

LA EMPRESA FAMILIAR COMO PROBLEMA*

FRANCISCO JOSÉ ALONSO ESPINOSA

Catedrático de Derecho Mercantil. Abogado

SUMARIO: 1. PRELIMINAR. LA EMPRESA FAMILIAR COMO MOVIMIENTO. 2. IDENTIFICACIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR ANTE EL DERECHO. 2.1. *Indiferencia del modelo concreto de empresa desde el prisma empresarial ante la identificación de la empresa familiar.* 2.2. *La empresa familiar, un modelo típico de empresa.* 2.3. *Identificación de los intereses típicos de los titulares de empresa familiar.* 2.4. *Carácter adjetivo de los elementos típicos de caracterización de la empresa familiar.* 3. ALGUNAS REFLEXIONES PRELIMINARES SOBRE EMPRESA FAMILIAR Y DERECHO. 3.1. *¿Qué es lo característico de la empresa familiar desde el prisma jurídico?* 3.2. *Las demandas de regulación jurídica de la empresa familiar (lo que la empresa familiar pide al Derecho).* 3.3. *La teoría jurídica de la empresa como ubicación de la empresa familiar.* 3.4. *Los títulos constitucionales de la empresa familiar.* 4. EMPRESA FAMILIAR Y DERECHO DE SOCIEDADES. 4.1. *Funciones del Derecho de sociedades respecto de la empresa familiar.* 4.2. *La sociedad familiar no es forma social ni tipo social ideal.* 4.3. *La sociedad familiar como tipo real de sociedad.* 4.4. *Relación entre empresa familiar e interés social.* 4.5. *Funciones del Derecho de sociedades ante la ordenación de la empresa familiar.* 4.6. *La elección de la forma social para la empresa familiar. Insuficiencia relativa de las formas sociales reguladas.*

RESUMEN: Ensayo sobre la delimitación de la empresa familiar y su tratamiento jurídico. Se parte del carácter de "movimiento" que subyace bajo este modelo de empresa, se intenta identificar los intereses típicos propios de sus propietarios o partícipes para concluir que los mismos

ABSTRACT: The author tries to offer a test on the different incidental facets before the delimiting of the family enterprise and his treatment from the Law. It splits of the character of movement that sublies under this model of company, there is tried the identification of the typical

* El título de este estudio es tributario del artículo "La sociedad anónima como problema" del profesor Ángel ROJO (Revista de Derecho Mercantil, 1988, págs. 7 ss.). Se enmarca en el proyecto de investigación "Estructuras organizativas especiales para el ejercicio de actividades empresariales y profesionales" financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

carecen de sustantividad jurídica lo que no significa que no sean dignos de atención y satisfacción jurídica. Tales intereses son de orden subjetivo, sin trascendencia al ámbito objetivo de la empresa. Se examinan las funciones a cumplir por el Derecho de Sociedades ante la ordenación de los intereses típicos de los titulares de empresas familiares y la idoneidad de los instrumentos jurídicos que las diferentes formas de sociedad procuran al respecto.

PALABRAS CLAVE: Empresa familiar, Derecho de Sociedades.

Fecha recepción original: 2 de enero de 2012
Fecha aceptación: 15 de febrero de 2012

1. PRELIMINAR. LA EMPRESA FAMILIAR COMO MOVIMIENTO

La observación de la realidad¹ evidencia que la empresa familiar (o *familia-empresaria*, como es denominada por algunos de sus estudiosos²) es un *modelo de empresa* centro de un temario al que se ha prestado notable atención y que mantiene cierta actualidad en los últimos años³. No obstante ello, es oportuno matizar que tal actualidad pueda ser debida no tanto a la sustancia jurídica del fenómeno como a las diferentes actuaciones de las asociaciones promovidas por los titulares de tal modelo empresarial. La realidad muestra que los intereses típicos de los titulares de empresas familiares suelen ser promovidos mediante organización de *lobby's* (o «grupos de presión»)⁴. Desde esta perspectiva, se cabe

1. Primordial herramienta metodológica ante el estudio del Derecho en general y del Derecho mercantil en particular, vid. GARRIGUES, J.: *Curso de Derecho mercantil*, vol. I, 7ª ed., Madrid, 1976, págs. 15 ss.
2. GARRIDO DE PALMA, V. M.: «La familia empresaria ante el Derecho», en AA.VV. (Coord. GARRIDO MELERO, M./ FUGARDO ESTIVILL/ GARRIDO DE PALMA, V.): *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo IV, Madrid, 2005, págs. 63 ss.
3. El temario propio de la empresa familiar, aunque podría ser de origen ancestral si se considera en términos radicales, se suscita sobre todo en los EE.UU. a partir de las dos últimas décadas del siglo XX, según informa FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, Madrid, 2008, págs. 17 ss.; asimismo, DÍEZ SOTO, C. M.: «El protocolo familiar: naturaleza y eficacia jurídica», en *Régimen jurídico de la empresa familiar* (coord.: SÁNCHEZ RUIZ, M.), Navarra, 2010, págs. 167-168.
4. Que se encauzan a través de un sistema organizado capaz de influir eficazmente en los ámbitos sociales y políticos. Así, se observa la constitución de asociaciones e «institutos» de la empresa familiar cuya función no está lejos de la de crear y encauzar una corriente de opinión pública y de influencia política a favor de este modelo de empresa; asimismo, es frecuente que tales asociaciones e institutos financien servicios de estudios, foros y otras fórmulas, mediante las cuales se persigue enraizar sociológicamente la promoción de los intereses propios de esta clase de empresa como parte de un programa diseñado en función de la consecución de tales intereses e incluso para convertirla en potencial acreedora de fondos públicos para la mejor promoción de los mismos (al modo como

own interests of his owners or participants to conclude that the same ones lack of essential before the Law what does not mean that they are not worthy of attention and juridical satisfaction. One affects in the information of which such interests are of subjective order and which they do not seem to come out of the objective aspect of the company. After it, there are examined the functions that the Company law can fulfill in headquarters of arrangement of the typical interests of the holders of family enterprises and of the suitability of the instruments of the Law.

KEYWORDS: Family enterprise. Company Law. Close Corporation family.

afirmar que la eclosión de estudios y otras actividades sobre la empresa familiar tiene un considerable aspecto de *movimiento* entendido como *desarrollo y propagación de una tendencia* a favor, en este caso, de objetivos de orden socio-empresarial y, en especial, tributario, en función de este concreto modelo de empresa⁵.

Los datos de carácter *macroeconómico* sobre la empresa familiar muestran que la misma no precisa mejor carta de presentación sobre su influencia e importancia económica en España y la Unión Europea⁶. Pero quizá haya que admitir que la incuestionable importancia de la empresa familiar en cifras macroeconómicas es un fenómeno normal y corriente y no, por tanto, excepcional o particular. Ello porque lo común es que las empresas sean fundadas por personas que, antes o después, resultan unidas por vínculos de parentesco y lo típico es también que la empresa así fundada, si logra prosperar y subsistir a sus fundadores, sea después heredada y continuada como tal por sus sucesores a la muerte de aquéllos y que esto, como *regla general, sea así sea deseado por los propios causahabientes como algo connatural o propio de la antropología social-familiar propia de nuestra Cultura*. Nótese que esta clase de interés típico de quienes se hallan unidos por vínculos de parentesco está insito en la Constitución de 1978 cuando reconoce el derecho a la herencia como derecho *fundamental* de la persona (art. 33.1 CE) ante el cual los poderes públicos tienen el deber de respetar su contenido esencial (art. 53.1 CE).

La constable –y normal– relevante importancia económica, empresarial y

sucede con los sindicatos, los partidos políticos, las ONG's y otras organizaciones que suelen subsistir gracias a la financiación pública). Tales medios propagandísticos sirven, además, como catalizadores y canalizadores de relaciones entre empresarios y representantes del poder político –o de aspirantes al mismo– en función de los respectivos intereses de cada uno de tales grupos.

5. Cf. la voz «*movimiento*» en Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española; sobre la influencia de tal movimiento en el ámbito *tributario*, vid., entre otros, NAVARRO EGEA, M.: «Tratamiento fiscal de las empresas familiares en la Ley del ISD», en *Régimen*, cit., págs. 227 ss.
6. Según ciertos estudios, la empresa familiar representa el 90% del tejido empresarial español, produce el 65% del PIB y da empleo al 60% de los trabajadores españoles; estos datos, por lo demás, no sólo son representativos de la economía española, sino que también reflejan lo que acontece en otras economías desarrolladas; aunque las cifras varían según las fuentes, vid. VICENT CHULIA, F.: *Introducción al Derecho mercantil*, 21ª ed., Valencia, 2008, págs. 243, 277; también GALLO, M. A.: «La empresa familiar: fortalezas y trampas», en AA.VV. (Dir.: V. GARRIDO DE PALMA), *La empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*, Madrid, 1995, pág. 50; el Instituto de Empresa Familiar informa de que las empresas familiares que forman parte del mismo representan el 26% del PIB español (www.iefamiliar.com/es/); también proporcionaba datos de este carácter el Informe de la Ponencia de Estudio para la Problemática de la Empresa Familiar elevado a la Comisión de Hacienda, BOCG, Senado, VII Legislatura, Serie I: Boletín General, 23 de noviembre de 2001 (*Informe del Senado 2001*, en lo sucesivo); FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, Madrid, 2008, pág. 18, proporciona información útil sobre distintos portales de internet nacionales y extranjeros relativos a organizaciones de empresas familiares en los que se puede encontrar mayor información sobre la dimensión macroeconómica de la empresa familiar.

social de la empresa familiar carece de reflejo *específico y directo* en el Ordenamiento jurídico español y, en general, en los Ordenamientos foráneos. Esto no tiene por qué motivar una ordenación legal específica de la empresa familiar, salvo en los aspectos puntuales que pueden ser de interés típico –y protegible por el Derecho, esto es, *legítimos*– de los titulares de este modelo de empresa. Por ello, y posiblemente como fruto del aludido *movimiento* pro empresa familiar, en España⁷, Francia⁸, Italia⁹ y Alemania¹⁰, al menos, se han producido reformas legislativas para regular ciertos intereses propios de los titulares de este modelo de empresa. En particular, el *movimiento* pro empresa familiar promueve la consecución de amparo legal a dos grandes sectores de esos intereses típicos: a) el interés en la *conservación de la empresa como familiar en el orden sucesorio*, y b) el interés en la aplicación y reforzamiento legal de *técnicas jurídico-societarias relativas a la implementación y reforzamiento de los pactos reguladores de la relación jurídica societaria entre los titulares de la propiedad o del control de la empresa familiar*.

Así se ha manifestado mediante la regulación legal de ciertos aspectos de los *protocolos familiares* –tras el RD 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares (BOE de 16 de marzo)–, así como mediante la clarificación legal de la admisibilidad y aplicación de ciertas técnicas jurídico-societarias en función de la eficiencia de aquéllos tales como las cláusulas penales ante su incumplimiento, las prestaciones accesorias como vehículo canalizador de algunos de sus contenidos, los pactos de determinación del valor razonable de acciones y participaciones sociales ante ciertas vicisitudes traslativas de las mismas, los pactos de arbitraje en el seno de las relaciones entre sociedad, socios y administradores, los pactos de obligación de venta conjunta de cuotas de una misma sociedad o grupo de éstas, y la admisibilidad de la articulación estatutaria de órganos sociales convencionales (como el consejo familiar y otros), técnicas todas introducidas en el RRM como especialmente *aplicables* a la empresa familiar por virtud del citado RD 171/2007. Pero conviene apuntar que el RD 171/2007 regula tales técnicas con carácter *general* y no como especialidades *ad hoc* de la empresa y la sociedad familiar. Otra opción hubiera podido tener difícil encaje con el principio constitucional de igualdad ante la Ley que asiste a los socios de toda sociedad de capital ante el diseño convencional de su organización con independencia de que las tales formas de sociedad organicen o no empresas o sociedades familiares. Pero es obvio –y el propio título del RD 171/2007 así lo confirma– que la regulación de tales aspectos

7. RD 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares; sobre el mismo vid. VICENT CHULIA E: «La publicidad del protocolo familiar (RD 171/2007, de 9 de febrero)», *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 1/2008, págs. 51 ss.
8. Ley nº 2006-278, de 23 de junio de 2006, para facilitar la libertad de pactos en materia de sucesión en función, entre otros aspectos, de la conservación intergeneracional de la empresa familiar.
9. Ley de 14 de febrero de 2006, nº 55, que introduce el art. 230 bis *Codice Civile* en función de regular el equivalente al entre nosotros denominado «protocolo familiar», el *patto di famiglia* ordenador de la empresa familiar.
10. Ley de 23 de octubre de 2008.

tos y protocolos era requerida por el movimiento pro empresa familiar no tanto ante la insuficiencia del régimen legal respecto de la misma, sino quizá más bien ante la necesidad de dotar de seguridad jurídica al contenido y eficacia más o menos usual de tales pactos (como, por ejemplo, ya se puso de manifiesto en materia de arbitraje societario)¹¹ en el ámbito de las formas de sociedad de capital como técnicas de organización de la propiedad y el control de la empresa familiar¹².

2. IDENTIFICACIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR ANTE EL DERECHO

El temario jurídico propio de la empresa familiar parece exigir, como primera tarea, la relativa a la *identificación* de ésta. Ello es presupuesto ineludible para delimitar el fenómeno y su perímetro, los intereses típicos y específicos que subyacen bajo esta realidad, la clase y contenido de las relaciones a regular y los problemas a resolver. Se trata, pues, de identificar y formular la configuración típica de esta clase o modelo de empresa con arreglo a sus manifestaciones empíricas y de catalogar los problemas típicos de la misma a fin de situarla ante el Derecho.

2.1. INDIFERENCIA DEL MODELO CONCRETO DE EMPRESA DESDE EL PRISMA EMPRESARIAL ANTE LA IDENTIFICACIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR

Ante esta tarea, se observa que los ámbitos de aproximación a la empresa familiar entre sus estudiosos y apologistas son diferentes. No es infrecuente encontrar en ciertos estudios la identificación de la empresa familiar con un presupuesto dado o tipo de tal modelo de empresa (como, por ejemplo, un empresario persona física, la sociedad conyugal, una sociedad matrimonial con forma mercantil cuyos únicos son los cónyuges, una microempresa familiar entre cónyuges y descendientes). Entonces, no sin frecuencia, la empresa familiar es estudiada según el modelo de empresa que el estudioso ha presupuestado y procedido a delimitar –o, simplemente, ha elegido–. Tampoco es infrecuente asimilar la empresa familiar con la realidad de perfiles cambiantes en el ámbito normativo designada como «pequeña y mediana empresa (pyme)». Esta asimilación tiene fundamento en la realidad empresarial porque no puede negarse que un porcentaje alto de las pymes son empresas familiares *latu sensu* o, al menos, con proyección de serlo en el sentido de los caracteres típicos propios de las mismas. Pero lo cierto es que la empresa familiar se manifiesta bajo realidades

11. Vid. MUÑOZ PLANAS, J. M./ MUÑOZ PAREDES, J. M.: «La impugnación de acuerdos de la junta general mediante arbitraje», en Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero. Derecho de Sociedades, vol. II, Madrid, 2002, págs. 207 ss.; GALLEGO SÁNCHEZ, E.: «Sobre el arbitraje societario. En particular, el de equidad», *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 32/2009, págs. 43 ss. El arbitraje societario ha sido plenamente admitido y reguladas sus condiciones por la 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.
12. Sobre este temario, vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, cit., págs. 101 ss.

tan polifacéticas y polimórficas desde el punto de vista *empresarial* como aquellas en las que se manifiestan las restantes empresas: desde las empresas bajo titularidad de personas físicas o empresarios individuales –cuya mayoría puede encajar en la categoría genérica de «empresa familiar»¹³– hasta las sociedades cotizadas o bursátiles, pueden ser empresas familiares en atención a los criterios que se apliquen para delimitar el modelo. Pocos modelos de empresa podrían sustraerse a su potencial calificativo como «familiares» en el caso de que en las mismas se dieran las condiciones típicas que las conviertan en tales.

