

Caracterización empresarial y tipología societaria de las empresas familiares

*José Manuel Serrano Cañas**

UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

Resumen:

Las empresas familiares representan el motor económico más relevante en la mayoría de los países de economía de mercado. Su enorme importancia macroeconómica ha originado el nacimiento de un movimiento de defensa de sus intereses. Sin embargo, falta por definir las directrices que configuran su tipología empresarial y societaria. El presente trabajo tiene como finalidad precisamente reflexionar acerca de la caracterización y tipología de las empresas familiares, tanto desde un punto de vista empresarial, como desde un punto de vista del Derecho de sociedades.

Palabras clave:

Empresa familiar, pyme, sociedad de responsabilidad limitada, *stakeholder*.

Business characterization and corporate type of family businesses

Abstract:

Family businesses are the most relevant economic engine in most of the countries of market economy. His huge macroeconomic importance has led to the birth of a movement to defend their interests. However, it remains to define the guidelines that shape their business and corporate type. This paper aims precisely reflect on the characterization and typology of family businesses, both from a business point of view and from the point of view of company law.

Key words:

Family business, SME, limited liability company, stakeholder.

1. INTRODUCCIÓN

En el momento actual, se asiste a la consolidación de un verdadero movimiento de defensa de los intereses propios de un determinado modelo empresarial: las empresas familiares. Este lobby pro empresa familiar, cuya manifestación exterior más palpable se encuentra en la proliferación de cátedras e institutos de empresa familiar a lo largo y ancho de nuestro territorio nacional, reclama el reconocimiento y visualización del nuevo y preponderante papel desarrollado por este tipo de empresas en la realidad económica¹.

A decir verdad, no puede afirmarse con total rotundidad que las empresas configuradas y calificadas por el carácter familiar de sus componentes (y por la preeminencia de la defensa de unos intereses distintos

cuando no, acaso, contrapuestos a los meramente empresariales) supongan una invención propia de este momento histórico. Es más, ni siquiera puede afirmarse que la constitución de una empresa familiar se haga de forma querida y premeditada. Nadie funda *per se* una empresa familiar, sino que ésta aparece por regla general como algo *connatural o propio de la antropología social-familiar de nuestra Cultura*. Lo habitual es que la empresa comience su actividad en el mercado sin tener conciencia de su tipología familiar. Este carácter familiar se adquiere, empero, por el acaecer en la persona del fundador de una vicisitud personal, ajena a la actividad empresarial: su vinculación con otras personas mediante el establecimiento de relaciones de parentesco. De tal suerte que en caso de que la empresa prospere, puede aparecer en los descendientes del fundador el deseo de suceder y continuar en y con la gestión de la empresa y hacer de ella la fuente primordial de la riqueza

Recibido: 16-VII-2015. Aceptado: 11-XI-2015.

* Profesor de Derecho Mercantil. Dirección para correspondencia: d52secaj@uco.es

¹ Sirva como botón de muestra la celebración del Consejo Europeo de Santa María da Feira (19 a 20 de junio de 2000) en el que se elabora la denominada *Carta Europea para la pequeña empresa* donde, además de ofrecer una invitación a los distintos países miembros para que presenten una relación anual de actuaciones encaminadas a mejorar la gestión de las pequeñas y medianas empresas, expresamente se llama la atención acerca de la importancia tan radical de tales empresas en la economía europea, siendo enjuiciadas por el Consejo como «la espina dorsal de la economía europea (...) una fuente primaria de creación de puestos de trabajo, así como un sector en el que fluyen las ideas empresariales».

patrimonial familiar. Se trata, pues, de un fenómeno natural y corriente, propio de cualquier economía de mercado y de cualquier tiempo histórico².

Asimismo, tampoco se puede manifestar de forma gratuita que las empresas familiares hayan estado completamente carentes de tratamiento jurídico propio y diferenciado. Se pueden traer a colación numerosas instituciones jurídico-mercantiles arraigadas históricamente en nuestro ordenamiento jurídico que han surgido para dar respuesta histórica a realidades empresariales de índole familiar, como es el caso de la sociedad (general) colectiva. Este tipo societario, como es bien sabido, hunde sus raíces en la «*comunidad familiar*» medieval y en la continuación por los hijos de los negocios del padre fallecido. La continuación de la explotación del negocio mercantil del padre difunto por parte de sus descendientes da lugar al nacimiento de una especie de comunidad familiar (*societas duorum fratrum*) que más tarde se transforma en una verdadera comunidad de trabajo que, si bien ya no necesariamente ha de conformarse entre personas ligadas por lazos sanguíneos, subsiste empero un fortísimo elemento personalista, de confianza mutua, de compañerismo (*ad unum panem et vinum*).

La nota de actualidad estriba en la toma de conciencia de sus dimensiones macroeconómicas. El examen atento a esta tipología empresarial pone de manifiesto que la empresa familiar constituye, sin duda alguna, el motor económico más relevante en la mayoría de los países de economía de mercado, conforma el principal actor del tejido productivo empresarial y el principal creador de riqueza. En los Estados Unidos, entre el 80% y el 90% de las empresas presentan carácter familiar, lo que representa aproximadamente el 50% de su PIB, genera el 60% de los puestos de trabajo. En la Unión Europea, existen aproximadamente 17 millones de empresas familiares, que dan trabajo a casi 100 millones de personas (esto significa que más del 60% de todas las empresas de la Unión Europea son familiares, incluyendo el 25% de las 100 empresas europeas de mayor dimensión económica). En España, las empresas familiares representan el 85% sobre el total de las empresas españolas, con 2,9 millones de establecimientos (constituyen el 26% de las 1000

empresas más importantes del país); cuentan con más de 13,9 millones de trabajadores (el 70% del mercado de trabajo); generan el 70% del PIB español, al tiempo que realizan el 60% de las exportaciones españolas.

El mayor grado de conocimiento de la magnitud empresarial representada por las empresas familiares origina este movimiento de defensa. Fruto de ello, comienzan a reclamar para sí la trasposición del pensamiento relativo a la *buena administración* de las grandes corporaciones cotizadas, cuyas disfunciones de gobernanza han dado tanto de qué hablar en décadas anteriores merced al movimiento de la *corporate governance*, así como la introducción de cuantas medidas sean necesarias para la solución de los dos grandes problemas que les afectan: la gobernanza empresarial y el cambio generacional³.

El presente trabajo se propone trazar las directrices que configuran la tipología empresarial y societaria de este tipo empresarial. Para ello, se partirá de la construcción de un concepto económico y jurídico válido, a partir del cual se pueda comprender las fortalezas y debilidades de esta tipología empresarial, así como construir la configuración jurídico-societaria más óptima para la satisfacción de los intereses en juego.

2. CONCEPTO DE EMPRESA FAMILIAR

2.1. La confusión entre empresa familiar y PYME

Aunque la empresa familiar constituya un modelo empresarial individualizado, la determinación de sus notas conceptuales no está exenta de una enorme dificultad. De hecho, en Europa se han identificado hasta 90 definiciones distintas de empresa familiar. Se suele identificar con cierta frecuencia empresa familiar con pequeña y mediana empresa (pyme), lo que constituye una importante fuente de errores.

