaterra».⁹⁴⁵

Según el diario EL MUNDO,⁹⁴⁶ que se hace eco en esta publicación de los datos publicados por el rotativo británico *Sunday Times*, la lista de acaudaladas como consecuencia de sus divorcios pactados son: Slavica Ecclestone,⁹⁴⁷ Irina Abramovich,⁹⁴⁸ Diana Jenkins,⁹⁴⁹ Galina Berezosky⁹⁵⁰ y Beverly Charman.⁹⁵¹

Ya en España y referida a la empresa familiar más importante nacional e internamente, INDITEX, que engloba firmas tan conocidas como ZARA o STRADIVARIUS, a Amancio Ortega, presidente de la mercantil, casado actualmente

⁹⁴⁴ ZARRALUQUI SÁNCHEZ- EZNARRIAGA, L. *Acuerdos prematrimoniales: Hacia la validez de los pactos preventivos de la ruptura conyugal*. *Economist & Iuris*, año XVI, marzo 2008. P. 19.

⁹⁴⁵ VILLAR COTE-EL MUNDO. *La otra crónica*. Sábado 27.04.2013, p. 14.

⁹⁴⁶ VILLAR COTE, cit. p. 14 y 15.

⁹⁴⁷ 54 años, modelo croata, encabeza la lista con 880 millones de euros fruto de su divorcio con el magnate de la Fórmula 1, Bernie Ecclestone con quien tuvo dos hijas.

⁹⁴⁸ 43 años, casada durante 15 años con Roman Abramovich con el que tuvo 5 hijos. Percibió 185 millones de euros con el presente divorcio.

⁹⁴⁹ 40 años, de origen bosnio, se casó con el financiero Richard Jenkins, ex CEO de Barclays. Se divorciaron a los 10 años de matrimonio y percibió 180 millones de euros.

⁹⁵⁰ 55 años. Fue la segunda esposa de Boris Berezovsky y fue compensada por su divorcio con 120 millones de euros.

⁹⁵¹ 60 años. Ex esposa de Jhon Charman. Su matrimonio duró 27 años por los que percibió 52 millones de euros en 2006 por su divorcio.

en segundas nupcias con Flora Pérez,⁹⁵² el citado rotativo,⁹⁵³ apunta que la cifra que le pudo costar el divorcio de su primera esposa, Rosalía Mera, tras 26 años de matrimonio, asciende a la friolera cifra de 600.000 millones de euros y un 6,99% de las acciones de la mercantil familiar INDITEX.

Al respecto, el periódico LA RAZÓN,⁹⁵⁴ abre la página 29 con este titular «Amancio Ortega se cae del podio de los más ricos. Pasa al cuarto lugar, con una fortuna de 64.500 millones, según *Forbes*».

Existen otros muchos empresarios de empresas familiares,⁹⁵⁵ con grandes fortunas cuyos imperios podrían verse disminuidos muy notablemente en caso de producirse una ruptura matrimonial sin haber previsto sus consecuencias y, sobre todo, si en su día se casaron en régimen de sociedad legal de gananciales y que no hubieren modificado posteriormente.

A modo de ejemplo señalamos algunas otras fortunas de presidentes de conocidas empresas familiares de nuestro panorama más internacional y que señala el citado rotativo referenciado los datos económicos que publicaba la revista conocida *Forbes* como son FERROVIAL,⁹⁵⁶ ACCIONA,⁹⁵⁷ entre otras

Ello explica la vital importancia que revisten estos pactos en sede de las EF, y sobre todo, en la esfera convivencial y económica, pues la primera afecta al propio ambiente laboral-familiar que caracteriza a toda EF y la segunda, a la repercusión que en el balance patrimonial de estas mercantiles se refleja estas situaciones de rupturas afectivas.

⁹⁵² 58 años.

⁹⁵³ VILLAR COTE, cit. p. 15

⁹⁵⁴ VARGAS, R.L, LA RAZÓN. *Amancio Ortega se cae del podio de los más ricos...* Martes, 3 de marzo de 2015, pág. 29.

⁹⁵⁵ Juan Roig, presidente de Mercadona, ocupa el puesto núm. 277 de los más ricos con una fortuna de 4.812 millones de euros y su esposa Hortensia Herrero la número 663, con 2.495 millones de euros, según publica el diaria LA RAZÓN, en su edición del 3 de marzo de 2015, pág. 29.

⁹⁵⁶ Rafael del Pino (Presidente de Ferrovial, poseía una fortuna estimada de 1.800 millones de euros).

⁹⁵⁷ José Manuel Entrecanales, Presidente de Acciona, empresa familiar dedicada a la innovación y sostenibilidad en 2009. Poseía una fortuna, según la revista Magazine (a la que alude el MUNDO, cit) de 1.787,1 millones de euros.

También reputamos como válido el pacto entre cónyuges se someter a fórmulas alternativas de resolución de conflictos (ADR), en este caso al arbitraje, cualquier discrepancia que surgiera en la interpretación de los pactos suscritos por los propios esposos en todos y cada uno de los documentos en que se reflejen y que no sean materia de orden público como veremos más adelante.

Pero, nos preguntamos ¿sería válido un pacto a futuro en el que se fijara acudir a un árbitro de familia para que disolviera el vínculo matrimonial en los supuestos de separación/divorcio sin hijos menores, ni incapacitados?.

Es obvio que en la actualidad ello es imposible por varias razones:

1ª) Porque es materia de orden público cuya potestad para dicha disolución es estricta y exclusivamente jurisdiccional, ex artículo 117.3 de la CE para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.⁹⁵⁸

2ª) En el mismo sentido, el art'. 1.814 del CC indica que «No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros».

3ª) Porque la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje,⁹⁵⁹ en su artículo 2, apartado 1º, señala que «son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho».

Para BARONA VILAR y ESPUGLES MOTA⁹⁶⁰ «este artículo regula las materias objeto de arbitraje sobre la base del criterio de la libre disposición, como lo hacía la Ley 36/1988. Sin embargo, se reputa innecesario que esta Ley contenga ningún elenco, siquiera ejemplificativo, de materias que no son de libre disposición».⁹⁶¹

⁹⁵⁸ «El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan».

⁹⁵⁹ BOE nº 309, de 26 de diciembre de 2003.

⁹⁶⁰ BARONA VILAR, S. y ESPUGLES MOTA, C. *Arbitraje y Legislación básica*. 2ª Ed. Triant Lo Blanch, Valencia, 2010. Pág. 27.

⁹⁶¹ Hacen referencia estos autores al antiguo art. 2 de la Ley 36/1988 que incluía una relación de las materias que quedaban excluidas del arbitraje. Todas ellas indisponibles para las partes.

Cabe indicar que la anterior Ley de arbitraje, la 36/1988, sí incluía una relación de materias que quedaban fuera del arbitraje por ser indisponibles de las partes, aunque en palabras de MONTERO AROCA/ ORTELLS RAMOS/CORDÓN MORENO/MONTÓN REDONDO/ ESPLUGUES MOTA/BARONA VILAR «la exclusión de cuestiones se produce de modo específico, sin atención a la materia»⁹⁶²

Ahora bien, el que en la actualidad nos sea posible por contravenir los mandatos aludidos, no impide el pacto a futuro condicionado al supuesto de un cambio de legislación que pudiera permitirlo y ello en base a lo preceptuado en el art. 32.2 de nuestra CE que señala «La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos».

No es baladí la cuestión por los siguientes argumentos:

1º) Porque LA 60/2003 en su art. 23.1 concede a los árbitros potestad para adoptar medidas cautelares, salvo acuerdo en contrario de las partes, «que estimen necesarias respecto al objeto del litigio» y podrán «exigir caución suficiente al solicitante».⁹⁶³

2º) Por otra parte, piénsese que el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria facultaba a los Notarios para poder disolver los matrimonios que se celebraran de mutuo acuerdo si existencia de hijos que no requiriera la intervención del Ministerio Fiscal, pues *mutatis mutandi* pudiérase que en un futuro no muy lejano dado el avance⁹⁶⁴ enorme que está teniendo el arbitraje en todo el mundo, en España se operara un cambio

⁹⁶² MONTERO AROCA, J, ORTELLS RAMOS, M., CORDÓN MORENO, F., MONTÓN REDONDO, A., ESPLUGUES MOTA, C., BARONA VILAR, S., MASCARELL NAVARRO, M.A. *Comentario breve a la Ley de Arbitraje.* Civitas. 1990, p. 27.

⁹⁶³ Art. 2.1, in fine LA 60/2003, cit.

⁹⁶⁴ BARONA VILAR/ ESPLUGUES MOTA. *Arbitraje y Legislación básica.* ob. Cit, p.25, en cuanto al avance del arbitraje señalan: «La nueva Ley se dicta con conciencia de los innegables avances que su precedente, al Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, supuso para la regulación y modernización del régimen de esta institución en nuestro ordenamiento jurídico. Durante su vigencia se ha producido una notable expansión del arbitraje en nuestro país; ha aumentado en gran medida el tipo y el número de relaciones jurídicas, sobre todo contractuales, para las que las partes pactan convenios arbitrales; se ha asentado el arbitraje institucional...»

legislativo a este respecto. Y que ahora se ha recogido finalmente en *la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria*.

Y tal es dicho avance que la propia Ley de Arbitraje contempla el sometimiento a arbitraje tácito siempre que una parte lo afirme y la otra no se oponga,⁹⁶⁵ demostrando con ello el legislador su voluntad de introducir este medio de resolución de conflictos como vía alternativa y pacífica.

No obstante, el mero hecho de consensuar a *priori* sobre este particular, se obtendrían dos efectos muy beneficiosos para las partes:

1. El compromiso moral de ambos de que llegado ese momento y, dándose las circunstancias legales para ello, acudirían a la vía arbitral para solventar su disolución del vínculo matrimonial en el caso de inexistencia de hijos menores o incapaces a su cargo.
2. El pacto perviviría sujeto a dicha condición legal mientras no se ejecutase el mismo.
3. En el peor de los casos (falta de la condición legal necesaria) y aún reputándose inválido, nada se hubiera perdido con ello, pues la vía jurisdiccional sería la adecuada y, dentro de ella, tal vez lo más parecido al arbitraje sea la mediación para llegar al consenso en la petición judicial de disolución del vínculo matrimonial.

Para concluir este apartado, señalar que la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Valenciano regula la posibilidad de pactos de naturaleza personal respecto de los cónyuges y de su prole.

⁹⁶⁵ Art. 9.5 LA 60/2003, cit «Se considerará que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra».

En este sentido el artículo 4 dispone la total libertad civil de los esposos para otorgar la carta de nupcias que pueden establecer antes o después del enlace sin más limitaciones que las legales.⁹⁶⁶ El mismo predicamento realiza esta norma respecto a la libertad contractual absoluta de los cónyuges limitando la representación de los mimos en los negocios jurídicos que celebren recíprocamente a la sujeción de las cargas familiares que la entiende conjunta con independencia de quien realice el acto jurídico.⁹⁶⁷

3.1.2 Pactos económicos o patrimoniales.

Hasta ahora, hemos podido analizar los pactos que sobre aspectos personales podían (o más bien no pueden/deben) pactar la pareja bajo sanción de nulidad o invalidez de los mismos por contravenir materia de orden público no reservada a la voluntad humana. Pasemos ahora a analizar la vertiente contractual privada respecto a temas de contenido patrimonial o económico donde, como veremos, la citada libertad contractual se verá reflejada como corolario del derecho privado hasta nuestros días.

En nuestro derecho, como norma general, se apunta la validez de los pactos de índole patrimonial o económica por entenderse que sólo afecta a los propios esposos y, por lo tanto, poseen éstos la plena disponibilidad sobre salvo las limitaciones legales que prescribe el art. 1.255 del CC y los concordantes en materia familiar y contractual.

También la jurisprudencia y la doctrina favorecen y apuestan por la validez jurídica de los acuerdos patrimoniales de los esposos en aras a la previsión de una futura ruptura

⁹⁶⁶ «El régimen económico matrimonial valenciano, con los objetivos y el fundamento señalados en el artículo anterior, se acordará por los cónyuges con total y entera libertad civil en la carta de nupcias que otorguen a este efecto sin otras limitaciones que las establecidas en esta ley, anteriormente al matrimonio o bien con posterioridad, constante el mismo».

⁹⁶⁷ Art. 7, cit Ley valenciana. «Libertad de contratación y representación.

1. Sea cual sea el régimen económico matrimonial, los cónyuges podrán celebrar entre ellos cualquier clase de actos y negocios jurídicos.

2. Ninguno de los cónyuges podrá atribuirse la representación del otro sin que le haya sido atribuida voluntariamente por este o legalmente, en su caso, en la celebración de actos y negocios jurídicos, ya sea entre ellos o con terceros, salvo los actos propios de la potestad doméstica, en que se entiende que cada cónyuge actúa en nombre de los dos.»

siempre que cumplan con los requisitos esenciales y generales de los contratos: objeto, consentimiento y causa (art. 1.261 CC) y las limitaciones legales que venimos apuntando a lo largo de este estudio, toda vez que son materiales especialmente disponibles por las propias partes.

En este sentido, la STS de 22 de abril de 1997 citada, conociendo sobre un pacto de adjudicación de determinados bienes en caso de divorcio y convenido en convenio no aprobado judicialmente señala el carácter contractualista de dicho pacto y, al reunir los requisitos de los contratos en su fundamento jurídico tercero afirma que «Este acuerdo séptimo es válido y eficaz como tal acuerdo, como negocio jurídico bilateral aceptado, firmado y reconocido por ambas partes, abogados en ejercicio» Y prosigue más adelante el ponente afirmando la validez del pacto de esta forma «No hay obstáculo a su validez como negocio jurídico, en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez. No lo hay tampoco para su eficacia, pues si carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico».

Y finalmente, el magistrado señala «acuerdo, de naturaleza patrimonial, tiene una interpretación clara, que no deja duda sobre la intención de las partes y debe estarse a su tenor literal, como dispone el artículo 1281 del Código Civil».⁹⁶⁸

Sobre la validez de los convenios reguladores o pactos extrajudiciales pactados por esposos en previsión de una futura ruptura también se pronuncia sobre su validez SEOANE SPIELGELBERG,⁹⁶⁹ afirmando, además, su exigibilidad judicial.

A tales efectos y respecto a aquellos acuerdos convenidos fuerza del convenio regulador, la jurisprudencia los denomina pactos atípicos,⁹⁷⁰ exige para su eficacia los requisitos exigibles para la validez de los contratos (art. 1.261 CC) y, además, «todas las

⁹⁶⁸ Fundamento jurídico cuarto, STS 22 de abril 1997, cit.

⁹⁶⁹ SEOANE SPIELGELBERG, J.L. *Nulidad y rescisión del convenio regulador*. AEAFA (Asociación Española de Abogados de Familia- El Derecho de Familia ante la crisis económica). Dykinson. 2010. P. 154.

⁹⁷⁰ Vid. Sts, 31 de marzo de 211 cit, fundamento jurídico cuarto: *Los requisitos para la validez de los pactos entre cónyuges distintos del convenio regulador*.

reglas reguladoras del contrato» que en el supuesto analizado por la ponente, al estudiar la causa de la obligación unilateral impuesta al esposo en caso de divorcio, la magistrada afirma que el susodicho contrato aunque generó «únicamente obligaciones para el marido, lo cual no es indicio de ninguna anomalía contractual».⁹⁷¹

Y ya, centrándonos, a modo de ejemplo y sin que sirva de catálogo cerrado, nos encontramos con los siguientes pactos o acuerdos que los cónyuges pueden celebrar válidamente entre sí en previsión de una futura ruptura matrimonial. Son los siguientes:

1. Renuncia a la pensión compensatoria.

Este es el pacto más común conocido ampliamente por nuestra doctrina y jurisprudencia. Cabe su renuncia, por ser un derecho disponible por las partes, así como a la compensación económica que recoge el art. 232-7⁹⁷² del Código de familia catalán con las previsiones que contempla el art. 231-20⁹⁷³ de la misma ley autonómica, siempre que se realicen en las capitulaciones o en documento público y quede constancia del cumplimiento por el fedatario público del deber de información notarial, impuesto por la ley, antes de su otorgamiento a fin de velar por los intereses de los

⁹⁷¹ STS 31 de marzo de 2011, cit.

⁹⁷² LLei 25-2010, cit. Article 232-7 «*Pactes sobre la compensació.* En previsió d'una ruptura matrimonial o de dissolució del matrimoni per mort, hom pot pactar l'increment, la reducció o l'exclusió de la compensació econòmica per raó de treball d'acord amb el que estableix l'article 231-20.

⁹⁷³ Article 231-20

Pactes en previsió d'una ruptura matrimonial

1. Els pactes en previsió d'una ruptura matrimonial es poden atorgar en capítols matrimonials o en una escriptura pública. En cas que siguin avantnupcials, només són vàlids si s'atorguen abans dels trenta dies anteriors a la data de celebració del matrimoni.

2. El notari, abans d'autoritzar l'escriptura a què fa referència l'apartat 1, ha d'informar per separat cadascun dels atorgants sobre l'abast dels canvis que es pretenen introduir amb els pactes respecte al règim legal supletori i els ha d'advertir de llur deure recíproc de proporcionar-se la informació a què fa referència l'apartat 4.3. Els pactes d'exclusió o limitació de drets han de tenir caràcter recíproc i precisar amb claredat els drets que limiten o als quals es renuncia.

4. El cònjuge que pretengui fer valer un pacte en previsió d'una ruptura matrimonial té la càrrega d'acreditar que l'altra part disposava, en el moment de signar-lo, d'informació suficient sobre el seu patrimoni, els seus ingressos i les seves expectatives econòmiques, sempre que aquesta informació fos rellevant amb relació al contingut del pacte.

5. Els pactes en previsió de ruptura que en el moment en què se'n pretén el compliment siguin greument perjudicials per a un cònjuge no són eficaços si aquest acredita que han sobrevingut circumstàncies rellevants que no es van preveure ni es podien raonablement preveure en el moment en què es van atorgar.»

firmantes. También exige la carga de la prueba al cónyuge que pretenda hacer valer este pacto de que el otro miembro disponía de información suficiente sobre el patrimonio de aquél a la hora de la firma, y siendo eficaces aún aquéllos perjudiciales en el momento de hacerlos valer siempre que se demuestren circunstancias sobrevenidas imposibles de prever en el momento de la firma (231-20.5 CCcat).

La misma suerte correría el pacto por compensación por el trabajo establecido en el art. 1.438 del CC. «El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación».

Del mismo modo cabría pactarse las bases de fijación de la contribución de cada cónyuge al levantamiento de las cargas familiares que establece el propio precepto 1.438 en su primer inciso «Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos», pues siempre será más ajustado y acertado a la situación concreto de la realidad matrimonial *ad casum* el que lo fijen los propios esposos que un tercero imparcial, como sería, en su defecto, el órgano jurisdiccional.

Ahora bien, este pacto, tendría dos limitaciones importantes que devienen del imperativo legal categórico establecido en el art. 1.318 CC que señala la obligación de los esposos a contribuir al sostenimiento de las cargas matrimoniales, por lo que ningún pacto que exonerara totalmente de esta obligación a algunos de los esposos sería válido por contravenir esta norma de orden público.

2º) Pacto de renuncia en participar en las ganancias del otro.

En efecto, también gozaría de validez el pacto a futuro que pudieran realizar los esposos para el supuesto de establecer el régimen económico de sociedad legal de gananciales, de participar recíprocamente uno en las ganancias del otro obtenidas por

rentas del trabajo procedentes de una actividad profesional o empresarial concreta,⁹⁷⁴ pudiendo ser muy útil este acuerdo para las ganancias derivadas de los ingresos obtenidos por su participación en el Empresa familiar de alguno o de ambos cónyuges para el supuesto de que cada uno participara en una empresa familiar distinta.

3º) Pacto de atender las necesidades ordinarias de la familia, ex art. 1.319 CC.

Los esposos podrán fijar la forma de atender estas obligaciones siempre y cuando dichas normas privadas no afecten a terceros, de tal forma que si un cónyuge adquiere una deuda doméstica en virtud de un pacto privado con su pareja al efecto, no podrá oponerlo frente a tercero con la pretensión de que no respondan los bienes comunes y subsidiariamente los del otro cónyuge no deudor. En esta misma línea se expresa MORENO VELASCO.⁹⁷⁵

4º) Renuncia al derecho de reembolso que deviene de la aportación de bienes propios para cubrir las necesidades de la familia.

Esta cuestión ciertamente peliaguda puede salvarse siempre y cuando se respete la igualdad entre los esposos que predica el art. 1.328 CC mediante la suscripción recíproca de dicho acuerdo puesto que es una materia de carácter meramente patrimonial y por tanto totalmente disponible por las partes. Prueba de ello es que el art. 1.323 del código civil sustantivo permite la aportación de bienes privativos a la sociedad legal de gananciales o la calificación como tal con independencia de su origen que admite el art. 1.355 CC por lo que es perfectamente sostenible que, *mutatis mutandi*, los esposos puedan aportar bienes propios a las necesidades del hogar familiar renunciando a su derecho de reembolso.

⁹⁷⁴ No contemplamos aquí los efectos que ello pudiera tener frente a terceros acreedores de buena fe que sería objeto de estudio diferenciado y concreto.

⁹⁷⁵ MORENO VELASCO, V. *El reconocimiento general de la autonomía de la voluntad de los cónyuges como forma de autorregulación de sus relaciones personales y patrimoniales: los límites a la autonomía de la voluntad.* Diario La Ley, nº 7609, Secc. Doctrina, 12 abril 2011, Año XXXII. P. 14.

5º) Pacto expreso consensuado para la disposición sobre los derechos del hogar familiar con carácter previo.

Apostamos por la validez de dicho acuerdo, en línea argumental con MORENO por cuanto que los esposos pueden hacerlo en el momento de la disposición y «la imperatividad de la norma radica en la necesidad de consentimiento, pero no en el momento ni en la forma de prestarlo».⁹⁷⁶ Este es el caso de las inversiones privativas que puedan realizar alguno de los esposos en el futuro bien que sea calificada como vivienda familiar, y pueda pedirle al otro antes de casarse su consentimiento para tal disposición en su caso. Facultad de disposición que en todo caso estaría limitada en su momento por las cargas judiciales que fijara el órgano jurisdiccional sobre tal bien en la resolución judicial que concluyera el proceso de ruptura matrimonial.

En fin, podríamos continuar analizando cada uno de los posibles pactos prematrimoniales en aras a su validez y eficacia pero, entendemos, excedería y con mucho los límites de este trabajo por lo que concluimos este apartado señalando e incidiendo en la gran amplitud de que gozan actualmente los futuros esposos para poder pactar y diseñarse un «matrimonio a medida» dentro de los límites a esa facultad que hemos estudiado, todo ello en un intento, cada vez más progresivo, de nuestro ordenamiento jurídico de «privatizar» las relaciones personales despublicando cada vez más la tutela del *ius publicum* que se limita a salvaguardar los derechos de igualdad de los esposos a fin de evitar discriminaciones y posibles situaciones injustas y velar por el interés de los menores en los procesos de ruptura matrimonial, acorde a la sensibilidad jurídica internacional que asiste a nuestro ordenamiento jurídico del *favor filii*.

Finalmente la protección que hace frente a los terceros de buena fe para evitar situaciones de indefensión y quiebra de la seguridad en el tráfico jurídico actual.

⁹⁷⁶ MORENO VELASCO, art., cit., p.15.

En base a esas limitaciones garantistas del orden público, pasamos a concluir este capítulo haciendo una breve referencia a las mismas.

3.2 Materias de orden público.

El carácter de orden público que asiste a las normas reguladoras de las relaciones paterno-filiales en nuestro ordenamiento jurídico, imponen la invalidez de todos aquéllos acuerdos tendentes a exonerar o a establecer la inexigibilidad a uno o a ambos progenitores de los deberes legales para con sus vástagos.

Así de este modo, serían nulos los pactos que impusieran la eliminación de establecimiento de pensión de alimentos para los hijos como uno de los efectos de la ruptura matrimonial.

Sí sería válido el pacto de fijación de custodia compartida para el supuesto de ruptura siempre que, llegado el momento de sus ejecución, no fuera lesivo para el interés del menor y las circunstancias los permitan pudiéndose de antemano fijar dichas circunstancias que no contravinieren el bienestar y el interés del menor necesitado de protección.

Serían igualmente, inválidos los pactos tendentes a fijar desigualdades de los esposos⁹⁷⁷ y discriminación, estando prohibidos legalmente, los que supusieran cualquier forma de sumisión de un miembro de la pareja a otro.

Tampoco lo serían los limitadores de los derechos fundamentales a la libre personalidad consagrada constitucionalmente como los tendentes a limitar, prohibir o condicionar nuevos matrimonios, la tenencia de nuevos hijos, etc.

⁹⁷⁷ Salvo que se compensarán económicamente por otros pactos que devolviera a la relación jurídica bilateral una condición igualitaria.

Y, en definitiva, sería inválidos y nulos todos aquellos que contravinieren el orden público, la ley, la moral y las buenas costumbres, tal y como hemos venido estudiando ampliamente a lo largo de este capítulo.

Finalmente, solo nos resta añadir la conveniencia de los pactos en materia de divorcio que permite *el Reglamento (UE) N° 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, de cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio u a la separación judicial*, ampliamente comentado en capítulos precedentes de esta obra a los que nos remitimos en aras a la brevedad.

CAPÍTULO VIII

LOS PACTOS PRECONVIVENCIALES Y EN PREVISIÓN DE FUTURAS RUPTURAS AFECTIVAS (IV).

1. VALIDEZ Y EFICACIA DE LOS APCTOS PRECONVIVENCIALES.

1.1 Antecedentes históricos.

La existencia y reconocimiento de estas uniones no matrimoniales ya se produjo desde antiguo. Así el Art. 14 de la Partida IV decía: «De las mujeres que tienen los hombres que no son de bendiciones» «barragana defiende la Iglesia que no tenga ningún cristiano, pero los sabios antiguos que hicieron las leyes, consintieronlas que algunos las pudieran haber sin pena temporal, porque tuvieron que eran menos mal haber una que muchas, e porque los hijos que nacieren de ellas fuesen más ciertos...». También encontramos la Ley 2º del mismo título.

Por su parte ZARRALUQUI⁹⁷⁸ recoge la profunda y extensa regulación de la barraganería en los Fueros Municipales de: «Carta de Ávila: mancebía o compañería: el que toma barragana dice que “la recibe por manceba o compañera y mesa y cuchillo por todos los días que viviese».

⁹⁷⁸ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L; Unión paramatrimonial o de hecho ; LA LEY ACTUALIDAD; 1998, pág. 10.

En cuanto a los fueros tenemos que el de Baeza equipara a la barragana y a la mujer legítima respecto a la responsabilidad por deudas del señor o marido ausente o enfermo.

Por su lado el *Fuero de Cuenca*, autoriza a la barragana embarazada a solicitar alimentar tras el fallecimiento de su señor así como a que se adopten las mismas cautelas y precauciones como si de la viuda encita se tratase.

Finalmente, el Fuero de Plasencia, premia a la barragana que pruebe su fidelidad y bondad a su señor con la mitad de los bienes gananciales por herencia.

Por el Concilio de Trento se prohibió formalmente el concubinato a clérigos y laicos, canon 8 de la 24 - *reformatione matrimonii*- y sus decretos fueron recibidos en España como leyes por Real Cédula de Felipe II de 12.7.1564.

En cuanto a la Ley de Matrimonio Civil de 1870, en su Exposición de Motivos, viene a equiparar a la barraganería en el matrimonio a yuras, es decir, el juramento, que oculto o clandestino era reconocido, no obstante, como matrimonio legítimo.

En el mismo sentido afirmativo, ESTRADA ALONSO, resalta a propósito de ello, el «contrat de concubinat realizado por el notario genovés Emmanuel Nicolas de Porta en Bonifacio (Córcega) (1287), de similar redacción a la Carta de Ávila».⁹⁷⁹

No obstante, en opinión de este último autor, a pesar de la creciente proliferación de este tipo de uniones afectivas, la existencia de convenios para regular esta convivencia, opinaba en el año 1991, que es bastante infrecuente debido a la actitud de la jurisprudencia hasta dicha fecha que venía declarando la nulidad de los pactos contenidos en dichos contratos o convenios en base a la ilicitud de causa. En este sentido referencia las siguientes sentencias de nuestro alto Tribunal Supremo: 8.3.1918 (Ponente Ilmo. Sr. D. Rafael Bermejo); 2.4.1941; 5.10.1957; 15.11.1968; 9.4.1979. La

⁹⁷⁹ ESTRADA ALONSO, E. *Las Uniones Extramatrimoniales en el Derecho Civil Español*, 2ª Ed. Civitas, 1991. Ob., cit. p. 140.

primera de estas sentencias citadas declaró la ilicitud de un convenio que tenía por objeto restablecer un estado de mancebía interrumpido, y la segunda, se debatía la validez de un contrato privado entre amantes, y en la que se establecía:

«La limitación del principio de autonomía de la voluntad por imperativos éticos, para evitar que el derecho contractual sea puesto al servicio de fines inmorales y antisociales»

Para el Tribunal Supremo en estas y otras sentencias de la época consideraba que todas las relaciones sexuales fuera del matrimonio eran inmorales y por ende, todos los contratos celebrados entre los miembros de dichas parejas los consideraba nulos por ilicitud de causa (contrarios a la moral) ya fueran realizados a título gratuito como onerosos y ello cuando tengan por objeto «iniciar, continuar, concluir o remunerar las relaciones ilícitas».⁹⁸⁰

Asimismo, otras de las razones o causas esgrimidas por nuestra jurisprudencia para anular estos contratos eran la *teoría del móvil determinante*.⁹⁸¹ Y a veces el recurso era a los denominados *criterios generales de la ciencia moral*.⁹⁸² Finalmente, se acogían a la *teoría de la equivalencia de las condiciones*.⁹⁸³ Del mismo modo eran declaradas nulas las donaciones realizadas por inmoral. En este sentido STS 5.10.1957; 16.10.1959 y 15.11.1968.

⁹⁸⁰ ESTRADA ALONSO, E; ob. cit.; págs. 140-141 Por esta teoría se declaraba la nulidad de un pacto en función de los motivos determinantes que llevaron a los contratantes a tal acuerdo.

⁹⁸¹ Por esta teoría se declaraba la nulidad de un pacto en función de los motivos determinantes que llevaron a los contratantes a tal acuerdo.

⁹⁸² Esta teoría considera la licitud de la causa en función de la licitud de los móviles que la componen.

⁹⁸³ Atiende a la licitud del motivo que intervino en el contrato considerándolo causa suficiente para determinar su licitud o no de la cláusula contractual o del contrato en sí.

2. LOS CONTRATOS PRIVADOS CELEBRADOS POR LAS PAREJAS DE HECHO PARA REGULAR SU SITUACIÓN CONVIVENCIAL EN LA ACTUALIDAD.

La doctrina y la jurisprudencia, tras admitir la inexistencia de la causa torpe,⁹⁸⁴ ha venido admitiendo los pactos expresos o tácitos derivados de la *facta concludentia*⁹⁸⁵ y los pactos expresos que pusieran de manifiesto inequívocamente la voluntad de la pareja de hecho a la hora de determinar la existencia de una determinada comunidad de bienes o condominio de un bien.⁹⁸⁶

3 CONTENIDO Y FORMA.

En primer lugar, debemos diferenciar el contenido de los pactos que conforman dichos contratos en la actualidad puesto que tanto la Doctrina como la Jurisprudencia se muestran a favor de dicha regulación en aras a la utilización de la legitimidad que autoriza el CC. en su Art. 1.255 de la autonomía de la libertad individual para que los componentes de estas uniones sistematicen y ordenen su convivencia *more uxorio* mediante convenios con contenido patrimonial.

3.1 Pactos patrimoniales.

Hace años que lo viene apuntando la Doctrina más consagrada, entre ellos ESTRADA ALONSO cuando señalaba «En definitiva, los contratos o negocios jurídicos que regulan las cuestiones patrimoniales entre convivientes son plenamente

⁹⁸⁴ STS 18.11.1994. Id Cendoj: 28079110011994102901. Ponente: LUIS MARTINEZ-CALCERRADA GOMEZ. F.j. 2º «... dentro de una óptica de interpretación moderna, que en una relación de facto entre una pareja durante varios años, como la que existe entre donante y donataria, puede entenderse que (y con independencia de que se le denomine como de concubinato), integre una causa torpe o ilícita a la que se refiere el art. 1.275 del Código Civil, sobre todo, hoy día, cuando por la propia tutela de esa familia de facto, del propio art. 39 de la Constitución Española, es evidente que la existencia y dispensa jurídica de tal concierto familiar, ha de tender a aproximarse, en su modalidad *more uxorio* a los de la familia legalmente constituida, por lo que el motivo ha de rehusarse».

⁹⁸⁵ STS 21.10.1992. Id Cendoj: 28079110011992103335. Ponente: FRANCISCO MORALES MORALES.

⁹⁸⁶ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L; *Unión paramatrimonial o de hecho* ; LA LEY ACTUALIDAD; 1998; p. 29, notas, 35-36.

eficaces».⁹⁸⁷ Y PÉREZ UREÑA señala que ante los pactos o acuerdos que se celebren por los convivientes para regular su convivencia o los efectos de su ruptura son perfectamente lícitos salvo las materias indisponibles con arreglo a Ley y, yendo más lejos, apunta que alcanzan el rango de norma de aplicación preferente en materia de cuestiones patrimoniales de la pareja.

Y no sólo la doctrina sino los propios entes públicos lo afirman. Al efecto, señalamos de vital importancia la *recomendación del Comité de Ministros, de 7 de marzo de 1988, del Consejo de Europa*, que viene a sostener que los citados pactos patrimoniales son válidos aún celebradas por personas no unidas matrimonialmente sino de hecho.

Por su parte, la sentencia de la AP de Baleares de 14.03.2000 en su fundamento de derecho segundo dice: «... También resulta preciso resaltar que la validez de los pactos de quienes constituyen una unión no matrimonial pudieron celebrar para regular sus relaciones tanto durante la permanencia de su relación como los efectos en caso de producirse el cese, tienen plena validez siempre que su contenido sea patrimonial dado que, en definitiva, quienes así obran no hacen sino hacer uso de la autonomía de la voluntad que consagra el Art. 1.255 CC;...»

En la misma línea se manifiesta PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS afirma «Puesto que esta situación no es hoy tachada de ilícita no puede haber obstáculos a los pactos otorgados por razón de esa unión de hecho siempre que se respeten los límites ordinarios de la autonomía de la voluntad».⁹⁸⁸

Precisamente porque a este tipo de parejas de hecho no se les aplica el régimen económico subsidiario que pudiera existir en cada Comunidad Autónoma, es conveniente y hasta necesario los pactos privados al respecto al objeto de evitar malentendidos y conflictos tanto durante la convivencia como en los efectos de una posible futura ruptura.

⁹⁸⁷ ESTRADA ALONSO, E; *Ob. cit.*, p. 150.

⁹⁸⁸ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. *Derecho de Familia*. Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid, 1989. P. 400.

La misma suerte predicamos respecto a la asignación recíproca de bienes a uno u otro miembro, así como cantidades asignadas e caso de fallecimiento para compensar una posible inexistente pensión de viudedad, que como hemos apuntado al inicio de este capítulo, su derecho, regulación y requisitos queda a merced de las legislaciones autonómicas, por lo que puede dejar en situación penosa e indeseable a un miembro la desaparición repentina del otro sin haberlo previsto económicamente.

Obviamente, es recomendable pactar cantidad en concepto de pensión compensatoria tanto para las Comunidades Autónomas que la regulan⁹⁸⁹ como las que no.

Asimismo cabría acordar la asignación de recursos de bienes privativos de cada miembro al levantamiento de las cargas familiares o si consideran que el trabajo doméstico contribuye a este concepto, según las parejas, como parte proporcional a la contribución de uno de sus miembros.

Para no extendernos más, nos remitimos aquí a lo señalado por este concepto para las parejas casadas, tratadas en el capítulo anterior, en el ámbito de los pactos privados en virtud de su autonomía de la voluntad.

3.2 Pactos personales.

En cuanto a los pactos de contenido personal, ya hemos estudiado ampliamente la evolución que ya sufrido nuestra Doctrina y nuestra Jurisprudencia así como nuestro ordenamiento jurídico en general, tanto el nacional como el autonómico, en orden a ampliar el margen contenido personal pactable por los particulares y que ha supuesto una ampliación sin duda de su margen de maniobra comercial respecto a esferas y materias tradicional y blindadamente reservadas a la tutela del orden público.⁹⁹⁰

Hasta ahora debemos decir que existía una mayoría de doctrinarios y jurisprudencia que opinaban que no cabían pactos de índole personal en el acuerdo que regule la unión

⁹⁸⁹ Aragón, Baleares, Cataluña, Cantabria, Navarra y País Vasco.

⁹⁹⁰ Nos remitimos aquí a los límites señalados en el capítulo anterior para los acuerdos prematrimoniales.

de hecho por cuanto entendían que los mismos eran materia no disponibles por las partes y, por ello, sustraídas a la autonomía contractual que consagra el art. 1.255 del CC. Amén de ello, insistían en que es materia de orden público y que, por lo tanto, debía intervenir la autoridad competente para su eficacia. Este era el caso por excelencia de los pactos o acuerdos referidos a hijos menores habidos de la pareja y que requiere, por una parte, intervención del Ministerio Fiscal y, por la otra, la sanción judicial para su homologación y completar así los requisitos *ad validitatem* o *conductio iuris* para su eficacia.

ESTRADA ALONSO, aún apuntaba más lejos cuando dice que el contenido posible de estos es de carácter patrimonial y que:

<<Quedarían excluidos: los deberes personales de los compañeros (que sólo podrán surgir espontáneamente), el derecho a indemnización para causa de muerte por accidente de uno de los compañeros (que serán los tribunales los que señalen en qué casos ha de concederse); las obligaciones de por vida, las situaciones para después de la muerte que constituirán un pacto sucesorio prohibido por nuestro Código Civil (arts. 658 y 1.271) y también la renuncia al derecho de romper la unión libre en cualquier momento, lo cual supondría renunciar al derecho fundamental del matrimonio (Art. 32 de la Constitución Española)⁹⁹¹>>

También para MORO ALMARÁZ, M.J. y SÁNCHEZ CID, I. los pactos tendentes a regular las relaciones personales deben «admitirse muy restrictivamente; aquellos que vayan referidos a la persona son nulos conforme al art. 1.255 CC».⁹⁹²

Del mismo modo, para LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA éste es su parecer jurídico al respecto. Para estos civilistas, respecto a la infracción de los deberes personales establecidos en los arts. 67 y 68 del CC:

<<En materia de la convivencia me parece indisponible: Los cónyuges pueden estar de acuerdo en no vivir juntos en absoluto, por tiempo definido o indefinido, pero no pueden pactarlo con eficacia, sino a lo más, como un medio de concluir con el matrimonio; no para permanecer en él ...A la vista de los

⁹⁹¹ ESTRADA ALONSO, E; Ob., cit., p. 159.

⁹⁹² MORO ALMARAZ y otro; Ob., cit., p. 47.

textos legales, el “deber” de vivir juntos no puede ser objeto, hoy, de ejecución “in natura”: si un cónyuge no quiere vivir con el otro, el derecho no autoriza ningún género de coacción física para conseguirlo... los hechos que sólo se manifiestan en las relaciones íntimas de los cónyuges no pueden ser materia de convenio con eficacia jurídica, y por tanto no cabe atribuir consecuencias a su infracción>>.

Es más, respecto de la infracción del deber de infidelidad, los mismos opinan que éste tiene carácter de derecho público e indisponible «Del carácter de orden público... el deber de fidelidad, se deduce que los cónyuges no pueden dispensarse mutuamente (o uno de ello al otro) de su cumplimiento, de modo que tal dispensa no vale: no vincula para el futuro, aunque como circunstancia de hecho impediría reclamar por las infracciones realizadas sirviéndose de ella» Y abundando en el tema afirman «el uno no puede prohibir al otro relaciones con terceros que ni son contrarias al matrimonio ni despiertan sospechas de serlo, aunque le disgusten; ni puede tampoco pretender que su compañero realice los viajes de negocios siempre en su compañía, o que no tome como dependiente en su propia empresa a una persona unida a él por vínculos de parentesco». En cuanto a la obligación de respeto mutuo dicen: «el incumplimiento de la obligación de respeto por parte del esposo, aun cuando no constituyera causa de separación, daría lugar a una acción de daños y perjuicios, o simplemente cabe como *lex imperfecta*, desprovista de sanción».⁹⁹³

En la misma línea negativa se expresa la *SAP de Baleares de 14 de marzo de 2000*, cuando, admitiendo los pactos respecto a las relaciones patrimoniales, respecto de las personales, en su fundamento jurídico segundo dice lo que transcribimos:

<<otro debe ser el criterio cuando los unidos en una relación no matrimonial pactan sobre temas no sometidos totalmente a su disposición como son los alimentos de los hijos y cuantas medidas puedan afectarles directamente, ya que igual que ocurre con el convenio regulador de la crisis matrimonial, dichas materias escapan de la libre disponibilidad de los cónyuges y ha de formar parte, necesariamente, del contenido de la sentencia que se dicte en un proceso de separación, nulidad o divorcio; y por ello cabe la aplicación analógica del Art. 90 del CC en cuanto regula los requisitos del convenio regulador para los casos de mutuo acuerdo en al regulación de los efectos derivados de la ruptura de la unión extramatrimonial con relación a los hijos habidos de la misma, que si bien, por lo dicho, no son vinculantes para el Juzgador si sirven por lo menos como criterio orientativo a la hora de adoptar las correspondientes medidas acerca de los alimentos, guarda y custodia, uso y disfrute de la vivienda familiar y ejercicio del derecho de visitas...>>

⁹⁹³ LACRUZ BERDEJO J.L y SANCHO REBULLIDA, JL; *Derecho de Familia*; BOSCH 1982, págs. 181 a 188.

Llegados a este punto, cabe preguntarnos ¿qué ocurre en el caso de las parejas de hecho? ¿Surgen esos mismos derechos y obligaciones personales y recíprocos que establece la ley para el matrimonio⁹⁹⁴? ¿Cabría pactar acerca de ellos en el supuesto de las parejas de hecho?.

La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, tal y como hemos indicado anteriormente en otro apartado de este epígrafe, opinan que no caben pactos al respecto por cuanto que es materia sustraída a la voluntad de las partes. Por nuestra parte, creemos que, siempre que dichos pactos no vayan en contra de las limitaciones legales (moral, orden público...) ni condicionen los derechos fundamentales como el *ius nubendi*, ni por supuesto sean presupuestos “sine qua non” para prestar el consentimiento a dicha relación, ni, finalmente, pactos tendentes al comercio sexual de algún o de los dos miembros de la pareja, serían éstos posibles destinados en orden a regular la citada convivencia.

Y ello porque una cosa es que, en defecto de pacto, los mismos fueran exigibles legalmente, que no lo son, - ni aún en el supuesto matrimonial- y otra cosa distinta es que las partes fijen, a modo de acuerdo, unas condiciones o reglas de convivencia, comprometiéndose contractualmente a ello (reiteramos que con las limitaciones comentadas), siendo que además si se documenta en escritura pública ésta constituiría título ejecutivo para exigir su ejecución sin necesidad de una procedimiento declarativo previo.

En efecto, casi toda la legislación comentada a lo largo de este trabajo así como la jurisprudencia, convienen en su intervención – en materia privada – siempre en defecto de pacto, y en materia de orden público, a los solos efectos de velar por la validez y eficacia de los mismo, sancionándolos si no suponen menoscabo perjudicial para alguna de las partes o lesiva a los intereses de los hijos, ni contrarios al principio de igual constitucional, y en último término, siempre son referente para los jueces a la hora de fijar dichas medidas en sus resoluciones judiciales. Homologación y sanción judicial

⁹⁹⁴ Ex. arts. 67 y 68 CC.

innecesaria en caso de materias privadas que afecten sólo a los componentes de la relación, por lo que los mismos cobran plena virtualidad y eficacia.

No obstante, nos preguntamos ¿cabría pactar una indemnización en caso de infracción de los citados deberes?

En territorio de Derecho Común LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, a propósito de esta cuestión referida al supuesto matrimonial afirman:

<<no creo que pueda excluirse, en los casos de infracción de las obligaciones recíprocas, en particular los de abandono y adulterio, la posibilidad de una acción de daños del cónyuge ofendido frente al ofensor, o bien a su cómplice; pues, si el deber de fidelidad, como el de convivencia, son obligaciones jurídicas, el obligado no puede faltar a ellas sin quedar sujeto al resarcimiento de los daños que cause... contrario, hace tanto más urgente arbitrar los medios precisos para mantenerlas en pie en esta condición suya plenamente jurídica. ... se trata de deberes concretos impuestos por una norma, que no podrían tener consideración o trato inferior a los impuestos mediante un contrato, obligaciones legales sin carácter patrimonial pero cuya infracción produce a veces consecuencias económicas y en todo caso daño moral resarcible, y a ellas hemos de aplicar las reglas generales sobre el incumplimiento de las obligaciones – las de la llamada “culpa contractual”, pero que no sólo se aplican al incumplimiento de las obligaciones contractuales -, y en último término las reglas relativas al ilícito civil. Sin que valga alegar la presencia de unas limitadas sanciones específicas para castigar la infidelidad o el abandono (desheredación, causa de separación), o bien la idea general del legislador de prescindir de la declaración de culpabilidades en tema de divorcio o de la eficacia de éstas en la separación, motivo que no es suficiente para suprimir la vigencia de las normas sobre daños y resarcimiento⁹⁹⁵>>.

Según PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, cabe indemnizar a la parte que quede en peor situación en caso de ruptura de la convivencia de hecho, bien constituyendo una pensión vitalicia a favor de éste/a, bien admitiendo otras formas de indemnización (eje: cesión del goce de la vivienda propiedad del otro conviviente.⁹⁹⁶

Para DE VERDA BEAMONTE, tras comentar la STS de 27 de marzo de 2001 que establece una condena por indemnización como consecuencia de una ruptura de convivencia “more uxorio” opina, en esencia, que la pensión compensatoria es propia del matrimonio cuya existencia, y si se dan los requisitos legales para ello, es presupuesto para su concesión, por tanto, sostiene:

⁹⁹⁵ LACRUZ BERDEJO J.L y SANCHO REBULLIDA, JL. Ob., cit., p. 188.

⁹⁹⁶ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS. Ob., cit. p. 401 y nota 27.

en el caso de las uniones de hecho, ya que no existe norma alguna que imponga a los convivientes el deber jurídico de socorrerse mutuamente por el mero hecho de vivir en común y, de ahí, precisamente, que la atención desinteresada a la familia de uno de ellos pueda dar lugar a un enriquecimiento injusto del otro; pero la mera ruptura de la convivencia “per se” no genera obligaciones legales, no debe dar lugar, en mi opinión, a la obligación de pagar una indemnización compensatoria⁹⁹⁷ (124).

Para ALONSO ESTRADA el contenido posible de estos pactos se circunscribiría a determinados derechos y adjudicaciones patrimoniales excluyendo los deberes personales que sólo admitiría se dieran de forma voluntaria y espontánea entre los convivientes.⁹⁹⁸

Según MORO ALMARAZ, M.J. y SÁNCHEZ CID, I. «respecto a los patrimoniales irán referido a la contribución de gastos y cargas de la convivencia, reparto de ganancias o bien para el caso de una supuesta ruptura».⁹⁹⁹

En cuanto al pacto sobre el Régimen Económico Matrimonial, y cuestiones relativas a la liquidación del patrimonio convivencial en caso de ruptura, comenzamos por advertir que estas uniones no matrimoniales - cuenten o no con regulación legal- no tiene un régimen económico preestablecido y con carácter subsidiario como ocurre con el matrimonio, sin embargo, ello no obsta, precisamente, para que sea perfectamente posible pactar el régimen que tengan por conveniente, «pudiendo utilizarse incluso los regímenes económicos matrimoniales», en palabras de PÉREZ MARTÍN.¹⁰⁰⁰

⁹⁹⁷ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. ¿Existe una indemnización compensatoria por ruptura de la convivencia “more uxorio”? (Algunas reflexiones a propósito de la reciente STS 27 de marzo de 2001). Revista Nueva Abogacía, Núm. 1, Enero 2002. AJA (Asociación de Jóvenes Abogados), p. 14.

⁹⁹⁸ ALONSO ESTRADA, E; *Ob. Cit.*: pág-159: «indemnización para el caso de disolución, el régimen de bienes y liquidación del patrimonio común, la gratuidad u onerosidad del trabajo, el derecho de habitación; contrato de hacer comunes las ganancias (reconocido como lícito en la SAP Córdoba 21.4.1986... ..Quedarían excluidos: los deberes personales de los compañeros (que sólo podrán surgir espontáneamente), el derecho a indemnización para causa de muerte por accidente de uno de los compañeros (que serán los tribunales los que señalen en qué casos ha de concederse); las obligaciones de por vida, las situaciones para después de la muerte que constituirán un pacto sucesorio prohibido por nuestro Código Civil (arts. 658 y 1.271) y también la renuncia al derecho de romper la unión libre en cualquier momento, lo cual supondría renunciar al derecho 658 y 1.271) y también la renuncia al derecho de romper la unión libre en cualquier momento, lo cual supondría renunciar al derecho fundamental del matrimonio (art. 32 de la Constitución Española)» Forma: documento público o privado, que, en cualquier caso no sería oponible a terceros (art. 1.257 CC). En cuanto al modelo contractual: contrato de sociedad, de trabajo, comunidad de bienes, asociación a participación etc-»

⁹⁹⁹ MORO ALMARAZ, M.J. y SÁNCHEZ CID, I. *Ob.*, cit. p. 47.