Esto significa que como *empresa*, la empresa familiar no requiere ni exige, en principio, un tratamiento específico desde el punto de vista jurídico. Constituye, pues, una especie de mito en el tratamiento de la empresa familiar el de su pretendida especificidad desde el punto de vista de las realidades *empresariales* de las mismas como, por ejemplo, en los aspectos relativos a su dimensión (microempresa, pyme, gran empresa e, incluso, sociedad cotizada), forma de organización como empresa, fuentes y modelos de financiación y de gestión financiera, configuración y ordenación jurídica de su propiedad, organización y régimen de gobierno, forma jurídica de sociedad apropiada, modelo de relaciones con los trabajadores (salvo en el caso de que sus propietarios sean, al tiempo, trabajadores de la misma), entre otros. En tales aspectos –de orden propiamente *empresarial*– la empresa familiar no ofrece características distintivas propias o *sustantivas*. Al igual que toda empresa, familiar o no, la empresa familiar puede albergar realidades y formas de organización desde los prismas *empresarial*, jurídico y de modelo de gobierno muy distintas en sus diferentes facetas, así como fórmulas, modelos, distinciones y políticas de organización *empresarial* que, en su caso, son atendidas por el Derecho según los intereses en presencia. Pero tales intereses pertenecen típicamente al orden *empresarial* general y no propiamente al supuesto particular o típico de la empresa familiar¹⁴.

2.2. LA EMPRESA FAMILIAR, UN MODELO TÍPICO DE EMPRESA

¿Qué es «empresa familiar»? Se ha avanzado, en una primera aproximación, que la empresa familiar es, pura y simplemente, un *modelo* de empresa. Este modelo de empresa se delimita en atención a factores incidentes exclusiva-

13. Cuya importancia, no obstante, no hay que obviar pues pueden ser con frecuencia el germen inicial de ulteriores empresas familiares y cuya dimensión económica es también muy relevante, *vid.*, nuevamente, VICENT CHULIA, F.: *Introducción*, cit., págs. 68-69, quien informa sobre la existencia en España de tres millones de microempresas bajo la titularidad de empresarios-persona física; también BORREL GARCIA, J.: «Capitulaciones matrimoniales y Empresa familiar», en *La empresa familiar: Encrucijada de intereses personales y empresariales* (REYES LOPEZ, M^a J., coord.), Pamplona, 2004, págs. 21 ss. y DEL VAS GONZÁLEZ, J.: «Regímenes económico-matrimoniales y empresa familiar», en *Régimen*, cit., págs. 119 ss.; SÁNCHEZ-VIZCAÍNO RODRÍGUEZ, J.: *Problemática de la empresa familiar en caso de crisis matrimonial* (trabajo fin de máster), Murcia, 2010, págs. 83 ss.

14. *Vid.* VICENT CHULIA, F.: «Organización jurídica de la sociedad familiar», *Revista de Derecho Patrimonial*, n^o 5/2000, págs. 21 ss.

mente en su ámbito *subjetivo*¹⁵, esto es, el ámbito relativo a la titularidad o control de la misma, algunos de cuyos intereses y relaciones típicas pueden requerir una ordenación convencional típica y pueden también requerir cierta ordenación legal en función no tanto de definir y ordenar un pretendido tipo social ideal ni tampoco de ordenar y, en su caso, dotar de protección legal a derechos, obligaciones y situaciones jurídicas sino, sobre todo, como se ha avanzado, en función de *dotar de seguridad jurídica* a la validez y oponibilidad de la ordenación jurídica convencional de tales derechos, obligaciones, intereses y relaciones que pueden ser típicos de la empresa familiar aunque no privativos ni exclusivos de la misma.

2.3. IDENTIFICACIÓN DE LOS INTERESES TÍPICOS DE LOS TITULARES DE EMPRESA FAMILIAR

Los elementos definitorios de la empresa familiar residen en el orden de la *tipicidad*. No, por tanto, en el de la *sustantividad*, como tampoco en el orden de la morfología societaria¹⁶ en el frecuente caso de que la empresa familiar se halle organizada bajo forma de sociedad. Por tanto, tales intereses no son *esenciales* o *sustantivos*. Responden, propiamente, a la categoría de *intereses* en sentido jurídico¹⁷. Por esta razón, el calificativo de «familiar» distintivo de este modelo de empresa carece de *sustancia* definitoria propia desde el prisma jurídico. La caracterización jurídica de la empresa familiar ha de ser abordada en atención a sus elementos *típicos* o de frecuencia los cuales configuran este particular *modelo* de empresa de forma suficiente, aunque no de forma concluyente ni sustancial, respecto de otros modelos de empresa. Tales intereses son, sobre todo, de orden *circunstancial*; algunos de ellos tienen carácter *programático* en el ámbito *subjetivo* de la empresa, esto es, son relativos al diseño de su propiedad o control entre sus partícipes dirigidos a obtener ciertos resultados precisamente en el ámbito de la titularidad dominical o del control societario de la empresa; otras veces tales intereses son de orden estrictamente *testimonial* y, por ello, de no fácil ordenación jurídica. La confluencia de tales intereses permite formular un perfil de la empresa familiar al tiempo que tienen suficiente entidad para activar la promulgación de una regulación legal *ad hoc* (no *especial* en sentido propio) adecuada a tal modelo de empresa. Los intereses típicos delimitadores de la empresa familiar se caracterizan, asimismo, por ser de orden *adjetivo* en el sentido de que no es este modelo de empresa el titular *exclusivo* de tal clase

15. *Vid.* ASQUINI, «Profili dell'impresa», *Rivista di Diritto Commerciale*, 1948, *passim*; BROSETA, M.: *La empresa, la unificación del Derecho de obligaciones y el Derecho mercantil*, Madrid, 1965, págs. 12 ss.; LLEBOT MAJÓ, J.O.: «Doctrina y teoría de la empresa en el Derecho mercantil (una aproximación a la teoría contractual de la empresa)», *Revista de Derecho Mercantil*, n^o 220/1996, págs. 278 ss.

16. Sobre el temario de la morfología y tipología societarias no parece que se haya avanzado después de la aportación fundamental de FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: *La atipicidad en Derecho de sociedades*, Zaragoza, 1977, págs. 140 ss.

17. Y que así parece ser aceptado por el legislador al ensayar la caracterización de la empresa familiar en el RD 171/2007, de 9 de febrero.

de intereses y, por tanto, de sus correlativas técnicas de ordenación legal, ya que los mismos pueden ser también aplicables a otros modelos de empresa y de organización societaria de su titularidad y control. Por ello, los instrumentos jurídicos ordenadores de tales intereses deben tener carácter *general* en el sentido de que han de quedar a disposición de realidades empresariales y societarias en los se detecten intereses pertenecientes al mismo género que los, en principio, típicos de la empresa y la sociedad familiares. Nótese que el RD 171/2007, de 9 de febrero, se ordena precisamente en tal dirección. Las técnicas de ordenación estatutaria que tal norma regula e incluye en el Reglamento del Registro Mercantil de 1996 no se conciben como exclusivas de la empresa familiar sino que se establecen como técnicas de orden general en el seno de cada forma societaria en la que pueden ser practicados.

Los intereses típicos de los titulares de empresas familiares que, como tales, permiten caracterizar a ésta respecto de las restantes empresas, atendido especialmente lo que las propias organizaciones de empresas familiares y lo que los estudiosos de las mismas afirman respecto de ellas¹⁸, son relativos al ámbito

18. El Instituto de Empresa Familiar (www.iefamiliar.com) centra de forma sintética tales intereses y condiciones configuradores de la empresa familiar: I *Propiedad accionarial*: La mayoría de las acciones con derecho a voto son propiedad de la persona o personas de la familia que fundó o fundaron la compañía; o son propiedad de la persona que tiene o ha adquirido el capital social de la empresa; o son propiedad de sus esposas, padres, hijo(s) o herederos directos del hijo(s). II *Control*: La mayoría de los votos puede ser directa o indirecta. III *Gobierno*: Al menos un representante de la familia o pariente participa en la gestión o gobierno de la compañía. IV *Derecho de voto*: A las compañías cotizadas se les aplica la definición de empresa familiar si la persona que fundó o adquirió la compañía (su capital social), o sus familiares o descendientes poseen el 25% de los derechos de voto a los que da derecho el capital social. Característica típica de las compañías cotizadas es la fragmentación de su propiedad. El mayor accionista (o bloque de accionistas) en muchas ocasiones tiene menos del 50% de los derechos de voto. En dichas compañías un accionista (o bloque de accionistas) puede ejercer influencia decisiva sobre aspectos fundamentales de gobierno corporativo sin tener la mayoría de los votos. El punto cuarto de la definición se refiere a empresas en las que la familia no cuenta con la mayoría de los votos pero que, a través de su participación accionarial, puede ejercer influencia decisiva. Sin embargo, es preciso añadir a estas variables cuantificables un argumento cualitativo, que dota a la empresa de un carácter verdaderamente familiar. Dicha variable reside en tener la *continuidad generacional como objetivo estratégico de la empresa*, basada en el interés común de fundadores y sucesores en mantener el control de la propiedad, el gobierno y la gestión de la empresa en manos de la familia entendida ahora como instituto de proyección transgeneracional. Similares consideraciones ya estaban presentes en el *Informe del Senado 2001* y son lugares comunes entre quienes han acometido la tarea de caracterización de la empresa familiar. Vid., entre muchos, RODRIGUEZ DIAZ, I.: *La empresa familiar en el ámbito del Derecho Mercantil*, Edersa, Madrid, 2000, págs. 23-24, se refiere a un grupo de personas unidas por vínculos familiares y pertenecientes a una o más generaciones, que comparten la propiedad y dirección de la empresa, interrelacionando los fines de la familia con los de la empresa; CERDÁ ALBERÓ, F.: «La empresa familiar: una noción relativa», en AA.VV., *El buen gobierno de las empresas familiares*, Navarra (Aranzadi), 2004, págs. 67 ss.; FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A.: «Protocolo familiar: un instrumento para la autorregulación de la sociedad familiar» *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 19/2002, págs. 89 ss.; VIERA GONZÁLEZ, J.A.: «Empresa y protocolo familiar, ¿un

subjetivo de la empresa. No afectan ni inciden en el aspecto *objetivo* de la empresa, esto es, en la empresa como instrumento y resultado de la permanente actividad de organización por el empresario de factores de muy heterogénea naturaleza en función de producir y distribuir bienes y servicios para el mercado. El aspecto *objetivo* de la empresa familiar carece de cualquier especialidad o tipicidad propia en el ámbito de la empresa familiar. Sus contenidos se enmarcan, pues, en los generales de cualquier clase o modelo de empresa. Los intereses *subjetivos* propios y definitorios de la empresa familiar son los que siguen:

a) En primer lugar, la empresa familiar se caracteriza por darse en ella un vínculo de *interés común* entre sus propietarios o titulares de su control sobre cierta condición *subjetiva* que ha de concurrir tanto *in facto esse* como *in fieri*: los propietarios o titulares del control de la empresa han de estar unidos por vínculos no sólo jurídicos (copropietarios, socios de la sociedad o sociedades titular(es) de la empresa, marido y mujer que forman la sociedad conyugal titular de la empresa) sino también mediante vínculos de parentesco. Es decir, el acceso a la propiedad o al control de la empresa exige tanto en el aspirante como en el sedente un *presupuesto ineludible*: estar vinculado parentalmente –en el grado que, en su caso, se haya podido establecer convencionalmente– con los restantes propietarios de la empresa o de sus instrumentos jurídicos de control dominical.

b) En segundo lugar, existe entre los titulares de la empresa familiar un *interés común típico* en la *conservación de la propiedad de la empresa* o en la de sus instrumentos jurídicos de control *entre quienes mantienen entre sí relaciones de parentesco familiar* en grado más o menos intenso y sin que sea relevante, al menos en principio, que esa relación de propiedad sea directa o en segundo grado¹⁹. Es definitorio de la empresa familiar el interés común o típico de los propietarios o titulares de su control en que la continuidad intergeneracional de su empresa como *empresa familiar* sea entendida por éstos como programa, propósito, «estrategia» e *interés fundamental* y que, además, ello *se plasme así en sus instrumentos de ordenación jurídica*. Por ello, este aspecto *programático* forma parte de la caracterización típica de este modelo de empresa²⁰. Ello no puede

problema de política legislativa?», en *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, vol. III, Madrid (Marcial Pons), 2007, págs. 1683 ss.

19. Esto es, a través del control directo o indirecto de sociedades titulares de la empresa familiar las cuales son, en rigor desde el prisma jurídico, los verdaderos empresarios o titulares jurídicos directos de la empresa o empresas familiares.
20. Este último aspecto-programa suele constituir uno de los objetivos de mayor relevancia para los propietarios o titulares del control de la empresa, especialmente si se trata de los fundadores de la empresa o «primera generación». También lo destacaba así el *Informe del Senado 2001*. El Instituto de Empresa Familiar (www.iefamiliar.com/es/) destaca que una de las características definitorias de la empresa familiar es la de asegurar su *continuidad generacional como parte de la estrategia de la empresa*. Esta estrategia, nótese, no puede ser propia de la empresa o empresarial en sentido estricto sino más bien es un interés de sus propietarios unidos por vínculos de parentesco familiar, interés este cuya continuidad como característica accidental de la empresa –pero que para ellos puede ser un interés relevante y digno de protección– no es propio de la esencia de la

ser de otra forma ya que este segundo sector de intereses típicos de los titulares jurídicos de la propiedad o control de la empresa familiar deriva directamente del anterior. Tras la muerte de los titulares-familia de la propiedad o el control de la empresa, los sucesores de éstos deben mantener con ellos la continuidad de la condición *subjetiva* fundamental que este modelo de empresa exige a los titulares de su *propiedad* o *control*: su vinculación parental en los grados que, en su caso, puedan haber sido establecidos por los causahabientes. O lo que es lo mismo: los causantes de la sucesión hereditaria de la empresa asumen la carga de ejercitar su derecho de disposición hereditaria o *mortis causa* sobre su patrimonio empresarial de forma que: a') la continuidad de la empresa no quede afectada por la muerte de los propietarios o titulares de su control, esto es, las disposiciones hereditarias del causante han de respetar el *principio de conservación de la empresa* objeto de sucesión hereditaria; b') los sucesores y, por tanto, adquirentes de la propiedad o del control sobre la empresa, han de estar unidos por vínculos de parentesco y asumir ellos mismos el principio programático de procurar la transmisión de la empresa a la siguiente generación de familiares como *empresafamiliar*²¹.

c) En tercer lugar, la empresa familiar responde a *circunstancias* relativas al modelo administración y gestión que *se presupone* propio de ella²². Se trata de un *interés que no es típico sino más bien testimonial. Se trata del ejercicio del gobierno de la empresa por parte de representantes de los miembros de la familia o familias titular(es) de su propiedad o control*. Según este postulado, el empresario-propietario familiar o su representante en caso de forma colectiva de propiedad, debe estar inmerso de forma real y efectiva en la actividad propia del órgano de administración; esto es: se tiene por condición para que la empresa obtenga la cualidad de «familiar» la presencia activa de la familia propietaria en su efectiva administración y, por tanto, que ésta no se halle enteramente bajo el control de «hombres de organización» o *managers* ya que, entre otras cosas, la experiencia suele demostrar que los tales *managers*, *de facto*, suelen desplazar al propietario(s) dominical(es) de la actividad propia de la administración en dimensiones que sobrepasan lo admisible²³ si la situación se contempla desde los postulados

misma como organización productiva de bienes o servicios destinados a un mercado impersonal.

