



De l'empresari individual a l'empresari social: les societats com a eina que facilita la transició intergeneracional a l'empresa familiar.

Maria José Puyalto Franco

Professora Agregada de Dret Mercantil en el Departament de Dret Privat de la Universitat de Lleida.

Correu de contacte: mjpuyalto@dpriv.udl.cat

Rebut 5 novembre 2011; acceptat 30 novembre 2011

Resum

La constitució d'una societat de capital pot constituir un excel·lent instrument per facilitar la transició intergeneracional en aquelles empreses el titular de les quals és una persona física) i els descendents han pres la decisió d'entrada a temps complet en l'organització empresarial. En aquest sentit, el trànsit de la condició d'empresari individual a empresari social no només permet la conservació de l'empresa més enllà de la vida del seu actual titular simplificant el procés hereditari sinó que a més permet gaudir, entre d'altres, dels avantatges de la limitació de responsabilitat per deutes i de la separació del patrimoni civil dels socis del patrimoni necessari per l'exercici de l'empresa reduint així els riscos econòmic patrimonials. Addicionalment, la relativa flexibilitat del règim jurídic de les societats de capital permet que els socis tinguin la possibilitat d'adequar-lo a les seves específiques necessitats i conveniències.

Classificació JEL: K10; K20; K36

Paraules Clau: Empresari social, Societats mercantils, Empresa familiar, Protocol familiar

1. Plantejament del cas

Seguint la tradició familiar, en Joan Dou Espasa va substituir al seu pare en la titularitat i direcció del restaurant "Toc Cassola" en un dels carrers més cèntrics de la ciutat. El seu èxit, durant els més de vint anys al capdavant del negoci, rau en oferir menús casolans i saludables a un preu assequible als treballadors/es que necessiten menjar fora de casa i un acurat servei de cafeteria amb una gran varietat de tapes. L'empresa compta amb una plantilla de vuit persones a més del propi Joan, la seva esposa Carme Salvat i la germana d'aquesta, la Maria, que s'ocupen de la cuina del restaurant, i dos dels seus

fills Carles i Enric. Recentment, s'ha incorporat la Rosa una filla de la seva cunyada, que acaba d'obtenir un títol de Tècnic Superior en Direcció de Serveis de Restauració

Els tres cosins volen continuar treballant al restaurant però pensen que seria bo renovar i ampliar el negoci. Una de les possibilitats que els sembla més interessants és una franquícia que ofereix un model de negoci basat en un nou concepte de botiga-restaurant especialitzat en la tradició gastronòmica catalana mitjançant l'elaboració d'una gran varietat de receptes populars. Decideixen posar-se en contacte amb el titular de la franquícia i, en principi, sembla que les dues parts estarien interessats a arribar a un acord. Ara només falta convèncer Joan perquè accepti la seva proposta i els permeti participar en el nou projecte empresarial.

En Joan ja té gairebé seixanta anys i porta quaranta al capdavant del restaurant. La idea que els seus fills li proposen li ofereix l'oportunitat de deslligar-se del dia a dia de l'empresa però sense arribar a perdre el control. Es més, està disposat a cedir-los la meitat del negoci amb una condició: l'empresa ha de seguir a mans de la família Dou-Salvat.

2. Solucions aportades

2.1. Algunes reflexions prèvies.

El nostre ordenament jurídic posa a disposició dels emprenedors i emprenedores un ampli ventall de vestidures que els hi permeten escometre activitats empresarials amb una sèrie d'avantatges que no tindrien en cas de fer-ho com a empresaris individuals (els anomenats autònoms); especialment ens referim a la possibilitat de limitar la responsabilitat per deutes.

En efecte, la situació jurídica de l'empresari o empresària individual es pot sintetitzar dient que l'hi son imputables totes les relacions amb tercers en l'exercici d'una activitat econòmica, que respon davant dels seus creditors amb tots els bens presents i futurs, que la seva empresa no constitueix un patrimoni separat de la resta del seu patrimoni civil i, finalment, que no existeix en quant a la seva responsabilitat distinció entre obligacions civils i mercantils, es a dir, que dels deutes professionals respon també amb el seu patrimoni personal

La situació descrita s'agreuja si l'empresari esta casats en règim de guanys. En aquest cas, el *Código de Comercio*¹ preveu que l'empresari respongui amb tots els seus bens privatis i amb la part dels comuns que s'hagi obtingut amb l'exercici de l'activitat empresarial però, a més a més, pel joc del consentiment presumpte o tàcit del cònjuge no empresari, pot arribar a respondre amb la resta de bens comuns.

Malgrat tot, si examinem les dades que ens ofereix la base de dades del DIRCE, trobem un alt percentatge d'emprenedors i emprenedores que opten per aquesta fórmula, es dir, exercir la seva activitat com a empresaris o empresàries individuals. Per posar un exemple relatiu al cas que es planteja, del total de les **64.875** empreses agrupades en la

¹ Article 6 del Código de Comercio.

categoria “Restaurantes y puestos de comida”², **28.326** tenen com a titular un empresari individual fet que suposa un **43,66%**.