¹⁰⁰⁰ Conferencia cit.

Esto no plantea problema. Éste viene dado, como hemos apuntado, en el supuesto de no convenir nada al respecto, ya que al no existir un régimen subsidiario aplicable en defecto de pacto, tanto la doctrina como la jurisprudencia está dividida a la hora de calificar la naturaleza jurídica del patrimonio a liquidar. Sin embargo la jurisprudencia del TS es unánime al indicar la improcedencia en la aplicación, por analogía, del régimen de gananciales.¹⁰⁰¹

En esta línea, la STS 16.12.1996, indica:«...Por supuesto que debe rechazarse, como ya hizo la sentencia, parcialmente transcrita, la aplicación analógica de los regímenes económicos matrimoniales, puesto que la libertad que se autoconceden los convivientes al margen de formalidades matrimoniales, no puede paradójica y contradictoriamente tener parigual con vinculaciones societarias de carácter económico, a no ser que, en virtud de principio de la autonomía de la voluntad y dentro de sus límites, se constituyeran pactos válidos de esta naturaleza.»

Por su parte la STS 8.3.1918 declaró ilícito el convenio por el que se asigna una pensión a fin de reanudar la relación concubinaria.

Por lo que cabe concluir con PÉREZ MARTÍN, entre otros, que los integrantes de la pareja de hecho, ya sea por pacto expreso o tácito (*facta concludentia*) «pueden someter sus relaciones patrimoniales a un determinado régimen económico, y la consecuencia lógica de ello, es que, al finalizar la convivencia pueden liquidar de mutuo acuerdo el patrimonio que consideren común».

Cosa distinta son las regulaciones al respecto realizadas por las distintas Comunidades Autónomas y que estudiaremos en el apartado siguiente dedicado a dicha regulación normativa en esta materia y para este tipo de relaciones formadas por parejas de hecho.

Así pues y habida cuenta de la variedad de materias que pueden aparecer entre la propia pareja de convivencia, tanto para regular su propia relación, como para fijar los

¹⁰⁰¹ STS 4.03.1997, 18.5.92, entre otras

efectos en caso de ruptura de la misma, vamos a estudiar, por separado y *ad exemplum*, cada uno de los efectos más comunes a toda relación convivencial y que tendría su repercusión en caso de crisis.

En cuanto a los pactos respecto a las *relaciones-paterno filiales*, cabe decir que históricamente esta materia ha quedado fuera de la disponibilidad de las partes, pero también es cierto que, en la sociedad actual, tendente, por todos los operadores jurídicos intervinientes en tales situaciones de crisis, a consensuar los efectos de esta ruptura en beneficio del interés de mayor protección (ajenos e inocentes en dichas crisis) que son los hijos, se ha ido produciendo, en palabras PÉREZ MARTÍN una «interpretación flexible del art. 1.814 del CC en materia de regulación de efectos de las crisis matrimoniales, permitiendo que los cónyuges, por vía del Art. 90 del CC puedan establecer pactos relativos a las “cuestiones matrimoniales” sin posterior de la ulterior homologación judicial».¹⁰⁰²

Por nuestra parte, suscribimos esta opinión y, entendemos que los pactos convenidos al respecto (que ahora detallaremos a modo de ejemplo) son válidos, pero necesitan para su eficacia de la sanción judicial (“*conductio iuris*”) convirtiéndolos en supuestos de ineficacia y no de invalidez. En palabras de CABALLERO LOVATO «esta intervención judicial no altera su naturaleza jurídica cien por cien contractual, de ahí que su validez estará en función de que dichos pactos no sean contrarios a la ley, a la moral y al orden público...»¹⁰⁰³

Habida cuenta de la inexistente diferenciación legal hoy en día entre los hijos por razón de su filiación tenemos que el deber obligacional que impone el art. 154 CC a los padres les obliga a su cumplimiento respecto de sus hijos con independencia de que sea fruto de una relación matrimonial o simplemente convivencial.

¹⁰⁰² PÉREZ MARTÍN, A.J.; *Uniones de Hecho*; Conferencia pronunciada en el ICAV, 7 de marzo de 2002, curso de Derecho de Familia.

¹⁰⁰³ CABALLERO LOBATO, R.E.. Artículo *Fórmulas de resolución de conflictos en materia matrimonial: Convenios y capitulaciones*. Revista Abogados de Familia. P. 52.

Surgida la crisis de pareja opinamos que los padres pueden acordar, para el cumplimiento de dichas obligaciones legales (con la necesaria sanción judicial posterior) lo siguiente: Guarda y custodia, régimen de visitas, contribución a los alimentos. Todo ello máxime cuando a lo relativo a las citadas cuestiones se aplica lo dispuesto en los arts. 90,91, 92 y 103, en relación con los arts. 154.1, 156,158.1 y 159 y 160 CC en la medida en que unos y otros pueden complementarse mediante técnicas de interpretación y aplicación, además de estar previsto en algunas legislaciones autonómicas expresamente como hemos ido viendo a lo largo de las exposiciones precedentes.

Referente a la titularidad de la *patria potestad*, opinamos, junto con la doctrina citada, que es indisponible sin que quepa su renuncia voluntaria por ninguno de los progenitores. Su privación únicamente corresponde a los Tribunales, en este sentido señala el Art. 170 del CC: «El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial...». Lo único que cabe es que el incumplimiento voluntario unilateral de las obligaciones legales impuestas a los progenitores autoriza al otro a solicitar la dicha privación en orden al citado incumplimiento. También cabe pactar su ejercicio unilateral o conjunto en virtud de lo dispuesto en la Ley 15/2005, de 8 de julio, que dice textualmente: «Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges»,¹⁰⁰⁴ determinando la norma que podrá concederse a petición de los progenitores tanto si lo solicitan en el convenio regulador o durante el acuerdo alcanzado durante el procedimiento,¹⁰⁰⁵ lo que nos da una muestra clara de la voluntad del Juzgador del acuerdo de los padres en este punto, estando el orden público como meros garantes de

¹⁰⁰⁴ Art. 92.4, Ley cit.

¹⁰⁰⁵ Art. 92.5, Ley cit. «Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos».

estos acuerdos en su obligación de velar por los intereses de los menores encomendados al ejercicio de su potestad jurisdiccional.

También es verdad que la práctica demuestra que en algunas ocasiones algún progenitor incumple dichas obligaciones con la absoluta permisividad del otro que jamás le lleva a denunciar al Juez dicho incumplimiento, y que en algunas ocasiones, agradece para evitar el contacto, a veces no deseado, con el ex-cónyuge. Todo ello sin olvidar aquellas situaciones en que uno de ellos, surgida la crisis convivencial afectiva, se marchó fuera del lugar que fue domicilio conyugal y, prácticamente, se reduce su cumplimiento obligacional como padre / madre a ingresar la pensión acordada (consensuadamente) o fijada por el juez en sentencia para el hijo.

Esto nos lleva a concluir en este apartado que si bien estos pactos existen (generalmente tácitos o verbales) y que la no denuncia de ellos por el otro progenitor no conduce a sostener la eficacia de los mismos por cuanto son totalmente nulos (tanto los que tiendan a privar total o parcialmente de la misma) y así serían declarados si los mismos se sometieran a la autoridad competente.

Respecto al ejercicio de la patria potestad el art. 156 del CC dispone que ésta se ejercerá conjuntamente o por separado en los casos¹⁰⁰⁶ que en él se contemplan

¹⁰⁰⁶ «Artículo 156 CC. La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad. En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrán acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años. n los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro. En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro. Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio.»

autorizando a cualquiera de los progenitores a acudir al juez en los supuestos indicados en dicho precepto para que decida, tras el procedimiento establecido en el mismo.

Ahora bien, es perfectamente posible que los padres, de forma convenida, establezcan pactos para la regulación de las relaciones entre ellos y respecto del / los hijos.¹⁰⁰⁷ Acuerdos que, de no ser gravosos o perjudiciales, entendemos que el juez los aprobará por cuanto que se entiende, en general, que los padres quieren y desean lo mejor para sus hijos. No obstante, el orden público existe y está para que vele por dicho cumplimiento. Además, si los padres acuerdan, de buen talante, determinadas resoluciones para con el hijo/s y lo cumplen, no existirá por tanto el incumplimiento obligacional indicado. Y, para el día, que éste se produzca ahí está el Ministerio Público y el Juez para pronunciarse sobre la validez y eficacia de dichas convenciones.

Respecto a la atribución de la *guarda y custodia*, señala el art. 159¹⁰⁰⁸ del CC «Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oír, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años».

Por su parte la revolucionaria Ley 17/2005 en su artículo 92, apartado 4, señala: «Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.» Y en el siguiente apartado dispone «En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a

¹⁰⁰⁷ Art. 92.4 Ley 157200de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

¹⁰⁰⁸ Cabe recordar que este artículo fue redactado por la Ley 11/1990, 15 octubre («B.O.E.» 18 octubre), de reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo).

petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

En cuanto a los acuerdos sobre el *régimen de visitas* para con los hijos menores habidos en la relación, señalar que también los consideramos válidos los pactos realizados por los progenitores, amén de lo anteriormente referenciado, por interpretación del art. 94 del CC que dice que «El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho» pero de lo que se desprende del art. 160 (que habla del derecho de relación de los padres para con sus hijos) dice que el Juez resolverá, en caso de oposición, y atendidas las circunstancias, por lo que podemos interpretar que es una forma de admitir la intervención subsidiaria del Juez, en defecto de acuerdo o pacto al respecto.

Pasamos ahora a analizar la previsión de pactos respecto a la fijación de *pensión de alimentos para los hijos* que puede aparecernos como un tanto controvertida por cuanto que el art. 1.814 del CC señala que «no se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre cuestiones matrimoniales ni sobre alimentos futuros». Pareciera que de la interpretación literal de este precepto las cuestiones sobre alimentos a los hijos para el caso de ruptura convivencial quede fuera de la autonomía de las partes, pero, si bien es cierto lo que decimos, también lo es que el Tribunal Supremo se está pronunciando sobre la validez de estos pactos respecto a los casos de incumplimiento de los mismos que están llegando a su conocimiento. Y así en sentencia de 27 de noviembre de 1997 afirma: «procede acceder al citado pedimento, toda vez que los litigantes han llegado a un acuerdo sobre la manutención de la menor, que ha sido formalizado en escritura notarial de fecha 9 de marzo de 1984, y no parece acreditado que D. Pablo, a quién correspondía la prueba del abono de las prestaciones a su cargo, haya verificado pago alguno en la etapa señalada por al recurrente».

Como vemos el TS no sólo declara con este pronunciamiento válido el citado pacto de alimentos suscrito por los progenitores sino que además lo declara eficaz por exigible, siendo buena prueba de ello la condena a abonar las cantidades atrasadas reclamadas por este concepto más los intereses legales correspondientes.

Aunque tiempo atrás el criterio de las Audiencias Provinciales se inclinaban por la ineficacia de estos pactos debido a la falta de sanción judicial para lo que alegaban normalmente inadecuación del procedimiento de reclamación al efecto para desestimarlas,¹⁰⁰⁹ hoy en día casi nadie pone en duda del valor de los convenios reguladores no sancionados judicialmente como negocios jurídicos der Derecho de Familia cuya validez queda supeditada únicamente a los requisitos que contempla la ley para los contratos y las limitaciones legales a la voluntad de las partes que hemos visto ampliamente hasta lo aquí relatado.

Estamos de acuerdo con la postura de PÉREZ MARTÍN cuando afirma que en las cuestiones referentes a los hijos en casos de crisis de las parejas de hecho la intervención judicial sólo se produce en defecto de acuerdo de los padres, por lo que, en principio, no haría falta la homologación judicial, es decir «no hay ninguna norma legal que obligue a su homologación judicial para que tenga validez y eficacia» pero, lo que sucede es que para las cuestiones de los hijos matrimoniales, el art. 90 de CC exige dicha homologación, y por aplicación de la analogía *mutatis mutandi* «el control judicial se extiende a las crisis de las parejas de hecho».

También cabe pacto respecto del uso de la vivienda familiar y objetos habidos en ella en virtud de lo dispuesto en el art. 96 del CC que dispone en su primer párrafo «En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden»

¹⁰⁰⁹ En este sentido SAP Málaga, 3 de junio de 1997.

Respecto al uso de la vivienda familiar. La atribución del uso de la misma ante una situación de crisis de pareja de hecho depende si existe o no hijos de dicha relación. Estudiemos la cuestión por separado:

A) Existencia de descendencia común.

En este supuesto la Doctrina, hace más de una década ya, era unánime en adjudicar el uso de la vivienda a los hijos habidos de dicha unión extramatrimonial. Unas veces acudiendo al argumento de protección del *bonum filii*¹⁰¹⁰ siempre y cuando los hijos convivientes con el progenitor que detentaba tal derecho fueran económicamente dependientes y conviviera con éste o ésta. Existían pronunciamientos¹⁰¹¹ en los que incluso el Alto Tribunal llegó a condenar a algunos propietarios al abono a la madre custodia de algunos meses de alquiler para costear una vivienda acorde a las necesidades de la familia en cuestión y para ello, y a falta de regulación legal, la jurisprudencia recurría al argumento del interés del menor con independencia de su filiación matrimonial¹⁰¹² y con independencia de quien fuera el titular de la citada vivienda de uso familiar y que, a falta de acuerdo de las partes, era adjudicada por el órgano jurisdiccional, generalmente al progenitor custodia con los que se quedaban los hijos ya fuera de una relación matrimonial o no matrimonial.

Abundando en lo expuesto, y con lo que estamos plenamente conformes, MARCOS DE LEÓN, concluye «En el uso y disfrute de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella existentes, en una situación de ruptura no matrimonial, se ha de estimar – conforme al Art. 4.1 del CC -, plenamente aplicable el Art. 96 CC, cuando exista descendencia, en atención a la identidad de razón y falta de regulación específica;

¹⁰¹⁰ STS 11 de julio de 2002

¹⁰¹¹ STS 27 de marzo de 2001

¹⁰¹² Para evitar discriminación alguna ex art. 14 CE.

revelándose así, conforme al art. 39.2 CE, como uno de los medios más eficaces para garantizar a los hijos una protección integral». ¹⁰¹³

B) En caso de no existir o ser éstos independientes hijos comunes de la convivencia “more uxorio”:

En estos supuestos la jurisprudencia opta por atribuir la vivienda al conviviente más necesitado de protección. Así el TS en su sentencia de 16 de diciembre de 1996 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete), ¹⁰¹⁴ acudió a la analogía para resolver este conflicto y lo hizo de esta manera:

<<Fundamento jurídico séptimo... Asimismo, el recurrente denuncia la infracción de la jurisprudencial relativa al enriquecimiento injusto en orden a la fundamentación jurídica de la instancia para justificar el pronunciamiento relativo al uso de la vivienda que se confiere a la actora. Empero, no es el enriquecimiento injusto el argumento que sirve de soporte al expresado pronunciamiento, sino el desamparo en que quedó la actora como consecuencia del fracaso y ruptura de su convivencia con el demandado. Tampoco el enriquecimiento injusto se puede traer ahora al recurso como un «novum» en favor del recurrente no sólo por ser ello improcedente como tal cuestión a tratar en el ámbito del recurso, sino porque, en ningún caso, la conducta del demandado, causa de aquel desamparo, puede beneficiarle>>.

Y sigue esta sentencia admitiendo la realidad social de estas convivencias y aplicando la analogía en estos supuestos concretos:

<<tampoco en este orden, apoyarse en el artículo 43 del Código civil para basar la condena al uso y disfrute durante dos años de la vivienda familiar, propiedad del recurrente, pues tal interpretación supondría forzar los límites del expresado precepto, cuya "ratio" no presupone la convivencia como un hecho anticipado al matrimonio, sino que la contempla, implícitamente como un hecho futuro. Pero si puede y debe tratarse el problema como una aplicación analógica de la disciplina matrimonial en cuanto algunos aspectos de la misma se hacen extensivos con moderación, y sobre todo investigando la "ratio" normativa a la convivencia "more uxorio">>.

Debido a su importancia, reproducimos aquí los argumentos que emplea el qto Tribunal para aplicar el juego de la analogía a estas uniones y por estos supuestos:

<<Ya esta Sala en sentencia de 22 de julio de 1993, proclamaba que las llamadas "uniones de hecho" o "more uxorio" constituyen una realidad social cuya existencia ha tenido que ir siendo jurídicamente admitida por los Tribunales tanto de la jurisdicción ordinaria como Constitucional (sentencias de 21

¹⁰¹³ DE LEÓN, M; *Uniones de hecho: Una realidad social (crisis y régimen procesal)*. Artículo jurídico publicado en la revista DIEZ AÑOS DE ABOGADOS DE FAMILIA; LA LEY 2003: pág. 81-82

¹⁰¹⁴ Id Cendoj: 28079110011996101601.

de octubre y 11 de diciembre de 1992 y 18 de febrero de 1993 respecto de esta Sala y las de 11 de diciembre de 1992, 18 de enero y 8 de febrero de 1993 del Tribunal Constitucional). La referida sentencia sentaba, como principios los siguientes: 1º.- Que las uniones matrimoniales y las uniones "more uxorio" no pueden ser consideradas a todos los efectos y consecuencias como supuestos o realidades equivalentes (sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1992); 2º.- Que como consecuencia de ello, no serán aplicables a esas uniones normas que sean específicamente establecidas para la regulación de las primeras, a menos que ello pudiera llevarse a efecto por el cauce de la analogía. El juego de la analogía, radica en la similitud ("semejanza" según el artículo 4º del Código civil) entre el supuesto que ante el órgano judicial -o interprete- se presenta, carente de regulación legal, y aquel al que se pretende aplicar la norma en cuestión por razón de esa semejanza o "identidad de razón" cual señala el citado precepto, lo que se traduce en que su aplicación lleve implícita la idea del uso razonable del derecho (sentencia de 12 de diciembre de 1980)>>.

Por último, señalar en este apartado, que en cuanto a la determinación del tiempo adjudicado de este uso, los tribunales vienen a ser coincidentes en la no fijación de un determinado tiempo o palzo en el supuesto de existencia de descendientes en común menores necesitados de protección (por aplicación analógica al matrimonio) y en el supuesto contrario, sí fijan límites aún a pesar y teniendo en cuenta el interés más necesitado de protección tras la ruptura convivencial afectiva.

Finalmente y en cuanto a las *donaciones entre convivientes*, señalar que el art. 618 del CC define esta figura como «un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa a favor de la otra que la acepta», por lo que entendemos que siendo los miembros de la pareja personas con plena capacidad para contratar, estas donaciones son perfectamente válidas.

Por su parte la STS de 18 de noviembre de 1994, indicó al respecto:

<<No cabe poner en entredicho, dentro de una óptica de interpretación moderna, que una relación de facto, entre una pareja durante varios años, como la que existe entre donantes y donataria, pueda entenderse que (y con independencia de que se la denomine como concubinato), integre una causa torpe o ilícita a la que se refiere el art. 1.275 del Código Civil, sobre todo, hoy día, cuando por la tutela de la familia de facto del propio art. 39 de la Constitución, es evidente que la existencia y la dispersa jurídica de tal concierto familiar ha de tender a aproximarse en su modalidad "more uxorio" a la familia legalmente establecida¹⁰¹⁵>>.

Pasamos a estudiar ahora la regulación legal autonómica de este tipo de convivencias *more uxorio* o parejas de hecho.

¹⁰¹⁵ STS de 18 de noviembre de 1994. Id Cendoj: 28079110011994102901. Ponente LUIS MARTINEZ-CALCERRADA GOMEZ.

4. MARCO LEAGL AUTONÓMICO EN MATERIA DE PAREJAS DE HECHO EN ESPAÑA.

4.1 Madrid.

La *Ley 11/2001, de 19 de diciembre*, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid¹⁰¹⁶ en su Preámbulo reconoce las diferencias existentes entre matrimonio y este tipo de uniones y que requiere que el Derecho les proporcione una respuesta respetuosa y diferenciada¹⁰¹⁷ ajustándose a «las nuevas realidades sociales. La presente Ley trata de dar una adecuada solución a la realidad sociológica del incremento en el número de uniones entre personas, difícilmente encuadrables en las categorías jurídicas existentes»

Tiene su fundamento en «el artículo 7 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid,¹⁰¹⁸ en el artículo 14 de la Constitución Española ... el artículo 9 de la Constitución Española,¹⁰¹⁹ así como en la Resolución de 8 de febrero de 1994 del Parlamento Europeo».¹⁰²⁰

¹⁰¹⁶ BOCM núm. 2 de 03 de Enero de 2002 y BOE núm. 55 de 05 de Marzo de 2002. http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/ma-111-2001.html

¹⁰¹⁷ Preámbulo, Ley cit. «El matrimonio y las uniones de hecho, por tratarse de instituciones distintas, obedecen a opciones y planteamientos personales que requieren el respeto a la diferencia, tanto en el plano social como en el jurídico...»

¹⁰¹⁸ «Artículo 7. 1. Los derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos de la Comunidad de Madrid son los establecidos en la Constitución. 2. A los efectos del presente Estatuto, gozan de la condición política de ciudadanos de la Comunidad los españoles que, de acuerdo con las leyes generales del Estado, tengan vecindad administrativa en cualquiera de sus municipios. 3. Como madrileños, gozan de los derechos políticos definidos en este Estatuto, los ciudadanos españoles residentes en el extranjero que hayan tenido su última vecindad administrativa en la Comunidad de Madrid y acrediten esta condición en el correspondiente Consulado de España. Gozarán también de estos derechos sus descendientes inscritos como españoles, si así lo solicitan, en la forma que determine la ley del Estado. 4. Corresponde a los poderes públicos de la Comunidad de Madrid, en el ámbito de su competencia, promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social»

¹⁰¹⁹ «Relativo a la obligación de los poderes públicos de promover la igualdad evitando situaciones en que pueda producirse discriminación».

¹⁰²⁰ «sobre la igualdad de los derechos de los homosexuales y lesbianas en la Comunidad Europea, que reitera «la convicción de que todos los ciudadanos tienen derecho a un trato idéntico con independencia de su orientación sexual»»

Asimismo esta Comunidad creó el Registro de Uniones de Hecho¹⁰²¹ y con esta Ley viene a dar «una respuesta clara a una demanda reconocida por amplios sectores sociales e institucionales, con el fin de apoyar un itinerario ya iniciado de reconocimiento de esta fórmula de convivencia en el marco del Derecho común que evite cualquier tipo de discriminación para la persona».¹⁰²² Esta norma le dedica el Capítulo III a los pactos para regular este tipo de convivencia¹⁰²³ y la inscripción de los mismos.¹⁰²⁴

Respecto a los pactos convivenciales en su apartado primero, los admite y requiere escritura pública tendente a regular las relaciones económicas durante la convivencia y tras su cese.¹⁰²⁵

En cuanto a la fijación pensiones económicas compensatorias tras la ruptura, establece específicamente el supuesto indicando que «se produzca un desequilibrio económico en uno de los convivientes con relación a la posición del otro que implique un empeoramiento respecto a la situación anterior. Tales compensaciones habrán de tomar en consideración las mismas circunstancias a que se refiere el artículo 97 del Código Civil».¹⁰²⁶

En el párrafo siguiente, la ley establece una presunción *iuris tantum*, en defecto de pacto, de contribución equitativa proporcional a sus ingresos respectivos.¹⁰²⁷ Y

¹⁰²¹ Por medio del el Decreto 36/1995, de 20 de abril, fue creado el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid y que fue desarrollado por la Orden 827/1995, de 25 de abril, de la Consejería de Integración Social.

¹⁰²² Preámbulo, Ley cit, in fine.

¹⁰²³ Ex Art. 5

¹⁰²⁴ Art. 5.

¹⁰²⁵ «1. Los miembros de la unión de hecho podrán establecer válidamente en escritura pública los pactos que consideren convenientes para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su cese».

¹⁰²⁶ Ex art. 4.2, Ley de la Comunidad de Madrid, cit.

¹⁰²⁷ «3. A falta de pacto se presumirá, salvo prueba en contrario, que los miembros de la unión contribuyen equitativamente al sostenimiento de las cargas de ésta en proporción a sus recursos».

finalmente reconoce que estos pactos, inscritos o no, sólo surtirán efectos inter partes sin que puedan ser perjudiciales frente a terceros de buena fe.¹⁰²⁸

Importante señalar aquí que el apartado 4 del citado art. 5 de este tenor literal «4. Serán nulos y carecerán de validez los pactos contrarios a las leyes, limitativos de la igualdad de derechos que corresponde a cada conviviente o gravemente perjudiciales para uno de ellos. Asimismo serán nulos los pactos cuyo objeto sea exclusivamente personal o que afecten a la intimidad de los convivientes» fue declarado inconstitucional y nulo por Sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno, 11 abril 2013.

4.2 Baleares.¹⁰²⁹

Esta norma reconoce y otorga potestad a los miembros de la pareja para «regular válidamente las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia, a pesar de que se prevé un régimen legal supletorio».¹⁰³⁰

También da un paso más adelante y trata de los «efectos de la extinción de la pareja, tanto si es en vida de los miembros, como por causa de muerte, y se incorpora en un artículo el régimen sucesorio de aplicación».

Se admiten los pactos, personales y patrimoniales, en todas sus modalidades permitidas legalmente, tanto en la regulación de sus derechos y deberes recíprocos así como la fijación de pensiones económicas en caso de ruptura con los límites mínimos exigibles en dicha norma que declara irrenunciables hasta el momento de su exigibilidad.¹⁰³¹

¹⁰²⁸ Ex. Art. 5 «5. En todo caso los pactos a que se refiere este artículo, estén o no inscritos en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, sólo surtirán efectos entre las partes firmantes y nunca podrán perjudicar a terceros».

¹⁰²⁹ Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables. Publicado en BOIB núm. 156 de 29 de Diciembre de 2001 y BOE núm. 14 de 16 de Enero de 2002. Publicado en BOIB núm. 156 de 29 de Diciembre de 2001 y BOE núm. 14 de 16 de Enero de 2002.

¹⁰³⁰ Preámbulo Ley cit.

¹⁰³¹ Art. 4, Ley autonómica balear «Regulación de la convivencia.1. Los miembros de la pareja pueden regular válidamente por cualquier forma admitida en derecho, oral o escrita, las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia, así como los derechos y deberes respectivos. También pueden

Establece un régimen económico para la pareja que entraría en vigor en defecto de pacto supletorio¹⁰³² consistente en la contribución proporcional a sus recursos económicos para el sostenimiento de las cargas familiares considerando como tal y trabajo del hogar.¹⁰³³

Se contempla tras el cese la posibilidad de reclamar al otro miembro una pensión económica y periódica adecuada a su sustento si la convivencia ha supuesto una disminución del solicitante para obtener ingresos o que el cuidado de los hijos le haya impedido la realización de actividad laboral alguna.¹⁰³⁴ También cuando haya supuesto un enriquecimiento injusto al otro miembro y siempre que éste haya contribuido a ello durante la convivencia o se haya dedicado exclusivamente al cuidado del hogar y la familia.¹⁰³⁵ Otorgando la ley un plazo de caducidad para ello entre 1 y 3 años en función del supuesto que origina el *petitum*.¹⁰³⁶

En caso de ruptura, la norma admite pactos de la pareja respecto de la fijación de la guarda y custodia de los hijos, régimen de visitas, comunicación y estancias, actuando el juez en defecto de pacto o en funciones de moderación cuando los pactos los considere lesivos para uno de los miembros o para los hijos.¹⁰³⁷

Respecto a los derechos sucesorios de los miembros de la pareja de hecho, el art. 12 de la Ley autonómica balear, le reconoce al miembro superviviente los siguientes derechos:

regular las compensaciones económicas en el caso de extinción de la convivencia, con el límite de los derechos mínimos que establece esta Ley, los cuales son irrenunciables hasta el momento en que son exigibles»

¹⁰³² Ex. Art. 5 de la ley foral.

¹⁰³³ «Artículo 5. Régimen económico de la pareja. 1. En defecto de pacto, cada uno de los convivientes contribuirá al sustento de las cargas familiares en proporción a sus recursos económicos, entendiéndose como contribución el trabajo para la familia».

¹⁰³⁴ Ex. Art. 9 cit. Ley foral balear.

¹⁰³⁵ Ex art. 9.2 Ley cit. «2. El conviviente perjudicado puede reclamar una compensación económica cuando la convivencia haya supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambos miembros de la pareja que implique un enriquecimiento injusto y se haya dado uno de los siguientes supuestos: a) Que el conviviente haya contribuido económicamente o con su trabajo a la adquisición, conservación o mejora de cualquiera de los bienes comunes o privativos del otro miembro de la pareja. b) Que el conviviente se haya dedicado con exclusividad o de forma principal a la realización de trabajo para la familia».

¹⁰³⁶ Ext. Art. 10, ley foral balear cit.

¹⁰³⁷ Artículo 11 Guarda y régimen de visita de los hijos. Ley cit.

a) Derecho a la propiedad de la ropa, el mobiliario y los enseres que constituyen el ajuar de la vivienda común, sin que se computen en el haber hereditario. Se entienden excluidos los objetos artísticos o históricos, los bienes de procedencia familiar y los de valor extraordinario atendiendo al nivel de vida de la pareja.

b) Si el causante era arrendatario de la vivienda, el conviviente tiene derecho a subrogarse en los términos que establece la legislación sobre arrendamientos urbanos

Asimismo y en todas las modalidades de sucesión, bien sea testada o intestada, la ley autonómica balear equipara en derechos sucesorios a la pareja de hecho superviviente respecto al cónyuge viudo.¹⁰³⁸

4.3 Asturias¹⁰³⁹

El Preámbulo de esta Ley justifica su promulgación para dar cobijo a este tipo de relaciones de convivenciales como realidad social y jurídica en nuestros días.¹⁰⁴⁰

Esta regulación autonómica permite que los miembros de la pareja de hecho puedan realizar pactos en aras a la regulación de su convivencia respecto de derechos y deberes así como estableciendo pensiones económicas para los supuestos de ruptura¹⁰⁴¹ permitiendo recogerlos bien en documentos públicos o privados.

¹⁰³⁸ Artículo 13 Régimen sucesorio. «Tanto en los supuestos de sucesión testada, como en los de intestada, el conviviente que sobreviviera al miembro de la pareja premuerto tiene los mismos derechos que la Compilación de Derecho Civil balear prevé al cónyuge viudo».

¹⁰³⁹ Ley del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables. Publicado en BOPA núm. 125 de 31 de Mayo de 2002 y BOE núm. 157 de 02 de Julio de 2002. http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/as-l4-2002.html.

¹⁰⁴⁰ «Con la presente Ley, el Principado de Asturias, dentro de su marco competencial, al amparo de lo dispuesto en el artículo 9.2,d), que impone a las instituciones de la Comunidad Autónoma la obligación de procurar la adopción de medidas dirigidas a promover las condiciones y a remover los obstáculos para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean efectivas y reales, y en el artículo 10.1.1, 3, 24, 25, que atribuye al Principado de Asturias competencias exclusivas en materia de organización de sus instituciones de autogobierno, vivienda, asistencia y bienestar social y protección y tutela de menores, y concordantes de la Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias, modificada por la Ley Orgánica 1/1999, de 5 de enero, ofrece un instrumento para favorecer la no discriminación de las personas unidas de forma estable en relación de convivencia y afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su sexo, en cumplimiento de los principios constitucionales, y de nuestro Estatuto, de libertad e igualdad del individuo y de protección a la familia, con respeto a la Resolución adoptada por el Pleno del Parlamento Europeo el 8 de febrero de 1994 sobre la igualdad de derechos de los homosexuales en la Unión Europea desde la plena convicción de la igualdad de todos los asturianos y asturianas».

¹⁰⁴¹ Ex. Art. 5.1 de la ley autonómica asturiana.

Del mismo modo, advierte, en su apartado 3 del art. 5 que «En todo caso, los pactos a que se refiere este artículo nunca podrán perjudicar a terceros» y establece como prohibición expresa «la constitución de una pareja estable con carácter temporal ni someterse a condición».

En cuanto a las materias de orden público, referente a la Guarda y régimen de visitas de los menores, la normativa autonómica prohíbe tales pactos, remitiendo su aplicación a la «la legislación civil vigente en materia de relaciones paterno-filiales»¹⁰⁴²

4.4 Andalucía¹⁰⁴³

Esta norma señala en su Exposición de Motivos III lo que nos parece importante resaltar en el tema que estamos tratando de la autonomía de la voluntad cuando expresamente apunta al principio de intervención pública mínima cediendo protagonismo y poder a la capacidad negocial de los miembros de la pareja.¹⁰⁴⁴

Asimismo, de la lectura de su articulado se desprende claramente el ánimo colaborador de la norma para facilitar a los miembros de la pareja de hecho el establecimiento de su ordenación económica voluntaria ayudándoles a establecer las reglas de contribución al sostenimiento de las cargas familiares, la disposición de bienes y ganancias, el derecho de alimentos o las consecuencias de la ruptura.¹⁰⁴⁵

¹⁰⁴² Ex art. 6 de la ley foral cit.

¹⁰⁴³ Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho (Andalucía). Publicado en BOJA núm. 153 de 28 de Diciembre de 2002 y BOE núm. 11 de 13 de Enero de 2003 http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/an-15-2002.html

¹⁰⁴⁴ Exposición de Motivos III de la ley autonómica «La finalidad de la Ley es, de una parte, ofrecer un instrumento de apoyo jurídico a las parejas de hecho y, de otra, extender a éstas los beneficios que el ordenamiento autonómico en su conjunto venía confiriendo expresamente a las uniones matrimoniales. Así, conviene destacar que esta regulación nace desde el respeto a la libertad de los individuos para regular sus propias relaciones personales y patrimoniales, sin sujetarlas externamente a mayores requisitos que los necesarios para garantizar la seguridad jurídica. Este principio, pues, de intervención pública mínima aparece constante a lo largo de todos los preceptos, de forma que el contenido de los derechos y deberes que configuren la pareja de hecho será precisamente el que sus miembros hayan acordado atribuirse voluntariamente»

¹⁰⁴⁵ Exp. Motivos VI de esta ley.

Resulta especialmente innovadora esta ley por cuanto que reconoce expresamente determinadas a:

<<las prestaciones sociales, a la convivencia en centros residenciales para personas mayores, a una rehabilitación de drogodependencias basada en la pareja y a la información e intervención en materia sanitaria, declarándose finalmente su equiparación con el matrimonio en cuantas relaciones puedan establecer con las diversas Administraciones Públicas de Andalucía en el ámbito de competencias de éstas, con las únicas limitaciones que puedan resultar impuestas por la aplicación de la normativa estatal¹⁰⁴⁶>>

La normativa establece la libertad de pactos en sus relaciones patrimoniales¹⁰⁴⁷ pudiendo fijar, al momento de realizar la inscripción de la misma, el régimen económico matrimonial así como las compensaciones económicas en previsión de la ruptura cuando «se produzca un desequilibrio económico en uno de los convivientes, en relación a la posición del otro y que suponga una merma con respecto a su situación previa al establecimiento de la convivencia».¹⁰⁴⁸

En cuanto a los derechos y deberes de sus miembros, la ley admite libertad de pactos para regularlos si bien quedando fuera de inscripción pública los que atenten «contra los derechos fundamentales y las libertades públicas de cualquiera de sus integrantes»¹⁰⁴⁹

Respecto a los acuerdos sobre los hijos menores habidos de la convivencia impone la preeminencia del orden público para velar por el derecho de los menores sobre cualquier pacto y con independencia de la unidad de convivencia de la que aquéllos formen parte y de la relación jurídica existente entre sus miembros».¹⁰⁵⁰

Recoge la libertad negocial de sus miembros para regular compensaciones económicas en caso de ruptura respetando el mínimo general aplicable.¹⁰⁵¹

¹⁰⁴⁶ Exp. Motivos VII.

¹⁰⁴⁷ Ex art. 10, apartado 1. Ley autonómica cit.

¹⁰⁴⁸ Ex art. 10, apartado 2.

¹⁰⁴⁹ Ex art. 7 del Régimen personal, ley cit.

¹⁰⁵⁰ Ex art. 8 «Derechos de los menores. Las Administraciones Públicas de Andalucía velarán por que el respeto de los derechos de los menores tenga carácter prioritario y prevalezca sobre cualquier pacto o situación de hecho, con independencia de la unidad de convivencia de la que aquéllos formen parte y de la relación jurídica existente entre sus miembros.»

¹⁰⁵¹ Ex. Art. 12.2 ley cit.

Establece expresamente la norma que dichos pactos no podrán perjudicar en ningún caso a terceros¹⁰⁵² y preceptúa la responsabilidad solidaria de los miembros respecto de las «obligaciones contraídas por los gastos necesarios para el mantenimiento de la casa»¹⁰⁵³

Finalmente, y en defecto de pacto al efecto, señala, para el caso de fallecimiento de uno de sus miembros, el derecho al superviviente, además de los derechos hereditarios que le atribuya por pacto, el de «residir en la vivienda habitual durante el plazo de un año»¹⁰⁵⁴

4.5 Canarias.¹⁰⁵⁵

Esta ley surge «para dar respuesta a una demanda social, con el fin de apoyar el reconocimiento de esta forma de convivencia en el marco del Derecho común, que evite cualquier tipo de discriminación para el ciudadano, en base a sus circunstancias o convicciones personales»¹⁰⁵⁶

Importante resulta la mención especial que hace esta norma en su Preámbulo al indicar que en el capítulo cuarto se recogen los pactos reguladores de la convivencia y los concibe especialmente, desde la imperatividad a la igualdad entre los miembros de la pareja como «el instrumento regulador de las relaciones personales y económicas que se puedan derivar de la convivencia».

¹⁰⁵² Ex art.12.3 ley cit.

¹⁰⁵³ Ex art. 12.4 ley cit.

¹⁰⁵⁴ «Artículo 13 Derechos en caso de fallecimiento de uno de los convivientes. En el supuesto de no existencia de pacto, en caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, el que sobreviva tendrá derecho, independientemente de los hereditarios que se atribuyan, a residir en la vivienda habitual durante el plazo de un año».

¹⁰⁵⁵ Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias. Publicado en BOIC núm. 54 de 19 de Marzo de 2003 y BOE núm. 89 de 14 de Abril de 2003. http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/ic-15-2003.html.

¹⁰⁵⁶ Preámbulo, ley cit.

Asimismo esta norma otorga el mismo tratamiento y beneficios a este tipo de parejas que a las matrimoniales a excepción de la tributación conjunta en el tramo autonómico del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.¹⁰⁵⁷

En cuanto a los pactos convivenciales, esta ley los regula en su capítulo IV¹⁰⁵⁸ y podemos destacar de ellos lo siguiente:

- Forma: Admite cualquiera establecida en Derecho, oral y escrita.¹⁰⁵⁹, aunque prescribe su constancia en escritura pública o documento auténtico.¹⁰⁶⁰

- Materia: Tanto relaciones personales como patrimoniales «con indicación de los derechos y deberes respectivos».¹⁰⁶¹ Debemos señalar que esta norma apunta un importante avance en cuanto permite pactar entre los derechos que asisten a los miembros de la pareja «el de obtener información y autorización médica en relación con el otro miembro de la pareja, en los casos en que razones médicas lo exijan o aconsejen»

- Prestaciones económicas en caso de ruptura. También ésta se recoge su posibilidad en el mismo art. 7.1 de la ley.

Finalmente establece, igual que lo hiciera la Ley de Comunidad Autónoma de Madrid,¹⁰⁶² una presunción *iuris tantum* de contribución al mantenimiento de la casa y gastos comunes proporcional a sus ingresos, con su dedicación al hogar y, asimismo, una responsabilidad patrimonial privativa universal a cada miembro en caso de insuficiencia preceptuando que responderán por estos conceptos con sus respectivos

¹⁰⁵⁷ Vid. Preambulo ley cit y capítulo VI de la misma.

¹⁰⁵⁸ Art. 7 Regulación de la convivencia.

¹⁰⁵⁹ Idem art. 5 Ley autonómica balear.

¹⁰⁶⁰ Art. 7.2 ley cit. «En todo caso, será necesario que tales pactos de convivencia consten en escritura pública o en otro documento que reúna las condiciones de autenticidad».

¹⁰⁶¹ Ex art. 7.1 Ley autonómica canaria.

¹⁰⁶² Vid art. 4 ley cit.

patrimonios.¹⁰⁶³ Apostilla la ley que esta presunción, que admite prueba en contrario «será de aplicación a los efectos de la actividad administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias, y siempre que no sea contrario a la normativa civil aplicable».¹⁰⁶⁴

En cuanto a los derechos y obligaciones aplicables a las parejas de hecho respecto a la aplicación de la normativa de Derecho Público de la Comunidad Autónoma en cuestión la ley les reconoce los mismos derechos y obligaciones que a los cónyuges en materia de los beneficios en los Impuestos de Sucesiones y Donaciones, Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y deducciones automáticas en la base imponible del IRPF, a excepción de la tributación conjunta en la declaración de este último impuesto.¹⁰⁶⁵

En cuanto a las limitaciones de estos pactos, la ley prescribe la inscripción voluntaria de los mismos en el Registro de Parejas de Hecho «siempre que no sean contrarios a las leyes o limitativos de la igualdad de derechos que corresponden a cada conviviente».¹⁰⁶⁶ Y añade que «En ningún caso se inscribirán los pactos cuyo objeto sea exclusivamente personal o atenten a la esfera de la intimidad de los convivientes»¹⁰⁶⁷ y que «En todo caso, los pactos a que se refiere este capítulo, estén o no inscritos en el Registro de

Parejas de Hecho, sólo surtirán efectos entre las partes firmantes,¹⁰⁶⁸ y nunca podrán perjudicar a terceros.¹⁰⁶⁹

¹⁰⁶³ Art. 7.3, ley cit «En defecto de pacto, se presumirá, salvo prueba en contrario, que los miembros de la pareja contribuyen al mantenimiento del hogar y a los gastos comunes con el trabajo doméstico y con sus recursos, en proporción a sus ingresos respectivos y, si no son suficientes, de acuerdo con sus patrimonios respectivos».

¹⁰⁶⁴ Vid. Art. 7.4 ley cit.

¹⁰⁶⁵ Ex art. 12, ley cit.

¹⁰⁶⁶ Art. 8.1, ley cit.

¹⁰⁶⁷ Art. 8.3, ley cit.

¹⁰⁶⁸ Con el mismo tenor, las leyes autonómicas de Andalucía y Asturias.

¹⁰⁶⁹ Art. 8.4, ley cit.

4.6 Extremadura¹⁰⁷⁰

Esta Comunidad creó su propio Registro de Uniones de Hecho¹⁰⁷¹ y en cuanto a la libertad de pactos de los miembros de las parejas de hecho de esta Comunidad y sus limitaciones son las que a continuación expresamos.

Llamamos la atención al pronunciamiento expreso que realiza esta norma al inicio de su articulado proclamando el principio de no discriminación ni por razones ideológicas, ni de filiación ni matrimonial, ni por razón de la constitución de la pareja en base a su sexo.¹⁰⁷²

También admite libertad de pactos para que sean reguladas tanto las relaciones económicas de sus miembros como las consecuencias del cese de la misma, si bien exige escritura pública para ello.¹⁰⁷³

Asimismo y siguiendo la línea de las Comunidades de Canarias y Madrid, establece, en defecto de pacto, una presunción *iuris tantum* de contribución al mantenimiento de la casa y gastos comunes proporcional a sus ingresos.¹⁰⁷⁴

Esta norma establece unos requisitos *ad validitatem* para la inscripción de los pactos que realicen los convivientes declarando «Serán nulos y carecerán de validez los pactos contrarios a las leyes, limitativos de la igualdad de derechos que corresponde a cada conviviente o gravemente perjudiciales para uno de ellos, así como aquéllos cuyo objeto sea exclusivamente personal o que afecten a la intimidad de los convivientes»¹⁰⁷⁵

¹⁰⁷⁰ Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura. Publicado en DOE núm. 42 de 08 de Abril de 2003 y BOE núm. 111 de 09 de Mayo de 2003. http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/ex-15-2003.html

¹⁰⁷¹ Mediante Decreto 35/1997, de 18 de marzo, desarrollado por la Orden de 14 de mayo de 1997 de la Consejería de Bienestar Social.

¹⁰⁷² «Artículo 1 Objeto: principio de no discriminación. En la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico extremeño, nadie puede ser discriminado por razón del grupo familiar del que forme parte, tenga éste su origen en la filiación, en el matrimonio o en la unión de dos personas constituidas en pareja de hecho, con independencia de su sexo.»

¹⁰⁷³ Ex art. 6 ley cit. En la misma línea, Canarias y Madrid.

¹⁰⁷⁴ Art. 6.2 ley cit.

¹⁰⁷⁵ Art. 6.3 ley cit.

Declara que estos pactos sólo tendrán efectos inter partes y que en ningún caso perjudicarán a terceros¹⁰⁷⁶ y su inscripción será voluntaria y a petición de ambos miembros¹⁰⁷⁷ con las limitaciones del cumplimiento de los requisitos de validez expresados en el apartado 3 de este artículo 6.

Contempla la posibilidad facultativa de reclamación económica tras la ruptura común al conviviente que se hubiere dedicado al cuidado del hogar familiar o bien hubiere trabajado para el otro miembro cuando se de desequilibrio económico entre ambos o insuficiencia de recursos tras el cese.¹⁰⁷⁸

En cuanto a los pactos sobre las relaciones paterno-filiales, la ley hace una remisión imperativa a la legislación civil vigente.¹⁰⁷⁹

Finalmente, esta ley autonómica realiza una amplia equiparación de los miembros de las parejas de hecho con los cónyuges en cuanto a beneficios de la función pública,¹⁰⁸⁰ prestaciones sociales,¹⁰⁸¹ derechos y obligaciones en cuanto a la aplicación de la normativa de Derecho Público,¹⁰⁸² y de régimen fiscal en cuanto al cómputo de rendimientos y la aplicación de deducciones y/o exenciones.¹⁰⁸³

4.7 País Vasco¹⁰⁸⁴

Dice la Exposición de Motivos de esta ley lo siguiente: «En el ejercicio de la libertad personal, muchas personas constituyen unidades de relación afectivo-sexuales de carácter estable sin llegar a formalizarlas en un contrato matrimonial, bien porque no desean sujetarse a este régimen, bien porque, al tratarse de parejas del mismo sexo, no

¹⁰⁷⁶ Art. 6.3 ley cit. En la misma línea: Canarias, Andalucía y Asturias.

¹⁰⁷⁷ Art. 6.3 ley cit.

¹⁰⁷⁸ Art. 7 ley cit.

¹⁰⁷⁹ Art. 9 ley cit.

¹⁰⁸⁰ Art. 10 ley cit.

¹⁰⁸¹ Ar5t. 11 ley cit.

¹⁰⁸² Art. 12 ley cit.

¹⁰⁸³ Art. 13.

¹⁰⁸⁴ Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho (País Vasco). <http://www.boe.es/boe/dias/2011/11/25/pdfs/BOE-A-2011-18545.pdf>.

tienen la posibilidad de casarse...» y advierte la necesidad de una regulación específica para dar respuesta a esta demanda social cada vez más creciente «Estas uniones dan lugar a verdaderos núcleos familiares no sujetos actualmente a ninguna regulación jurídica, más allá de la interpretación que los jueces y tribunales formulan en aquellos casos en los que el desamparo del derecho produce la judicialización de los conflictos».

Esta norma autonómica pretende poner fin a la discriminación que existía en torno a la elección del modelo convivencial sexual-afectivo.¹⁰⁸⁵

Al efecto, le dedica el Capítulo II,¹⁰⁸⁶ con dos preceptos. El 1º (art. 5) dedicado a la «Regulación de la relación y régimen económico», estableciendo en su primer apartado la posibilidad de los futuros convivientes de hecho de poder regular sus relaciones tanto personales como patrimoniales así como sus respectivos deberes y derechos admitiendo la libertad de forma para ello, tanto en documento público como privado.¹⁰⁸⁷

En el párrafo siguiente del mismo precepto prohíbe el acuerdo en cuanto a la fijación del carácter temporal de la misma ni su sometimiento a condición, conminando, asimismo, a la Administración Pública a no inscribir los pactos que «atentaran contra los derechos fundamentales y las libertades públicas de cualquiera de sus miembros.»¹⁰⁸⁸

En su siguiente artículo, señala, subsidiariamente y en defecto de pacto, las cláusulas generales a las que permite adherirse a los miembros de la citada pareja y que, a modo

¹⁰⁸⁵ «La presente Ley se configura, en consecuencia, como un texto que pretende, fundamentalmente, poner fin a la discriminación legal que padecen muchas personas al hacer uso de su libertad de configurar el modelo de familia que se adecua al desarrollo de su personalidad, dentro de un marco de respeto a todas las opciones afectivo-sexuales y a los principios de pluralidad, igualdad y libertad. A tal fin, la ley incluye, en el Capítulo I, un artículo que prohíbe la discriminación por razón del grupo familiar en el que cada cual se integra y por razón de la orientación sexual, tanto en la interpretación como en la aplicación del ordenamiento jurídico, artículo que reviste una especial importancia por su universalidad» (Exposición Motivos Ley, II)

¹⁰⁸⁶ Arts. 5 y 6, ley cit.

