



Del empresario individual al empresario social: las sociedades como herramienta que facilita la transición intergeneracional en la empresa familiar

Maria José Puyalto Franco

Profesora Agregada de Derecho Mercantil en el Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Lleida.

Correo de contacto: mjpuyalto@dpriv.udl.cat

Recibido 5 noviembre 2011; aceptado 30 noviembre 2011

Resumen

La constitución de una sociedad de capital puede constituir un excelente instrumento para facilitar la transición intergeneracional en aquellas empresas en la que su titular es una persona física y sus descendientes han tomado la decisión de entrada a tiempo completo en la organización empresarial. En este sentido, el tránsito de la condición de empresario individual a empresario social no solo permite la conservación de la empresa más allá de la vida de su titular actual, simplificando el proceso hereditario, sino que además permite disfrutar de las ventajas de la limitación de la responsabilidad por deudas y de la separación del patrimonio civil de los socios del patrimonio necesario para el ejercicio de la empresa, reduciendo así los riesgos económico patrimoniales. Adicionalmente, la relativa flexibilidad del régimen jurídico de las sociedades de capital permite que los socios tengan la posibilidad de adecuarlo a sus necesidades específicas.

Clasificación JEL: K10; K20; K36

Palabras clave: Empresario social, Sociedades mercantiles, Empresa familiar, Protocolo familiar

1. Planteamiento del caso

Siguiendo la tradición familiar, Juan Dou Espada sustituyó a su padre en la titularidad y dirección del restaurante "Toc Cassolà" en una de las calles más céntricas de la ciudad. Su éxito, durante los más de veinte años al frente del negocio, radica en ofrecer menús

caseros y saludables a un precio asequible a los trabajadores/as que necesitan comer fuera de casa y un esmerado servicio de cafetería con una gran variedad de tapas. La empresa cuenta con una plantilla de ocho personas además del propio Juan, su esposa Carmen Salvat y la hermana de ésta, María, que se ocupan de la cocina del restaurante, y dos de sus hijos Carlos y Enrique. Recientemente se ha incorporado Rosa, una hija de su cuñada que acaba de obtener un título de Técnico Superior en Dirección de Servicios de Restauración.

Los tres primos quieren seguir trabajando en el restaurante pero piensan que sería bueno renovar y ampliar el negocio. Una de las posibilidades que les parece más interesantes es una franquicia que ofrece un modelo de negocio basado en un nuevo concepto de tienda-restaurante especializado en la tradición gastronómica catalana mediante la elaboración de una gran variedad de recetas populares. Deciden ponerse en contacto con el titular de la franquicia y, en principio, parece que las dos partes estarían interesadas en llegar a un acuerdo. Ahora sólo falta convencer Juan para que acepte su propuesta y les permita participar en el nuevo proyecto empresarial.

Juan ya tiene casi sesenta años y lleva cuarenta al frente del restaurante. La idea de que sus hijos le proponen le ofrece la oportunidad de desligarse del día a día de la empresa pero sin llegar a perder el control. Es más, está dispuesto a cederles la mitad del negocio con una condición: la empresa debe seguir en manos de la familia Dou-Salvat.

2. Soluciones aportadas

2.1. Algunas reflexiones previas.

Nuestro ordenamiento jurídico pone a disposición de los emprendedores y emprendedoras un amplio abanico de vestiduras que les permiten acometer actividades empresariales con una serie de ventajas que no tendrían en caso de hacerlo como empresarios individuales (los llamados autónomos), especialmente nos referimos a la posibilidad de limitar la responsabilidad por deudas.

En efecto, la situación jurídica del empresario o empresaria individual se puede sintetizar diciendo que se lo son imputables todas las relaciones con terceros en el ejercicio de una actividad económica, que responde ante sus acreedores con todos los bienes presentes y futuros, que su empresa no constituye un patrimonio separado del resto de su patrimonio civil y, finalmente, que no existe en cuanto a su responsabilidad distinción entre obligaciones civiles y mercantiles, es decir, que las deudas profesionales responde también con el su patrimonio personal

La situación descrita se agrava si el empresario está casado en régimen de gananciales. En este caso, el Código de Comercio¹ prevé que el empresario responda con todos sus bienes privativos y con la parte de los comunes que se haya obtenido con el ejercicio de la actividad empresarial pero, además, por el juego del consentimiento presunto o tácito del cónyuge no empresario, puede llegar a responder con el resto de bienes comunes.

¹ Artículo 6 del Código de Comercio.

Sin embargo, si examinamos los datos que nos ofrece la base de datos del DIRCE, encontramos un alto porcentaje de emprendedores y emprendedoras que optan por esta fórmula, es decir, ejercer su actividad como empresarios o empresarias individuales. Por poner un ejemplo relativo al caso que se plantea, del total de las 64.875 empresas agrupadas en la categoría "Restaurantes y puestos de comida"², 28.326 tienen como titular un empresario individual lo que supone un 43,66%.