Les raons que poden portar a un emprenedor a exercir la seva activitat com a empresari individual son diverses. D'una banda es diu que resulta una forma idònia per al funcionament d'empreses de molt reduïda grandària (bàsicament microempreses³). D'altra banda es la forma que menys gestions i tràmits exigeix per a la realització de la seva activitat, ja que no cal realitzar cap tràmit d'adquisició de la personalitat jurídica i, per tant, també resulta la més econòmica.

En Joan Dou es un empresari individual titular d'una *empresa familiar* en el sentit que va substituir al seu pare en la propietat i direcció de la mateixa. Com hem vist, aquesta no es una situació excepcional. De fet, a Espanya moltes de les empreses familiars actuals van sorgir en el seu temps com iniciatives individuals, que al llarg del temps s'han consolidat com a grups familiars. La tercera generació dels Dou-Salvat (els seus dos fills i la neboda d'en Joan) ja han cobert una de les etapes de vinculació, és a dir, aquella en la qual els descendents membres d'una família propietària prenen la decisió d'entrada de temps complet. Tanmateix, això no assegura un sostingut interès o una adequada transició de la successió de l'empresa. Ara es el moment de plantejar-se la tercera i última etapa de vinculació que consisteix en la promoció del successor o successors a una posició de lideratge dins de l'empresa familiar.

En aquest procés, la constitució d'una societat constitueix una eina clau. En efecte, la societat es un recurs que facilitarà a la família Dou-Salvat la conservació de l'empresa més enllà de la vida d'en Joan simplificant el procés hereditari i, a més a més, gaudint dels següents avantatges: (i) els hi permet separar el patrimoni civil del socis del patrimoni necessari per l'exercici de l'empresa, reduint els riscos econòmics patrimonials; (ii) poden concórrer al mercat amb el benefici de la limitació de la responsabilitat patrimonial sense que això representi un perjudici pels tercers; (iii) se'ls ofereix la possibilitat de desenvolupar diverses activitats amb la consegüent especialització mitjançant la creació de societats amb diferents objectes socials; i finalment, (iv) cal tenir en compte que el guany d'una societat esta gravat amb un percentatge més reduït que si ens trobem davant d'un empresari individual al que se li computa com ingrés tot el benefici de la seva empresa en el IRPF.

Un cop argumentada la bondat de la societat com a instrument facilitador de la transició intergeneracional en l'empresa només queda l'elecció del tipus societari més adequat als interessos de la família Dou-Salvat.

2.2. Elegint el tipus societari.

En un intent per clarificar el complex panorama de tipus societaris disponibles en el nostre ordenament jurídic, podríem començar per distingir les societats civils de les mercantils. En principi, el principal criteri per diferenciar-les es de caràcter objectiu, això es la naturalesa civil o mercantil de l'activitat a la que s'hi dedica la societat, el

² El codi CNAE 2009 d'aquesta activitat es el 5610.

³ Menys de 10 treballadors i volum de negoci inferior a 2 milions d'euros o quantia del balanç general inferior a 2 milions d'euros.

problema rau d'una banda, en que no sempre es fàcil definir el que es una activitat mercantil i, d'una altra banda, l'admissibilitat de les anomenades societats mixtes, es a dir, societats civils que pel seu objecte poden revestir totes les formes reconegudes en el Código de Comercio i a les que, en aquest cas, se'ls hi aplicaran les disposicions contingudes en el susdit text legal.

En qualsevol cas, son considerades societats civils: les comunitats de bens i les societats civils en sentit estricte. Pel que fa a les societats mercantils, podem introduir una nova distinció entre les que tenen **caràcter personalista**, com la societat col·lectiva i la societat comanditària o les de **caràcter capitalista**, com les societats anònimes i la societat comanditària per accions. Situant-se en el entremig d'unes i altres, es troba la societat de responsabilitat limitada.

La diferencia entre aquests dos grans categories de societats mercantils (personalistes o capitalistes) te a veure amb la rellevància que es concedeix a les condicions personals del socis i en la importància que adquireix la noció de capital en les societats capitalistes. Però també i fonamentalment, cal tenir en compte que en les societats personalistes, els socis o alguns d'ells responen personal i il·limitadament dels deutes socials i, en canvi, en les societats capitalistes, el socis responen limitadament dels susdits deutes.

A més, les societats mercantils capitalistes tenen una caràcter corporatiu, és a dir, que la formació de la voluntat i l'actuació externa de la persona jurídica s'ajusta a un model orgànic i, en aquest sentit, els òrgans son centres o nuclis d'organització al sí de la societat que resulten destinataris d'un grup de funcions i competències reglades mitjançant les quals aquella forma la seva voluntat interna, la manifesta i l'executa.