¹⁰⁸⁷ Art. 5, ley cit. «1. Los miembros de la pareja de hecho podrán regular las relaciones personales y patrimoniales derivadas de su unión, mediante documento público o privado, con indicación de sus respectivos derechos y deberes, así como las compensaciones económicas para el caso de disolución de la pareja».

¹⁰⁸⁸ Vid. Art. 5.2, ley cit.

de catálogo abierto, señala las siguientes en cuanto a las mencionadas materias reguladas..

En cuanto a los gastos de sostenimiento del hogar familiar admitiendo al efecto tanto el trabajo personal como contribución económica y en sus distintas modalidades¹⁰⁸⁹ advirtiéndole al efecto que «No tendrán la consideración de gastos comunes los derivados de la gestión y la defensa de los bienes propios de cada miembro, ni, en general, los que respondan al interés exclusivo de uno de los miembros de la pareja.»

Del mismo modo dispone la prohibición «enajenar, gravar o, en general, disponer de su derecho sobre los bienes comunes de cualquier forma que comprometa su uso sin el consentimiento del otro».¹⁰⁹⁰

Regula, como efectos del cese convivencial, la fijación de una pensión periódica en determinados casos¹⁰⁹¹ y el derecho del miembro superviviente «y siempre que no perjudique a la legítima de los herederos forzosos, a la propiedad del ajuar doméstico y al uso de la vivienda común durante el año siguiente a la defunción, salvo si constituyera nueva pareja de hecho o contrajera matrimonio común durante el año siguiente a la defunción, salvo si constituyera nueva pareja de hecho o contrajera matrimonio».¹⁰⁹²

¹⁰⁸⁹ Art. 6.1. «aportación económica o trabajo personal. Se considerará contribución a los gastos comunes el trabajo doméstico, la colaboración personal o profesional no retribuida o insuficientemente retribuida a la profesión o a la empresa del otro miembro, así como los recursos procedentes de su actividad o de sus bienes, en proporción a sus ingresos respectivos, y, si éstos no fueran suficientes, en proporción a sus patrimonios...»

¹⁰⁹⁰ Art. 6.1 in fine ley cit.

¹⁰⁹¹ Art. 6.2 «1. Si la unión hubiera supuesto disminución en la capacidad del solicitante de obtener ingresos. 2. Si el cuidado de los hijos e hijas comunes a su cargo le impidieran la realización de actividades laborales o las dificultara seriamente. b) Una compensación económica a favor del miembro de la pareja que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro miembro, en el caso de que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre el patrimonio de ambos que implique un enriquecimiento injusto.»

¹⁰⁹² Art. 6.2 c)

4.8 Cantabria¹⁰⁹³

El objetivo de esta ley se incardina en «...promover la igualdad de todos los ciudadanos y ciudadanas de nuestra Comunidad Autónoma a través de la institución familiar. No cabe duda de que todavía subsisten obstáculos para conseguir este objetivo que sólo podrán superarse a partir del impulso político y la convicción social de que el derecho a la diversidad es inherente a la propia dignidad de la persona...».¹⁰⁹⁴

Esta Ley exige escritura pública para los pactos de índole económico¹⁰⁹⁵ y al igual que otras comunidades forales¹⁰⁹⁶ normativiza, en defecto de pacto, una presunción *iuris tantum* de contribución proporcional de cada miembro de la pareja como contribución al sostenimiento de las cargas familiares por medio de su trabajo personal o de sus ingresos.

Sanciona con nulidad e invalidez los pactos que sean contrarios a las leyes, limitativos de derechos, perjudiciales para alguno de sus miembros, que sean de objeto exclusivamente personal o que afecten a la intimidad de sus miembros.¹⁰⁹⁷

Importante resulta destacar que la inscripción registral de estos pactos o acuerdos tendrá efectos meramente declarativos que no constitutivos y siempre que sean válidos y se realice a petición de ambos componentes de la pareja de hecho.¹⁰⁹⁸

En cuanto a los efectos de los mismos, indicar que sólo surtirán inter partes y nunca perjudicarán a los terceros de buena fe.¹⁰⁹⁹

¹⁰⁹³ LEY 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria. BOE núm. 135 Martes 7 junio 2005.

<http://www.boe.es/boe/dias/2005/06/07/pdfs/A19195-19199.pdf>.

¹⁰⁹⁴ Preámbulo ley cit.

¹⁰⁹⁵ Ex art. 8.1 Ley autonómica cit.

¹⁰⁹⁶ Madrid, Canarias, Extremadura, entre otras.

¹⁰⁹⁷ Ex. Art. 8.3, ley cit.

¹⁰⁹⁸ Ex. Art. 8.4 ley cit.

¹⁰⁹⁹ Ex Art. 8.5.

Recoge la concesión de una pensión económica en caso de desigualdad tras el cese legitimando al miembro que se quedara en peor situación económica bien porque haya dedicado su trabajo al cuidado del hogar o haya trabajado para el otro miembro habiendo supuesto un enriquecimiento injusto para el mismo.¹¹⁰⁰

Respecto a los pronunciamiento sobre los menores, la norma hace una remisión expresa a la aplicación de la legislación civil vigente en materia de relaciones paterno-filiales «En caso de disolución en vida de la pareja de hecho, la guarda y custodia de los hijos e hijas comunes y el régimen de visitas, comunicación y estancia se determinará en aplicación de la legislación civil vigente en materia de relaciones paterno-filiales».¹¹⁰¹

4.9 Comunidad Valenciana¹¹⁰²

En primer lugar, hemos de señalar que esta Ley fue recurrida mediante recurso de inconstitucionalidad n.º 4522-2013,¹¹⁰³ y mediante auto del Pleno del Tribunal Constitucional y que promovió la Abogacía del Estado representando a la Provedencia Gubernamental nacional acordó mantener la suspensión del art. 14¹¹⁰⁴ de dicha Ley levanto la suspensión al resto producida en su día por la admisión a trámite del

¹¹⁰⁰ Ex. Art 9 ley cit.

¹¹⁰¹ Art. 10, ley cit.

¹¹⁰² LEY 5/2012, de 15 de octubre, de la Generalitat, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana. [2012/9566]

(DOCV núm. 6884 de 18.10.2012) Ref. Base Datos 009462/2012

http://www.docv.gva.es/portal/ficha_disposicion.jsp?id=26&sig=009462/2012&L=1&url_lista=%26amp%3Bamp%3BCHK_TEXTO_LIBRE%3D1%26amp%3Bamp%3BFECHA_INICIAL%3D12%2F10%2F2012%26amp%3Bamp%3BFECHA_FINAL%3D01%2F11%2F2012%26amp%3Bamp%3Btipo_searc%3Dlegislacion%26amp%3Bamp%3Bnum_tipo%3D6%26amp%3Bamp%3BTD%3DLey.

¹¹⁰³ contra la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de la Generalitat, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana. Publicado en BOE núm. 221 de 14 de Septiembre de 2013.

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/513033-recurso-de-inconstitucionalidad-4522-2013-contrala-ley-5-2012-de-15-oct.html.

¹¹⁰⁴ Art. 14 ley recurrida «Artículo 14. Derechos de la persona conviviente supérstite en la sucesión de la persona premuerta. Si durante la unión de hecho formalizada tuviere lugar la muerte o la declaración de fallecimiento de alguna de las personas convivientes, quien sobreviva ocupará en la sucesión la misma posición que corresponde legalmente al cónyuge supérstite».

mencionado recurso¹¹⁰⁵ levantándose la suspensión en lo demás, suspensión que se produjo con la admisión del mencionado recurso de inconstitucionalidad.

Dice el Preámbulo de esta ley¹¹⁰⁶:

<<En los últimos años han aparecido, junto al matrimonio, otras formas de convivencia more uxorio, cada vez más numerosas y más aceptadas por la sociedad, que demandan una adecuada regulación. El hecho de que dos personas, con independencia de su sexo, convivan unidas por un vínculo de afectividad análoga a la conyugal, crea un conjunto de relaciones, derechos y deberes personales y patrimoniales, tanto entre sus miembros como con relación a terceras personas, que en la actualidad no pueden ser desconocidos por el derecho positivo y que merecen la protección de los poderes públicos mediante la correspondiente legislación>>.

Especial mención realiza esta norma en orden al objeto de su regulación cuando dice expresamente «La Ley regula las uniones de hecho formalizadas, en las cuales quienes conviven manifiestan de forma expresa su voluntad de constituir una unión de hecho, formalizando la misma mediante su inscripción en el Registro de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana» y regula que, en defecto de pacto siempre, con carácter subsidiario «... les reconoce un abanico de derechos y deberes vinculados a dicha convivencia, con inevitables efectos personales y patrimoniales, tanto durante su vigencia como en el momento de su extinción».¹¹⁰⁷

Esta ley, tal vez porque sea la última, y por tanto la más reciente, o tal vez por ambos hechos, resulta la más avanzada normativamente.

Destacamos en lo que respecta al tema que nos ocupa de los pactos que, admite la plena libertad respecto a materias personales, económicas y fijación de pensiones económicas tras el cese de la convivencia.¹¹⁰⁸

Declara nulos todos aquellos pactos que sean contrarios «a la ley, la moral o el orden público» así como los limitativos de derechos a los miembros de la pareja.¹¹⁰⁹

¹¹⁰⁵ «Boletín Oficial del Estado» número 221, de 14 de septiembre de 2013 («B.O.E.» 13 diciembre).

¹¹⁰⁶ Antecedente de la misma fue la Ley 1/2001, de 6 de abril, de la Generalitat, por la que se regulan las uniones de hecho.

¹¹⁰⁷ Preámbulo ley cit.

¹¹⁰⁸ Ex art. 7.1, ley cit.

Contempla que, en defecto de pacto expreso, sobre el Régimen Económico Matrimonial aplicable a la pareja, será de aplicación subsidiaria las normas contenidas en el cap. III de esta Ley.

Por otra parte, establece una presunción *iuris et de iure*¹¹¹⁰ sobre el derecho de alimentos regulado en el art. 9 de esta ley.¹¹¹¹

Asimismo admite *ex novo* pactos recogidos en escritura pública e inscripción registral debida¹¹¹² produciendo efectos frente a terceros aún los no inscritos siempre y cuando tuvieran constancia de los mismos,¹¹¹³ estableciendo el silencio administrativo en el caso de no responder expresamente frente a la solicitud de inscripción transcurridos 3 meses desde dicha petición.¹¹¹⁴

Por su parte el art. 9 de la citada norma establece expresamente un derecho de alimentos a «Quienes convivan en una unión de hecho formalizada tienen la obligación de prestarse alimentos en la forma y cuantía previstas en el Código Civil con preferencia a cualquier otra persona obligada a prestarlos».

Novedoso también resulta el establecimiento de la responsabilidad patrimonial solidaria respecto de los bienes comunes y privativos de cada miembro para responder

¹¹⁰⁹ Ex art. 7.1 in fine.

¹¹¹⁰ Art. 7.1.2º párrafo «En defecto de pacto sobre el régimen económico, serán de aplicación las normas del capítulo III de esta ley. El derecho de alimentos del artículo 9 no admite pacto en contrario.»

¹¹¹¹ «Artículo 9. Derecho de alimentos. Quienes convivan en una unión de hecho formalizada tienen la obligación de prestarse alimentos en la forma y cuantía previstas en el Código Civil con preferencia a cualquier otra persona obligada a prestarlos.»

¹¹¹² En sus respectivos registros según sea la catalogación y naturaleza de los bienes objeto de los pactos (muebles, inmuebles, etc.)

¹¹¹³ Art. 7.2 «2. Para que dichos acuerdos produzcan efectos frente a terceras personas, deberán formalizarse en escritura pública e inscribirse en el Registro de Uniones de Hecho Formalizadas, y, caso de afectar a inmuebles o bienes inscribibles, en el Registro de la Propiedad o Registro correspondiente a la naturaleza de los mismos. Aunque tales acuerdos no estuvieran documentados ni inscritos, podrán perjudicar a las terceras personas que tuvieran conocimiento de los mismos»

¹¹¹⁴ Art. 7.3 ley cit.

frente a las obligaciones contraídas para hacer frente a los gastos comunes de la unión que regula el art.8 de esta ley.¹¹¹⁵

Atribuye el ajuar doméstico y uso de la vivienda por 1 año al miembro de pareja sobreviviente¹¹¹⁶ y le equipara al cónyuge supérstite en cuanto a las relaciones personales y familiares respecto del ejercicio de las acciones de incapacidad, ausencia, fallecimiento, prodigalidad, curatela y tutela en caso de fallecimiento o muerte del otro miembro de la pareja.¹¹¹⁷

4.10 Aragón¹¹¹⁸

En materia de parejas de hecho, el legislativo aragonés ha sido muy prolífero y ha promulgado numerosas normas para dar cobertura jurídica a esta realidad cada vez socialmente más difundida.

Política legislativa que se inició en 1996 y que continuó tres años más tarde cuando aprobó la Ley 6/1999, de 26 de marzo, «relativa a parejas estables no casadas, en las que exista relación de afectividad análoga a la conyugal, ya sean del mismo o distinto sexo, dando el legislador aragonés respuesta a las principales cuestiones que estos tipos

¹¹¹⁵ Art. 8 ley cit. «1. Son gastos comunes de la unión de hecho formalizada los necesarios para el mantenimiento de sus miembros y el de los hijos e hijas comunes que convivan en el hogar familiar, y en especial: a) Los que tengan la consideración legal de alimentos. b) Los de conservación o mantenimiento de la vivienda familiar u otros bienes de uso necesario de la pareja.2. No son gastos comunes los derivados de la gestión y defensa de los bienes propios de cada miembro, ni los que respondan a su interés exclusivo.3. Los bienes de quienes convivan están sujetos a la satisfacción de los gastos comunes de la unión. Cuando cualquiera de las partes incumpliere su deber de contribuir a dicha satisfacción, se podrá interesar de la autoridad judicial que adopte las medidas cautelares que estime convenientes a fin de asegurarla, así como los anticipos necesarios y la previsión de necesidades futuras.4. Cualquiera de las partes podrá realizar actos para atender las necesidades ordinarias de la unión, conforme a las circunstancias de la misma y a los usos sociales»

¹¹¹⁶ Art. 12.

¹¹¹⁷ Art. 13.

¹¹¹⁸ DECRETO LEGISLATIVO 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. Núm. 63 Boletín Oficial de Aragón.

<http://www.boa.aragon.es/cgi-bin/EBOA/BRSCGI?CMD=VEROBJ&MLKOB=588310770505>.

de convivencias provocan, especialmente en los casos de extinción en vida o en caso de fallecimiento de uno de los convivientes». ¹¹¹⁹

Señalar que esta norma equipara este tipo de parejas a las matrimoniales en materias de adopción.

A continuación promulgó la Ley 2/2004, de 3 de mayo, por la que se extendió la equiparación a las parejas homosexuales.

Finalmente señalar que «la Ley de parejas estables no casadas ha sido modificada también por la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, que ha derogado el apartado 2 del art. 7 y el art. 8 y ha dado nueva redacción a la letra b) del art. 7.1 y al apartado 3 del art. 7 que pasa a ser ahora el 2». ¹¹²⁰

Y llegamos al *Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón*, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón que le dedica específicamente sus arts. 303 a 315 a este tipo de parejas estables, en su Título VI, rubricado bajo el título «De las parejas estables no casadas».

Así tenemos, y en lo que aquí nos interesa, que el art. 307, al contemplar el «Régimen de convivencia y normas de aplicación supletoria» consagra la libertad de pactos y admite la regulación por los miembros de la pareja de sus relaciones personales y patrimoniales «mediante convenio recogido en escritura pública» ¹¹²¹ con las limitaciones de que «perjudiquen no perjudiquen los derechos o dignidad de cualquiera de los otorgantes y no sean contrarios a normas imperativas aplicables en Aragón». Tampoco podrá pactarse la temporalidad de la convivencia ni sometimiento de la misma a condición ¹¹²² y contempla, en defecto de pacto, la contribución proporcional de los

¹¹¹⁹ Exposición de Motivos III, RD., citado.

¹¹²⁰ Vid. Exp. Mot. III, in fine.

¹¹²¹ Art. 7.1, RD. cit.

¹¹²² Art. 7.2 RD, cit

miembros de la pareja con sus recursos al mantenimiento de la vivienda y gastos comunes,¹¹²³ especificando que «Tendrán la consideración de gastos comunes de la pareja los necesarios para su mantenimiento y el de los hijos comunes o no que convivan con ellos, incluyendo el derecho a alimentos, educación, atenciones médico-sanitarias y vivienda».¹¹²⁴

Asimismo, la norma establece una responsabilidad patrimonial solidaria de los miembros de pareja frente a terceros por «las obligaciones contraídas por los gastos a que se refiere el número anterior, si se adecuan a los usos sociales; en cualquier otro caso, tan solo respondería quien hubiera contraído la obligación».¹¹²⁵

En cuanto a los efectos patrimoniales tras el cese de la convivencia, la ley prevé la reclamación de una pensión económica en caso de desigualdad patrimonial entre ambos miembros que le hubiera supuesto un enriquecimiento injusto al otro en los siguientes casos «a) Cuando el conviviente ha contribuido económicamente o con su trabajo a la adquisición, conservación o mejora de cualquiera de los bienes comunes o privativos del otro miembro de la pareja estable no casada. b) Cuando el conviviente, sin retribución o con retribución insuficiente, se ha dedicado al hogar, o a los hijos del otro conviviente, o ha trabajado para éste»,¹¹²⁶ sujetando este plazo de reclamación a la caducidad de 1 año «a contar desde la extinción de la pareja estable no casada, ponderándose equilibradamente en razón de la duración de la convivencia».¹¹²⁷

Asimismo, en el caso de fallecimiento de cualquiera de sus miembros, el conviviente superviviente tendrá derecho, con independencia de lo acordado en la escritura pública otorgada, testamento o pactos sucesorios, al «mobiliario, útiles e instrumentos de trabajo que constituyan el ajuar de la vivienda habitual, con exclusión solamente de las

¹¹²³ Art. 7.3, primer párrafo «3. En defecto de pacto, los miembros de la pareja estable contribuirán al mantenimiento de la vivienda y gastos comunes con sus recursos, en proporción a sus ingresos respectivos y, si no son suficientes, de acuerdo con sus patrimonios, sin perjuicio de que cada uno conserve la propiedad, administración y disfrute de sus propios bienes».

¹¹²⁴ Art. 7.3. último párrafo.

¹¹²⁵ Art. 7.4, RD., cit.

¹¹²⁶ Art. 310 RD., cit.

¹¹²⁷ Art. 310.2 RD., cit.

joyas u objetos artísticos de valor extraordinario o de los bienes de procedencia familiar»¹¹²⁸ y a residir gratuitamente durante un año en la vivienda habitual.¹¹²⁹

Esta norma permite, además, la posibilidad de adopción conjunta¹¹³⁰ y establece una obligación de alimentos preferencial a cualquier persona legalmente obligada¹¹³¹

Finalmente, equipara en derechos a las parejas casadas en cuanto a la aplicación de la Normativa aragonesa «que no tenga carácter tributario».¹¹³²

4.11 Cataluña¹¹³³

El Código Civil catalán regula en su artículo 234-5 los pactos en previsión del cese de la convivencia y admite que los convivientes pueden realizar en escritura pública los pactos que estimen convenientes para regular la ruptura de la pareja aplicándoseles al efecto lo dispuesto en el art. 231-20 de esta norma.¹¹³⁴

Asimismo recoge la posibilidad de pactar estos efectos una vez producido el mencionado cese,¹¹³⁵ pudiendo, con el consentimiento de ambos, someter estos acuerdos a aprobación judicial,¹¹³⁶ aplicándoseles al efecto los arts. 233-4 y 233-5 de esta norma sustantiva civil autonómica.¹¹³⁷

¹¹²⁸ Art. 311.1 RD., cit.

¹¹²⁹ Art. 311.2 «Asimismo, el supérstite podrá, independientemente de los derechos hereditarios que se le atribuyan, residir gratuitamente en la vivienda habitual durante el plazo de un año. Núm. 63 Boletín Oficial de Aragón 29/03/2011 6576».

¹¹³⁰ Art. 312 RD., cit.

¹¹³¹ Artículo 313. «Derecho de alimentos. Los miembros de la pareja están obligados a prestarse entre sí alimentos, con preferencia a cualesquiera otras personas legalmente obligadas».

¹¹³² Art. 315 RD., cit.

¹¹³³ El Libro Segundo de su Código Civil le dedica los art. 231-1 a 231-15 a las parejas estables. Ley cit.

¹¹³⁴ «Article 234-5. *Pactes en previsió del cessament de la convivència.* En previsió del cessament de la convivència, els convivents poden pactar en escriptura pública els efectes de l'extinció de la parella estable. A aquests pactes se'ls aplica l'article 231-20.»

¹¹³⁵ Vid. Art. 234-6, ley cit.

¹¹³⁶ Ex art. 234-6.2

¹¹³⁷ Vid. Art. 234-6, ley cit.

Para el caso de ruptura, la norma permite pactar los siguientes extremos:

1. La atribución del uso del hogar convivencial a uno de ellos con las condiciones de mantenimiento al efecto así como los alimentos a los hijos que convivan en él.¹¹³⁸ En defecto de acuerdo o falta de aprobación judicial del mismo en el supuesto de existencia común de hijos, permite que el juez atribuya su uso teniendo en cuenta: el miembro en cuyo poder queden los hijos¹¹³⁹ las condiciones; en caso de guarda y custodia compartida, el que esté más necesitado de ambos¹¹⁴⁰ y siempre teniendo en cuenta el derecho del propietario del mismo en el supuesto de que no sea el adjudicatario final del mismo a la hora de fijar la cuantía por alimentos o la prestación alimentaria que pudiera corresponderle al miembro cuyo uso le haya sido adjudicado judicialmente¹¹⁴¹ y, en todo caso, será de aplicación para su atribución o distribución de uso lo establecido en los artículos 233-20.6 y 7 y 233-21 a 233-35¹¹⁴²

Asimismo, la ley establece una compensación económica por la dedicación al trabajo doméstico al miembro que se haya dedicado al mismo sin retribución o con retribución insuficiente siempre que al otro le haya representado ello un enriquecimiento injusto en el momento del cese y se cumplan los requisitos que al efecto señala el art. 232-6 del Cccat¹¹⁴³ aplicándole lo establecido en los arts. 232-5 y 232-10 de la misma norma legal.¹¹⁴⁴

También esta ley contempla la posibilidad de reclamar, en caso de cese, una prestación alimenticia a cualquiera de los miembros si le resulta necesaria para atender adecuadamente sus necesidades en los supuestos establecidos en el art. 231-10 de esta

¹¹³⁸ Ex art. 234-8.1 ley cit.

¹¹³⁹ Ex art. 234.8.2.a) ley cit.

¹¹⁴⁰ Ex art 234.8.b) ley cit.

¹¹⁴¹ «Art 224-3. L'atribució o distribució de l'ús de l'habitatge, si aquest pertany en tot o en part al membre de la parella que no n'és beneficiari, ha d'ésser tinguda en compte per a la fixació dels aliments als fills i la prestació alimentària que eventualment meriti l'altre membre de la parella».

¹¹⁴² Ex art. 224-8.4 ley cit.

¹¹⁴³ Ex art. 234-9.1 Cccat.

¹¹⁴⁴ Ex art 234.9.2 Cccat.

ley.¹¹⁴⁵ Siendo que el pago de la misma puede realizarse en forma de capital o pensión.¹¹⁴⁶ En caso de desacuerdo, el juez resolverá la forma aplicando lo establecido en el art. 233-17 del Cccat.¹¹⁴⁷ Todo ello teniendo en cuenta que la pensión tiene carácter temporal de tres anualidades como máximo salvo que la fundamentación de la misma sea el empeoramiento del alimentista para obtener ingresos por la dedicación al cuidado de los hijos comunes en cuyo caso se puede fijar mientras dure esta guarda.¹¹⁴⁸ La pensión pensionada puede modificarse en las condiciones fijadas en el art. 233-18 del Cccat.¹¹⁴⁹ La extinción de esta pensión se regirá por lo dispuesto en el art. 233-19 de esta norma,¹¹⁵⁰ prescribiendo la solicitud de este derecho al año a contar desde la extinción de la pareja estable.¹¹⁵¹

4.12 Navarra¹¹⁵²

El motivo de la presente norma es:

<<eliminar las discriminaciones que por razón de la condición o circunstancia personal o social de los componentes de la familia, entendida en la multiplicidad de formas admitidas culturalmente en nuestro entorno social, perduran en la legislación, y perfeccionar el desarrollo normativo del principio constitucional de protección social, económica y jurídica de la familia, adecuando la normativa a la realidad social de este momento histórico¹¹⁵³>>.

¹¹⁴⁵ Article 234-10. *Prestació alimentària.* «1. Si la parella estable s'extingeix en vida dels convivents, qualsevol dels convivents pot reclamar a l'altre una prestació alimentària, si la necessita per a atendre adequadament la seva sustentació, en un dels casos següents: a) Si la convivència ha minvat la capacitat del sol·licitant d'obtenir ingressos. b) Si té la guarda de fills comuns, en circumstàncies en què la seva capacitat d'obtenir ingressos resti minvada. 2. Els pactes de renúncia a la prestació alimentària no són eficaços en allò que comprometin la possibilitat d'atendre les necessitats bàsiques del convivent que té dret a demanar, llevat que hagin estat incorporats a una proposta de conveni presentada d'acord amb l'article 234-6. 3. Si un dels convivents mor abans que passi un any des de l'extinció de la parella estable, l'altre, en els tres mesos següents a la mort, pot reclamar als hereus el seudret a la prestació alimentària. La mateixa regla s'ha d'aplicar si el procediment adreçat a reclamar la prestació alimentària s'extingeix per la mort del convivent que l'hauria de pagar».

¹¹⁴⁶ Ex art. 234-11.1 ley cit.

¹¹⁴⁷ Ex art. 234-11.2 Cccat.

¹¹⁴⁸ Ext art. 234.11.3 Cccat.

¹¹⁴⁹ Ex art 234-11.4 Ccat.

¹¹⁵⁰ Ex art. 234-12 Cccat.

¹¹⁵¹ Ex art 234-13 Ccat.

¹¹⁵² Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables. BON núm. 82 de 07 de Julio de 2000 y BOE núm. 214 de 06 de Septiembre de 2000. http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/na-16-000.html.

¹¹⁵³ Exposición de Motivos ley cit, último párrafo.

Esta ley le dedica el Capítulo II rubricado «Contenido de la relación de pareja» a las parejas estables. Así el art. 5 regula la convivencia admitiendo la libre regulación por los convivientes de sus relaciones personales y patrimoniales siempre mediante documento público o privado con especificación de sus derechos y deberes respectivos, así como las compensaciones económicas que estimen por conveniente para el caso de ruptura..¹¹⁵⁴

Conviene aclarar que recogemos aquí únicamente los supuestos que no han sido declarados inconstitucionales y nulos por la Sentencia de la Sala Pleno del Tribunal Constitucional 93/2013, 23 abril 2013.

La norma establece una presunción de contribución proporcional, en defecto de pacto, de cada miembro al mantenimiento de la vivienda familiar y gastos comunes bien mediante el trabajo personal doméstico bien mediante aportaciones económicas.¹¹⁵⁵

En cuanto a la adopción, el art. 8 la permite de forma «conjunta con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio»¹¹⁵⁶ remitiéndose a las disposiciones forales sobre adopciones y acogimiento.¹¹⁵⁷

5. El Elemento Extranjero. La nueva pareja del fundador de la EF.

Finalmente, concluimos este capítulo con la apreciación de una realidad que cada vez se hace más evidente en el entorno *mercafamiliar* de este tipo de empresas que venimos estudiando y es en lo referente a las relaciones que se están produciendo de los fundadores de estas EFs, generalmente rozando la octogenia, que se unen sentimental, ya sea por vínculo matrimonial o afectivo, a mujeres procedentes de otros países y, en

¹¹⁵⁴ Ex art 5.1 ley cit.

¹¹⁵⁵ Art. 5 «3. En defecto de pacto, los miembros de la pareja estable contribuirán, proporcionalmente a sus posibilidades, al mantenimiento de la vivienda y de los gastos comunes, mediante aportación económica o trabajo personal. Se considerará contribución a los gastos comunes el trabajo doméstico, la colaboración personal o profesional no retribuida o insuficientemente retribuida a la profesión o a la empresa del otro miembro, así como los recursos procedentes de su actividad o de sus bienes, en proporción a sus ingresos respectivos y, si éstos no fueran suficientes, en proporción a sus patrimonios»

¹¹⁵⁶ Apartado 1 de este art. 8, ley cit.

¹¹⁵⁷ Ex art. 8.2 ley cit.

general, más jóvenes que éstos y que vienen a nuestro país a fin de sobrevivir y/o vivir habiendo dejado en sus países de origen, en muchas ocasiones, su familia e incluso hijos, a los que envían manutención económica desde aquí para el sustento de ellos allá.

Estos supuestos muy frecuentes es el referido a los viudos fundadores, cuya empresa suele estar dirigida por la segunda generación (hijos) y en preparación la tercera (nietos), siendo que los fundadores se sienten aún jóvenes y en muy buenas condiciones tanto para seguir liderando la EF como para rehacer su vida sentimental al lado de una compañera mucho más joven que él.

La falta de previsión, mediante, pactos y acuerdos entre todos los afectados de esta situación originará en su día numerosos conflictos que repercutirán, sin duda, tanto en la EF, la familia empresaria y los miembros familiares y la nueva pareja entre sí.

Para ello y en evitación de todas estas circunstancias, la previsión mediante los pactos que hemos estado estudiando se hace conveniente y necesaria a fin de acoplar la situación futura real a la mercafamiliar mediante los recursos jurídicos que estamos estudiando sin que ninguno de los factores en juego detallados se vea afectado negativamente y haya un concurso afectivo de interese personales y empresariales consensuado.

CAPÍTULO IX

LA PUBLICIDAD DEL PROTOCOLO FAMILIAR. EL RD. 171/2007, DE 9 DE FEBRERO.

Los que nos ocupamos por dedicación profesional, de profundizar en la problemática de las sociedades familiares tenemos que estudiar con prudentia iuri, las perspectivas que plantea el decreto citado y es que todo lo que suponga sacar a la luz pública parte del entramado negocial que constituye cada Protocolo familiar ha de verse con reservas.¹¹⁵⁸

1. ANTECEDENTES DE LA PUBLICIDAD DEL PF.

Prima facie, hemos de señalar que la promulgación de este RD afectó a diversa normativa existente en la época, entre ella, principalmente a las siguientes normas:

- a) Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.¹¹⁵⁹
- b) Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.¹¹⁶⁰
- c) Real Decreto Legislativo 156/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.¹¹⁶¹

Pero sin duda es el citado INFORME DEL SENADO lo que vino a revolucionar el tema de la publicidad registral de los PFs.

¹¹⁵⁸ GARRIDO PALMA, V.M. *La Familia y su Empresa ante el Derecho*. Homenaje a Don Juan Francisco Delgado de Miguel. CIVITAS. 2007. Págs, 373-374.

¹¹⁵⁹ Epígrafe III.1.

¹¹⁶⁰ Epígrafe VII.2.

¹¹⁶¹ Epígrafe VII.5.

1.1 Informe de la ponencia del Senado de 2001

Nos remontamos en este estudio al año 2001, cuando el senador CANEDA MORALES, designado por la Comisión de Hacienda para presentar el Informe de la Ponencia de estudio para la problemática de la Empresa Familiar,¹¹⁶² presentó el mismo resumiendo sus conclusiones en 8 puntos, siendo que el tercero de ellos señalaba «... puesto que el protocolo que se aconseja – y también los existentes – contiene elementos que afectan a terceros, sería el de recomendar que en aquella parte que afecte a terceros sea inscrito en el Registro Mercantil a efectos de que sea público».¹¹⁶³

A la totalidad del mencionado informe votó a favor la senadora MORALES RODRÍGUEZ,¹¹⁶⁴ por su parte la senadora AROZ IBÁÑEZ,¹¹⁶⁵ recoge en su intervención la inicial reflexión central «que era el impulso de un estatuto jurídico para la empresa familiar, que en principio se proponía que debía ser elaborado por el Gobierno y remitido a Cortes Generales»¹¹⁶⁶ y señala que quedando ésta descartada a lo largo de la Ponencia y ha sido sustituido «por la Recomendación a las empresas familiares de formalización de un protocolo familiar que ha de tener fuerza legal y que debe constituir el marco de desarrollo y actuación de estas empresas»¹¹⁶⁷ y apostilla «Esta ha sido una propuesta prácticamente unánime de todos los comparecientes, y es la que se recoge en el punto 2».¹¹⁶⁸ Finalmente, y tras la intervención favorable del senador GAMWRO MIR, el informe se aprobó por ASENTIMIENTO.¹¹⁶⁹

El impacto de este importante *informe* no se hizo esperar y legislativamente afectó en su día a las siguientes normas que se promulgaron.

¹¹⁶² Aprobado por Comisión en sesión celebrada el 27 de noviembre de 2001. Informe cit., p. 105.

¹¹⁶³ INFORME, cit., p. 107.

¹¹⁶⁴ Coalición Canaria.

¹¹⁶⁵ En nombre de Entesa Catalana de Progrés. Informe cit., p. 110.

¹¹⁶⁶ Informe cit., p. 111.

¹¹⁶⁷ Informe cit., p. 111.

¹¹⁶⁸ Obviamente se está refiriendo al punto 2 del Informe concluyente de la Ponencia. Ob., cit., p. 111.

¹¹⁶⁹ Aprobado por el entonces Vicepresidente Sr. ROJO GARCÍA. Informe cit., p. 118.

1.2 La Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada de Nueva Empresa.¹¹⁷⁰

Así un par de años más tarde de la emisión del Informe del Senado referenciado ya atendiendo a sus recomendaciones, en el 2003, se promulgó la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada de Nueva Empresa, que venía a modificar la Ley 2/1995 de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y en su Disposición Adicional 2ª, apartado 3º preceptuaba «Reglamentariamente se establecerán las condiciones, forma y requisitos para la publicidad de los protocolos familiares, así como, en su caso, el acceso al Registro Mercantil de las escrituras públicas que contengan cláusulas susceptibles de inscripción».

Ahora bien, para entender esta revulsión normativa hemos de adentrarnos, siquiera someramente, en el contexto político-económico del momento para entender su origen.

1.3 El contexto Político: Autonómico, Nacional e Internacional.

En aquel momento existía en todos los sectores, en general, pero en el político en particular, una especial sensibilidad por la importancia y fuertes repercusiones en la economía que tenían las empresas familiares así como los problemas a las que estas se enfrentaban en orden a su continuidad y relevo generacional.

Se contraponían al entorpecimiento de esta sucesión los famosos mitos de Mesías¹¹⁷¹ y el de Rebeca¹¹⁷² y se barajaban estadísticas ofrecidas por el entonces Conseller de Economía don GERARDO CAMPS¹¹⁷³ donde resaltaba la importancia de este tipo de mercantiles en los distintos ámbitos:

¹¹⁷⁰ Téngase en cuenta que esta Ley supuso la Modificación de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (art. Único) y que, ésta, a su vez ha sido derogada por el apartado 3º de la disposición derogatoria única del R.D. Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital («B.O.E.» 3 julio).

¹¹⁷¹ Donde el sucesor se contemplaba como el salvador de la EF.

¹¹⁷² Aquí la figura del Fundador es insuperable.

¹¹⁷³ Febrero 2007.

- Internacional: 99% del tejido empresarial europeo.
- Nacional: 80% son EF y suponen el 50% de empleos.
- Autonómico: Las PYMES suponen un 99% siendo su mayoría EFs.

Asimismo, se hacía eco de las Recomendaciones de la Comisión Europea, Decisiones del Consejo¹¹⁷⁴ y la Comunicación de la Comisión sobre el «entorno Fiscal del Impuesto de Sucesiones y Donaciones»

Normativa tendente a favorecer a este tipo de mercantiles, recomendando y aconsejando a los Estados Miembros el establecimiento de un marco legal competitivo que pueda asegurar la supervivencia de las mismas como promotores de riqueza de los respectivos países.

Al mismo tiempo existe una especial cultura del PF que recoge el RD en su Introducción «La cultura del protocolo familiar, *shareholders agreement*, se encuentra sancionada en las prácticas económicas y de buen gobierno de las sociedades familiares de los países de nuestro entorno, especialmente anglosajones, en cuanto es considerada una garantía adicional para terceros, inversores y acreedores, además de para los propios socios, al dotar de previsibilidad el relevo generacional en la sociedad».

Por ello, se inician en nuestro país una serie de reformas legislativas para eliminar barreras administrativas y jurídicas que pudieran dificultar la creación/posterior desarrollo de este tipo de sociedades específicas, atajando la problemática del relevo generacional.

Así nos encontramos con el siguiente paquete de *medidas nacionales*:

¹¹⁷⁴ «Mejora entorno jurídico, fiscal y administrativo»

1.3.1 Iniciativas Institucionales.

Las más significativas son las siguientes:

1ª) Ponencia del Senado (2000-2001).¹¹⁷⁵

2ª) Comisión Interministerial para el Estudio Específico de la EF (Febrero 2002).¹¹⁷⁶

3ª) Reunión de empresarios de la Unión Europea en el Palacio Real de Aranjuez, el 24 de febrero de 2002,¹¹⁷⁷ organizado por el Gobierno español entre los ministros europeos y empresarios de diferentes países y donde «se pusieron de manifiesto las medidas adoptadas en España para impulsar el desarrollo de las empresas familiares»¹¹⁷⁸

1.3.2 Reformas Legislativas.

1.3.2.1 Reforma del Código Civil (en materia de sucesión y Régimen Económico Matrimonial), facilitando la sucesión de la EF en vida del fundador con medidas legales como:

- a) el pago en metálico de la legítima.
- b) Abono en efectivo extrahereditario.
- c) Aplazamiento a 5 años.
- d) Mejorar la incidencia en el régimen Económico Matrimonial en sede de titularidad de acciones de la EF.
- e) Atribución preferente en la adjudicación de las acciones/participaciones de la EF en caso de liquidación de la Sociedad Legal de Gananciales.

¹¹⁷⁵ Que ya hemos abordado ampliamente en apartados anterior de este epígrafe.

¹¹⁷⁶ Acordada por el Pleno en Septiembre de 2000 con ocasión de la Ponencia para el desarrollo de sus recomendaciones y en la que intervinieron expertos de los Ministerios de Hacienda y Justicia.

¹¹⁷⁷ Aprovechando la Presidencia de España de la UE.

¹¹⁷⁸ Guía para la pequeña y mediana empresa familiar. Ob., cit., p. 11.

1.3.2.2 Reforma de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, permitiendo:

- a) Las acciones sin voto (para mantener el control del capital en manos de la familia)
- b) Autocartera, tanto voluntaria como *morits causa*.
- c) Ampliación del plazo de la venta de las acciones en autocartera con medidas cautelares.

1.3.2.3 Medidas Fiscales:

- a) Exención del Impuesto de Patrimonio, tanto en activos como en participaciones de la EF.
- b) Reducción del 95% en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones a la hora de la transmisión de la EF.
- c) Ampliación de la reducción al usufructo según Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social¹¹⁷⁹ y que se concreta en su art. 3.¹¹⁸⁰

¹¹⁷⁹ http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l53-2002.t1.html#c1s3.

¹¹⁸⁰ «Artículo 3 Modificación de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (Con efectos desde el 1 de enero del año 2003, se introducen las siguientes modificaciones en la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones:

Uno. Se modifica el primer párrafo de la letra c) del apartado 2 del artículo 20, que quedará redactado de la siguiente forma: c) En los casos en los que en la base imponible de una adquisición «mortis causa» que corresponda a los cónyuges, descendientes o adoptados de la persona fallecida, estuviese incluido el valor de una empresa individual, de un negocio profesional o participaciones en entidades, a los que sea de aplicación la exención regulada en el apartado octavo del artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, o el valor de derechos de usufructo sobre los mismos, o de derechos económicos derivados de la extinción de dicho usufructo, siempre que con motivo del fallecimiento se consolidara el pleno dominio en el cónyuge, descendientes o adoptados, o percibieran éstos los derechos debidos a la finalización del usufructo en forma de participaciones en la empresa, negocio o entidad afectada, para obtener la base liquidable se aplicará en la imponible, con independencia de las reducciones que procedan de acuerdo con los apartados anteriores, otra del 95 por 100 del mencionado valor, siempre que la adquisición se mantenga, durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que falleciera el adquirente dentro de ese plazo.»

1.3.3 Medidas de apoyo.

La elaboración y difusión de la «Guía de la pequeña y mediana empresa familiar» editada por el Ministerio de Economía¹¹⁸¹ creada para cumplir con la «recomendación de la Ponencia del Senado, y tratar de aportar elementos de información a las pequeñas y medianas empresas que les permitan la adopción de decisiones respecto a su gestión, anticipándose a situaciones que generalmente surgen a lo largo de la vida de la empresas familiares».¹¹⁸²

Por su parte, y en el ámbito AUTONÓMICO, se implementaron las siguientes medidas:

1ª) Desde el año 2005 al 2007 se suprimió definitivamente el pago del Impuesto de Sucesiones y Donaciones para la transmisión de las EFs.

2ª) Se crearon ayudas y subvenciones tendentes a fomentar la implantación del PF¹¹⁸³ en las empresas de la Comunidad Valenciana considerado como «instrumento para regular las relaciones entre familia y empresa y facilitar el desarrollo de planes de relevo generacional».¹¹⁸⁴ En este sentido la Orden de la Conselleria de 27 de diciembre de 2006¹¹⁸⁵ subvencionaba hasta el 50% del coste del PF con un máximo de 8.000€ por EF con el «objetivo fundamental de utilizar dicho instrumento para facilitar la continuidad entre generaciones mediante el desarrollo de un plan sucesorio».¹¹⁸⁶

¹¹⁸¹ Ob., cit., en este trabajo.

¹¹⁸² Guía... ob., cit., p. 11.

¹¹⁸³ Dice la Orden «La Conselleria de Economía, Hacienda y Empleo, mediante Orden de 11 de mayo de 2005, estableció las bases reguladoras y el procedimiento general para la concesión de ayudas a pequeñas y medianas empresas familiares para la realización de protocolos familiares, con el objetivo fundamental de utilizar dicho instrumento para facilitar la continuidad entre generaciones mediante el desarrollo de un plan sucesorio»

¹¹⁸⁴ En palabras del Subsecretario de la Conselleria de Economía, Hacienda y empleo, Sr. Escrig en enero de 2007.

¹¹⁸⁵ ORDEN de 27 de diciembre de 2006, de la Conselleria de Economía, Hacienda y Empleo, por la que se establecen las bases reguladoras y el procedimiento general para la concesión de ayudas a empresas familiares para la realización de protocolos familiares, y se convocan para el ejercicio 2007.

DOCV Núm. 5.434 / 23.01.2007

http://www.cograsova.es/images/disposiciones/290_d2272.pdf.

¹¹⁸⁶ Preámbulo Orden cit.

Pasemos ahora a analizar someramente las razones que asistieron a regular esta publicidad registral del PF.

2. RAZONES PARA LA PUBLICIDAD DEL PROTOCOLO FAMILIAR.

2.1 Argumentos a favor.

Son diversas las razones a favor de regular la publicidad de los PFs que se apuntaron. Entre ellas destacamos:

1. Garantizar plenamente a los miembros de las EF que lo firmen, el rango y la seguridad legal de cara a su cumplimiento.
2. Vinculación y respeto a las pautas para el relevo generacional fijadas en el mismo.
3. Aporta seguridad jurídica al tráfico comercial para los terceros relacionados con las EFs.
4. Eficacia *erga omnes* que otorga la publicidad registral en orden a su oponibilidad frente a terceros.
5. Exigirá y obligará a un mayor rigor jurídico a la hora de elaborar los pactos del PF y de las cláusulas inscribibles para no dañar la imagen corporativa de las EFs al ser publicados y accesible a terceros.

Nosotros, además de suscribir lo expuesto coincidimos con GARRIDO DE PALMA al señalar que «la *ratio* normativa trata de lograr que exista el compromiso de la familia con su empresa y así se plasme en el Protocolo Familiar, para la conservación, continuidad y consolidación de la empresa».¹¹⁸⁷

Finalmente, señalamos que la publicidad del PF de la EF ofrece numerosas ventajas a terceros (acreedores, inversionistas, futuros inversores, etc) relacionados con la EF por cuanto que su mera publicidad implica necesariamente:

¹¹⁸⁷ GARRIDO DE PALMA. *Un apunte bibliográfico sobre el protocolo familiar*. Revista Jurídica del Notariado, abril-junio 2008. P. 613.

- a) Que existe un PF de dicha EF.
- b) Que ello implica, en principio, una buena relación armónica entre los miembros de la EF y una clara vocación de continuidad, lo que se traduce, innegablemente, en un plus de confianza para presentes y futuros inversores.
- c) Abunda en la imagen de solidez y saneamiento, a la par que transparencia, de los miembros de la EF.
- d) Perdurabilidad de la EF y relevo generacional controlado. Sin duda, ofrece una imagen al exterior de control por parte de la EF de sus propios y peculiares problemas así como sus mecanismos de solución.
- e) Proyecta una imagen de voluntaria transparencia y honestidad de la EF.

2.2 Argumentos en contra.

Pero no todos los sectores o personas ven estas bondades o las comparten y hay quien se manifiesta en contra de esta publicidad, esgrimiendo razonamientos como:

- a) No apreciar suficientes ventajas de la transparencia de la vía publicitaria registral del PF de las familias empresarias.
- b) El que los Administradores estén facultados para publicar el PF en la web de la sociedad sin necesidad de haberlo acordado se puede ver como negativo en relación al art. 112.3 de la Ley mercantil de Valores en relación a las sociedades cotizadas, aunque se debe observar el consentimiento expreso del art. 3.2.

Por nuestra parte, entendemos, que la resistencia más evidente a la publicidad de los PFs la encontramos en la mentalidad de que «las cosas de familia se quedan en la Familia» y el hecho de «airear» pactos va en contra de esta filosofía. Solo desde este punto de vista podemos entender el fracaso de esta publicidad que analizamos al final de este epígrafe ampliamente.

3. VÍAS DE PUBLICIDAD.

Prima facie cabe señalar que esta norma sólo es aplicable a las sociedades no cotizadas.¹¹⁸⁸

El RD contempla 3 vías de publicidad, «, de personas o capital, alternativas o acumulativas, a fin de dotar de la mayor flexibilidad la publicidad en atención a los intereses de cada sociedad afectada.»,¹¹⁸⁹ una con carácter más privado (ART. 4) y las otras dos con impronta más pública (arts. 5 y 6 RD). Y lo justifica la norma señalando que para «el desarrollo de esta norma se ha considerado necesario articular una pluralidad de vías que permitan el acceso a la publicidad registral con diversa eficacia según la elegida y siempre de carácter voluntario para las sociedades».¹¹⁹⁰

Pasemos a analizarlas:

3.1 Privada.

3.1.1 Publicidad en la Web (art. 4 RD).

La norma contempla esta modalidad de publicidad del PF mediante su publicación del PF en la página web de la sociedad o sociedades implicadas, toda vez que hoy en día lo común es que cada empresa por mínimo tamaño que sea posea una página web donde da a conocer al visitante virtual su empresa.

¹¹⁸⁸ Este RD, según indica «no es de aplicación a las no es de aplicación a las sociedades anónimas cotizadas. Estas encontrarían su marco normativo en la ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, y el texto refundido de la Ley de sociedades anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas.»

¹¹⁸⁹ Introducción RD cit.

¹¹⁹⁰ Introducción RD 171/2007, cit.

Está contemplado en el art. 4 del RD¹¹⁹¹ requiriendo que el dominio debe ser el que conste en la hoja abierta para la sociedad en el registro Mercantil y dejando al Órgano de Administración de la EF la decisión de su publicación¹¹⁹²

3.2 Pública.

Dentro de esta modalidad, encontramos tres formas y niveles distintos en orden a su eficacia.

3.2.1 Mera publicidad noticia (art. 5 RD)

Se limita a dejar constancia en la hoja abierta a la sociedad la existencia del PF, no de su contenido, solo que consta bien en documento privado, la fecha y el lugar (art. 5.1).¹¹⁹³ Y si constare en documento público, deberá dejar constancia del Notario autorizante, lugar, fecha, número de protocolo notarial (testimonio, nº, libro indicador).¹¹⁹⁴

El registrador no entrará a calificar el contenido tan sólo se limitará a comprobar que la instancia esté firmada y legitimada, que no existe otro protocolo, y si se indica que está asimismo publicado en la web de la sociedad, deberá comprobarlo sólo una vez.