El concepto de pyme viene establecido por la Recomendación de la Comisión Europea 2003/361/CE, de 6 de mayo. En ella se distingue entre microempresa, pequeña empresa y mediana empresa. Esta última, la mediana empresa, es aquella que cuenta con menos de 250

² El origen histórico del sistema económico actual guarda una estrecha relación con la empresa de carácter familiar. Se puede citar, por ejemplo, el caso de los Függer, banqueros de Carlos V y Felipe II en el siglo XVI. En Inglaterra, en la segunda mitad del siglo XVII y en la primera mitad del XVIII, la familia Lloyd comenzó su actividad como aseguradores de barcos, sociedad que existe en la actualidad. Los nombres de Wilkinson, Siemens, Bosch, Krupp, Rockefeller, Rotschild, Ford están unidos en su origen a la creación de grandes compañías controladas por grupos familiares. No obstante, actualmente en el seno de numerosas empresas multinacionales coexisten aún grupos familiares, descendientes de los fundadores, los cuales ejercen un control muy importante sobre su gestión (como los Agnelli en la Fiat, Thyssen, B. Gates en la Microsoft, etc.).

³ De este reclamo a los poderes públicos por parte del lobby «empresa familiar» de la defensa de sus intereses, deriva la promulgación del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, *regulador de la publicidad de los protocolos familiares* (en adelante, RD 171/2007). Por medio de este Real Decreto, se intenta abrir el Registro mercantil a los protocolos familiares, intentando otorgarle la eficacia jurídica registral (o *erga omnes*), así como configurarlo como una verdadera prestación accesoria. A su vez, en lo atinente al problema sucesorio, los arts. 1056.2 y 1271.2 CC fueron fruto de una intensa modificación, merced a la Disposición Final 1ª de la Ley 7/2003, de 1 de abril, *de la Sociedad Limitada Nueva Empresa*. Esta reforma del Derecho sucesorio está encaminada a mejorar el funcionamiento de la partición hecha por el testador con vistas a «preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas». Se pretende así otorgar un mayor grado de certeza jurídica a la planificación sucesoria del empresario-fundador, titular de la empresa, articulando jurídicamente la posibilidad de atribuir mediante acto *inter vivos* a uno o varios herederos previamente elegidos por el fundador los activos empresariales o las participaciones o acciones de la sociedad mercantil que dé forma a la empresa familiar.

trabajadores y su volumen de negocios anual no excede de 50 millones de euros o su balance general anual no excede de 43 millones de euros. Por pequeña empresa se entiende la que da ocupación a menos de 50 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 10 millones de euros. Y, por último, una microempresa es aquella en la que trabajan menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 2 millones de euros⁴.

En términos generales, entre empresa familiar y pyme existe una amplia zona de intersección, puesto que la mayor parte de las empresas familiares son de pequeña y mediana dimensión⁵. En efecto, por norma general las empresas familiares no sólo nacen como pyme, sino que se mantienen así a lo largo de su vida. Sin embargo, nada impide que, con el tiempo, puedan adquirir un enorme volumen de negocio. En efecto, ni todas las pymes son empresas familiares, ni todas las empresas familiares son de pequeñas y medianas dimensiones. Existen grandes compañías, incluso cotizadas, en manos de un núcleo familiar que operan en el mercado como verdaderas empresas familiares. Los datos reales indican que existen empresas familiares que están desempeñando actualmente un papel muy significativo entre las más importantes y grandes compañías de los países de nuestro entorno⁶. En cualquier caso, toda empresa familiar (cualquiera que sea su dimensión), viene afectada por los mismos problemas típicos: los conflictos entre padres

e hijos, la posible rivalidad entre hermanos, las condiciones en las que deben ser integrados en el seno de la empresa los diversos miembros de la familia y, de forma especial, la previsión y preparación del momento sucesorio.

2.2. El modelo de los tres círculos

En el mundo económico-empresarial, la empresa familiar constituye un modelo de empresa individualizado y distinto del resto de empresas. La expresión *empresa familiar* encierra y oculta en su interior un concepto metajurídico, de naturaleza empresarial de naturaleza sociológica, empresarial y económica. En este sentido, parece existir cierto consenso a la hora de considerar que, al menos desde el punto de vista teórico, empresa familiar es aquella en donde convergen y conviven tres factores: la propiedad (esto es, la titularidad de la empresa o de la mayoría del capital por parte de una unidad familiar), la participación activa de la familia en la gestión de la empresa y el hecho y la consciencia de pertenecer a una familia compuesta por diversas estirpes o ramas (lo que provoca la voluntad de transmitir la empresa a la generación siguiente).

Estos tres factores (familia, propiedad y gestión, dirección o trabajo) se encuentran en la base del modelo económico más importante que se ha elaborado para sistematizar y conceptualizar a las empresas familiares. Nos referimos al sistema o modelo de los tres círculos diseñado

⁴ A tales factores hay que añadir, por último, una tercera cualidad para caracterizar una empresa como de pequeña o media dimensión: la noción de independencia. En efecto, la definición de pyme acogida en la Recomendación de 6 de mayo de 2003 (que entró en vigor el 1 de enero de 2005) clarifica esta tipología empresarial. Esta Recomendación lleva a cabo una división en tres tipos de empresas en función del tipo de relación que mantienen con otras en cuanto a participación en el capital, derecho de voto o derecho de ejercer una influencia dominante. Se distingue así entre las *empresas autónomas*; las *empresas asociadas*; y las *empresas vinculadas*.

Las *empresas autónomas* son, con mucho, el caso más frecuente dentro del mundo de la pequeña y mediana empresa. Se trata de cualquier empresa que no entra dentro de ninguno de los otros dos tipos de empresas (asociadas o vinculadas). Una empresa es *autónoma* si no posee una participación igual o superior al 25 % de otra empresa; no tiene un 25 % o más de su capital social en manos de otra empresa u organismo público o, bien, de forma conjunta por varias empresas vinculadas u organismos públicos, salvo algunas excepciones; no tiene cuentas consolidadas y no figura en las cuentas de una empresa que tenga cuentas consolidadas y no es, por tanto, una empresa vinculada. Una empresa puede, no obstante, recibir la calificación de autónoma, aunque se alcance o supere el límite del 25 %, cuando estén presentes determinadas categorías de inversores, como los que realizan una actividad regular de inversión en capital riesgo (inversores providenciales o *business angels*).

Son *empresas asociadas* aquellas que establecen asociaciones financieras importantes con otras empresas, sin que una ejerza un control efectivo directo o indirecto sobre la otra. Son asociadas las empresas que no son autónomas pero que tampoco están vinculadas entre sí. Una empresa está *asociada* a otra si posee una participación comprendida entre el 25 y el 50 % de dicha empresa; la otra empresa posee una participación de entre el 25 % y menos del 50 % de la primera; la primera no tiene cuentas consolidadas en las que figure la otra y no figura por consolidación en las cuentas de aquella o de una empresa vinculada a aquella.

Por último, las *empresas vinculadas* se asimilan a la situación económica de aquellas empresas que forman parte de un grupo, por el control directo o indirecto de la mayoría del capital o de los derechos de voto (incluso a través de acuerdos o, en algunos casos, mediante personas físicas accionistas), o por la capacidad de ejercer una influencia dominante sobre una empresa. Se trata, pues, de casos menos frecuentes que se distinguen en general de forma muy clara de los dos tipos precedentes. A fin de evitar a las empresas problemas de interpretación, la Comisión Europea definió este tipo de empresas recogiendo las condiciones establecidas en el artículo 1 de la Directiva 83/349/CEE del Consejo relativa a las cuentas consolidadas. Así pues, una empresa es conocedora de su estado de vinculación, por norma general de modo inmediato, cuando con arreglo a esta Directiva viene obligada a formular cuentas consolidadas o si figura por consolidación en las cuentas de otra empresa.