21. Vid. sobre este temario, HUERTA TRÓLEZ, A.: «La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio», *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio, 2004, págs. 93 ss.; FUENTES MARTÍNEZ, J.J.: «La conservación y la continuidad de la empresa ante el fenómeno sucesorio (especialmente ante las situaciones de yacencia hereditaria y de pluralidad de herederos). La empresa y la responsabilidad hereditaria *ultra vires*. Algunas propuestas de reforma», en GARRIDO MELERO, M. *et alii*, cit., vol. II, págs. 456 ss.
22. Se trata de un aspecto que tampoco es siquiera típico ya que sólo es un carácter meramente *manifestado* o *deseado* por el *movimiento* a favor de la empresa familiar y por los estudiosos integrados en ese movimiento y de las organizaciones de esta clase de empresas.
23. El fenómeno es más que conocido y ya fue avanzado por Adam SMITH en 1776; sobre él son interesantes las consideraciones de J.K. GALBRAITH, *Historia de la economía*, 3ª ed., Barcelona, 1989, págs. 76, 303-305. En esta línea, el *Informe Aldama 2003* (8 de enero de 2003) recomendaba la potenciación de las facultades de las juntas generales

que derivan del derecho fundamental de propiedad, el cual recae sobre los socios antes que sobre los *managers*. Ello no excluye sino que aconseja que este interés, precisamente por su carácter más testimonial que típico, haya de compatibilizarse con la exigencia de *profesionalización* de la administración de la empresa y que, en consecuencia, se articulen fórmulas que la requieran como presupuesto de nombramiento y permanencia de los directivos-familia-propietarios en los cargos de administración y gobierno de la empresa. La profesionalización no sólo es aconsejable sino que llega a ser indispensable ante el crecimiento y expansión de la empresa así como ante la necesidad de la saneada y transparente coordinación de las relaciones entre los propietarios-familia y la empresa, relaciones que tienen lugar, de forma predominante, a través de los administradores y directivos de la empresa. Nótese, pues, que lo relevante desde el punto de vista típico se desdobra en dos aspectos: a') el *interés entre los titulares de la propiedad o el control de la empresa en la conservación del poder de decisión empresarial último en el seno del grupo familiar*²⁴; b') la exigencia de profesionalización a los propietarios que, a su vez, sean titulares de cargos en el gobierno y administración de la empresa en función de la corrección de las relaciones entre los propietarios-familia ya que la corrección en tal clase de relaciones, aunque no es garantía del eficiente funcionamiento de la empresa familiar, sí es presupuesto para alejar y, en su caso, procurar la resolución de los problemas que, con origen en las relaciones entre los propietarios-familia, pueden afectar a la propia sanidad de la empresa. De este modo, la profesionalidad exigible típicamente a los propietarios-familia implicados en la administración y gobierno de la empresa no solamente ha de atender a los aspectos propiamente empresariales de la administración de la empresa sino que también ha de comprender las aptitudes y destrezas precisas en orden a compaginar adecuadamente las relaciones entre propietarios-familia.

Tales son los intereses típicos o de frecuencia con arreglo a los cuales cabe delimitar el *modelo* de empresa designado como *empresa familiar*. Cabe así concluir que *la empresa familiar es un modelo de empresa caracterizado porque en él se produce la inserción de las relaciones familiares que vinculan a sus propietarios como un elemento más ante la organización, el funcionamiento y el gobierno de la empresa sobre la que recae el derecho de propiedad o los derechos de control de aquéllos sobre la misma*.

d) Conviene una precisión adicional. Los intereses subjetivos típicos de los titulares de la propiedad o de los instrumentos jurídicos de control sobre la empresa familiar son principalmente de orden empresarial y, por tanto, secundarios en el orden de lo familiar. El contenido de los intereses típicos de los titulares de empresas familiares determina que *los intereses empresariales son prevalentes sobre los intereses familiares* de la familia-propietaria ante situaciones de conflicto entre unos y otros. Ello porque el fin típico de una organización

de accionistas en las sociedades cotizadas como fórmula de reequilibrio entre propiedad y administración ante el efectivo control de la empresa.

24. En síntesis, VICENT CHULIA, F: *Introducción*, cit., pág. 194.

de las relaciones entre propietarios-familia en función de la empresa es, precisamente, preservar la permanencia y continuidad de la empresa ante las potenciales amenazas derivadas de la vinculación parental entre tales propietarios, sea por virtud del fenómeno natural de crecimiento-dispersión propio de la familia, sea porque eventuales conflictos entre los propietarios-familia puedan determinar la crisis y hasta extinción de la empresa. Pero este fenómeno no ha de considerarse específico de la empresa familiar ya que es inherente a cualquier clase de relación humana, *per se* sometida a la contingencia y la prueba del conflicto. Por ello procede apuntar que, como regla general, la articulación de *medidas preventivas de conflictos* entre titulares de empresas familiares a través de la educación, puede ser un medio más efectivo que cualquier disciplina jurídica de ordenación de relaciones entre ellos.

Cabe concluir entonces que en la empresa familiar, a pesar del adjetivo «familiar» con el que pretende ser diferenciada de otros modelos de empresa, tiene lugar un *interés de orden empresarial primordial* entre los titulares directos o indirectos de su propiedad o control. No es exagerado afirmar que *es la empresa y no la familia el centro y presupuesto de interés de los propietarios-familia* ante la ordenación de sus relaciones como tales o, al menos, se ha de admitir que se trata de intereses interconectados porque responden a un contenido bicéfalo pero indivisible: a) porque, por una parte, la ordenación jurídica de las relaciones entre los propietarios de la empresa familiar pretende preservar la empresa de probables perturbaciones, vicisitudes y cambios provenientes de las relaciones familiares que vinculan a sus propietarios, cuando éstas sean susceptibles de amenazar a aquélla; b) por otra parte, se pretende que la configuración familiar de la propiedad o el control de la empresa continúe a través de sucesivas generaciones familiares.

Conviene observar que este último contenido del interés que se examina —la continuidad de la propiedad o el control de la empresa a través de sucesivas generaciones familiares— tiene una importante carga de *desideratum* dada la evidente dificultad de cumplimiento. Sobre todo, como muestra la experiencia, a partir de la tercera generación de propietarios-familia (la sociedad familiar entre primos). Es casi obligado, llegado tal nivel, el recurso a operaciones (no necesariamente programadas sino más bien al contrario) de *reconcentración* de la propiedad o del control de la empresa en una o varias de las diversas ramas familiares o bien de fenómenos de creación expansiva de otras empresas clónicas a partir de la empresa origen pero cuya titularidad es atribuida a otros miembros o ramas de la familia origen que, por ello, se desvinculan de toda relación con la empresa-origen para así iniciar un nuevo proceso de expansión de la familia, expansión de la empresa y vuelta a la dispersión de la familia y a nuevas operaciones de reconcentración de la propiedad de la empresa en concretas ramas familiares y, acaso, de creación de nuevas empresas clónicas a favor de ramas familiares.

En cualquier caso, ambos aspectos muestran un interés *empresarial primordial* sobre el *familiar* en función del cual se impone o se subordina la ordenación

de las relaciones familiares respecto de la empresa y se exige la educación de los propietarios-familia no tanto en relación a la empresa sino en función de ellos mismos, de su propia estructura personal y relacional, lo cual, sin duda, tendrá como efecto correlativo la preservación de la empresa de los riesgos que para ella representan los conflictos entre los propietarios-familia²⁵. Ante la ordenación de la empresa familiar, lo sustancial es la empresa y lo accesorio es el *vínculo de parentesco* que hayan de mantener quienes participan en la propiedad, el control y, acaso, en el gobierno de aquélla. Esto es un hecho verificado por la *praxis*. Lo prevalente en las ordenaciones convencionales de la empresa familiar es precisamente la empresa, los intereses relativos a la misma y secundariamente se abordan los de la familia como ordenación refleja. El contenido de la ordenación jurídica al respecto permite afirmar que su objetivo es proteger la empresa ante los riesgos y amenazas para ella cuya causa u origen provenga de las relaciones entre sus propietarios-familia. También es la empresa el objetivo a conservar y no tanto el elemento «familia» que la fundó y que quizá logró mantenerla bajo su titularidad o control durante alguna o algunas generaciones, pero que, por ley natural, tiende a desaparecer por virtud del efecto-disgregación o dispersión propio de la familia²⁶.

2.4. CARÁCTER ADJETIVO DE LOS ELEMENTOS TÍPICOS DE CARACTERIZACIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR

La caracterización de la empresa familiar expuesta determina que los intereses típicos de los titulares de la empresa familiar son de carácter *adjetivo o coyuntural*. Por mucho que algunos apologistas de la empresa familiar se esfuerzen en dotar de preponderancia al calificativo «familiar» sobre el sustantivo «empresa», lo cierto es que uno de los mitos de los ensayos de construcción de una teoría «propia» de la empresa familiar es que suelen partir desde posiciones más propias de un movimiento que desde puntos de partida objetivos y realistas sobre la naturaleza de las relaciones humanas en general y familiares en particular. Los elementos típicos caracterizadores de la empresa familiar carecen de sustantividad por las razones que siguen.

Respecto al primero de los caracteres —el interés común entre sus propietarios o titulares de su control en que los tales hayan de estar unidos por vínculos jurídicos pero, sobre todo, también mediante vínculos previos de parentesco—, cabe observar que lo que toda empresa precisa, como elemento esencial, es un

25. Nótese que este interés empresarial primordial típico de la empresa familiar y condicionante de las relaciones entre sus propietarios puede darse en diferentes grados de intensidad (participación directa en el gobierno y gestión de la empresa), o más atenuado (como de inversión o, en su caso, de simple propósito de asegurar la obtención y disfrute de unos rendimientos económicos más o menos estables derivados de la relación de propiedad sobre la empresa acompañado de posibilidades reales de desinversión de esa propiedad mediante la articulación de medidas reales y efectivas que permitan su enajenación o liquidación a cambio de valores razonables).

26. Cf. GALLO, M.A.: ob.cit., pág. 16, quien admite que «no es obligación continuar siendo empresa familiar a lo largo del tiempo».

titular o titulares jurídicos o dominicales, pero es indiferente que tales titulares hayan de acumular a tal condición cualquier otra clase de relación jurídica entre sí, o de otro carácter, fuera de las de copropietario o socio (como, por ejemplo, la de ser familia o, *in genere*, la de acreditar, como presupuesto, una relación de pertenencia a determinada clase de grupo humano o social).

El segundo de los caracteres –el interés común a los propietarios o titulares de su control en que la continuidad intergeneracional de su empresa como empresa familiar sea entendida como un programa, «estrategia» e *interés fundamental* y así sea plasmado en sus diferentes instrumentos de ordenación jurídica–, es igualmente insustancial. Tal interés podría llegar a tener sustantividad (que no lo es al presente de acuerdo con la regulación legal) si se establecieran normas jurídicas que impusiesen la obligación o, en su caso, se adoptasen medidas político-legislativas *realmente efectivas* en función de la *conservación de la empresa próspera tras la muerte de sus propietarios*. Esto no estaría al margen de nuestra ordenación constitucional ya que, con carácter general, toda empresa próspera puede ser considerada como bien de interés general al ser fuente de empleo y riqueza y, por tanto, de recaer dentro de la función social del derecho de propiedad *ex art. 33.1 CE*. Por esta razón, su permanencia podría ser lícitamente fomentada de forma efectiva mediante medidas de diverso orden. Por tanto, desde esta proyección, debería ser indiferente que la continuidad de la empresa, esto es, su titularidad dominical a la muerte de sus anteriores titulares, pudiere corresponder a otros sujetos no ligados por vínculos de parentesco (como podrían ser, por ejemplo, los trabajadores u otros interesados, una vez satisfechas las compensaciones económicas debidas a los propietarios o, en su caso, herederos de la empresa). Es decir, el presupuesto que convierte en sustancial este interés inherente a los titulares dominicales de la empresa familiar, consiste en que la empresa, como bien de interés general, fuere objeto de políticas efectivas de fomento de su continuidad o conservación cuando la misma se viera amenazada por el hecho cierto de la muerte de sus titulares dominicales unido, acaso, a las dificultades entre los sucesores de éstos para asegurar tal continuidad. Sin embargo, nuestro Derecho se limita a reconocer una libertad de empresa (de contenido esencial casi vacío) pero sin que se instrumenten políticas efectivas en función de la conservación de empresas prósperas ante los avatares vitales de sus titulares dominicales susceptibles de acarrear la extinción de las mismas. Es más, el derecho de propiedad asiste a los propietarios de forma suficiente para disponer sobre la liquidación, desinversión y consiguiente extinción de la empresa; se trata incluso de un contenido protegido por el derecho a la libre circulación de capitales presente en el TFUE, así como en el *art. 133.2 CE*.

El tercero de los caracteres definitorios de la empresa familiar –el empresario-propietario familiar o el representante de la misma, en su caso, ha de estar inmerso real y efectivamente en la actividad del órgano de administración– resulta asimismo insustancial, además de carente de fundamento siquiera en el orden de la tipicidad para pasar al estadio de lo *testimonial*. Lo sustancial es

que toda empresa disponga de un órgano o sistema eficiente de gobierno y administración que realice las funciones y fines inherentes al mismo de forma eficaz y responsable pero, al igual que sucede con el carácter anterior, no es preciso que los miembros de tal órgano hayan de mantener entre sí determinado tipo de relación jurídica o humana ni es sustancial al efecto que uno o varios de tales miembros hayan de estar vinculados parentalmente con los titulares de la propiedad o del control de la empresa. Este tercer elemento que se invoca como típico de la empresa familiar no parece pasar de tener, por ello, se insiste, mero carácter *testimonial*. Con él se pretende subrayar la implicación efectiva de la familia-propietaria en la administración de la empresa, acaso como argumento para la obtención de ventajas a favor de la empresa familiar respecto a otros modelos de empresa. Pero es obvio que este es un deber general de cualquier clase de propietarios o de titulares del control de una empresa. Sobre el propietario o titular del control, y máxime si se trata de un bien sensible y vulnerable como es la empresa, pesa el deber de realizar las actuaciones oportunas en función de su conservación, mantenimiento, revalorización y obtención de los resultados esperables. Y ello no impide que ese deber se cumpla con mayor eficiencia dando paso a un efectivo organicismo de terceros también en la empresa familiar. En este sentido, parecería más coherente por parte de los defensores de este pretendido elemento definitorio de la empresa familiar que se exigiera no solamente la presencia formal o a título de *observador* (o *consejero no ejecutivo dominical*²⁷) de la familia-propietaria en el órgano de administración de la empresa sino que quienes desempeñen tales cargos hayan de acreditar y mantener la referida *profesionalidad* con arreglo a los parámetros exigibles por la concreta empresa de que se trate (objeto social, dimensión, mercados en los que opera, fuentes de financiación, sociedad cotizada, etc.) al modo como exige el Informe Aldama (8 de enero de 2003) y el Código Unificado CNMV de Buen Gobierno Corporativo (19 de mayo de 2006)²⁸. Ello además de acreditar aptitudes humanas y emocionales adecuadas para articular la saneada relación con los propietarios-familia, lo que tampoco se distancia de las aptitudes de un directivo en función de sus relaciones con los socios de la sociedad titular de la empresa administrada.

3. ALGUNAS REFLEXIONES PRELIMINARES SOBRE EMPRESA FAMILIAR Y DERECHO

3.1. ¿QUÉ ES LO CARACTERÍSTICO DE LA EMPRESA FAMILIAR DESDE EL PRISMA JURÍDICO?

Esta cuestión ha de ser abordada en atención a la realidad y *praxis* de las

27. Cf. ESTEBAN VELASCO, G.: «Reorganización de la composición del consejo: clases de consejeros, en particular los consejeros independientes», en *Comentarios a las Recomendaciones del Código Unificado de Buen Gobierno*, Navarra, 2007, págs. 118 ss.
28. Vid. QUIJANO GONZÁLEZ, J.: «Estatuto de los administradores (selección, nombramiento y cese de consejeros. Información y dedicación de los consejeros», en *Comentarios a las Recomendaciones*, cit., págs. 171-172.

empresas familiares. Es decir, en atención, por una parte, a lo que dicen de sí mismas las empresas familiares desde sus organizaciones y, por otra, en atención al contenido de los estatutos sociales de las sociedades que organizan empresas familiares y de los denominados *protocolos familiares*²⁹ otorgados entre los propietarios-familia como instrumento no estatutario y complementario a la organización estatutaria de la sociedad familiar³⁰, en el entendido de que los contenidos del protocolo son altamente variables³¹, lo que puede implicar distintos grados de eficacia de esta clase de contenidos, desde la puramente testimonial a la jurídica, pasando por la educacional y moral.

El contenido de tales elementos –estatutos sociales y protocolos familiares– responde, sobre todo, a *sistemas de organización de ciertos aspectos del gobierno de la empresa y, sobre todo, a la ordenación de las relaciones entre sus propietarios o titulares del control* desde diferentes perspectivas (puede destacar la jurídica, pero también contienen declaraciones programáticas, recomendaciones pro armonía entre quienes lo suscriben y entre quienes les hayan de suceder, etc.). Esto lo confirma la caracterización legal del protocolo según art. 2.º R.D. 171/2007: *A los efectos de este Real Decreto se entiende por protocolo familiar aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afecten a 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.*

A) De esta caracterización legal se desprende, en primer lugar, lo ya afirmado: lo «familiar» en el contenido del protocolo *familiar* es secundario. Lo prioritario de su ámbito regulatorio es la *empresa* en función de la cual el protocolo pretende procurar 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*. Nótese cómo el legislador recurre al término «entidad» para referir el conjunto de relaciones formado por la empresa familiar, la sociedad titular de la misma y los socios de esta sociedad (todos o algunos), con lo cual muestra ser consciente de la confluencia inseparable de tales sectores ante la realidad representada por el hecho de que los socios presentes y futuros de la sociedad titular de la empresa están y deberán estar ligados por vínculos de

29. Cf. FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, cit., págs. 78-82; conviene observar la extensa atención bibliográfica dedicada al estudio del protocolo familiar si se consideran el ámbito bastante limitado de sus funciones y eficacia, al menos a nivel jurídico. Otra cuestión es que se observen protocolos de tan extenso como irrelevante contenido en función de fines que, en principio, sólo parecen poder explicarse en función de los intereses crematísticos de sus redactores.

