

AGRUPACIÓN DE ABOGADOS JÓVENES DE ZARAGOZA

IV JORNADAS SOBRE DERECHO SOCIETARIO

LA EMPRESA FAMILIAR.

**CUESTIONES SOCIETARIAS: ESTATUTOS, PROTOCOLOS
FAMILIARES Y OTROS PACTOS PARASOCIETARIOS CON VÍA
DE PREVENCIÓN Y/O SOLUCIÓN DE CONFLICTOS FUTUROS.**

Agradecimiento a la Agrupación y a todos los asistentes.

**I.- INTRODUCCIÓN: APROXIMACIÓN A LA REALIDAD DE LA
EMPRESA FAMILIAR.**

Antes de entrar en el fondo de mi ponencia me vais a permitir que comience comentado una serie **de datos sobre la empresa familiar hoy** que, aunque nada jurídicos, considero relevantes para entender la importancia que tiene hoy la empresa familiar en nuestro entramado empresarial y, por tanto, también como sector necesitado de nuestra intervención como Letrados en el ámbito tan necesario como muchas veces «olvidado» del asesoramiento previo o como yo lo llamo «asesoramiento preventivo».

Estos datos acreditan también el acierto y la sensibilidad jurídica de la Agrupación de Jóvenes Abogados de Zaragoza que ha decidido dedicar

estas Jornadas a la Empresas Familiar a cuya Presidenta, D^a Carmen Lasala, así como a toda la Junta y, en especial, a D. Jorge Bernal como organizador, quiero felicitar, no sólo como ponente, sino como Agrupada, aunque ya no tan «joven».

Las recientes investigaciones sobre la Empresa Familia en España revelan lo siguiente:

- i) Actualmente el 80% de la empresas españolas son lo que podemos calificar empresas de carácter familiar, (luego abordaremos este concepto detenidamente).

Es decir, en cómputo global, sólo el 20% de las empresas nacionales queda fuera del ámbito de este tipo de empresas que denominamos familiares.

- ii) Aproximadamente el 65% del producto interior bruto (P.I.B.) en nuestro país lo generan empresas familiares.
- iii) El 80% del empleo privado está generado y sostenido por este tipo de empresas familiares.
- iv) Las PYMES, en su gran mayoría, empresas familiares, aportan el 70% de los recursos al Fondo de Formación Continua (FORCEM), aunque, paradójicamente, el colectivo empresa «familiar» es el que menos se beneficia de esta opción de formación.

- v) Aproximadamente el 70% de los universitarios españoles acaban trabajando en empresas familiares.

Sin embargo, sólo el 40% de estas empresas familiares continua la actividad en la segunda generación con socios familiares (hijos del fundador) y, únicamente, el 15% subsiste en la tercera generación como Empresa Familiar, sea la causa la venta a terceros o la extinción de la empresa por causas económicas o de otra índole, (entre ellas, la carga fiscal de la sucesión).

El famoso dicho de «el Padre la crea, el hijo la engrandece y con el nieto perece», desgraciadamente avalado por muchos casos reales.

A la luz de estos datos no puede negarse que las empresas familiares constituyen, y sobre todo para nosotros los Abogados, un foco de atención fundamental que, durante años, ha estado totalmente desatendida por administraciones, instituciones y también por nosotros. Incluso, en determinados momentos, ha tenido un matiz peyorativo el trabajar en o para empresas familiares.

Hasta hace, aproximadamente, una década y al socaire de estudios iniciados mucho antes en Estados Unidos, donde la Empresa Familiar tiene también gran relevancia económica, se ha empezado a estudiar el fenómeno de la empresa familiar, analizando cuáles son sus elementos caracterizadores, sus problemas y sus necesidades, claramente diferenciados de otras empresas.

GAY CANO

Abogados

Las primeras Cátedras de Empresa Familiar se crearon en las Universidades Carlos III y Complutense de Madrid, habiéndose extendido a otras facultades y, entre ellas, este mismo año, en la Universidad de Zaragoza.

Hoy son numerosas las organizaciones dedicadas al estudio, apoyo y asesoramiento de estas empresas, no sólo desde el punto de vista privado, sino también ante la Administración, a modo de «lobbies» que ya están dando sus frutos, en especial, en el ámbito tributario la mayoría creada con el impulso y apoyo económico de los propios empresarios, destacando por su especial prestigio el Instituto de Empresa Familiar.

Como luego veremos, la Empresa Familiar tiene grandes «virtudes», pero también grandes «defectos» y «carencias», pero ante todo tiene unas peculiaridades que es necesario conocer, muy especialmente, en nuestra condición de Abogado para poder asesorar adecuadamente.

En tales situaciones unos Estatutos o un protocolo familiar hubieran evitado o dado solución a tales conflictos.

He querido enfocar esta Charla sobre estatutos, protocolos y otros contratos parasociales en las empresas familiares como medio para, primero evitar, y, en su caso, poder resolver, adecuadamente, y lejos de los Tribunales, los posibles conflictos que se produzcan en la Empresa Familiar.