Per una sèrie de raons que seguidament exposarem, creiem que la formula societària més adequada per la família Dou-Salvat podria ser la societat de responsabilitat limitada. En efecte, la pròpia aparició d'aquesta societat a finals del segle XIX va respondre a necessitats de la practica que no havien estat ateses pels tipus societaris existents fins al moment. Es tractava, per tant, de cercar una formula jurídica idònia per la regulació d'activitats empresarials portades a terme per un nombre reduït de persones, generalment vinculades per llaços d'amistat o familiars, sense quedar sotmeses al sever règim de responsabilitat per deutes socials que es típic de les societats personalistes ni a la rigidesa pròpia de les societats de capital per excel·lència: les societats anònimes. De fet, aquesta es la fórmula predominant entre els titulars de les empreses agrupades en la categoria "Restaurantes y puestos de comida", concretament hi ha un total de **27.389** davant les **1.232** societats anònimes. En definitiva, el **42, 21%** dels titulars de restaurants son societats limitades i només un **1,89%** societats anònimes.

En aquest sentit, la societat de responsabilitat limitada regulada al *Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital* (en endavant, TRLSC), esta caracteritzada pels següents trets: en primer lloc, es un tipus en el que conviuen elements personalistes i capitalistes configurant una espècie de societat mixta amb un gran protagonisme de l'autonomia de la voluntat; en segon lloc es una societat essencialment tancada, la qual cosa es manifesta en les restriccions per a la lliure transmissió de les participacions; en tercer

lloc, permet disposar d'un regim jurídic flexible que doni llibertat als socis per organitzar la vida interna de la societat ben allunyat de la complexitat pròpia de la societat anònima; per últim, es pot constituir amb un capital mínim de 3.000,00 euros en lloc dels 60.000,00 euros que són necessaris per constituir l'anònima.

Tanmateix, un dels desavantatges de la societat limitada respecte de la societat anònima consisteix en que amb aquell tipus societari es dificulta el finançament extern al reduir-se també les vies per aconseguir-lo. Concretament ens referim a la prohibició de recórrer al estalvi col·lectiu o al anomenat mercats de capitals (les societats de responsabilitat limitada no poden cotitzar en les Borses de Valors); la prohibició d'augment de capital mitjançant el oferiment públic de participacions o la prohibició de fer emissions d'obligacions.

Un cop escollida la societat, el següent pas consisteix a "personalitzar" el contingut dels seus estatuts socials a mida dels interessos de la família Dou-Salvat. En la concreció d'aquests trets característiques cal tenir com a referència el que s'entén per una empresa familiar. Encara que ha estat definida per múltiples autors sense arribar a la unificació del concepte, sembla haver acord en les tres dimensions fonamentals que contribueixen a la seva definició: (i) la propietat/direcció dels membres d'una família, (ii) la implicació familiar i (iii) la transferència generacional. Per tant, per als propòsits d'aquest treball, s'adopta, amb lleus ajustos, la definició donada per Cabrera (2005), la qual compleix amb les dimensions ja esmentades: *una empresa familiar és aquella en què el 51% o més de la propietat està en mans dels membres d'una família, que tenen la intenció que les relacions intraempresarial de propietat i control directiu estiguin basades en llaços familiars i on s'ha incorporat la segona generació o posteriors.*

Aquesta definició es compatible amb la que ofereix en el seu preàmbul el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares. Aquesta norma entén que una empresa familiar es aquella en què la propietat o el poder de decisió pertanyen, en tot o en part, a un grup de persones que són parents entre si. Així mateix resulta coincident amb la caracterització que d'aquest tipus d'empresa va fer el Senat, en l'informe de Ponència que es va constituir per a l'estudi de la problemàtica de l'empresa familiar, realitzat l'any 2001⁴, el qual, tot i admetre que no hi ha un consens generalitzat sobre què és una empresa familiar, assenyalava les següents característiques definidores: 1) que una família (si es tracta d'una empresa unifamiliar), tingui una participació important del capital social. 2) Que amb base a l'esmentada participació, la família pugui exercir el control de l'empresa. 3) Que la família participi en la gestió, ocupant (en les empreses societàries) la totalitat o la majoria en el Consell d'administració. 4) El desig de la família que l'empresa continuï en el temps, incorporant en la propietat o en la gestió o direcció, les successives generacions de la família.

2.3. Uns estatuts socials a mida.

Els estatuts socials són una de les mencions del **contracte social** i poden definir-se com el document que regirà el funcionament de la societat un cop hagi adquirit la seva

⁴ BOCG. Senat. VIII Legislatura. Sèrie I. de 23 de novembre de 2001. Núm 312

personalitat jurídica mitjançant la inscripció de l'escriptura pública de constitució en el Registre Mercantil.

Segons l'article 23 TRLSC, els estatuts de la societat de responsabilitat limitada han de recollir els següents aspectes:

- i. La denominació de la societat.
- ii. L'objecte social, determinant les activitats que l'integren.
- iii. El domicili social.
- iv. El capital social, el nombre de participacions en què es divideixi el capital social, el valor nominal de les mateixes, la seva numeració correlativa i, si són desiguals, els drets que cadascuna atribueixi als socis i la quantia o l'extensió d'aquests.
- v. La manera o maneres d'organitzar l'administració de la societat, el nombre d'administradors o, almenys, el nombre màxim i el mínim, així com el termini de durada del càrrec i el sistema de retribució, si en tenen
- vi. La manera de deliberar i adoptar els seus acords els òrgans col·legiats de la societat.
- vii. Tots els pactes i condicions que els socis fundadors considerin convenient establir, sempre que no s'oposin a les lleis ni contradiguin els principis configuradors del tipus social triat.