30. Sobre la distinción y relaciones entre la sociedad y la empresa, temario que excede del propio de estas páginas, siguen siendo de validez las consideraciones de GIRÓN TENA, J.: *Derecho de Sociedades. Parte general. Sociedades colectivas y comanditarias*, tomo I, Madrid, 1976, págs. 67-68.

31. Sobre la estructura usual del protocolo, *vid.*, entre otros, DÍEZ SOTO, C.M.: «El protocolo familiar», cit., págs. 171-174.

parentesco³² y de que de ello pende la continuidad y destino del carácter *familiar* de la empresa pero no de la empresa en sí.

B) Los protocolos familiares contienen elementos de «cultura de la empresa familiar». Son declaraciones de principios (programáticos, educacionales) dirigidos a los miembros de la familia-propietaria de la empresa –y también de los llamados a suceder a éstos– en el orden de sus relaciones con la empresa, con la sociedad que la organiza y con los restantes miembros presentes y futuros de la familia propietaria. Son como «códigos de buena conducta» en el orden de las relaciones entre la familia titular y la sociedad que organiza la empresa y, al tiempo, las relaciones entre sus propietarios (eso que el transcrito art. 2.1 RD 171/2007 denomina «la entidad» ante la dificultad de encontrar un término jurídico capaz de abarcar los tres sectores). Son ordenaciones no jurídicas en su mayor parte pero que se proyectan hacia la empresa y no hacia la familia en sí porque implícitamente tales contenidos parten de la base de que una fuente de riesgo para la empresa está representada, precisamente, por el carácter familiar de la relación entre quienes, al tiempo, son socios y propietarios de aquella. Pero esto tampoco es algo propio de la familia ya que la eventual conflictividad es inherente a cualquier clase de relación humana.

Pero se ha de observar que los contenidos de «cultura familiar» de los protocolos no pasan de ser la proyección de un conjunto de objetivos desde la familia hacia la empresa propiedad de los miembros de ésta. No se trata, en rigor, de promover una cultura *familiar* en sentido propio porque de los citados protocolos se deriva que lo importante de su contenido no son las relaciones familiares en sí mismas sino que lo que interesa, sobre todo, es la *conservación y, acaso, la protección de la empresa* ante las posibles realidades, vicisitudes y situaciones negativas para ésta derivadas de la relación familiar entre sus propietarios o titulares de su control. Tales realidades y probables situaciones negativas pretenden ser prevenidas y tratadas en el seno de la familia y de la sociedad que organiza la empresa mediante la regulación de órganos *convencionales* (consejo de familia) y otras técnicas (como el arbitraje societario) de las que se pretende obtengan el rango de *relaciones obligatorias* y, por tanto, de juridificarlas, esto es, que vayan más allá de las simples relaciones familiares o de parentesco, así como de las puras declaraciones de contenido programático o educacional.

C) Los protocolos suelen contener proyectos, declaraciones y, en su caso, ordenaciones relativas al relevo de sus propietarios y directivos ya sea por efecto de determinada edad o circunstancias personales o bien por sucesión *mortis causa*³³, así como contenidos relativos al orden de la gestión empresarial.

No cabe negar importancia a los contenidos expuestos del protocolo. No

32. Sobre el protocolo familiar *vid.* FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El protocolo familiar*, cit., págs. 39 ss., así como la completa bibliografía que aporta este autor.

33. Que, no sin frecuencia, suscitan la sospecha de que lo que se pretende es «rellenar páginas» quizá por puro afán crematístico de sus redactores.

obstante, aun tras su reconocimiento legal y la seguridad jurídica respecto a su acceso al Registro Mercantil tras el RD 171/2007, siguen sin tener carácter esencial o constitutivo para configurar desde el punto de vista jurídico un modelo de empresa específico o dotado de *sustantividad propia*.

Ello, en primer lugar, porque tales contenidos no ofrecen un nivel suficiente como para precisar una regulación legal *ad hoc*, es decir, la ordenación de una nueva forma social fruto de un *tipo real* de sociedad³⁴; en segundo lugar, porque, generalmente, ciertos contenidos de tales ordenaciones convencionales no llegan a ser, propiamente, ordenaciones de carácter *contractual* al no nacer de ellos *obligaciones en sentido jurídico* o deberes para los destinatarios de realizar prestaciones debidas correlativas a facultades de exigibilidad a favor del colectivo otorgante del protocolo³⁵. Este efecto sólo nace si tales ordenaciones se configuran como *pactos contractuales de carácter social o parasocial* acompañados de técnicas jurídicas para incentivar su cumplimiento (*enforcement*), consecuencias de su incumplimiento y, en su caso, régimen de ejecución³⁶.

3.2. LAS DEMANDAS DE REGULACIÓN JURÍDICA DE LA EMPRESA FAMILIAR (LO QUE LA EMPRESA FAMILIAR PIDE AL DERECHO)

Atendidos los instrumentos de ordenación de la empresa familiar (estatutos sociales, pactos parasociales y protocolos familiares) y los aspectos cuya ordenación jurídica se demanda para ella por sus organizaciones, cabe afirmar que la empresa familiar reclama del Derecho la ordenación de los siguientes sectores:

A) La regulación de estructuras e instrumentos jurídicos adecuados para *organizar la propiedad y/o el control de la empresa* por parte de los propietarios-familia y, asimismo, que tales medidas permitan asegurar la *continuidad intergeneracional* de tal modelo de configuración de la propiedad o el control sobre la empresa.

En este sector se enmarcan intereses muy típicos de la empresa familiar que se manifiestan especialmente ante la adquisición y transmisión *inter vivos* y *mortis causa* de los instrumentos jurídicos representativos de la propiedad de la sociedad titular de la empresa (acciones, participaciones sociales, cuotas sociales, etc.). El *acceso a la propiedad ex novo* de la empresa familiar por parte de nuevos propietarios-familiares (negocios traslativos de cuotas de propiedad

34. Afirmación ya avanzada por GIRÓN TENA, J.: *Derecho de sociedades*, tomo I, cit., págs. 196-198.

35. Cf. GALLO, M.A.: ob. cit., págs. XIII-XIV, quien incluye como característica propia de la empresa familiar la existencia de un vínculo entre familia y empresa de orden cultural y *voluntariamente* compartido –cursiva nuestra–; desde esta perspectiva la empresa familiar requiere un tratamiento más o menos importante desde la sociología y psicología de empresa para la educación, preparación y formación de mentalidades, así como de técnicas de prevención, mediación y resolución de conflictos; *vid.*, asimismo, Díez SOTO, C.M.: «El protocolo familiar», cit., págs. 177-182.

36. Sobre este temario, PAZ-ARES, C.: «Los pactos parasociales. Su eficacia», en AA.VV., *El patrimonio familiar*, cit., vol. IV, págs. 709 ss.; también SÁNCHEZ RUIZ, M.: «Estatutos sociales y pactos parasociales en las sociedades familiares», en *Régimen*, cit., págs. 45 ss.

y/o control), la ordenación de la participación colectiva familiar en la propiedad de la empresa, el ejercicio por los titulares de las facultades derivadas de la participación en la propiedad en relación con el carácter familiar de la empresa, el régimen de las prohibiciones y restricciones que recaigan sobre las acciones, participaciones sociales o cuotas representativas de la propiedad de la empresa, el régimen de conservación del carácter familiar de la propiedad de la empresa ante los procesos de sucesión hereditaria³⁷, y la misma organización y, en su caso, planificación, de la transmisión de la propiedad de la empresa por sucesión hereditaria.

Se trata de un conjunto de intereses típicos de *ámbito multidisciplinar* en el sentido de que implican a diferentes ramas del Derecho. Así, ante este sector de intereses, el Derecho civil de familia y el Derecho tributario presentan, junto al Derecho de sociedades, un protagonismo decisivo. El primero es determinante ante la regulación de las relaciones matrimoniales y de parentesco entre los propietarios de la empresa (régimenes económicos del matrimonio y capitulaciones matrimoniales, consecuencias de la ruptura del vínculo matrimonial, ejercicio de la patria potestad, consecuencias de la adopción, etc.) y del régimen sucesorio (principalmente testamentario) por el que la empresa familiar haya de trascender de forma transgeneracional. Por el segundo, resulta que las diferentes fórmulas de organización, atribución y transmisión de la cuotas representativas de la propiedad sobre la empresa familiar pueden tener diferentes efectos fiscales en el patrimonio del transmitente o del adquirente y ante la transmisión de la propiedad o control de la propiedad de la empresa a favor de familiares tanto por actos *inter vivos* como por sucesión *mortis causa*. Se considera, por ello, como relevante, un régimen fiscal especial que reconozca bonificaciones y exenciones del tributo derivado del hecho imponible³⁸ tanto si se trata de transmisión *inter vivos* como *mortis causa*, así como ante la participación en los beneficios derivados de la explotación de la empresa.

Cabe pues concluir que la articulación jurídica de la empresa familiar corresponde, sobre todo, al Derecho civil (de familia, de obligaciones y de sucesiones), al Derecho de sociedades y al Derecho tributario. Son estos los tres sectores del Derecho llamados a suministrar las técnicas e institutos susceptibles de atender los intereses en presencia en el marco de la empresa familiar³⁹.

37. Aspecto este sectorialmente atendido por el art. 1056 CC según su redacción por Ley 7/2003, *vid.* RUEDA ESTEBAN, L.: «La modificación del párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil», en AA.VV. *El patrimonio empresarial, profesional y familiar. Sus protocolos*, tomo IV, Madrid, 2005, págs. 205 ss.; también Díez SOTO, C. M.: «La sucesión hereditaria en la empresa familiar: problemas y soluciones», en *Régimen*, cit., págs. 141 ss.

38. Este último aspecto constituye una conquista relevante de las empresas familiares porque el Derecho tributario debería atender más al hecho de la conservación de la empresa como unidad productiva ante su transmisión y no tanto al hecho de quienes o qué relación de parentesco mantienen los adquirentes de la propiedad con su transmitente. Sobre la política fiscal subyacente al tratamiento de la sucesión en la empresa familiar en la Ley 29/1987, del Impuesto sobre sucesiones y donaciones, *vid.* NAVARRO EGEA, M.: «Tratamiento fiscal de las empresas familiares», cit., págs. 228 ss.

39. Junto a ellos cabe citar la incidencia del Derecho de sociedades cotizadas, sector este

B) Regulación de estructuras e instrumentos jurídicos en función de la *organización del uso y disfrute de la propiedad* sobre la empresa familiar por parte de su titulares.

Estatutos sociales y protocolos familiares revelan que este es también un sector relevante del interés típico de los propietarios de la empresa familiar. Cabe afirmar que si en lo considerado en el apartado anterior podría prevalecer el interés de los propietarios/familia respecto de la empresa, en este sector es justo al revés. Ahora se trata primordialmente del interés típico en la defensa y protección adecuada de la empresa familiar misma como organización productiva de rendimientos económicos frente a las vicisitudes, amenazas, conflictos y otras realidades humanas negativas que, provenientes de la familia propietaria o de personas o grupos de ellas integradas en la misma, pueden lesionar o afectar a la empresa, perturbar gravemente su organización y funcionamiento o incluso comprometer su misma continuidad⁴⁰ bien como familiar o, también, como empresa misma.

Interesa en este orden procurar sistemas o técnicas jurídicas susceptibles de propiciar un equilibrio de intereses entre las necesidades inherentes a toda empresa –sobre todo desde los prismas de producción, distribución, laboral y financiero– y las facultades de uso y disfrute sobre la misma y sus rendimientos que hayan de corresponder a los propietarios/familia. Se trata de prevenir, evitar o, en su caso, resolver, probables situaciones de abuso por parte de algunos propietarios o grupos de ellos respecto de otros, de conflicto ante participación no equitativa de los rendimientos de la empresa susceptibles de originar situaciones de conflicto intrasocietario entre los propietarios/familia que, por ello, puedan afectar al buen funcionamiento de la empresa e, incluso, se insiste, amenazar la misma subsistencia de ésta, bien como empresa o bien como empresa familiar.

Nótese, por lo demás, que este tipo de consideraciones es, o al menos debería ser, una política propia de toda empresa –sea o no familiar–; es decir, las relaciones entre empresa como organización productiva y distributiva de bienes y servicios y los titulares de la propiedad de la misma deberían estar reguladas y organizadas en función de prevenir, evitar y, en su caso, resolver satisfactoriamente, situaciones de ejercicio abusivo de derechos, de ejercicio de cargos de responsabilidad por personas que adolezcan de suficiente pericia, diligencia o juicio empresarial (aunque sea titulares de parcelas importantes de poder de decisión) que, pronto o a la postre, acaben lesionando la empresa

en el que la familia propietaria ha adquirido cierto protagonismo desde la reforma de la LMV por la Ley 27/2003, al regular las obligaciones e instrumentos de información de las sociedades cotizadas, en los cuales se incluye la obligación de transparencia en materia de relaciones familiares en la propiedad de la sociedad cotizada (cf. arts. 519 ss. y 524 LSC); vid. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L.: «La sociedad familiar cotizada (II): el acceso de las empresas familiares al mercado de capitales», AA.VV., *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo V, Madrid, 2005, págs. 815 ss.

40. Vid., entre muchos, GALLO, M.A.: «La empresa familiar: fortalezas y trampas», cit., págs. 53-57.

como centro del sistema a proteger y promover, así como es propio de todo colectivo organizado en función de la explotación de una empresa el procurar la distribución equitativa de los rendimientos de la misma en proporción a las circunstancias de participación de cada uno. Precisamente en estos aspectos se centra gran parte del denominado «buen gobierno corporativo», la mayor parte de cuyas pautas son trasladables a las empresas familiares⁴¹. En suma, se trata, por una parte, de educar a los miembros de la familia-propietaria sobre el carácter esencial de la empresa como objeto de su propiedad y, por otra, de que los mismos interioricen el carácter sensible de la empresa ante situaciones de conflicto entre sus propietarios, así como de articular sistemas adecuados para solucionar tales situaciones procurando que no afecten negativamente a la empresa.

C) Regulación de estructuras e instrumentos jurídicos en función de la *organización y ejercicio de la administración y gobierno de la empresa*.

Este es otro de los sectores propios del denominado «buen gobierno societario»⁴². El buen gobierno de la empresa familiar puede señalarse como origen de este movimiento desde la cual se ha extendido al ámbito de las sociedades cotizadas ya que la sociedad cotizada es sociedad no cotizada antes de ser tal y, con bastante frecuencia, suele tratarse de una sociedad familiar que, en muchos casos, continúa siéndolo tras la admisión de sus acciones a cotización en los mercados regulados u oficiales de valores⁴³. En este orden –organización y ejercicio de la administración y el gobierno sobre la empresa–, estatutos sociales y protocolos familiares suelen incluir una articulación multiorgánica *convencional* de la sociedad que organiza y ejerce la propiedad de la empresa, cuyas composiciones son distintas en función de las competencias y facultades –legales y convencionales– propias de cada órgano social y convencional y cuyo sentido último reside también en la protección de la empresa ante los riesgos representados por las vicisitudes personales y familiares por las que puedan atravesar los propietarios/familia. En este orden, el papel predominante corresponde al Derecho de sociedades, sin perjuicio de la incidencia complementaria del Derecho común de obligaciones y contratos; este último en función, sobre todo, de articular el nacimiento y eficacia de obligaciones parasociales compatibles con el régimen de la forma social que sirva de soporte jurídico a la titulari-

41. Así, por ejemplo en aspectos esenciales tales como las políticas de reparto de dividendos, el acceso a la financiación por la empresa de actividades o intereses exclusivos de los propietarios, los sistemas de liquidación total o parcial de la participación en la empresa, el acceso del propietario a la condición de trabajador y de directivo de la empresa y su retribución y, en su caso, el cese como tal, el uso de los bienes de la empresa para fines no propios de la misma, la política y régimen de acceso a la información empresarial, entre otros.