La Empresa Familiar tiene un «valor» económico en si misma como fuente de producción, pero también en su dimensión social en cuanto fuente de

empleo como resulta de los datos que hemos comentado antes. Por ello, deben realizarse todos los esfuerzos para su conservación.

Como asesores, hay un ámbito de actuación importantísimo para promover que nuestros Clientes, empresarios familiares, formalicen y documenten adecuadamente sus relaciones empresariales y familiares que paso a analizar.

II.- CONCEPTO O DEFINICIÓN DE EMPRESA FAMILIAR.

Dar un concepto de empresa familiar, no es sencillo, pues cada Empresa Familiar, -como cada familia- responde a esquemas, pautas y principios bien distintos.

Con cierta frecuencia se tiende a identificar el concepto de Empresa Familiar con el de pequeña y mediana empresa, lo cual no es siempre así. (Hay multinacionales o empresas transnacionales que siguen siendo hoy empresas familiares como FORD en Estados Unidos o en Aragón PIKOLIN, SAICA o LACASA).

Por tanto, el primer error en el que se incurre al intentar abordar los problemas que se suscitan en la empresa familiar es intentar abordarlo de la perspectiva de que se trata de pequeñas empresas, en el sentido tradicional del concepto, con estructuras simples o también el no atender a la diversidad de empresas familiares.

Siguiendo el concepto de CALAVIA MORENO puede definirse como *«aquella cuya propiedad total o más significativa pertenece a uno o varios*

propietarios unidos por lazos familiares, participando alguno o algunos de sus miembros en los órganos de gobierno y dirección y cuyo funcionamiento está sometido a unos determinados principios o cultura con clara intencionalidad de ser transmitida a las siguientes generaciones».

Destaco precisamente de este concepto la idea de que en cada Empresa Familiar existe su propia «cultura», generalmente coincidente con los valores, principios de la propia familia y la intención, -el firme deseo-, de que las generaciones futuras continúen la empresa, pues considero que son los elementos que, verdaderamente, dotan de peculiaridad a estas empresas, siendo a su vez la base para «entender» su funcionamiento.

Como han revelado los estudios más recientes, el éxito, pero también la causa fundamental de los problemas, en las Empresas Familiares trae causa en que concluyen dos principios: el de empresa como institución puramente «económica», en términos de rentabilidad, y la familia como institución eminentemente «emocional».

Como consecuencia de ello, a la hora de abordar el asesoramiento a cualquier empresa familiar, no puede perderse de vista que no existen criterios generales, formularios, que puedan aplicarse de forma automática siendo necesario conocer las propias peculiaridades de la concreta empresa.

De nuevo la idea del «traje a medida», como manifestación del principio jurídico de la autonomía (1255 CC y 51 CCom) es fundamental.

En los estudios sobre empresas familiares se ha puesto de manifiesto que estas empresas tienen «valores» distintos, sumamente positivos, desde el punto de vista económico-empresarial:

- El emprendedor o fundador.
- Entrega y dedicación.
- Capacidad de sacrificio personal y económico.
- Aplicación de «valores» y no sólo de criterios económicos, para la solución de problemas y para la adopción de decisiones.
- Tendencia a la autofinanciación y a la reinversión de beneficios.
- Alto grado de vinculación del patrimonio personal de los socios familiares.

Pero, también se detectan elementos muy negativos:

- Falta de profesionalización de los gestores familiares y de formación.
- Carencia de un órgano de gestión sólido que según un reciente estudio del IESE afecta al 32% de las empresas familiares.
- Falta de capacidad de delegación por el fundador. Tendencia la «paternalismo».

- Dificultades para crear «equipo».
- Primacia del «mérito de sangre» frente al mérito profesional.
- Falta de previsión ante la sucesión y carencias en la formación profesional del sucesor.
- Falta de criterios claros sobre estructura, organización, etc.
- Carencias en inversión tecnológica.
- Incoherencia en actuación ante situaciones similares o idénticas.
- Falta de planificación a medio y largo plazo.
- Traslación del conflicto puramente familiar, a la empresa.
- Falta de documentación de las relaciones intersocios.

Los estudios revelan que entre las principales causas de fracaso de estas empresas se encuentra, en un porcentaje del 60% los conflictos familiares y sólo un 10% la falta de sucesor.

III.- ANÁLISIS DE LOS DOCUMENTOS SOCIETARIOS EN LA EMPRESA FAMILIAR.

Pasamos ya a analizar los distintos documentos que pueden ser necesarios y útiles en una Empresa Familiar, no sin reiterar que, obviamente, vamos a

partir de criterios generales que deberán adoptarse al concreto supuesto de cada Cliente, tomando en consideración las peculiaridades de la concreta Empresa Familiar.

Incluso, como veremos luego, estos documentos y, en especial, el protocolo, deben prepararse de forma que puedan «evolucionar» adaptándose a la propia evolución de la empresa familiar.

1. LOS ESTATUTOS DE LA EMPRESA FAMILIAR.

El tipo societario que mejor se adapta a estas estructuras familiares es, sin duda, el de Sociedad Limitada por la flexibilidad de régimen jurídico con amplio margen a la libertad de pacto estatutario y porque este tipo está, precisamente, pensado para sociedades «cerradas».