Las razones que pueden llevar a un emprendedor a ejercer su actividad como empresario individual son diversas. Por un lado se dice que resulta una forma idónea para el funcionamiento de empresas de muy reducido tamaño (básicamente microempresas³). Por otro lado es la forma que menos gestiones y trámites exige para la realización de su actividad, ya que no es necesario realizar ningún trámite de adquisición de la personalidad jurídica y, por tanto, también resulta la más económica.

Juan Dou es un empresario individual titular de una empresa familiar en el sentido que sustituyó a su padre en la propiedad y dirección de la misma. Como hemos visto, esta no es una situación excepcional. De hecho, en España muchas de las empresas familiares actuales surgieron en su tiempo como iniciativas individuales, que a lo largo del tiempo se han consolidado como grupos familiares. La tercera generación de los Dou-Salvat (sus dos hijos y la sobrina de Juan) ya han cubierto una de las etapas de vinculación, es decir, aquella en la que los descendientes miembros de una familia propietaria toman la decisión de entrada de tiempo completo. Sin embargo, esto no asegura un sostenido interés o una adecuada transición de la sucesión de la empresa. Ahora es el momento de plantearse la tercera y última etapa de vinculación que consiste en la promoción del sucesor o sucesores en una posición de liderazgo dentro de la empresa familiar.

En este proceso, la constitución de una sociedad constituye una herramienta clave. En efecto, la sociedad es un recurso que facilitará a la familia Dou-Salvat la conservación de la empresa más allá de la vida de Juan simplificando el proceso hereditario y, además, disfrutando de las siguientes ventajas: (i) les permite separar el patrimonio civil de los socios del patrimonio necesario para el ejercicio de la empresa, reduciendo los riesgos económicos patrimoniales, (ii) pueden concurrir al mercado con el beneficio de la limitación de la responsabilidad patrimonial sin que esto represente un perjuicio los terceros, (iii) se les ofrece la posibilidad de desarrollar diversas actividades con la consiguiente especialización mediante la creación de sociedades con diferentes objetos sociales, y finalmente, (iv) hay que tener en cuenta que la ganancia de una sociedad esta grabado con un porcentaje más reducido que si nos encontramos ante un empresario individual al que se le computa como ingreso todo el beneficio de su empresa en el IRPF.

Una vez argumentada la bondad de la sociedad como instrumento facilitador de la transición intergeneracional en la empresa sólo queda la elección del tipo societario más adecuado a los intereses de la familia Dou-Salvat.

² El código CNAE 2009 de esta actividad es el 5610.

³ Menos de 10 trabajadores y volumen de negocio inferior a 2 millones de euros o cuantía del balance inferior a 2 millones de euros.

2.2. Eligiendo el tipo societario.

En un intento por clarificar el complejo panorama de tipos societarios disponibles en nuestro ordenamiento jurídico, podríamos empezar por distinguir las sociedades civiles de las mercantiles. En principio, el principal criterio para diferenciarlas es de carácter objetivo, esto es la naturaleza civil o mercantil de la actividad a la que se dedica la sociedad. El problema radica por un lado, en que no siempre es fácil definir lo que es una actividad mercantil y, por otro lado, la admisibilidad de las llamadas sociedades mixtas, es decir, sociedades civiles que por su objeto pueden revestir todas las formas reconocidas en el Código de Comercio ya las que, en este caso, se les aplicarán las disposiciones contenidas en el susodicho texto legal.

En cualquier caso, son consideradas sociedades civiles: las comunidades de bienes y las sociedades civiles en sentido estricto. En cuanto a las sociedades mercantiles, podemos introducir una nueva distinción entre las que tienen carácter personalista, como la sociedad colectiva y la sociedad comanditaria o de carácter capitalista, como las sociedades anónimas y la sociedad comanditaria por acciones. Situándose en el medio de unas y otras, se encuentra la sociedad de responsabilidad limitada.

La diferencia entre estas dos grandes categorías de sociedades mercantiles (personalistas o capitalistas) tiene que ver con la relevancia que se concede a las condiciones personales de los socios y en la importancia que adquiere la noción de capital en las sociedades capitalistas. Pero también y fundamentalmente, hay que tener en cuenta que en las sociedades personalistas, los socios o algunos de ellos responden personal e ilimitadamente de las deudas sociales y, en cambio, en las sociedades capitalistas, los socios responden limitadamente por las susodichas deudas.

Además, las sociedades mercantiles capitalistas tienen un carácter corporativo, es decir, que la formación de la voluntad y la actuación externa de la persona jurídica se ajusta a un modelo orgánico y, en este sentido, los órganos son centros o núcleos de organización en el seno de la sociedad que resultan destinatarios de un grupo de funciones y competencias regladas mediante las cuales esa forma su voluntad interna, la manifiesta y la ejecuta.