42. Basta consultar, al efecto, el Informe de la Comisión especial «Aldama» para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas, formulado a 8 de enero de 2003. Sobre este aspecto vid. QUIJANO GONZÁLEZ, J.: «Órganos de gobierno de la empresa familiar», en *El patrimonio familiar*, cit., tomo VI, págs. 47 ss.

43. Vid. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L.: «La sociedad familiar cotizada (I): el acceso de las empresas familiares al mercado de capitales», AA.VV., *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo V, Madrid, 2005, págs. 651 ss.

dad y organización societaria de las relaciones entre los propietarios de la empresa familiar, así como de suministrar instrumentos extrajudiciales de resolución de conflictos como es el caso del arbitraje en materia societaria, testamentaria, etc.⁴⁴.

3.3. LA TEORÍA JURÍDICA DE LA EMPRESA COMO UBICACIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR

La empresa familiar se inserta en la *teoría jurídica de la empresa*. La ordenación que la empresa familiar reclama al Derecho consiste en instrumentos y fórmulas de organización y conciliación entre empresa y propiedad de la empresa cuando el control de la misma pertenece a personas ligadas por vínculos de parentesco (familia) y es voluntad de las mismas la continuidad intergeneracional de tal modelo de configuración de la propiedad o control de la empresa⁴⁵.

Es conocido el estado legal y doctrinal de la tarea de delimitación de la empresa y, en especial, las diferentes acepciones resultado de las diferentes aproximaciones a la misma desde los prismas económico y jurídico⁴⁶. Pero puede afirmarse que la empresa familiar, como toda empresa, es enmarcable en la acepción que considera la empresa como peculiar clase de bien inmaterial resultado de la actividad de organización por el empresario cuyos elementos extrae de la ciencia económica, la experiencia, etc.⁴⁷, que se objetiva respecto del mismo y que puede caracterizarse como *organización objetiva e integral de todos los activos y pasivos y de todos los establecimientos del sujeto/empresa o patrimonio jurídico invertido y organizado —no sólo económicamente sino también jurídicamente— para la producción*⁴⁸ o como *conjunto interrelacionado de elementos personales, materiales, inmateriales y relaciones, organizado por el empresario en función del ejercicio de su actividad empresarial, que se objetiva y obtiene un valor económico superior al de la suma de los elementos que la integran*⁴⁹. Según la

44. Sobre este temario, PAZ-ARES, C.: «Los pactos parasociales. Su eficacia», en AA.VV., *El patrimonio familiar*, cit., vol. IV, págs. 709 ss.; VERDÚ CAÑETE, M.J.: «Estructura orgánica de la sociedad familia», en *Régimen*, cit., págs. 91-96.

45. Así, por ejemplo, el Instituto de Empresa Familiar (www.iefamiliar.com/es) proclama abiertamente como característica básica y primordial (típica) de las empresas que lo forman la continuidad intergeneracional de la empresa como familiar: *La conservación intergeneracional de la propiedad o control de la empresa en el seno de la familia es uno de los intereses básicos y definitivos de tal modelo de empresas*.

46. FERNÁNDEZ-NOVOA, C.: «Reflexiones preliminares sobre la empresa y sus problemas jurídicos», *Revista de Derecho Mercantil*, 1965, págs. 7 ss.; ASQUINI, «Proffili dell'impresa», cit. passim; BROSETA, M.: *La empresa, la unificación del Derecho de obligaciones y el Derecho mercantil*, cit., págs. 15 ss.; VICENT CHULIÀ, F.: *Introducción*, págs. 187-189, 235-246; LLEBOT MAJÓ, J.O.: «Doctrina y teoría de la empresa en el Derecho mercantil (una aproximación a la teoría contractual de la empresa)», cit., págs. 278 ss.; GONDRA ROMERO, J.M^a.: «La estructura jurídica de la empresa», *Revista de Derecho Mercantil*, 1998, págs. 493 ss. y *Derecho mercantil I*, Madrid, 1992, págs. 30 ss.; ALONSO UREBA, A.: «Empresa», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo II, Madrid, 1995, págs. 2728 ss.

47. FERNÁNDEZ-NOVOA, C.: «Reflexiones preliminares», cit., págs. 21-25.

48. VICENT CHULIÀ, F.: *Introducción*, cit., págs. 188-189.

49. LÁZARO SÁNCHEZ, E.J.: «Empresa y establecimiento mercantil», en ALONSO ESPINOSA,

célebre distinción de ASQUINI, la empresa familiar en sentido *objetivo* carece de especialidad respecto a cualquier otra clase o modelo de empresa. En cambio, en su aspecto *subjetivo* o de titularidad o control, en la empresa familiar concurre un interés típico digno de tutela y promoción por el Derecho. Este interés reside en el hecho de que la propiedad y/o el control del elemento objetivo de la empresa ha de corresponder a una o varias familias y se persigue que ese elemento subjetivo mantenga tal carácter o circunstancia con carácter intergeneracional⁵⁰.

La inserción de la empresa familiar en la teoría jurídica de la empresa implica que, como toda organización empresarial, también la ordenación jurídica de la empresa familiar exija la concurrencia de sectores propios de las diferentes ramas del Derecho como predica el *Informe del Senado 2001*. Esto no es característico ni típico de la empresa familiar. La empresa familiar es una *modalidad de empresa* sólo porque en la organización de su propiedad o control se inserta el factor «familia» que la modaliza, la identifica como modelo de empresa por virtud de los intereses atendibles jurídicamente ya enunciados; esto es: la empresa familiar debe su tipicidad al hecho de que *el factor familia se inserta en el marco de las relaciones propias o inherentes a toda empresa*; se convierte en un elemento en el orden de la *organización* de la empresa. Pero no porque ello sea requerido como elemento constitutivo de la empresa sino por virtud de la voluntad de sus propietarios. Por ello, no se trata de un aspecto o elemento propio de la empresa sino de un *interés común* a los propietarios actuales quienes, típicamente, pretenden extenderlo a los futuros. Obsérvese que situaciones de esta naturaleza también se dan, por ejemplo, en la empresa de una sociedad cooperativa, de una sociedad laboral o de una sociedad cotizada, las cuales quedan modalizadas según los intereses típicos de sus miembros pero que, a diferencia de lo que sucede con la empresa familiar, estos intereses han merecido una regulación jurídica propia (trabajadores-socios, socios cooperativistas, socios inversores en acciones de sociedades cotizadas, etc.).

3.4. LOS TÍTULOS CONSTITUCIONALES DE LA EMPRESA FAMILIAR

El tratamiento de favor hacia la empresa familiar o, más bien, a favor de los sucesores hereditarios de los causantes titulares de la misma que éstos reciben desde el sector del Derecho tributario (art. 20.2 Ley 29/1987, del Impuesto sobre sucesiones y donaciones) se ha obtenido gracias a las organizaciones de empresas familiares. Éstas han convencido al legislador de que el tratamiento

F.J. (dir.), *Curso fundamental de Derecho Mercantil*, vol. I, 2ª ed., Murcia, 2003, págs. 244-245.

50. Aspecto este último que no deja de tener una carga más o menos intensa de *desideratum*. Se comprueba, *de facto*, que a pesar de las medidas jurídicas y no jurídicas adoptadas en función de la conservación transgeneracional del carácter familiar de la empresa, son muy raras las que llegan a conservarse así tras la tercera generación. Ello es connatural a la propia esencia de la familia la cual va perdiendo sus relaciones propiamente familiares conforme crece y se expande. Ante ello, un nexo de unión intergeneracional como la empresa es un factor débil para conservar relaciones familiares.

fiscal incentivador de sus vicisitudes sucesorias tiene fundamento constitucional atendible en la protección de la familia como principio rector de la política social y económica (art. 39.1 CE). Así lo revela el *Informe del Senado 2001*, que recomienda tal trato de favor sobre las bases constitucionales de los arts. 38 (libertad de empresa) y el citado 39.1 CE. Pero el tratamiento fiscal que la citada Ley 29/1987 (tras sus reformas por virtud de Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, y Ley 13/1996, de 30 de diciembre) dispensa a la sucesión hereditaria en la empresa familiar no parece que pueda estar basado en el título constitucional formulado en el art. 39.1 CE sino que, más bien, reside en el *principio de conservación de la empresa como riqueza o bien de interés general* (cf. art. 128.1 CE). Es decir, se trata de un tratamiento fiscal cuyo fundamento se halla más en la *función social de la propiedad* (art. 33.1 CE), propiedad que en este caso viene representada por la teórica función social que debe cumplir la empresa. No, por tanto, en el principio de protección económica y social que incuestionablemente merece la familia ex art. 39.1 CE.

Cabe entonces cuestionar que, si el título constitucional que funda el tratamiento fiscal privilegiado a favor de los sucesores-familia en la empresa familiar, por qué entonces la Ley 29/1987 exige que la adquisición hereditaria haya de materializarse sobre determinados familiares del causante para que sea activado el sistema fiscal favorecedor de la sucesión hereditaria sobre la empresa familiar. En este orden, conviene considerar el *Informe del Senado 2001* como revelador de la importancia de las demandas de las asociaciones de empresas familiares en el ámbito tributario. La mayor parte del contenido del citado Informe se dedica a documentar las distintas funciones que las ramas del Derecho deberían cumplir en función de la promoción de la empresa familiar y de los intereses típicos de sus propietarios. Pero destaca, en especial, el papel asignado por tal Informe al Derecho Tributario. En especial, ante aspectos trascendentales como la transmisión de la empresa, el reparto de dividendos y el tratamiento de las cuotas de propiedad de los socios ante el Impuesto sobre el Patrimonio y ante el Impuesto sobre sucesiones y donaciones. El *Informe del Senado 2001* afirma: «la conclusión que podemos alcanzar es que puedan existir fundamentos acordes con el principio de capacidad económica para introducir ciertas *desigualdades* en el tratamiento [tributario] de estas empresas»; y continúa: «también se ha encontrado base para establecer un *régimen excepcional de carácter fiscal* a favor de las empresas familiares, en los artículos 33 y 39 de la Constitución Española». Es pues incuestionable que uno de los intereses típicos de los titulares de empresas familiares consiste en que la sucesión en la titularidad no sea gravada impositivamente o, al menos, sea beneficiaria de importantes exenciones respecto al régimen general o relativo a titulares de empresas no familiares ante la transmisión de las mismas. Sin embargo, parece oportuno matizar que la CE puede permitir amparar este supuesto de *desigualdad en lo fiscal* (cf. art. 14 CE) a favor de los adquirentes por sucesión o donación de empresas familiares o de los instrumentos jurídicos representativos de su propiedad o control. Pero es discutible que tal amparo constitucional resida en el artículo 39 CE; el único amparo constitucional de tal tratamiento de favor sólo puede residir en

el derecho fundamental a la herencia (art. 33.1 CE) y siempre que los herederos del causante sean el cónyuge o los descendientes del causante ya que debe presumirse, al menos *iuris tantum*, una voluntad de continuidad de éste en aquéllos en cuanto al destino de su patrimonio, sea empresarial o no. Es evidente que ello nos lleva a una conclusión polémica: el impuesto que grave derechos sucesorios o donaciones de padres a hijos o entre cónyuges es un impuesto de discutible legitimidad constitucional con carácter general y no solamente cuando el patrimonio a transmitir sea una empresa o los instrumentos representativos de su propiedad o control; es discutible que el Estado tenga derecho a recabar un impuesto de quienes son meros continuadores en la titularidad del patrimonio del causante cuando éstos son su cónyuge o sus descendientes, sea o no empresarial tal patrimonio. Por ello, lo más lógico es que el régimen del art. 20.2 c) LISD fuera un régimen general y no especial respecto al tratamiento impositivo de la sucesión o donación de empresas a favor de cónyuges o descendientes. Por otra parte, y salvando lo ya expuesto, no cabe obviar que si el Senado invoca como fundamento de su aconsejado trato fiscal discriminatorio a favor de la sucesión en la titularidad de la empresa familiar al art. 39 CE según el cual «los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia», tal tratamiento fiscal favorable haya de ser solamente sectorial para la familia-empresaria. Es decir, esta recomendación del Senado parece contravenir el principio de igualdad ante la Ley ex art. 14 CE si no va acompañada de un marco de medidas legales y políticas efectivas de auténtica *protección social, económica y jurídica de la familia*. De toda familia, pues, y no solamente a favor de la familia-empresaria.

4. EMPRESA FAMILIAR Y DERECHO DE SOCIEDADES

4.1. FUNCIONES DEL DERECHO DE SOCIEDADES RESPECTO DE LA EMPRESA FAMILIAR

¿Cuál puede ser la contribución del Derecho de sociedades a la ordenación de los intereses típicos de los titulares de la empresa familiar? Esta aproximación es necesaria ante una articulación jurídica del modelo familiar de empresa, si bien por sí sola es insuficiente ya que la empresa familiar puede abarcar también empresas individuales y microempresas familiares organizadas bajo estructuras no societarias. Pero esta contribución es uno de los sectores principales del Derecho de sociedades en su vertiente de *técnica jurídica de organización de la empresa*⁵¹. Corresponde al Derecho de sociedades el desempeño de tres grandes grupos de funciones en relación con la empresa familiar:

A) Contribuir a organizar, en su totalidad o en parte, las relaciones entre los propietarios de la empresa o de los instrumentos jurídicos que propician su control, al tiempo vinculados por relaciones de parentesco, en función de la conservación de este carácter de la empresa, dado que este sistema de propiedad

51. Cf. VICENT CHULIÀ, E: *Introducción*, cit., pág. 281.

comporta, por su propia naturaleza interna, un *elevado riesgo de dilución* como consecuencia, por una parte, de los avatares naturales o propios de la familia y, por otra, como consecuencia de las realidades y situaciones humanas inherentes a la familia, unas heroicas y otras viles, ante la resolución de muchas de las cuales el Derecho resulta un instrumento insuficiente y, a veces, contraproducente.

B) Aportar instrumentos y técnicas jurídicas adecuadas al ejercicio de las facultades de uso y disfrute de esa propiedad cualificada por el factor familia. Se trata de compaginar la propiedad familiar de la empresa con los derechos de participación de los propietarios en los rendimientos de la empresa y, acaso, en el uso y disfrute de los elementos propios de la misma, incluida la eventualidad de formalizar relaciones laborales entre los propietarios-familia y la empresa familiar.

C) Aportar técnicas e instrumentos para organizar la administración y el gobierno de la empresa familiar explotada bajo estructura y soporte societario.

Por tanto, la aportación del Derecho de sociedades a la organización jurídica de la empresa familiar se agrupa en dos vertientes: a) la teórica, en la que reside la tarea de definición de los *principios rectores* que hayan de presidir el tratamiento jurídico de la empresa familiar desde la perspectiva societaria; b) el relativo a la *elección y adaptación de la forma social* adecuada a los fines e intereses objeto de organización y conciliación entre empresa y familia propietaria, bien en sede de fundación, bien en sede de ulteriores modificaciones de los estatutos sociales o de la estructura de la sociedad. Mientras el primero de los aspectos es de orden básico o fundamental (la definición de los principios rectores), el segundo es de orden pericial, de maestría en el desarrollo de la tarea constructiva y de organización, aspecto que, como se ha apuntado⁵², es un problema de *ingeniería estatutaria* y de pactos parasociales que, normalmente, se desata con el ingreso en la sociedad familiar de la segunda y ulteriores generaciones de propietarios, así como ante la preparación de la sucesión de los *seniors* condicionada al mantenimiento de lazos familiares entre los sucesores. Se trata aquí de pasar de los sistema del derecho *automático* de sociedades (formularios, estatutos-tipo), al derecho *artesanal* de sociedades basado en el conocimiento de los institutos y en su aplicación y modelación según la pericia, fantasía e imaginación del jurista ante el diagnóstico de los problemas y su tratamiento y solución⁵³.

4.2. LA SOCIEDAD FAMILIAR NO ES FORMA SOCIAL NI TIPO SOCIAL IDEAL

Los aspectos aludidos relativos a la funciones del Derecho societario res-

52. MASSAGUER, J.: «La autonomía privada y la configuración del régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada», *Revista General de Derecho*, 1994, págs. 12961 ss.
53. VICENT, F.: «Organización jurídica de la sociedad familiar», cit., págs. 23 ss.; SÁNCHEZ RUIZ, M.: «Estatutos sociales y pactos parasociales en sociedades familiares», en *Régimen*, cit., págs. 45 ss.

pecto a la empresa familiar revierten sobre la sociedad familiar ciertos problemas más o menos clásicos en el tratamiento y régimen de las formas sociales y sus relaciones entre sí.