Este tipo de publicidad NO PRODUCE EFECTOS FRENTE A TERCEROS.

¹¹⁹¹ Dedicado a la Publicidad de los protocolos familiares en el sitio web de la sociedad.

¹¹⁹² «El órgano de administración de las sociedades mercantiles de personas o de capital no cotizadas, podrá acordar la publicación del protocolo familiar en el sitio web de la sociedad cuyo dominio o dirección de internet conste en el Registro mercantil, conforme a lo previsto en el artículo 9 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.»

¹¹⁹³ «1. El órgano de administración también podrá solicitar del Registrador mercantil, mediante instancia con firma legitimada notarialmente, la constancia en la hoja abierta a la sociedad de la existencia del protocolo familiar con reseña identificativa del mismo en el cual se hará constar si el protocolo es accesible en el sitio corporativo o web de la sociedad que conste en la hoja registral.»

¹¹⁹⁴ «1. El órgano de administración también podrá solicitar del Registrador mercantil, mediante instancia con firma legitimada notarialmente, la constancia en la hoja abierta a la sociedad de la existencia del protocolo familiar con reseña identificativa del mismo en el cual se hará constar si el protocolo es accesible en el sitio corporativo o web de la sociedad que conste en la hoja registral.»

3.2.2 Depósito total/parcial del PF (Art. 6 RD)¹¹⁹⁵

Esta vía de acceso precisa del acompañamiento del propio PF junto con los documentos aportados al Registro Mercantil con la presentación de las cuentas anuales de la sociedad. No se puede presentar antes. Requiere calificación del registrador que puede entrar en el contenido a los efectos de evaluar si algún extremo se opone a lo inscrito en la sociedad (sólo a estos efectos. Ejemplo: duplicidad de cargos). Asimismo es preciso depositar copia o testimonio total/parcial del documento público donde conste el PF.

En ambos casos, sólo surte efectos entre FIRMANTES y según la naturaleza de los pactos.

Para algunos notarios, lo consideran *Publicidad noticia* pero en un sentido más amplio del comentado en el 1er. Nivel.

3.2.3 Inscripción (Art. 7 RD).¹¹⁹⁶

Estamos ante el nivel más elevado de publicidad registral de los PFs que contempla el RD. Está destinado para aquéllos acuerdos sociales que sean inscribibles legalmente y cuya única finalidad es que los mismos se hayan adoptado en ejecución del propio PF.

En caso de constar en escritura pública, habrá que indicarse dicha circunstancia. Le corresponde asiento de inscripción y se calificará con arreglo a las reglas generales del art. 18 del Cco.

¹¹⁹⁵ «Artículo 6. Protocolo familiar en la presentación de las cuentas anuales.

El órgano de administración, con ocasión de la presentación de las cuentas anuales podrá incluir entre la documentación correspondiente, copia o testimonio total o parcial del documento público en que conste el protocolo de la sociedad en cuanto documento que puede afectar al buen gobierno de la sociedad familiar, el cual será objeto de depósito junto con las cuentas anuales y de calificación por el Registrador.»

¹¹⁹⁶ «Cuando los acuerdos sociales inscribibles se hayan adoptado en ejecución de un protocolo familiar publicado, en la inscripción se deberá hacer mención expresa de esta circunstancia, previa su calificación por el Registrador, y así lo hará constar también la denominación de la escritura pública»

Se publicará en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORME).

Esta es la única vía de publicidad material que produce efectos frente a terceros.

4. ESTUDIO EXCLUSIVO DEL IMPACTO TENIDO EN EL TERRITORIO NACIONAL DEL RD DESDE SU PROMULGACIÓN EN 2007 HASTA MAYO DEL 2015.

La doctoranda que suscribe ya impartió la conferencia titulada “Publicidad y eficacia de los protocolos familiares: El RD 171/2007, de 9 de febrero” en el Salón de Actos del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, el 17 de octubre de 2007 y en la misma mostraba sus reticencias frente al éxito de este RD en cuanto a la publicidad registral de los PFs uniéndose de este modo a las opiniones de la doctrina más reputada al respecto como la de GARRIDO DE PALMA, ampliamente comentada en este capítulo y a lo largo del presente trabajo.

Pues bien, ya podemos adelantar y constatar que el RESULTADO, desde la promulgación de la norma – 2007 – hasta abril del 2015 en que se ha cerrado el estudio, no sólo ha venido a confirmar dichas reservas iniciales sino que podemos calificar su resultado de ROTUNDO FRACASO.

Pasemos pues sin más demora a estudiar los resultados obtenidos.

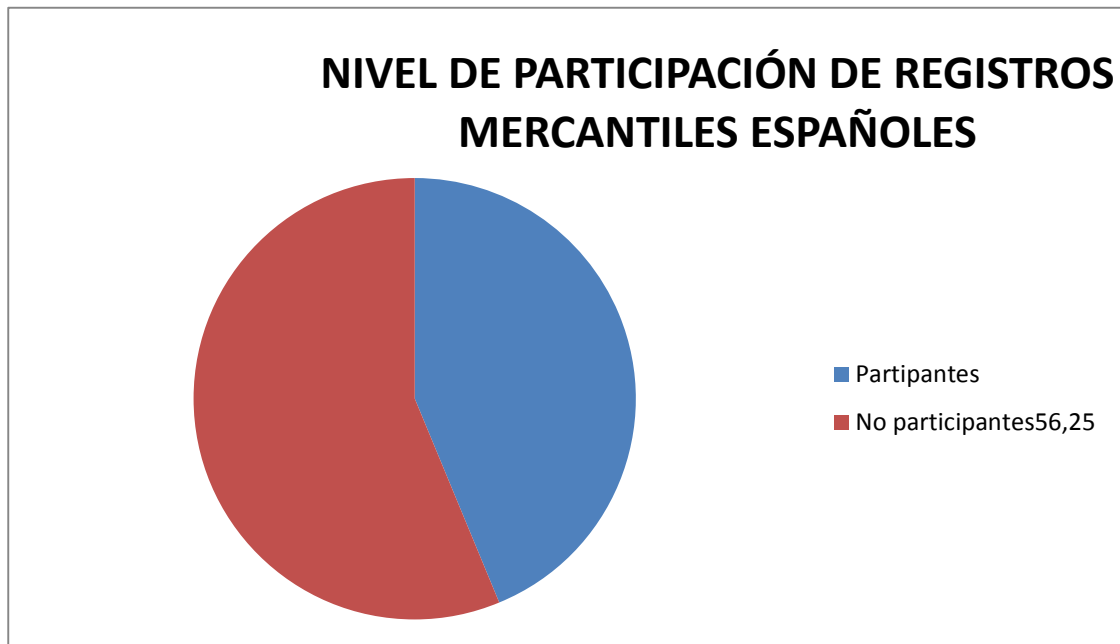
4.1 Análisis del estudio.

Primeramente debemos indicar que antes de iniciar este estudio personal constamos que no existe en la actualidad ningún estudio estadístico al respecto ni en el Registro Mercantil Central ni en los Colegios de Registradores Mercantiles de Madrid, lo que nos llevó, por su trascendental importancia, a realizarnos nosotros.

Para su realización se enviaron un total de hasta tres correos de requerimiento a todos y cada uno de los Registros Mercantiles de España, incluidos los de Ceuta y Melilla solicitándoles nos informaran acerca de *¿cuántos protocolos familiares se habían registrado desde la promulgación del RD del año 2007 hasta la fecha en su registro?*.

Los registros remitidos fueron concretamente: Alicante, Almería, Asturias, Ávila, Badajoz, Ibiza, Barcelona, Burgos, Cáceres, Cádiz, Santander, Castellón, Ceuta, Ciudad Real, Córdoba, Cuenca, Gerona, Granada, Guadalajara, Guipúzcoa, Huelva, Huesca, Jaén, La Rioja, Las Palmas, León, Lleida, Lugo, Málaga, Melilla, Murcia, Navarra, Orense, Palencia, Pontevedra, Salamanca, Segovia, Sevilla, Soria, Tarragona, Tenerife, Teruel, Valencia, Valladolid, Vizcaya, Zamora, Zaragoza y Registro Central. (Un total de 48 registros).

Del total de registros requeridos (48) han contestado 21, lo que supone una participación activa del 43, 75% de los encuestados. Así han respondido los siguientes: Registro Mercantil Central, Alicante, Almería, Asturias, Cáceres, Cádiz, Castellón, Córdoba, Gerona, Granada, Huesca², Las Palmas, La Rioja, León, Málaga, Orense, Salamanca-2, Tarragona, Teruel, Valencia, Zaragoza. A todos ellos les expresamos, desde estas líneas, nuestro más sincero agradecimiento por colaborar con esta investigación. Este es el gráfico.



Fuente: Propia para la investigación.

4.2 Gráficas con respuestas.

En cuanto a las respuestas obtenidas significamos que << dichos registros afirman no disponer de programa estadístico o registro específico para llevar un control de estas inscripciones>>, lo que si bien dificulta notablemente el estudio no impide obtener las conclusiones a las que llegamos porque del análisis general bien se pueden constatar las mismas con un índice aceptable de error.

Por ello, hemos obtenido las siguientes respuestas:

1. *No les consta la información solicitada:* 2 (registro Mercantil Central y Alicante).
2. *No han inscrito Protocolo Familiar alguno:* 8 (Almería, Cáceres, Cádiz, León, Orense, Tarragona, Teruel y Zaragoza).

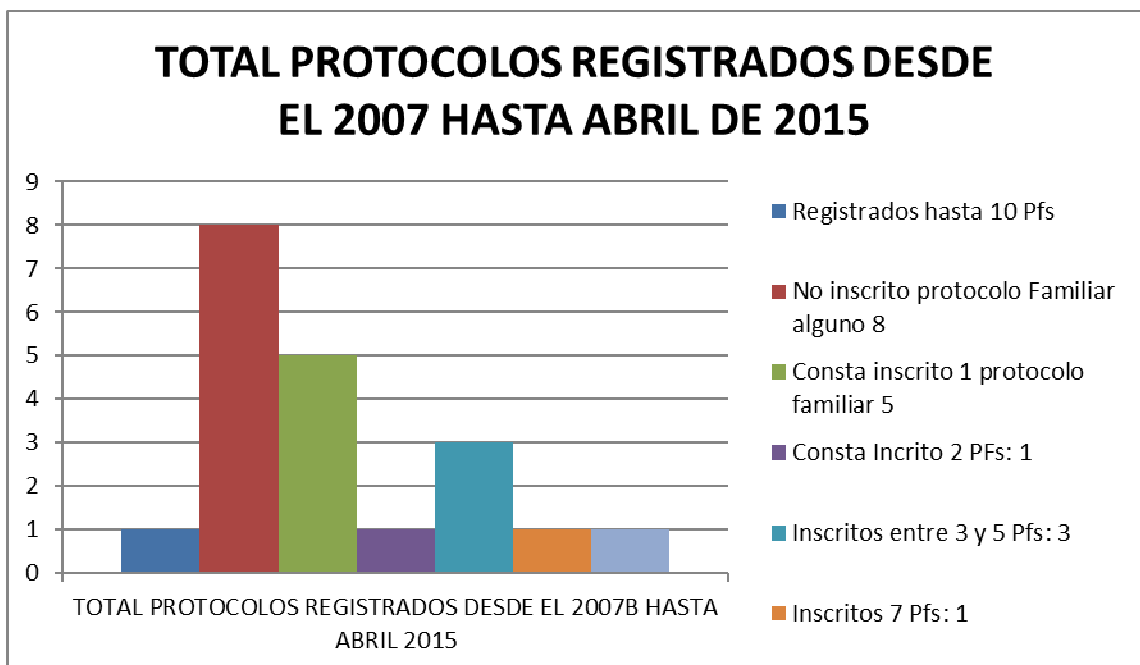
3. Han inscrito *1 Protocolo familiar*: 5 (Asturias, Gerona, Granada, Huesca y Salamanca).

4. Han inscrito *2 Protocolos Familiares*: 1 sólo registro (Córdoba).

5. Han registrado *entre 3 y 4 Protocolos Familiares*: 3 (Castellón, las Palmas y La Rioja).

6. Ha registrado *7 Protocolos Familiares*: 1 (Málaga).

7. Ha registrado *hasta 10 Protocolos Familiares*: 1 (Valencia).



Fuente: Propia.

4.3 Estudio analítico de los resultados obtenidos.

De los resultados obtenidos podemos concluir sin lugar a dudas lo siguiente:

1º) Que aún hoy en día y pese a todas las recomendaciones y bondades que adornan al Protocolo Familiar su desconocimiento por los empresarios familiares es muy

contundente lo que hace preciso redoblar esfuerzos e iniciativas tendentes a la divulgación de este instrumento jurídico como vía idónea y más indicada para asegurarse la pervivencia y la sucesión empresarial familiar.

2º) Que como consecuencia de lo anterior, asimismo, este sector desconoce no sólo la existencia de los medios de publicidad registral que existen para el PF porque, si desconoce la existencia mismo de éste, difícilmente conocerá las vías para publicitar lo que no posee y sus consecuentes ventajas para la propia EF, por lo que, en línea a la anterior conclusión, se requiere profundizar y alentar iniciativas al respecto.

3º) Llama la atención que se cree una norma para publicitar estos PFs en los Registros Mercantiles y que no se creen en los propios registros un sistema informático que permita contabilizar, computar los PFs inscritos aunque sólo sea a los efectos de valoración de las repercusiones de la citada norma para modificarla, eliminarla, o mejorarla.

4º) Cabría identificar de algún modo dicha inscripción registral a fin de darle publicidad y conocimiento al tercero que una determinada mercantil posee un POF y que además lo ha inscrito para su tranquilidad. Por ejemplo, estampando un cuño con una “P” que indique está publicado.

5º) Finalmente, llama la atención que se hagan recomendaciones y dicten leyes con unos objetivos a cumplir y en cambio no se doten de mecanismos de seguimiento del funcionamiento, impacto y repercusión de las mismas por cuenta de los propios impulsores.

6º) Como conclusión final afirmar que *en 8 años desde la promulgación del RD 171/2007, de 9 de febrero, sobre la publicidad de los protocolos familiares hasta la fecha (abril 2015) sólo se han registrado 36 PROTOCOLOS FAMILIARES* a lo largo de la mitad de nuestra querida España por lo que no podemos sino que calificar de

FRACASO la iniciativa legislativa estudiada y que debe llevar a una profunda reflexión a los operadores afectados, entre ellos, a niveles gubernativos y empresarial familiar.

TERCERA PARTE:

LA INTERVENCIÓN INSTITUCIONAL PÚBLICA DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE PROTOCOLO Y EMPRESA FAMILIAR:

El papel de las EFs como acción exterior española de la MARCA ESPAÑA.

CAPÍTULO X

LA PROTECCIÓN INSTITUCIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA A LAS EMPRESAS FAMILIARES Y AL PROTOCOLO FAMILIAR.

1. LA IMPORTANCIA DE LAS EMPRESAS FAMILIARES EN LA UE.

En Europa existen en la actualidad (2015) más de 14 millones de Empresas Familiares que representan, a su vez, el 50 % del PIB y suponen más de 60 millones de puestos de trabajo en el sector privado de la Unión Europea>>¹¹⁹⁷.

Según las afirmaciones vertidas por la Comisión Europea al Parlamento, Consejo y Comité de las Regiones, «Small and medium-sized enterprises are essential to economic growth and job creation»¹¹⁹⁸ y representan un total de 20,7 millones que ofrecen trabajo alrededor del 65% del empleo en el sector privado y apostilla el informe que «SMEs are amongst the most innovative businesses, leading the creation of jobs and growth. Apart from access to financing and markets, regulatory burden represents one of the heaviest barriers to the start-up and development of small businesses»¹¹⁹⁹.

Datos que vemos corroborados gráficamente en la web oficial de la EUROPEAN FAMILY BUSINESSES¹²⁰⁰ y que proporciona, a enero de 2015, el siguiente gráfico¹²⁰¹:

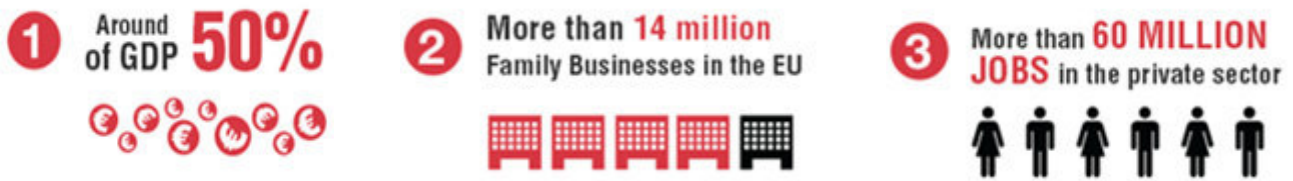
¹¹⁹⁷ Datos ofrecidos en la web oficial de la EUROPEAN FAMILY BUSINESSES y que proporciona, a enero de 2015. www.europeanfamilybusinesses.eu.

¹¹⁹⁸ COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS Commission follow-up to the "TOP TEN" Consultation of SMEs on EU Regulation. Brussels, 18.6.2013 COM (2013) 446 final. P.2.

http://ec.europa.eu/smart-regulation/docs/com_2013_446_en.pdf.

¹¹⁹⁹ Nota a pie de página 1 del informe cit. P. 2.

¹²⁰⁰ www.europeanfamilybusinesses.eu.



Es decir que existen en Europa más de 14 millones de Empresas Familiares que representan, a su vez, el 50 % del PIB y suponen más de 60 millones de puestos de trabajo en el sector privado de la Unión Europea.

Pero ¿cuáles son las preocupaciones de la UE en torno a este tema? Para poder responder a ello, vamos a dilucidar sus razones a fin de entender la intervención pública de la UE en esta área o sector que afecta, y mucho, al objeto de esta tesis.

2. LA *RATIO ESSENDI* DEL PAPEL PROTECTOR DE LAS INSTITUCIONES DE LA UE A LAS EMPRESAS FAMILIARES.

La UE ha venido prestando un gran interés en las Empresas Familiares (tanto PYMEs como no PYMEs) por el enorme valor en la economía y empleabilidad que supone en todo el territorio de la UE. De ahí las múltiples iniciativas que lleva realizando en pro de la creación, y transmisión de empresas facilitando un entorno empresarial, fiscal, y burocráticamente viable para ello en un clima cómodo y favorecedor.

En palabras de ANTONIO TAJANI¹²⁰¹ y JOHANNES HAHN¹²⁰³ «Se ha prestado mucha atención al fomento de la creación de nuevas empresas, pero también es importante garantizar la continuidad y crecimiento de las empresas viables existentes. A

¹²⁰¹ Obtenido en la misma web www.europeanfamilybusinesses.eu.

¹²⁰² Vicepresidente de la Comisión Europea Responsable de Industria y Emprendimiento.

¹²⁰³ Miembro de la Comisión Europea Responsable de Política Regional.

veces, los responsables políticos parecen olvidar que la creación de una nueva empresa no es la única vía para garantizar el empleo». ¹²⁰⁴

Corroborando la importancia de las transmisiones de estas empresas, los responsables de la Comisión afirman que «después de la creación y el crecimiento de una empresa, su transmisión es la tercera fase fundamental de su ciclo de vida», indicando que ello requiere de preparación y largo período y que son conscientes desde la UE que «Son demasiadas las empresas viables que tienen que cerrar por no haber prestado suficiente atención a estos temas. Y con ellas se pierden también en su entorno económico muchos empleos de calidad». ¹²⁰⁵

Es por ello que, sensible con la creación y mortandad del empleo en Europa, la Comisión Europea ha ido auspiciando una serie de iniciativas en este campo que pasamos a analizar, en lo que a nuestro tema nos interesa, remontándonos a los inicios de 1989 hasta nuestros días y que hacemos cronológicamente para poder llegar a comprender con más esencialidad nuestra propia legislación que respecto a las Empresas Familiares tenemos actualmente.

3. INICIATIVAS DE LA COMISIÓN EUROPEA EN TORNO A LAS EFs Y PYMEs.

Antes de adentrarnos en el estudio epigrafiado hemos de hacer una aclaración entre el concepto de PYME (Pequeña y Mediana Empresa) y EF (Empresa Familiar), siendo que estudiaremos las iniciativas de ambas por cuanto y en palabras del informe del Grupo de Expertos de la Unión Europea (GEEF) la mayoría de las PYMES especialmente las micro o pequeñas empresas son empresas familiares y una gran mayoría de las empresas familiares son PYMES aunque grandes empresas familiares no sean PYMES, como son los casos de: Inditex, Mercadona, Mango...etc.

¹²⁰⁴ COMISIÓN EUROPEA. *Cómo facilitar la transmisión de empresas*. Serie de guías *Cómo apoyar la política sobre las PYME con los Fondos Estructurales*. Vid. Prefacio.

http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/regional-sme-policies/documents/no.3_transfer_of_business_es.pdf.

¹²⁰⁵ Guía *Cómo facilitar la transmisión de empresas...* cit., prefacio.

En palabras del propio informe «The identity of a family business hinges on its ownership. Most SMEs (especially micro and small enterprises) are family businesses and a large majority of family companies are SMEs. Although the project does not exclude large family firms, it focuses on family business that are also SMEs»¹²⁰⁶

Por su parte la GUÍA para facilitar la *Transmisión de las Empresas*, al tratar este tema respecto a las empresas familiares indica «la transmisión de una empresa dentro de la familia o su venta a terceros es generalmente un suceso único en la vida, del que el propietario tiene poca o ninguna experiencia previa».¹²⁰⁷ Y expresa en el mismo que, una de las vías de la citada transmisión, puede ser familiar «Esto puede producirse dentro de la familia, por medio de ventas internas (a directivos o empleados que no sean de la familia)»¹²⁰⁸

Pasemos ahora a analizar las principales iniciativas que han adoptado las Instituciones de la UE en esta materia, cronológicamente:

3.1 - Decisiones del Consejo de 28 de julio de 1989 (31989D490) relativa a la mejora del entorno empresarial y al fomento del desarrollo de las empresas, en especial de las pequeñas y medianas empresas, en la Comunidad (89/490/CEE)¹²⁰⁹- Esta decisión fue sustituida por la **31993D379. y Decisión del Consejo, de 14 de junio de 1993**, relativa a un programa plurianual de acciones comunitarias para reforzar los ejes prioritarios y para garantizar la continuidad y la consolidación de la política empresarial en la Comunidad, en particular a favor de las pequeñas y medianas empresas

¹²⁰⁶ EUROPEAN COMMISSION. Final Report of the Expert group Family-Business-Relevant Issues. November, 2009. P. 7.

¹²⁰⁷ COMISIÓN EUROPEA. *Cómo apoyar la política sobre las PYME con los Fondos Estructurales. Cómo facilitar la transmisión de empresas. Una guía inteligente dirigida a promover y apoyar la transmisión de empresas con ayuda de los Fondos Estructurales de la UE.* Unión Europea, Bélgica, 2013. P. 22.

http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/regional-sme-policies/documents/no.3_transfer_of_business_es.pdf.

¹²⁰⁸ COMISIÓN EUROPEA- Dirección General de Empresa. *Informe Final del Grupo de Expertos sobre la Trasmisión de las Pequeñas y Medianas Empresas.* Mayo 2002. P. 6.

http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/support_measures/transfer_business/transfer_com_02/final_report_es.pdf.

¹²⁰⁹ *Diario Oficial n° L 239 de 16/08/1989 p. 0033 – 0035.*

(PYME)¹²¹⁰.

Con efectos a partir del 1 de julio de 1993, el Consejo establece un programa destinado principalmente a mejorar el entorno jurídico, fiscal y administrativo de las mismas, incidiendo, especialmente, en la transmisión empresarial.

3.2 Comunicación de la Comisión. Programa integrado a favor de las pymes y del artesanado (51994DC0207./COM/94/207 final)¹²¹¹.

3.3 Comunicación de la Comisión sobre la mejora del entorno fiscal de las pequeñas y medianas empresas (JOC 1994 187 R 0005 01.)¹²¹² que incitaba a aligerar la carga fiscal en los impuestos de sucesiones y donaciones a las PYMES.

3.4 Comunicación de la Comisión sobre la transmisión de empresas. Acciones en favor de las PYME (JOC 1994 204 R 0001 01.)¹²¹³.

3.5 Resolución del Consejo de 10 de octubre de 1994 sobre el libre desarrollo de la dinámica y del poder innovador de las pequeñas y medianas empresas, incluidas las artesanales y las microempresas, en una economía abierta a la competencia (31994Y1022(01))¹²¹⁴,

En esta resolución se invita a la Comisión y a los Estados Miembros a que revisen sus disposiciones en vigor que obstaculicen la creación, desarrollo y transmisión de las empresas.

Sin más dilación la Comisión se pone en marcha y publica la siguiente.

1210 DO L 161 de 2.7.1993, p. 68/74.

1211 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1443798651337&uri=CELEX:51994DC0207>

1212 DO C 187 de 9.7.1994, p. 5/10. (Texto pertinente a los fines del EEE) http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1443798651337&uri=OJ:JOC_1994_187_R_0005_01

1213 DO C 204 de 23.7.1994, p. 1/23

http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1443798651337&uri=OJ:JOC_1994_204_R_0001_01

1214 Diario Oficial n° C 294 de 22/10/1994 p. 0006 – 0008.

3.6 Recomendación de la Comisión, de 7 de diciembre de 1994, sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas (31994H1069)¹²¹⁵

Adelantamos desde ahora que para llevar a cabo esta importante Recomendación, la Comisión creó en noviembre del año 2000 un grupo de Expertos sobre la transmisión de PYMEs para ayudarle a supervisar la aplicación de la misma.

Decir asimismo que tanto esta como la Comunicación de la Comisión de 28 de marzo de 1998 sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas se basan, principalmente, en crear un marco tributario muy favorable asentado en los impuestos sobre sucesiones, sobre donaciones y sobre la renta, siendo que su objetivo primordial era favorecer de estas transmisiones que se realizaran con ocasión de la edad.

Este concepto fue superado por la Comunicación de la Comisión Europea de 2006 sobre «Transmisión de empresas – Continuidad mediante la renovación» que da un paso más y recuerda «a los Estados miembros la importancia de establecer las condiciones adecuadas para las trasmisiones de empresas».¹²¹⁶

3.7. Informe de la Comisión sobre el proyecto piloto SLIM - simplificación de la legislación en el mercado interior (51996DC0559(02) COM/96/0559 final¹²¹⁷.

La Comisión en el año 96 puso en marcha la iniciativa SLIM (*Simpler Legislation Fort the Internal Market*) a fin de reducir y simplificar el complejo entramado de las normas comunitarias que afectaban a las mercantiles.

¹²¹⁵ DO L 385 de 31.12.1994, p. 14/17.

<http://old.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31994H1069:ES:NOT>.

¹²¹⁶ COMISIÓN EUROPEA. *Cómo apoyar la política sobre las PYME con los Fondos Estructurales. Cómo facilitar la transmisión de empresas. Una guía inteligente dirigida a promover y apoyar la transmisión de empresas con ayuda de los Fondos Estructurales de la UE*. Unión Europea, Bélgica, 2013.

http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/regional-sme-policies/documents/no.3_transfer_of_business_es.pdf.

¹²¹⁷ COM (96) 204 final, 8 de mayo de 1996, p. 17.

Esta iniciativa se llevó a cabo en cuatro fases. Respecto a las sociedades nos interesa la 4ª fase, iniciada en enero de 1999, que tras la promulgación de múltiples directivas del Consejo, y respecto del derecho de sociedades: 69/151/CEE, de 9 de marzo de 1968¹²¹⁸ y 77/91/CEE, de 13 de diciembre de 1976,¹²¹⁹ entre las conclusiones a las que se llegó, según GARCÍA MANDALONIZ, por un lado «...el consenso por el registro electrónico de la documentación que han de proporcionar las sociedades con el propósito de posibilitar la modernización y simplificación en su recogida y difusión» y añade que por el otro se debían modificar algunas disposiciones, entre ellas «las relacionadas con el capital social para dotarlas de mayor flexibilidad, mientras que las relativas a la constitución necesitaban ser sustituidas por otras menos gravosas».¹²²⁰

3.8 Creación del GRUPO BEST (*Business Environment Simplification Task-Force*) 1997.

En la línea comentada de la voluntad política europea de simplificar trámites y estimular el espíritu emprendedor de las PYMES en el espacio europeo, la Comisión, a propuesta de las indicaciones recibidas en el Consejo Europeo de Ámsterdam,¹²²¹ aceptaba crear un grupo especializado formado por empresarios, académicos, expertos y representantes públicos para que simplificaran el entorno empresarial.

En mayo del año siguiente (1998), el citado grupo emitió su informe, en distintos volúmenes, en los que aportaban sus recomendaciones para suprimir las barreras administrativas y crear puentes para la creación y supervivencia de las empresas. Así rezaba la introducción del Vol. II «The BEST task force's objective was to prepare an independent report which would make proposals for concrete measures to be taken by the Commission and the Member States to improve the quality of legislation and

¹²¹⁸ DO L 65, de 14 de marzo de 1968, p. 8-12.

¹²¹⁹ DO L 26, de 30 de enero e 1977, p. 1-13.

¹²²⁰ GARCÍA MANDALONIZ, M. *Menos tiempo y costes en la creación de una empresa: Proyecto de Ley del "Proyecto Nueva Empresa"*. Derecho de los Negocios, nº 142-143, julio-agosto, 2002, pp. 1-11.

¹²²¹ El 17 de junio de 1997.

eliminate the unnecessary burdens which restrain the development of European businesses, particularly SMEs». ¹²²²

3.9. Recomendación de la Comisión de 22 de abril de 1997 sobre la mejora y simplificación de las condiciones para la creación de empresas 31997H0344. 97/344/CE ¹²²³.

Coincidimos con GARCÍA MANDALÓNIZ en que, a raíz de esta Recomendación «arranca la política de simplificación reglamentaria, en general, y de la simplificación de las formalidades para la creación de empresas, en particular». ¹²²⁴

Según esta Recomendación «...las organizaciones empresariales europeas, la principal prioridad es mejorar y simplificar el entorno empresarial, ya que actualmente las empresas deben operar en un entorno complejo y que cambia constantemente». ¹²²⁵

A partir de aquí, la Comisión invitó a los Estados Miembros a adoptar, entre otras, las siguientes recomendaciones que destacamos:

1. La creación de un departamento o unidad específica al nivel necesario para coordinar la política y medidas de simplificación. ¹²²⁶

2. La aplicación por parte de los Estados Miembros del principio think small first «que tiene en cuenta los intereses de las PYME en la primera fase del examen de una nueva reglamentación y de los procedimientos administrativos que la acompañan». ¹²²⁷

¹²²² REPORT OF THE BUSINESS ENVIRONMENT SIMPLIFICATION TASK FORCE BEST Volume II. P. 3. <http://aei.pitt.edu/35376/1/A1279-V2.pdf>.

¹²²³ D.O. n° L 145 de 05/06/1997 p. 0029 – 0051. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:31997H0344&qid=1425556087996>.

¹²²⁴ GARCÍA... art., cit., p. 7.

¹²²⁵ Vid. Introducción Recomendación 97/344/CE: de la Comisión de 22 de abril de 1997 sobre la mejora y simplificación de las condiciones para la creación de empresas. Diario Oficial n° L 145 de 05/06/1997 p. 0029 – 0051.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:31997H0344&qid=1425556087996>.

¹²²⁶ Art. 2 a).

¹²²⁷ Art. 3 a).

3. Introducción de excepciones a favor de las PYMES «No obstante, las limitaciones deberán permitir la flexibilidad necesaria para evitar efectos disuasorios sobre el crecimiento»¹²²⁸.

4. Evitar la introducción de formularios superfluos o repetidos ofreciendo garantía de ello.¹²²⁹

5. Fijación de objetivos claros en términos de plazos para el tratamiento de las solicitudes de las empresas y la concesión de licencias y autorizaciones.¹²³⁰

6. Utilización de las TICS para transmitir y difundir información «entre las administraciones, siempre que se tomen las medidas apropiadas para proteger los datos de carácter privado».¹²³¹

7. La aplicación a las PYMES del test de tolerancia, *leit motiv* del programa de fomento del espíritu empresarial para las PYMES por parte de la UE, el principio «pensar primero en los pequeños» («think small first»)¹²³².

3.10 La Carta europea de la pequeña empresa. Aprobada por los Estados miembros en el Consejo Europeo de Feira celebrado los días 19 y 20 de junio de 2000.

¹²²⁸ Art. 3 b).

¹²²⁹ Art. 4d «Garantía de que los distintos departamentos de la administración evitarán introducir formularios o puntos de contacto superfluos o repetidos».

¹²³⁰ Art. 4g.

¹²³¹ Art 4f.

¹²³² Considerando 6. «Cuando proponga una nueva reglamentación, el legislador deberá tener un completo conocimiento de las consecuencias que dicha reglamentación tendrá sobre las empresas en términos de costes de adaptación y formalidades. Cuando sea necesario, deberán realizarse evaluaciones de las consecuencias sobre las empresas y análisis de los costes-beneficios en estrecha colaboración con la comunidad empresarial. Al hacerlo, el legislador deberá prestar una atención especial a las exigencias de conformidad para las PYME. Cuando las PYME pueden cumplir la normativa con un coste razonable, las grandes empresas también pueden hacerlo, mientras que, a la inversa, no ocurre necesariamente lo mismo. El principio de «pensar primero en los pequeños» («think small first») debería servir como test de tolerancia».

También aquí la simplificación se convirtió en el eje central de la Carta Europea de la Pequeña Empresa, como lo fuera anteriormente en la Carta de Bolonia que aprobó la OCDE el 15 de junio de 2000, que comenzaba su síntesis introductoria con las siguientes palabras:

<<Los gobiernos de todo el mundo reconocen la importancia de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) y su contribución al crecimiento económico, al empleo, a la cohesión social y al desarrollo local. Las pequeñas empresas tienen que jugar un importante papel en cuanto a aliviar la pobreza y a sacar a regiones y países del subdesarrollo, o a facilitar la transición de la economía dirigida a la economía de mercado>>.

En su intervención el representante de España, JORGE FOLGADO¹²³³ señalaba la importancia de las PYMES para el comercio internacional con estas palabras:

<<Este es el amanecer de una nueva era que sucede a un siglo de esfuerzos continuos de apertura hacia un comercio internacional, durante el cual todos nuestros países trabajaron en estrecha colaboración para abrir sus mercados al mundo, conscientes del hecho de que la apertura económica es el corazón del progreso. Por fortuna, parece que todos los estamentos del desarrollo económico reconocen que la mundialización y la apertura de mercados aumentan en gran medida el desarrollo¹²³⁴>>

Importantes, asimismo, fueron las palabras en su intervención del representante de la Comisión Europea ERIKKI LIIKANEN,¹²³⁵ donde hizo especial énfasis en el comercio electrónico para mejorar la competitividad empresarial de las PYMES «Si se pretende que el comercio electrónico sea un instrumento ampliamente usado en la sociedad, la población deberá ser capaz de manejar Internet y tener la posibilidad de conectarse».¹²³⁶

Así pues, la Carta asume los compromisos en torno a la simplificación y mejora administrativa para las PYMES y el espíritu emprendedor empresarial adquirido hasta

¹²³³ Secretario de Estado de Economía, Energía y de la PYME, España, en el año 2000.

¹²³⁴ Overview Enhancing SME Competitiveness THE OECD BOLOGNA MINISTERIAL CONFERENCE. Resumen en español Mejorar la competitividad de las PYMES CONFERENCIA MINISTERIAL DE LA OCDE EN BOLONIA. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. P. 7.

<http://www.oecd.org/cfe/smes/2737368.pdf>.

¹²³⁵ Comisario de Empresa y Sociedad de la Información, Comisión Europea, año 2000.

¹²³⁶ Infor. Cit., págs. 7 y 8.

entonces y se compromete a poner en marcha las 10 líneas de actuación que al respecto recoge la carta, a saber:

1. Educación y formación en el espíritu empresarial. Alentando y fomentando los proyectos empresariales juveniles y desarrollando programas «de formación adecuados para directivos de pequeñas empresas».¹²³⁷

2. Puesta en marcha menos costosa y más rápida, evolucionando los costes de la puesta en marcha de las empresas hasta hacerlos mundialmente competitivos ampliándose las posibilidades de inscripción en línea en los adecuados registros.¹²³⁸

3. Mejorar la legislación y la reglamentación, simplificando en lo posible la normativa tanto nacional como europea para las PYMEs, pudiendo, incluso «eximirse a las pequeñas empresas de satisfacer ciertas obligaciones reglamentarias»¹²³⁹.

4. Disponibilidad de habilidades, esforzándose en ofrecer habilidades adaptadas a las empresas en sus programas de formación y el suministro vitalicio de formación y consultoría.

5. Mejorar el acceso en línea, instando a los poderes públicos a aumentar su comunicación con las empresas a través a través de la comunicación electrónica así, «este modo, las empresas podrán recibir asesoramiento, presentar solicitudes y declaraciones sobre la renta y obtener información sencilla en línea, es decir, de forma más rápida y económica. La Comisión debe dar ejemplo en este campo».¹²⁴⁰

6. Sacar más provecho del Mercado Único, facilitando el acceso al comercio electrónico, las telecomunicaciones, contratación pública, sistemas de pagos internacionales, aplicando, al mismo tiempo «enérgicamente la normativa europea y

¹²³⁷ Línea de actuación 1 de la Carta cit.

¹²³⁸ Línea de actuación 2 de la Carta cit.

¹²³⁹ Línea 3.

¹²⁴⁰ Línea 5.

nacional en materia de competencia, para garantizar que las pequeñas empresas tengan plenas posibilidades de introducirse en nuevos mercados y competir en condiciones justas». ¹²⁴¹

7. Fiscalidad y cuestiones financieras, recomendando medidas de adaptación de los regímenes fiscales de los ordenamientos nacionales de los Estados Miembros en aras a «estimular a las empresas debutantes, favorecer la expansión de la pequeña empresa y la creación de puestos de trabajo, y facilitar la creación y la sucesión de las pequeñas empresas». ¹²⁴²

8. Promoción de la capacidad tecnológica de las pequeñas empresas, reforzando y promoviendo la cooperación tecnológica entre las PYMES para que puedan acceder a una patente estimulando el apoyo entre «la cooperación entre pequeñas empresas a fin de potenciar su capacidad de acceso a los mercados paneuropeos y de ampliar sus actividades en los mercados de terceros países». ¹²⁴³

9. Modelos de empresa electrónica próspera y apoyo de alto nivel a la pequeña empresa con medidas, entre otras, como la coordinación de actividades entre la UE y los EM «para establecer sistemas de información y de apoyo a la empresa, redes y servicios de fácil acceso y comprensión que respondan a las necesidades empresariales». Asimismo, la Comisión se compromete a facilitar «un acceso a la orientación y el apoyo de mentores y de inversores de riesgo (business angels), incluido el recurso a sitios de internet, y aprovecharemos las posibilidades que ofrece el Observatorio Europeo para las PYME». ¹²⁴⁴

¹²⁴¹ Línea 6.

¹²⁴² Línea 7, para ello deberían «aplicar las mejores prácticas a la fiscalidad y a los incentivos para el rendimiento personal. Los empresarios necesitan de la financiación para llevar a la realidad sus ambiciones. Con el fin de mejorar el acceso de las pequeñas empresas a los servicios financieros: · detectaremos y eliminaremos los obstáculos a la creación de un mercado paneuropeo de capitales y a la aplicación del Plan de Acción de los Servicios Financieros y el Plan de Acción de Capital de Riesgo; · mejoraremos la relación entre el sistema bancario y las pequeñas empresas, estableciendo condiciones adecuadas de acceso al crédito y al capital de riesgo; · mejoraremos el acceso a los Fondos Estructurales y acogeremos con satisfacción las iniciativas del Banco Europeo de Inversiones para aumentar los fondos de los que pueden disponer las empresas debutantes y las empresas de tecnología avanzada, incluidos los fondos en títulos».

¹²⁴³ Línea 8.

¹²⁴⁴ Línea 9.

10. Potenciar y hacer más eficaz la representación de los intereses de la pequeña empresa a escala nacional y de la Unión, estudiando «exhaustivamente cómo están representados los intereses de la pequeña empresa a escala nacional y de la UE, por ejemplo a través del diálogo social».¹²⁴⁵

Así pues, y en línea a los citados compromisos adquiridos, la Comisión emite la siguiente comunicación que resaltamos a los efectos interesados.

3.11 Comunicación de la Comisión de la Contratación pública en la Unión Europea Bruselas, 11 de marzo de 1998 COM (98) 143¹²⁴⁶.

En ella, y con el objetivo de «Optimizar el funcionamiento del mercado interior resulta crucial para la UE», dedica un apartado especialmente para crear un entorno favorable a las PYMES y concreta las siguientes medidas al efecto:

<< aumentar la transparencia de los mercados gracias a una mayor información; promover la confianza en los procedimientos de contratación a través de una acción de formación, fomentando la profesionalidad y difundiendo un código de prácticas; introducir medidas específicas para eliminar los obstáculos que impiden las ventas al sector público por parte de las PYME; perseguir el reconocimiento mutuo de los sistemas de cualificación de las entidades contratantes, reduciendo así los costes que supone a los proveedores participar en la contratación pública¹²⁴⁷>>

Además, resaltando el valor de las PYMES para la UE, señala expresamente, que «El Parlamento ha solicitado una actuación específica en favor de la participación de PYME. Se adoptarán medidas en relación con los problemas generales de la participación de los proveedores».¹²⁴⁸

¹²⁴⁵ Línea 10.

¹²⁴⁶ Bruselas, 11 de marzo de 1998 COM (98) 143.

<http://economia.gencat.cat/web/.content/documents/arxiu/c98-143.pdf>.

¹²⁴⁷ COMISIÓN EUROPEA. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN LA CONTRATACION PÚBLICA EN LA UNIÓN EUROPEA. Bruselas, 11 de marzo de 1998 COM (98) 143. P. 18.

<http://economia.gencat.cat/web/.content/documents/arxiu/c98-143.pdf>.

¹²⁴⁸ COMISIÓN EUROPEA. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN LA CONTRATACION PÚBLICA EN LA UNIÓN EUROPEA. Bruselas, 11 de marzo de 1998 COM (98) 143. P. 4.

<http://economia.gencat.cat/web/.content/documents/arxiu/c98-143.pdf>.

Concluye, al respecto, a la Comisión comprometiéndose a diseñar estrategias tendentes a:

<<una política de información, a través de medios electrónicos, sobre los servicios de alto nivel ofrecidos por las redes de dimensión europea y orientados a las PYME, en un mejor reconocimiento mutuo de los sistemas de cualificación, en la aclaración de las disposiciones de carácter general aplicables a los contratos que se encuentran por debajo de los umbrales, en la promoción de la cooperación entre las PYME y en las condiciones en las que las PYME participan en proyectos de gran envergadura¹²⁴⁹>>.

3.12 Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones 2003 para el crecimiento del empleo y la transmisión de las empresas COM/2006/0117 final.

En 2003, la Comisión Europea emitió una Comunicación¹²⁵⁰ acerca de la importancia de la transmisión de las empresas PYMES para el tejido empresarial europeo haciendo un exhaustivo estudio y evaluación del traspaso empresarial europeo para la siguiente década, en la que señalaba en su introducción que en los próximos diez años se traspasarán un tercio de las empresas. También hace constar que la población de Europa ha envejecido y que, por países, se prevé la transferencia, aproximada, de las siguientes empresas: Alemania, 354.000 en los siguientes 5 años; Francia, 600.000 hasta 2013, Italia 40% siguiente década; Austria 23% desde 2004-2013; Suecia entre 45.000 y 50.000 en los siguientes diez años; Reino Unido, sobre 1/3.¹²⁵¹

¹²⁴⁹ COMISIÓN EUROPEA. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN LA CONTRATACION PÚBLICA EN LA UNIÓN EUROPEA. Bruselas, 11 de marzo de 1998 COM (98) 143. Cit., p. 20.

¹²⁵⁰ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, Comité économique et social européen et au Comité des régions - Mise en œuvre du programme communautaire de Lisbonne pour la croissance et l'emploi- La transmission d'entreprise - La continuité grâce à un nouveau départ /* COM/2006/0117 final */

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:52006DC0117>.

¹²⁵¹ Communicat., cit. vid. Introduction «Un tiers des entreprises européennes sont confrontées à un transfert... La population de l'Europe vieillit et le potentiel de transmissions d'entreprise va croissant. Un tiers des chefs d'entreprise de l'UE, pour la plupart à la tête d'entreprises familiales, se retireront dans les dix prochaines années... L'importance des transmissions d'entreprises est soulignée par des données nationales. L'Allemagne s'attend à environ 354 000 transmissions d'entreprise au cours des cinq prochaines années. En France les entreprises concernées sont estimées à 600 000 au cours de la prochaine décennie. En Italie, le potentiel de transmissions d'entreprise, au cours de la prochaine décennie, est estimé à 40% pour l'ensemble des entreprises. En Autriche, 23% des entreprises connaîtront un transfert au cours de la période 2004-2013. En Suède, entre 45 000 et 50 000 entreprises ayant des salariés devraient connaître un changement de génération au cours des dix années à venir. Au Royaume-Uni, le Small Business Service a estimé que pour un tiers des propriétaires de PME, la transmission de

De dicho informe se desprendía que en la década 2003-2013, 17· de las empresas europeas cambiarían de manos, lo que en palabras del CES «supone una media anual, cerca de 610.000 Pymes... con una incidencia potencial sobre 2,4 millones de empleos»,¹²⁵² pero y, lo que es más importante a los efectos del presente estudio y que afirma el susodicho informe es que «La mayor parte de estas transmisiones de empresas serán protagonizadas por las empresas familiares».¹²⁵³

Según el meritado informe a mediados de los 80's «las dos terceras partes de las empresas familiares estaban aún en la 1ª generación, con lo que la primera transmisión sucedería en las décadas siguientes» y apostilla que, en datos ofrecidos por el IEF,¹²⁵⁴ en «2005 existían en España alrededor de dos millones y medio de empresas familiares, representando el 65% del PIB y el 60% del empleo privado. De las cien empresas más grandes de España, veinticinco son empresas familiares».¹²⁵⁵

En cuanto a los niveles de mortandad empresarial el CES informa que «de cada cien empresas familiares que nacen, sólo 30 sobreviven a la segunda generación, y en la tercera solo quince permanecen activas».¹²⁵⁶

3.13 El Libro Verde de la Comisión, de 21 de enero de 2003, titulado «El espíritu empresarial en Europa» .¹²⁵⁷

El Consejo Europeo de Lisboa en el año 2000 puso de manifiesto el compromiso de la UE para crear un marco fiscal y jurídico a favor del empleo, fomentando para ello un

l'entreprise à cause de l'âge du propriétaire est menacée d'échec. Même si elles ne sont pas entièrement comparables, les informations disponibles laissent à penser que ce phénomène revêt une grande importance pour l'ensemble de l'Europe.».

¹²⁵² Vid. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. Informe 5/2005. El proceso de creación de empresas y el dinamismo empresarial. Sesión ordinaria del Pleno de 21 de septiembre de 2005. Colección Informes CES. Primera edición: octubre de 2005.P. 95.<http://www.ces.es/documents/10180/18510/Inf0505>.

¹²⁵³ Vid. Informe CES, cit. p. 95.

¹²⁵⁴ Instituto de Empresa Familiar.

¹²⁵⁵ Informe CES cit., p. 96.

¹²⁵⁶ Informe CES, cit., p. 96

¹²⁵⁷ COM (2003) 27 final.

necesario espíritu emprendedor empresarial y una tan necesaria e imprescindible cultural empresarial.

Fruto de ello, fue el nacimiento del Libro Verde donde se fijó el objetivo de que en el año 2010 la UE se convirtiera en «la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social».¹²⁵⁸

Pues bien y, por lo que a este trabajo interesa, cabe destacar que, entre las prácticas que estimó necesarias, fue contemplar el gran papel de las PYMEs en Europa y para ello, partió de la diferenciación del tamaño de las empresas para pensar primero en las de menor tamaño y crearles un entorno administrativo más sencillo. Para lograrlo, nombró en 2002 a un representante de la PYME dentro de la propia Comisión Europea cuyo objetivo era:

<<procurar que los intereses de estas empresas reciban la necesaria consideración. Los tipos de imposición tributaria tienen una gran influencia en la creación y expansión de las empresas. Las reformas fiscales llevadas a cabo en el transcurso de los últimos años han contribuido a que se dé una evolución clara hacia la reducción de la carga impositiva que pesa sobre el trabajo en la UE, pero los impuestos laborales siguen siendo elevados en gran número de Estados miembros¹²⁵⁹>>

3.14 La Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas 32003H0361¹²⁶⁰.

La importancia y trascendencia de esta Recomendación reside, sin duda, en la definición que realiza sobre las PYMEs. Así en su artículo 1 manifiesta: «Artículo 1 1. La presente recomendación se refiere a la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas utilizada en las políticas comunitarias aplicadas dentro de la Comunidad y del Espacio Económico Europeo».