Por una serie de razones que seguidamente expondremos, creemos que la fórmula societaria más adecuada para la familia Dou-Salvat podría ser la sociedad de responsabilidad limitada. En efecto, la propia aparición de esta sociedad a finales del siglo XIX respondió a necesidades de la práctica que no habían sido atendidas por los tipos societarios existentes hasta el momento. Se trataba, por tanto, de buscar una fórmula jurídica idónea para la regulación de actividades empresariales llevadas a cabo por un número reducido de personas, generalmente vinculadas por lazos de amistad o familiares, sin quedar sometidas al severo régimen de responsabilidad por deudas sociales que es típico de las sociedades personalistas ni a la rigidez propia de las sociedades de capital por excelencia: las sociedades anónimas. De hecho, esta es la fórmula predominante entre los titulares de las empresas agrupadas en la categoría "Restaurantes y puestos de comida", concretamente hay un total de 27.389 frente a las 1.232 sociedades anónimas. En definitiva, el 42, 21% de los titulares de restaurantes son sociedades limitadas y sólo un 1,89% sociedades anónimas.

En este sentido, la sociedad de responsabilidad limitada regulada en el 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 adelante, TRLSC), esta caracterizada por los siguientes rasgos: en primer lugar, es un tipo en el que conviven elementos personalistas y capitalistas configurando una especie de sociedad mixta con un gran protagonismo de la autonomía de la voluntad, en segundo lugar es una sociedad esencialmente cerrada, lo que se manifiesta en las restricciones para la libre transmisión de las participaciones, en tercer lugar, permite disponer de un régimen jurídico flexible que dé libertad a los socios para organizar la vida interna de la sociedad bien alejado de la complejidad propia de la sociedad anónima, por último, se puede constituir con un capital mínimo de 3.000,00 euros en lugar de los 60.000,00 euros que son necesarios para constituir la anónima.

Sin embargo, uno de los inconvenientes de la sociedad limitada respecto de la sociedad anónima consiste en que con ese tipo societario se dificulta la financiación externa al reducirse también las vías para conseguirlo. Concretamente nos referimos a la prohibición de recurrir al ahorro colectivo o el llamado mercados de capitales (las sociedades de responsabilidad limitada no pueden cotizar en las Bolsas de Valores), la prohibición de aumento de capital mediante el ofrecimiento público de participaciones o prohibición de hacer emisiones de obligaciones.

Una vez escogida la sociedad, el siguiente paso consiste en "personalizar" el contenido de sus estatutos sociales a medida de los intereses de la familia Dou-Salvat. En la concreción de estos rasgos características hay que tener como referencia lo que se entiende por una empresa familiar. Aunque ha sido definida por múltiples autores sin llegar a la unificación del concepto, parece haber acuerdo en las tres dimensiones fundamentales que contribuyen a su definición: (i) la propiedad / dirección de los miembros de una familia, (ii) la implicación familiar y (iii) la transferencia generacional. Por tanto, para los propósitos de este trabajo, se adopta, con leves ajustes, la definición dada por Cabrera (2005), la cual cumple con las dimensiones ya mencionadas: una empresa familiar es aquella en la que el 51% o más de la propiedad está en manos de los miembros de una familia, que tienen la intención de que las relaciones intraempresarial de propiedad y control directivo estén basadas en lazos familiares y donde se ha incorporado la segunda generación o posteriores.

Esta definición es compatible con la que ofrece en su preámbulo el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos Familiares. Esta norma entiende que una empresa familiar es aquella en que la propiedad o el poder de decisión pertenecen, en todo o en parte, a un grupo de personas que son parientes entre sí. Asimismo resulta coincidente con la caracterización que de este tipo de empresa hizo el Senado, en el informe de Ponencia que se constituyó para el estudio de la problemática de la empresa familiar, realizado en el año 2001⁴, el cual, pese a admitir que no hay un consenso generalizado sobre qué es una empresa familiar, señalaba las siguientes características definidoras: 1) que una familia (si se trata de una

⁴ BOCG. Senado VIII Legislatura. Serie I. de 23 de noviembre de 2001. Núm. 312

empresa unifamiliar), tenga una participación importante del capital social. 2) Que con base en dicha participación, la familia pueda ejercer el control de la empresa. 3) Que la familia participe en la gestión, ocupando (en las empresas societarias) la totalidad o la mayoría en el Consejo de Administración. 4) El deseo de la familia que la empresa continúe en el tiempo, incorporando en la propiedad o en la gestión o dirección, las sucesivas generaciones de la familia.

2.3. Unos estatutos sociales a medida.

Los estatutos sociales son una de las menciones del contrato social y pueden definirse como el documento que regirá el funcionamiento de la sociedad una vez haya adquirido su personalidad jurídica mediante la inscripción de la escritura pública de constitución en el Registro Mercantil.