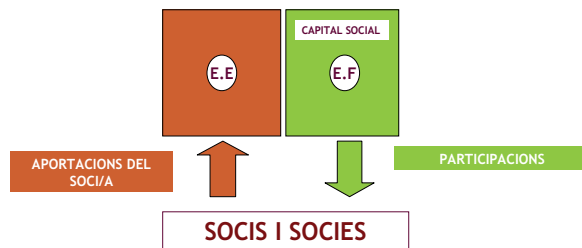
Ens detindrem en l'anàlisi d'algun dels aspectes que considerem més rellevants als efectes de l'empresa familiar.

• **Les aportacions dels socis, les participacions, el capital social.**

Per constituir una societat de responsabilitats limitada és necessari que cada un dels fundadors / es realitzin l'aportació de béns o drets patrimonials susceptibles de valoració econòmica. No s'admet l'aportació de treball però, com tindrem ocasió de comprovar, el treball pot constituir el contingut d'una prestació accessòria.

El TRLSC també permet l'aportació d'empreses. En la constitució de la societat familiar dels Dou-Salvat, Joan podria realitzar aquesta aportació en particular, és a dir, el seu restaurant "Toc cassola" que, d'aquesta manera, passaria a integrar el patrimoni de la societat de la qual també formarien part els seus fills, la seva neboda i altres membres de la família desemborsant integrament la seva corresponent aportació⁵. A canvi d'aquestes aportacions, el socis i sòcies rebran (assumiran) les participacions que els hi pertoquin.

⁵ Aquesta es una de les particularitats de la societat limitada respecte a la societat anònima, ja que en aquesta última es permet un desemborsament parcial (al menys un 25%) de les aportacions compromeses



EE es l'**estructura econòmica** de l'empresa, és a dir, els mitjans acumulats per l'empresari per a produir bens i serveis (les aportacions de tots i totes els socis i les sòcies). EF es l'**estructura financera** i recull els recursos o fonts de finançament per aconseguir els mitjans. El capital social és una xifra comptable que figura en el balanç com un dels comptes dins del patrimoni net en la partida de fons propis, podríem dir que és una quantitat que la societat "deu" als seus aportants, els socis. En tot cas, la quantia del capital ha de coincidir amb el valor de les aportacions realitzades (desemborsades) pels socis i en la societat de responsabilitat limitada no podrà ser inferior a 3.000,00 euros. Sigui quina sigui la quantia del capital social de la societat dels Dou-Salvat, es important recordar que com a mínim el 51% d'aquest capital ha d'estar en mans dels membres de la família per mantenir aquest caràcter i complir la condició d'en Joan.

El capital social es divideix en parts alíquotes, indivisibles i acumulables del capital social, les participacions socials, que confereixen al seu titular legítim la condició de soci i li atribueixen els drets reconeguts en aquesta Llei i en els estatuts. Aquests drets mínims són els següents:

- El de participar en el repartiment dels guanys socials i en el patrimoni resultant de la liquidació.
- El d'assumpció preferent en la creació de noves participacions
- El d'assistir i votar en les juntes generals i el d'impugnar els acords socials.
- El d'informació.

En principi, les participacions socials atribueixen als socis els mateixos drets però el TRLSC permet que atorguin drets diferents com ara el dret a obtenir un dividend preferent.

Un dels drets anomenats "polítics" dels socis de una societat de responsabilitat limitada es el dret de vot. Llevat de disposició contrària dels estatuts socials, cada participació social concedeix al seu titular el dret a emetre un vot. Per tant, el soci o sòcia amb el major nombre de participacions serà també el que disposi de major nombre de vots a la Junta General. Ara bé també pot ser interessant per alguns futurs socis/sòcies membres de la família Dous-Salvat o no la possibilitat d'assumir participacions sense vot a canvi d'un dividend anual mínim fix o variable. Aquesta eventualitat permet renunciar a tenir "poder de decisió" a canvi d'assegurar la rendibilitat de la inversió i pot ser molt útil per

aquells socis o sòcies que no estant interessats a intervenir en les decisions principals de la societat volen, però, participar-hi com a inversors. Vindrien a ser una espècie de *business angel* familiar⁶.

- **La manera o maneres d'organitzar l'administració de la societat**

Com ja s'ha dit, les societats mercantils capitalistes (també la societat de responsabilitat limitada) tenen una caràcter corporatiu de forma que la formació de la voluntat i l'actuació externa de la persona jurídica s'ajusta a un model orgànic. Normalment hi ha dos tipus d'òrgans: L'òrgan de formació de la voluntat social (Junta general) i l'òrgan d'administració i representació de la societat. Les funcions principals d'aquest últim son: (i) la direcció i gestió permanent dels assumptes socials i l'explotació de l'activitat constitutiva de l'objecte social (ii) té legalment atribuïda la representació de la societat.