De hecho, sólo un 5% de las empresas familiares adoptan la forma de sociedad anónima.

Por ello, es en estas empresas en las que puede ser especialmente peligroso el utilizar «Estatutos-tipo», no adaptados a las peculiaridades y características de la concreta empresa familiar, aunque desgraciadamente, en la práctica, lo habitual es la utilización de Estatutos estándar, causa directa de muchos de los problemas y conflictos societarios.

Simplemente me referiré a los puntos fundamentales a tomar en consideración a efectos de elaborar los Estatutos de una Empresa Familiar:

i) **Determinación de las personas que pueden ser socios.**

La LSRL, mejor dicho el art. 188.3 RRM, en un claro supuesto de norma *ultra-vires*, pues excede de lo que dice la Ley, permite de hecho definir las condiciones o requisitos que deben reunir los socios de una sociedad limitada, siempre que se defina de forma clara en los Estatutos.

Esta fórmula es idónea para cerrar totalmente el acceso de terceros a la Empresa Familiar si se configura como requisito necesario para ser socio el tener la condición de «familiar», concepto que en los Estatutos se puede definir de forma más o menos amplia en atención a las concretas características de la Empresa Familiar (por ejemplo, sólo descendientes en línea recta, sólo consanguíneos, excluyendo familiares políticos, fórmula que se está imponiendo cada vez más en la práctica como consecuencia de la propia evolución social en la que el matrimonio ha dejado de ser «para toda la vida» y, por tanto, se considera como posible factor de riesgo en las Empresas Familiares).

El art. 188 RRM es muy útil también en las Empresas Familiares en las que ya existen distintas ramas familiares (por ejemplo supuestos de Empresa Familiar que fueron fundadores varios hermanos y actualmente se encuentra en segunda o tercera generación con descendencia).

Recientemente hemos elaborado en el Despacho unos Estatutos, inscritos sin problema alguno en el Registro Mercantil de Zaragoza en el que la condición de socio está necesaria e indisolublemente unida a la condición de descendiente consanguíneo y en línea recta y colateral sólo hasta segundo grado, de dos personas nominalmente identificadas, D. XXX y D.

ZZZ, en su condición de socios fundadores, ambos ya fallecidos a fecha de modificación de los Estatutos.

Además, como luego veremos, si esta fórmula se combina con derecho de tanteo y retracto limitado entre cada rama o grupo familiar, -también permitido por el art. 188.2 RRM al referirse a «todos o algunos de los socios»- se permite conservar el porcentaje de participación o poder societarios por rama familiar, con independencia del mayor o menor número de descendientes que integren cada rama, (en función del índice de natalidad de una u otra).

Aunque pueda resultar jocoso, esta es una cuestión que plantea muchos problemas prácticos en las empresas familiares en el momento de relevo a la segunda y tercera generación.

¿Es justo que en una Empresa Familiar en la que hay tres hijos, uno sin descendencia, otro con un hijo y otro con ocho hijos, en la sucesión del Abuelo los nueve nietos reciban igual participación?

O por el contrario, ¿lo razonable es que se hereden tres partes iguales, con independencia del número de nietos que reciban cada parte?

De hecho, una u otra opción afecta de forma radical a la «cuota» de poder económico y político de cada rama familiar puede ser causa directa de graves conflictos futuros, en especial, si la concreta opción no estaba «asumida» y tratada en el protocolo familiar al que luego nos referiremos.

En definitiva depende de la propia «cultura» familiar de cada empresa y de su propia visión de la empresa y sus socios.

De hecho, desde un punto de vista jurídico, la opción de definir estatutariamente quién puede ser socio, (los vinculados familiarmente), se consigue de forma directa.

En efecto, lo que prevé el art. 188.3 RRM es la posibilidad de introducir en los Estatutos supuestos de transmisión forzosa por pérdida de determinados requisitos o cualidades de un socio, pero mediante esta regulación permite introducir como requisito, precisamente, la existencia de vínculos familiares, siempre que consten predefinidos en los Estatutos de forma clara tales «vínculos familiares». Esta es una cuestión que no debe olvidarse pues determina la inscripción o no de la concreta cláusula estatutaria en el Registro Mercantil.

Los límites en estas «definiciones» se encuentran, en primer lugar, en los principios y derechos constitucionales (obviamente, es radicalmente nula una cláusula en la que se permita la transmisión sólo a hijos varones, sólo a descendientes blancos, o sólo a hijos matrimoniales, etc.), pero también en los arts. 5 y ss. CCom, 1255 CC y 30 LSRL.

ii) **Régimen de transmisión de participaciones.**

Conviene recordar que la regla que rige en materia de transmisión de participaciones de Sociedad Limitada es la de nulidad de las cláusulas que hagan «*prácticamente libre la transmisión*»)art. 30 LSRL).

Es decir, justo lo contrario al régimen de las Sociedades Anónimas, en las que son nulas las cláusulas que hagan «*prácticamente intransmisible la acción*» (art. 63 LSA).