Según el artículo 23 TRLSC, los estatutos de la sociedad de responsabilidad limitada deben recoger los siguientes aspectos:

1. La denominación de la sociedad.
2. El objeto social, determinando las actividades que lo integran.
3. El domicilio social.
4. El capital social, el número de participaciones en que se divida el capital social, el valor nominal de las mismas, su numeración correlativa y, si son desiguales, los derechos que cada atribuya a los socios y la cuantía o la extensión de estos.
5. El modo o modos de organizar la administración de la sociedad, el número de administradores o, al menos, el número máximo y el mínimo, así como el plazo de duración del cargo y el sistema de retribución, si tienen
6. El modo de deliberar y adoptar sus acuerdos los órganos colegiados de la sociedad.
7. Todos los pactos y condiciones que los socios fundadores consideren conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido.

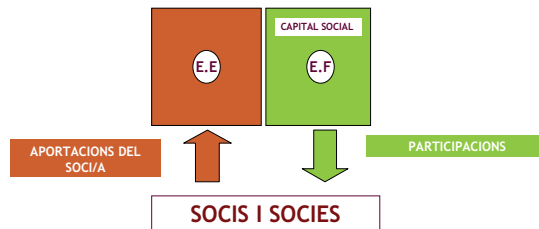
Nos detendremos en el análisis de alguno de los aspectos que consideramos más relevantes a los efectos de la empresa familiar.

• Las aportaciones de los socios, las participaciones, el capital social.

Para constituir una sociedad de responsabilidades limitada es necesario que cada uno de los fundadores/as realice la aportación de bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica. No se admite la aportación de trabajo pero, como tendremos ocasión de comprobar, el trabajo puede constituir el contenido de una prestación accesoria.

El TRLSC también permite la aportación de empresas. En la constitución de la sociedad familiar de los Dou-Salvat, Juan podría realizar esta aportación en particular, es decir, su restaurante "Toc Cassolá" que, de esta manera, pasaría a integrar el patrimonio de la sociedad de la que también formarían parte sus hijos, su sobrina y otros miembros de la

familia desembolsando íntegramente su correspondiente aportación⁵. A cambio de estas aportaciones, los socios y socias recibirán (asumirán) las participaciones que les correspondan.



EE es la estructura económica de la empresa, es decir, los medios acumulados por el empresario para producir bienes y servicios (las aportaciones de todos y todas los socios y las socias). EF es la estructura financiera y recoge los recursos o fuentes de financiación para conseguir los medios. El capital social es una cifra contable que figura en el balance como una de las cuentas dentro del patrimonio neto en la partida de fondos propios, podríamos decir que es una cantidad que la sociedad "debe" a sus aportantes, los socios. En todo caso, la cuantía del capital debe coincidir con el valor de las aportaciones realizadas (desembolsadas) por los socios y en la sociedad de responsabilidad limitada no podrá ser inferior a 3.000,00 euros. Sea cual sea la cuantía del capital social de la sociedad de los Dou-Salvat, es importante recordar que como mínimo el 51% de este capital debe estar en manos de los miembros de la familia por mantener este carácter y cumplir la condición de Joan.

El capital social se divide en partes alicuotas, indivisibles y acumulables del capital social, las participaciones sociales, que confieren a su titular legítimo la condición de socio y le atribuyen los derechos reconocidos en esta Ley y en los estatutos. Estos derechos mínimos son los siguientes:

- El de participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación.
- El de asunción preferente en la creación de nuevas participaciones
- El de asistir y votar en las juntas generales y el de impugnar los acuerdos sociales.
- El de información.

En principio, las participaciones sociales atribuyen a los socios los mismos derechos pero TRLSC permite que otorguen derechos diferentes como el derecho a obtener un dividendo preferente.

⁵ Esta es una de las particularidades de la sociedad limitada respecto a la sociedad anónima ya que en esta última se permite un desembolso parcial (al menos un 25%) de las aportaciones comprometidas.

Uno de los derechos llamados "políticos" de los socios de una sociedad de responsabilidad limitada es el derecho de voto. Salvo disposición contraria de los estatutos sociales, cada participación social concede a su titular el derecho a emitir un voto. Por tanto, el socio o socia con el mayor número de participaciones será también el que disponga de mayor número de votos en la Junta General. Ahora bien también puede ser interesante para algunos futuros socios / as miembros de la familia Dous-Salvat o no la posibilidad de asumir participaciones sin voto a cambio de un dividendo anual mínimo fijo o variable. Esta eventualidad permite renunciar a tener "poder de decisión" a cambio de asegurar la rentabilidad de la inversión y puede ser muy útil para aquellos socios o socias que no estando interesados en intervenir en las decisiones principales de la sociedad quieren, pero, participar como inversores. Vendrían a ser una especie de *business angel* familiar⁶.