Hi ha diverses maneres d'organitzar l'administració d'una societat: confiat a un administrador únic, a diversos administradors que actuïn de forma solidària o de forma conjunta o un consell d'administració. Un dels avantatges que ofereix la societat de responsabilitat limitada enfront de l'anònima és que els estatuts socials poden establir diferents maneres d'organitzar l'administració atribuïnt a la junta de socis la facultat d'optar alternativament per qualsevol d'ells sense necessitat de modificació estatutària.

La nostra recomanació es, però, optar per un **consell d'administració** integrat per alguns membres de la família Dous-Salvat i per consellers externs i independents. Convé recordar que atès que una empresa es considera familiar no només quan una part essencial de la seva propietat està en mans d'una o diverses famílies sinó també quan els seus membres intervenen de forma decisiva en l'administració i direcció del negoci, cal mantenir una proporció adequada entre el nombre de consellers "familiars" respecte als consellers extern (per exemple, es podria establir que el nombre de consellers extern no superés 1/3 dels membres del Consell). La funció del consellers externs ha de ser la d'aportar coneixements i experiències a la societat que siguin rellevants per a aquesta i que complementin els coneixements i experiències de la resta de membres del Consell. En tot cas, uns i altres han de tenir com a propòsit comú la defensa del "interès social" entès com el de maximitzar, de manera sostinguda, el valor econòmic de l'empresa.

- **Tots els pactes i condicions que els socis fundadors considerin convenient establir, sempre que no s'oposin a les lleis ni contradiguin els principis configuradors del tipus social triat.**

Com hem vist, el contingut mínim que han de recollir els Estatuts Socials s'estableix al TRLSC. No obstant això, els socis poden establir els pactes que estimin convenients sempre que aquests no siguin contraris a la llei o als principis inspiradors del tipus social triat. És el que es coneix com a principi d'autonomia de la voluntat.

⁶ Els anomenats *Business Angel* son persones físiques amb un ampli coneixement de determinats sectors i amb capacitat d'inversió, que impulsen el desenvolupament de projectes empresarials amb alt potencial de creixement en les seves primeres etapes de vida, aportant capital i valor afegit a la gestió. Són inversors que aposten per un projecte empresarial, sense involucrar-se en el dia a dia, però aportant un valor afegit. Es pot trobar més informació a <http://www.esban.com>

Partint d'aquestes premisses, els estatuts socials poden regular, entre altres, els següents aspectes:

- viii. Prestacions accessòries expressant el seu contingut concret i determinat i si s'han de realitzar gratuïtament o mitjançant retribució, així com les eventuais clàusules penals inherents al seu incompliment.
- ix. Regim de transmissió voluntària de participacions per actes *inter vivos*
- x. Dret d'adquisició de les participacions del soci mort a favor dels socis supervivents, i, si no, a favor de la societat

- **Prestacions accessòries.**

Com encertadament assenyala el professor Alvaro Águila-Real⁷ “*las prestaciones accesorias constituyen un instrumento para implicar a los miembros de la familia en la empresa social en la forma que se tenga por conveniente. Su régimen jurídico permite extender la aplicación de las normas societarias a las relaciones entre el miembro de la familia y la sociedad familiar. En sentido opuesto, permite a los distintos miembros de la familia asegurarse la vinculación en una forma concreta a la empresa familiar y utilizar los mecanismos societarios para el caso de que los demás miembros de la familia deseen extinguir tal vinculación*”.

La importància de les prestacions accessòries en el context d'una empresa familiar justifica que dediquem línies al seu anàlisi. Segons el TRLSC, aquestes prestacions constitueixen obligacions dels socis de les quals és creditora la societat i que formen part del patrimoni social però no del capital. Les prestacions accessòries permeten augmentar el contingut obligatori del soci o sòcia que d'aquesta forma s'implica de forma més intensa en l'activitat de la societat. En el cas concret de la societat familiar dels Dou-Salvat, la prestació accessòria podria consistir en obligar a alguns socis o sòcies (els fills i la neboda d'en Joan) a prestar la seva força de treball a la societat o a fer aportacions suplementàries de diners quan sigui necessari com a conseqüència de pèrdues o perquè es vagin a emprendre noves inversions.

En tot cas, els estatuts han de determinar si les prestacions accessòries son retribuïdes o gratuïtes i, en el primer cas, la compensació que hagin de rebre els socis que les realitzin tenint en compte que la quantia de la retribució no podrà excedir en cap cas del valor que correspongui a la prestació.