¹²⁵⁸ http://europa.eu/legislation_summaries/other/n26023_es.htm.

¹²⁵⁹ Vid Retos... (12) http://europa.eu/legislation_summaries/other/n26023_es.htm.

¹²⁶⁰ D.O. L 124/36 Diario Oficial de la Unión Europea ES 20.5.2003.
<http://www.boe.es/doue/2003/124/L00036-00041.pdf>.

Con esta nueva concepción objetiva, la UE viene a superar las incoherencias surgidas en la anterior definición realizada en la Recomendación 96/280/CE de la Comisión, de 3 de abril de 1996, sobre definición de las pequeñas y medianas empresas¹²⁶¹ que se basaba en la contemplación de la coexistencia de distintas definiciones al respecto entre los ámbitos nacionales y europeos.

Una vez determinado el alcance objetivo que realiza resulta interesante destacar que la definición que realiza la norma lo hace basándose en criterios objetivos como son el tamaño clasificándolas en micro, pequeñas y medianas empresas en función de la plantilla, el volumen de negocio o el balance general anual.

Así, «Se considerará empresa toda entidad, independientemente de su forma jurídica, que ejerza una actividad económica. En particular, se considerarán empresas las entidades que ejerzan una actividad artesanal u otras actividades a título individual o familiar, las sociedades de personas y las asociaciones que ejerzan una actividad económica de forma regular».¹²⁶²

Según la norma se considera *Mediana Empresa*: «constituida por las empresas que ocupan a menos de 250 personas y cuyo volumen de negocios anual no excede de 50 millones de euros o cuyo balance general anual no excede de 43 millones de euros».¹²⁶³

Será *Pequeña Empresa* «una empresa que ocupa a menos de 50 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 10 millones de euros»¹²⁶⁴.

Finalmente, tendrá la catalogación de *Micro Empresa* «una empresa que ocupa a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 2 millones de euros»¹²⁶⁵.

¹²⁶¹ DO L 107 de 30.4.1996, p. 4.

¹²⁶² Art. 1, Recomendación cit.

¹²⁶³ Apartado 1, art. 2.

¹²⁶⁴ Apartado 2, art. 2.

¹²⁶⁵ Apartado 3, art. 2.

La guía que publica los Servicios de Publicaciones de la Comisión en 2006, para ofrecer la nueva definición de PYME se basa en los datos objetivos que a continuación refleja: «En la UE de 25 miembros, hay: aproximadamente 23 millones de PYMEs, que, a su vez, representan el 99 % de todas las empresas de la UE, y que emplean a cerca de 75 millones de personas. Los datos Umbrales PYME Microempresa Pequeña empresa Mediana empresa Plantilla (son los siguientes): < 10 Volumen de negocios: ≤ 2 millones de euros Balance: ≤ 2 millones de euros Plantilla: < 50 Volumen de negocios: ≤ 10 millones de euros Balance: ≤ 10 millones de euros Plantilla: < 250 Volumen de negocios: ≤ 50 millones de euros Balance: ≤ 43 millones de euros».¹²⁶⁶

Hemos de indicar que los destinatarios de esta norma, además de los EM, el BEI y el FEI.¹²⁶⁷

3.15 Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 11 de febrero de 2004, «Plan de acción: el programa europeo en favor del espíritu empresarial».

Nuevamente la Comisión pone de manifiesto en esta Comunicación su compromiso con el empleo y la importancia de crear un entorno favorable para la transmisión de las PYMEs favoreciendo el espíritu emprendedor empresarial del que viene haciendo gala.

Así, propone un plan de acción con «una serie de medidas relativas al fomento del espíritu empresarial, destinadas a ayudar a los empresarios a cumplir todas sus ambiciones y proporcionarles un entorno favorable a la actividad empresarial».¹²⁶⁸ Entre las cuales se halla la de apoyar los traspasos empresariales manifestando el compromiso que debiera adquirir la UE para evitar los cierres de las empresas debidos, en gran parte, por los obstáculos fiscales o falta de previsión sucesoria «... la UE debería evitar los casos de cierre de esas empresas debidos a los obstáculos existentes en el entorno fiscal

¹²⁶⁶ La nueva definición de PYME. Guía del usuario y ejemplo de declaración http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/sme_definition/sme_user_guide_es.pdf.

¹²⁶⁷ Ex art. 4, de la Recomendación.

¹²⁶⁸ http://europa.eu/legislation_summaries/enterprise/business_environment/n26043_es.htm.

o jurídico o a la falta de sucesor. La Comisión pretende supervisar la aplicación de la Recomendación relativa a la transmisión de empresas en los Estados miembros».¹²⁶⁹

A esta iniciativa le siguieron otras como la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 29 de junio de 2006, «Aplicación del programa comunitario sobre la Estrategia de Lisboa: Financiar el crecimiento de las PYME - añadir valor europeo» [COM (2006) 349 final - no publicada en el Diario Oficial].

La 52006DC0349. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Aplicación del programa comunitario sobre la Estrategia de Lisboa: Financiar el crecimiento de las PYME – añadir valor europeo {SEC(2006) 841} {SEC(2006) 842} {SEC(2006) 856} /* COM/2006/0349 final */. Y la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 10 de noviembre de 2005, «Implementación del programa comunitario de Lisboa - Una política moderna de la PYME para el crecimiento y el empleo» [COM (2005) 551 final - no publicada en el Diario Oficial]. También tenemos la 52005DC0551. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Implementación del programa comunitario de Lisboa - Una política moderna de la PYME para el crecimiento y el empleo /* COM/2005/0551 final.

3.16 Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 10 de noviembre de 2005, «Implementación del programa comunitario de Lisboa - Una política moderna de la PYME para el crecimiento y el empleo»

Para la UE en el año 2005 las PYMEs revisten una vital importancia en la economía de la globalidad de la misma por cuanto cuentan con 23 millones de Pequeñas y

¹²⁶⁹Comunicación,cit..
http://europa.eu/legislation_summaries/enterprise/business_environment/n26043_es.htm.

Medianas Empresas que suponen, a su vez, el 80% del empleo en sectores como el textil, suponiendo una fuente considerable de riqueza y empleo siendo pues necesario mejorar su entorno y promover su espíritu empresarial.¹²⁷⁰

Para conseguirlo, la Comisión propone, entre otras, las siguientes medidas:

1ª) Simplificación de la legislación que pesa sobre ellas y que será tomada en cuenta a la hora de la normativa europea contemplando las excepciones al respecto a favor de las mismas prestando especial atención a la participación de éstas en ayudas europeas, estatales la fiscalidad directa y el IVA, sobre otras.¹²⁷¹

2ª) Mejorar el potencial de crecimiento de las PYME, facilitando el acceso de estas a «la financiación, a la investigación, a la innovación y a las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) contribuirá directamente a liberar su potencial de crecimiento».¹²⁷²

3ª) Consolidando el diálogo inter partes en el ámbito de las PYMES.

¹²⁷⁰ Vid. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 10 de noviembre de 2005, «Implementación del programa comunitario de Lisboa - Una política moderna de la PYME para el crecimiento y el empleo» [COM (2005) 551 final «Las PYME son un elemento fundamental de la economía y la industria europeas. En efecto, los 23 millones de PYME que tiene la Unión Europea representan un 99 % del total de las empresas y aportan hasta un 80 % del empleo en determinados sectores industriales, como el textil. Por consiguiente, las PYME europeas son una fuente fundamental de crecimiento, de empleo, de competencias empresariales, de innovación, y de cohesión económica y social. En consecuencia, es fundamental liberar el potencial de las PYME mejorando su entorno y promoviendo el espíritu empresarial.» http://europa.eu/legislation_summaries/enterprise/business_environment/n26106_es.htm.

¹²⁷¹ «Simplificar la legislación. Es necesario simplificar las cargas legislativas y administrativas que recaen sobre las PYME. El principio de la prioridad concedida a las pequeñas empresas («pensar primero a pequeña escala») se integrará de manera transversal en todas las políticas europeas. Los intereses de las PYME se tendrán sistemáticamente en cuenta al examinar los efectos de la legislación comunitaria y al preparar los actos legislativos. De esta manera, podrán establecerse excepciones en favor de las PYME. Se prestará especial atención a las normas relativas a las ayudas estatales, la participación de las PYME en los programas comunitarios, el impuesto sobre el valor añadido (IVA) y, a escala nacional, la fiscalidad directa.» http://europa.eu/legislation_summaries/enterprise/business_environment/n26106_es.htm.

¹²⁷² «La ayuda financiera, que inicialmente se prestaba a escala comunitaria con cargo al Programa plurianual en favor de la empresa y del espíritu empresarial (2001-2006), se ha incrementado mediante el Programa marco para la innovación y la competitividad (CIP) (2007-2013). Además, es indispensable reforzar la capacidad innovadora y de investigación de las PYME, ya que la innovación permanente es esencial para su desarrollo sostenible. De esta forma, se facilitará la participación de las PYME en el Séptimo-Programa-Marco-de-investigación.» http://europa.eu/legislation_summaries/enterprise/business_environment/n26106_es.htm.

La Comisión se propone incluir en el diálogo Instituciones UE- PYMEs a un representante PYME como mecanismo de consulta rápida y ágil a través de la red *Enterprise Europe Network*.

También, otra de las medidas de la Comisión sobre este particular fue la instauración, desde finales del 2005, de los premios europeos a las empresas *European Enterprise Awards* que hayan demostrado buenas prácticas dando ejemplo y promocionando el espíritu empresarial, sirviendo la UE, a través de sus redes, de canal transmisor de dichas prácticas, ayudando a difundir a través de las redes y canales europeos las mismas al resto de las PYMEs de la UE.

Finalmente, resaltar la importancia de la puesta a disposición para estas mercantiles del portal europeo para las pymes.¹²⁷³

3.17 Informe de la Comisión sobre la transmisión de las PYMEs 2006 «Transmisión de empresas – Continuidad mediante la renovación».

Siguiendo esta línea, en 2006 la Comisión emitió un informe sobre la transmisión de las empresas (PYMES) que, respecto de España decía que el mercado español en orden a la transmisión empresarial y su cobertura se limita a los niveles locales y regionales. Asimismo se hace eco de la labor de las Asociaciones y Organizaciones que sobre la Empresa Familiar existen en España, universidades, etc así como de las iniciativas privadas que proponen estas en torno a este importante asunto.¹²⁷⁴

¹²⁷³ http://ec.europa.eu/small-business/index_es.htm.

¹²⁷⁴ Vid. «Le marché espagnol de la transmission d'entreprise est fragmenté, et la couverture se limite souvent au niveau local ou régional. Il existe cependant certaines initiatives intéressantes, aussi bien dans le secteur public ou quasipublic que dans le secteur privé, qui pourraient donner naissance à un futur système intégré. Certaines organisations d'entreprises (comme l'Institut de Empresa Familiar, qui s'intéresse essentiellement aux transmissions d'entreprises familiales), des universités et des écoles commerciales proposent aux entreprises des programmes et services de formation spécifiques. Il existe également des initiatives privées destinées à soutenir la transmission d'entreprise: c'est ainsi que des cabinets comptables, des consultants, des banques, des conseillers financiers et d'autres spécialistes proposent une assistance au niveau régional. Sur Internet, on trouve également quelques sites privés dédiés à la transmission d'entreprise (par exemple www.buyacom.com, qui contient plus de 4 500 propositions de vente/demandes de reprise en espagnol et en anglais, ou www.bizalia.com, qui en contient 2 500), mais l'expérience de ces bases de données est encore limitée dans le temps (pas plus de deux ans),

Esta manifestación de la Comisión viene a recordar a los Estados Miembros la relevancia de establecer un marco con condiciones óptimas y pertinentes para favorecer los traspasos de las mercantiles.

No obstante y por todo lo hasta aquí analizado, no hace sino constatar la enorme importancia y papel que tienen las empresas familiares en el ámbito de la UE y que le ha llevado a la misma a reconocer la existencia de estas con una entidad y realidad propia y diferente a las PYMEs.

Así pues y para dar respuesta a esta realidad socio económica europea internacional, se crea en el año 2007 un GRUPO DE EXPERTOS EUROPEOS formado por un representante de cada país miembro (entonces 27), más otros países EEA (Liechtenstein, Noruego e Islandia) y los países candidatos (Turquía, Croacia y Macedonia), además de 3 expertos externos elegidos por la propia Comisión (España, Dinamarca y Finlandia). Señalar que por parte Española intervino JESÚS CASADO NAVARRO-RUBIO¹²⁷⁵ y ALBERTO MORENO¹²⁷⁶ como experto externo invitado por la propia Comisión.

De este modo y para obtener una visión más comprensiva de la empresa familiar en Europa, sus características, necesidades específicas, el marco institucional y las iniciativas ya logradas a su favor, la Comisión Europea puso en marcha en 2007 el proyecto “Visión general de las salidas referentes a las empresas familiares: investigación, redes, medidas políticas y estudios recientes” que fue financiado por el “programa marco de competitividad e innovación 2007-2013(CIP).

En palabras de ALBERTO GIMENO gracias a este grupo la Comisión contempló a la Empresa Familiar como una realidad autónoma y diferente a las PYMES, dejando de

elles n'ont pas de couverture nationale, ne sont pas exhaustives et n'appliquent pas une nomenclature harmonisée des entreprises.»

¹²⁷⁵ Por parte del Instituto de la Empresa Familiar (IEF).

¹²⁷⁶ ESADE BUSINESS SCHOOL.

referirse a ella como algo numérica, según su propia definición vista, sino contemplando otros parámetros como su estructura y propiedad.

El Grupo, al concluir su informe, acuerda proponer una definición que tenga un carácter oficial para la empresa familiar y que veremos a continuación como recomienda su utilización en aras a conseguir una homogeneización conceptual comunitaria de Empresa Familiar.

Dada la importancia y trascendencia del citado informe, lo estudiaremos extensamente en un epígrafe independiente.

4. EL INFORME FINAL DEL GRUPO DE EXPERTOS EUROPEOS DE EMPRESA FAMILIAR. *FINAL REPORT OF THE EXPERT GROUP FAMILY BUSINESS RELEVANT ISSUES*. NOVIEMBRE 2009.

Constatada la importancia que para la Comisión suponen las EFs no sólo por su contribución a la economía sino por la estabilidad y el empleo que aportan y que suponen un 60%. Al mismo tiempo, muchas PYMEs son EFs una amplia mayoría son pequeñas y medianas, es por ello que la propia Comisión es consciente de estas circunstancias y también de las peculiaridades que adornan a la EF como son la propiedad y la familia como principales núcleos vertebradores.

Al efecto, considera preciso estudiar a fondo este tipo de mercantiles para dar una respuesta a sus necesidades y a los importantes retos desafiantes a los que se enfrentan. Asimismo, la Comisión entiende que el marco institucional y las iniciativas políticas sobre las EFs son diferentes en cada país y por ello apuesta por seguir jugando el papel de promoción de ese intercambio informativo «The European Commission should continue to play a role in promoting the exchange of information. Family businesses

already benefit from EU policies. The European Commission should continue mainstreaming family-business relevant issues in all relevant schemes».¹²⁷⁷

Para ello, la propia Comisión crea un GRUPO DE EXPERTOS SOBRE EMPRESAS FAMILIARES creado en 2007, se reunió 5 veces entre mayo del 2007 y octubre de 2009 para debatir los principales problemas y retos a los que se enfrentan las

EFs, identificando, al mismo tiempo, las investigaciones ya existentes, buenas prácticas y organizaciones mercantiles (redes).

4.1 Países y expertos integrantes.

Dicho informe fue publicado en 2009. Formaron parte 33 países: los 27 estados-miembros de la UE, otros países EEA (Liechtenstein, Noruega e Islandia) y los países candidatos (Turquía, Croacia y Macedonia).

Los representantes por cada país fueron: Austria,¹²⁷⁸ Bélgica,¹²⁷⁹ Bulgaria,¹²⁸⁰ Chipre,¹²⁸¹ República Checa,¹²⁸² Estonia,¹²⁸³ Finlandia,¹²⁸⁴ Francia,¹²⁸⁵ Alemania,¹²⁸⁶ Irlanda,¹²⁸⁷ Italia,¹²⁸⁸ Liechtenstein,¹²⁸⁹ Lituania,¹²⁹⁰ Luxemburgo,¹²⁹¹ Noruega,¹²⁹²

¹²⁷⁷ EUROPEAN COMMISSION. Final Report of the Expert group Family-Business-Relevant Issues. November, 2009. P. 5.

¹²⁷⁸ Mr. Peter Voithofer-(Austrian Institute for SME Research) y Mr. Dirk Matthias Hauffmann (Austrian Federal Economic Chamber).

¹²⁷⁹ Mr. Johan Lambrecht (Research Center for Entrepreneurship) y Mr. Fabrice Pirnay (Centre de Recherche PME).

¹²⁸⁰ Mr. Nedko Natov (Ministry of Economy and Energy).

¹²⁸¹ Dr. Panikkos Poutziouris (President, IFERA).

¹²⁸² Mr. Jiri Michovsky (Ministry of Industry and Trade of the Czech Republic).

¹²⁸³ Mrs. Anne Randmer (Association of SMEs of Estonia/Centre for Development Programs EMI-ECO).

¹²⁸⁴ Dr. Pekka Stenholm (TSE EntreTurku School of Economics Business Research and Development Centre).

¹²⁸⁵ Mr. Jacques-Henri Bourdois y Ms. Bénédicte Michon (ASMEP/FBN).

¹²⁸⁶ Mr. Stefan Heidbreder (Stiftung Familienunternehmen).

¹²⁸⁷ Dr. Joan Buckley (Jhon C. Kelleher Family Business Centre- University College).

¹²⁸⁸ Mr. Giuseppe Vivace (CNA Lombardia).

¹²⁸⁹ Mr. Karl.Heinz Oehri (AMT für Volkswirtschaft).

¹²⁹⁰ Mrs. Ina Medveeva (Ministry of Economy of the Republic of Lithuania – Small and Medium Business Development Policy Division).

Polonia,¹²⁹³ Portugal,¹²⁹⁴ Rumania,¹²⁹⁵ Eslovaquia,¹²⁹⁶ Eslovenia,¹²⁹⁷ España,¹²⁹⁸ Suecia,¹²⁹⁹ Dinamarca,¹³⁰⁰ Turquía,¹³⁰¹ Reino Unido.¹³⁰²

Además de ellos, la Comisión invitó a tres expertos externos sobre el tema de Finlandia,¹³⁰³ España¹³⁰⁴ y Dinamarca.¹³⁰⁵

Uno de los puntos clave del informe fue encontrar la definición de Empresa Familiar teniendo en cuenta las diferentes definiciones que cada país tenía al respecto. Barajaron más de 90 definiciones y al final la que propusieron en su informe estuvo basada en la formulada por el grupo finlandés sobre capacidad empresarial familiar (creada por el Ministerio de Comercio e Industria de Finlandia en 2006).

4.2 Definición europea de Empresa Familiar.

Así pues, la definición europea de Empresa Familiar propuesta por el Grupo de expertos es la siguiente:

Una empresa, de cualquier tamaño, es un negocio familiar cuando:

(1) la mayoría de los derechos a tomar decisiones está en posesión de la persona(s) natural(es) que creó la empresa, o en la posesión de la persona(s) natural(es) que ha/han /adquirido el capital accionarial de la empresa, o en posesión de su(s) esposas, padres, hijo(s) o heredero(s) directos de hijos).

(2) La mayoría de los derechos a tomar decisiones son indirectos o directos.

(3) Al menos un representante de la familia o pariente pertenece formalmente a la dirección de la empresa.

(4) Las empresas registradas se incluyen en la definición de empresa familiar si la persona que fundó o adquirió la empresa (capital accionarial) o sus familias o descendientes poseen el 25% de los derechos para tomar decisiones.¹³⁰⁶

¹²⁹¹ Mrs. Bernadette Friederici-Carabin (Ministère des Classes moyennes et du Tourisme).

¹²⁹² Mr. Trond Rondoy (University of Agder).

¹²⁹³ Mrs. Halina Matejek-Caban (Association of Polisk Craft).

¹²⁹⁴ Mr. Peter Villax (APEF Portuguese Family Business Association)

¹²⁹⁵ Mrs. Simona-Ioana Uglea (National Agency for SMEs and Cooperatives).

¹²⁹⁶ Mr. Peter Pospisil National Agency for Development of Small and Medium Enterprises).

¹²⁹⁷ Mr. Danijel Lamperger (Chamber of Craft of Slovenia).

¹²⁹⁸ Mr. Jesús Casado Navarro-Rubio (Instituto Empresa Familiar).

¹²⁹⁹ Mr. Annelie Karlsson (FBN Sweden).

¹³⁰⁰ Mr. Roberto H. Flören (Nyenrode Business Universiteit, Center for Entrepreneurship).

¹³⁰¹ MsAsli Meryem Sivgin (KOSGEB – Small and Medium Enterprises Development Organisation).

¹³⁰² Mr. Ron Downing (Enterprise Directorate Department for Business, Innovation and Skills).

¹³⁰³ Mr. Philip Aminoff (FBN Finland/GEEF).

¹³⁰⁴ Dr. Alberto Gimeno (ESADE Business School).

¹³⁰⁵ Mr. Albert Jan Thomassen.

Señalar que esta definición incluye a las EFs que aún continúan en la 1ª generación y no han sido transferidas siempre y cuando exista una entidad legal para que pueda serlo.

Finalmente, indicar que esta definición representa la opinión y el acuerdo de los miembros del grupo de expertos y el grupo recomienda utilizarla en los Estados Miembros y los demás países participantes en el estudio para producir información cuantitativa (y comparable a nivel europeo) sobre el sector de las empresas familiares.

4.3 Desafíos de las empresas familiares en la UE.

El informe subraya que, entre los desafíos a los que se encuentran las EFs, se halla el de la *Ignorancia de los políticos de la situación específica de las empresas familiares y su contribución económica y social*¹³⁰⁷ y hace hincapié en que más del 60% de todas las empresas europeas pertenecen a familias, representando entre el 40% - 50% de todos los empleos. No obstante, existe todavía una efectiva falta de datos, lo cual conduce usualmente a asunciones inexactas (tales como pensar que todas las empresas familiares son PYMEs¹³⁰⁸ y, por ello, subraya la importancia de tener un “punto de contacto de empresas familiares” en la Comisión Europea y en los gobiernos nacionales.

Asimismo, el estudio señala la necesidad de investigación aplicada, que podría ser útil para los que toman las decisiones. Aunque la investigación ha aumentado en los recientes años, debería enfocarse más trabajo hacia la obtención de resultados mediante una aproximación internacional y de medir cuantitativamente el rango del fenómeno desde el punto de vista de su importancia económica y social. Otros campos para la

¹³⁰⁶ «A firm, of any size, is a family business, if:

(1) The majority of decision-making rights is in the possession of the natural person(s) who established the firm, or in the possession of the natural person(s) who has/have acquired the share capital of the firm, or in the possession of their spouses, parents, child or children's direct heirs.

(2) The majority of decision-making rights are indirect or direct.

(3) At least one representative of the family or kin is formally involved in the governance of the firm.

(4) Listed companies meet the definition of family enterprise if the person who established or acquired the firm (share capital) or their families or descendants possess 25 per cent of the decision-making rights mandated by their share capital.» Informe cit, p. 10.

¹³⁰⁷ Informe cit., p. 12.

¹³⁰⁸ Informe cit.,p. 12.

investigación son la innovación en las empresas familiares, el funcionamiento de las empresas familiares, la propiedad y las fusiones en los negocios familiares.¹³⁰⁹

También suponen importantes retos a los que se enfrentan este tipo de mercantiles los referidos a las *salidas financieras* ya que, según la consideración de los expertos, el traspaso del negocio familiar supone una serie de limitaciones financieras que podrían poner en peligro a la EF, siendo pues, los impuestos de sucesiones y donaciones el mayor desafío, puesto que los sistemas de impuestos se crean típicamente para contrarrestar la acumulación de riqueza y en consecuencia pueden poner presión financiera sobre una empresa familiar lo cual puede desestabilizar su capital base además de que la transferencia intergeneracional puede necesitar fondos para, por ejemplo, comprar las acciones de herederos que no desean intervenir en el negocio.¹³¹⁰

Otro de los *handicaps* señalados son las desventajas financieras de la financiación por venta en comparación con la financiación de la deuda, y ello por varias causas:

1ª) Porque las EFs prefieren instrumentos financieros que no disminuyan su control creando capitales mediante la conservación de beneficios considerando como una última instancia la utilización de capital externo. Según el informe de expertos, los «“efectos del sistema impositivo en la retención de ganancias y el aumento del capital propio” indica que el refuerzo del capital base de las empresas a través de la retención de ganancias es, hasta cierto punto, debido a los impuestos.¹³¹¹

También pone de manifiesto el estudio que el endeudamiento de las EFs es generalmente más bajo que el de las no familiares y que un coeficiente más bajo hace la capacidad de emprender menos vulnerable en tiempos de recesión y también alivia los

¹³⁰⁹ Informe cit., p. 12.

¹³¹⁰ Informe cit., p. 13. «a) *Fiscal bias on equity finance rather than debt finance.* As set out in the study, the transfer of a family firm triggers a series of financial constraints which may endanger the viability of the business. The payment of inheritance and/or gift tax represents the biggest challenge. Tax systems are typically set up to counteract wealth accumulation and as a result may put financial pressure on the family company, which can destabilise its capital base. Moreover, the intergenerational transfer process may require funds to, for example, buy the shares of heirs not willing to be involved in the business.»

¹³¹¹ Informe cit., p. 14.

problemas de cambios estructurales y re-centrar el negocio, por lo que en países donde el sistema impositivo favorece la financiación de la deuda, las empresas familiares están en desventaja.¹³¹²

En cuanto a los impuestos, el estudio afirma que son competencia de las legislaciones nacionales de los Estados Miembros y que no obstante la UE puede contribuir dando a conocer las buenas prácticas en este campo.

Finalmente y, como último, desafío al que se enfrentan las EFs, el estudio aborda la importancia del traspaso a tiempo de la EF y en este sentido afirma que todo el proceso de transferir el negocio es incluso más importante para las empresas familiares porque, aparte la transferencia de la propiedad, el conocimiento acumulado de generación en generación está en juego. Ambos, la persona que deja el negocio y el empresario que se hace cargo de él, deberían estar sinceramente comprometidos. En las empresas familiares, los aspectos emocionales del traspaso deben ser cuidadosamente tratados ya que el que abandona podría influir en el negocio incluso cuando la transferencia ya ha tenido lugar. Y apunta a que la salida principal para abordar la transferencia exitosa es de ser consciente de la importancia de prepararla con tiempo y de tener disponibles instrumentos para llevarla a cabo (por ejemplo, entrenamiento especializado de las partes concernientes)¹³¹³.

Asimismo, subrayaron el importante papel del PROTOCOLO FAMILIAR como proceso y como instrumento para el éxito del traspaso generacional de la EF. También puso de manifiesto la inconsciencia por parte de la familia de la importancia de éste como salida e hizo especial hincapié en redoblar esfuerzos para difundir la información sobre los instrumentos de gobierno familiar a fin de poder aprovechar útilmente dichos recursos.

<<Many researchers, and the expert group, are of the opinion that the process families go through to prepare, for example, a family protocol, is more important than the outcome itself. It is during this

¹³¹² Informe cit., p. 14.

¹³¹³ Informe cit., págs. 15 y 16.

process that family businesses need to *'make an effort to identify and make explicit and transferable to the subsequent generation and to other stakeholders the main reasons for its own commitment to the business; the philosophy that inspires the family in its relationship with, and control of, the business (...); the goals pursued by the family and the business, and the rules that govern the relationship between the family and the business'*¹³¹⁴>>.

Asimismo el estudio demostró que el desarrollo del gobierno de las EFs ha sido desigual en cada país siendo que existen distintos instrumentos disponibles para las EFs a fin de ayudarles a solventar algunos de estos problemas:

<<The study showed that family governance has been extensively developed in some countries, but very little in others. There is a wide range of tools already available or being implemented. They range, for example, from the provision of subsidies to companies to cover the cost of specialised consulting services to prepare a family protocol, to freely available guidelines providing standard texts and solutions for families to overcome their specific problems¹³¹⁵>>.

Por todo ello el informe señaló la necesidad de redoblar esfuerzos en transmitir la información sobre los instrumentos que existen para el Gobierno de la EF y aprovechar esta diversidad, señalando que «The European Commission has started to promote such exchanges by discussing different experiences within the expert group, and more significantly, by gathering information on existing measures in the countries studied National governments and private-sector organisations should make the most of this information to find examples suitable for implementation in their countries».¹³¹⁶

El informe de estos expertos concluye con las siguientes recomendaciones que extractamos¹³¹⁷:

1ª) Reconocer el importante papel de las EFs en las economías de la UE constituyendo más del 60% de todas las empresas europeas. En total, la mayoría son SMEs (y más SMEs son empresas familiares) y el compromiso que muestran a las comunidades locales, la estabilidad de largo tiempo que traen, la responsabilidad que sienten como propietarios y los valores que incorporan.

¹³¹⁴ Informe cit., p. 16.

¹³¹⁵ Informe cit., p. 16.

¹³¹⁶ Informe cit., p. 17.

¹³¹⁷ Informe cit., págs. 22-24.

2ª) Que las empresas familiares no deben verse solo como un activo, sino como una combinación de propiedad y valores con implicaciones de valores y dando un servicio a la comunidad en la que están integradas.

3ª) Admite la diferenciación de las EFs respecto de las PYMES señalando que muchos de los desafíos a los que se enfrentan las empresas familiares también conciernen a las SMEs en general, pero que, no obstante, algunos afectan más específicamente a las empresas familiares y otros son exclusivos para ellas y que estos desafíos o vienen del entorno, son inherentes a la empresa o están relacionados con temas educacionales.

4ª) La noción de la propiedad se considera como fundamental para comprender los desafíos a los que se enfrentan las empresas familiares. Las empresas familiares (y la mayoría de las SMEs) pertenecen a personas reales, independientes y seguras de sí mismo. Su propiedad es visible, personificada por individuos que pueden aceptar responsabilidad y son responsables de las actividades de su compañía. Esto crea consecuencias tanto de tiempo como de propiedad. La mayoría de las empresas familiares no se empiezan, ni pertenecen o son dirigidas para ser vendidas pero para ser continuadas por la siguiente generación. La propiedad va más allá del capital, y las decisiones financieras y operaciones son “simplemente” un método de financiarse, no el sentido primario de conseguir beneficios.

5ª) La experiencia en el campo de las empresas familiares es diferente de país en país. Algunos han desarrollado una red de instituciones más compleja con una gran variedad de instrumentos e iniciativas para adoptar empresas familiares. Otros deben todavía emprender medidas en esta cuestión, y algunos no hacen distinción entre empresas familiares y no-familiares.

6ª) La Comisión Europea debería continuar con la promoción de los intercambios de formación y de mantener los puntos relacionados con las empresas familiares en todas sus acciones, especialmente en las políticas de innovación, educación y regionales

(dando importancia al papel que las empresas familiares juegan en estabilidad y crecimiento a largo plazo de las regiones).

7ª) Insta a los gobiernos nacionales a establecer medidas para crear un entorno más favorable, algunos ya implementados como son los cambios en los sistemas impositivos (reduciendo los impuestos de herencia y/o donaciones, sistemas impositivos que no discriminan negativamente la retención de ganancias comparados con la financiación de deuda) o cambios en la legislación mercantil (uso de capital sin derecho a voto). Ajustes en el sistema educacional (dar más énfasis sobre la capacidad empresarial o incluir tópicos específicos de empresas familiares en los planes de estudio).

También los expertos recomiendan que cada gobierno nacional cree un punto de contacto de empresas familiares con su administración, como la Comisión Europea lo tiene dentro de la Dirección General para las Empresas e Industria.

8ª) Asimismo, insta a las propias Empresas Familiares y a las organizaciones que las representan (a niveles nacionales e internacionales) a tomar un papel activo en todos los esfuerzos para elevar el conocimiento de la importancia del sector, utilizando información sólida y convincente y empujando a la producción de datos sanos y comparable, debiendo también promocionar el desarrollo de una red institucional de empresas familiares en países donde está menos desarrollada.

Finalmente el informe de Expertos CONCLUYE que el *punto clave consiste en que todos los niveles políticos conozcan el fenómeno, su importancia y la necesidad y de emprender el amplio abanico de desafíos específicos a los que se enfrentan las empresas familiares.*

Vamos a continuación a analizar la labor que, específicamente, ha venido haciendo la Comisión atendiendo y reconociendo el importante papel que juegan las EFs en la economía y la sociedad europea e internacional.

5. OTRA INICIATIVAS DE LA COMISIÓN EUROPEA SOBRE LAS EMPRESAS FAMILIARES.¹³¹⁸

Destacamos aquí, además de las iniciativas ya estudiadas en este capítulo, otras auspiciadas por la Comisión para la promoción de un entorno favorable para los negocios que aunque algunas de estas medidas han sido puestas en marcha por la propia Comisión dentro de su política con las SME son especialmente aplicables a las empresas familiares.

5.1 Respecto a los traspasos de las empresas.

Ya hemos estudiado a lo largo de este capítulo como la Comisión en los años 90 comenzó una serie de iniciativas al respecto propuestas como la recomendación de la Comisión de 1994, la comunicación de la Comisión de 1998, el grupo de expertos en el 2000, la comunicación de la Comisión de 2006, entre otras. Además del proyecto-piloto del Parlamento Europeo sobre “transferencia de conocimientos especializados para guiar a las micro, medianas y pequeñas fue terminado recientemente“, por el que se guió a más de 800 empresarios ocupados en la transferencia de una SME¹³¹⁹.

5.2 Enterprise Europa Network.

Relanzamiento de esta red en 2008 y que supuso acuerdos con más de 500 organizaciones que daban asistencia a las SMEs. Tiene un gran potencial para dar a conocer puntos especialmente interesantes para empresas familiares en Europa y el extranjero.¹³²⁰

¹³¹⁸ Extraídos del informe de Expertos cit., págs. 19 y 20.

¹³¹⁹ Para ampliación de esta información véase <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/business-environment/smooth-transfer/index> en htm.

¹³²⁰ Más información: <http://www-enterprise/Europa-network.ed.europa.eu/index,htm>.

5.3 La semana europea de las *Small Medium Enterprises*.

La Comisión inició esta campaña en toda Europa para informar a los empresarios del abanico de medidas de ayuda disponibles para ellos a nivel europeo. Es también una plataforma para promocionar puntos específicos de empresas familiares en Europa. Durante la edición de 2009, se organizaron varios eventos específicos para las empresas familiares bajo el paraguas de la semana de las SME.¹³²¹

5.4 Programa ERASMUS para jóvenes empresarios.

El objetivo de este proyecto es ayudar a nuevos empresarios de adquirir habilidades para dirigir una empresa pequeña o mediana (SMEs) mediante la estancia en una empresa en otro país de la UE, siendo un instrumento útil para aprender e intercambiar experiencias con otros países de la UE.¹³²²

5.5 La Carta de Conferencias Europeas para SMEs

Iniciativas que van desde la Carta europea para Empresas pequeñas hasta el Acta de las pequeñas empresas y que alientan el intercambio de experiencias sobre medidas de política de las medidas SME. Una de las mejores prácticas específicas para las EFs fue seleccionada para la edición de la Conferencia de 2009.¹³²³

5.6 Concesión Enterprise.

El objetivo de estas concesiones es identificar y reconocer actividades exitosas e iniciativas tomadas para promocionar la empresa y al empresario, aumentar el

¹³²¹ Para más información, ver:

<http://ec.europa.eu/Enterprise/policies/entrepreneurship/sme-week/index.en.htm>.

¹³²² http://europa.eu/enterprise/policies/sme/promoting_entrepreneurship/erasmus-entrepreneursindex en htm.

¹³²³ [http://ec.europa.eu/Enterprise/policies/sme/best-practices/European-charter/index en htm](http://ec.europa.eu/Enterprise/policies/sme/best-practices/European-charter/index.en.htm).

conocimiento del papel que juegan los empresarios en la sociedad y alentar e inspirar potenciales empresarios.¹³²⁴

5.7 Programa de aprender durante toda la vida.

Este programa promueve la educación y actividades de formación transnacional. Adicionalmente, ayuda y estimula a personas para perseguir oportunidades, aprender y formarse a lo largo de Europa. Al mismo tiempo, ayuda a instituciones educativas y de formación para la implantación de sistemas y a modernizarse mediante financiación de proyectos transnacionales.¹³²⁵

6. REPERCUSIONES DE ESTAS INICIATIVAS DE LA COMISIÓN EUROPEA EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA COMO *MEDIDAS A FAVOR DE LAS EMPRESAS FAMILIARES*.

No cabe duda que todo este papel intervencionista de la Comisión Europea en el seno de las PYMEs en general y de las Empresas Familiares en particular han tenido un fuerte calado y repercusión en nuestro entorno nacional legislativo e Institucional.

No vamos a profundizar en este capítulo sobre las medidas tomadas a cabo por las Instituciones Españolas porque excedería este capítulo a la par que resultaría redundante y repetitiva en este trabajo, dado que las hemos ido abordando temáticamente a lo largo de este trabajo de investigación, lo que no quita para que las referenciamos siquiera someramente.

Como *Iniciativas Institucionales Nacionales* tenemos, entre las más significativas, las siguientes:

¹³²⁴ Para más información, véase

<http://e.europa.eu/Enterprise/policies/sme/best/practices/European-enterprise:awards/index> en htm.

¹³²⁵ Para más información: [http:// e.europa.eu/education/lifelong-learning-programme/doc78](http://e.europa.eu/education/lifelong-learning-programme/doc78) en htm.

6.1. Ponencia de Estudio para la problemática de la Empresa Familiar, acordada por el Pleno de la Cámara del Senado y dentro de la Comisión de Hacienda el día 26 de septiembre de 2000. Publicada en 2002¹³²⁶.

Intervinieron en la misma, senadores representantes de los grupos políticos de la Cámara Alta¹³²⁷ y representantes de los sectores públicos y privados, organizaciones, asociaciones privadas y académicas.¹³²⁸

Los resultados de este grupo de Expertos promovieron una importante reforma legislativa aprobada el 13 de marzo de 2003 y que lo impulsó a la eliminación de algunas de las barreras administrativas y jurídicas que dificultaban la creación, desarrollo y transmisión de las EFs.

También, según el CUARTO INFORME DE EJECUCIÓN DE LA CARTA EUROPEA DE LAS PYMES ESPAÑOLAS¹³²⁹ conllevó medidas para «conservar la unidad de la empresa familiar en el momento de la sucesión y para favorecer el desarrollo del Protocolo familiar»¹³³⁰.

¹³²⁶ BOCG, Senado, Serie I, núm. 312, de 23 de noviembre de 2001.

¹³²⁷ GPSNV, GPP, GPECP, GPCiU, GPS, GPCC, GPMx,

¹³²⁸ Intervinientes: José Manuel Lara Bosch, Presidente del Instituto de Empresa Familiar; Antonio Ferrer Sais, Miembro de la Comisión Ejecutiva Confederal de la UGT; José Luis Mato Rodríguez, Presidente de la Cámara Oficial de Comercio de Madrid; Juan José Hidalgo Acera, Presidente de Globalia Corporación; Carlos Martín Urriza, economista y miembro del gabinete técnico confederal de CCOO; Eduardo Ortega Prieto, abogado en representación del Bufete Ortega; Antonio José Sánchez-Crespo Casanova y José Calero, abogados y representantes del Estudio Jurídico Lexconsult; Mario Mariner Monleón e Ignacio Tormo, Presidente y Asesor del Instituto Valenciano para el Estudio de la Empresa Familiar; Emilio Yuste Flores, empresario textil; Mario Puig Planas, Presidente de la Asociación Europea de la Empresa Familiar; Ernesto Lejeune Valcárcel, catedrático de Derecho Financiero de la Facultad de Derecho de la UPV; Miguel Gallego Jurado, Presidente del Consejo de la Empresa Familiar de la Confederación de Empresarios de Andalucía; Inmaculada Rodríguez Cuervo, Presidenta de la Comisión de Empresa Familiar de la Confederación de Empresarios de Galicia; Gerardo Muñoz de Dios, notario de Madrid; Juan Jiménez Aguilar, Secretario General de la CEOE; Sebastián Escarrer Jaume, Vicepresidente el Grupo Sol Meliá; Juan Carlos Ayala Calvo, Catedrático del Área de «Conocimiento, Economía Financiera y Contabilidad» de la Universidad de la Rioja; Josep González i Serra, Presidente de PIMEC-SEFES; María Isabel Barreiro Fernández, Directora General de Política de la PYME; Teodoro Cerdón Ezquerro, Sbdirector General del IRPF.

¹³²⁹ Período de referencia; octubre 2002 a octubre 2003. P. 42 -Anexo.

¹³³⁰ Vid. Anexo Informe 4º de la Carta Europea, p. 42.

6.2. Actos organizados por el Ministerio de Economía,¹³³¹ bajo el lema «Hacia un nuevo entorno para el emprendedor del siglo XXI», previos al Consejo Europeo a celebrar en Barcelona, marzo 2003.

En esta ocasión, la Presidencia Española aprovechó para mostrar a los representantes europeos el proyecto “Nueva Empresa” como principal apuesta de España en aras a la simplificación administrativa recomendada por las iniciativas adoptadas por la UE para los Estados Miembros en esta materia.

Se organizaron tres actos, coincidiendo con la Presidencia Española de la UE (2002), a saber:

a) Viernes 22 de febrero 2002: Encuentro PYMEs en la Universidad Rey Juan Carlos de Móstoles (Madrid) en el que se trataron tres temas fundamentales: la mejora de la competitividad, financiación y el empresariado autónomo.

b) Sábado 23 de febrero 2002: *Conferencia de Ministros de la UE en el Palacio Real de Aranjuez* en el que se debatió sobre la mejora del entorno de la PYME y el segundo Informe de la Carta Europea de la PYME, adoptada en el Consejo europeo de Feira (Portugal) en 2000.

c) Domingo 23, celebración del *Coloquio Europeo sobre Empresa Familiar*, en el que debatieron empresarios PYMES con los Ministros Europeos con competencia PYME sobre cuestiones de financiación y marco legal.

6.3. Informe 5/2005 del Consejo Económico y Social (CES).

Lleva por título «El proceso de creación de empresas y el dinamismo empresarial»¹³³² que le dedica el capítulo 4 a la «Transmisión Empresarial: La

¹³³¹ A través de la Secretaría de Estado de Economía, Energía y PYME (Dirección General de Política de la PYME).

¹³³² Sesión ordinaria del Pleno de 21 de septiembre de 2005. <http://www.ces.es/documents/10180/18510/Inf0505>.

supervivencia de la Empresa Familiar»¹³³³ donde analiza los problemas que atraviesan estas EFs en orden al relevo generacional.

En dicho documento se señala que de «cada cien empresas familiares que nacen, sólo treinta sobreviven a la segunda generación, y en la tercera, sólo quince permanecen activas»,¹³³⁴ destacando las medidas que España ha adoptado al respecto, señalando que nuestro país ha creado unos de los entornos fiscales más favorables a la transmisión de este tipo de empresas familiares respecto a sus socios de la UE.

Asimismo, La promulgación de la *Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa* que modificó la *Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada*¹³³⁵ que recogía en su disposición final segunda, el futuro desarrollo reglamentario para la publicidad de los Protocolos Familiares.

Esta Ley supuso asimismo importantes modificaciones en materia sucesoria y obligó a reformar el Código Civil.

6.4 Reforma del art. 1056 del Código Civil español.

Esta reforma legislativa vino a solventar los problemas surgidos en sede de transmisión *mortis causa* de las EFs en relación a la legítima cuando la empresa sea anónima, limitada o comanditaria por acciones.

No obstante, cabe señalar que el informe del CES concluye afirmando que «Las medidas articuladas en España para la transmisión de empresas familiares están relacionadas con la transmisión intrafamiliar, sin embargo, debería contemplarse la posibilidad de establecer instrumentos, ya de carácter fiscal, administrativo o financiero,

¹³³³ Folios 95 a 98.

¹³³⁴ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. Informe 5/2005. El proceso de creación de empresas y el dinamismo empresarial. Sesión ordinaria del Pleno de 21 de septiembre de 2005. Colección Informes CES. Primera edición: octubre de 2005. P. 96.

<http://www.ces.es/documents/10180/18510/Inf0505>.

¹³³⁵ Recordamos que la *Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, ha sido derogada por el apartado 3.º de la disposición derogatoria única del R.D. Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital («B.O.E.» 3 julio).

para fomentar su transmisión a terceros, incluidos los propios trabajadores de la empresa»¹³³⁶.

6.5 Promulgación del R/D 171/2007, sobre publicidad de los Protocolos Familiares.¹³³⁷

Mediante este Real Decreto se crean las distintas vías de acceso para la publicidad de los PFs de las EFs y sus distintos efectos legales, ampliamente comentado en el cap. III de esta Tesis al que nos remitimos en este apartado.

6.6 Otras medidas.

Asimismo se adoptaron otras medidas entre las que destacamos por su importancia y repercusión las siguientes:

A) Reforma del Derecho de Sociedades, en orden a promover, principalmente, las participaciones sin voto para las SL a fin de impedir la pérdida de control de las EFs y la Autocarera, es decir que la EF puede adquirir temporalmente las participaciones del socio saliente, manteniéndolas durante un período de 3 años sin reducir su capital social.

B) Reformas fiscales en aras a reducir o eliminar los impuestos de Patrimonio, Sucesiones y Donaciones a fin de facilitar la transmisión de la EF, eliminando, con ello, obstáculos y dificultades al relevo generacional.

C) Medidas para impulsar los microcréditos y medidas de financiación de las PYMEs

D) Publicación de la Guía de la Pequeña y Mediana Empresa Familiar, por parte del Ministerio de Economía ofreciendo valiosa información para las EFs en orden al

¹³³⁶ Informe CES, cit., p. 98.

¹³³⁷ http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/rd171-2007.html#a3.

Protocolo Familiar, sucesión generacional, incluyendo un modelo estándar para la redacción del PF.

Al respecto del modelo de PF que anexa la Guía, entendemos que como mero ejemplo-guía pudiera ser ilustrativo pero, entendemos, como venimos sosteniendo a lo largo de este trabajo, que la realidad jurídico-familiar y societaria de cada EF es diferente por lo que requiere un tratamiento y un PF *ad hoc*, pudiendo, incluso con la mejor de las intenciones, resultar contraproducente que una EF realice un PF estándar confiada de tener tal instrumento que, a buen seguro, devendría inoperativo por las razones apuntadas.

Concluimos este capítulo con las acertadas palabras de ROMÁN PALACIOS, respecto al legado innegable que suponen para Europa y el mundo las Empresas Familiares y su transmisión «Mantener el vínculo y el compromiso de altas dosis de comprensión y empatía, formación y comunicación continuas para que valoren responsablemente el legado familiar y empresarial que recibirán».¹³³⁸

¹³³⁸ ROMÁN PALACIOS. Gerente de Electra de Autol y presidente de la Asociación Riojana de la Empresa Familiar. *Barómetro Europeo de la Empresa Familiar*. KPMG EN ESPAÑA.
<https://www.kpmg.com/ES/es/ActualidadNovedades/ArticulosyPublicaciones/Documents/barometro-europeo-empresa-familiar-2015.pdf>.

CAPÍTULO XI.

LA ACCIÓN EXTERIOR DE LAS EMPRESAS FAMILIARES COMO EMBAJADORAS EMPRESARIALES ESPAÑOLAS DE LA MARCA ESPAÑA.

*Mantener el vínculo y el compromiso de altas dosis de comprensión y empatía, formación y comunicación continuas para que valoren responsablemente el legado familiar y empresarial que recibirán*¹³³⁹

1. EL PROYECTO MARCA ESPAÑA¹³⁴⁰

En primer lugar, hemos de decir que estamos asistiendo, en este tema, a una *suerte de publicación del Derecho Internacional Privado*, en cuanto que este proyecto supone una alianza público-privada de las empresas con el Gobierno nacional para exportar la imagen de España en el ámbito internacional, convirtiéndose en lo que se está llamando la *Diplomacia Económica*.

En la mencionada labor y para el cumplimiento de los objetivos de relanzar la Marca España allende nuestras fronteras, llamamos la atención sobre un importante agente-colaborador que ya venía realizando esta gran labor desde 1999: el Foro de Marca Renombradas Españolas (FMRE)¹³⁴¹ y que se define como «una alianza público-privada creada para defender la importancia de la marca y de la internacionalización para las empresas y para la economía española».¹³⁴²

¹³³⁹ ROMÁN PALACIOS. Gerente de Electra de Autol y presidente de la Asociación Riojana de la Empresa Familiar. *Barómetro Europeo de la Empresa Familiar*. KPMG EN ESPAÑA.

<https://www.kpmg.com/ES/es/ActualidadyNovedades/ArticulosyPublicaciones/Documents/barometro-europeo-empresa-familiar-2015.pdf>.

¹³⁴⁰ <http://marcaespana.es>.

¹³⁴¹ Del que hablaremos ampliamente más adelante en este capítulo.