• El modo o modos de organizar la administración de la sociedad

Como ya se ha dicho, las sociedades mercantiles capitalistas (como la sociedad de responsabilidad limitada) tienen un carácter corporativo de forma que la formación de la voluntad y la actuación externa de la persona jurídica se ajusta a un modelo orgánico. Normalmente hay dos tipos de órganos: El órgano de formación de la voluntad social (Junta General) y el órgano de administración y representación de la sociedad. Las funciones principales de este último son: (i) la dirección y gestión permanente de los asuntos sociales y la explotación de la actividad constitutiva del objeto social (ii) tiene legalmente atribuida la representación de la sociedad.

Hay varias maneras de organizar la administración de una sociedad: confiado a un administrador único, a varios administradores que actúen de forma solidaria o de forma conjunta o un consejo de administración. Una de las ventajas que ofrece la sociedad de responsabilidad limitada frente a la anónima es que los estatutos sociales pueden establecer diferentes modos de organizar la administración atribuyendo a la junta de socios la facultad de optar alternativamente por cualquiera de ellos sin necesidad de modificación estatutaria.

Nuestra recomendación es, sin embargo, optar por un consejo de administración integrado por algunos miembros de la familia Dous-Salvat y por consejeros externos e independientes. Conviene recordar que dado que una empresa se considera familiar no sólo cuando una parte esencial de su propiedad está en manos de una o varias familias sino también cuando sus miembros intervienen de forma decisiva en la administración y dirección del negocio, hay que mantener una proporción adecuada entre el número de consejeros "familiares" respecto a los consejeros externo (por ejemplo, se podría establecer que el número de consejeros externo no superara un tercio de los miembros del Consejo). La función de los consejeros externos debe ser la de aportar conocimientos y experiencias a la sociedad que sean relevantes para ésta y que

⁶ Los llamados Business Angel son personas físicas con un amplio conocimiento de determinados sectores y con capacidad de inversión, que impulsan el desarrollo de proyectos empresariales con alto potencial de crecimiento en sus primeras etapas de vida, aportando capital y valor añadido a la gestión. Son inversores que apuestan por un proyecto empresarial, sin involucrarse en el día a día, pero aportando un valor añadido. Se puede encontrar más información en <http://www.esban.com>

complementen los conocimientos y experiencias del resto de miembros del Consejo. En todo caso, unos y otros deben tener como propósito común la defensa del "interés social" entendido como el de maximizar, de forma sostenida, el valor económico de la empresa.

• Todos los pactos y condiciones que los socios fundadores consideren conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido.

Como hemos visto, el contenido mínimo que deben recoger los Estatutos Sociales establece en TRLSC. Sin embargo, los socios pueden establecer los pactos que estimen convenientes siempre que éstos no sean contrarios a la ley o a los principios inspiradores del tipo social elegido. Es lo que se conoce como principio de autonomía de la voluntad.

Partiendo de estas premisas, los estatutos sociales pueden regular, entre otros, los siguientes aspectos:

- Prestaciones accesorias expresando su contenido concreto y determinado y si se han de realizar gratuitamente o mediante retribución, así como las eventuales cláusulas penales inherentes a su incumplimiento.
- Régimen de transmisión voluntaria de participaciones por actos inter vivos
- Derecho de adquisición de las participaciones del socio fallecido a favor de los socios sobrevivientes, y si no, a favor de la sociedad

• Prestaciones accesorias.

Como acertadamente señala el profesor Alfaro 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 pretenda 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 en la empresa familiar y utilizar los mecanismos societarios para el caso de que los demás miembros de la familia deseen extinguir tal vinculación".

La importancia de las prestaciones accesorias en el contexto de una empresa familiar justifica que dedicamos líneas a su análisis. Según el TRLSC, estas prestaciones constituyen obligaciones de los socios de las cuales es acreedora la sociedad y que forman parte del patrimonio social pero no del capital. Las prestaciones accesorias permiten aumentar el contenido obligatorio del socio o socia que de esta forma se implica de forma más intensa en la actividad de la sociedad. En el caso concreto de la sociedad familiar de los Dou-Salvat, la prestación accesoria podría consistir en obligar a algunos socios o socias (los hijos y la sobrina de Juan) a prestar su fuerza de trabajo a la sociedad o en hacer aportaciones suplementarias de dinero cuando sea necesario como consecuencia de pérdidas o para que se vayan a emprender nuevas inversiones.

⁷ J. Alfaro Águila Real, "Prestaciones Accesorias", El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos, Barcelona, 2005, Tomo IV, p. 433 y ss.

En todo caso, los estatutos deben determinar si las prestaciones accesorias son retribuidas o gratuitas y, en el primer caso, la compensación que deban recibir los socios que las realicen teniendo en cuenta que la cuantía de la retribución no podrá exceder en ningún caso del valor que corresponda a la prestación.