- **Regim de transmissió voluntària de participacions per actes *inter vivos***

Una de les raons per les que hem considerat la idoneïtat de la societat responsabilitat limitada es, justament, el seu caràcter tancat. Una de les conseqüències més importants d'aquesta característica es que les participacions socials tenen restringida la transmissibilitat. L'excepció la constitueix la transmissió de participacions dins d'un cercle de persones pròximes al soci o a la sòcia (concretament, el seu cònjuge, ascendent o descendent) que, si no hi ha clàusula estatutària en contra, són supòsits de

⁷ J. Alvaro Aguila Real, “Prestaciones Accesorias”, *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Barcelona, 2005, Tomo IV, p. 433 y ss.

transmissions lliures. Ates que es tracta d'una empresa familiar la previsió legal que considera lliure la transmissió de participacions entre familiars resulta totalment afortunada ja que permet que les participacions continuïn en el si de la família Dou-Salvat.

Respecte a tercers (no familiars) la transmissió no és que es presumeixi lliure, sinó que per contra ha de ser limitada, en consideració al caràcter tancat que defineix a la societat, circumstància que confirma el TRLSC, que declara nul·les les clàusules estatutàries que facin pràcticament lliure la transmissió voluntària de les participacions socials per actes entre vius. No obstant això, en cap cas les limitacions a la transmissió poden arribar a impossibilitar-la, llevat que es reconegui el dret del soci a separar-se en qualsevol moment. Així mateix hi ha la possibilitat que els estatuts impedeixen la transmissió voluntària de les participacions per actes entre vius, o l'exercici del dret de separació, durant un període de temps no superior a cinc anys a comptar de la constitució de la societat.

En tot cas seran els socis els que en redactar els estatuts han de decidir si volen que les transmissions entre familiars resultin lliures, per no estipular res en contra, i els a més a més determinin la regulació estatutària de les transmissions en general sense atènyer-se a més limitacions específiques que les derivades de les prohibicions incloses en el TRLSC. Si els estatuts no preveuen un règim específic de les transmissions per actes entre vius, s'aplicarà per defecte el legal. Pel que fa als pressupostos d'aplicació d'aquest règim supletori són els següents:

La comunicació.

De conformitat amb l'article 107.2.a), el soci que es proposi transmetre la seva participació o participacions ha de comunicar per escrit als administradors, fent constar el nombre i característiques de les participacions que pretén transmetre, la identitat de l'adquirent i el preu i altres condicions de la transmissió.

L'autorització de la transmissió.

La transmissió proposta queda supeditada, en primer terme, a l'autorització de la societat, que ha d'expressar a través d'acord de la Junta General, prèvia inclusió de l'assumpte en l'ordre del dia, adoptat per la majoria ordinària establerta per la Llei

La denegació de l'autorització.

La societat només podrà denegar el consentiment si comunica al transmissor, per conducte notarial, la identitat d'un o diversos socis o tercers que adquireixin la totalitat de les participacions. No serà necessària cap comunicació al transmissor si va concórrer a la Junta General on es van adoptar els acords.

La norma estableix a aquests efectes un dret de preferència per l'adquisició a favor dels socis concurrents a la Junta General, i si són diversos els socis concurrents interessats a adquirir, es distribuïran les participacions entre tots ells a prorrata de la seva participació en el capital social. Quan no sigui possible comunicar la identitat d'un o diversos socis o tercers adquirents de la totalitat de les participacions, la junta general pot acordar que

sigui la pròpia societat la que adquireixi les participacions que cap soci o tercer acceptat per la Junta vulgui adquirir.

La determinació del preu de la transmissió.

El preu de les participacions, la forma de pagament i les altres condicions de l'operació, seran les convingudes i comunicades a la societat pel soci transmissor. Si el pagament de la totalitat o de part del preu estigués ajornat en el projecte de transmissió, per a l'adquisició de les participacions serà requisit previ que una entitat de crèdit garanteixi el pagament del preu ajornat.

Atorgament del document públic de transmissió

El document públic de transmissió s'ha d'atorgar en el termini d'un mes a comptar de la comunicació per la societat de la identitat de l'adquirent o adquirents.

Silenci (positiu) de la societat sobre el projecte de transmissió de participacions.

El soci podrà transmetre les participacions en les condicions comunicades a la societat, quan hagin transcorregut tres mesos des que hagi posat en coneixement d'aquesta el seu propòsit de transmetre sense que la societat li hagi comunicat la identitat de l'adquirent o adquirents

• **Dret d'adquisició de les participacions del soci mort a favor dels socis supervivents, i, si no, a favor de la societat.**

En el cas de les participacions socials la transmissió *mortis causa* es regeix pel principi de la lliure transmissibilitat admetent, però, l'establiment d'un règim diferent sempre que així es prevegi estatutàriament. La regla general és que l'hereu o legatari adquireix la condició de soci per successió hereditària. La justificació d'aquest principi s'ha de buscar (novament) en que el caràcter personalista de la societat no es trenca si els adquirents de les participacions pertanyen al nucli familiar. L'excepció a aquesta llibertat consisteix a pactar un dret d'adquisició preferent a favor dels socis supervivents i, si no, a favor de la societat. S'ha d'entendre que aquest dret d'adquisició preferent correspon, si s'escau, a tots els socis a prorrata de la seva participació en el capital social.