¹³⁴² <http://www.marcasrenombradas.com/club-mapi/miembros-del-club-mapi/>

Veremos a lo largo de este capítulo claramente esa alianza donde lo privado y lo público se entremezclan al punto que a veces resulta difícil establecer la línea que los separa.

Mucho se está hablando del proyecto Marca España pero en realidad ¿cuánto sabemos de él? Y lo que es más importante para el trabajo que nos ocupa ¿qué relación tienen las empresas familiares españolas con esta iniciativa gubernamental nacional?

La primera cuestión la respondemos acudiendo a la web oficial de ésta que nos señala que MARCA ESPAÑA «Es un proyecto a largo plazo cuyo objetivo es mejorar la imagen de España en el extranjero y entre los propios españoles».¹³⁴³ Y lo más importante, su slogan «MARCA ESPAÑA SOMOS TODOS».

El objetivo marcado para 2020, en palabras de ESPINOSA DE LOS MONTEROS,¹³⁴⁴ es afianzar una imagen de España como potencia económica de primer nivel y ofrecer una imagen de país tradicional con su Historia a la par que moderno, sólido, solidario, diverso, flexible y abierto al camino. Qué duda cabe que es un altísimo y dignísimo objetivo acorde con los nuevos tiempos que estamos viviendo.

Por ello, vamos a descubrir, a lo largo de este interesante capítulo, el papel primordial que realizan las empresas familiares como *embajadoras económicas* del Foro de Marca Renombradas Españolas y¹³⁴⁵ colaboradoras esenciales de Marca España, contribuyendo, sin duda, con ello a realizar una importante labor como coadyudante privado en la labor institucional pública del Estado español a lo largo y ancho del panorama internacional.

¹³⁴³ <http://marcaespana.es/node/134>.

¹³⁴⁴ Alto Comisionado para la Marca España.

¹³⁴⁵ «El Foro de Marcas Renombradas Españolas es el interlocutor y socio preferente del proyecto de la Marca España para facilitar la colaboración público-privada. Es una alianza estratégica integrada por más de cien empresas españolas con marcas líderes en sus respectivos sectores o categorías y por administraciones y organismos públicos. Su objetivo es potenciar las marcas españolas en el ámbito internacional, favorecer el crecimiento de la economía de nuestro país y que la Marca España sea sinónimo de calidad y prestigio».

<http://marcaespana.es/proyectos/foro-de-marcas-renombradas-esp%C3%B1olas-fmre>.

1.1 Origen.

El proyecto Marca España surgió por la necesidad de crear una buena imagen de España y de lo español, más allá del recuerdo *typical spanish* de nuestra nación con imagen de *toros, charanga y pandereta* que tanto se exportó a través del cine y el turismo de los años 60-80 y, que si bien atrajo a un determinado número de turistas - ayudados por nuestras magníficas playas y clima - ofrecía una imagen festivalera y bastante frívola ocultándose el enorme potencial cultural, empresarial y económico del país.

Fue la necesidad de dar a conocer las bondades, además, de nuestro país para mejorar nuestra imagen dentro y fuera de nuestras fronteras, lo que llevó a nuestras Instituciones Públicas a idear este proyecto con el objetivo de:

1. Atraer inversionistas y más turistas.
2. Apoyar a nuestras empresas en su proceso de internacionalización y contribuir con ello a la exportación de bienes y servicios en el exterior.
3. Conseguir financiación internacional en mejores y más óptimas condiciones.

En definitiva, de lo que se trata con esta iniciativa es que España adopte un papel mucho más activo y principal a la par que una posición reforzada en la Comunidad Internacional. Para conseguirlo, se dotó de una infraestructura Institucional y Privada con la intervención de actores en ambos sectores que ayudaran con su imagen a cumplir estos objetivos.

1.2 Estructura Institucional.

Para la consecución de los objetivos enunciados, España sigue el ejemplo de otros países al concebir su marca-país y creó el *Alto Comisionado de la Marca España*

mediante el Real Decreto 998/2012, de 28 de junio¹³⁴⁶ como «órgano que asume la planificación, el impulso y la gestión coordinada de las actuaciones de las Administraciones Públicas, de los organismos públicos de ellas dependientes y de cuantas entidades públicas y privadas protagonizan y están implicadas en la promoción de la imagen exterior de España, en el marco de las directrices y estrategias fijadas por el Consejo de Política Exterior».¹³⁴⁷

La misión de este Alto Comisionado es doble, según el citado RD, por un lado «mejorar la imagen exterior de España visibilizada bajo la denominación Marca España» y, por el otro, «Promover la actuación coordinada de cuantas instituciones y entidades resultan comprometidas con iniciativas que coadyuven a la mejora de los resultados y al logro de contribuciones medibles para los intereses de España en los ámbitos económico, cultural, social, científico y tecnológico».

Esta Institución, además de impulsar, planificar y gestionar coordinadamente con las Administraciones/Instituciones Públicas y privadas, propone al Gobierno central medidas para mejorar la imagen de España.

Junto a éste, coexisten el *Observatorio Marca España* que gestionado por el Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos,¹³⁴⁸ realiza encuestas, entrevistas, estudios, etc., a fin de orientar y situar la acción temática y geográfica.

También se creó el *Consejo de Marca España*¹³⁴⁹ que está integrado por los presidentes y directores que integran el proyecto y que analizan las principales líneas a seguir.

¹³⁴⁶ Real Decreto 998/2012, de 28 de junio, por el que se crea el Alto Comisionado del Gobierno para la Marca España y se modifica el Real Decreto 1412/2000, de 21 de julio, de creación del Consejo de Política Exterior. BOE Núm. 155 Viernes 29 de junio de 2012 Sec. I. Pág. 46129 a 46132.

http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-8672.

¹³⁴⁷ Preámbulo RD 998/2012, cit.

¹³⁴⁸ Con sede en Madrid, su función principal es estudiar los intereses de España en la sociedad internacional.

¹³⁴⁹ No supone coste alguno.

Finalmente, los grupos de trabajo que, en líneas generales, vienen a exponer sus prioridades de actuación sectoriales, geográficas, realizan el oportuno seguimiento y evalúan las acciones emprendidas.

A continuación, estudiamos el resto de los actores que intervienen en este macro proyecto nacional con dimensiones internacionales.

1.3 Actores intervinientes.

Este último grupo engloba y cierra el lema de *MARCA ESPAÑA SOMOS TODOS*, dado que actúa a modo de paraguas y en el que tienen cobijo y participación actores públicos relevantes como las Fuerzas Armadas,¹³⁵⁰ el ICEX, el Instituto CERVANTES,¹³⁵¹ el MAEC y la Secretaría de Estado de Comunicación del Ministerio de la Presidencia,¹³⁵² etc.

Pero junto a éstos, se hallan, asociaciones/fundaciones privadas, medios de comunicación,¹³⁵³ la sociedad civil en general¹³⁵⁴ y, principalmente, por lo que a este trabajo interesa, los actores privados: Cámaras de Comercios, actores,¹³⁵⁵ deportistas¹³⁵⁶ y empresas. Resaltar el papel que como colaborador realiza el Foro de Marcas Renombradas que trataremos a continuación.

¹³⁵⁰ Piénsese en las misiones internacionales y de paz que realizan a lo largo del panorama internacional y su labor en el campo de la Diplomacia de Defensa.

¹³⁵¹ Embajador indiscutible de la promoción de la lengua española a lo largo y ancho de la Comunidad Internacional de habla no hispana donde tiene sus centros.

¹³⁵² En el ámbito de comunicación y coordinación de la política interior del Gobierno.

¹³⁵³ Agencia EFE y RTVE, entre otros.

¹³⁵⁴ Universidades y especialmente *Amigos de la Marca España*.

¹³⁵⁵ Ejemplo es Antonio Banderas.

¹³⁵⁶ Ídem con nuestro tenista más internacional, Rafa Nadal.

2. EL PAPEL DE LAS EMPRESAS FAMILIARES COMO EMBAJADORAS DE MARCA ESPAÑA. LA LLAMADA *DIPLOMACIA ECONÓMICA*.

Él y ella, empresarios-managers, crearon riqueza y bienestar para su entorno, los mercados y sus gentes, los pueblos y las ciudades, reinos repúblicas, gobiernos, y «El Estado imperial romano»¹³⁵⁷.

2.1 Introducción. La internacionalización de las Empresas.

A pesar de aquellas adversidades, el empresario manager, (hombre, mujer, ciudadano libre, liberto o esclavo) siempre estuvo presente en los mercados del mundo antiguo¹³⁵⁸.

Según el estudio realizado en enero de 2015 por el Barómetro Europeo de la Empresa Familiar y en palabras de JUAN JOSÉ CANO¹³⁵⁹:

<<los resultados obtenidos en esta tercera edición del Barómetro de Empresa Familiar, en el que la mayoría de las compañías españolas y europeas se muestra optimista sobre el futuro económico y declara haber experimentado un crecimiento en sus ventas netas y en su presencia internacional en los últimos seis meses», manifestando que las Empresas Familiares han avanzado más en países de la eurozona en la mayoría de sus indicadores «A nivel europeo, aún a pesar de la ralentización del crecimiento en la eurozona, las empresas familiares también han registrado un avance en el comportamiento de sus principales indicadores¹³⁶⁰>>

Y concluye el informe que «Un 62% de las empresas familiares españolas ya vende en mercados exteriores, cifra que ha aumentado en seis puntos porcentuales respecto al dato registrado en junio».¹³⁶¹

¹³⁵⁷ SUÁREZ BLÁZQUEZ, G. *Derecho de empresas en la Roma clásica. Gestión de empresas, corrupción de directivos-esclavos, robótica e las empresas del Imperio Romano*. Tirant. Valencia, 2014, P. 18 y 19.

¹³⁵⁸ SUÁREZ..., ob., cit., p. 18.

¹³⁵⁹ Socio responsable de Empresa Familiar de KPMG en España.

¹³⁶⁰ *Barómetro Europeo de la Empresa Familiar*. KPMG EN ESPAÑA. P. 1
<https://www.kpmg.com/ES/es/ActualidadyNovedades/ArticulosyPublicaciones/Documents/barometro-europeo-empresa-familiar-2015.pdf>.

¹³⁶¹ Barómetro cit., p.13.

INTERNACIONALIZACIÓN

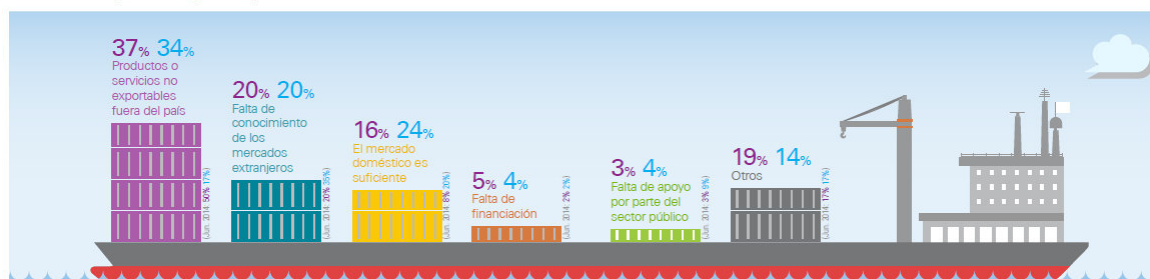
¿Vende su empresa familiar en mercados exteriores?

38% NO Sí 62%

España

Europa

Si ha respondido que no, ¿cuáles son las razones?



Fuente: Barómetro Europeo de la Empresa Familiar. Enero 2015¹³⁶²

Este aumento de las exportaciones viene constatándose desde 2009 (en gran medida como salida a la crisis económica que viene asolando al país desde 2007) y que en palabras de JANE BAMDOFD¹³⁶³ «Desde 2009 el número de empresas familiares que han salido al exterior ha crecido exponencialmente... y hasta hace poco el grueso de la facturación de estas empresas se situaba en el mercado local, hoy es al revés»¹³⁶⁴.

Si bien hasta la llegada de la crisis económica, exportar era más bien una *novedad* a la que muy pocas empresas se atrevían en general y las familiares en particular, ahora y

¹³⁶² Análisis del gráfico: «Un 62% de las empresas familiares españolas ya vende en mercados exteriores, cifra que ha aumentado en seis puntos porcentuales respecto al dato registrado en junio. Entre el 38% que declara no tener presencia internacional, cerca de dos quintos lo achacan a que sus productos o servicios no son exportables fuera del país, valor que ha disminuido respecto al informe anterior cuando era la mitad quien así lo declaraba. Otro de los motivos principales que responde a que las empresas familiares españolas no vendan en el exterior es la falta de conocimiento de los mercados extranjeros, opción señalada por un quinto de las encuestadas. Por su parte, un 16% considera que el mercado doméstico es suficiente, con tan solo el 8% que así lo manifestó en el barómetro de junio. A nivel europeo, las empresas familiares señalan en un 34% de los casos que la razón principal para no internacionalizarse es, al igual que ocurre con los negocios españoles, la imposibilidad de exportar sus productos o servicios fuera del país. Un mayor número de empresas europeas que españolas considera, en cambio, que su mercado doméstico es suficiente (24%), coincidiendo con las españolas en cuanto a su falta de conocimiento de los mercados extranjeros, razón señalada por el 20% de las europeas» Barómetro..., cit., p. 13,

¹³⁶³ Directora Regional de Hays España para Valencia y País Vasco.

¹³⁶⁴ HAYS RECRUITING EXPERTS WORLDWIDE. *Las empresas valencianas buscan nuevos mercados en el exterior.* Madrid, 2 de enero de 2014.

desde 2009 se ha convertido en una *necesidad* para poder sobrevivir al caos económico nacional.

La internacionalización obliga a crear nuevas estrategias de mercado para lograr competitividad a través de la excelencia y ello redundará en una necesaria preparación técnica y lingüística (talón de Aquiles en nuestro país) que afecta, sobremanera, como gran desafío a las empresas familiares que hasta la fecha tenían un concepto muy tradicional, estático y familiar de su industria destinada principalmente a los mercados: local, regional y nacional. Exportar implica PREPARACIÓN y COMPROMISO.

Estos son los datos respecto a las exportaciones correspondientes al año 2013: España exportó 234.240 millones de euros, lo que supone un incremento de un 5,21% y por lo que respecta a la Comunidad Valenciana referente al mismo período las cifras se sitúan en una facturación de 23.678 millones de euros que suponen un 10% sobre el total exportado y un 13,40 % de variación.¹³⁶⁵

En dicho informe señala a la Unión Europea como mayor destinatario de nuestros productos «Por áreas geográficas, la Unión Europea se mantiene como el principal cliente de la Comunitat Valenciana (59%) y experimenta un ascenso del 11% con respecto al mismo periodo del año anterior. En esta área Francia sigue siendo el principal destino de las exportaciones valencianas con el 14% sobre el total exportado y un incremento interanual del 1%. Junto con Alemania, Reino Unido e Italia representan un 33% del valor total exportado».¹³⁶⁶

A continuación aportamos el balance comercial de las exportaciones de la Comunidad Valenciana del año 2003 y su ratio respecto a España, emitido en su informe de febrero de 2014¹³⁶⁷.

¹³⁶⁵ Informe emitido por UVACE (Instituto Valenciano de Competitividad Empresarial) de la Generalitat Valenciana. Exportación de la Comunitat Valenciana 2013, enero-diciembre. Febrero 2014.

¹³⁶⁶ Folio 1, informe cit.

¹³⁶⁷ Informe cit, p.3.

BALANZA COMERCIAL

	EXPORT	IMPORT	SALDO	% COBERTURA
ALICANTE	4.505	2.996	1.508	150
CASTELLÓN	5.579	4.700	879	119
VALENCIA	13.595	12.950	645	105
C. VALENCIANA	23.678	20.646	3.032	115
ESPAÑA	234.240	250.195	-15.955	94

Fuente: IVACE- Generalitat Valenciana. Febrero 2014

Constatado la importancia de las exportaciones de nuestras empresas nacionales y levantinas, pasamos a presentar, una treintena de las empresas familiares españolas que forman el Foro de Marcas Renombradas de Marca España- que hemos seleccionado por orden alfabético y que, entendemos, ofrecen una nutrida representación del empresariado familiar español por la representación de productos variados que comercializan unos más conocidos, otros menos, que todas ellas tienen en común una altísima competitividad e internalización representando a nuestro país como verdaderas embajadoras económicas en el exterior.

2.2 El Foro de Marcas Renombradas.

El FMRE es «una alianza público-privada creada para defender la importancia de la marca y de la internacionalización para las empresas y para la economía española»¹³⁶⁸.

Según BONET FERRER¹³⁶⁹ «Desde los inicios de los años 90, las empresas españolas han logrado una importante presencia en los mercados internacionales» y España cuenta, por primera vez en su Historia, con un gran número de empresas multinacionales internacionalmente competitivas convirtiéndose, al mismo tiempo,

¹³⁶⁸ <http://www.marcasrenombradas.com/club-mapi/miembros-del-club-mapi/>

¹³⁶⁹ Presidente Foro de Marcas Renombradas Españolas.

convirtiéndose, al mismo tiempo «en un importante inversor internacional, asumiendo una posición relevante en el contexto económico mundial»,¹³⁷⁰ haciendo de este país una potencia económica altamente competitiva en los mercados transfronterizos.

Por ello, y dado el potencial de nuestras empresas nacionales en el exterior a finales de los 90's (1999)¹³⁷¹ se creó un grupo de empresarios y directivos de algunas empresas de reconocido prestigio internacional a fin crear una institución para defender las marcas españolas por todo el mundo. Así surgió el Foro de Marcas Renombradas¹³⁷² (FMR).

2.3 El Club MAPI.

El Club de Marcas de Alto Potencial Internacional (MAPI), es una «iniciativa del Foro de Marcas Renombradas de Marca España creado para apoyar, desde las marcas líderes y en colaboración con las administraciones públicas, a las marcas que tienen mayores posibilidades de éxito en el exterior».¹³⁷³

Entre muchos de sus miembros, hallamos firma de cosméticos SKEYNDOR, ROBERTO VERINO, dedicado a la moda y perfumería o la firma valenciana conocida internacionalmente DULCESOL.¹³⁷⁴

¹³⁷⁰ BONET FERRER, J.L. *El foro de las marcas renombradas españolas, una experiencia para la competitividad internacional*. P.81.

file:///C:/Documents%20and%20Settings/ania/Mis%20documentos/Downloads/jose_luis_bonet_ferrer_web_ei_379.pdf.

¹³⁷¹ BONET FERRER, art. cit., p. 74 «El convenio fundacional de fecha 14 de julio de 1999, firmado por las 17 empresas fundadoras y el entonces Ministerio de Industria y Energía, el 17 de julio de 2001 se firma ante notario la escritura de constitución de la Asociación de Marcas Renombradas Españolas (AMRE) como asociación sin ánimo de lucro de carácter empresarial, integrada exclusivamente por una serie de empresas asociadas, las fundadoras y todas las que en estos años se han ido sumando al proyecto hasta llegar a las actuales 100 empresas asociadas. Los órganos de gobierno de AMRE son la junta directiva y la asamblea general de socios».

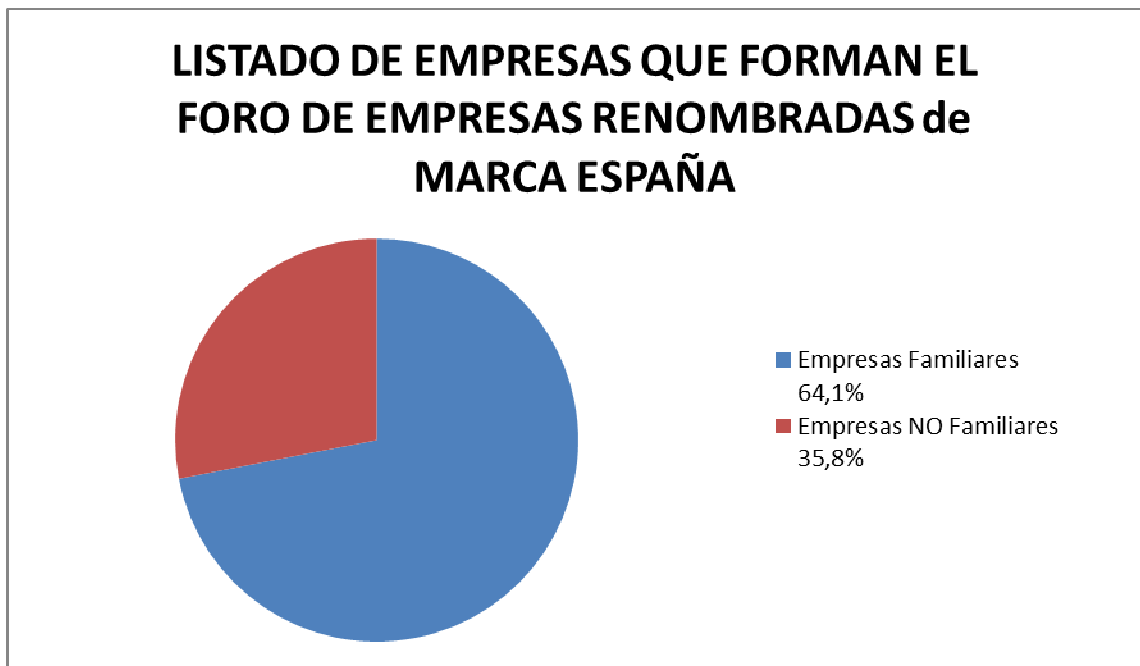
¹³⁷² «En 1999, un grupo de empresarios y directivos de 17 compañías españolas titulares de marcas de reconocido prestigio comienzan a organizarse y a trabajar conjuntamente en torno a la necesidad de crear en España una institución que tuviera como principal objetivo la defensa, en todos los ámbitos, de las marcas españolas como verdaderos motores para la necesaria internacionalización de las empresas españolas» Vid. BONET FERRER, art. Cit., p. 73.

¹³⁷³ <http://www.marcasrenombradas.com/club-mapi/miembros-del-club-mapi/>

¹³⁷⁴ <http://www.marcasrenombradas.com/club-mapi/miembros-del-club-mapi/>

3. LA IMPORTANCIA DE ALGUNAS EMPRESAS FAMILIARES ESPAÑOLAS, DENTRO DEL PROYECTO FMRE, COO REPRESENTANTES DE LA MARCA ESPAÑA EN EL EXTERIOR. EJEMPLOS DE INTERNACIONALIZACIÓN.

La importancia exterior de las empresas Familiares españolas queda claramente patente en la formación del Foro de Marcas Renombradas de las que forman parte un total de 120 empresas que representan los intereses de España en el exterior, de las cuales 77 son FAMILIARES y 43 NO FAMILIARES, lo que en porcentaje supone que el 64,2 % de las empresas del FMR son familiares y el 35,8% No familiares. Es decir, que el peso específico de las EFs en el Foro casi duplica a las No familiares.



Estas empresas representan sectores muy variados, desde el textil (Inditex, Mango, Cortefiel, Adolfo Domínguez), hasta la alimentación (Agrolimen, Borges...), las energías renovables (Acciona), joyería (Tous), y un largo etcétera.

Todas ellas, hasta un total de 77, tienen en común que son Empresas Familiares, que sus productos son innovadores, de alta calidad y poseen reconocimiento internacional, habiendo sido muchas de ellas galardonadas en nuestro país y fuera de él.

Por todo ello y dado el alto valor que representan para nuestro país y para nuestro trabajo en concreto por ser las mejores *embajadoras económicas* allende nuestras fronteras, realizando una innegable labor, día a día, de representación de los intereses de España en el ámbito internacional, pasamos a conocer brevemente algunas de ellas¹³⁷⁵ que representan su bagaje, su internalización y su labor en los distintos sectores de la economía brevemente.¹³⁷⁶

Por todo ello y por el importante papel que realizan para nuestra economía autonómica, nacional, europea e internacional merecen ser nombradas en esta investigación: *Acciona*.¹³⁷⁷; *Acesur*¹³⁷⁸, *Adolfo Domínguez*¹³⁷⁹, *Agrolimen*¹³⁸⁰, *Andreu World*¹³⁸¹, *Arco*¹³⁸², *Armand Basi*¹³⁸³, *Barbadillo*.¹³⁸⁴, *Barceló Hotels & Resorts*¹³⁸⁵, *Borges*¹³⁸⁶, *Campofrío*¹³⁸⁷, *Carrera y Carrera*¹³⁸⁸,

*Conservas Garavilla*¹³⁸⁹, *Cortefiel*¹³⁹⁰, *Cosentino*¹³⁹¹, *EGA Master*¹³⁹², *El Corte Inglés*, *El Pozo*¹³⁹³, *Elzaburu*¹³⁹⁴, *Energy Sistem*¹³⁹⁵, *Fama*¹³⁹⁶, *Félix Solís*¹³⁹⁷,

¹³⁷⁵ Describirlas a todas las que forman parte del FMRE familiares excedería de este trabajo. Por ello hemos elegido una treinta de las primeras del listado público del Foro que, a nuestro juicio, representan los diversos sectores de la economía española más internacional.

¹³⁷⁶ <http://www.marcasrenombradas.com/miembros/?buscar=Todos&empresa=-§or=->

¹³⁷⁷ <http://www.acciona.es/sobre-acciona/quienes-somos/>

¹³⁷⁸ <http://acesur.com/es>

¹³⁷⁹ <http://www.adolfodominguez.com/>

¹³⁸⁰ MORENO LÁZARO, J. *La empresa Familiar Española y el Mercado Mundial: Agrolimen, una perspectiva histórica*. ICE-LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LA EMPRESA ESPAÑOLA EN PERSPECTIVA HISTÓRICA Julio-Agosto 2009. Nº 849. P. 160.

¹³⁸¹ <http://www.andreuworl.com/es/empresa/historia>

¹³⁸² Siglas de Accesorios de Regulación y Control.

¹³⁸³ <http://www.armandbasi.com/timeline.php?timeline=BrandHistory>

¹³⁸⁴ <http://barbadillo.com/tu-compania/perfil-corporativo>.

¹³⁸⁵ http://barcelo.com/BarceloGroup/es_ES/home-grupo-barcelo.aspx

¹³⁸⁶ <http://www.borgesinternationalgroup.com/historia/>

¹³⁸⁷ <http://www.campofriofoodgroup.com/scs/Satellite/cfg-home/company/at-a-glance/1328183827161.html>.

¹³⁸⁸ <http://www.carreraycarrera.com/es/la-marca/historia>.

¹³⁸⁹ http://www.qcom.es/v_portal/informacion/informacionver.asp?cod=22669&te=2475&idage=23543

¹³⁹⁰ <http://www.grupocortefiel.com/es/marcas>

Fermax.¹³⁹⁸, Festina¹³⁹⁹, Freixenet¹⁴⁰⁰, Gaes¹⁴⁰¹, Gallo¹⁴⁰², Gioseppo¹⁴⁰³, Global-Exchange¹⁴⁰⁴, GMV¹⁴⁰⁵, González Byass¹⁴⁰⁶, Grupo Eulen,¹⁴⁰⁷ Grupo Zamora,¹⁴⁰⁸ Grupo Ybarra,¹⁴⁰⁹ Hijos de Rivera,¹⁴¹⁰ Hispanitas,¹⁴¹¹ Hola,¹⁴¹² Idilia Foods,¹⁴¹³ Inditex,¹⁴¹⁴ Kerabén,¹⁴¹⁵ La Vanguardia,¹⁴¹⁶ Lladró,¹⁴¹⁷ Mango,¹⁴¹⁸ Marqués de Cáceres,¹⁴¹⁹ Meliá Hotels International,¹⁴²⁰ Miguel Bellido,¹⁴²¹ Miquel y Costas & Miquel,¹⁴²² Mirto,¹⁴²³ Mustang,¹⁴²⁴ Natura & Bissé,¹⁴²⁵ Neck & Neck,¹⁴²⁶ Nortia,¹⁴²⁷

¹³⁹¹ <http://www.economista.es/interstitial/volver/240878542/andalucia/noticias/5404055/12/13/Cosentino-preve-volver-a-crecer-al-17-en-2014-tras-alcanzar-500-millones-este-ano.html#.Kku8F3um4yInWhF>

¹³⁹² <http://www.marcasrenombradas.com/miembro/ega-master/>

¹³⁹³ <http://www.elpozo.com/conocenos/historia.aspx>.

¹³⁹⁴ <http://www.elzaburu.es/es/quienes-somos/nuestra-historia>.

¹³⁹⁵ Se encuentra en El Finestrat.

¹³⁹⁶ <http://www.fama.es/la-compania.html>.

¹³⁹⁷ <http://felixsolisavantis.com/es/compania/>

¹³⁹⁸ <http://www.fermax.com/spain/corporate/sobre-fermax/presentacion/fermax.html>.

¹³⁹⁹ Mapa obtenido de la web oficial de Festina <http://www.festina.com/puntos-de-venta/>

¹⁴⁰⁰ «La compañía daba sus primeros pasos en 1912 a raíz del matrimonio del vinatero Pedro Ferrer Bosch, propietario de la finca *La Freixeneda*, que da nombre al cava, con Dolores Sala Vive. Una plaga de filoxera les obligó a cambiar su negocio, y replantaron sus viñas para crear un vino espumoso al que bautizaron *Freixenet*, apodo con el que se conoció a Pedro Ferrer, por el nombre de su finca». DAVID J. FERNÁNDEZ. Diario LA RAZÓN, Viernes 13 de febrero de 2014, p.18.

¹⁴⁰¹ <http://www.marcasrenombradas.com/miembro/gaes/>

¹⁴⁰² <http://www.marcasrenombradas.com/miembro/gallo/>

¹⁴⁰³ <http://www.marcasrenombradas.com/miembro/gioseppo/>

¹⁴⁰⁴ Que hace innecesario el cambio de monedas en la zona Euro.

¹⁴⁰⁵ <http://www.gmv.com/es/Empresa/AcercaDeGmv/Historia/>

¹⁴⁰⁶ <http://www.gonzalezbyass.com/familia-del-vino/>

¹⁴⁰⁷ <http://www.marcasrenombradas.com/>

¹⁴⁰⁸ <http://www.diegozamora.es/es/grupo-dz/empresa>

¹⁴⁰⁹ <http://ybarra.es/quienes-somos/historia/>

¹⁴¹⁰ http://www.corporacionhijosderivera.com/historia_empresa.php.

¹⁴¹¹ <http://www.hispanitas.com/>

¹⁴¹² <http://www.marcasrenombradas.com/miembro/hola/>

¹⁴¹³ <http://www.idilia.es/>

¹⁴¹⁴ http://www.inditex.com/home;jsessionid=OSZLd-TTgSYw8_FllpG-cj2

¹⁴¹⁵ <http://kerabengrupo.com/>

¹⁴¹⁶ <http://www.lavanguardia.com/quienes-somos/index.html>.

¹⁴¹⁷ <http://www.lladro.com>.

¹⁴¹⁸ <http://www.marcasrenombradas.com/miembro/mango/>

¹⁴¹⁹ <http://www.marquesdecaceres.com>

¹⁴²⁰ <http://www.meliahotelsinternational.com/es>

¹⁴²¹ <http://www.miguelbellido.es/valores.php>.

¹⁴²² <http://www.miquelycostas.com/esp/Presentacio.htm>.

¹⁴²³ <http://www.marcasrenombradas.com/miembro/mirto/>

¹⁴²⁴ <http://www.mtngexperience.com/es/conocenos/tray>

¹⁴²⁵ <https://www.naturabisse.com/es/history>

¹⁴²⁶ <http://www.neckandneck.com/>

¹⁴²⁷ <http://www.nortia.com/>

Osborne,¹⁴²⁸ Panamá Jack,¹⁴²⁹ Pescanova,¹⁴³⁰ Pikolinos,¹⁴³¹ Pronovias,¹⁴³² Puig,¹⁴³³ Ramondin,¹⁴³⁴ Roca,¹⁴³⁵ Rodman,¹⁴³⁶ Banco de Santander,¹⁴³⁷ Santiveri,¹⁴³⁸ Simón,¹⁴³⁹ Talgo,¹⁴⁴⁰ Televés,¹⁴⁴¹ Terras Gauda,¹⁴⁴² Torres,¹⁴⁴³ Tous,¹⁴⁴⁴ Uría Menéndez¹⁴⁴⁵ y Vichy Catalán.¹⁴⁴⁶

Todas estas empresas familiares tienen en común lo siguiente que destacamos:

1. El esfuerzo, los valores y la tradición del negocio familiar como pilar fundamental de su expansión nacional e internacional.

2. Exportando los valores positivos de España por todo el mundo ofreciendo una imagen de nuestro País de competencia, calidad, competitividad, compromiso y buen gobierno en los negocios.

3. Han sido y son altamente reconocidas con distinciones y galardones por las más representaciones institucionales.

4. Exportan su éxito individual empresarial y lo comparten con el país que representan.

¹⁴²⁸ <http://www.osborne.es/sobre-nosotros/>

¹⁴²⁹ <https://www.panamajack.es/descubrenos/historia>

¹⁴³⁰ <http://www.pescanova.com/ES/content/QUIENES-SOMOS>

¹⁴³¹ <http://www.pikolinos.com/>

¹⁴³² <http://www.pronoviasfashiongroup.com/pronovias-fashion-group/corporativo/datos-y-cifras.html>.

¹⁴³³ <http://www.puig.com/es/quienes-somos/historia-de-la-compania/el-exito-de-una-empresa-familiar/>

¹⁴³⁴ http://www.ramondin.es/grupo_ramondin.php?id_grupo=1

¹⁴³⁵ <http://www.roca.es/nuestra-empresa/sobre-nosotros/una-empresa-global>

¹⁴³⁶ <http://rodman.es/historia.html>.

¹⁴³⁷ <http://www.marcasrenombradas.com/>

¹⁴³⁸ <http://www.santiveri.es/>

¹⁴³⁹ <http://www.simon.es/es/empresa/grupo-simon>

¹⁴⁴⁰ <http://www.talgo.com/index.php/es/nuestra.php>.

¹⁴⁴¹ <http://www.televes.es/es/empresa/quienes>

¹⁴⁴² http://www.terrasgauda.com/#grupo/quienes_somos

¹⁴⁴³ http://www.torres.es/wps/portal/web/inicio/sobreNosotros!/ut/p/c5/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9

¹⁴⁴⁴ <http://brand.tous.com/es/about-tous-origin/>

¹⁴⁴⁵ <http://www.uria.com/es/quienes-somos.html>.

¹⁴⁴⁶ <http://www.grupovichycatalan.es/quienesES.php>.

Todo ello y más, las hace claramente merecedores de formar parte de este prestigioso Foro de Marcas Renombradas Españolas que viene ejerciendo esta noble labor desde el 99 y que ahora la refuerza, más si cabe, cooperando en este macro proyecto de Marca España por tener ambos el mismo objetivo que les une y retroalimenta: DIFUNDIR UNA EXITOSA IMAGEN DE ESPAÑA A TRAVÉS DE LAS EMPRESAS ESPAÑOLAS COMO PARTE DE ESA SUERTE DE *DIPLOMACIA ECONÓMICA NACIONAL*.

CONCLUSIONES

Tras la investigación realizada, tenemos datos serios como para ofrecer las siguientes conclusiones a las que hemos llegado y que las exponemos en el siguiente orden:

PRIMERA,- EL PROTOCOLO FAMILIAR (PF) COMO CULTURA COMUNICATIVA INTRAFAMILIAR.

El Protocolo Familiar fomenta y articula *cultura intrafamiliar* y, dado que el verdadero problema de las empresas familiares es la comunicación con la familia, resulta esencial implantar esta cultura que contribuirá indudablemente a la supervivencia de estas empresas.

SEGUNDA,- DESCONOCIMIENTO DE LA FIGURA DEL PROTOCOLO FAMILIAR POR PARTE DEL EMPRESARIADO FAMILIAR.

El estudio realizado y las fuentes consultadas indican que, pese a que el protocolo familiar se configura como el medio más idóneo para prevenir los conflictos y asegurar su sucesión en sede de estas mercantiles, su conocimiento por estos empresarios es altamente insuficiente como lo demuestran la “alta mortandad” de las mismas y los escasos protocolos publicados (36 en España durante los ocho últimos años).

Todo ello demuestra que los medios hasta ahora adoptados para crear cultura del *protocolo* son insuficientes y se hace necesario redoblar esfuerzos en diseñar campañas de información y ayudas para implantar este importante instrumento a fin de conseguir

la necesaria continuidad y sucesión generacional de las empresa familiares y conservar con ello la enorme fuente de riqueza que aportan al país.

TERCERA,- CONTRACTUALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA.

Que estamos asistiendo a una nueva dimensión jurídica del Derecho de Familia caracterizada por una cierta *despublificación* de éste a favor de una mayor privatización a través del aumento de la libertad de pactos en favor de los cónyuges para regular las consecuencias de sus rupturas afectivas.

Aún manteniéndose la distinción Ulpiniana del *ius publicum* y el *ius privatum*, constatamos que, en el seno del derecho familiar, cada vez dicha línea separatista es más fina debido a la gran libertad de que gozan actualmente los futuros esposos para poder pactar y diseñarse un «matrimonio a medida» dentro de los límites legales establecidos en un claro intento, cada vez más progresivo y progresista, de nuestro ordenamiento jurídico de «privatizar» las relaciones personales.

La tutela del *ius publicum* queda limitado, por una parte, a salvaguardar los derechos de igualdad de los esposos a fin de evitar discriminaciones y posibles situaciones injustas y, por otra, a velar por el interés de los menores en los procesos de ruptura matrimonial. Todo ello acorde a la sensibilidad jurídica internacional que asiste a nuestro ordenamiento jurídico del *favor filii*.

Otro de los factores que contribuyen a ello es la imparable y abundante legislación nacional, autonómica, y constitucional a la que debemos añadir los instrumentos europeos e internacionales y la jurisprudencia del Tribunal Supremo y que están llevando a cabo un proceso renovador y actualizado de nuestro Derecho de la persona en general y de la familia en particular.

CUARTA,- DESIGUALDAD PRODUCIDA POR LA AVANZADA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA EN MATERIA DE DERECHO DE FAMILIA.

Esta desigualdad jurídico-material es debido a la evolución de las legislaciones autonómicas en materia de Derecho de Familia frente al Derecho común y conduce a situaciones desiguales y diferentes según el territorio donde se celebren los pactos dado que las normativas autonómicas permiten regular las consecuencias de una futura crisis acoplándola a la realidad de la pareja en concreto y no en abstracto.

Todo ello obliga a concluir la necesidad de una regulación estatal en materia de Derecho de Familia acorde o en sintonía con las legislaciones forales a fin de evitar situaciones de discriminación o desventaja normativa dependiendo de la regulación legal a la que estén sometidos los futuros consortes o convivientes.

Situación ésta especialmente importante si hablamos en materia de empresas familiares cuando de esta regulación a veces puede depender la supervivencia de la propia mercantil o su sucesión de manera exitosa y efectiva.

QUINTA,- AUMENTO DE LAS RUPTURAS AFECTIVAS A PESAR DE LA CRISIS ECONÓMICA. NECESIDAD DE CONTEMPLAR EL PROTOCOLO FAMILIAR DESDE EL DERECHO DE FAMILIA.

Según los datos ofrecidos por el Consejo General del Poder Judicial durante el año 2014 se produjeron en España la “friolera cifra” de 133.441 rupturas. Lo que equivale a decir que *cada 4,34” se rompía legalmente una pareja en España.*

En efecto, las quiebras de uniones afectivas son cada día más numerosas y sus consecuencias devastadoras que se verán aumentadas si no tenemos la previsión de preverlos y consensuarlos en un momento de frialdad *ab initio* de la relación cuando las voluntades están bien avenidas.

Consecuencias estas más negativas aún si cabe cuando nos referimos a las repercusiones que dichas rupturas afectivas tienen en el seno de las empresas familiares cuando uno o varios de sus miembros se ven implicados en ellas y, por lo tanto, su resultado y efectos le son salpicados.

Existen muchos empresarios de empresas familiares, con grandes fortunas cuyos imperios podrían verse disminuidos muy notablemente en caso de producirse una ruptura matrimonial sin haber previsto sus consecuencias y, sobre todo, si en su día se casaron en régimen de sociedad legal de gananciales.

SEXTA,- INSUFICIENCIA DE LA CONFIGURACIÓN ACTUAL DEL PROTOCOLO FAMILIAR (PF).

La naturaleza jurídica de la EF es multidisciplinar y transversal así como su problemática y por ello ha quedado demostrado que la configuración actual del PF resulta insuficiente por cuanto que no contempla en la profundidad que requiere a las instituciones propias del Derecho de Familia.

Proponemos un PEF (Protocolo de la Empresa Familiar) articulado y complementado con los documentos de Derecho de Familia estudiados aquí para prevenir los futuros problemas que pudieran surgir como consecuencias de rupturas afectivas de los miembros de las EFs y la descapitalización – cuando no mortandad- de la misma.

SÉPTIMA,- LA PROPUESTA DEL PROTOCOLO FAMILIAR ARTICULADO CON EN DOCUMENTOS COMPLEMENTARIOS DE DERECHO DE FAMILIA.

Esta investigación aboga por concebir un PF (PEF) *articulado*, es decir, que junto a los Estatutos Sociales de la empresa, se acompañen una serie de documentos complementarios de Derecho de Familia (DOCODEFA) que aseguren el cumplimiento y eficacia del protocolo marco actualizado y acorde con las circunstancias reales

Las razones para ello las resumimos aquí:

1ª) Porque concebimos el PF como un documento marco articulado cuyo desarrollo debe realizarse a través de documentos complementarios y anejos al mismo para mejor agilidad y viabilidad.

2ª) Porque sin duda los asuntos tratados sobre Derecho de Familia, dada la notable carga emocional que conlleva, son los más proclives a herir sensibilidades que resulten bloqueantes o entorpecedoras a la hora de culminar con éxito el PF general.

3ª) Porque al tratar cada uno de estos temas por bloques separados, su revisión, modificación y tratamiento será más sencilla, ágil y cómoda pues la sensación es que no todo el protocolo ha de ser revisado en un momento puntual puede ser sólo parcial de un documento en concreto cuya realidad de la EF concreta requiera tal revisión.

4ª) Porque psicológicamente, al tratar cada vez de consensuar una sola parte concreta, ya partimos de que en el resto existe acuerdo con lo que una revisión parcial se la verá como pequeña y proclive a consensuarla también.

No podemos ni debemos perder el enfoque de que el PF y sus instrumentos han de ser flexibles para ir acoplándolos a la realidad cambiante y real de cada EF. Flexibilidad que sin duda se consigue a base de documentos articulados donde las «partes» formen el «todo» y donde el «todo» se desarrolle por «partes».

OCTAVA,- LA EFICACIA DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES EN SU AMPLITUD CONVENCIONAL.

Las capitulaciones matrimoniales se consolidan como el instrumento adecuado por excelencia para dotarle de contenido pragmático regulador de las situaciones patrimoniales durante el matrimonio y en previsión de su ruptura por ser un documento de mínimos que no de máximos.

Ello aconseja, que además de optar por el régimen económico matrimonial de separación de bienes habitual, especificar la naturaleza jurídica de los bienes pertenecientes a cada futuro esposo para evitar futuras confusiones patrimoniales y litigios al respecto tendentes a averiguar la titularidad del bien/es (art. 1441 CC).

Observamos el progreso que al respecto han realizado los legisladores autonómicos cuyas normativas suponen un gran avance en estas materias previendo los pactos para el caso de ruptura afectiva y constatamos claramente:

a) Una especial protección de las cargas familiares asegurándolas a través de la traba de los patrimonios de los esposos al cumplimiento de tal fin. Asimismo, la mayoría de las normas forales contemplan,

b) Una total «libertad de contratación y representación» de los cónyuges para celebrar por separado cualesquiera negocios y actos jurídicos en nombre propio sin que ninguno de los esposos pueda atribuirse la representación legal del otro en los mismos, sin su expreso consentimiento o que legalmente le sea atribuido, a excepción de los que la ley denomina «actos propios de la potestad doméstica» en los que aplica una suerte de “representación conjunta”.

Concluimos que el contenido de las capitulaciones matrimoniales, carta de nupcias, o *capítols* puede y debe ir más allá de la mera fijación de la elección/modificación del régimen económico matrimonial trascendiendo la concepción *diazpicaziana* de «negocio jurídico por medio del cual se regula el régimen económico-conyugal por la autonomía de los contrayentes»

Tras la amplia libertad contractual contemplada a los esposos en las legislaciones, sobre todo autonómicas, el papel de los poderes públicos queda limitado a controlar los requisitos meramente formales y a las materias de orden público sustraídas a la voluntad de las partes con imperativa observancia de la igualdad de derechos *interpartes*.

En el plano del Protocolo de la Empresa Familiar, este documento permite, además de su utilidad para preservar el patrimonio de la EF, establecer determinados pactos para regular la convivencia marital y los efectos de un posible cese futuro.

Hemos de añadir la seguridad jurídica y judicial que proporciona la escritura notarial a los cónyuges como título ejecutivo en una futura contienda jurisdiccional y también por la protección de los derechos de terceros de buena que proporciona la publicidad de las capitulaciones mediante su inscripción en los oportunos registros.

La posibilidad de compensar los posibles desequilibrios económicos que pudieran producirse para el futuro consorte- por el hecho de suscribir capitulaciones en régimen de separación de bienes- en el propio documento pueden vencer la resistencia de algún miembro ajeno a la EF para otorgarlas así como cuantos documentos fueren preciso en aras al cumplimiento del PF.

La importancia de la voluntad privada queda ampliamente constatada en que prima frente a la legislación estatal o autonómica que sólo actúa subsidiariamente en caso de inexistencia, invalidez o ineficacia de la misma y como garante del cumplimiento del orden público establecido al respecto.

Con carácter residual, pero no menos importante, señalar que no cabe duda alguna que los citados pactos, en una futura contienda judicial, servirán de pauta al juzgador para valorar las voluntades de los esposos contendientes en época «no sospechosa» respecto de los puntos sometidos a su tutela jurisdiccional cuando los ánimos están exaltados.

**NOVENA,- LA IMPORTANCIA DE LOS PACTOS EN LAS DONACIONES
PROPTER NUPTIAS EN SEDE DE REVOCACIÓN E INEFICACIA.**

Queda constado- en la mayoría de las legislaciones estudiadas a lo largo de la presente tesis – que se contemplan como supuestos de revocación de éstas: las rupturas matrimoniales - bien separación (de hecho y judicialmente), la nulidad o divorcio - así como la no celebración en el plazo de 1 año del matrimonio que motivó la donación,

Dado que el plazo para ejercer la acción de revocación que estas leyes otorgan al donante es de 1 año desde que éste conociera la causa de las mismas es necesario pactar expresamente en el documento concreto la condición y obligación al/ a los donatario/s de comunicar fehacientemente tales circunstancias al donante para que éste pueda ejercer su derecho de revocación de lo donado.

Del mismo modo respecto a las posibles rupturas antes de la celebración del matrimonio y que impida que éste se lleve a cabo. Piénsese en el donante que reside en el extranjero y no tenga mucha comunicación con los futuros esposos, difícil le resultaría enterarse de esta ruptura si no le es comunicada expresamente.

Pactos asimismo interesantes y convenientes serían los referidos, para el caso de las revocaciones, al régimen a seguir en el supuesto que los bienes donados estuvieran afectos al levantamiento de las cargas del matrimonio contemplado en el art. 35.2 de la Ley Valenciana tanto si el donante se hubiere reservado el usufructo como si no.

Finalmente, la autonomía de la voluntad del donante y las circunstancias que rodeen al enlace, puede hacer conveniente ejercer el derecho de renuncia a tal revocación que asiste al donante y cuyo pacto expreso a tal fin se hace preciso para generar confianza, si fuera necesario, en aras a asegurar el cumplimiento del protocolo familiar.

DÉCIMA,- CONVENIENCIA DE SUSCRIBIR PACTOS POR PARTE DE LOS FUTUROS INTEGRANTES DE PAREJAS DE HECHO DE LOS MIEMBROS DE LA EMPRESA FAMILIAR.

Afirmamos su conveniencia porque a este tipo de parejas de hecho no se les aplica el régimen económico subsidiario que pudiera existir en cada Comunidad Autónoma y por ello resultan necesarios los pactos privados al respecto al objeto de evitar conflictos tanto durante la convivencia como en los efectos de una posible futura ruptura.

La misma suerte predicamos respecto a la asignación recíproca de bienes a uno u otro miembro, así como cantidades asignadas en caso de fallecimiento para compensar una posible inexistente pensión de viudedad ya que su derecho, regulación y requisitos queda a merced de las legislaciones autonómicas evitando con ello situaciones penosas.

UNDÉCIMA,- EL *ELEMENTO EXTRANJERO* Y EL PROTOCOLO FAMILIAR. LA NUEVA PAREJA DEL FUNDADOR DE LA EMPRESA FAMILIAR.

Nos referimos a los casos de algunos fundadores de estas EFs, generalmente rozando la octogenia, que se unen sentimentalmente, con o sin vínculo matrimonial, a personas procedentes de otros países y, en general, más jóvenes que éstos, a veces cumpliendo una labor asistencial por propia desatención de sus familiares más cercanos.