• Régimen de transmisión voluntaria de participaciones por actos inter vivos

Una de las razones por las que hemos considerado la idoneidad de la sociedad responsabilidad limitada es, justamente, su carácter cerrado. Una de las consecuencias más importantes de esta característica es que las participaciones sociales tienen restringida la transmisibilidad. La excepción la constituye la transmisión de participaciones dentro de un círculo de personas cercanas al socio o la socia (concretamente, su cónyuge, ascendiente o descendiente) que, si no de cláusula estatutaria en contrario, son supuestos de transmisiones libres. Dado que se trata de una empresa familiar la previsión legal que considera libre la transmisión de participaciones entre familiares resulta totalmente afortunada ya que permite que las participaciones continúen en el seno de la familia Dou-Salvat.

Respecto a terceros (no familiares) la transmisión no es que se presuma libre, sino que por el contrario debe ser limitada, en atención al carácter cerrado que define a la sociedad, lo que confirma el TRLSC, que declara nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente libre la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos entre vivos. Sin embargo, en ningún caso las limitaciones a la transmisión pueden llegar a imposibilitar, salvo que se reconozca el derecho del socio a separarse en cualquier momento. Así mismo existe la posibilidad de que los estatutos impiden la transmisión voluntaria de las participaciones por actos inter vivos, o el ejercicio del derecho de separación, durante un período de tiempo no superior a cinco años a contar desde la constitución de la sociedad.

En todo caso serán los socios los que al redactar los estatutos deben decidir si quieren que las transmisiones entre familiares resulten libres, por no estipular nada en contra, y los además determinen la regulación estatutaria de las transmisiones en general sin atenerse a más limitaciones específicas que las derivadas de las prohibiciones incluidas en el TRLSC. Si los estatutos no prevén un régimen específico de las transmisiones por actos entre vivos, se aplicará por defecto el legal. En cuanto a los presupuestos de aplicación de este régimen supletorio son los siguientes:

La comunicación.

De conformidad con el artículo 107.2.a), el socio que se proponga transmitir su participación o participaciones deberá comunicarlo por escrito a los administradores, haciendo constar el número y características de las participaciones que pretende transmitir, la identidad del adquirente y el precio y demás condiciones de la transmisión.

La autorización de la transmisión.

La transmisión propuesta queda supeditada, en primer término, a la autorización de la

sociedad, que debe expresar a través de acuerdo de la Junta General, previa inclusión del asunto en el orden del día, adoptado por la mayoría ordinaria establecida por la Ley

La denegación de la autorización.

La sociedad sólo podrá denegar el consentimiento si comunica al transmitente, por conducto notarial, la identidad de uno o varios socios o terceros que adquieran la totalidad de las participaciones. No será necesaria ninguna comunicación al transmitente si concurrió a la Junta General donde se adoptaron los acuerdos.

La norma establece a estos efectos un derecho de preferencia para la adquisición a favor de los socios concurrentes a la Junta General, y si son varios los socios concurrentes interesados en adquirir, se distribuirán las participaciones entre todos ellos a prorrata de su participación en el capital social. Cuando no sea posible comunicar la identidad de uno o varios socios o terceros adquirentes de la totalidad de las participaciones, la Junta General podrá acordar que sea la propia sociedad la que adquiera las participaciones que ningún socio o tercero aceptado por la Junta quiera adquirir.

La determinación del precio de la transmisión.

El precio de las participaciones, la forma de pago y las demás condiciones de la operación, serán las convenidas y comunicadas a la sociedad por el socio transmitente. Si el pago de la totalidad o de parte del precio estuviera aplazado en el proyecto de transmisión, para la adquisición de las participaciones será requisito previo que una entidad de crédito garantice el pago del precio aplazado.

Otorgamiento del documento público de transmisión

El documento público de transmisión deberá otorgarse en el plazo de un mes a contar desde la comunicación por la sociedad de la identidad del adquirente o adquirentes.

Silencio (positivo) de la sociedad sobre el proyecto de transmisión de participaciones.

El socio podrá transmitir las participaciones en las condiciones comunicadas a la sociedad, cuando hayan transcurrido tres meses desde que haya puesto en conocimiento de ésta su propósito de transmitir sin que la sociedad le hubiera comunicado la identidad del adquirente o adquirentes

• Derecho de adquisición de las participaciones del socio fallecido a favor de los socios sobrevivientes, y si no, a favor de la sociedad.

En el caso de las participaciones sociales la transmisión mortis causa se rige por el principio de la libre transmisibilidad admitiendo, sin embargo, el establecimiento de un régimen diferente siempre que así se prevea estatutariamente. La regla general es que el heredero o legatario adquiere la condición de socio por sucesión hereditaria. La justificación de este principio se debe buscar (nuevamente) en que el carácter personalista de la sociedad no se rompe si los adquirentes de las participaciones

pertenecen al núcleo familiar. La excepción a esta libertad consiste en pactar un derecho de adquisición preferente a favor de los socios sobrevivientes, y si no, a favor de la sociedad. Debe entenderse que este derecho de adquisición preferente corresponde, en su caso, a todos los socios a prorrata de su participación en el capital social.