El TRLSC ofereix una sèrie de garanties a favor dels successors del soci mort. D'una banda, en tant que fixa com a preu d'adquisició el valor raonable de les participacions. Igualment suposa una garantia el termini de tres mesos que es concedeix per a l'exercici del dret d'adquisició preferent i, finalment, el que s'estableixi com a forma de pagament del preu al comptat. Aquests serien els requisits que, en tot cas, haurien de respectar els nostres estatuts en cas d'incloure alguna clàusula que contingues un règim específic de transmissió mortis causa.

2.4. Els pactes parasocials i el protocol familiar.

Encara que els estatuts poden adaptar-se a les particularitats d'una "societat familiar" no sempre s'obté satisfacció suficient de tots els interessos involucrats. És per això que els

socis poden exigir l'articulació d'instruments complementaris al pacte social d'aquestes entitats a través dels anomenats **pactes parasocials**. La doctrina mercantilista utilitza aquesta expressió per designar els convenis subscrits entre alguns o tots els socis d'una societat anònima o limitada per tal de completar, concretar o modificar, en les seves relacions internes, les regles legals i estatutàries que la regeixen. Un exemple paradigmàtic d'aquest tipus de pactes parasocials el constitueix l'anomenat Protocol Familiar. En efecte, l'article 2 del Real Decret 171/2007 defineix el protocol familiar com *“aquell conjunt de pactes subscrits per els socis entre si o amb tercers amb els que guarden vincles familiars que afecten una societat no cotitzada, en què tinguin un interès comú amb vista a aconseguir un model de comunicació i consens en la presa de decisions per regular les relacions entre família, propietat i empresa que afecten l'entitat.”* Per tant, més enllà de quin sigui el propòsit dels signants d'un protocol familiar i del seu contingut específic, es tractarà en definitiva d'un pacte parasocial de naturalesa extraestatutària, el propòsit serà regular els drets i obligacions de les parts en tant socis de la societat familiar, per la qual cosa necessàriament tindrà incidència sobre l'ens social.

Davant l'absència d'una regulació positiva del contingut del protocol familiar entenem que aquest ha de venir configurat per l'autonomia negocial, sense més límits que els establerts, amb caràcter general, en l'ordenament civil i amb caràcter específic, en el societari. No obstant això, és corrent que s'estructurin de següent manera:

Preàmbul introductori.

El protocol sol tenir un preàmbul introductori que intenta explicar breument l'origen fundacional de l'empresa familiar, la seva trajectòria generacional assenyalant els fets més rellevants i la seva situació actual, esmentant com a finalitat primordial del mateix la consecució d'un sol bloc cohesionat entre família i empresa per el que lliurement els signants s'obliguen a complir les normes i pautes d'actuació que conformen el seu contingut, a l'espera que aquestes pautes s'incorporin a la tradició familiar.

Àmbits subjectiu i objectiu d'aplicació.

En que s'explica l'estructura i organització del grup familiar identificant als membres de la família signants del protocol i a la resta de components del grup familiar, successives generacions i branques familiars, especificant les condicions per ser soci, possibles exclusions i la seva participació en el capital o patrimoni de l'empresa. En aquest context resulta molt habitual la inclusió de la *“clàusula antiyerno”* amb la que es pretén impedir l'accés a la societat de familiars polítics.

Relacions família / empresa.

En aquest apartat es fixen les regles de funcionament i exercici de la propietat d'un costat i l'estructura i organització de l'empresa, d'un altre, establint, això sí, una nítida separació entre els que siguin els òrgans de govern de la societat en funció de la naturalesa de la mateixa i els que s'estableixin en l'àmbit familiar per relacionar-s'hi.

En aquest sentit, els òrgans de la societat son, com hem vist, la Junta General de socis, que té caràcter deliberant i els acords són expressió de la voluntat social i el Consell

d'administració, que tenen caràcter executiu i s'ocupen de la gestió i representació de la societat. D'altra banda, com a òrgans del cercle d'interessos de la família solen considerar l'assemblea Familiar i el Consell de Família.

En la primera estaran representats tots els membres de la família, generalment majors d'edat, treballin o no en l'empresa, fins i tot familiars polítics i assessors externs que puguin orientar en qüestions concretes i la seva missió fonamental és aconseguir un clima familiar d'entesa. El Consell de Família, per la seva part, format per ell o els fundadors i els cap de branca familiar així com, si s'escau, per persones alienes al grup familiar de reconegut prestigi empresarial o professional, és l'òrgan que pren les decisions en l'àmbit de les relacions família-empresa, que ha d'aplicar, desenvolupar i impulsar el contingut del protocol garantint la convivència pacífica i la informació de la família i en definitiva abordar i resoldre qualsevol qüestió d'índole familiar, que no de gestió empresarial, així per exemple, l'orientació i formació professional dels joves de la família.

Incorporació a l'empresa dels membres de la família.

S'establiran normes i condicions d'accés a un lloc de treball a l'empresa, així com els criteris de formació, coneixements i experiència requerida que permetin que l'empresa creï un clima laboral competitiu i eficient

Remuneració i propietat.