⁵ Sirva como botón de muestra de las similitudes entre pymes y empresas familiares la gestión personalizada de las pymes. De manera análoga a lo que sucede con las empresas familiares, la gestión de pymes se suele concentrar en los socios fundadores. Lo que es válido incluso en los casos en los que las pymes puedan tener una amplia base subjetiva.

⁶ Así, por ejemplo, en los Estados Unidos, Gran Bretaña o Alemania se considera que entre el 50% y el 60% de las 1000 principales compañías son familiares (pudiendo citar, en EE.UU., a Bechtel, Levi Strauss, Marriott, New York Times, Washington Post; o, en Europa, por ejemplo, a Hennes and Mauritz, Fita, Hermès, Peugeot, BMW, Heineken, Ermenegildo Zegna, Salvador Ferragamo, Ferrovial, Plantea, Nutrexa, Cortefiel, Zara, Mango).

por los Profs. TAGIURI y DAVIS, que ha sido objeto de un posterior desarrollo por los Profs. WARD y LANSBERG⁷. Según este modelo, en la empresa familiar confluyen tres grupos o núcleos de personas interesadas (*stakeholders*) en ella y que se relacionan entre sí. En concreto, se trata de los siguientes:

En primer lugar, el núcleo familiar en sí mismo considerado, independientemente del lugar que ocupen sus miembros en la empresa o en la sociedad mercantil que sirva de estructura jurídica a aquella, esto es, sin tomar en consideración el hecho de que trabajen o no en la empresa o sean o no titulares de las participaciones o acciones societarias. La familia comprendida así de forma autónoma, tiende a perseguir la consecución y el mantenimiento de un cierto nivel de armonía en el seno de las relaciones familiares, junto al desarrollo personal (económico y moral) de cada uno de sus miembros, sin tomar en consideración sus mayores o menores aptitudes para regir y gestionar la empresa familiar. Para la familia, la empresa y la sociedad son meros instrumentos enderezados al logro del fin último que le es propio: el bienestar de la familia y de cada uno de sus miembros.

En segundo lugar, el núcleo de la propiedad de la empresa (esto es, los titulares de la empresa o los accionistas o partícipes de la sociedad mercantil que haya servido para la subjetividad jurídica necesaria de la empresa familiar), cuyos miembros, a su vez, pueden pertenecer o no al núcleo familiar o al núcleo empresarial. Este grupo de *stakeholders* (y, a su vez, de *shareholders*) persigue, como no podría ser de otra manera, además de cierto nivel de armonía ente los accionistas mayoritarios y minoritarios, una gestión del patrimonio societario encaminada a aumentar el valor de su

inversión o, al menos, a mantenerlo (haciéndolo, eso sí, compatible con el posible reparto de beneficios) y, en menor medida, cierta estabilidad o mejora del rendimiento económico de la empresa y de su posición competitiva en el mercado.

En tercer lugar, el núcleo de los trabajadores de la empresa, que pueden o no formar parte de la familia, así como ser o no accionistas o socios partícipes. Obviamente, el interés perseguido por este último grupo se concreta, fundamentalmente, en la conservación (o mejora) de su puesto de trabajo y de sus condiciones laborales, junto con la consecución de la máxima eficacia empresarial, la mejora del clima organizativo y el continuo desarrollo de la empresa.

Las relaciones entre estos tres núcleos o círculos de *stakeholders* permiten individualizar siete grupos distintos de situaciones o de subgrupos de interesados, cada uno con su propia idiosincrasia e intereses, frecuentemente divergentes y conflictivos⁸. Así, tendremos: 1º) miembros de la familia que no son propietarios ni trabajadores en la empresa; 2º) propietarios de la empresa que no son miembros de la familia ni trabajan en la empresa; 3º) trabajadores de la empresa que no son miembros de la familia ni propietarios; 4º) miembros de la familia que son propietarios y no trabajan en la empresa; 5º) miembros de la familia que no son propietarios y trabajan en la empresa; 6º) propietarios que no son miembros de la familia y trabajan en la empresa; y, 7º) miembros de la familia que son propietarios y trabajan en la empresa.

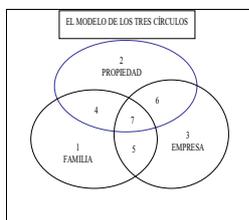
A estos siete grupos hay que añadir un octavo, compuesto por aquellos sujetos con intereses en la empresa pero que no pertenecen a ninguno de los

⁷ Antes de la elaboración del modelo de los tres círculos y partiendo de la teoría general de los sistemas (conceptuada por el biólogo alemán Ludwig von Bertalanffy), contábamos con una teoría de empresa familiar creada en el seno de la Universidad de Harvard basada en dos sistemas o círculos concéntricos e interrelacionados: la familia propietaria y la gestión o dirección de la empresa. Cada uno de estos dos círculos presenta sus propias normas, reglas de admisión, estructuras de valores y organización. Los conflictos aparecen cuando en la base subjetiva empieza a estar compuesta por personas que desarrollan roles obligacionales en ambos círculos (por ejemplo, en el caso habitual de ser progenitor y al mismo tiempo director de la empresa). El reto fundamental y común a todas las empresas familiares, por lo tanto, estriba en la elaboración de estrategias capaces de satisfacer coetáneamente los intereses de ambos subsistemas.

A partir de este modelo dualista se construyó el modelo de los tres círculos. TAGIURI y DAVIS consideraron, en efecto, que la gran variedad de empresas familiares existentes estaría mejor representada si el subsistema de gestión se dividiese en otros dos círculos, donde se diferenciase entre la gestión y la propiedad de la empresa. De esta forma, cabría la posibilidad de contemplar los supuestos de propietarios no gestores, los propietarios y gestores y los que simplemente desempeñan el papel de simples gestores. Surge así el modelo de los tres círculos.

Este modelo ha sido recientemente completado añadiendo el factor temporal, o más concretamente, contemplando los ciclos vitales, las generaciones o estaciones que señalan la evolución de la familia empresaria y de la empresa familiar (nacimiento, expansión y madurez), lo que se debe al Prof. Daniel LEVINSON. Los tres subsistemas entre sí relacionados y a su vez contemplados durante las eras o generaciones familiares por las que discurre la familia empresaria y la empresa familiar, configurando el llamado modelo evolutivo tridimensional. Fue el Prof. John WARD quien estudió la evolución temporal de la propiedad familiar de la empresa. Ésta pasa por una primera fase de iniciación del empresario, seguida de una segunda de economía unida (esto es con los hijos, con hermanos, con socios profesionales) y, por último, aquella del consorcio de los primos, en donde se hace necesaria la creación de la figura del Consejo de familia y del protocolo familiar, con la necesaria delimitación de los órganos sociales (esto es, la Junta general y el órgano de administración).

⁸



Fuente, elaboración propia.

miembros de los tres círculos, esto es, otros grupos de interesados –*stakeholders*– tales como los clientes, proveedores, intereses públicos de la comunidad política donde esté arraigada la empresa familiar, etc.⁹.