El TRLSC ofrece una serie de garantías a favor de los sucesores del socio fallecido. Por un lado, en tanto que fija como precio de adquisición el valor razonable de las participaciones. Igualmente supone una garantía del plazo de tres meses que se concede para el ejercicio del derecho de adquisición preferente y, finalmente, el que se establezca como forma de pago del precio al contado. Estos serían los requisitos que, en todo caso, deberán respetar nuestros estatutos en caso de incluir alguna cláusula que contuviera un régimen específico de transmisión mortis causa.

2.4. Los pactos parasociales y el protocolo familiar.

Aunque los estatutos pueden adaptarse a las particularidades de una "sociedad familiar" no siempre se obtiene satisfacción suficiente de todos los intereses involucrados. Es por ello que los socios pueden exigir la articulación de instrumentos complementarios al pacto social de estas entidades a través de los llamados pactos parasociales. La doctrina mercantilista utiliza esta expresión para designar a los convenios suscritos entre algunos o todos los socios de una sociedad anónima o limitada para completar, concretar o modificar, en sus relaciones internas, las reglas legales y estatutarias que la rigen. Un ejemplo paradigmático de este tipo de pactos parasociales lo constituye el llamado Protocolo Familiar. En efecto, el artículo 2 del Real Decreto 171/2007 define el protocolo familiar como "aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan a una sociedad no cotizada, en el que tengan un interés común con vistas a conseguir 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. "Por lo tanto, más allá de cuál sea el propósito de los firmantes de un protocolo familiar y de su contenido específico, se tratará en definitiva de un pacto parasocial de naturaleza extraestatutaria, el propósito será regular los derechos y obligaciones de las partes en tanto socios de la sociedad familiar, por lo que necesariamente tendrá incidencia sobre el ente social.

Ante la ausencia de una regulación positiva del contenido del protocolo familiar entendemos que este debe venir configurado por la autonomía negocial, sin más límites que los establecidos, con carácter general, en el ordenamiento civil y con carácter específico, en el societario. Sin embargo, es corriente que se estructuren de manera siguiente:

Preámbulo introductorio.

El protocolo suele tener un preámbulo introductorio que intenta explicar brevemente el origen fundacional de la empresa familiar, su trayectoria generacional señalando los hechos más relevantes y su situación actual, mencionando como finalidad primordial del mismo la consecución de un solo bloque cohesionado entre familia y empresa para el que libremente los firmantes se obligan a cumplir las normas y pautas de actuación

que conforman su contenido, a la espera de que estas pautas se incorporen a la tradición familiar.

Ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación.

En que se explica la estructura y organización del grupo familiar identificando los miembros de la familia firmantes del protocolo y al resto de componentes del grupo familiar, sucesivas generaciones y ramas familiares, especificando las condiciones para ser socio, posibles exclusiones y su participación en el capital o patrimonio de la empresa. En este contexto resulta muy habitual la inclusión de la "cláusula antiyerno" con la que se pretende impedir el acceso a la sociedad de familiares políticos.

Relaciones familia / empresa.

En este apartado se fijan las reglas de funcionamiento y ejercicio de la propiedad de un lado y la estructura y organización de la empresa, de otro, estableciendo, eso sí, una nítida separación entre los que sean los órganos de gobierno de la sociedad en función de la naturaleza de la misma y los que se establezcan en el ámbito familiar para relacionarse con él.

En este sentido, los órganos de la sociedad son, como hemos visto, la Junta General de socios, que tiene carácter deliberante y los acuerdos son expresión de la voluntad social y el Consejo de Administración, que tienen carácter ejecutivo y se ocupan de la gestión y representación de la sociedad. Por otra parte, como órganos del círculo de intereses de la familia suelen considerar la asamblea Familiar y el Consejo de Familia.

En la primera estarán representados todos los miembros de la familia, generalmente mayores de edad, trabajen o no en la empresa, incluso familiares políticos y asesores externos que puedan orientar en cuestiones concretas y su misión fundamental es conseguir un clima familiar de entendimiento. El Consejo de Familia, por su parte, formado por él o los fundadores y los fines de rama familiar así como, en su caso, por personas ajenas al grupo familiar de reconocido prestigio empresarial o profesional, es el órgano que toma las decisiones en el ámbito de las relaciones familia-empresa, que tiene que aplicar, desarrollar e impulsar el contenido del protocolo garantizando la convivencia pacífica y la información de la familia y en definitiva abordar y resolver cualquier cuestión de índole familiar, que no de gestión empresarial, así por ejemplo, la orientación y formación profesional de los jóvenes de la familia.

Incorporación a la empresa de los miembros de la familia.