El art. 30 LSRL ofrece otras posibilidad de interese para las empresas familiares, como la introducción de cláusulas que prohíban totalmente la transmisión.

En las transmisiones inter-vivos la prohibición puede ser absoluta y sin limite temporal, siempre que, estatutariamente, se permita al socio separarse sin alegar causa, sólo por el hecho de constar esta limitación.

En estos casos, el sistema de valoración de las participaciones es, necesariamente, el del art. 100 LSA (por el Auditor de la Sociedad y, en su defecto, por el designando por el Registrador Mercantil) y es también aplicable el art. 101 LSA que establece que pago debe realizarse en el plazo de dos meses, preceptos ambos que se entienden «*ius congruens*».

El art. 30 LSRL prevé también la posibilidad de establecer cláusulas estatutarias de prohibición total de transmisión de las participaciones durante un plazo de cinco años, sin derecho de separación.

Esta fórmula puede ser útil en la constitución de la sociedad familiar por varios socios familiares, para evitar «fugas» en la fase inicial de consolidación de la empresa. En contrapartida y desde el punto de vista del socio, supone asumir la total inmovilización de su patrimonio y, por tanto, su iliquidez durante el período de prohibición.

El diseño de la cláusula concreta de transmisión depende de la concreta Empresa Familiar, de su estructura más o menos compleja, número de socios y de sucesores, etc.

Sí considero oportuno mencionar que desaconsejo el sistema legal del art. 29 LSRL de autorización en Junta por su complejidad y problemas prácticos que plantea (art. 52 LSRL) por sistemas en los que es el órgano de administración el que impulsa y desarrolla el proceso, (con el apoyo de otros «órganos» de la Empresa Familiar, a los que nos referiremos al hablar del protocolo).

No puede olvidarse tampoco que la experiencia demuestra que una de las fuentes de problemas y conflictos en estas Empresas Familiares se produce por la inmovilización patrimonial que supone para sus de los socios, dado el carácter «cerrado», -e incluso, «hermético»- de estas sociedades, en especial, si hay socios que no trabajan en la Empresa Familiar, (supuesto muy habitual cuando son empresas de segunda y tercera generación, en la que muchos socios descendientes se dedican a otras actividades).

Como luego veremos esta es una cuestión a la que la Empresa Familiar debe prestar especial atención desde un principio. El mecanismo idóneo es el llamado «Fondo de Liquidez», para la compra de acciones o participaciones al que luego nos referiremos.

Para finalizar este punto, simplemente haré una breve mención a las transmisiones especiales.

La LSRL ha introducido una regulación especial de las **transmisiones forzosas** (art. 31 LSRL) con suspensión del remanente para adquisición por otros socios, la propia sociedad o terceros, introduciendo diferencias sustanciales respecto del régimen de embargo de acciones de una S.A., (arts. 63, 64 y 73 LSA).

En las **transmisiones *mortis causa*** el art. 32 LSRL contempla como posible pacto estatutario que se otorgue un derecho de adquisición preferente frente a los herederos o legatarios, con pago al contado y valoración conforme al art. 100 LSRL a favor de otros socios, la propia sociedad o terceros, supuestos muy útiles si los posibles causahabientes de determinados socios son o pueden ser personas ajenas a la familia, (o que no reúnen las «cualidades» prefijadas para ser socio).

iii) **Pactos estatutarios de «desigualdad» entre socios.**

La LSRL permite introducir en Estatutos dos opciones de «desigualdad» entre socios que en determinadas estructuras pueden ser útiles.

a) **Participaciones con prestaciones accesorias.** (Arts. 22 y ss. LSRL y 187 RRM) que se atribuyen y obligan al socio a realizar la prestación de un determinado servicio o trabajo.

Deben ponderarse los riesgos de su introducción, ya que suponen la inmovilización de la participación.

En la practica se utiliza como vía canalizar una de retribución adicional a determinados socios, según presten o no servicio en la sociedad.

b) Participaciones «desiguales» en derechos políticos, económicos o de otro tipo, (utilización de bienes, etc.) «indicando el contenido de los derechos atribuidos». (Arts. 53 LSRL y art. 184 RRM).

De nuevo pueden utilizarse para distinguir a determinados socios, por ejemplo, los fundadores o personas de especial relevancia familiar. (Nada impide, siempre que se regule adecuadamente, que el nacimiento o efectividad de estos derechos se establezca sólo para determinados supuestos –por ejemplo, voto plural para ciertos acuerdos- o para un momento futuro, -por ejemplo, derecho adicional a dividendos para el momento de jubilación del socio fundador-).

iv) Mayorías de adopción de acuerdos.

No voy a detenerme en esta cuestión, remitiendo a lo ya expuesto, salvo para recordar que en las Sociedades Limitadas las mayorías se computan votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital total, no por el capital presente en la Junta como sucede en las sociedades anónimas, lo cual debe valorarse al establecer mayorías reforzadas, pues puede llevar a la imposibilidad de adoptar acuerdos, con la consiguiente paralización de la Junta (art. 104 LSRL).