2.3. La empresa familiar como modelo de integración de intereses de *stakeholders*

La clave del éxito de la gestión de las empresas familiares estriba, por tanto, en la consecución del deseado y difícil equilibrio entre los distintos intereses (y la ética práctica que direccionan el comportamiento económico) de los diversos grupos de *stakeholders* que confluyen en las empresas familiares. De forma sintética, se pueden reducir a dos los intereses y valores que están en juego y que, además, son diametralmente contrapuestos: los objetivos empresariales subordinados a la eficiencia económica, frente a los propios de la familia propietaria regidos por la solidaridad y lealtad entre los miembros de la familia. La existencia de esta tensión dialéctica entre estos dos sistemas de valores y de comportamientos diferentes se manifiesta en todos los ámbitos decisionales de la empresa. Así, los gestores de empresas familiares deben determinar el tratamiento (siempre diferenciado) que merecen aquellos miembros de la familia que trabajan en el seno de la empresa o que ocupan cargos directivos con respecto al resto del personal –condicionando la posibilidad de promoción interna–. A su vez, deberán resolver uno de los problemas especificar y propios de las empresas familiares. Nos referimos a la individualización de la política de contratación de la empresa. En este sentido, deberá velar no sólo por la captación de aquellos profesionales más capacitados para cada puesto de trabajo, sino además, por la integración en la empresa de los distintos miembros de la familia, especialmente cuando el grupo familiar aumenta con las sucesivas y nuevas generaciones. Por otra parte, teniendo en cuenta que la vida de la empresa puede (o al menos debería) ser superior a la de su propietario-fundador, además, será necesario elegir el momento más oportuno de la sucesión o de la venta de la empresa; discernir y elegir quién va a suceder al fundador, así como la redistribución del poder en la empresa entre los miembros y ramas familiares tras la sucesión del fundador. Con todo, familia y empresa, a pesar de perseguir fines totalmente diferentes, cuando no opuestos, pueden ser permeables entre sí.

La empresa familiar se nos presenta así como un organismo vivo y dinámico, un sistema complejo,

compuesto por un conjunto de subsistemas interdependientes, con la finalidad de ofrecer el máximo efecto sinérgico capaz de generar la empresa familiar, como la realidad y el análisis económico han demostrado. En suma, las empresas familiares vienen cualificadas por la forma de ejercicio de la gobernanza empresarial. Sucede que introyectar en la racionalidad de la gestión empresarial, otros criterios de actuación que proceden de una fuente axiológica. 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 a la continuidad generacional como objetivo estratégico de la empresa, basada en el deseo conjunto de fundadores y sucesores de mantener el control de la propiedad, el gobierno y la gestión de la empresa en manos de la familia.

2.4. Conclusión: el interés social-empresarial familiar como criterio definitorio de la empresa familiar

A la vista de lo expuesto, cabe afirmar que la empresa familiar se presenta como una institución de carácter económico-empresarial cuya categorización doctrinal ha sido llevada a efecto por una elaboración propia de la ciencia económica y empresarial, que da respuesta a una determinada realidad fáctica o tipo empresarial: aquella en la que está presente, impregnando todo el comportamiento racional-económico de la gestión empresarial, una unidad o núcleo familiar. La empresa familiar (que no familia empresarial)¹⁰ es, por tanto, aquélla en la que las estrategias o políticas gestoras están imbuidas por criterios subjetivos, de índole «familiar», de ayuda al sustrato familiar sobre el que descansa, pivota y se construye la empresa, y que podríamos denominar como *interés social-empresarial familiar*. La empresa familiar es, en definitiva, un modelo de empresa caracterizado por la defensa de este *interés social-empresarial familiar*. Por mor de la defensa de este interés superior, al que se subordinan y direccionan todas las decisiones empresariales, se produce la inserción y la armonía entre las relaciones familiares que vinculan a sus propietarios como un elemento más ante la organización, y el gobierno de la empresa sobre la que recae el derecho de propiedad o los derechos de control de aquéllos sobre la misma.

Por consiguiente, para conceptuar a la empresa familiar desde un punto de vista económico habrá que utilizar otros criterios distintos al mero dato cuantitativo de la cuota

⁹ Sobre la base de estos tres elementos, el European Group of Owner Managed and Family Enterprises (GEEF) aprobó el 27 de mayo de 2008 una definición genérica de empresa familiar que incluye los siguientes elementos: 1º.- Que la familia pueda ejercer el control accionario de la compañía, bien sea por poseer la mayoría de los votos, o por su posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre los aspectos fundamentales del gobierno corporativo; 2º.- tener una presencia relevante en los órganos de gobierno corporativo de la compañía (por regla general, el Consejo de administración); 3º.- la participación directa de un miembro de la familia en la gestión de la empresa a su máximo nivel.

¹⁰ En efecto, una familia empresarial es aquella en la que alguno o varios de sus miembros cuentan con vocación empresarial y que, en consecuencia, desarrollan actividades empresariales pero con la finalidad de satisfacer un interés social familiar, superior al propio e individual de cada uno de los miembros de la familia y de cada actividad empresarial individualmente considerada. Ahora bien, con toda probabilidad casi todo empresario estará inserto en una realidad familiar. Sin embargo, no debe identificarse la existencia de empresas gestionadas en interés de una familia (empresas familiares), con familias o miembros de éstas que desarrollen actividades empresariales (familias empresarias). Así, no toda familia empresarial (con espíritu emprendedor) gestiona empresas familiares, aunque, por el contrario, toda empresa familiar se sustenta en la existencia de una familia empresarial.

participativa de la familia en la propiedad o en la composición del *management*. Tales criterios numéricos son frecuentemente motivo de conclusiones erróneas, por dar una percepción alejada de la realidad y por la imposibilidad de cuantificar, de ponderar y de mensurar intangibles «*familiares*». Y es que, lo que cualifica a una empresa como familiar no es un determinado porcentaje de capital social en manos de la familia o la composición numérica de la gerencia. Habrá una empresa familiar cuando ésta venga influenciada por la existencia de una familia o por un vínculo familiar y, de forma fundamental, cuando la empresa tenga como finalidad última la satisfacción de un *interés social-empresarial familiar* concreto, nacido por la existencia de vínculos de parentesco entre los propietarios o titulares del control de la empresa: el interés 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 y el interés en el ejercicio del gobierno de la empresa por parte de representantes de los miembros de la familia titular de su propiedad o control. El caso más evidente se dará en aquella empresa en la que la familia puede controlar efectivamente las operaciones empresariales por poseer más del 50 de las cuotas del capital o porque sus miembros ocupan importantes posiciones en la gerencia empresarial o societaria. Pero, también en otros casos menos evidentes (en los que no se alcancen tales cuotas significativas de capital o de composición gerencial) puede existir una empresa familiar. Así acontecerá siempre que las operaciones de la firma estén influenciadas por motivos familiares, es decir, que las relaciones padre-hijo, hermano-hermana, parientes políticos y primos adquieren una incidencia significativa sobre el presente y el futuro de la organización. En suma, es este *interés social-empresarial familiar*, y no cualquier otro elemento empresarial u organizativo, el que da sustancia y fundamento a una empresa para adjetivarla como familiar¹¹.