Se establecerán normas y condiciones de acceso a un puesto de trabajo en la empresa, así como los criterios de formación, conocimientos y experiencia requerida que permitan que la empresa cree un clima laboral competitivo y eficiente

Remuneración y propiedad.

Se fijan los principios generales de política económica del grupo familiar con relación a la empresa. Así, las normas de remuneración, la política de dividendos, acceso y

distribución de la propiedad; concesión de avales, garantías y préstamos, valoración de las participaciones y transmisión de las mismas

Adhesión y revisión.

Los miembros del grupo familiar se comprometen a ligar emocionalmente, explicar y someter a la firma de sus descendientes, generalmente al alcanzar la mayoría de edad, el protocolo. Asimismo, fijar las situaciones que aconsejen su revisión para adecuarlo a la realidad empresario-familiar que esté viviendo y hacerlo realmente efectivo.

Soluciones extrajudiciales en caso de conflicto.

La familia prevé la sumisión y resolución de los enfrentamientos que en el ámbito de aplicación del protocolo puedan producirse en instituciones como el arbitraje y la mediación.

2.5. La resolución de conflictos en la empresa familiar.

Se ha dicho que la existencia de conflictos en el seno de una empresa familiar se debe a la colisión entre dos sistemas (el familiar y el empresarial) que tienen características y finalidades completamente diferentes cuando no contrapuestos. Esto da como resultado una serie de "conflictos típicos" como el juego de roles inadecuados dentro de la empresa, exceso de miembros de la familia en la organización, remuneraciones inadecuadas, comportamientos cruzados, etc. Por ello es especialmente relevante que el Protocolo Familiar prevea la sumisión de los enfrentamientos entre los miembros de la familia en algunas instituciones que se consideran idóneas para tal fin como es el caso de la mediación. De hecho, la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado dispone que la mediación familiar comprende de manera específica "Los conflictos de relación entre personas surgidos en el seno de la empresa familiar"

Se entiende por mediación el procedimiento no jurisdiccional de carácter voluntario y confidencial que se dirige a facilitar la comunicación entre las personas, para que gestionen por sí mismas una solución de los conflictos que les afectan, con la asistencia de una persona mediadora que actúa de forma imparcial y neutral. Su objetivo último es evitar la apertura de procesos judiciales de carácter contencioso, poner fin a los ya iniciados o reducir su alcance.

El procedimiento es muy sencillo. Una vez las partes deciden iniciar la mediación, la persona mediadora debe convocar a una primera reunión en la que les ha de explicar el procedimiento, los principios y el alcance de la mediación. Especialmente, las debe informar del derecho de cualquiera de ellas de dar por terminada la mediación. Además, la persona mediadora y las partes deben acordar las cuestiones que hay que examinar y han de planificar el desarrollo de las sesiones que pueden ser necesarias.

De esta reunión inicial, se levantará un acta, en la que se harán constar la fecha, la voluntariedad de la participación de las partes y la aceptación de los deberes de confidencialidad. Se establecerán el objeto y el alcance de la mediación y una previsión del número de sesiones. La duración de la mediación depende de la naturaleza y la

complejidad del conflicto, pero no podrá exceder de sesenta días hábiles, a contar desde el día de la reunión inicial. Mediante una petición motivada de la persona mediadora y de las partes, el órgano o entidad competente puede prorrogar la duración hasta un máximo de treinta días hábiles más, en atención a la complejidad del conflicto o el número de personas implicadas

De la sesión final de la mediación, se levantará un acta, en la que deben constar exclusivamente y de forma clara y concisa los acuerdos alcanzados y si es imposible llegar a ningún acuerdo, se debe levantar un acta en la que sólo se hará constar este hecho.

3. Conclusiones

Cuando se trata de empresas familiares de primera generación es frecuente encontrarse con que el titular es un empresario individual. Sin embargo, a medida que los hijos se incorporan a la empresa surge la necesidad de articular su participación en la dirección y gestión de la misma. En este contexto, la constitución de una sociedad se convierte en un instrumento particularmente idóneo no sólo porque en última instancia facilita el relevo generacional sino también porque a través de los estatutos se puede articular la participación de los miembros de la familia en los asuntos empresariales. Por eso no es extraño que las empresas familiares con más antigüedad, mayor volumen de negocio y en la que ha existido reemplazo generacional presenten la forma de sociedad.

En el presente trabajo se ha intentado argumentar la elección de un tipo societario en concreto que, por otra parte, es el que mayor presencia tiene como titular de pequeñas y medianas empresas. Además, se han apuntado algunas de las menciones estatutarias que podrían servir para adaptar la estructura societaria a las necesidades del grupo familiar sin olvidar la importancia del Protocolo familiar como un tipo muy especial de pacto parasocial. En próximas ediciones se profundizará en el contenido de estos pactos parasociales en el contexto de las empresas familiares.

Bibliografía:

- 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.