Estos supuestos muy frecuentes es el referido a los viudos fundadores, cuya empresa suele estar dirigida por la segunda generación (hijos) y en preparación la tercera (nietos), siendo que los mismos se sienten aún jóvenes y en muy buenas condiciones tanto para seguir liderando la EF como para rehacer su vida sentimental.

La falta de previsión, mediante pactos y acuerdos entre todos los afectados de esta situación originará en su día numerosos conflictos que repercutirán, sin duda, tanto en la EF, la familia empresaria y los miembros familiares y la nueva pareja entre sí.

Para ello la previsión mediante los pactos estudiados se hace conveniente y necesaria a fin de acoplar la situación futura real a la empresarial-familiar para que ninguno de los factores en juego detallados se vea afectado negativamente y haya un concurso económico-afectivo de intereses personales y empresariales que impida la paz familiar.

DUODÉCIMA,- VENTAJAS DE LA EXISTENCIA DE UN PROTOCOLO FAMILIAR Y DE SU PUBLICIDAD FRENTE A TERCEROS.

Estas son muchas y variadas, partiendo que la mera posesión del PF en sí ya conlleva múltiples ventajas a las que hay que añadir las que suma la publicidad del mismo en sí.

Así tenemos que el publicar la existencia del PF de la EF ofrece un impacto muy positivo frente a terceros (acreedores, inversionistas, futuros inversores, proveedores, etc) relacionados con la EF por cuanto que su mera publicidad implica necesariamente:

- a) Que existe un PF de dicha EF.
- b) Que ello supone, en principio, una buena relación armónica entre los miembros de la EF y una clara vocación de continuidad, lo que se traduce, innegablemente, en un plus de confianza para presentes y futuros inversores.
- c) Abunda en la imagen de solidez y saneamiento, a la par que transparencia, de los miembros de la EF.
- d) Perdurabilidad de la EF y relevo generacional controlado. Sin duda, ofrece una imagen al exterior de control por parte de la EF de sus propios y peculiares problemas así como sus mecanismos de solución.
- e) Proyecta una imagen de voluntaria transparencia y honestidad de la EF.

Como puede apreciarse todos son efectos muy positivos para la empresa en sede de la seguridad del tráfico mercantil que redundará, sin duda, en una imagen muy favorable de y para la marca empresarial dentro y fuera de nuestras fronteras contribuyendo con ello a favorecer su proceso de internacionalización, el gran reto de este siglo XXI.

DÉCIMOTERCERA,- REPERCUSIÓN EFECTIVA DEL RD 171/2007, DE 9 DE FEBRERO, DE PUBLICIDAD REGISTRAL DE LOS PROTOCOLOS FAMILIARES.

Ya hemos apuntado que uno de los claros síntomas del desconocimiento que tienen las EFs sobre la existencia, ventajas y objetivos del PF se manifestaba en la prácticamente escasez de PFs publicados en los registros mercantiles españoles desde que la citada norma lo permitiera.

Concluimos pues que la poca o nula efectividad de esta norma se debe, principalmente a varias razones principalmente:

1ª) Al contundente desconocimiento que los empresarios familiares tienen sobre el PF y los efectos de su publicidad pese a todas las recomendaciones y bondades que adornan al Protocolo Familiar.

2ª) Es consecuencia de lo anterior. Gran parte de este sector ignora la existencia de los medios de publicidad registral que existen para el PF porque, si desconoce la existencia misma de éste, difícilmente conocerá las vías para publicitar lo que no sabe que existe y, además, no posee.

3ª) A la resistencia por la mentalidad de que «las cosas de familia se quedan en la familia» y el hecho de «airear» pactos va en contra de esta filosofía.

4ª) A ello debemos sumarle asimismo la ignorancia, por falta de información y mecanismos de difusión, de las ventajas que ofrece el poseer un PFs y publicarlo respecto a la imagen favorable que ello produce de la marca a propios, ajenos y, sobre todo, a los terceros.

En consecuencia, concluimos que en 8 años desde la promulgación del RD 171/2007, de 9 de febrero, sobre la publicidad de los protocolos familiares hasta la fecha (mayo del

2015) sólo se han registrado *36 protocolos familiares* a lo largo de la mitad de nuestro país. Cifra que avala, por sí sola, nuestra afirmación.

DECIMOCUARTA,- LA IMPORTANCIA DE LOS PACTOS EN MATERIA DE DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES CON ARREGLO A LA NUEVA NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA.

La nueva regulación europea permite pactar y elegir los Tribunales y la ley aplicable por lo que la importancia de tal pacto es innegable debido a los costes económicos, personales, temporales, el desconocimiento de la legislación de otro país, el litigar en el extranjero que supondría la tramitación del meritado procedimiento en otro país por falta de pacto expreso.

La trascendencia que revisten especialmente estos pactos a las EF es debida a que hoy en día se producen más matrimonios de españoles con extranjeros como consecuencia de la marcha al exterior - para su preparación antes de incorporarse a la empresa familiar- de los nietos de los fundadores y que algunos acaban casándose allí..

Asimismo reviste importancia el otorgamiento del testamento por todos los miembros de la EF y de sus pactos en aras al nuevo Reglamento UE N° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012- entrará en vigor a partir del 17 de agosto de 2015- y que, además, regula la creación de un certificado sucesorio europeo.

En efecto, en esta materia recobra especial trascendencia los pactos (en este caso del testador) a la hora de fijar la competencia de los Tribunales por la que se regirá la futura sucesión de la EF que, en defecto del mismo, y con carácter subsidiario general ,le corresponderá a los Tribunales del estado Miembro en el que el causante tuviera su residencia habitual.

También es necesario prever la posible desheredación por maltrato psicológico que permitiría dejar en manos de algún heredero/s la EF en estos supuestos en aras importante doctrina jurisprudencial que ha sentado nuestro Tribunal Supremo en la figura del magistrado-ponente don FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO (STS 258/2014, de 3 junio y 50/2015, de 30 de enero) y que ha recogido la nueva Ley 15/1015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria como hemos reflejado en este trabajo.

Queda pues configurada esta causa como una «suerte de submodalidad» dentro del maltrato de obra contemplado en la norma (art. 854-2ª CC) en base al reconocimiento que de ello hace el TS atendiendo al criterio conservacionista de los actos y negocios jurídicos respecto de la voluntad del testador de privar de unos derechos sucesorios – en este caso de las legítimas – a quien legalmente están llamados a ellos.

Es por ello, que concluimos no sólo la necesidad y conveniencia del otorgamiento del testamento por parte de los miembros de las EFs para preservar la continuidad y sucesión de la mercantil sino que hay que hacerlo, además, atendiendo a los criterios de los nuevos aires legislativos europeos y jurisprudenciales para evitar problemas futuros.

Expuestas nuestras conclusiones respecto del Protocolo Familiar (o como proponemos del Protocolo de la Empresa Familiar –PEF-), como medio preventivo para la evitación de conflictos en las empresas familiares, pasamos ahora a exponer lo referente al arbitraje como método resolutivo de controversias en sede de estas singulares mercantiles.

DECIMOQUINTA,- EL ARBITRAJE NO ES UNA INVENCION MODERNA SINO UNA INSTITUCION DE ORIGEN PRIVADO SURGIDA EN LA ANTIGÜEDAD Y UTILIZADA ININTERRUMPIDAMENTE EN NUESTROS DÍAS.

Uno de los argumentos utilizados hoy en día por los detractores del arbitraje como medio eficaz, rápido y económico de resolución de conflictos es predicar que éste ha

surgido recientemente mientras que la jurisdicción ordinaria lleva siglos y por tanto posee más experiencia para resolver los pleitos. NADA MÁS LEJOS DE LA REALIDAD.

Otra de las principales TESIS de este trabajo es demostrar que el arbitraje ya viene desde antiguo con el objeto de desmitificar y desmontar esa falsa creencia a favor de la institución arbitral en general y de los usuarios en particular, contribuyendo con ello a CREAR y FOMENTAR CULTURA ARBITRAL.

En efecto, el arbitraje ya se utilizó desde el Código de Hammurabi (1.750 a.C) si bien fue en el Derecho Romano (sobre todo en la época Imperial de la formulación) donde alcanzó un mayor desarrollo que, perfeccionado en nuestros días, constituye la estructura del mecanismo arbitral actual.

Asimismo, después de un universal bagaje de más de dos milenios y habiendo pasado por múltiples avatares histórico-políticos, siempre se ha utilizado- con mayor o menor protagonismo- porque ha demostrado ser un procedimiento eficaz, sencillo, ágil, fiable y más económico para solucionar los problemas jurídicos entre particulares y que ha gozado de especial confianza para las partes.

Por dichas razones, el arbitraje ha representado hasta la fecha la más amplia expresión de la autonomía de la voluntad de las partes al poder elegir a los propios árbitros o juzgadores y por ello, se constituye en la alternativa más adecuada a la situación jurisdiccional actual para solventar las controversias en sede de las empresas familiares dentro del ámbito territorial nacional, europeo e internacional.

DECIMOSEXTA,- QUE EXISTEN MECANISMOS FRENTE A LA FALTA DE EJECUTORIEDAD DIRECTA DEL LAUDO ARBITRAL.

El citado argumento es otro de los utilizados por sus detractores para desaconsejar su utilización y que queda contrarrestado con los mecanismos de que disponemos al efecto y que constituyen la base de nuestra conclusión.

Al efecto, ya la jurisprudencia romana concibió una *cláusula compromisoria* mediante el cual las partes se obligan a aceptar la decisión arbitral sin poder recurrirla ante la jurisdicción ordinaria (Pretor), en caso de incumplimiento de ello por una de las partes, la otra (el demandado) disponía de una excepción que enervaba la acción del demandante.

En el mismo sentido, en la época del Imperio, ULPIANO, llega aún más lejos dictaminando que no se debe obligar al árbitro a dictar sentencia sino se hubiera fijado el compromiso.

En la actualidad cabe incluir en el convenio una cláusula penal en caso de incumplimiento que venga a cumplir dos funciones principales:1. *Disuasoria* frente al incumplimiento voluntario del laudo y 2. *Resarcitoria* de los daños y perjuicios que pudiera ocasionar el mismo.

DECIMOSÉPTIMA,- QUE LA EFICACIA DEL ARBITRAJE LE HA HECHO SOBREVIVIR Y AÚN *PREFERENCIAR* EN LAS ÉPOCAS MÁS DIFÍCILES DE LA HISTORIA DE ROMA.

En efecto, en la época despótica de la Roma Imperial del s. IV a. C, de la *cognitio extra ordinem* supusiera una reglamentación del arbitraje estatal, el privado cobró tal fuerza que era preferido por los comerciantes que no solo sobrevive sino que gana fuerza. Asimismo el arbitraje privado, aún coexistiendo con el público, ha cumplido funciones importantes a lo largo de las distintas épocas romanas.

En los primeros siglos, como medio alternativo a la jurisdicción estatal para la resolución de controversias por un tercero imparcial que gozaba con la confianza de las partes al elegirlo y, en siglos posteriores, por su rapidez, sencillez procedimental y especialización en algunos supuestos del árbitro. Razones:

1) En el periodo de las *legis actiones*, porque supuso el medio de solventar, y cubrir con ello el vacío legal existentes en las mismas, en cuanto a la resolución de controversias surgidas entre los *cives romani* y el *ius Gentium*, configurándose así como un procedimiento idóneo de carácter internacional para la resolución de los conflictos de intereses surgidos y amparados más allá de lo regulado en el *ius civile* a través de la regulación de las acciones legales existentes al efecto.

2) En el *procedimiento formulario* porque la sencillez procedimental en la tramitación del asunto a través del juicio mediante arbitraje contrarrestaba el excesivo rigorismo formulista del procedimiento estatal y dotaba al primero de más garantía y confianza a los propios litigantes. Redundando todo ello en la rapidez para obtener la resolución frente a la lentitud del procedimiento formulario público.

3) Durante el procedimiento *extra ordinem cognitio*, por la confianza adicional y extraordinaria de que gozan los árbitros elegidos por las partes, imparciales, frente a la corruptela pública propia de los funcionarios estatales de la época imperial romana.

DECIMOCTAVA,- QUE EL ARBITRAJE HA GOZADO DE GRAN PROTECCIÓN ESTATAL EN CADA UNA DE LAS ÉPOCAS EN ROMA Y VIENE, SOBRE TODO, REFERIDA A LA FUERZA EJECUTIVA DE LA SENTENCIA ARBITRAL EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL DEMANDADO-CONDENADO.

A) *En la época arcaica del ordo iudiciorum privatorum* la sentencia arbitral (con el mismo tratamiento ejecutivo que el *iudex*) no podía obligar al condenado a cumplir la misma y por ello requería de la coacción/intervención del Pretor para su ejecución

permitiendo al actor vencedor a instar dicho cumplimiento mediante la *actio iudicati* con el consiguiente riesgo para el vencido de la doble litiscrecencia.

B) En el **arbitraje clásico** cabía la interposición de la *actio ex stipulatu* ante tal incumplimiento para el caso de que hubiera consiguiendo *poena* al efecto. O dicho de otro modo, como la sentencia arbitral carecía de fuerza ejecutiva, el vencedor podía obtener su cumplimiento ejercitando la *actio ex stipulatu* consiguiendo que se le entregara la cantidad pactada – *poena*- con carácter resarcitorio.

En definitiva, ha quedado claro la supervivencia del arbitraje privado en Roma pese a que fue duramente golpeado en la época dictatorial imperial debido a la confianza que la emergente y pujante clase comercial tenía en dicha institución en aras a la preparación y autonomía y seguridad que otorgaba a los contendientes el procedimiento arbitral.

DECIMONOVENA,- SUPERVIVENCIA DEL ARBITRAJE EN LA COMUNIDAD INTERNACIONAL Y EN ESPAÑA.

Ni aún en la época absolutista de Luis XIV de *l'Estat c'est moi* decayó el procedimiento arbitral, más bien al contrario configurándose como una alternativa conveniente e incluso obligatoria en las relaciones comerciales y familiares.

Por su parte la Comunidad Internacional empezó a desplegar desde finales del s. XIX numerosas iniciativas normativas para regular esta figura y que no han parado hasta hoy en día y que ha marcado todo el siglo XX y principios del XXI.

La primera tentativa surgió en Montevideo en 1889. Le siguieron las Convenciones de New York, Ginebra, Washington hasta el importantísimo Reglamento UNCITRAL que ha debido ser modificado por el enorme éxito que ha tenido el arbitraje en sus 30 años de vigencia y para adaptarlo a las nuevas necesidades del tráfico mercantil internacional.

Por lo que se refiere a España, el arbitraje ya viene recogido desde el Medievo hasta la actualidad. Antecedentes legislativos patrios los encontramos desde los Reyes Católicos hasta Els *Furs* de Jaime I pasando por la Constitución de Cádiz de 1812 hasta las actuales Leyes de Arbitraje de 22 de diciembre de 1953 y 5 de diciembre de 1988 y las actuales 60/ 2003 con la última reforma de 2011.

Actualmente, y como consecuencia de su éxito, se han creado Cortes de Arbitraje Españolas para administrar los arbitrajes particulares y han ido apareciendo distintas asociaciones y clubes al efecto. Ejemplo más representativo de ello, es el Club Español de Arbitraje.

VIGÉSIMA,-VENTAJAS DEL ARBITRAJE FRENTE AL PROCESO JUDICIAL ORDINARIO PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN SEDE DE LAS EMPRESAS FAMILIARES.

Concluimos que las abrumadoras ventajas superan con creces sus inconvenientes. Las señalamos brevemente:

1. *Discreción.* En efecto, mientras las sentencias judiciales son públicas, los laudos arbitrales son secretos, por lo que los hace inaccesibles a terceros protegiendo con ello la intimidad de los litigantes, las materias controvertidas y las resoluciones dictadas. Punto importante para estas mercantiles en aras a preservar el buen ambiente familiar y empresarial.

2. *Especialización del tercero imparcial.*- La posibilidad de elección por las partes de un árbitro especializado en la materia a discutir les genera una confianza adicional predisponiéndolas favorablemente para la solución del conflicto y el acatamiento voluntario del laudo que se dicte.

3. *Economía:* Es mucho más barato el procedimiento arbitral que el ordinario por cuanto el coste se repercute entre ambas partes y se produce un añadido de economía

material y moral al solucionar más rápidamente el conflicto y desbloquear las situaciones empresariales que quedaron anquilosadas por la controversia. Para el empresario el tiempo es oro.

4. *La vía judicial es desaconsejable, especialmente, al dilucidarse ciertos asuntos familiares, emocionales, sentimentales, etc.* que pueden afectar a las EFs y que se resuelven más discretamente por vía del arbitraje.

5. *Evita la incertidumbre del largo tiempo del proceso judicial:* La espera de un pleito tedioso genera sin duda ansiedad incrementándose el daño si le añadimos que trabaja en una EF que es el foco del conflicto y teniendo en muchos casos que verse las caras con la «otra parte» en el propio espacio laboral.

6. *Menor enfrentamiento inter partes:* Al acordar las mismas someterse al arbitraje y nombrar voluntariamente a los árbitros o bien institución arbitral, de entrada, existe entre ellas un menor *roce* y enfrentamiento pues estas circunstancias ya suponen un primer paso para la solución del conflicto acercando posiciones.

7. *Dedicación y calidad de la resolución:* En efecto, de todos es conocido la sobrecarga de trabajo que sufren nuestros juzgados y tribunales lo que les lleva, materialmente, a no poderles dedicar todo el tiempo que desearían al estudio de los asuntos que deben resolver, cosa que no le ocurre al árbitro pues le puede dedicar todo el tiempo que requiera el asunto dado que el número de arbitrajes asignados es menor.

8. *Inapelabilidad del laudo,* dado que solo puede atacarse al laudo arbitral por cuestiones de forma que no de fondo con lo que se evitan así nuevas instancias con los consecuentes ahorros de tiempo y costes económicos y emocionales.

9. *Mayor reconocimiento internacional en sede de ejecución de los laudos arbitrales que de las sentencias judiciales.*

De hecho más de 144 países han firmado o se han adherido al Convenio de Nueva York de 1958 que posibilita la ejecución de los laudos en los países firmantes, evitando con ello tediosos procesos de homologación o el correspondiente proceso de reconocimiento de sentencias judiciales en terceros países para su ejecución. A tener en cuenta por los pleitos que tienen las filiales de las EFs en el extranjero.

10. *Rapidez del proceso arbitral frente al colapso judicial de los juzgados ordinarios ampliamente conocidos y sufridos por todos aquellos que laboramos en el foro.*

En cuanto a los *inconvenientes*, algún autor apuntaba en el 2003 que su principal desventaja es la falta de gratuidad del proceso motivo que decae con la aparición de las *tasas judiciales* que hace que el acceso a la justicia ordinaria en los temas empresariales que nos atañe aquí no sea gratuita.

Por ello, el único inconveniente que encontramos significativamente es en orden a la ejecución del laudo en caso de incumplimiento pero que sostenemos puede preverse debidamente en el convenio arbitral compensando resarcitoriamente dicha posible futura conducta incumplidora que la compense.

VIGÉSIMOPRIMERA,- CONVENIENCIA DE PACTAR CLÁUSULAS ESCALONADAS O MULTIPUERTAS.

Aunque la actual normativa permite la admisión de la cláusula arbitral tanto estatutaria como contractual, ello no impide que asimismo se pueda incluir una cláusula arbitral en el PF con fijación de los medios opcionales para acudir en caso de generación de conflictos - bien sea con la interpretación del propio PF o de sus documentos anejos.

Así pues y pese a las ventajas del arbitraje frente al resto *de medios alternativos de solución de conflictos* y en función de la naturaleza de los problemas a resolver pueden convenirse *cláusulas escalonadas*, o *cláusulas compromisorias multipuertas* que permitan someter la controversia a conciliación, negociación, mediación, *expertise*, o finalmente a arbitraje según la materia.

Las razones son evidentes: a) por los problemas familiares específicos que adornan a estas mercantiles y b) porque la mayoría se constituyen en *holdings* con filiales o delegaciones en medio mundo y establecer un convenio arbitral resulta muy útil para determinar una mecánica de actuación unificada en la marca para la resolución de los conflictos, ya sea en la empresa matriz o en alguna filial en cualquier parte del mundo.

Finalmente y en palabras de la Comisión Europea porque favorece la paz social y posibilita seguir entablando relaciones comerciales, bien en el mismo asunto que originó el conflicto, bien en otro diferencia favoreciendo la continuación de las relaciones empresariales e impidiendo su ruptura con las letales consecuencias económicas que ello entrañaría.

VIGÉSIMOSEGUNDA,- LA UE VIENE APOSTANDO POR LAS *ADR – ALTERNATIVES DISPUTES RESOLUTIONS* - COMO PRIORIDAD POLÍTICO-LEGISLATIVA TANTO POR EL BENEFICIO QUE ÉSTAS SUPONEN PARA LA CIUDADANÍA EUROPEA COMO POR EL INTERÉS QUE DESPIERTAN EN SUS ESTADOS MIEMBROS.

Efectivamente, concluimos que las Instituciones Europeas están realizando un importante papel como promotoras y garantes de fórmulas alternativas de resolución de conflictos –ADR- y también de cooperación reforzada en materia de Derecho de Familia y de las Empresas Familiares Europeas. A tal fin, su papel normativo es esencial.

Ya a finales de los 90's, en vida de la *Europa de los 15*, las *ADR* cobraron su protagonismo en los Consejos Europeos de Viena, Tampere y en la cumbre europea de Lisboa donde el Consejo Europeo invitó a la Comisión y al Consejo «a reflexionar sobre los medios de promover la confianza de los consumidores en el comercio electrónico,... mediante nuevos sistemas de resolución de litigios ...».

En esta línea y más recientemente, la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, supone un gran paso al frente a fin de promover métodos extrajudiciales alternativos para la resolución de controversias en un marco legal europeo más libre y justo.

VIGÉSIMOTERCERA,- CONSTATAR QUE LA INTERVENCIÓN PÚBLICA DE LA UE HA SIDO EL MOTOR QUE HA MOVIDO A GRAN PARTE DE NUESTRA LEGISLACIÓN NACIONAL EN MATERIA DE PROTOCOLO FAMILIAR Y EMPRESAS FAMILIARES.

Destacamos el decisivo papel que ha tenido y está teniendo las Instituciones Europeas, principalmente la Comisión Europea, dirigida en tres vertientes:

1ª) A la hora de adoptar iniciativas normativas que ayuden a proteger el tejido empresarial familiar en toda la UE,

2ª) Concebiendo el protocolo familiar como medio de ayuda eficaz para preservar la continuidad de estas empresas y

3ª) Reconociendo la enorme importancia que poseen en la economía de toda la Unión y de sus Estados Miembros, lo que, entre otras, le ha llevado a la misma a reconocer la existencia de estas con una entidad y realidad propia y diferente a las PYMEs.

Así pues y para dar respuesta a esta realidad socio-económica europea e internacional, la Comisión creó en el año 2007 un *Grupo de Expertos Europeos* con amplia representación para obtener una visión más comprensiva de la empresa familiar

en Europa, sus características, necesidades específicas, el marco institucional y las iniciativas ya logradas a su favor.

A tal fin puso en marcha en 2007 el proyecto “Visión general de las salidas referentes a las empresas familiares: investigación, redes, medidas políticas y estudios recientes” que fue financiado por el “programa marco de competitividad e innovación 2007-2013(CIP).

La importante labor de este grupo de expertos europeos ha permitido contemplar a la Empresa Familiar como una realidad autónoma y diferente a las PYMES contemplándola más allá de los parámetros económicos puramente sino estructurales y dominicales.

Entre sus grandes aportaciones se halla la proposición a la Comisión de la definición oficial de Empresa Familiar (inexistente hasta la fecha) y recomendar su uso en los Estados Miembros a fin de conseguir una homegeneización conceptual basada en los siguientes parámetros de concentración de capital en manos familiar y porcentaje de derechos de voto para tomar decisiones (25%), principalmente.

Cabe recordar que el informe subraya que, entre los desafíos a los que se encuentran las EFs, se halla el de la *<<ignorancia de los políticos de la situación específica de las empresas familiares y su contribución económica y social>>*.

También recalcó el importante papel del protocolo familiar como proceso y como instrumento para el éxito del traspaso generacional de la EF y puso de manifiesto la inconsciencia por parte de la familia de la importancia de éste como salida e hizo especial hincapié en redoblar esfuerzos para difundir la información sobre los instrumentos e gobierno familiar a fin de poder aprovechar útilmente dichos recursos.

VIGÉSIMOCUARTA,- EL IMPORTANTE PAPEL DE LAS EMPRESAS FAMILIARES COMO *EMBAJADORAS ECONÓMICAS* EN LA ACCIÓN EXTERIOR DE MARCA ESPAÑA.

La importancia exterior de las empresas familiares españolas queda en la conformación del Foro de Marcas Renombradas de las que forman parte un total de 120 empresas de las cuales 77 son FAMILIARES y 43 NO FAMILIARES, lo que en porcentaje supone que el 64, 2 % de las empresas del FMR son familiares y el 35'8% No familiares.

Estas empresas representan sectores muy variados, desde el textil (Inditex, Mango, Cortefiel, Adolfo Domínguez), hasta la alimentación (Agrolimen, Borges...), las energías renovables (Acciona), joyería (Tous), y un largo etcétera.

Todas ellas, hasta un total de 77 tienen en común que son empresas familiares, que sus productos son innovadores, de alta calidad y poseen reconocimiento internacional, habiendo sido muchas de ellas galardonadas en nuestro país y fuera de él, y representan a nuestro país en el exterior con el prestigio de su propia marca.

VIGÉSIMOQUINTA,- FOMENTAR LA CULTURA DE LOS PACTOS.

El que en España no exista una gran cultura sobre estos pactos previos al matrimonio no les exime de su eficacia y validez como negocio jurídico de Derecho de Familia que son y al amparo de la libertad contractual que las leyes en nuestro país otorgan a los esposos para celebrar entre sí cualquier tipo de acuerdos o pactos por razón de su futuro matrimonio y, cómo no, en previsión de una futura ruptura marital.

Ya lo dijo ULPIANO *pacta sunt servanda*, o lo que es lo mismo, los pactos han de ser respetados y cumplidos por las partes de acuerdo con el principio de la buena fe que inspira todo negocio jurídico.

VIGÉSIMOSEXTA,- LA EFICACIA DEL CONVENIO ARBITRAL.

El convenio arbitral se hace preciso no sólo para resolver los conflictos que puedan surgir en un futuro, sino para prevenirlos en el presente y a la hora de establecer el relevo generacional con los socios miembros ausentes en el momento de firmarse éste por lo que es necesario que los futuros miembros lo ratifiquen en orden a su eficacia.

Por todo ello, y en aras a su completa eficacia, se aconseja que el citado convenio arbitral, tanto el fijado en Estatutos como en el PF y documentos que lo complementan, sean firmados por todos los miembros de la EF tanto presentes como los llamados a suceder en el futuro mediante acciones/participaciones/donaciones/venta, etc., de la EF.

VIGÉSIMOSÉPTIMA,- EL MÉTODO *ARBICOF*.

Apostamos por el método *ARBICOF*- combinación de Protocolo familiar y Arbitraje- como el sistema adecuado para la prevención y/o resolución de conflictos en el seno de las empresas familiares de un modo rápido, ágil, discreto, económico y con menor coste emocional, y como alternativa al procedimiento jurisdiccional ordinario existente por sus ventajas y probada experiencia milenaria ampliamente demostrada en esta TESIS.

DE *LEGE FERENDA*:

Tras el riguroso y amplio estudio realizado, y a fin de contribuir a enriquecer nuestra *comunidad universitaria*, señalamos una serie de medidas que entendemos mejorarán las deficiencias encontradas en la temática estudiada y que aportamos como contribución a la causa.

1. Creación de un registro de Empresas Familiares.

Constatada y corroborada la importancia de estas empresas en todo el mundo llama la atención que NO EXISTA un registro oficial de las mismas. Máxime cuando en España hay 36 cátedras dedicadas al estudio de la Empresa Familiar situadas en facultades de Economía y /o Empresariales a lo largo y ancho de todo el territorio español.

Este registro fiable, se hace pues *imprescindible* para poder evaluar con precisión cualquier medida/iniciativa/estudio que pueda realizarse en adelante. Como apunte podríamos indicar la adjudicación de una letra “F” para su identificación en los documentos y/o marca que la individualiza a fin de identificar su condición de “familiar”.

2. Redefinición del PF como PEF.

Consideramos más acertado a los tiempos y realidades actuales que se amplíe su definición a PEF (Protocolo de la Empresa Familiar) por cuanto que la realidad de la misma y su viabilidad incumben a los familiares y a los no familiares que trabajan en la empresa. Caso de las parejas de hecho, futuros herederos accionariado, externos contratados, etc., .que deban observar algunas normas del protocolo o sus anejos.

Por todo ello, el conocer el mismo y suscribirlo *ab initio* hará que el compromiso y, por tanto, su voluntario cumplimiento sea mayor y más efectivo. Además de que les hará sentirse psicológicamente más integrados en la mercantil y en la familia.

3. Creación de un sistema de control de la publicidad registral de los PFs.

Llama la atención que se cree una norma para publicitar estos PFs en los Registros Mercantiles y que no se creen en los propios registros un sistema informático que permita contabilizar, computar los PFs inscritos aunque sólo sea a los efectos de

valoración de las repercusiones de la citada norma para modificarla, eliminarla, o mejorarla. Su creación la entendemos necesaria.

Para ello cabría identificar de algún modo dicha inscripción registral a fin de darle publicidad y conocimiento al tercero que una determinada mercantil posee un PEF y que además lo ha inscrito para su tranquilidad. Por ejemplo, estampando un cuño con una “P” que indique está publicado.

4ª. Sensibilizar a los poderes públicos legislativos y ejecutivos para que:

a) Promuevan campañas y apoyen iniciativas privadas tendentes a la información/formación a las empresas familiares sobre la existencia del protocolo familiar, sus ventajas, su publicidad ventajosa.

b) Reinstauran las ayudas que antaño ofrecían a las empresas familiares para motivarlas a hacer su propio PF.

c) Dicten las disposiciones necesarias para llevar a cabo el registro e identificación de las EFs en territorio nacional y autonómico.

5ª) Iniciativa legislativa para atribuir a los ÁRBITROS ESPECIALIZADOS EN DERECHO DE FAMILIA la competencia para resolver sobre futuros divorcios sin hijos ni incapacitados.

Del mismo modo que la ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria contempla esta posibilidad para los notarios en 2017- siendo que estos no son propiamente especialistas en esta rama del Derecho (los árbitros si) - y dada la calificación constitucional a la función arbitral de «equivalente jurisdiccional, y no así a la función notarial, entendemos que sería apropiado atribuirles esta competencia como alternativa privada.

Ello sería posible basándonos a lo preceptuado en el art. 32.2 de nuestra CE que señala «La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos».

6ª) Abogamos por introducir en el Derecho español la institución de los PFs para ordenar la sucesión de la EF actuando éste como un verdadero código de sucesión empresarial y no a través del testamento como acto unilateral.

Tal y como lo viene haciendo la nueva ley francesa sucesoria y fiduciaria que, en consonancia con la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el año 2000, contempla la posibilidad de realizar pactos sucesorios «por vía de la renuncia anticipada a la acción para reclamar reducción de donaciones y liberalidades en general por perjuicio a la legítima; también se admiten las sustituciones fideicomisarias».

Y en el mismo sentido la ley italiana a través del *Pacto di familia italiano* (art. 768 *bis*) «contrato mediante el cual el empresario transfiere, en todo o en parte, su patrimonio empresarial (l'azienda) o mediante el cual el titular de participaciones societarias transfiere, en todo o en parte, la propia cuota a uno o más descendientes; siempre con respeto a las normas sobre empresa familiar y a los distintos tipos de sociedad.

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

A) GRANDES OBRAS. COMPILACIONES.

A.1. -Cuerpo del Derecho Civil Romano de D. Ildefonso Luis García del Corral., Edición facsímil numerada del ejemplar núm. 542; LEX NOVA, 1998

A.1.1.- DIGESTO

A.1.2. CÓDIGO

A.1.3. INSTITUTA

A.1.4. NOVELAS

A.2.-ALFONSO X EL SABIO *Las Siete Partidas*; Glosadas por Gregorio López; Madrid 1829.

A.3. *Novísima Recopilación de las Leyes de España*; Madrid 1805.

A.4. Práctica Procesal Civil. BROCÁ MAJADA/CORBAL G. VALERA. Ed. Bosch. 22ª Ed. Barcelona, 1996. Tomo IX.

A.5. HUGUET y CAMPAÑÁ, P. *El abogado popular*. Ed. Sucesores de Manuel Soler. 5ª Ed. Barcelona. Tomo 6.

A-6. Colección de Documentos Importantes de la Historia de España. *Leyes de Toro, 1505*. Ministerio de Educación y Ciencia. Dirección General de Archivos y Bibliotecas.

A-7 CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO. Dir. Antonio Benlloch Poveda. EDICEP, C.B., 1993.

A-8 CÓDIGO DE LAS IGLESIAS ORIENTALES

http://www.codex-iuris-canonici.de/index_cceo_lat.htm

B) MANUALES, LIBROS y REVISTAS JURÍDICAS:

ARISTÓTELES. *Ética*. Ed. LIBSA. 2001.

ALONSO ESTRADA, E. *Las Uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil Español*. CIVITAS 1991.

BARONA VILAR, S. *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica. Regulación presente y tendencias de futuro*. Universidad Externado de Colombia. 1ª Ed. 2010.

BARONA VILAR, S. *Solución extrajudicial de conflictos.»Alternative dispute resolution» (ADR) y Derecho Procesal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

BARONA VILAR, S. y ESPUGLES MOTA, C. *Arbitraje y Legislación básica*. 2ª Ed. Triant Lo Blanch, Valencia, 2010.

BARONA VILAR, S. *Capítulo XIII, España*. Obra colectiva S./ESPLUGUES MOTA y otros. *El Arbitraje interno e Internacional en Latinoamérica. Regulación presente y tendencias de futuro*. Universidad Externado de Colombia. 2010.

BAULENAS, G. y otros. *Modelos de Empresa Familiar. Soluciones prácticas para la familia empresaria*. Obra colectiva. Ed. Deusto. 2009.

BELLIDO PENADÉS, R y CUCARELLA GALIAN, L.A. y otros... *Derecho Procesal Civil.* ARANZADI, 2000.

BERMEJO REALES, L.F. *Arbitraje y Mediación. Problemas actuales, retos y oportunidades.* Obra colectiva. Revista Jurídica d Castilla y León. Lex Nova, 2013.

BOU FRANCH, y otros. *Lecciones de Derecho Internacional Público.* Tiranch Lo Blanch, Valencia, 2ª Ed., 2013.

BUCHHOLZ, B. *Respuestas a la Empresa Familiar.* Deusto. Obra colectiva. Deusto, 2000.

BUIGUES OLIVER, G. *La solución amistosa de los conflictos en Derecho Romano: El arbiter Ex compromisso,* Ed. Montecorvo, S.A., Madrid, 1990

CABALLERO LOBATO, R.E.; Artículo *Fórmulas de resolución de conflictos en materia matrimonial: Convenios y capitulaciones;* Revista Abogados de Familia.

CANO ZAMORANO, L. *Incidencia de la LSLNE en la situación de la Empresa Familiar.* Obra colectiva “La Empresa Familiar: Encrucijada de Intereses Personales y Empresariales”. Aranzadi. Navarra, 2004.

CARAZO LIÉBANA, M.J. *El arbitraje societario.* MARCIAL PONS, Madrid, 2005.

CARRIÓN OLMOS, S. *Derecho Civil II.* Tirant lo Blanch. Valencia, 2013

CASARES, Julio. *Diccionario ideológico de le lengua española.* Ed. Gustavo Gili, SA. Barcelona (2004)

CICERÓN. DISCURSOS III. *En defensa de Sexto Roscio de Amerino,* biblioteca Gredos, Trad: ASPA CEREZA,J, Madrid, 2007

COLECCIÓN DE DOCUMENTOS IMPORTANTES DE LA HISTORIA DE ESPAÑA... *Tratado de Tordesillas y Leyes de Toro*. Ministerio de Educación y Ciencia. Dirección General de Archivos y bibliotecas.

COLÓN DE CARVAJAL y GORÁSABEL, C. *Colón visto por Colón*. Extracto del mencionado libro en imprenta al cierre de este capítulo.

CORONA, J/ MARTÍ PICÓ, N./ ROCA JUNYENT, M. *Manual de la Empresa Familiar*. Deusto. 2005

CREMADES SANZ-PASTOR, J.A. *El arbitraje de Derecho en España*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2014

CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO. Trad.

CUESTA LÓPEZ, J.V. *Mecanismos jurídicos para la defensa de la Empresa Familiar. Restricciones a la libre transmisibilidad de acciones en la Sociedad Anónima*. OPVI Organismo Público Valenciano de Investigación. 2001.

DE AGUIAR, Ernest. *Beneficios fiscales en la empresa familiar: Patrimonio y sucesiones*. Colección de Estudios e Informes, núm. 12. LA CAIXA. 1998.

DE LEÓN, M; *Uniones de hecho: Una realidad social (crisis y régimen procesal)*. Artículo jurídico publicado en la revista DIEZ AÑOS DE ABOGADOS DE FAMILIA; LA LEY 2003.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.; *Las uniones de hecho a la luz de la Constitución Española de 1978: estado de la cuestión en la legislación estatal y autonómica*. Actualidad Civil, nº 2.

DE VERDA BEAMONTE, J.R. Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales. *Actualidad Jurídica- Revista de Derecho de la Universidad de Desarrollo*. Chile. Núm. 15, 2007. Pág. 93 y ss. URL:<http://derecho-ccp.udd.cl/derecho/trabajos-y-publicaciones/revista-actualidad-juridica/>

D. PONSATI, A. *Lecciones de historia de las instituciones*. Ed. Astrea, 1ª reimpresión. Ed. Buenos Aires, 1985.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.. ¿Existe una indemnización compensatoria por ruptura de la convivencia “more uxorio”? (Algunas reflexiones a propósito de la reciente STS 27 de marzo de 2001). *Revista Nueva Abogacía*, Núm. 1, Enero 2002. AJA (Asociación de Jóvenes Abogados).

DÍEZ PICAZO, I y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil. Vol. IV. Derecho de Familia y Sucesiones*. Tecnos. Madrid, 2008.

DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN. *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*. Bosch. Barcelona, 1957.

DÍEZ PICAZO y Ponce de León, L. *La figura del convenio regulador en el marco del negocio jurídico familiar y de los principios constitucionales del derecho de Familia*. Obra colectiva: *Convenios reguladores de las relaciones conyugales paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio*. Ed. Universidad de Navarra, S.A., 2ª Edic. Pamplona 1989.

DORADO PICÓN, A. *El Arbitraje y la Mediación en España*. Obra colectiva “Arbitraje y Mediación. Problemas actuales, retos y oportunidades”. LEX NOVA, VALLADOLID. 2013.

D'ORS, E. *Elementos de Derecho Privado Romano*. Ed. Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 3ª Ed. 1992.

ESTRADA ALONSO, E; *Las Uniones Extramatrimoniales en el Derecho Civil Español*; 2ª Edic., Civitas, 1991.

FERNÁNDEZ de BUJÁN, A. *Jurisdicción y arbitraje*; Iustel, Portal Derecho SA, Madrid, 2006.

FERNÁNDEZ JIMÉNEZ, J.P. y otra. *La empresa familiar*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

FERNÁNDEZ JIMÉNEZ, J.P. *Problemas de la transmisión de la Empresa Familiar*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

FESTI FIORENZIO. *La clausola compromissoria*. A. GIUFFRÈ EDITORE, SAP., MILANO, 2001.

FLORS MATIES, J. y otros. *El Arbitraje*. Obra colectiva “*Contestaciones al programa de Derecho Procesal Civil para acceso a las carreras Judicial y Fiscal*”. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

FONDO SOCIAL EUROPEO. *Pyme Familiar. Puente al Futuro. Pyme Familiar en España 2007-2008*. Programa Pyme Familiar. Puente al Futuro apoyado por el Fondo Social Europeo y desarrollado por las Cámaras de Comercio.

FUNDACIÓN DE ESTUDIOS BURSÁTILES. *Recomendaciones sobre el buen gobierno de las empresas familiares*. Biblioteca Civitas de Economía y Empresa. Navarra. 1ª Edic. 2006.

HERVADA XIBERTA, F.J.: Los fines del matrimonio. Su relevancia en la estructura jurídica matrimonial. Publicaciones del Estudio General de Navarra XXIX, Pamplona, 1960.

GALLO, M.A. y TOMASELLI, S. *Protocolo Familiar: Sus resultados.* Ed: Fundación Rafael Escolá. 2006.

GARBERÍ LLOBREGAT, J/ BUITRÓN RAMÍREZ, G. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. *Amplia selección de jurisprudencia y legislación complementaria.* Colex, 2006.

GARCÍA CORONA, I.G. *Arbitraje de inversión: La cláusula de la nación más favorecida en derechos adjetivos.* Universidad Autónoma de México. MÉXICO, 2013.

GARCÍA DEL CORRAL, I.L. *Cuerpo del derecho civil romano.* Lex Nova, SL. Edición facsímil numerada, ejemplar, núm. 542. VALLADOLID, 1988.

GARCÍA GONZÁLEZ, J. *Cuatro Leyes de Las Partidas.* Política y Sociedad. “Estudios en homenaje a Francisco Murillo Ferrol”. Madrid, 1987.

GARCÍA PÉREZ, C. *El arbitraje testamentario.* Tirant lo Blanch. Valencia. 1999.

GARRIDO DE PALMA, V.M. *La Familia y su Empresa ante el Derecho.* Homenaje a Don Juan Francisco Delgado de Miguel. CIVITAS. 2007.

GARRIDO DE PALMA. *Un apunte bibliográfico sobre el protocolo familiar.* Revista Jurídica del Notariado, abril-junio 2008.

GASCO, C y otros. *Buen gobierno en la Empresa Familiar.* Fundación de Estudios Financieros. Madrid, 2005.

GIMENO, A y otros. *Modelos de Empresa Familiar. Soluciones prácticas para la familia empresaria*. Obra colectiva. Ed. Deusto. 2009.

GLINKA, L. *La Forma de celebración del matrimonio en Las Iglesias Oirentales*. Revista de Teología, Tomo XLI, nº 83. Año 2004, Págs. 39-62.

GÓMEZ ROYO, E. *Las sedes historicas de la cultura jurídica europea*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

GÓMEZ ROYO, E., ESPINOSA ISACH, J.M., MONTAÑANA CASANÍ, A., LÁZARO GUILLAMÓN, M.C., PIQUER MARÍ, J.M. *Fraseología jurídica latina. Términos, expresiones y brocardos utilizados en las sentencias de los Tribunales*. 2ªEdic. Tirant Lo Blanch. Valencia,2014.

GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. *Acuerdos y contratos prematrimoniales (I)*.Boletín de Derecho de Familia. Año VIII, núm. 81, julio 2008.

GUASP, J; *El arbitraje en el derecho español*. Ed. Bosch, Barcelona, 1956.

GUILARTE GUTIERREZ, V. *Comentarios Prácticos a la Ley de Arbitraje*. Ed. Lex Nova. 2004.

GUITARTE IZQUIERDO, V. *El Pensamiento Jurídico Valenciano del Siglo XIII al XIX. Aportaciones a su Historia*. Fundación Balaguer Gonel Hermanos de Castellón. Castellón, 1986.

HANOTIAU, BERNARD. *L'arbitrage et le droit europén*. Ed. Bruylant. Bruxelles, 1997.

HIERRO A./CONEJERO C. *El Arbitraje comercial internacional en Iberoamérica. Marco legal y jurisprudencial*. La Ley. 2ª Ed. 2012.

HINOJOSA SEGOVIA, R. *Arbitraje Comercial Internacional en España: Marco Legal y Jurisprudencial*. Obra colectiva “*El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica. Marco Legal y Jurisprudencial.*”. 2ª Ed. La Ley. 2012.

IBELÓN SALMERÓN, B. *Arbitraje y divorcio*. Obra colectiva «Estudios sobre el arbitraje: los temas clave». LA LEY. 1ª Ed. 2008.

IVEFA. *Resultados encuesta PYME familiar valenciana. 2004-2005*.

IVEFA. *Documento de comparecencia en el la Comisión del Senado, 2001*, presentado por el Instituto Valenciano de Empresa Familiar.

JUSTE RUÍZ y otros. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2011.

KINDER, Hermmann y HILGEMANN, Werner. *El Atlas Histórico Mundial*. Madrid, Itsmo, 1988.

LORCA NAVARRETE, A.M. *La garantía de las actuaciones arbitrales y su jurisprudencia. Principios informadores y prueba de las actuaciones arbitrales*. Instituto Vasco de Derecho procesal y Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID). San Sebastián, 2010.

MINISTERIO DE ECONOMÍA. *Guía para la Pequeña y Mediana Empresa Familiar*. Dirección General de la PYME. Madrid, 2003

MONTERO AROCA, J. (Dir.), ORTELLAS RAMOS, M., CORDÓN MORENO, F., MONTÓN REDONDO, A., ESPUGLES MOTA, C., BARONA VILAR, S., MASCARELL NAVARRO, M.A. *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*. Civitas. 1990.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. *Introducción al Derecho Civil Español*. Valencia, 1990.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. *El Código civil y sus reformas*. 9ª Edic. Tirant lo Blanch. 1999.

LEACH, P. y BOGOD, T. *Claves de la empresa familiar*. BDO Audiberia. Madrid, 2006.

LACRUZ VERDEJO- SÁNCHEZ REBULLIDA y otros; *la Reforma del Derecho de Familia del Código Civil Español*; Fascículo I, Instituto Nacional de Prospectiva, MADRID; BOSCH.

LÓPEZ SANZ, S. *Curso elemental de Derecho Civil*. Bello, 3ª ed. Valencia, 1985.

LLOPIS GINER, J. M. *La libertad del testador, su facultad de partir, comentario al nuevo artículo 1056.2 del Código Civil*. Obra colectiva “ La Empresa Familiar: Encrucijada de Intereses Personales y Empresariales”. Aranzadi. Navarra, 2004.

MERCHÁN ALVÁREZ, A. *El Arbitraje. Estudio histórico jurídico*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. SEVILLA, 1981

MINISTERIO DE ECONOMIA (Dirección General de la de Política de la PYME). *Guía para la pequeña y mediana empresa familiar*. 1ª Ed. Septiembre 2003.

MORO ALMARAZ, M.J. y SÁNCHEZ CID, I., *Lecciones de Derecho de Familia*, Universidad de Salamanca, ED: COLEX, 2002.

OLIVERA GARCÍA, R. *La solución de los conflictos societarios a través del arbitraje estatutario*. Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains. Tomo II, Ed. Instituto Peruano de Arbitraje. Lima, 2013.

ORDUÑA MORENO, F.J. Resolución 258/2014, N° de Recurso: 1212/2012, Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, Id Cendoj: 28079110012014100297.

ORDUÑA MORENO, F.J. N° de Resolución: 59/2015, N° de Recurso: 2199/2013, Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, Id Cendoj: 28079110012015100082.

PEDRAZ PENALVA, E. *El proceso y sus alternativas*. Obra colectiva “Arbitraje, Mediación, Conciliación”. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid. 1995.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M; Derecho de Familia; Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense; Madrid, 1989.

PERALES CASILLAS, P. *La notificación del arbitraje y su respuesta en el nuevo Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI(2010)*. Obra colectiva “ Arbitraje Internacional, Pasado, Presente y Futuro”. Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains. Tomo I, Ed. Instituto Peruano de Arbitraje. Lima, 2013.

PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J.J. *La empresa familiar. Fiscalidad, organización y protocolo familiar*. CISS. Bilbao, 2005.

PLAZA PENADÉS, J. *Los contratos informáticos y electrónicos*. Obra colectiva “Derecho Civil II”. Tirant Lo Blanch., 2ª Ed. Valencia, 2013.

PONS TOVAR, M. *La traducción de ostextos latinos al castellano en la corte de Alfonso X el Sabio*. ANmAL Electrónica 29. 2010. ISSN 1697-4239.

PRATS ALVENTOSA, L (Coord.). *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Obra colectiva. La Ley, Madrid, 2013.

PRICEWATERHOUSECOOPERS. *Manual de la Empresa Familiar*. Juan Corona, Editor. DEUSTO, 2005.

PRIETO DE PAULA CONCA, J. *La Equidad y los juicios de Equidad*. Difusión Jurídica. Madrid, 2011.

RAE (Real Academia Española de la Lengua). www.rae.es

RAMÓN FERNÁNDEZ, F. *Fundamentos constitucionales de la competencia en materia de Derecho Civil*. Obra colectiva “*Estudios sobre Derecho civil Foral Valenciano*”. Ed. Thomson Aranzadi, 2008.

REBOLLEDO VARELA, A.L. *Derecho Civil de Galicia: presente y futuro*. Revista Jurídica de Bavarra, Julio-Diciembre 2008, nº 46

REYES LÓPEZ, M.J. *La transmisión de la empresa familiar individual*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

RICHEPIN, Juan de M. *Nueva mitología griega y romana*. Tomo I, Ed. Musa, 1990.