3. CARACTERIZACIÓN Y PROBLEMÁTICA EMPRESARIAL DE LAS EMPRESAS FAMILIARES

3.1. Caracterización de la empresa familiar: ventajas y debilidades de la empresa familiar

El carácter familiar de la empresa (esto es, el hecho de la existencia de una familia titular de una empresa o, al menos, titular de la mayoría de capital social que otorga el control de aquélla) le imprime un sistema de gestión que la diferencia del resto. Se puede afirmar que el modelo empresa

familiar viene conformado a través de tres rasgos característicos:

a) Un modo particular de ejercicio del poder económico. En las empresas familiares, al estar concentrado el poder económico en el seno de una familia (concretamente, como regla general, a manos del cabeza de familia), el poder económico se ejerce no según los parámetros de la pura racionalidad económica (en pos de la defensa única y unívoca de los intereses empresariales), sino en atención a los intereses de los miembros de su familia; lo que conlleva introyectar en el ejercicio del poder económico una racionalidad distinta y, acaso, contrapuesta a aquella.

b) Una percepción particular del riesgo y de la responsabilidad. Los recursos que se invierten en la empresa familiar pertenecen a la misma familia, lo que reduce la percepción del riesgo de los familiares que trabajan en ella. Además, con frecuencia, ante la aparición de dificultades económicas (o, incluso, de forma sintomática), suelen renunciar a la distribución de los beneficios a favor de la ampliación de la empresa, así como, asumir los débitos y las cargas de la empresa con el patrimonio no afectado;

c) Una amenaza estructural de su continuidad: normalmente la muerte del empresario avicina la extinción de la empresa (a diferencia de las empresas no familiares o societarias), de modo particular cuando nos encontramos en la segunda o en la tercera generación¹².

Estas características otorgan a las empresas gestionadas bajo el poder de una familia una serie de ventajas singulares que las fortalecen del resto de empresas. En efecto, una empresa familiar puede aportar un mayor sentido de integración y una motivación superior que el resto de empresas, así como una mayor capacidad de consagración y sacrificio, lo que conlleva un ahorro de costes y un aumento de ingresos superior respecto de las no familiares. Como indican los profesores NEUBAUER y LANK, las empresas familiares obtienen mejores resultados que aquellas no familiares, en la medida en que gozan de cuatro tipos de ventajas: i) ventajas económicas, basadas en la separación de la función del accionista y la del gestor; ii), ventajas de gestión, dado el especial vínculo afectivo al proyecto empresarial que comporta la optimización en la toma de decisiones; iii) ventajas derivadas de la vocación de continuidad en la empresa, lo que genera expectativas de

¹¹ De los dos elementos en los que se descompone este interés (familia y empresa) es sin duda el aspecto empresarial el que debe primar, constituyendo el «*centro y presupuesto de interés de los propietarios-familia*». Las relaciones e intereses familiares, a modo de *desideratum*, ha de subordinarse frente a los intereses empresariales. La empresa ha de defenderse de los riesgos y amenazas que se derivan de los vínculos familiares.

¹² Asimismo, las empresas familiares se caracterizan por el desarrollo de buenas prácticas empresariales. Así, por ejemplo, suelen optar por la tradición y la continuidad en las futuras generaciones lo que conlleva una planificación a largo plazo de su labor empresarial. Sus productos y servicios suelen tener una mayor calidad. Por sus dimensiones, son empresas más flexibles y adaptables a las necesidades del mercado y de su entorno, puesto que la toma de decisiones se realiza con suma rapidez. Además, existe un buen ambiente laboral y un buen trato personal para con los clientes. Los valores de la familia se trasladan a la empresa, lo que se traduce, con frecuencia, en la implantación de políticas de responsabilidad social corporativa (a fin de salvaguardar el buen nombre de la familia). Los fundadores suelen ser trabajadores natos e incansables, con un nivel altísimo de austeridad. El capital social aportado, por tanto, no suele ser retribuido, esto es, apenas si se exigen reparto de dividendos, con un considerable ahorro en costes laborales, de administración y capital.

futuro; y iv) ventajas de visión a largo plazo, no estando sometidas a la maximización del rendimiento económico de la empresa, ni de la inversión en el plazo más breve posible, concentrándose en una estrategia de desarrollo empresarial a largo plazo.

No obstante las ventajas aludidas, el carácter familiar no las inmuniza completamente, puesto que adolecen de algunos comportamientos económicos que pueden ser altamente nocivos para la buena marcha empresarial. En las empresas familiares coexisten tres elementos (la familia, la propiedad y el gobierno de la empresa) que suelen provocar tres órdenes de confusiones (confusión entre empresa y familia, entre empresa y accionariado y entre empresa y gestión familiar). Por desgracia, con demasiada frecuencia, en estas realidades empresariales se confunden los límites entre la familia y la empresa. Más concretamente, es fácil mezclar el patrimonio familiar del empresario con el patrimonio empresarial; incluso entre el patrimonio afecto a la actividad empresarial del grupo (actividad de riesgo) y aquél no afectado; y, además, confundir las cuentas de la empresa con las de la familia. Por otra parte, surgen problemas sobre la política de retribución de los miembros de la familia que trabajan en la empresa, ya sea como directivos o como meros trabajadores no cualificados, en función de su necesidad y no en referencia a sus responsabilidades en la empresa, a los modelos del mercado de trabajo y a las posibilidades financieras de la empresa. Puede suceder, incluso, que una parte de los gastos económicos de la familia se encuentre financiada directamente por la empresa (confusión de «*monederos*»), o que la empresa reparta dividendos en función de las necesidades de la familia, olvidando las necesidades de capitalización o de financiación de la empresa.

A su vez, la estructura del accionariado, con el transcurso del tiempo, puede ser fuente de surgimiento de determinados problemas. En efecto, a partir de la segunda o de las siguientes generaciones la propiedad de la empresa se atomiza, lo que se traduce en mayores dificultades para la adopción de acuerdos y, por tanto, para el buen gobierno de la empresa. El decurso del tiempo y el incremento de los miembros de la familia conllevan la necesidad de afrontar la posible apertura de la empresa a socios no familiares. En este sentido, se corre el riesgo de producirse el cierre a ultranza de la empresa a este tipo de socios, lo que, en su caso, podría impedir el aporte de nuevas sinergias, de nuevo personal humano, normalmente de corte profesional, de nuevas tecnologías, productos o mercados útiles para el proyecto de futuro de la empresa, con la repercusión negativa que una política en tal sentido puede suponer para la empresa. Y, por último, el paso generacional supone la adopción de una adecuada planificación financiera y fiscal, para evitar que las tensiones propias de los procesos sucesorios acaben finiquitando la aventura empresarial.

3.2. Los dos grandes problemas de las empresas familiares: el buen gobierno y los procesos sucesorios

El buen gobierno de la empresa familiar requiere una estructura societaria flexible, que satisfaga las necesidades e intereses familiares de índole normalmente personalista que, en consecuencia, tienden a entrar en contradicción con los principios societarios capitalistas que impregnan la regulación imperativa de nuestras sociedades mercantiles.

Sin embargo, el régimen de responsabilidad ilimitada, personal, subsidiaria y solidaria de los socios colectivos respecto de las deudas sociales (*ex arts. 127 y 237 C. de c.*) unido a la *polivalencia funcional* de la sociedad anónima y a la flexibilidad tipológica de la sociedad limitada ha conducido al total abandono de la sociedad colectiva como cauce organizativo válido para organizar jurídicamente cualquier empresa, incluidas por tanto las familiares. Éstas, en efecto, han acabado por considerar a las sociedades de capital como la forma organizativa más óptima para la defensa de sus intereses. El problema estriba en que la naturaleza capitalista tanto de la anónima como de la limitada, en la configuración realizada por el legislador (recogida ahora 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, LSC), conlleva necesariamente una postergación (en mayor o menor medida) de los elementos e intereses personales en pos de los intereses del capital y de los socios o accionistas. Esta jerarquía de intereses convierte a las sociedades de capital en instrumentos jurídicos no del todo apropiados para cobijar en su seno y dar respuesta oportuna a las necesidades, exigencias y desafíos que deben afrontar las empresas familiares para garantizar su permanencia y su competitividad en el panorama económico nacional e internacional.