Cabe apuntar que tales problemas son consecuencia del carácter cerrado del catálogo de formas de sociedad ofrecidos por nuestro Ordenamiento y, por consiguiente, derivados de la falta de reconocimiento a la autonomía privada de facultades ilimitadas ante el diseño de formas sociales por vía contractual o ante la mixtura de elementos y regímenes de organización reconocidos a las concretas formas de sociedad⁵⁴. Es obvio que la sociedad familiar no es una forma social ni parece que haya de llegar a serlo. Las especificidades de la empresa familiar y de los intereses que la tipifican no justifican el diseño y regulación de una nueva estructura y régimen societario bajo el amparo legal de una nueva forma social, por lo que el tal no es un problema de política legislativa sino, más bien, de técnica jurídica ya que su solución presupone la adecuada aplicación de instrumentos jurídicos de los que ya se dispone.

La sociedad familiar no responde a un *tipo social* en el sentido de *tipo ideal* de sociedad, pero sí puede constituir un *tipo real* de sociedad. La expresión *tipo social* alude a la funcionalidad que una forma social trata de producir o a las necesidades de organización societaria que una forma social permite satisfacer. De los *tipos* suelen nacer las formas sociales que suponen, normalmente, el resultado de la regulación legal de un tipo societario ideal dado previamente en la realidad o bien reclamado por la misma. Pero junto al tipo ideal subyacente bajo una forma social dada pueden darse múltiples funcionalidades o formas *atípicas* de utilizar ésta. Surgen así los tipos *reales* de sociedad ante el uso que los particulares hacen del régimen legal de determinada forma de sociedad. Estas aplicaciones reales de una forma social fuera de su tipo ideal no suponen ilicitud sino casos de empleo atípico de una forma social⁵⁵. El tipo *ideal* relativo a una forma de sociedad nace por virtud de la confluencia de situaciones de interés entre las que destacan aspectos como, por ejemplo, la dimensión de las empresas explotadas en sociedad, su objeto social y función empresarial, el número de socios y el grado de personalización e intensidad de las relaciones entre ellos, entre otros aspectos. De este modo, cada forma social suele responder, con mayor o menor precisión desde el punto de vista técnico-legislativo, a un concreto tipo social: el del tipo *ideal* que subyace y es presupuesto de su regulación legal y que puede servir para interpretar y aplicar sus normas⁵⁶. Pero suele suceder que las formas sociales –una vez reguladas y con distinta intensi-

54. GIRÓN, J.: *Derecho de sociedades*, tomo I, Madrid, 1976, págs. 90-91.

55. ALONSO ESPINOSA, F.J./SÁNCHEZ RUIZ, M.: «Teoría general de sociedades», en ALONSO ESPINOSA, F.J. (Dir.): *Curso fundamental de Derecho mercantil*, vol. II (Derecho de Sociedades), Murcia, 2004, pág. 42.

56. Se trata del denominado método tipológico en la aplicación del Derecho de Sociedades que seguramente puede estar aludido en los *principios configuradores* que se mencionan en sede de sociedades de capital como límite a la autonomía de los socios fundadores y órganos sociales en materia de regulación estatutaria y competencias de los órganos sociales (art. 29 LSC).

dad según se trate de regímenes rígidos o flexibles⁵⁷— pueden tender hacia la atipicidad, esto es, a rebasar los moldes teóricos del *tipo ideal* para servir a la organización de realidades, relaciones societarias, situaciones de interés o empresas que no coinciden con las consideradas o valoradas por el legislador al crear la forma social en función del tipo ideal⁵⁸.

4.3. LA SOCIEDAD FAMILIAR COMO TIPO REAL DE SOCIEDAD

Cabe entonces plantear la cuestión sobre si la sociedad familiar responde a un tipo real de sociedad. La sociedad familiar es una realidad muy polifacética desde el punto de vista real ya que no puede calificarse como tipo de sociedad abierta ni cerrada *a priori* sino que responde a un modelo de empresa que no es unitario o monolítico sino que, al contrario, es polimórfico y polifuncional precisamente porque su elemento cualificante o interés típico, la relación familiar entre los propietarios-socios, es un elemento accidental y no esencial ante la organización de la empresa; esto es, es la sociedad familiar la que debe adaptarse, para ordenarlas adecuadamente, a las vicisitudes de la empresa y de las relaciones familiares, lo que confirma el carácter accidental del elemento familiar. Por ello, la sociedad familiar puede considerarse como tipo real de sociedad si se consideran los siguientes factores:

a) Los socios fundadores de la sociedad familiar están unidos por vínculos de parentesco (cónyuges y descendientes) y los socios sucesivos suelen representar el relevo generacional o sucesión de los fundadores por consaguinidad o adopción y, acaso, el de las sucesivas generaciones de socios.

b) La sociedad familiar se manifiesta en esencia como un interés colectivo típico compartido entre los titulares de la misma que consiste en la *conservación de la empresa y de su propiedad o control por parte de personas ligadas por vínculos de parentesco familiar*, esto es, según un modelo cualificado de relación entre los propietarios que exige que éstos sean socios vinculados por relaciones de parentesco. Se trata tanto de conservar la empresa como de conservar el carácter familiar de los titulares de su propiedad o control, aunque lo primero sea presupuesto de lo segundo. En ello se observa un fenómeno peculiar: hay un interés típico pero cargado de *desiderátum* pero cuya legitimidad es incuestionable y, por ello, digno de tutela jurídica. Se trata de conservar la identidad familiar de la empresa, esto es, de preservarla del riesgo de pérdida de su identidad familiar en la base subjetiva de la sociedad titular. Estos riesgos suelen ser realidades que *exceden lo propiamente societario* entendido ello como obligación de las partes de colaborar en la promoción de fines comunes: a') los derivados del condicionamiento recíproco entre relaciones de parentesco y relaciones societarias, aspecto susceptible de condicionar el gobierno de la empresa y la profesio-

57. Según el grado de participación que reconozcan a la autonomía de la voluntad de los socios ante el diseño y régimen de sus relaciones societarias.

58. Vid. sobre ello FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: *Derecho de Sociedades*, vol. I, Valencia, 2010, págs. 33 ss.; ESTEBAN VELASCO, G.: «Sociedad anónima», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo IV, Madrid, 1995, págs. 6270 ss.

nalidad en el funcionamiento de sus órganos (situaciones de paralización, asfíxia, dificultades de funcionamiento de la empresa por divergencias entre los propietarios nacidas de sus relaciones familiares); b') los derivados del proceso evolutivo natural de la familia, que determina la progresiva dilución de la base subjetiva de socios de acuerdo con la sucesión generacional, la aparición de grupos de socios-familia incómodos, insatisfechos o con sentimiento, más o menos fundado, de postergación en la participación en los rendimientos y ventajas derivadas de la propiedad de la empresa, si es que no abiertamente en conflicto o con deseos legítimos de desinversión de su participación; c') los derivados de la incidencia de la imposición fiscal ante actos traslativos de acciones o participaciones sociales por sucesión hereditaria o por simple donación a favor de descendientes respecto de las posiciones de socio en la empresa familiar. En definitiva, en la sociedad familiar tiene lugar el siguiente fenómeno: a los fines y problemas propios del Derecho de sociedades ante la organización de la empresa y de las relaciones entre sus socios-propietarios, se acumulan los problemas naturales y particulares del componente familia y de su teórica influencia en la organización societaria de la empresa al insertarse aquélla en el seno de ésta.

Tales aspectos no constituyen elementos suficientes para alumbrar un tipo *ideal* de sociedad que, a su vez, justificase la regulación de una nueva forma social *ad hoc* cuyo objeto sería el de organizar la empresa y la sociedad familiares⁵⁹. Tampoco sería atendible la articulación de normas jurídicas especiales al modo como, por ejemplo, pueden ser la sociedad laboral, la de inversión mobiliaria, la bancaria, etc. La *praxis* confirma en efecto la existencia de sociedades familiares que organizan desde empresas cotizadas hasta empresas medianas, pequeñas y microempresas, pasando por grandes grupos multinacionales de inversión⁶⁰.

4.4. RELACIÓN ENTRE EMPRESA FAMILIAR E INTERÉS SOCIAL

La conexión entre el elemento familia con el régimen de la forma social que organiza la empresa familiar es el *interés social* entendido, como reza la LSC tras su reforma por la Ley 26/2003 como «interés de la sociedad» (art. 226 RDL 1/2010), esto es, como *interés común de los socios*⁶¹. Si bien conviene observar que esto solo es factible en sociedades familiares cuya base subjetiva sea *totalmente* familiar y por tanto no en aquellas sociedades donde el componente familiar sólo sea parcial o sectorial aunque el mismo detente el control de la

59. GIRÓN TENA, J.: *Derecho de Sociedades*, cit., págs. 196-198.

60. En este sentido, conviene apuntar que la CE ha acometido la regulación específica de las sociedades no bursátiles desde una perspectiva eminentemente contractual en el sentido de forma social adaptable a necesidades de organización de diversa índole: la *societas privata europea*, Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de Sociedad Privada Europea 2008/130 CNS, de 25 de junio de 2008.

61. No, por tanto, como los motivos, intereses o aspiraciones particulares de cada socio; ver SÁNCHEZ RUIZ, M.: *Conflictos entre socios en sociedades de capital*, Navarra, 2000, págs. 23 ss.

sociedad; en esta última clase de sociedad familiar sólo tendrán relevancia los pactos particulares parasociales entre los miembros de la familia en función de la conservación del control en el grupo que forman. Es decir, en la sociedad íntegramente familiar, el interés común perseguido por los socios al vincularse societariamente puede ser *compuesto* en el sentido de que los socios persigan no solamente la obtención de un lucro empresarial como fin común, sino que se obliguen a que ese fin común haya de ser promovido mediante la colaboración como socios entre personas ligadas no solamente por vínculos de orden societario sino también y, al tiempo y como presupuesto de la condición de socio, por vínculos de parentesco.

De esta forma, el componente familiar se podría introducir por la vía de la definición y implementación estatutaria del contenido del *interés social*; se daría así un elemento jurídico de conexión entre sociedad y familia susceptible de servir de elemento hermenéutico de primer orden ante la aplicación de las normas legales y convencionales relativas a la concreta sociedad y, especialmente, ante la resolución de conflictos intrasocietarios entre los socios-familia y de otras situaciones en las que estén implicados los intereses de la empresa como realidad objetiva y los intereses de sus propietarios-familia respecto de aquélla. Ello permitiría incluso fundar la impugnación de los acuerdos de la junta general y, en su caso, de su consejo de administración, que fueren contrarios al interés social así definido o completado contractualmente, vía estatutos sociales y pactos parasociales que vinculen a todos los socios, en cada sociedad así organizada y con mayor razón si los mismos han accedido al Registro Mercantil tras el RD 171/2007, que ha abierto esta posibilidad al reformar los artículos 114.2, 124.2.d, 175.2, 185.3.d y 187.1 y 188.5 RRM. Por otra parte, se ha de considerar en función de la satisfacción de tal interés, el régimen y condiciones de licitud de determinadas cláusulas estatutarias dirigidas a garantizar la continuidad del componente familiar en la composición subjetiva de la sociedad (como cláusulas de penalización, cláusulas restrictivas y prohibitivas de la libre transmisibilidad, causas de separación y exclusión de socios, etc.).

4.5. FUNCIONES DEL DERECHO DE SOCIEDADES ANTE LA ORDENACIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR

A) Preliminar

Las funciones más específicas del Derecho de sociedades ante la organización jurídica de la empresa familiar podrían catalogarse en las siguientes: a) aportar medidas o técnicas susceptibles de asegurar el buen gobierno de la sociedad y de la empresa familiar en interés común de todos los partícipes (interés de la sociedad *ex art.* 226 LSC); b) aportar medidas y técnicas susceptibles de asegurar la correcta organización y gestión del patrimonio empresarial de la empresa familiar; c) aportar medidas y técnicas susceptibles de dotar de estabilidad al carácter familiar de la propiedad sobre la empresa o base subjetiva societaria o técnicas antidispersión de la propiedad de la empresa fuera del círculo familiar; d) aportar medios y técnicas susceptibles de dignificar las posi-

ciones jurídicas de todos los socios en el seno de la sociedad familiar, especialmente de los minoritarios y de los que no ocupan posiciones que supongan la obtención de recursos dinerarios de otras fuentes distintas a su pura y simple participación en la propiedad de empresa (porque no son administradores ni trabajadores ni proveedores de la sociedad familiar); e) aportar técnicas de defensa y protección del carácter familiar de la sociedad y la empresa y, en particular, susceptibles de contribuir de forma eficaz a la resolución de conflictos dada la permanente interacción entre familia y empresa en el seno de la sociedad familiar.

El Derecho de sociedades actúa en la empresa familiar en su triple función de sistema de organización de empresas, de organización de patrimonios y de organización de relaciones entre socios en función de la promoción de fines comunes lícitos⁶². Ello no supone innovación en el contexto de la empresas familiares sino una simple proyección específica del Derecho societario respecto de un modelo típico de empresa y realidades susceptible de organización por esa vía como sistema de ordenación de relaciones de colaboración para la promoción de fines comunes lícitos en el que se remarca especialmente el temario relativo a las relaciones entre los *colaboradores-socios* al tiempo parientes.

B) Aseguramiento del buen gobierno de la sociedad y la empresa familiar.

Asegurar su buen gobierno es de importancia obvia en toda organización empresarial y societaria. En este aspecto, el Derecho societario puede aportar a la empresa familiar medios y técnicas para permitir la conservación del poder de decisión y de administración de la empresa en el seno de la familia propietaria, dentro del marco legal de la forma social elegida para su organización. El Derecho societario proporciona la posibilidad de pactos estatutarios lícitos susceptibles de ampliar las competencias de la junta general (esto es, de la colectividad de socios-propietarios-parientes) y de adaptar, bajo diversas técnicas, su funcionamiento a las peculiaridades propias de la propiedad o el control *familiar* de la empresa societaria. Entre ellos pueden citarse, entre otros, el recurso al tratamiento estatutario del principio mayoritario para la adopción de acuerdos válidos por la junta general de socios (arts. 198-201 LSC), las limitaciones lícitas al ejercicio del derecho de voto (límite máximo *ex art.* 188.3 LSC, recurso a las acciones y participaciones sociales sin voto, arts. 98-103 LSC), del derecho de asistencia a la junta mediante representación, o el de la exigencia de que ciertas actuaciones jurídicas o empresariales del órgano de administración deban obtener la previa autorización de la junta general de socios (art. 161 LSC). Del mismo modo cabe articular órganos sociales de carácter y regulación *convencional*, reconocidos a nivel registral por el RD 171/2007 (arts. 114.2.c, 124.2.d, 185.3.d RRM).

Lo propio sucede en el ámbito de la regulación estatutaria del órgano de administración. En este sector sucede no sin frecuencia que la confusión entre administradores, propietarios y familia puede ser una de las principales fuentes

62. Vid. PAILLUSEAU, citado por VICENT CHULIA, F: *Introducción*, cit., pág. 281.

de conflicto en las relaciones familia-sociedad-empresa. Los aspectos a considerar en este sector son múltiples. Desde el relativo al ámbito de la regulación de las aptitudes que haya de acreditar el aspirante a participar o a ejercer el gobierno de la empresa hasta el de la regulación de las competencias y facultades de los titulares del órgano de gobierno, pasando por aspectos no exentos de importancia como el de la retribución de los mismos, la profesionalidad exigida y las garantías a prestar, los deberes contractuales de rendición de cuentas y de información periódica ante los órganos legales o convencionales en los que se integran los propietarios-familia, los conflictos de intereses entre empresa y familia susceptibles de afectar al ejercicio del cargo, la ordenación del uso y disfrute de bienes sociales por parte de los administradores, el régimen de su estabilidad y separación, deber de abstención de competencia, la decisión sobre la financiación por la sociedad familiar de actividades particulares de los socios, entre otros aspectos.