Sí es fundamental establecer mayorías importantes para modificar aquellos preceptos estatutarios que forman parte de la «cultura» o principios básicos de la concreta Empresa Familiar.

Os recuerdo también la regulación del art. 52 LSRL que ha incorporado el «conflicto de intereses» -y sobre cuya redacción, como sabéis, tengo una visión muy crítica por su falta de precisión-. Este precepto impone la abstención obligatoria, más bien privación total del derecho de voto, al socio que pueda verse afectado por determinados acuerdos, lo cual puede ser muy conflictivo.

- Los supuestos legales son:

- i) Autorización para transmitir participaciones.
- ii) Expulsión del socio.
- iii) Acuerdos que liberen al socio de una obligación o le concedan un derecho.
- iv) Concesión de préstamos o créditos, anticipo de fondos, prestación garantías a favor de un socio o de asistencia financiera. (art. 10.5 LSRL).
- v) Dispensa de la prohibición de competencia al socio administrador, (art. 65 LSRL).
- vi) Establecimiento de una relación de prestación de obras o servicios por un socio a la Sociedad (art. 67 LSRL).

La Doctrina entiende que este precepto es «*ius cogens*», luego no puede limitarse o excluirse su aplicación en Estatutos.

Estas cuestiones, como luego veremos, deben derivarse al protocolo familiar y a otros «órganos» en la Empresa Familiar.

Para finalizar, simplemente mencionar que en las sociedades limitadas, el art. 44 LSRL establece la posibilidad de que la Junta «invada» la esfera de actuación del órgano de administración, pudiendo impartir instrucciones o decidir sobre actos concretos de gestión, según regulación estatutaria.

De nuevo, la introducción de estas previsiones debe valorarse en atención a la estructura y «cultura» de la concreta Empresa Familiar.

v) **Representaciones en Junta.**

Como sabéis, en la Sociedad Limitada rige el sistema de representación por otros socios o familiares sin formalidad alguna (art. 49), exigiéndose en otro caso, poder notarial para administrar todo el patrimonio en territorio nacional.

Por tanto, la representación especial en documento privado, (con la que solemos asistir los Abogados a las Juntas), sólo es posible si se prevé en los Estatutos, cuestión que debe valorarse.

Como luego veremos, los pactos parasocietarios son el cauce idóneo para articular la representación unificada, en especial, en empresas familiares con gran número de accionistas o ramas con gran número de miembros.

Ello no obstante, los estudios sobre empresas familiares consideran positivo favorecer la asistencia, al menos, a la Junta anual de aprobación de Cuentas, del mayor número de socios familiares.

vi) **Regulación específica del usufructo como fórmula pre-sucesoria.**

Esta es una cuestión que es de especial interés en este tipo de empresas.

Con frecuencia, cuando se produce el relevo generacional en la gestión de la Empresa Familiar es conveniente que se acompañe de la transmisión de acciones o participaciones como efectiva manifestación de «cesión del testigo» y, por tanto, del poder al sucesor o sucesores. Mediante una adecuada regulación del usufructo, puede producirse el «relevo», sin que se vea obligado el fundador a perder también su fuente de ingresos (vía dividendos) o poder económico.

En la práctica se utilizan como fórmulas de organización pre-sucesorias, (especialmente a efectos de futuras ampliaciones de capital).

Al regular el usufructo, el art. 36 LSRL establece que la condición de socio pertenece al nudo propietario y los derechos económicos al usufructuario. Ahora bien, puede establecerse otro sistema por pacto estatutario, según el supuesto concreto de los socios de la empresa familiar.

Los «demás derechos», (por ejemplo, el de información, convocatoria de Junta o solicitud de asistencia de Notario, el de separación, etc.) deben regularse en Estatutos, porque si no el art. 36 los asigna al nudo propietario, lo cual no siempre es adecuado en las Empresas Familiares.

vii) **Política de distribución de dividendos.**

Como sabéis el derecho al dividendo es un derecho básico del socio, pero es también un derecho abstracto, sólo exigible cuando se concreta por acuerdo de la Junta General, en la que, en definitiva, la decisión depende del socio o socios mayoritarios.

Con frecuencia en las Empresas Familiares en las que hay familiares directivos, empelados o administradores, que obtienen por esta vía una retribución por su trabajo, distinta a la percepción de beneficios y otros socios que, por el contrario, no trabajan en la empresa y sólo tienen la condición de socios, se plantea el problema de que los primeros tienden a no querer distribuir beneficios, reforzando así los Fondos propios de la empresa y su capacidad de autofinanciación, frente a los segundos que sienten que tienen un patrimonio inmovilizado que no produce rendimiento alguno.

Por ello, es conveniente establecer cláusulas de dividendos mínimos, obviamente siempre que concurran circunstancias económicas en la empresa que lo permitan.

Hay una regla básica en las Empresas Familiares y es que los dividendos que se distribuyan, al menos, deben permitir al socio sufragar los impuestos anuales que se devengan por la mera titularidad de las acciones o particiones de las empresas. (Impuesto Patrimonio).

viii) **Régimen de separación y expulsión de socios.**

a) **Separación de socios** (arts. ¿94 y ss. LSRL?).