Pese a que en este punto la LSC otorga cierto margen a la autonomía de la voluntad (nada desdeñable, a decir verdad, aunque desde ciertas posiciones doctrinales apegadas al análisis económico del derecho se empecinen en afirmar lo contrario) para «*personalizar*» la estructura y organización de las sociedades de capital, se ha generalizado la creencia de que la regulación societaria (tanto la establecida por la LSC, como la que pueden llevar a cabo los socios a través de la configuración estatutaria de la sociedad) resulta inconveniente, insuficiente e ineficaz para la consecución de la necesaria «*personalización*» (*rectius* «*familiarización*») de la realidad empresarial.

Existe práctica unanimidad doctrinal en cuanto a la conveniencia de la elaboración de un «*protocolo familiar*» –a modo de pacto parasocial o *shareholders' agreement*, fuera, por tanto, de la configuración estatutaria prediseñada por el legislador– como medio para alcanzar el buen gobierno de las empresas familiares y superar los posibles obstáculos

jurídicos que traen causa en la configuración tipológica de las sociedades de capital. Este protocolo no es sino un *acuerdo de voluntad* (*tertium genus* entre un pacto de caballeros y un verdadero contrato) *celebrado, consensuado y aprobado* por la unanimidad de todos los miembros de una familia en el que se sustancia un verdadero código de conducta (al estilo de los códigos de autodisciplina o *best practices* de las sociedades anónimas cotizadas). La finalidad del protocolo es la de disciplinar y solucionar los conflictos específicos que surgen en las relaciones entre los miembros de la familia, la sociedad mercantil y la gestión y la organización empresarial; a la vez que intenta conseguir y asegurar la continuidad de la empresa de una manera eficaz, garantizando la permanencia de la empresa en el seno de la familia y viceversa, esto es, garantizando la permanencia de la familia en el seno de la empresa.

El protocolo familiar como instrumento favorecedor de la administración de una empresa familiar no está exento de problemas jurídicos. Dejando a un lado la cuestión de su contenido, los protocolos familiares presentan, fundamentalmente, el hándicap de discernir y determinar en qué medida gozan de fuerza jurídica vinculante entre las partes. Es indudable que el protocolo familiar, al menos en su versión menos *fuerte* (esto es, considerado como un mero pacto de caballeros), tiene una indubitada fuerza moral que empuja o impulsa a las partes a cumplir la palabra dada y, quizás, sea ésta su virtud más destacable (cuanto no la única). La cuestión fundamental estriba en si, además de esta fuerza moral, su cumplimiento pueda ser *efectivamente* exigido no sólo *inter-partes*, sino frente a la propia sociedad mercantil o, incluso, frente a terceros. A ello se une la necesidad, además, de especificar cuáles sean los instrumentos legales existentes más eficaces para reforzar

el cumplimiento y exigibilidad del contenido del protocolo. Se trata, en fin, de determinar si el protocolo familiar –cuando la empresa familiar se articule bajo una estructura societaria– tiene o no, más allá de su (posible) naturaleza contractual, naturaleza societaria.

Pero, además, en la empresa familiar no sólo subyace el problema *jurídico-empresarial* del buen gobierno de tales empresas familiares; esto es, la cuestión de la creación y preservación de la organización del poder de gestión de la forma más óptima en el seno de una empresa familiar (sea cual fuere la forma jurídica adoptada). Al mismo tiempo, las empresas familiares han de afrontar un trascendente problema *técnico-jurídico*: la *atribución* de los bienes afectos a una empresa familiar al patrimonio de uno o más herederos o legitimarios¹³.

El paso generacional representa uno de los momentos más críticos en el desarrollo de las empresas familiares. Sin duda alguna, el primer desafío al que se enfrentan las empresas familiares es la permanencia de la familia en una empresa (productiva) por más de cien años o, al menos, por cuatro generaciones¹⁴. Las estadísticas económicas sobre longevidad de empresas familiares nos muestran la enorme dificultad existente en el momento sucesorio. Sólo en Europa tienen éxito entre el 10 y el 25% de las operaciones de traspaso generacional y entre el 30 y el 40% en los Estados Unidos. Concretamente, el 61% de las empresas familiares son controladas por la familia en la primera generación, el 24% por familias de segunda generación, el 9% por terceras generaciones y el 13% por la cuarta generación y el sólo el 6% por generaciones sucesivas. Se confirma así la famosa aseveración según la cual la primera generación crea, la segunda continúa y la tercera destruye¹⁵.

¹³ El Derecho debe, en primer lugar, asegurar que la sucesión hereditaria se realice sin traumas, de manera tal que se eluda la presencia en los órganos de decisión aquellos miembros no preparados o cualificados o bien que puedan originar conflictos en la gestión (tales como cónyuges divorciados del miembro de la familia, hijos de divorciados, toxicómanos, ludópatas o «viciosos del juego», incapaces, insolventes, etc.); sin perjuicio, no obstante, de que aquellos miembros excluidos tengan que ser compensados económicamente *ex arts.* 829 y 1056 CC (por ejemplo, a través de la adjudicación de las acciones de la sociedad familiar a los herederos que sean accionistas en el momento de elaborar el testamento, o bien concediendo voto plural en una sociedad de responsabilidad limitada, compensando con ventajas o privilegios en el dividendo y en la cuota de liquidación a los otros). Pero, en segundo lugar, el Derecho debe, también, ayudar a *organizar el poder familiar en la empresa* (esto es, en el seno de la sociedad o del grupo de sociedades). Eso se logra a través de fórmulas *aristocráticas* como la designación de testamentario universal, o bien a través de administrador fiduciario. Al administrador le son atribuidos los derechos políticos de las acciones o participaciones sociales, que se transmitirán después a los fideicomisarios, mientras que todos los herederos perciben los beneficios; o a través de la constitución de una sociedad regular colectiva con administrador estatutario (art. 132 C. de c.); o bien a través de fórmulas *democráticas*; es decir, mediante una comunidad indivisa de bienes impuesta por testamento, administrada por un «Junta de comunidad familiar», por el tiempo que sea necesario para consolidar la empresa.

¹⁴ Esto es, la denominada teoría de la evolución (o involución) de las sociedades familiares enunciada por HUGHES. En la práctica, se observa que la preservación de la sociedad mercantil en el seno de la familia viene ligada a comportamientos humanos. El relevo generacional representa un proceso dinámico de una actividad de grupo que debe ser renovada y revitalizada en cada sucesiva generación para evitar la amenaza de la entropía. El patrimonio de una familia viene entregado y legado a los miembros de las generaciones futuras. Pero la verdadera riqueza de una familia consiste en el capital humano e intelectual de sus componentes. Al fin de preservar su riqueza, la familia deberá compartir en su seno valores comunes que deberán ser reafirmados y adoptados por cada generación sucesiva. Es más, al fin de preservar su riqueza, deberá además consensuar y adoptar un sistema de «*family governance*», a través del cual se pueda perseguir eficazmente tales valores comunes. El objetivo de este sistema de «*family governance*» no deberá ser otro sino la promoción de la felicidad de cada uno de componentes singulares de la familia.