En este sector se olvida, no sin frecuencia, que el hecho de ser partícipe en la propiedad de la empresa no significa necesariamente la correlativa posesión de los conocimientos, aptitudes y destrezas precisas para el adecuado ejercicio del gobierno de la empresa atendidas las características de ésta. Por ello, pueden operar en este orden las cláusulas estatutarias por las que se exija al administrador acreditar y mantener ciertas condiciones personales, de formación y experiencia como precisas para desempeñar el cargo, la regulación de técnicas estatutarias de implementación del deber de fidelidad en su ejercicio, de modelos de conducta (exigencia de garantías para el ejercicio del cargo, prohibiciones de competencia, deberes de información más allá de las impuestas legalmente), pautas concretas a cumplir en el ejercicio del cargo y obligación de consulta y/o de obtención de autorización de otros órganos legales o convencionales para el ejercicio de ciertas actuaciones o decisiones; cabe asegurar mediante pactos estatutarios o reglamentos de orden interno el reparto de competencias y funciones entre los miembros del órgano de administración, reservar vocalías para administradores externos o independientes, crear unidades de determinación y control de la retribución, de control y de auditoría interna o relativa al interior del órgano de administración, de control de la obtención de ventajas indirectas por parte de estos, entre otros aspectos. Asimismo, cabe instrumentar técnicas susceptibles de asegurar la estabilidad en el ejercicio del cargo de administrador como uno de los intereses propios de los propietarios (aunque ello resulte difícil en la Sociedad anónima debido al art. 223.1 LSC así como también lo sea en la Sociedad comanditaria por acciones, cf. art. 252.2 LSC; ello resulta más viable en la Sociedad de responsabilidad limitada ante el carácter indefinido de la duración del cargo de administrador y dada la posibilidad en esta forma social de reforzamiento estatutario de las mayorías necesarias para acordar la separación del administrador, cf. art. 223.3 LSC).

El aseguramiento del buen gobierno de la empresa familiar ha de realizarse a través de la sociedad que la organiza. Ello requiere una adecuada ordenación estatutaria de la estructura orgánica de la sociedad (junta general de socios,

órgano de administración y, en su caso, ordenación de órganos convencionales como el comité consultivo, el consejo familiar o el consejo auditor), así como del contenido de los derechos de participación social de los socios, derechos que suelen venir imperativamente regulados por la Ley de forma predominante. En este temario destacan algunos aspectos de interés:

a) Ninguna forma de sociedad de capital admite el pacto de eliminación de la estructura orgánica legalmente establecida (junta general de socios y órgano de administración); sólo se admite la adición estatutaria del comité consultivo o familiar u otros órganos de carácter convencional (arts. 124.2.d y 185.3.d RRM) los cuales no pueden participar ni ejercitar las facultades y competencias propias de los órganos necesarios.

b) La sociedad de responsabilidad limitada es la forma social que, *a priori*, ofrece mejores opciones ante la regulación estatutaria de la junta general de socios. La sociedad de responsabilidad limitada admite (al igual que la sociedad anónima) el modelo de junta universal de socios o de válida constitución de la misma sin necesidad de su convocatoria formal (cf. art. 178 LSC). Pero, además, la sociedad de responsabilidad limitada ofrece algunas opciones de interés para la sociedad familiar si son debidamente articuladas. Así, es lícita la regulación estatutaria del régimen de la convocatoria de la junta general (art. 173.2 LSC, modalidad extendida también a la sociedad anónima cuyas acciones no sean al portador tras la reforma de la LSC por virtud de la Ley 25/2011, de 1º de agosto) lo que permite eliminar el riesgo de posibles juntas «clandestinas» al poder exigirse la convocatoria mediante comunicación individual y escrita dirigida a cada socio a través de un medio que asegure su conocimiento (pacto admisible en la sociedad anónima y en la sociedad comanditaria por acciones cuyas acciones no sean al portador tras la reforma de la LSC por la citada Ley 25/2011, de 1º de agosto).

La sociedad de responsabilidad limitada admite la validez de la cláusula estatutaria por cuya virtud la junta general de socios pueda o deba impartir instrucciones al órgano de administración, así como permite supeditar a la autorización de la junta general de socios determinadas decisiones o acuerdos cuya competencia corresponda al órgano de administración (art. 161 LSC). La sociedad de responsabilidad limitada ofrece mayor flexibilidad ante la ordenación estatutaria del principio mayoritario como técnica de adopción de acuerdos válidos por la junta general de socios. Así, mientras que la sociedad anónima admite el reforzamiento del quórum de constitución (art. 193 LSC) y de la mayoría precisa para la válida adopción de acuerdos pero sin posibilidad de introducir el voto viril –en este temario tan sólo admite la limitación del número máximo de votos que pueden ser emitidos por un mismo accionista (arts. 201.3 y 188.3 LSC)⁶³–, los arts. 199-200 LSC admiten para la sociedad de responsabilidad limitada la personalización del principio mayoritario para todos o sólo

63. Sobre este temario, vid. SÁNCHEZ LINDE, M.: *El principio de mayoría en la adopción de acuerdos de la junta general de la sociedad anónima*, Navarra, 2009, págs. 109 ss.

para algunos de los asuntos propios de la competencia de la junta general de socios. Los preceptos citados admiten la combinación del voto de capital (o de votos atribuidos a las participaciones sociales) con el voto viril. De este modo, la combinación de estas opciones con, por ejemplo, cláusulas que atribuyan derechos de voto desigual en función del contenido de los acuerdos a alcanzar (según establece el art. 184.2.1º RRM), permite asegurar una adecuada gobernabilidad de la empresa por determinado grupo o grupos de control que pueden coincidir con grupos de carácter familiar. Por otra parte, la sociedad de responsabilidad limitada admite el voto plural. Los estatutos sociales pueden reconocer a favor de todas o de algunas participaciones sociales mayor o menor número de votos respecto a aquél que debería corresponderles en función de su valor nominal o porcentaje de participación en el capital social; ello puede ser pactado en función de todos o algunas clases de acuerdos según su contenido (art. 184.2.1º RRM).

La regulación del órgano de administración es otro aspecto relevante en el gobierno de la empresa familiar. Quizá sea este uno de los aspectos más problemáticos de este modelo de empresa dada la tendencia de los propietarios (máxime si se trata de los fundadores) a cometer dos posibles errores. El primero es el de la comprensible resistencia a reconocer la falta de adecuación de sus aptitudes como administrador ante el cambio del entorno y ante los desafíos que surjan a consecuencia del eventual crecimiento y expansión de la empresa⁶⁴. El segundo es el riesgo de la transformación mental y subjetiva del administrador en propietario dominical, de forma que este llegue a la convicción de que su posición de administrador le legitima a estar por encima de la posición de sus consocios-familia y practique tácticas perversas para materializar *de iure* su transformación subjetiva interna de administrador en propietario⁶⁵.

Los regímenes de la sociedad anónima y de la sociedad de responsabilidad limitada ofrecen técnicas legales y estatutarias para completar la regulación legal del órgano de administración, si bien la sociedad de responsabilidad limitada exige que el régimen del consejo de administración, a diferencia de la sociedad anónima, aparezca necesariamente en los estatutos sociales (arts. 245.1 LSC y 185.5 RRM), de forma que éste carece de facultades para aprobar su propio reglamento de funcionamiento interno. La obligación de incorporar administradores o directivos profesionales independientes o externos puede ser exigida por los estatutos sociales incluso mediante reserva de un número de vocalías a favor de este tipo de consejeros. Por otra parte, no cabe desconsiderar que los estatutos sociales pueden imponer deberes concretos de conducta a los adminis-

64. El fenómeno es de general reconocimiento, *vid.* GALLO, M. A.: «La empresa familiar», *cit.*, págs. 53-54.

65. Se verifica con alguna frecuencia como origen de conflictos intrasocietarios el fenómeno de la transformación mental del administrador(es) en propietario(s) de hecho de la empresa y la realización por éste o éstos de actos tendentes a convertir esa propiedad mental de hecho en propiedad o control de derecho. Quien o quienes deberían ser los Dres. Jeckyll de la sociedad, se transforman en Mr. Hyde (más o menos manifiestos) para el conjunto o parte de los socios.

tradores cuyo incumplimiento puede ser fuente de responsabilidad civil ante la sociedad, socios y, acaso, ante terceros⁶⁶, así como causa de obligatoria separación del cargo por acuerdo de la junta general de socios o, en su caso, por virtud de resolución judicial. También ha de anotarse que el régimen de la sociedad de responsabilidad limitada contiene una directa prohibición de competencia sobre los administradores que sólo puede ser salvable mediante acuerdo de la junta general de socios (art. 230.1-2 LSC), aspecto que en la sociedad anónima es tratado de forma menos segura (arts. 224, 230.3 LSC). El establecimiento de relaciones onerosas entre sociedad y administrador exige acuerdo de la junta general de socios en la sociedad de responsabilidad limitada (art. 220 LSC), lo cual puede ser objeto de regulación estatutaria en la sociedad anónima. El temario relativo a los deberes de lealtad es objeto de régimen común para ambas formas de sociedad (arts. 225 ss. LSC). Por otra parte, ambas formas sociales admiten la ordenación estatutaria de la distribución de funciones y competencias entre los administradores lo que posibilita la especialización de funciones que se defienden como aptas para las sociedades familiares mediante la regulación de una comisión de control o auditoría interna, una comisión de retribuciones y una comisión de dirección, a las que podrían añadirse otras según la dimensión y las necesidades de la empresa y de la sociedad que la organiza. El sistema de retribución de los administradores puede ser establecido por los estatutos sociales con amplio margen de flexibilidad en ambas formas de sociedad. La Ley sólo exige establecer la modalidad o sistema de retribución con algunos condicionantes si el sistema contiene total o parcialmente un derecho de participación en beneficios (reconocer un mínimo del 4% a los accionistas en la sociedad anónima –art. 218.2 LSC– y el límite del 10% de los beneficios repartibles entre los socios en el caso de la sociedad de responsabilidad limitada –art. 218.1 LSC) o se trata de derechos de opción sobre acciones (art. 219 LSC), mientras que la sociedad de responsabilidad limitada exige que, si se trata de una modalidad distinta a ésta, sea fijada en cada ejercicio por acuerdo de la junta general de socios (art. 217.2). Cabe observar, por último, que en materia de régimen de la temporalidad y estabilidad en el desempeño del cargo de administrador, la sociedad de responsabilidad limitada, a diferencia de la sociedad anónima, admite las modalidades de duración del cargo por tiempo determinado o indefinido (art. 221.1 LSC), así como permite reforzar la mayoría precisa para la validez del acuerdo de separación de todos o de algunos administradores (que podrían ser los administradores-familia), aunque hay que observar la existencia de cierta jurisprudencia menor que ha declarado la ineficacia de este pacto ante la destitución automática del administrador inherente al acuerdo de ejercicio de la acción social de responsabilidad, acuerdo este ante el cual no resulta lícita la exigibilidad de mayorías reforzadas (art. 222.2 LSC).

66. Así, el art. 236.1 LSC admite de forma implícita el establecimiento de deberes estatutarios como contenido de la obligación de administrar, entre otras posibles funciones, *vid.* ALONSO ESPINOSA, F. J.: *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en sus elementos configuradores*, Madrid, 2006, págs. 56 ss.

B) Organización, gestión y transmisión hereditaria del patrimonio empresarial de la empresa familiar.

Desde esta perspectiva, se observa como interés primario en función de la empresa familiar, el relativo a la adecuada coordinación entre el Derecho societario y el Derecho tributario aplicable a tal ramo de intereses. La organización del patrimonio empresarial puede requerir la realización de operaciones de ingeniería patrimonial de reorganización y reestructuración de la empresa y la sociedad familiares. Tales pueden ser suficientemente atendidas por la Ley 3/2009, de 3 de abril, *sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*. Esta norma contiene regímenes simplificados de fusiones y escisiones para el caso de sociedades íntegramente participadas o participadas en al menos el 90% de su capital social (arts. 50-51). Por su parte, el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre sociedades (RDL 4/2004, de 5 de marzo) contiene tratamientos fiscales especiales (de neutralidad fiscal) en función de la constitución y organización de sociedades-holding familiares (aunque no tienen por qué ser necesariamente familiares ya que la regulación es de orden general si bien su supuesto más típico es el del holding familiar) así como se regulan medidas específicas ante la transmisión *mortis causa* de la empresa familiar a las que ya se ha hecho referencia (LISD). También el Derecho civil de sucesiones ha sido receptivo a este sector de interés en el nuevo artículo 1056 CC (según su reforma por la Ley 7/2003).

C) Dotación de estabilidad al carácter familiar de la propiedad de la empresa (técnicas *antidilución* de la propiedad familiar).

Es este uno de los intereses más significativos señalados como típico de la empresa familiar por parte de sus estudiosos. Pero quizá debería considerarse que la conservación o continuidad de la empresa como familiar no debe convertirse en una semiobsesión porque la familia –o, al menos, una mayor o menor parte de sus sucesivos miembros– como resultado de su natural sucesión y evolución generacional, tenderá de forma casi inevitable a desvincularse progresivamente de la empresa, o bien se producirán en ella fenómenos «acordeón» de dispersión-recomposición del carácter familiar de la propiedad sobre la empresa. Es decir, puede suceder que ciertos grupos familiares tras la segunda o tercera generación, a través de negocios traslativos de las acciones o participaciones sociales, adquieran o refuercen el control o la propiedad de la empresa respecto de otros grupos menos interesados en continuar en la misma o bien ante aquéllos cuyo interés resida en liquidar su inversión o participación patrimonial en ella; de este modo, en la sucesión de tales avatares evolutivos propios de la familia, la empresa puede seguir siendo familiar si bien bajo un modelo de expansión-reducción de los grupos familiares propietarios. De hecho, como se avanzó, es un hecho contrastado que son muy escasas las empresas familiares que sobrepasan como tales y procedentes de un mismo tronco, la tercera de las generaciones. Ello constata que este interés típico de los titulares de empresas familiares es de muy relativa y difícil materialización debido a la propia naturaleza de la familia.

No obstante, el Derecho societario y el Derecho civil ofrecen institutos susceptibles quizá de satisfacer este *interés antidilución de la propiedad familiar sobre la empresa*. Así, cabe señalar, por ejemplo, el modelo de las restricciones y prohibiciones a la libre transmisión de acciones y participaciones sociales, los pactos de obligación de vender la totalidad de participaciones de la sociedad y demás sociedades del grupo ante determinadas vicisitudes (ante casos de divorcio, de pérdida de determinada cuota de propiedad en un grupo familiar, etc.) y mediante un valor razonable prefijado por unanimidad (RD 171/2007, arts. 114.2.b y 175.2.b RRM), el recurso al usufructo y a la sustitución fideicomisaria de acciones y las donaciones modales y con cláusula de reversión. Los pactos estatutarios relativos a la transmisión *mortis causa* de acciones y participaciones y el recurso a las prestaciones accesorias pueden ser también funcionales desde esta perspectiva (aspectos atendidos por el RD 171/2007 al reformar los arts. 114.2.d y 175.2.d RRM).

En este ámbito, cabe considerar las diferentes técnicas de configuración de la posición jurídica de socio en la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada. La *acción* es la posición de socio *objetivada* en la sociedad anónima; la misma función cumple la *participación social* en la sociedad de responsabilidad limitada. Pero esta última ofrece mayor flexibilidad que la acción en la sociedad anónima ya que la sociedad de responsabilidad limitada no establece límites al valor nominal de las participaciones sociales. Ello permite instaurar en la sociedad de responsabilidad limitada el modelo de una sola participación social por cada socio personalmente considerado, aunque el valor nominal de cada una sea diferente en consideración a la aportación de cada uno (o de otros aspectos).