ROLDÁN VERDEJO, R. *Los Jueces de la Monarquía Absoluta. Su estatuto y actividad judicial. Corona de Castilla, siglos XIV-XVIII*. Universidad de Lalaguna. Secretariado de Publicaciones. 1989.

ROS GÓMEZ, J. *Fuentes del Derecho Romano*. A.B. Valencia, 1919.

SALA, J. *Ilustración del Derecho real de España*. Ed. Analecta. Coruña. 2002. Tomo I. Edición corregida y adicionada por su autor de la obra en Coruña de 1837.

SALI RINALDO. *Arbitrato e Riservatezza. Linee guida per la pubblicazione in forma anónima dei lodi arbitrali*. CEDAM. MILÁN. 2011.

SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A y CALERO ARTERO, J.F. *La empresa familiar: Guía práctica de organización y funcionamiento. Desde el punto de vista familiar, civil – matrimonial y sucesorio- societario y fiscal*. Comares. Granada, 2001

SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. y SÁNCHEZ y SÁNCHEZ, A.M. *LA Empresa Familiar: Manual para empresarios. Claves legales para su correcta organización y continuidad.* DEUSTO. 2001.

SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. *Empresa Familiar: Guía básica para empresarios y directivos.* Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid. Madrid, 2004.

SÁNCHEZ DE LA TORRE, A. *Los principios clásicos del derecho.* Unión Editorial, S.A., Madrid, 1975.

SANJURJO RÍOS, E.I. *El arbitraje de equidad contra las cuerdas. El proceso de reforma de la Ley de arbitraje de 2003 por la ley 11/2011, de 20 de mayo. Tramitación parlamentaria y justificación de su mantenimiento para los arbitrajes internos.* LA LEY, 1ª Ed. 2011.

SARIEGO MORILLO, J.L.: *Alienación parental y desheredación.* Lexfamily. Actualidad en derecho de Familia. 7 de abril de 2015.

SELLARÉS SERRA, J. *¿Es el arbitraje comercial internacional tan distinto del arbitraje internacional?.* Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral, nº 3. Tribunal Arbitral de Barcelona. Bosch, 2002. Págs. 129-163.

SELLARÉS SERRA, J. *La remuneración de los árbitros. Honrando sus honorarios.* Obra colectiva: “Comentarios prácticos para la empresa. Coincidiendo con la reforma de la Ley 60/2003, de Arbitraje”. Asociación para el fomento del arbitraje. Difusión Jurídica. Págs. 389-399.

SENADO. *Informe Ponencia de Estudio para la Problemática de la Empresa Familiar.* Sección de Publicaciones. BOCG, Senado, Serie I, NÚM. 312, 23 de

noviembre de 2001. Secretaría General del Senado. Dirección de Estudios y Documentación. Madrid, 2002.

SIRVENT GARCÍA, J. *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil*. Tirant lo Blanch. Valencia 2003.

SENADO. *Informe de la ponencia de estudio para la problemática de la Empresa Familiar*. Secretaría General del Senado. Dirección de Estudios y Documentación. Departamento de Publicaciones. Madrid, 2002.

SEOANE SPIEGELBERG, J.L. *Nulidad y rescisión del convenio regulador*. AEAFA (Asociación Española de Abogados de Familia- El Derecho de Familia ante la crisis económica). Dykinson. 2010.

SIMÓ SANTONJA, V. L.; *Vida jurídica de las parejas no casadas*; Discurso de ingreso en la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación; Edit: AVJL año 1986 cuaderno núm. 62, págs. 19-20.

SIMÓ SANTOJA, V.L.: *Regímenes matrimoniales. Legislación comparada*. Aranzadi, 1991.

SUÁREZ BLÁZQWUEZ, G. *Derecho de empresas en la Roma clásica. Gestión de empresas, corrupción de directivos-esclavos, robótica e las empresas del Imperio Romano*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2014.

TAFARO, S. *Ius hominum causaconstitutum*. Tr. Piquer Marí, J.M.. Dykinson. Madrid, 2014

TAMAYO CARMONA, J.A. *Transacción, convenio arbitral y acuerdo de mediación*. Obra colectiva “Derecho Civil II”. Tirant Lo Blanch., 2ª Ed. Valencia, 2013.

TEUFFEN, Dietrich Hans. *El mundo oriental: Asia entre la Edad de Piedra y la actualidad.* Barcelona: Caralt, 1973.

TITO LIVIO. *Historia de Roma desde su Fundación (Ad Urbe Condita).* Libro I-III. Biblioteca Gredos. Madrid, 1982. Traducc y notas, VILLAR VIDAL, J.A.

VALIÑO ARCOS, A. *Del arbitraje en els “furs de València” y sus similitudes con la regulación romana.* Ajuntament de Valencia, Colección Minor, Of. Publicaciones, 2002,

VALIÑO DEL RÍO, E. *Instituciones de derecho privado romano.* PENTAGRAF IMPRESORES. Valencia, 1980.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ- EZNARRIAGA, L. *Acuerdos prematrimoniales: Hacia la validez de los pactos preventivos de la ruptura conyugal.* Economist & Iuris, año XVI, marzo 2008

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L; *Unión paramatrimonial o de hecho.* LA LEY ACTUALIDAD. 1998.

C) ARTÍCULOS ON LINE

AEADE. ASOCIACIÓN EUROPEA DE ARBITRAJE.

<http://www.asociacioneuropeadearbitrage.org/conocenos>

ALONSO PUIG, J.M. *El Arbitraje de Derecho y el Arbitraje de Equidad.*

ALONSO PUIG, J.M. *Ventajas y desventajas del arbitraje frente a la jurisdicción ordinaria*. *Extracto del artículo “Introducción al arbitraje” publicado en Cuadernos de Derecho para Ingenieros número 6, editado por La Ley, grupo Wolters Kluwer en noviembre de 2010.

ANNUAL CONFERENCE MEETING IN ITS ONE-HUNDRED-AND-TWENTY-FIRST YEAR NASHVILLE, TENNESSEE JULY 13 - JULY 19, 2012 NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS January 2, 2013.

http://www.uniformlaws.org/shared/docs/premarital%20and%20marital%20agreements/2012_pmaa_final.pdf

ANTECEDENTES ARBITRALES MESOPOTÁMICOS.
http://galvarez2274.blogspot.com.es/2011_03_06_archive.html

BARÓMETRO DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA (IV). *La imagen de los Abogados y la Justicia en la Sociedad Española*. 2011.

http://www.icam.es/docs/ficheros/201109190001_6_0.pdf

BARÓMETRO INTERNO DE OPINIÓN DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA 2013.
<http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/05/INFORME-GENERAL-Barometro-Interno-de-Opinion-Enero-2013.pdf>

CGPJ//ESTADÍSTICAS//DIVORCIOS
http://www.elderecho.com/actualidad/demandas_de_divorcio-disolucion_matrimonial_0_735000020.html.

CGPJ. Panorámica de la Justicia durante 2013.
[file:///C:/Documents%20and%20Settings/ania/Mis%20documentos/Downloads/20141121%20Panor%C3%A1mica%20de%20la%20Justicia%202013%20\(2\).pdf](file:///C:/Documents%20and%20Settings/ania/Mis%20documentos/Downloads/20141121%20Panor%C3%A1mica%20de%20la%20Justicia%202013%20(2).pdf).

CÓDIGO DE LAS LEYES DE HAMMURABI.
<http://www.historiaclasica.com/2007/05/el-codigo-de-hammurabi.html>.

COLINA GAREA, R. *El Arbitraje en España: ventajas y desventajas.*
<file:///C:/Documents%20and%20Settings/ania/Mis%20documentos/Downloads/2163933.pdf>

CONFORTI, FRANCO. *El Arbitraje. Hacia el med-arb?*
<http://www.acuerdojusto.com/Descargas/Arbitraje.pdf>

Artículo del Ministro de Justicia durante su clausura del XXV CONGRESO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE (CIMA) EL 7.10.2014.

http://www.elderecho.com/actualidad/Rafael-Catala-consolidar-resolucion-conflictos_0_732750252.html.

DELOITTE. Los derechos de drag y tag along. Boletín Gobierno Corporativo. Primavera(2012).
<http://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/mx/Documents/risk/Gobierno-Corporativo/derechos-drag-tag-along.pdf>

Diccionario Real Academia de la Lengua (DRAE). Versión on line. 22ª Edición (2001): <http://lema.rae.es/drae/?val=arbitraje>.

DIRECCIÓN GENERAL DE LA PYME. *Guía de la Pequeña y Mediana Empresa Familiar.* Centro de Publicaciones. Ministerio de Economía. Madrid. 2003

ECHAIZ MORENO, D. *El Arbitraje en los grupos de empresas Familiares (II).*
http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/E/el_arbitraje_en_los_grupos_de_empresas_familiares_ii/el_arbitraje_en_los_grupos_de_empresas_familiares_ii.asp?CodSeccion=15

ECHAIZ MORENO, D. *El Arbitraje en los grupos de empresas Familiares*
http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/E/el_arbitraja_en_los_grupos_de_empresas_familiares/el_arbitraja_en_los_grupos_de_empresas_familiares.asp?CodigoSeccion=15

ECHAIZ MORENO, D. *El protocolo Familiar*. Boletín mexicano de Derecho Comparado. Nueva serie. Año XVIII, Núm. 127, enero-abril 2010. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Universidad Nacional Autónoma de México.
http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1105&context=daniel_echaiz.

EUROPA PRESS. *La aportación al PIB de las empresas familiares españolas supera en cinco puntos a la europea*. Ccámaras. 27.07.2009.

FERNÁNDEZ BARREIRO, A. y GARCÍA CAMI, J. *Arbitraje y Justicia Ordinaria. Los arbitrajes compromisarios en Derecho Romano*. AFDUC 15,2011, ISSN: 1138-039X, pp. 575-596.
<http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/10351/1/AD%2015%202011%20art%2028.pdf>

FERNÁNDEZ, V. *Nuevas investigaciones sobre la gestión de la empresa familiar en España*. <http://cort.as/NiLa>

GARCÍA MANDALONIZ, M. Menos tiempo y costes en la creación de una empresa: Proyecto de ley del “proyecto Nueva Empresa”. *Derecho de los Negocios*, nº 142-143, julio-agosto 2002, pp. 1-11.

http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/instituto_iniciativas_emp_empresa_familiar/investigacion/documentos/PROYECTO_NUEVA_EMPRESA.pdf

GARCÍA RUBIO, M.P; *Acuerdos Prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el derecho de familia*. Artículo. Santiago de Compostela.

GÉNESIS <https://www.biblegateway.com/passage/?search=Genesis%2031>

GONZÁLEZ DE COSSÍO, F. *Arbitraje y Empresa Familiar*.
<http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/ARBITRAJE%20Y%20EMPRESA%20FAMILIAR.pdf>

HAYS RECRUITING EXPERTS WORLDWIDE. *Las empresas valencianas buscan nuevos mercados en el exterior*. Madrid, 2 de enero de 2014.

INI.WORLD. about FAMILY BUSSINES
https://ingworld.ing.com/en/2014-4Q/9-the-crown-jewels-of-the-global-economy?utm_source=li&utm_medium=social&utm_campaign=q4

ÍSCAR DE HOYOS. *El arbitraje ayuda a reducir el número de procedimientos que llegan a los tribunales*. AEADE. Asociación Europea de Arbitraje.
<http://todosobrearbitraje.wordpress.com>

ÍSCAR DE HOYOS. *El arbitraje. La eterna asignatura pendiente*. AEADE. Asociación Europea de Arbitraje.
<http://todosobrearbitraje.wordpress.com>

IVEFA. *La fragilidad de las empresas familiares: un 70% no supera el cambio generacional*. <http://www.ivefa.com/noticias-ivefa/item/150-la-fragilidad-de-las-empresas-familiares-un-70-no-supera-el-primer-cambio-generacional>.

IVEFA.
<http://www.ivefa.com/noticias-ivefa/item/140-identidad-y-el-sentido-de-propiedad-en-la-empresa-familiar>.

IVEFA.

<http://www.ivefa.com/noticias-ivefa/item/146-previendocconflictos-en-las-empresas-familiares>.

IVEFA

<http://www.ivefa.com/noticias-ivefa/item/148-los-retos-de-la-empresa-familiar>.

IVEFA

<http://www.ivefa.com/noticias-ivefa/item/147-como-evitar-la-tension-en-la-empresa-familiar>

IVEFA

<http://www.ivefa.com/noticias-ivefa/item/144-por-que-su-empresa-familiar-deberia-tener-un-pre-consejero>

IVEFA. *El valor de la empresa familiar*

<http://www.ivefa.com/noticias-ivefa/item/133-value-empresafamiliar>.

Ley de las XII Tablas del Derecho Romano. <http://www.monografias.com/trabajos97/ley-xii-tablas-derecho-romano/ley-xii-tablas-derecho-romano.shtml#eltextodea>

LINACERO DE LA FUENTE, María. *Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*. Foro, Nueva época, núm. 2/2005: 411-438 ISSN:1698-5583.

LAPIEDRA ALCAMÍ, R. *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*. Tirant monografias 556., Valencia, 2008

LORCA NAVARRETE, A.M. *La naturaleza jurídica del arbitraje*.

http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/naturaleza_arbitraje.php

MADRIÑÁN VAZQUEZ, M. La Ley 5/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio: Modificaciones en derecho sucesorio.

https://dspace.usc.es/bitstream/10347/7832/1/pg_031-042_dereito14-2.pdf

MARTÍN MARCHESINI, G. *El Arbitraje en las Empresas Familiares.*

<http://www.martinmarchesini.com.ar/ARBITRAJE%20EN%20LAS%20EMPRESAS%20FAMILIARES%20JORNADA%2012-5-11.pdf>

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María. Admisión de “pactos de familia” en Derecho italiano después de la reforma del Código civil en 2006*. Legge 14 febbraio 2006, n. 55 recante “Modifiche al codice civile in materia di patto di famiglia”. (GU N.50 DEL 1-3-2006). <http://www.codigo-civil.info/nulidad/loedel/document.php?id=451#tocto1>

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María. *Recientes reformas del Derecho de Sucesiones en Derecho Francés* (LOI N° 2006-728 DU 23 JUIN 2006 ET LOI N° 2007-211 DU 19

FÉVRIER). CUESTIONES DE INTERÉS SOBRE NULIDAD Y VALIDEZ.. ABRIL 2007.

[HTTP://WWW.CODIGO-CIVIL.INFO/NULIDAD/LODEL/DOCUMENT.PHP?ID=405](http://WWW.CODIGO-CIVIL.INFO/NULIDAD/LODEL/DOCUMENT.PHP?ID=405)

MATRIMONIOS BLINDADOS.

<http://www.aceprensa.com/articulos/matrimonios-blindados/>

MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y TURISMO. *El Gobierno de Extremadura facilitará el relevo generacional con un plan que incluye ayudas y formación.*

<http://www.transmisionempresas.es/noticias/paginas/detallenoticia.aspx?itemID=12>

MORENO UTRILLA, D. *El Protocolo Familiar y II. Economía & Empleo* 25 de enero de 2004.

MORENO VELASCO, V. *El reconocimiento general de la autonomía de la voluntad de los cónyuges como forma de autorregulación de sus relaciones personales y patrimoniales: los límites a la autonomía de la voluntad*. Diario La Ley, nº 7609, Secc. Doctrina, 12 abril 2011, Año XXXII.

NAVARRO VALLS, R; *El retorno del matrimonio*; separata esta que sirvió de base a la ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho canónico celebrado en Pamplona en septiembre de 1998.

PAVÓN, M. *Protocolo Familiar en España: 20 años de experiencia*. 09.12.2014.IVEFA.

<http://www.ivefa.com/noticias-ivefa/item/143-protocolo-familiar-en-espana-20-anos-de-experiencia>.

PELLÍCANO, J.A. *El Corpus Iuris Civilis. La Obra Magna del Derecho Romano*. Instituto de Derecho Romano.

http://revsta.cpacf.org.ar/Revista007/indez.php?option=com_content-&view=article&id=47:asamblea-acciones-auto-convocatoria.

PÉREZ MARTÍN, A.J: *Enfoque actual de la pensión compensatoria*. El Derecho.com.

RODRÍGUEZ PRIETO, F. Cláusulas genéricas de mediación y arbitraje.
Art. “*Un útil instrumento jurídico por descubrir: las cláusulas escalonadas med+arb*”.

<http://hayderecho.com/2013/04/02/un-util-instrumento-juridico-por-descubrir-las-clausulas-escalonadas-medarb/>

RUBIO, Enrique. *La Ley de 2 de mayo de 1975. Comentarios a una reforma.*

http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/11928/1/La%20ley%20de%20mayo%20de%201075,%20comentarios%20a%20una%20reforma%20Vol%206_1979-3.pdf

SANZ, Javier. <http://historiasdelahistoria.com/2012/05/16/condiciones-que-puso-einstein-a-su-mujer-para-seguir-juntos>

TRAZEGNIES GRANDA, F. *Arbitraje de Derecho y Arbitraje de Consciencia.*

<http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafab.htm>

ZAPPALÀ, F. *Universalismo histórico del arbitraje.* Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de las UNAM.
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vniver/cont/121/cnt/cnt8.pdf>

OTROS ENLACES CONSULTADOS:

Enllaços:

<http://redautonomos.es/pymes/empresa-familiar>

<http://www.lexfamily.eu/alienacion-parental-y-desheredacion/>

<http://noticias.juridicas.com/actual/4556-cataluna-ensayara-la-figura-del-coordinador-parental-en-casos-de-divorcio-de-alta-conflictividad.html>

http://acuerdojusto.com/Articulos/Entradas/2015/3/28_Sobre_la_mediacion_obligatoria_en_consumo_en_Cataluna..html

http://elpais.com/elpais/2015/03/09/opinion/1425924942_870624.html

http://www.elconfidencial.com/espana/2015-03-22/nos-casamos-menos-y-nos-divorciamos-mas-asi-han-evolucionado-las-familias-espanolas_731011/

D) TEXTOS y DISPOSICIONES LEGALES:

d.1) LEYES

CONSTITUCIÓN-ESPAÑOLA:

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/constitucion.html

CÓDIGO CIVIL

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/cc.html

CÓDIGO CIVIL ALEMÁN (BGB). Trad. Inglés

http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p4986

Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria (BOE núm. 158 de 03 de Julio de 2015 con http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/555976-l-15-2015-de-2-jul-jurisdiccion-voluntaria.html).

Ley de 22 de diciembre de 1953 por la que se regulan los arbitrajes de Derecho Privado <http://www.judicatura.com/Legislacion/0811.pdf>

Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje. (Vigente hasta el 26 de marzo de 2004).

Ley de arbitraje y Legislación complementaria. Textos legales anotados y concordados por el equipo jurídico editorial Dykinson. Madrid, Dickynson. 1989.

Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado.

BOE» núm. 121, de 21 de mayo de 2011, páginas 50797 a 50804

http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-8847

Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. BOE núm. 309, de 26-12-2003, págs. 46097-46109.

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l60-2003.html

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo15-1999.html

Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l34-2002.html

Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (Vigente hasta el 01 de Septiembre de 2010).

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l2-1995.html

Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE núm. 163 de 09 de Julio de 2005)

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l15-2005.html

Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. BOE nº 309, de 26 de diciembre de 2003.

Ley 30/1981 de 7 de julio de por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l30-1981.html

Ley 11/1990, de 17 de diciembre sobre reforma del Código Civil en materia de no discriminación por razón de sexo (BOE» núm. 302, de 18 de diciembre de 1990, páginas 37587 a 37589) <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-30520>

Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges. BOE» núm. 107, de 5 de mayo de 1975, páginas 9413 a 9419.

<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1975-9245>

Ley 11/1981, de 13 mayo de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. BOE» núm. 119, de 19 de mayo de 1981, páginas 10725 a 10735. <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1981-11198>.

La Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. BOE de 20 de julio de 1981. http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l30-1981.html

Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l53-2002.t1.html#c1s3

d.2) REALES DECRETOS y DECRETOS LEGISLATIVOS

Real Decreto de 3 de febrero de 1881, de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Vigente hasta el 08 de Enero de 2001).

http://noticias.juridicas.com:8080/base_datos/Anterior/r0-lec.l3p2t8.html#l3p2t8

Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil. http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/rd1784-1996.html

RD 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares.

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/rd171-2007.html#a3.

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

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/rdleg1-2010.html

Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (Vigente hasta el 01 de Septiembre de 2010).

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l7-2003.html

d.3) REGLAMENTOS y ÓRDENES

Reglamento (UE) N° 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.

ORDEN de 27 de diciembre de 2006, de la Conselleria de Economía, Hacienda y Empleo, por la que se establecen las bases reguladoras y el procedimiento general para la concesión de ayudas a empresas familiares para la realización de protocolos familiares, y se convocan para el ejercicio 2007.DOCV Núm. 5.434 / 23.01.2007

http://www.cograsova.es/images/disposiciones/290_d2272.pdf

d.4) NORMAS Y DISPOSICIONES AUTONÓMICAS:

Andalucía

Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho (Andalucía). Publicado en BOJA núm. 153 de 28 de Diciembre de 2002 y BOE núm. 11 de 13 de Enero de 2003
http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/an-15-2002.html

Aragón

Ley 15/1967, de 8 de abril, sobre compilación del derecho civil de Aragón (Vigente hasta el 23 de Abril de 2011).

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1967-5590

Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas. (Vigente hasta el 23 de abril de 2011) BOE» núm. 95, de 21 de abril de 1999, páginas 14801 a 14803.

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Derogadas/r2-ar-16-1999.html

Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

Núm. 63 Boletín Oficial de Aragón.

<http://www.boa.aragon.es/cgi-bin/EBOA/BRSCGI?CMD=VEROBJ&MLKOB=588310770505>

Asturias

Ley del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables. Publicado en BOPA núm. 125 de 31 de Mayo de 2002 y BOE núm. 157 de 02 de Julio de 2002.

http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/as-14-2002.html

Baleares

Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía para las Illes Balears (BOE 1 de marzo)

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo2-1983.html

Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares.

http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/ib-dleg79-1990.html

Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables (Islas Baleares).

Publicado en BOIB núm. 156 de 29 de Diciembre de 2001 y BOE núm. 14 de 16 de Enero de 2002. Publicado en BOIB núm. 156 de 29 de Diciembre de 2001 y BOE núm. 14 de 16 de Enero de 2002

Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears (BOIB núm. 120 de 02 de Octubre de 1990)

http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/leyes_espa/lo_001_2007.pdf

Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares. (Vigencia desde 22 de Octubre de 1990. Esta revisión vigente desde 25 de Mayo de 2009).

http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/ib-dleg79-1990.html

Canarias

Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias.

Publicado en BOIC núm. 54 de 19 de Marzo de 2003 y BOE núm. 89 de 14 de Abril de 2003. http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/ic-l5-2003.html

Cantabria

Ley 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria. BOE núm. 135 Martes 7 junio 2005

<http://www.boe.es/boe/dias/2005/06/07/pdfs/A19195-19199.pdf>

Cataluña

Llei 27/2010, de 29 de juliol, del Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya relatiu a la persona i a la familia

<http://civil.udg.edu/normacivil/cat/CCC/L25-2010.htm>

Extremadura

Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Publicado en DOE núm. 42 de 08 de Abril de 2003 y BOE núm. 111 de 09 de Mayo de 2003.

http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/ex-l5-2003.html

Galicia

Ley 3/1997 Ley 3/1997, de 9 de junio, gallega de la Familia, la Infancia y la Adolescencia. (Vigente hasta el 13 de septiembre de 2011)

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Derogadas/r1-ga-l3-1997.tp.html

Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia.

<http://www.boe.es/boe/dias/2006/08/11/pdfs/A30073-30100.pdf>

Comunidad de Madrid

Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid. BOE núm. 51 de 01 de Marzo de 1983.
http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo3-1983.html

Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid. BOCM núm. 2 de 03 de Enero de 2002 y BOE núm. 55 de 05 de Marzo de 2002.
http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/ma-11-2001.html.

Navarra

Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. (revisión vigente desde 7 agosto de 2000).
http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/11-1973.html

Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, por la que se modifica la compilación de derecho civil foral o fuero de Navarra. <http://sid.usal.es/idocs/F3/sis98/007055.html>

Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables (Navarra). BON núm. 82 de 07 de Julio de 2000 y BOE núm. 214 de 06 de Septiembre de 2000.

http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/na-16-2000.html

País Vasco

Ley 3/1992, de 1 de julio, del Parlamento Vasco, del Derecho Civil Foral del País Vasco. Revisión vigente desde 31 de Diciembre de 1999. BOPV núm. 153 de 07 de Agosto de 1992 y BOE núm. 39 de 15 de Febrero de 2012

http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/pv-13-1992.html

Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho (País Vasco).

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/11/25/pdfs/BOE-A-2011-18545.pdf>

Comunidad Valenciana

Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo1-2006.html Versión consolidada).

Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano.

BOE, núm. 301, martes 15 de diciembre de 2009.

http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/va-110-2007.html

Ley 8/2009, de 4 de noviembre, de la Generalitat, de modificación de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano. (DOCV núm. 6141 de 10.11.2009)

http://www.docv.gva.es/portal/ficha_disposicion.jsp?id=26&sig=012680/2009&L=1&url_lista=%26amp%3Bamp%3BCHK_TEXTO_LIBRE%3D1%26amp%3Bamp%3Btipo_search%3Dlegislacion%26amp%3Bamp%3Bnum_tipo%3D6%26amp%3Bamp%3BSOLO_NUMERO_DISPOSICION%3D8%26amp%3Bamp%3BANYO_DISPOSICION%3D2009.

Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. [2011/3975]

(DOCV núm. 6495 de 05.04.2011) Ref. Base Datos 004078/2011

http://www.docv.gva.es/portal/ficha_disposicion.jsp?L=1&sig=004078/2011

LEY 5/2012, de 15 de octubre, de la Generalitat, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana. [2012/9566]

(DOCV núm. 6884 de 18.10.2012) Ref. Base Datos 009462/2012

http://www.docv.gva.es/portal/ficha_disposicion.jsp?id=26&sig=009462/2012&L=1&url_lista=%26amp%3Bamp%3BCHK_TEXTO_LIBRE%3D1%26amp%3Ba

[mp%3BFecha_INICIAL%3D12%2F10%2F2012%26amp%3Bamp%3BFecha_FINAL%3D01%2F11%2F2012%26amp%3Bamp%3Btipo_search%3Dlegislacion%26amp%3Bamp%3Bnum_tipo%3D6%26amp%3Bamp%3BTD%3DLey](#)

Recurso de inconstitucionalidad n.º 4522-2013, contra la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de la Generalitat, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana. Publicado en BOE núm. 221 de 14 de Septiembre de 2013.

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/513033-recurso-de-inconstitucionalidad-4522-2013-contrala-ley-5-2012-de-15-oct.html

d.5) JURISPRUDENCIA.

STS 15 de enero de enero de 2004 (RJ 2004,202).

STS 31 de marzo de 2004 (Cendoj: 28079110012011100229)

STS 22 de abril de 1997. Id Cendoj: 28079110011997102237

STS 27 de enero de 1998. Id Cendoj: 28079110011998101273

STS 27 de enero de 1998. Id Cendoj: 28079110011998102146

STS de 17 de octubre de 2007. Id Cendoj: 28079110012007101090

STS de 21 de octubre de 1992. Id Cendoj: 28079110011992103335. Ponente: FRANCISCO MORALES MORALES

STS de 18 de noviembre de 1994. Id Cendoj: 28079110011994102901. Ponente LUIS MARTINEZ-CALCERRADA GOMEZ.

STC SENTENCIA 43/1988, de 16 de marzo de 1988

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt-BR/Resolucion/Show/SENTENCIA/1988/43>

STC 62/1991, de 22 de marzo de 1991

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1991/62>

STC SENTENCIA 288/1993, de 4 de octubre de 1993

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1993/288>

STS en su sentencia de 16 de diciembre de 1996 Id Cendoj: 28079110011996101601. **Ponente:** Excmo. Sr. D. JOSÉ ALMAGRO NOSETE.

STS 18.11.1994. Id Cendoj: 28079110011994102901. Ponente: LUIS MARTINEZ-CALCERRADA GOMEZ.

STS de 14 de julio de 1986. Id Cendoj: 28079110011986101213

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=4396890&links=arbitraje%20equidad&optimize=19960111&publicinterfaced=true>

SAP Almería, sec. 2ª, S 17-2-2003, nº 44/2003, rec. 329/2002 Pte: Espinosa Labella, Manuel. EDJ 2003/9804.

SAP de Santa Cruz de Tenerife, sec. 1ª, S 7-7-2008, nº 312/2008, rec. 745/2007 Pte: Dobarro Ramos, Eugenio Santiago. EDJ 2008/320409.

d.6) DGRN

Instrucción de 31 de enero de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre los matrimonios de complacencia. BOE» núm. 41, de 17 de febrero de 2006, páginas 6330 a 6338 <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2006-2776>

d.7) MARCO LEGISLATIVO INTERNACIONAL Y DE LA UNIÓN EUROPEA.
--

Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Diario Oficial de la Unión Europea L 136/3 ES. 24.5.2008.

<http://www.boe.es/doue/2008/136/L00003-00008.pdf>

LIBRO VERDE sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil. Bruselas, 19.04.2002. COM (2002) 196 final.

Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) ("Convención de Nueva York")

http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html

Reglamento UE N° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012. Diario Oficial de la Unión Europea, L 201/107 de 27.7.2012.

Reglamento UE 1259/2010, de 20 de diciembre, de cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y la separación judicial. D.O. L 343/10 DE 29.12.2010.

Barómetro Europeo de la Empresa Familiar. KPMG EN ESPAÑA

<https://www.kpmg.com/ES/es/ActualidadyNovedades/ArticulosyPublicaciones/Documents/barometro-europeo-empresa-familiar-2015.pdf>

Family Business

http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/promoting-entrepreneurship/family-business/index_en.htm

GEEF. <http://www.europeanfamilybusinesses.eu/>

EUROPEAN COMMISSION. Final Report of the Expert group Family-Business-Relevant Issues. November, 2009.

COMISIÓN EUROPEA. *Cómo apoyar la política sobre las PYME con los Fondos Estructurales. Cómo facilitar la transmisión de empresas. Una guía inteligente dirigida a promover y apoyar la transmisión de empresas con ayuda de los Fondos Estructurales de la UE.* Unión Europea, Bélgica, 2013

http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/regional-sme-policies/documents/no.3_transfer_of_business_es.pdf

COMISIÓN EUROPEA- Dirección General de Empresa. *Informe Final del Grupo de Expertos sobre la Trasmisión de las Pequeñas y Medianas Empresas.* Mayo 2002

http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/support_measures/transfer_business/transfer_com_02/final_report_es.pdf

RECOMENDACIÓN DE LA COMISIÓN de 7 de diciembre de 1994 sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas 94/1069/CE. DO L 385 de 31.12.1994, p. 14/17.

<http://old.eu-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31994H1069:ES:NOT>

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO, AL PARLAMENTO EUROPEO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES. *Plan de acción: El programa europeo en favor del espíritu empresarial.* Bruselas, 11.02.2004 COM(2004) 70 final.

<http://www.sifemurcia-europa.com/servlet/sife.GestionDocs?METHOD=MOSTRARDOCUMENTO&iddocumento=2603>.

CARTA EUROPEA DE LA PEQUEÑA EMPRESA. Consejo Europeo de Santa María de Feira (Lisboa) 19 y 20 de junio de 2000.

http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/charter/docs/charter_es.pdf

UE- *Portal Europeo para las PyMES.*

http://ec.europa.eu/small-business/index_es.htm

EUROPEAN COMMISSION. *Annual Report on European SMEs 2013/2014– A Partial and Fragile Recovery*. Final Report -July 2014 SME Performance Review 2013/2014.

http://ec.europa.eu/growth/smes/business-friendly-environment/performance-review/files/supporting-documents/2014/annual-report-smes-2014_en.pdf

COMMISSION EUROPÉENNE DIRECTION GÉNÉRALE ENTREPRISES ET INDUSTRIE. *Rapport du groupe d'experts marchés pour la transmission d'entreprise favoriser les bourses d'opportunités pour la transmission d'entreprise en Europe*. Mai 2006.

http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/support_measures/transfer_business/transfer_markets_fr.pdf

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. Informe 5/2005. El proceso de creación de empresas y el dinamismo empresarial. Sesión ordinaria del Pleno de 21 de septiembre de 2005. Colección Informes CES. Primera edición: octubre de 2005.

<http://www.ces.es/documents/10180/18510/Inf0505>

http://ec.europa.eu/enterprise/policies/industrial-competitiveness/industrial-policy/index_en.htm

GROWTH

Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs

http://ec.europa.eu/growth/index_en.htm

Commission Recommendation of 6 May 2003 concerning the definition of micro, small and medium-sized enterprises (Text with EEA relevance) (notified under document number C (2003) 1422) L 124/36 Diario Oficial de la Unión Europea ES 20.5.2003.

The Secret of Success 2012-13. European SMEs as International Champions. European Union, 2012.

file:///C:/Documents%20and%20Settings/ania/Mis%20documentos/Downloads/NB3112700ENC_002.pdf

COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS Commission follow-up to the "TOP TEN" Consultation of SMEs on EU Regulation. Brussels, 18.6.2013 COM(2013) 446 final

http://ec.europa.eu/smart-regulation/docs/com_2013_446_en.pdf

GIMENO, ALBERTO. *La Comisión Europea y la Empresa Familiar*.

<http://consultoreconomico.blogspot.com.es/2010/07/la-comision-europea-y-la-empresa.html>

Decisión del Consejo 89/490/CE. DO n° L 239 de agosto 1989.

Decisión del Consejo 91/319/CEE. DO n° L 175 de 4.7.1991.

Resolución de 17 de junio de 1992. ¹ DO n° C 178 de 15.7.1992

LIBRO BLANCO COMUNIDADES EUROPEAS. *Crecimiento, competitividad, empleo Retos y pistas para entrar en el siglo XXI*. Suplemento 6/93.

http://biblioteca.cunef.edu/gestion/catalogo/doc_num.php?explnum_id=449

REPORT OF THE BUSINESS ENVIRONMENT SIMPLIFICATION TASK FORCE BEST Volume II.

<http://aei.pitt.edu/35376/1/A1279-V2.pdf>

COMISIÓN EUROPEA. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN LA CONTRATACION PÚBLICA EN LA UNIÓN EUROPEA. Bruselas, 11 de marzo de 1998 COM (98) 143.

<http://economia.gencat.cat/web/.content/documents/arxius/c98-143.pdf>

COMISIÓN EUROPEA. NFORME FINAL DEL GRUPO DE EXPERTOS SOBRE LA TRANSMISIÓN DE PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS Mayo 2002.

http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/support_measures/transfer_business/transfer_com_02/final_report_es.pdf

Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, Comité économique et social européen et au Comité des régions - Mise en œuvre du programme communautaire de Lisbonne pour la croissance et l'emploi- La transmission d'entreprise - La continuité grâce à un nouveau départ /* COM/2006/0117 final */ Bruxelles, le 14.03.2006. COM(2006) 117 final

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:52006DC0117>

Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 11 de febrero de 2004, «Plan de acción: el programa europeo en favor del espíritu empresarial» [COM (2004) 70 final.

http://europa.eu/legislation_summaries/enterprise/business_environment/n26043_es.htm

Libro Verde de la Comisión, de 21 de enero de 2003, titulado «El espíritu empresarial en Europa» [COM (2003) 27 final.

http://europa.eu/legislation_summaries/other/n26023_es.htm

Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 10 de noviembre de 2005,

«Implementación del programa comunitario de Lisboa - Una política moderna de la PYME para el crecimiento y el empleo» [COM (2005) 551 final.

http://europa.eu/legislation_summaries/enterprise/business_environment/n26106_es.htm

PORTAL EUROPEO PARA LAS PYMES

http://ec.europa.eu/small-business/index_es.htm

Recomendación 97/344/CE: de la Comisión de 22 de abril de 1997 sobre la mejora y simplificación de las condiciones para la creación de empresas. Diario Oficial nº L 145 de 05/06/1997 p. 0029 – 0051.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:31997H0344&qid=1425556087996>

Overview Enhancing SME Competitiveness THE OECD BOLOGNA MINISTERIAL CONFERENCE. Resumen en español Mejorar la competitividad de las PYMES CONFERENCIA MINISTERIAL DE LA OCDE EN BOLONIA. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS.

<http://www.oecd.org/cfe/smes/2737368.pdf>

La nueva definición de PYME. Guía del usuario y ejemplo de declaración. 2006.

http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/sme_definition/sme_user_guide_es.pdf

COMISIÓN RECOMENDACIÓN DE LA COMISIÓN de 6 de mayo de 2003 sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas.

L 124/36 Diario Oficial de la Unión Europea ES 20.5.2003.

<http://www.boe.es/doue/2003/124/L00036-00041.pdf>

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003H0361&from=EN>

http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/business-environment/smoothtransfer/index_en.htm.

http://www.enterprise-europe-network.ec.europa.eu/index_en.htm.

http://ec.europa.eu/enterprise/policies/entrepreneurship/sme-week/index_en.htm.

http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/promotingentrepreneurship/erasmus-entrepreneurs/index_en.htm.

http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/best-practices/charter/index_en.htm.

http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/best-practices/european-enterpriseawards/index_en.htm.

http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/business-environment/taxationsmes/index_en.htm.

http://ec.europa.eu/education/lifelonglearning-programme/doc78_en.htm.

E) PRENSA ESCRITA

VILLAR COTE-EL MUNDO. *La otra crónica*. Sábado 27.04.2013, pgs. 14-15.

LEVANTE-EMV. *Amor o cuenta corriente*. Miércoles, 22 de abril de 2015. P. 62.
Alfa y Omega. Seminario Católico de Información. Ed. Nacional. Nº 388/5II-2004.

DIARIO 20 MINUTOS. Titular: *Descubren una fórmula para predecir divorcios*. 7.9.2011

LA REVISTA, 27.11.2014.

LA RAZÓN, 3. 3.2015, pág. 29.

Diario LA RAZÓN, viernes 13 de febrero de 2014, págs. 4 y 18.

FERNÁNDEZ, S. *Puig: 100 años de buen gusto*. Magazine El Mundo. Fuera de serie D.L. M 3734-2014, nº 22 Sección: "La marca de la semana".

MUÑOZ SÁNCHEZ-MOLINÍ, E. *Cambios en la sucesión mortis causa a partir del próximo 17 de agosto*. LA RAZÓN, Martes 9 de junio de 2015., p. 2.

OLDEMBURG, F. *Bodegueros Juve Camps: ¿Quién revolucionó el cava?*. Magazine EL MUNDO. Fuera de Serie D.L. M 3734-2014 nº 22 p. 45. 1 de junio de 2014.

F) PÁGINAS WEBS:

<http://hayderecho.com/2012/12/11/la-mediacion-en-las-disputas-internas-de-la-empresa-familiar-ii-su-funcion-en-la-elaboracion-y-desarrollo-de-los-protocolos-familiares/>.

CÁTEDRAS EF.- 20.1.15 <http://www.iefamiliar.com/web/es/catedras.html>

ASOCIACIONES-TERRITORIALES-EF-
<http://www.iefamiliar.com/web/es/asociaciones.html>

ESTADÍSTICA-EF-CIFRAS
2015.http://www.iefamiliar.com/web/es/asociaciones_cifras.html

<http://www.ivefa.com/noticias-ivefa/item/154-empresas-familiares-v-trampas-de-la-empresa-familiar-ii-> 20.1.12015

ARTÍCULO EXPANSIÓN.

REBAJA UE MULTA A LAS EMPRESAS POR SOMETERSE A ARBITRAJE.

<http://www.expansion.com/2015/02/20/juridico/1424433881.html>

DESHEREDACIÓN MALTRATO.

http://noticias.lainformacion.com/espana/el-supremo-condena-a-dos-hijos-por-maltrato-psicologico-por-primera-vez_d1VRvDZZqFExtjNwCJM0y3/

G) MARCA ESPAÑA Y FORO EMPRESAS MARCAS RENOMBRADAS ESPAÑOLAS:

MARCA ESPAÑA. <http://marcaespana.es/>

<http://marcaespana.es/proyectos/foro-de-marcas-renombradas-espa%C3%B1olas-fmre>

BONET FERRER, J.L. *El foro de las marcas renombradas españolas, una experiencia para la competitividad internacional.*

file:///C:/Documents%20and%20Settings/ania/Mis%20documentos/Downloads/jose_luis_bonet_ferrer_web_ei_379.pdf

Real Decreto 998/2012, de 28 de junio, por el que se crea el Alto Comisionado del Gobierno para la Marca España y se modifica el Real Decreto 1412/2000, de 21 de julio, de creación del Consejo de Política Exterior. BOE Núm. 155 Viernes 29 de junio de 2012 Sec. I. Pág. 46129 a 46132.

http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-8672

Informe emitido por UVACE (Instituto Valenciano de Competitividad Empresarial) de la Generalitat Valenciana. Exportación de la Comunitat Valenciana 2013, enero-diciembre. Febrero 2014.

FORO DE MARCAS RENOMBRADAS.

<http://www.marcasrenombradas.com/>

ACCIONA. <http://www.acciona.es/sobre-acciona/quienes-somos/>

ACCIONA Windpower inaugura su planta de aerogeneradores en Brasil, primer mercado en ventas de su turbina de 3 MW.

<http://www.acciona.es/noticias/acciona-windpower-inaugura-planta-aerogeneradores-brasil-primer-mercado-ventas-turbina-3-mw/>

ACCIONA obtiene un contrato de gestión de redes de agua en Perú por 16 millones de euros. Martes 26 de mayo de 2015.

<http://www.iagua.es/noticias/peru/acciona-agua/15/01/28/acciona-obtiene-contrato-gestion-redes-agua-peru-16-millones>

ACESUR. <http://acesur.com/es>

JUAN RAMÓN GUILLÉN PRIETO, PRESIDENTE DE ACESUR, MEDALLA DE LA CIUDAD DE SEVILLA. <http://acesur.com/es/noticias-faldon/item/68-juan-ram%C3%B3n-guill%C3%A9n-prieto-medalla-de-la-ciudad-de-sevilla>

ADOLFO DOMÍNGUEZ. <http://www.adolfodominguez.com/>

MORENO LÁZARO, J. *La empresa Familiar Española y el Mercado Mundial: Agrolimen, una perspectiva histórica.* ICE-LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LA EMPRESA ESPAÑOLA EN PERSPECTIVA HISTÓRICA Julio-Agosto 2009. Nº 849.

ANDREU WORLD. <http://www.andreuworl.com/es/empresa/historia>

<http://www.marcasrenombradas.com/miembros/?buscar=Todos&empresa=--§or=-->

CLUB MAPI. <http://www.marcasrenombradas.com/club-mapi/miembros-del-club-mapi/>

<http://www.marcasrenombradas.com/miembros/?buscar=Todos&empresa=--§or=-->

ARCO. <http://www.construnario.com/catalogo/valvulas-arco-sl>

ARMAND BASI

<http://www.armandbasi.com/timeline.php?timeline=BrandHistory>

BODEGAS BARBADILLO.

<http://barbadillo.com/tu-compania/perfil-corporativo>

BARCELÓ VIAJES

http://barcelo.com/BarceloGroup/es_ES/home-grupo-barcelo.aspx

BORGES. <http://www.borgesinternationalgroup.com/historia/>

CAMPOFRIO.

<http://www.campofriofoodgroup.com/scs/Satellite/cfg-home/company/at-a-glance/1328183827161.html>

CARRERA& CARRERA.

<http://www.carreraycarrera.com/es/la-marca/historia>

CONSENTINO. <http://www.cosentino.es/historia>

<http://www.economista.es/interstitial/volver/240878542/andalucia/noticias/5404055/12/13/Cosentino-preve-volver-a-crecer-al-17-en-2014-tras-alcanzar-500-millones-este-ano.html#.Kku8F3um4yInWhF>

[http://www.qcom.es/v_portal/informacion/informacionver.asp?cod=22669&te=2475
&idage=23543](http://www.qcom.es/v_portal/informacion/informacionver.asp?cod=22669&te=2475&idage=23543)

CORTEFIEL

<http://www.grupocortefiel.com/es/marcas>

CONSERVAS GARAVILLA.

<http://www.isabel.net/conservas-isabel/historia>

EGEA MASTER <http://www.marcasrenombradas.com/miembro/ega-master/>

EL CORTE INGLÉS

[http://www.elcorteingles.es/informacioncorporativa/elcorteinglescorporativo/portal.d
o?IDM=21&NM=1](http://www.elcorteingles.es/informacioncorporativa/elcorteinglescorporativo/portal.do?IDM=21&NM=1)

http://elpais.com/elpais/2014/09/19/gente/1411147552_411702.html

EL POZO. <http://www.elpozo.com/conocenos/historia.aspx>

ELZABURU. <http://www.elzaburu.es/es/quienes-somos/nuestra-historia>

ENERGY SISTEM.

<http://www.marcasrenombradas.com/miembro/energy-sistem-2/>

FAMA. <http://www.fama.es/la-compania.html>

FÉLIX SOLÍS. <http://felixsolisavantis.com/es/compania/>

FERMAX.

<http://www.fermax.com/spain/corporate/sobre-fermax/presentacion/fermax.html>

FESTINA. <http://www.festina.com/quienes-somos/>

<http://www.festina.com/puntos-de-venta/>

FREIXENET. <http://www.freixenet.es/cava/historia>

GAES. <http://www.marcasrenombradas.com/miembro/gaes/>

GALLO. <http://www.marcasrenombradas.com/miembro/gallo/>

GIOSEPPO. <http://www.marcasrenombradas.com/miembro/gioseppo/>

GLOBAL EXCHANGE.

<http://www.global-exchange.com/quienes-somos/historia/>

<http://www.marcasrenombradas.com/miembro/global-exchange/>

GMV. <http://www.gmv.com/es/Empresa/>

GONZÁLEZ BYASS. <http://www.gonzalezbyass.com/familia-del-vino/>

GRUPO EULEN. <http://www.marcasrenombradas.com/>

GRUPO YBARRA. <http://ybarra.es/quienes-somos/historia/>

GRUPO ZAMORA. <http://www.diegozamora.es/es/grupo-dz/empresa>

HIJOS DE RIVERA

http://www.corporacionhijosderivera.com/historia_empresa.php

HISPANITAS. <http://www.hispanitas.com/>

HOLA. <http://www.marcasrenombradas.com/miembro/hola/>

IDILIA FOODS. <http://www.idilia.es/>

INDITEX.

http://www.inditex.com/home;jsessionid=OSZLd-TTgSYw8_FllpG-cj2

KERABEN. <http://kerabengrupo.com/>

LA VANGUARDIA.

<http://www.lavanguardia.com/quienes-somos/index.html>

LLADRÓ. <http://www.lladro.com>.

MANGO. <http://www.marcasrenombradas.com/miembro/mango/>

MARQUÉS DE CÁCERES. <http://www.marquesdecaceres.com>

MELIÁ HOTELS INTERNATIONAL

<http://www.meliahotelsinternational.com/es>

MIGUEL BELLIDO. <http://www.miguelbellido.es/valores.php>

MIQUEL Y COSTAS & MIQUEL

<http://www.miquelycostas.com/esp/Presentacio.htm>

MIRTO. <http://www.marcasrenombradas.com/miembro/mirto/>

MUSTANG. <http://www.mtngexperience.com/es/conocenos/tray>

NATURA & BISSÉ. <https://www.naturabisse.com/es/history>

NECK&NECK. <http://www.neckandneck.com/>

NORTIA. <http://www.nortia.com/>

OSBORNE. <http://www.osborne.es/sobre-nosotros/>

PANAMÁ JACK. <https://www.panamajack.es/descubrenos/historia>

PESCANOVA. <http://www.pescanova.com/ES/content/QUIENES-SOMOS>

PIKOLINOS. <http://www.pikolinos.com/>

PRONOVIAS. <http://www.pronoviasfashiongroup.com/pronovias-fashion-group/corporativo/datos-y-cifras.html>

PUIG.
<http://www.puig.com/es/quienes-somos/historia-de-la-compania/el-exito-de-una-empresa-familiar/>

RAMONDIN. http://www.ramondin.es/grupo_ramondin.php?id_grupo=1

ROCA.
<http://www.roca.es/nuestra-empresa/sobre-nosotros/una-empresa-global>

RODMAN. <http://rodman.es/historia.html>

BANCO DE SANTANDER. <http://www.marcasrenombradas.com/>

SANTIVERI. <http://www.santiveri.es/>

SIMÓN. <http://www.simon.es/es/empresa/grupo-simon>

TALGO. <http://www.talgo.com/index.php/es/nuestra.php>

TELEVÉS. <http://www.televes.es/es/empresa/quienes>

TERRAS GAUDA. http://www.terrasgauda.com/#grupo/quienes_somos

TORRES.

http://www.torres.es/wps/portal/web/inicio/sobreNosotros!ut/p/c5/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9

TOUS. <http://brand.tous.com/es/about-tous-origin/>

URIA MENENDEZ: <http://www.uria.com/es/quienes-somos.html>.

VICHY CATALÁN. <http://www.grupovichycatalan.es/quienesES.php>