¹⁵ Concretamente para NEUBAUER/LANK, entre dos tercios y tres cuartas partes de las empresas familiares son vendidas por la familia fundadora durante la primera generación y solamente entre un 5% y un 15% continúan en la tercera generación en manos de sus descendientes. Como afirma HUGHES, la primera generación, en efecto, es aquella que sin formación académica pero con muchas ideas y con muchas ganas de trabajar, logra acaparar un gran patrimonio manteniéndolo, eso sí, un estilo de vida frugal. La segunda generación es aquella que frecuenta la universidad, empieza a vestir bien, vive en la ciudad, va al mar o a la montaña los fines de semana, pero mantiene el *statu quo* creado por los padres. La tercera generación, en cambio, se instala en el lujo, despilfarrando el capital acumulado por las anteriores generaciones, de forma que logra que las siguientes generaciones vuelvan al duro trabajo cotidiano. Por desgracia se confirma el famoso aforismo: «de mangas de camisa a mangas de camisa en tres generaciones».

La mayoría de la literatura económico-empresarial se muestra unánime a la hora de afirmar que los procesos sucesorios únicamente pueden afrontarse con cierto grado de éxito si se planifica en vida del fundador (y, si es posible, en momento en que todavía la lucidez de sus decisiones no se vean aquejadas por el irremediable deterioro que, no siempre pero sí muy a menudo, provoca la senectud). La planificación del proceso sucesorio ha de tener como finalidad la elección del sucesor más óptimo, lo que conlleva una atribución de los activos empresariales, esto es, un verdadero proceso traditorio entre el fundador y el sucesor. Este proceso traditorio a realizar por el fundador a favor del heredero más adecuado tiene que ser reforzado y garantizado jurídicamente en el mayor grado que sea posible, evitando que se pueda poner en peligro el paso del testigo de las riendas de la empresa al delfín por el resto de herederos no elegidos o por la propia voluntad del fundador manifestada en un momento posterior (siempre que no se apoye en razones objetivas por la ineptitud manifiesta del delfín). A fin de evitar este fatal desenlace, el lobby empresa familiar ha venido reclamando la «*perfección*» del Derecho sucesorio; expresión eufemística que, en su versión más radical, ha de entenderse como exigencia de eliminación del sistema de legítimas, así como de cualquier otra limitación existente a la autonomía de la voluntad del testador.

El empleo de protocolos familiares no sólo se recomienda como solución a los problemas que puedan surgir en el seno de la familia y en relación con la empresa, sino que puede contribuir de manera sustancial a la supervivencia de la empresa familiar, preparándose apriorísticamente para afrontar los retos inherentes a los procesos de cambio intergeneracionales. Sin embargo, su eficacia en este punto dista mucho de ser satisfactoria, puesto que choca de pleno con la prohibición de los pactos sucesorios, así como por el hecho de configurar al testamento (que, además, es siempre revocable) como el único instrumento jurídico ideado por el legislador a través del que una persona puede disponer de sus bienes para el momento posterior al de su fallecimiento.

4. LAS EMPRESAS FAMILIARES Y SU ESTRUCTURA SOCIETARIA

4.1. La autonomía societaria y la configuración «familiar» de las sociedades mercantiles

Abordada la construcción conceptual de la empresa familiar, conviene efectuar, en último lugar, algunas reflexiones sobre aquellas instituciones de derecho societario cuya regulación, quizás, deje un espacio suficiente a la autonomía privada para servir más eficazmente al objetivo principal del fundador de una empresa familiar: la mejora

de su gobernabilidad y su transferencia *mortis causa* conservando la titularidad en el seno de la familia.

La cuestión tipológica en las empresas familiares es un problema que incide en una materia tan vital como puede ser su eficiencia económica y, por tanto, su subsistencia en el tiempo, resultando, además, determinante en el tránsito de una empresa de titularidad individual a una empresa de titularidad societaria, así como en la sucesión entre los miembros de la sociedad familiar. Para una elección óptima del tipo societario más adecuado se debe tener en cuenta que el prototipo de empresa familiar se corresponde con aquella de mediana y pequeña dimensión, cuyos titulares se encuentran ligados entre ellos por vínculos de parentesco, teniendo además el deseo de consolidar en el tiempo tanto el disfrute de la empresa, como su titularidad en manos de la familia.

A la hora de escoger el ropaje jurídico más apropiado para su óptima organización nace la duda acerca de si es necesario crear un nuevo tipo societario específico (a modo de *sociedad familiar*) capaz de resolver todos los problemas organizativos y sucesorios de las empresas familiares, o si, por el contrario, los tipos societarios actualmente en vigor pueden servir eficazmente a sus fines y a sus intereses.

La acomodación en tipos sociales capitalistas de realidades empresariales familiares no resulta una tarea fácil. Nuestro derecho de sociedades adolece de cierto grado de inflexibilidad que dificulta la regulación de nuevas realidades empresariales no previstas por el legislador. Frente al modelo societario angloamericano, los sistemas latinos basados en la configuración legal de tipos sociales son poco eficaces a la hora de personalizar (o, en nuestro caso, «*familiarizar*») la ponderación y regulación de las necesidades e intereses particulares, empresariales y personales de los socios. La autonomía de la voluntad, se dice, se encuentra muy cercenada en nuestro Derecho societario.

Sucede, en efecto, que nuestro sistema tipológico societario prohíbe la creación de tipos distintos de los regulados por el Código de comercio y por diversas leyes especiales. Es lo cierto que una lectura meramente literal del art. 122 C. de c. permitiría pensar lo contrario. La expresión codicística del artículo («*Por regla general*») puede llevarnos a considerar que caben excepciones a los tipos en él enunciados; esto es, que el elenco de formas (tipos) sociales no es cerrado, sino abierto¹⁶. Sin embargo, se trata de una falsa impresión. Tanto la doctrina como la jurisprudencia españolas (basadas en la imposibilidad de que las sociedades atípicas accedan al Registro mercantil) se muestran unánimes en afirmar que las sociedades atípicas carecen de eficacia externa, siendo consideradas como

¹⁶ Coadyuva a esta interpretación el hecho de que en dicha relación no esté recogida toda la tipología societaria. Faltan, por ejemplo, las sociedades cooperativas, las sociedades laborales, etc., que han debido pacientemente esperar a que el legislador haya tenido a bien reconocerlas expresamente, promulgando leyes especiales para cada una de ellas.

sociedades irregulares. Las opciones, por tanto, para poder amoldar y personificar los diversos tipos sociales son las que siguen.

Por un lado, cabe la posibilidad de esperar a que el legislador decida introducir un nuevo tipo societario (como así ha sucedido con la SLNE, la SAE domiciliada en España, sociedades profesionales, AIE, etc.). Sin embargo, esta vía ha de ser desechada puesto que, por el momento, parece imposible e inviable la creación de un tipo societario específico para las empresas familiares, como así lo puso de manifiesto el Informe del Senado sobre la ponencia de estudio para la problemática de la empresa familiar, donde se descarta la elaboración de un estatuto jurídico propio para las empresas familiares¹⁷. La empresa familiar no es una forma social, ni puede llegar a serlo. Las especificidades de la empresa familiar no justifican el diseño y regulación de una nueva estructura y régimen societario bajo el amparo de una nueva forma societaria.