En lo relativo al régimen de transmisión de acciones y participaciones sociales, conviene observar que la sociedad de responsabilidad limitada ofrece mayor flexibilidad dentro de los límites de que (i) la transmisión no sea prácticamente libre y de que (ii) si llega a ser prohibida la transmisión se reconozca a los socios el derecho de separación de la sociedad de forma *ad nutum* (arts. 107, 108.3 LSC). Dentro de tales límites, los estatutos sociales de ambas formas de sociedad pueden configurar cláusulas de prelación (a favor de todos los socios, de algunos de ellos y de terceros), de retracto, de exigencia de requisitos personales y objetivos en la personas del potencial adquirente (quien, por ejemplo, ha de ser familiar), cláusulas de consentimiento o autorización siempre que sean establecidas las causas estatutarias por las que ésta podrá ser denegada; es lícita asimismo la cláusula por cuya virtud el socio transmitente quede obligado a transmitir la totalidad de sus participaciones en la sociedad, así como las de las sociedades que se encuentren vinculadas entre sí por unidad de decisión y estar obligadas a consolidación contable (arts. 114.2.d y 175.2.d RRM tras RD 171/2007). Es lícito incluso el pacto de reconocimiento de preferencias sólo entre grupos de socios, de forma que si en la sociedad existen dos o más grupos familiares, las participaciones que corresponden a cada grupo pueden permanecer en el seno del mismo (RDGRN de 1 de octubre de 1993) como comparti-

mentos estancos, resultado al que también podría llegarse en la sociedad anónima mediante el recurso a las clases de acciones (cf. art. 123.3 RRM); también, en la sociedad de responsabilidad limitada, cabe pactar un régimen de restricciones o prohibiciones relativas a determinadas participaciones sociales según su titular (art. 188.1 RRM). En cuanto al principio de transmisión de las acciones o participaciones por su valor razonable, conviene observar que el RD 171/2007 ha admitido el establecimiento por pacto unánime de los socios de los criterios y sistemas para determinar el valor razonable de las acciones o participaciones sociales para el caso de transmisiones *inter vivos* o *mortis causa*, o bien para la concurrencia de obligación de transmitir de conformidad con el art. 188.3 RRM (arts. 114.2.b y 175.2.b RRM).

D) Dignificación y tutela de las posiciones jurídicas de todos los socios.

No cabe dudar de que este es un sector clave ante la convivencia de relaciones en toda sociedad mercantil⁶⁷ y, con mayor razón, en las de base familiar. La posición societaria de todos los socios –sean o no titulares de posiciones de control en la sociedad– ha de estar debidamente dignificada en atención a los intereses que se presuponen objetivos de la sociedad familiar y de la empresa que ésta organiza. Es decir, se impone en este sector una especie de salto cualitativo sobre la simple regulación legal de la forma social que organiza la empresa familiar para insertar en la misma, mediante pactos estatuarios o, en su caso, parasociales, técnicas que compaginen la simple sociedad mercantil con la fórmula más cualificada de sociedad humana que es la familia cuando ambas confluyen en un mismo interés cual es la propiedad y explotación de una empresa de interés y propiedad común. A este interés debe aspirarse en toda sociedad mercantil –no sólo en las familiares– pero en éstas parece que ha de intensificarse el esfuerzo al respecto ya que los lazos familiares son tan susceptibles de reforzar uniones y lealtades férreas como de atizar conflictos, susceptibilidades, rivalidades y enfrentamientos con frecuencia irresolubles.

Se trata, pues, de uno de los aspectos más sensibles en el orden de la ordenación de las relaciones entre los propietarios de la empresa familiar y, por ello, uno de los errores de tratamiento y enfoque más frecuentes en tal diseño: el de realizar la ordenación sin considerar de forma suficiente que ante la misma, la simple posición de socio-mercantil presupone y encierra en sí misma una posición más importante y sensible. Es decir, sin considerar que los socios mercantiles son antes familia y parece natural entre los miembros de la familia sentir, pensar, que se tiene «derecho moral» a presuponer que el tratamiento recibido no será simplemente el definido por el Derecho sino el teórico derivado de una clase de relación más estrecha, íntima, intensa y profunda –más humana si se quiere– que la simplemente mercantil societaria. Ello implica la especial exigencia de esforzarse por dignificar y, al tiempo, fidelizar con la sociedad a todos los socios y, en especial, a socios minoritarios y a simples socios-inverso-

67. Vid. VÁZQUEZ LÉPINETTE, T.: *La protección de las minorías societarias frente a la opresión*, Navarra, 2007.

res, esto es, a los que carecen de posibilidades efectivas de intervenir en el control de la sociedad así como a los que, por la razón que fuere, carecen de otros medios de participación en los rendimientos de la empresa en función del desempeño de cargos de administración retribuidos, contratos de trabajo, relaciones como proveedores o, incluso, como clientes bajo condiciones especiales, etc. Piénsese que no es infrecuente la situación de socios minoritarios descontentos y molestos debido a que el valor real de su participación en la empresa, aunque minoritario, puede ser cuantioso pero totalmente ilíquido e inmovilizado, es decir, sin tan siquiera tener probabilidades reales de desinvertir o convertir en dinero a valor razonable su participación societaria. Consecuencia de ello suele ser, no sin frecuencia, el surgimiento de situaciones de agravio comparativo, al menos desde el punto de vista subjetivo, ya que otros socios, también socios y familia, pueden percibir importantes retribuciones o rendimientos por vías distintas a la de su simple condición de socio (caso de retribuciones como administrador, personal de alta dirección, relación laboral ordinaria con la sociedad u otras fórmulas). Si a ello se añade una insuficiente o nula rentabilidad de tal patrimonio en comparación con la que, por otros medios, puedan recibir otros socios, puede afirmarse que el conflicto o está servido o es latente.

Desde esta perspectiva es innegable la importancia de garantizar a todos los socios de la sociedad familiar la consecución de tres sectores de intereses económicos típicos de éstos en el orden empresarial: a) la articulación de medidas o técnicas susceptibles de permitirles percibir un rendimiento por su participación en el patrimonio familiar en adecuada compaginación con el interés prioritario de la empresa; b) la articulación de medidas susceptibles de posibilitar a todo socio, de forma real y efectiva, la liquidación total o parcial de su inversión, siempre en adecuada compaginación con el interés prioritario de la empresa y, c) la articulación de sistemas que procuren adecuada información sobre su situación societaria y empresarial, esto es, un sistema o *cultura de la transparencia* en el orden de la empresa familiar.

Para tales funciones puede ser indicada la regulación de dividendos estatuarios, la regulación de obligaciones de reparto de beneficios tras una dotación adecuada de reservas o para nuevas inversiones, la regulación de un sistema de banca interna en la medida de lo posible según cada tiempo o vicisitud de la empresa, la regulación de un fondo interno de adquisición de acciones y participaciones por la sociedad con la adecuada dotación de suficiente liquidez al efecto (lo que algunos han denominado «bolsín familiar»), las cuales podrían ser después recolocadas según las reglas dispuestas o bien amortizadas; en las sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada puede acudir al reconocimiento de derechos de separación regulados estatutariamente según tiempo, turnos y cuantía anual, etc. (art. 347 LSC)⁶⁸. Asimismo, debe propugnarse que el derecho de información en la sociedad familiar a favor de los

68. Vid. al respecto las consideraciones de JORDÁ GARCÍA, R.: «Autocarera, pactos de salida y desinversión en la empresa familiar», en *Régimen*, cit., págs. 99 ss.

socios-familia ha de ir más allá, ser más amplio, que el configurado por la estricta aplicación de la reglamentación legal propia de las formas de sociedad de capital. Pueden ser indicados a este fin la organización de comités de información permanente sobre el desarrollo de la empresa a favor de los propietarios/familia a la que pueda accederse a través del mantenimiento de una página web de intranet, por ejemplo, o bien que tales funciones de ampliación de información y transparencia sean cumplidas por el consejo de familia. Por otra parte, se impone asimismo que la auditoría de las cuentas anuales sea una auditoría realmente independiente y *explicada* a los socios desechando las inclinaciones hacia informes de auditoría informados de «amabilidad» hacia los administradores y, por tanto, no suficientemente cumplidores de su función para con los socios propietarios de la empresa, razón por la que su nombramiento y control debería estar encomendado a un órgano independiente como sucede en las sociedades bursátiles (comité de auditoría).

En las direcciones indicadas se vislumbra la utilidad que puede representar para la sociedad familiar el hecho de que, ante la ordenación de sus relaciones internas, la misma se contemple ante el espejo de las sociedades cotizadas o bursátiles. De éstas puede aprenderse, entre otros aspectos, que la posición de socio suele estar retribuida de acuerdo con el nivel de beneficios de la empresa y de sus necesidades objetivas de expansión y financiación, que el socio suele tener una información suficiente sobre la marcha y el valor de la empresa en la que invierte (al menos desde el punto de vista teórico) y que el socio puede desinvertir en cualquier momento realizando el valor de sus acciones en Bolsa.

E) Protección del carácter familiar de la empresa y contribución a la resolución de conflictos derivados de la interacción entre familia, sociedad y empresa.

La defensa de los intereses objetivos propios de toda empresa ante situaciones de conflictos en el seno de la sociedad que la organiza y explota se revela como interés típico de la sociedad y la empresa familiar. El índice de éxito o fracaso de una empresa –sea o no familiar– suele ser directamente proporcional al índice de normalidad o de conflicto en las relaciones entre sus socios-propietarios. Si tales propietarios son, además, familia entre sí, se observa que las situaciones de conflicto pueden ser más dañinas para la empresa que en situaciones no familiares dado el componente emocional que tercia en tales situaciones. Por ello, interesa en este orden organizar fórmulas extrajudiciales de prevención de eventuales conflictos así como de sistemas de resolución extrajudicial de los mismos cuando se desaten en efecto. En este sentido son de interés los comités arbitrales (atendidos por el RD 171/2007 al reformar los arts. 114.2.c y 175.2.c RRM)⁶⁹, la regulación de obligaciones de hacer o de no hacer a través de prestaciones accesorias unidas a penalizaciones por incumplimiento mediante los cuales se articulen *regímenes disciplinarios* aplicables a los

69. Sobre ello, entre otros, MARTÍNEZ MOYA, M.: «La resolución de conflictos en la empresa familiar. El arbitraje societario», en *Régimen*, cit., págs. 203 ss.

socios (obligación de venta de acciones o participaciones, incluso por valor contable, según circunstancias reguladas en los estatutos sociales, cf. art. 188.3 RRM y las reformas operadas por el RD 171/2007 en los arts. 187.1 en relación con los arts. 114.2.a y 175.2.a RRM), la regulación estatutaria de la exclusión de socios según causas relativas a la relación familia-empresa y el recurso a pactos parasociales de cumplimiento garantizado a través de cláusulas arbitrales y penales (arts. 114.2.a y 175.2.a RRM), así como mediante pignoración de las acciones o participaciones sociales y formas de ejecución idóneas al efecto. El instituto del arbitraje societario puede coadyuvar a mejorar la gobernabilidad de la empresa familiar mediante sometimiento a órganos arbitrales, en el respeto a las competencias propias de cada órgano, de la resolución de posibles conflictos o situaciones de bloqueo en las relaciones familiares relativas a la empresa y a la sociedad (consejos familiares, órganos consultivos, etc.). La RDGRN de 10 de enero de 2001 se pronunció a favor de la inscripción de determinado modelo de cláusula arbitral y, como se ha avanzado, el sistema ha sido institucionalizado por el RD 171/2007 (arts. 114.2.c y 175.2.c RRM) e introducido y regulado en la Ley 62/2003, de Arbitraje, por virtud de la reforma de ésta por la Ley 11/2011, de 20 de mayo.

Casos más extraordinarios pueden ser el recurso a la escisión de la sociedad aunque sea impropia mediante creación de filiales cuya gestión se transmite a uno de los grupos familiares en conflicto latente o manifiesto o el paso a la organización policorporativa de la empresa familiar fuera de una única sociedad o sociedad-holding unificante.

4.6. LA ELECCIÓN DE LA FORMA SOCIAL PARA LA EMPRESA FAMILIAR. INSUFICIENCIA RELATIVA DE LAS FORMAS SOCIALES REGULADAS

El problema de la elección de la forma social apta para la organización de sociedades familiares queda reducido, tomando como base las consideraciones avanzadas, a las tres formas de sociedad de capital reguladas (sociedad de responsabilidad limitada, sociedad anónima y sociedad comanditaria por acciones). Parecen descartables *a priori* las sociedades cooperativas y las sociedades personalistas⁷⁰ (sin perjuicio estas últimas de coadyuvar a la organización de la empresa familiar en el seno de un grupo de sociedades, cf. art. 41 C. Com.). Pero conviene subrayar que ninguna de las tres formas de sociedad de capital se ajusta totalmente a los sectores de intereses expuestos como típicos de la empresa familiar. Una combinación entre sus respectivos regímenes sería el modelo más apropiado, lo cual no es posible, como es sabido, más allá de los límites impuestos a la ordenación estatutaria de cada una de ellas. En la duda, parece que la elección debe decantarse por la sociedad de responsabilidad limitada como forma social más flexible y personalizable de entre las tres⁷¹.

70. La falta de aptitud de la sociedad colectiva a este efecto reside en dos aspectos de su régimen jurídico: la obligación de que sus administradores sean socios y el sistema de responsabilidad personal y solidaria de los socios por las deudas de la sociedad.

71. Según SÁNCHEZ-VIZCAÍNO RODRÍGUEZ, J.: *Problemática de la empresa familiar*, cit., págs. 23-24, el 95% de las empresas familiares en España se organizan bajo la forma de sociedad de responsabilidad limitada.

Aunque este sea un tema muy tratado y existan opiniones de diverso signo⁷², es oportuno observar que nuestro sistema de sociedades de capital no regula, en rigor, una forma de sociedad rígida y otra flexible o personalizable sino que, en realidad, se regula una forma social flexible, que es la sociedad anónima, y otra forma social *más* flexible, que es la sociedad de responsabilidad limitada (a pesar de que esta contenga algunas rigideces de régimen poco explicables). Esto se confirma tras las reformas introducidas en la LSC por la Ley 25/2011, de 1º de agosto. En este contexto, la elección entre ambas formas sociales se resuelve en consideración a unos pocos factores (básicamente, el régimen de la estructura orgánica, la admisión del voto plural o personalizable)⁷³. No cabe descuidar que ante la pretensión de acceso a los mercados de valores, se impone la sociedad anónima, ante la cual cobran decisiva importancia los pactos parasociales y la intervención de las autoridades en materia de mercado de valores. Tampoco cabe desconsiderar la sociedad comanditaria por acciones como forma social cuyo régimen aporta la posibilidad de reforzamiento de la estabilidad y competencias del órgano de administración ante la junta general de accionistas contra la asunción de responsabilidad personal, solidaria y subsidiaria de sus miembros por las deudas de la sociedad previa excusión del patrimonio social y que también permite el acceso a los mercados de valores. La sociedad comanditaria por acciones es una forma social cuya virtualidad en función de la organización de la empresa familiar no debe desecharse *a priori*. La sociedad comanditaria por acciones es una *sociedad anónima especial* cuyos miembros de su órgano de administración tienen, al tiempo, la condición de accionistas y destinatarios de un estatuto jurídico especial próximo al del socio colectivo (como socios colectivos son calificados legalmente, cf. arts. 1º.4, 252 LSC y 213 RRM). La existencia de al menos un socio colectivo/administrador se constituye en elemento morfológico de esta forma social pues su falta tiene el carácter de causa de disolución o de transformación obligatoria de la sociedad (arts. 363.3 LSC). Por ello, la sociedad comanditaria por acciones puede ser indicada para organizar sociedades a cuyos socios interese una sólida garantía legal de *estabilidad* en el cargo de administrador y en la *permanencia de la organización estatutaria establecida*. Así, el nombramiento y separación de administradores debe constar en los estatutos sociales, han de realizarse según las reglas generales previstas por la LSC (art. 294) y requieren el consentimiento expreso de todos los socios colectivos; además, la separación sin justa causa genera a favor del administrador el derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios que la misma le cause. La sociedad comanditaria por acciones procura al órgano de administración un considerable grado de control sobre la sociedad. En ella

72. ALONSO ESPINOSA, F. J.: *Personalismo y capitalismo en Derecho de Sociedades*, Murcia, 1995 (obra inédita por el momento).

73. Los regímenes de separación y exclusión de socios, que eran más propios de la sociedad de responsabilidad limitada, han pasado a ser de común aplicación a las sociedades de capital tras la Ley de Sociedades de Capital (RDL 1/2010) y, después, tras la reforma de ésta por la Ley 25/2011, de 1º de agosto, que ha extendido a todas ellas el régimen de exclusión de socios (art. 351 LSC).

tiene lugar un efectivo reparto legal de competencias entre junta general de accionistas y órgano de administración (cf. art. 294 LSC). La sociedad comanditaria por acciones puede nombrar como administrador a una sociedad de responsabilidad limitada cuyos socios pueden ser los socios/familiares interesados en la conservación y control de la empresa familiar; esta sociedad de responsabilidad limitada, como administrador-persona jurídica, ha de nombrar una sola persona natural estable como representante (cf. arts. 212.bis LSC y 143 RRM).