

EMPRESA FAMILIAR.

CUESTIONES JURÍDICAS: ESTATUTOS, PROTOCOLOS FAMILIARES Y OTROS PACTOS PARASOCIETARIOS.

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

* Algunos datos sobre la empresa familiar hoy en España:

- i) Son empresas familiares el 80% de la empresas españolas.
- ii) Generan, aproximadamente, el 65% del producto interior bruto (P.I.B.).
- iii) El 80% del empleo privado se crea por empresas familiares.
- iv) Las PYMES, en su gran mayoría, empresas familiares, aportan el 70% de los recursos al Fondo de Formación Continua (FORCEM).
- v) Aproximadamente el 70% de los universitarios españoles acaban trabajando en empresas familiares.
- vi) Sólo el 40% de estas empresas familiares continúa la actividad en la segunda generación con socios familiares y, únicamente, el 15% subsiste en la tercera generación como tal.

* El fenómeno de la empresa familiar: elementos caracterizadores, sus problemas y sus necesidades.

* Estatutos, protocolos y otros contratos para-sociales como medio idóneo para evitar, prevenir y resolver los posibles conflictos.

* Hacia una visión de la empresa familiar como «valor». La importancia de su conservación.

II.- CONCEPTO DE EMPRESA FAMILIAR.

- * Dificultades para ofrecer un concepto general. Una familia, una empresa familiar.
- * Distinción entre el concepto de PYME y de empresa familiar. Empresas familiares multinacionales y transnacionales.
- * Un posible concepto de empresa familiar.
- * El resultado de la unión entre la «empresa», (como institución puramente «económica»), y la «familia», (como institución eminentemente «emocional»).
- * La presencia de grandes «valores» y de grandes «defectos» en la empresa familiar.
- * Asunción del hecho de que la «capacidad» o «aptitud» para ser empresario no se hereda. Disociación «gestión» y «propiedad».

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

- * La necesaria adaptación de estos documentos al supuesto de la concreta empresa familiar. De nuevo, la idea de «traje a medida» (1255 CC).

1. LOS ESTATUTOS DE LA EMPRESA FAMILIAR.

- * Tipo societario: S.A. ó S.L. La idoneidad natural de la S.L. (flexibilidad de régimen jurídico y libertad de pacto estatutario para configurar sociedades «cerradas»).
- * El peligro de los «Estatutos-tipo».
- * Posibles cuestiones a introducir en los Estatutos de sociedades familiares:

i) Determinación de las personas que pueden ser socios.

- El art. 188.3 RRM: Máxima personalización de la condición de socio. Identificación en Estatutos de los requisitos para ser socio por la condición de «familiar», definida de forma más o menos

amplia, en atención a las concretas características de la empresa familiar. Algunos ejemplos prácticos. Fórmula de ventas obligatorias.

- Posible combinación con derechos de tanteo y retracto limitados por rama o grupo familiar (art. 188.2 RRM). Sistema de conservación del porcentaje de participación o poder societario por rama familiar.

- Límites a estos pactos estatutarios: principios y derechos constitucionales y normas legales (arts. 50 y ss. CCom, 1255 CC y 30 LSRL).

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

- La regla general en las sociedades limitadas: nulidad de las cláusulas que hagan «*prácticamente libre la transmisión*» (art. 30 LSRL). Disparidad de régimen respecto de las sociedades anónimas (art. 56 LSA).

- Supuestos legales de prohibición de transmisión de participaciones: Absoluta durante cinco años o ilimitadamente, si se reconoce derecho de libre separación del socio. Aplicación de los arts. 100 y 101 LSRL.

- Los riesgos de inmovilización patrimonial, en especial, en el caso de socios descendientes que no trabajan en la empresa. Mención al «Fondo de Liquidez».

- El régimen especial de las transmisiones forzosas (art. 31 LSRL). La suspensión del remate.

- Transmisiones *mortis causa* (art. 32 LSRL). Derechos de adquisición preferente frente a herederos o legatarios.

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

- Participaciones con prestaciones accesorias. (arts. 22 y ss. LSRL y 187 RRM)

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

iv) **Mayorías de adopción de acuerdos.**

- Sistema de cómputo de mayorías en las sociedades limitadas: votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital total, no por el capital presente en la Junta (art. 53 LSRL).
- Mayorías reforzadas para modificar aquellos preceptos estatutarios que forman parte de la «cultura» o principios básicos de la concreta empresa familiar.
- Breve mención al art. 52 LSRL regulador del «*conflicto de intereses*». Supuestos legales. Consideración como norma de «*ius cogens*».
- El art. 44 LSRL: 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.

v) **Representación en Junta.**

- Sistema de representación por otros socios o familiares sin formalidad alguna o en virtud de poder notarial para administrar todo el patrimonio en territorio nacional (art. 49 LSRL). Modificación en Estatutos.

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

- Instrumento idóneo para facilitar el «relevo» generacional.
- El régimen legal del art. 36 LSRL: Atribución de la condición de socio al nudo propietario y de los derechos económicos al usufructuario.

Los «*demás derechos*», (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.**

- Cláusulas de dividendo mínimo. La regla de cobertura de costes impositivos por la titularidad de las acciones o participaciones de la empresa familiar).

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

- Separación (arts. 95 y ss. LSRL).
- Exclusión o expulsión (arts. 98 y ss. LSRL).
- La introducción en Estatutos de causas adaptadas a la concreta empresa familiar.
- Aplicación de los arts. 100 y 101 LSRL.