Es fixen els principis generals de política econòmica del grup familiar amb relació a l'empresa. Així, les normes de remuneració, la política de dividends, accés i distribució de la propietat; concessió d'aval, garanties i préstecs, valoració de les participacions i transmissió de les mateixes

Adhesió i revisió.

Els membres del grup familiar es comprometen a lligar emocionalment, explicar i sotmetre a la signatura dels seus descendents, generalment en assolir la majoria d'edat, el protocol. Així mateix, fixar les situacions que aconsellin la seva revisió per adequar-lo a la realitat empresari-familiar que s'estigui vivint i fer-ho realment efectiu.

Solucions extrajudicials en cas de conflicte.

La família preveu la submissió i resolució dels enfrontaments que en l'àmbit d'aplicació del protocol puguin produir-se a institucions com l'arbitratge i la mediació .

2.5. La resolució de conflictes en l'empresa familiar.

S'ha dit que l'existència de conflictes en el si d'una empresa familiar es deu a la col·lisió entre dos sistemes (el familiar i l'empresarial) que tenen característiques i finalitats completament diferents quan no contraposats. Això dona com a resultat una sèrie de "conflictes típics" com el joc de rols inadequats dins de l'empresa, excés de membres de la família en l'organització, remuneracions inadequades, comportaments creuats, etc. Per això es especialment rellevant que el Protocol Familiar prevegi la submissió dels enfrontaments entre els membres de la família a algunes institucions que

es consideren idònies per a tal fi com és el cas de la mediació. De fet, la Llei 15/2009, del 22 de juliol, de mediació en l'àmbit del dret privat disposa que la mediació familiar comprèn de manera específica "*Els conflictes de relació entre persones sorgits en el si de l'empresa familiar*"

S'entén per mediació el procediment no jurisdiccional de caràcter voluntari i confidencial que s'adreça a facilitar la comunicació entre les persones, per tal que gestionin per elles mateixes una solució dels conflictes que els afecten, amb l'assistència d'una persona mediadora que actua d'una manera imparcial i neutral. El seu objectiu últim es evitar l'obertura de processos judicials de caràcter contenciós, posar fi als ja iniciats o reduir-ne l'abast.

El procediment es molt senzill. Un cop les parts decideixen iniciar la mediació, la persona mediadora ha de convocar-les a una primera reunió en què els ha d'explicar el procediment, els principis i l'abast de la mediació. Especialment, les ha d'informar del dret de qualsevol d'elles de donar per acabada la mediació. A més a més, la persona mediadora i les parts han d'acordar les qüestions que cal examinar i han de planificar el desenvolupament de les sessions que poden ésser necessàries.

D'aquesta reunió inicial, se n'ha d'estendre una acta, en la qual s'han de fer constar la data, la voluntarietat de la participació de les parts i l'acceptació dels deures de confidencialitat. S'han d'establir l'objecte i l'abast de la mediació i una previsió del nombre de sessions. La durada de la mediació depèn de la naturalesa i la complexitat del conflicte, però no pot excedir els seixanta dies hàbils, comptadors des del dia de la reunió inicial. Mitjançant una petició motivada de la persona mediadora i de les parts, l'òrgan o l'entitat competent en pot prorrogar la durada fins a un màxim de trenta dies hàbils més, en consideració a la complexitat del conflicte o al nombre de persones implicades

De la sessió final de la mediació, se n'ha d'estendre una acta, en la qual han de constar exclusivament i d'una manera clara i concisa els acords assolits i si és impossible arribar a cap acord, s'ha d'estendre una acta en què tan sols s'ha de fer constar aquest fet.

3. Conclusions

Quan es tracta d'empreses familiars de primera generació és freqüent trobar-se amb que el titular es un empresari individual. No obstant això, a mesura que els fills s'incorporen a l'empresa sorgeix la necessitat d'articular la seva participació en la direcció i gestió de la mateixa. En aquest context, la constitució d'una societat esdevé un instrument particularment idoni no només perquè en última instància facilita el relleu generacional sinó també perquè a través dels estatuts es pot articular la participació dels membres de la família en els assumptes empresarials. Per això no és estrany que les empreses familiars amb més antiguitat, major volum de negoci i en què ha existit reemplaçament generacional presentin la forma de societat.

En el present treball s'ha intentat argumentar l'elecció d'un tipus societari en concret que, d'altra banda, és el que major presència té com a titular de petites i mitjanes empreses. A més, s'han apuntat algunes de les mencions estatutàries que podrien servir

per adaptar l'estructura societària a les necessitats del grup familiar sense oblidar la importància del Protocol familiar com un tipus molt especial de pacte parasocial. En properes edicions s'aprofundirà en el contingut d'aquests pactes parasocials en el context de les empreses familiars.

Bibliografia:

- Alfaro Aguila-Real, J. (2005), "Prestaciones Accesorias", El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos, Tomo IV, Barcelona.
- Cabrera Suárez, K (2005), "La generación siguiente (II)": La perspectiva de los sucesores" en Corona, J (ed) (2005), Manual de la Empresa Familiar, Deusto, Barcelona.