Ya nos hemos referido a esta cuestión y la analizamos luego más detenidamente, al referirnos al denominado «Fondo de Liquidez».

La LSRL permite incluir en los Estatutos «*causas distintas*» de separación.

b) **Exclusión o expulsión** (arts. LSRL).

La regulación legal de las causas de expulsión en la vigente LSRL es mínima, pero de nuevo permite incluir otras en Estatutos, conveniencia de establecer en Estatutos «causas» adaptadas al supuesto específico de la concreta Empresa Familiar. (Por ejemplo, supuestos de vulneración de los deberes de no competencia o confidencialidad).

Os recuerdo el «filtro» del art. 99.2 LSRL, norma de «*ius-congens*», que en el caso de socios con porcentaje igual o superior al 25% se exige, además de acuerdo de la Junta, resolución judicial firme.

En ambos supuestos, separación y expulsión, la valoración de participación debe hacerse conforme al art. 100 LSRL y es de aplicación en cuanto al pago lo dispuesto en el art. 101 LSRL, lo cual plantea problemas de aplicación práctica de estas normas, (salvo regulación en el protocolo).

En las empresas familiares por su carácter cerrado con la consiguiente inmovilización patrimonial, es importante, establecer cauces estatutarios y,

por tanto, ordenados y reglados de separación, de nuevo para evitar conflictos.

ix) **Derecho de información y derecho de las minorías.**

La regulación estatutaria de estas cuestiones debe hacerse en atención a las concretas circunstancias de la Empresa Familiar, así como a su «cultura», pero recomendando un sistema de transparencia, pues el sentimiento de desinformación de algunos socios puede ser fuente de conflictos.

Os recuerdo la posibilidad de excluir o limitar en Estatutos (sólo recomendable si se estima verdaderamente necesario, el derecho de examen de todos los antecedentes contables con experto contable previsto en el art. 86 LSRL.

x) **Retribución de administradores.**

Remitimos a lo ya expuesto, señalando que esta es un cuestión que debe ajustarse a la concreta organización de la Empresa Familiar. Por ejemplo, tal regulación no puede ser la misma en una estructura en la que hay un Administrador Único que lleva el peso de toda la gestión efectiva de la empresa, que si el Consejo de Administración es un órgano, «*cuasi decorativo*», no realizando, de hecho, actividad efectiva de gestión para la Empresa Familiar.

En principio, mi consejo es que se retribuya la realización de trabajo efectivo de los familiares que, efectivamente, prestan servicios.

xi) **Cláusulas de no competencia.**

Es una cuestión fundamental en determinadas Empresas Familiares, siempre que se regule de forma razonable y se compense oportunamente.

La fórmula de canalizar su regulación en los Estatutos es estableciendo causas estatutarias de expulsión (art. 94 y ss.).

xii) **Formula de solución de conflictos mediante arbitraje especial.**

A esta cuestión me refiero luego más extensamente, por lo que simplemente apunto ahora por múltiples razones, considero necesario y recomendable que en las Empresas Familiares intentar eludir que los conflictos lleguen a los Tribunales ordinarios.

Para finalizar este apartado referido a los Estatutos, os recuerdo que no debe olvidarse que si se trata de una Sociedad Limitada y esta regulación no se incluye en la constitución, la introducción de estas modificaciones, posteriormente, exigirá unanimidad (art. 71 LSRL), ya que estas modificaciones afectan a los derechos de los socios, limitándolos.

2. **EL PROTOCOLO FAMILIAR.**

Es un documento fundamental en la empresa familiar que debe elaborarse en atención a la filosofía, características, peculiaridades, etc. de la concreta empresa familiar a la que se va a destinar, es decir, en función de su «cultura» familiar y empresarial.

Por ello, aunque como voy a exponer existen unas pautas generales, lo cierto es que, en principio, no puede haber dos protocolos iguales, ni existen modelos que puedan aplicarse con carácter general.

Su función primordial es regular las relaciones entre los miembros de la familia y la empresa, de forma que todos ellos conozcan de forma clara cuestiones tan variadas como requisitos de formación y experiencia mínimos exigibles para poder incorporarse a la empresa familiar como empleado, directivo o administrador, régimen de transmisión de las acciones o participaciones, edad de jubilación, fórmulas de dirimir los posibles conflictos, etc.

Con ello se dota de seguridad y unidad de criterio a las relaciones empresa-familia y se evitan situaciones de arbitrariedad, trato desigual de supuestos similares entre familiares, etc. que tanto afectan a la empresa familiar. (Recordemos que como hemos señalado antes, estos conflictos son la causa de más del 60% de los fracasos de este tipo de empresas).

La primera cuestión que debe mencionarse es que el protocolo puede adoptar o no el carácter y la forma de contrato en sentido jurídico.

Aunque es recomendable dotarle de fuerza vinculante para los miembros de la familia afectados por el mismo, en algunas empresas familiares el protocolo no adopta la forma de contrato, actuando a modo de código de conducta de la familia y la empresa familiar que, generación tras generación, se acata.