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

- La regulación de estos derechos sobre principios de transparencia y de respeto a las minorías.
- El derecho de examen de los antecedentes contables con experto (art. 86 LSRL). Regulación estatutaria.

x) **Retribución de administradores.**

- El principio de retribución por realización de trabajo efectivo, frente a los sistemas de retribución del capital vía pertenencia la órgano de administración.
- El riesgo de conflicto entre familiares vinculados por prestación de servicios y familiares sólo socios.

xi) **Cláusulas de no competencia.**

- Adaptación de la redacción estatutaria a la actividad, sector, características, etc. de la concreta empresa familiar.

- La vía de la expulsión de la sociedad como sanción. Su efectividad real.

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

- Sistemas flexibles de arbitraje técnico en atención al tipo de conflicto. Huida de los tribunales ordinarios en la resolución de problemas familiares.

- Coordinación con el protocolo familiar.

* Inclusión de estos pactos en la escritura fundacional. Exigencia de unanimidad para modificaciones posteriores (Art. 71 LSRL).

2. **EL PROTOCOLO FAMILIAR.**

* Elaboración 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.

* Función: regulación de las relaciones entre los miembros de la familia y la empresa. Seguridad y unidad de criterio en las relaciones empresa-familia.

* Carácter o no contractual. Supuestos prácticos.

* Formalización como contrato atípico. Concurrencia de normas civiles (forales) y mercantiles.

* Los 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.

Los puntos fundamentales que deben regularse son:

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

- Régimen de transmisión de acciones o participaciones entre socios. Remisión al apartado de Estatutos.

- Posible regulación de los presupuestos para la posible entrada en el capital social de terceros ajenos a la familia.

- Especial mención al «**Fondo de Liquidez**»:

- Concepto: reserva voluntaria que, por tanto, puede regularse en los Estatutos, para constituir 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.

- Problemas prácticos desde distintas perspectivas: socio involucrado en la empresa/socio ajeno a la empresa.

- La prohibición total de asistencia financiera a los socios por la sociedad para la compra de participaciones en las sociedades limitadas (art. 40 LSRL).

- Fórmula de mantenimiento del equilibrio de poder entre familiares o ramas, evitándose compras no controladas por un socio.

- Diferencias de régimen de la autocartera en las S.L. (art. 40 LSRL) y en las S.A. (arts. 74 y ss. LSA).

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

- **La Asamblea familiar:** Participación de los familiares, sean o no socios. Concepto de «familiar» definido en el propio protocolo.

- **El Consejo familiar:** Máximo órgano de gobierno integrado por los miembros más relevantes de la familia. Criterio de «relevancia».

Importante papel de estos órganos en la elaboración y seguimiento del denominado «Plan de Transición» de una generación a otra.

- **Comité de liquidez:** Órgano que evalúa las peticiones de ventas de participaciones o acciones. Conveniencia de incorporar a personas ajenas que conozcan la situación económica real de la empresa familiar (asesores externos, directores financieros, etc.).

- **El Comité de selección y formación:** Aplicación de los criterios prefijados en el protocolo para la incorporación a la empresa de familiares y toma de decisiones sobre su selección. Presencia de miembros ajenos a la familia.

- **El Comité o Tribunal de arbitraje:** Órgano de resolución de conflictos entre los miembros de la familia y/o socios que afectan o pueden afectar a la empresa. Fórmulas de arbitraje no rígido que permita la elección de los árbitros en función del tipo de conflicto planteado.

Regulación en el propio protocolo de los mecanismos para solventar la posible situación de conflicto de intereses de algún miembro de estos órganos.

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

- Necesaria adecuación a la concreta «cultura» empresarial y familiar.

- Algunos contenidos: no competencia, confidencialidad, formación exigible para la incorporación a la empresa, retribución de los socios que, además, prestan servicios en la empresa, edad de jubilación, posibilidad de incorporación de cónyuges de los socios y requisitos, política de distribución de dividendos, cuestiones sucesorias y de relevo generacional, etc.

- Un supuesto especial: pautas de actuación en el caso de oferta de compra de la empresa por un tercero, cuando es apoyada por la mayoría de socios. Experiencia práctica.

3. CONTRATOS PARA-SOCIETARIOS.

- Complemento a la regulación estatutaria y vía protocolo familiar.
- Carácter de contratos para-societarios o ajenos a los Estatutos. Mera eficacia *inter-partes*. Su incumplimiento no es oponible frente a otros socios no firmantes, ni frente a la propia sociedad. Cláusulas de penalización.
- La evolución de la normativa mercantil: desde la declaración del nulidad del art. 119 CCom al reconocimiento por la normativa societaria.
- Su utilidad: Empresas familiares con gran número de socios y, por tanto, con el derecho de voto muy fraccionado y en empresas con distintas ramas familiares.
- Contenido fundamental: constitución de sindicatos de voto sean totales o para determinados acuerdos, designación de representante frente a la sociedad, regulación del acceso al órgano de administración de un representante del grupo accionarial, derechos de tanteo y retracto «interno».
- Vigencia del pacto razonable. Regulación de supuestos de separación o rescisión con «justa causa» por algún miembro o de resolución total.

En Zaragoza, a 20 de octubre de 2003.

Carmen Gay Cano
Abogado