En el caso de formalizarse como un contrato, lógicamente atípico, serán de aplicación los arts. 50 y ss. del Código de Comercio y/o los arts. 1254 y ss. del Código Civil y las normas forales, sea con carácter principal, para las cuestiones puramente civiles o bien por remisión de los arts. 2 y 50 del Código de Comercio por lo que atañe a cuestiones mercantiles y, en especial, societarias.

En principio, deben ser firmantes del protocolo no sólo los socios familiares, sino también otros miembros de la familia que, actualmente o en el futuro, puedan verse directa o indirectamente afectados, sea por sus relaciones puramente familiares con determinados socios y/o empleados o por su posible incorporación futura a la empresa, como empleados o socios.

A título de ejemplo, en algunas familias se impone la adhesión al protocolo a los descendientes de los socios cuando alcanzan la mayoría de edad o de los cónyuges de socios.

Esta es una cuestión que, de nuevo, dependen en gran medida de estructura y filosofía de cada familia y de su empresa.

En otros supuestos la vinculación al protocolo de los sucesores de socios, se impone configurando una imponiendo «carga» o «gravamen» sobre las acciones o participaciones de forma que la aceptación expresa del protocolo familiar es requisito necesario para poder consolidar la propiedad de las acciones o participaciones, cuestión que, como hemos visto, puede tener reflejo estatutario al amparo del Art. 188 RRM, al menos, en las sociedades limitadas.

Los puntos fundamentales que deben regularse son:

i) **Cuestiones referentes al régimen de transmisión de participaciones.**

Remitimos a lo ya expuesto al referirnos a los Estatutos, por no ser reiterativos, sobre régimen de transmisión de participaciones entre familiares y/o ramas familiares.

En algunos protocolos se regulan los presupuestos para la posible entrada en el capital social de terceros ajenos a la familia, como por ejemplo, directivos, empelados, instituciones de inversión e, incluso, terceros en general, mediante el acceso al mercado oficial, (sólo en caso de Empresa Familiar sociedad anónima, ya que está totalmente vedado en el caso de sociedades limitadas).

En este contexto tiene especial interés práctico el denominado **«Fondo de Liquidez»**.

Es una reserva voluntaria que, por tanto, puede regularse en los Estatutos, que tiene como finalidad primordial el hacer un fondo de dinero en la propia empresa, cuya finalidad y destino es, precisamente, el atender las solicitudes de compra de acciones o participaciones de los socios familiares.

Es un problema reiterado en las empresas familiares, generador de graves conflictos societarios, que cuando un socio quiere desvincularse, los demás socios que quieren evitar la entrada de

terceros, carezcan de liquidez para comprar tal participación, porque generalmente su patrimonio principal está inmovilizado en la empresa, (son las propias acciones o participaciones).

Y en este contexto debemos recordar que la LSRL, incomprensiblemente a mi juicio, prohíbe totalmente la asistencia financiera a socios para la compra de participaciones (art. 40 LSRL).

Ahora bien, desde otro punto de vista, también es cierto que, como antes señalaba, el socio de una empresa familiar, (en especial, si no trabaja en la empresa y, por tanto, no está involucrado más allá de su condición de socio), puede encontrarse en la situación de que su patrimonio principal se encuentra inmovilizado, no teniendo opción alguna de hacerlo líquido, pues la venta de una participación de una empresa familiar, sobre todo si es minoritaria, además de las trabas estatutarias, tiene difícil venta en el mercado, precisamente por su carácter cerrado. Esta situación no es equilibrada ni desde la perspectiva personal, ni patrimonial del socio afectado.

Otro posible supuesto es la necesidad perentoria de un socio, cualquiera que sea la causa, de hacer líquido parte o todas sus acciones o participaciones de la empresa familiar.

Lo cierto es que la vinculación patrimonial a la empresa familia no debe «imponerse».

En estos casos la experiencia demuestra que se producen situaciones de «presión» y de más que probable conflicto societario, con graves consecuencias no sólo en el ámbito familiar, sino muy especialmente en el empresarial que deben evitarse.

Si año a año la empresa dota un Fondo de efectivo con cargo a beneficios con el que la propia sociedad pueda adquirir las acciones o participaciones para hacer frente a estas situaciones, pueden evitarse muchos conflictos.

Por esta vía, se consigue también en determinadas estructuras mantener el equilibrio de poder entre familiares o ramas, ya que al ser la propia sociedad la que adquiere, se evita que por compras a otros socios, determinado socio pueda acumular excesivo poder.

En el protocolo es aconsejable regular cómo se puede ejercitar este derecho de venta total o parcial de su participación por los socios establecer porcentajes mínimos o máximos, prioridades, plazos de ejercicio de este derecho anualmente, condiciones especiales en que puede ejercitarse, etc.

Conviene recordar que en el caso de sociedad limitada, por imperativo del art. 40 LSRL estas participaciones que adquiere la propia sociedad deben amortizarse inmediatamente con la consiguiente reducción de capital.

En las sociedades anónimas, dentro de los límites establecidos en los arts. 74 y ss. LSA, las acciones así adquiridas pueden mantenerse en autocartera, pero regulando en el protocolo y coordinadamente en los Estatutos, quien puede adquirir estas acciones, cómo se distribuyen entre los socios, etc.

ii) **Órganos específicos de la empresa familiar.**

- **La Asamblea familiar:** Es distinta de la Junta General de socios o accionistas, ya que participan los familiares, sean o no socios como, por ejemplo, descendientes de socios que no han adquirido aun tal condición, ascendientes que han transmitido en vida su participación, etc. El elemento de integración en la Asamblea es, precisamente, que todos son familiares, (según el concepto de familiar que defina el propio protocolo).
- **El Consejo familiar:** Es el máximo órgano de gobierno y está integrado por los miembros más relevantes de la familia sea, (preferentemente), por razones de autoridad moral en la familia y/o por porcentaje de participación.

Su función es fundamentalmente asesora o consultiva sobre muy variadas cuestiones. Entre otras peticiones de familiares y/o socios sobre ayudas económicas de la empresa, por ejemplo, para formación de hijos, sobre discrepancias entre socios y/o familiares, sobre criterios de incorporación, etc.

Estos dos órganos deben tener un importante papel en la elaboración y seguimiento del denominado Plan de Transición de una generación a otra.

- **Comité de liquidez:** Es el órgano que evalúa las peticiones de ventas de participaciones o acciones, en especial, atendiendo a las circunstancias de la empresa y del peticionario. Actúa con criterios económicos, pero también de equidad.

Debe estar integrado no sólo por la familia, sino por personas ajenas que conozcan la situación económica real de la empresa familiar (asesores externos, directores financieros, etc.)

- El **Comité de Selección y formación.** Sus funciones son aplicar los criterios prefijados en el protocolo (formación mínima, idiomas, experiencia previa en otras empresas), para la incorporación a la empresa de familiares y decidir sobre su selección.

Es conveniente y habitual la presencia de miembros ajenos a la familia.

- El **Comité o Tribunal de arbitraje** decide sobre conflictos entre los miembros de la familia y/o socios que afectan o pueden afectar a la empresa.

Se recomienda un arbitraje no rígido que permita la elección de los árbitros en función del tipo de conflicto planteado (jurídico, económico, puramente «familiar»).

Al margen del propio Reglamento de funcionamiento de cada órgano, es básico regular la posible situación de conflicto de intereses de algún miembro, estableciéndose fórmulas de abstención obligatoria, sustitución temporal de miembros, voto de calidad, etc, así como el sistema de nombramiento, renovación etc.

iii) **Otros contenidos del protocolo familiar:**

Como ya he comentado, el contenido concreto de cada protocolo dependerá de la concreta estructura familiar y de la propia cultura empresarial.

Es habitual introducir regulación sobre no competencia, confidencialidad, formación exigible para la incorporación a la empresa, retribuciones de los socios que prestan servicios en la empresa, edad de jubilación, posibilidad de incorporación de cónyuges de los socios y requisitos, etc.

Al margen de estas cuestiones, considero importante incluir en el protocolo familiar, cuando menos, pautas de actuación en el caso de oferta de compra de la empresa por un tercero, cuando es apoyada por la mayoría de socios, pues esta es una situación que en la práctica se demuestra que da lugar a graves conflictos que,

incluso, en algunos casos, han llevado a la desaparición de una empresa que, de haberse transmitido a un tercero, podría haber subsistido.

3. **CONTRATOS PARASOCIETARIOS.**

Estos contratos son un complemento a la regulación estatutaria y vía protocolo familiar.

Son útiles y habituales en las empresas familiares con gran número de socios y, por tanto, con el derecho de voto muy fraccionado.

Es muy recomendable en las empresas con varias ramas familiares para agrupar a los socios de una o varias ramas.

El contenido fundamental de estos contratos es:

- Constitución de sindicatos de voto sean totales o para determinados acuerdos.
- Regulación del acceso al órgano de administración de un representante del grupo accionarial. Sistema de representación proporcional contemplado en el art. 137 LSA, que no existe en las sociedades limitadas, pero nada obsta que se introduzca de esta forma extra-estatutaria.
- Derechos de tanteo y retracto «interno» para los firmantes del pacto.

GAY CANO

Abogados

- Es recomendable establecer una vigencia del pacto razonable y posibles supuestos de separación o rescisión, con «justa causa».

Debe reiterarse que, como contratos *inter-socios*, no son inscribibles en el Registro Mercantil y tiene mera eficacia inter-partes. Por tanto, su incumplimiento no es oponible frente a otros socios no firmantes, ni frente a la propia sociedad.

La opción es establecer cláusulas de penalización suficientemente graves para provocar el efecto de inhibición del incumplimiento.

En Zaragoza, a 18 de julio del año 2002.

Carmen Gay Cano

Abogado

Carmen Gay Cano[©]

Reservados todos los derechos y/o transmisión por cualquier medio o sistema, salvo autorización expresa