Desde nuestro punto de vista, no resulta necesaria ni conveniente la creación de un nuevo tipo societario atípico (*sociedad familiar*), distinto de los ya existentes en nuestro Derecho societario¹⁸. Por una parte, existe una gran dificultad conceptual sobre lo que se deba entender por empresa familiar de forma unívoca, clara y válida, que tenga el rigor y la precisión necesarios para determinar de una vez para siempre su *fattispecie*, sus elementos fácticos, con un cierto grado aceptable de seguridad jurídica¹⁹. A lo que hay que añadir, además, la falta de un tratamiento unitario de empresa familiar que consienta la elaboración de un específico y autónomo estatuto jurídico, puesto que los estudios en la materia excluyen por regla general a las empresas familiares de grandes dimensiones al contar con problemas diferentes y con otras capacidades para resolverlos²⁰. Y, por último, la razón más importante que coadyuva a abandonar la idea de construir un tipo social propio viene constituida por la constatación de la suficiencia de los tipos sociales ya existentes, los cuales son aptos

para aportar soluciones óptimas a los problemas de las empresas familiares²¹.

Desde un punto de vista meramente jurídico, el aspecto «familiar» no aporta nada al tipo societario elegido. Se trata de un elemento de cierre del ámbito subjetivo de la sociedad mercantil. La sociedad se cierra al exterior por razón de vínculos familiares comunes entre los socios. Las empresas familiares, por tanto, no son un «tipo ideal de sociedad». No obstante, pueden constituir un «tipo real de sociedad», esto es, una forma atípica pero extendida y aceptada en el tráfico jurídico, surgida por el uso que los particulares hacen del régimen legal de una determinada forma de sociedad. En este sentido, el tipo real empresa familiar se caracteriza por el hecho de que los socios fundadores de la sociedad están unidos por vínculos de parentesco (así como la mayoría de los futuros socios) y por la presencia de un interés social familiar consistente en la conservación de la titularidad y del control de la empresa en manos de la familia.

Ante la imposibilidad de crear un nuevo tipo social para las sociedades familiares, aún nos queda un doble recurso: redactar cláusulas estatutarias atípicas que introduzcan particularidades propias de índole familiar en la regulación del tipo social elegido; o acudir a la regulación extrasocietaria de los intereses personales y societarios mediante el recurso a los pactos parasociales, al margen pues de la protección y eficacia jurídico-societarias atribuidas a los estatutos sociales. Esta disyuntiva no está exenta de dificultades e inconvenientes.

En lógica societaria, el cauce aparentemente más conveniente para amoldar la regulación del tipo societario en aras de compatibilizarlo con los intereses empresariales familiares debería ser la creación e incorporación en los estatutos sociales de cláusulas atípicas adaptadas a las necesidades de cada realidad empresarial. Será, por tanto, a través del ámbito dejado a la autonomía de la voluntad en

¹⁷ BOCG núm. 312, de 23 de noviembre. Para los redactores de este informe, la gran diversidad de los tipos de empresas familiares existentes (desde las individuales a las sociales, pasando por las pequeñas, medianas y grandes) implicaría la creación de una regulación jurídica tan holgada que los supuestos beneficios a obtener quedarían en peligro. Por tal razón, entienden no sólo innecesario, sino perjudicial crear un nuevo tipo societario (SF) propio para las sociedades de base familiar.

¹⁸ Los arts. 116 y 117 C. de c. parecen dejar espacio a la libertad de creación de nuevas figuras societarias, al disponer que el contrato de compañía será mercantil cualquiera que sea su tipo, siempre que se haya constituido según las disposiciones del Código de comercio. Libertad que, desgraciadamente, ha sido poco usada. Es más, la doctrina y jurisprudencia se han mostrado unánimes al afirmar que, en realidad, no existe una verdadera libertad de invención de nuevos tipos societarios. A lo sumo, sólo existe libertad de pactar cláusulas estatutarias atípicas, siempre que, además, no desnaturalicen el tipo societario elegido.

¹⁹ Para definir una empresa familiar resulta necesario utilizar conceptos tales como el parentesco, la propiedad, el control, la mayoría, la intencionalidad de permanencia, etc., cuyos perfiles y límites no se logran individualizar con un óptimo nivel de certeza y de seguridad. Además, ni siquiera quien solicita la creación de un nuevo tipo societario propio para las empresas familiares ha concretado cuáles deben ser las características identificativas del tipo *sociedad familiar* y la ha podido diferenciar de los tipos sociales ya existentes.

²⁰ En el tratamiento jurídico de las empresas familiares resulta necesario delimitar y reducir el ámbito de estudio a aquellas de pequeña y medianas dimensiones, dejando fuera a las grandes empresas familiares, puesto que éstas proponen problemas y necesidades diferentes y particulares.

²¹ En este sentido, la Comisión Interministerial del Senado relativa a los problemas de las empresas familiares ha establecido que no existe ni siquiera necesidad alguna de modificar los arts. 403 ss. del Reglamento del Registro Mercantil para permitir que se añada la letra «F» a la indicación de la forma societaria, debido a que no existe una «Sociedad Familiar» («SF») como tipo específico. Por lo tanto, dentro de las deliberaciones sobre las medidas a adoptar para proteger y fomentar a las empresas familiares no parece conveniente crear un nuevo tipo de sociedad específico para ellas, puesto que la sociedad de responsabilidad limitada, por su carácter cerrado e híbrido, ofrece un marco legal adecuada a fin de poder realizar la finalidad propia de las empresas familiares, esto es, la continuidad de la familia en el control y gestión de la sociedad.

la regulación de los tipos sociales (junto a la posibilidad de pactar extra o parasocietariamente aquellos aspectos organizativos de su estructura jurídica), y no mediante la creación de un nuevo tipo social ideal, el modo idóneo para adaptar los tipos sociales ideales actualmente en vigor al tipo social real empresa familiar, incorporando las peculiaridades y las necesidades de cada familia emprendedora, sin forzarlos ni alterarlos. Bien entendido que nada obsta a que se puedan introducir algunas modificaciones concretas en la regulación de alguno de ellos. Y es que la prohibición de crear nuevos tipos sociales no significa la inadmisibilidad de introducir singulares cláusulas atípicas, siempre que no contradigan la normativa imperativa societaria ni modifiquen los elementos esenciales del tipo elegido.

Es forzoso reconocer la existencia de un ámbito posible y útil a la autorregulación societaria. Sobre la base de lo dispuesto en el art. 28 LSC, en los estatutos se pueden incluir además de las menciones mínimas exigidas con carácter legal, cualesquiera otros pactos o condiciones especiales que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido. En este sentido, la mayor flexibilidad del régimen jurídico que se presupone en la SRL hace que el grado de autorregulación sea mucho mayor en este tipo social que en la SA²². Así, sin ánimo de ser exhaustivo, cabe mencionar las siguientes cláusulas estatutarias admitidas.

1.- Aparte de la flexibilidad a la hora de configurar la denominación y el objeto social, puede resultar interesante para las empresas familiares, en aras de ponderar y repartir los derechos económicos y político-decisionales entre las distintas ramas familiares, la creación de determinadas clases de acciones o participaciones, como, por ejemplo, las acciones o participaciones sin derecho de voto, las participaciones privilegiadas en materia de derecho de voto (art. 94 LSC); o bien limitar los derechos de asistencia y voto incluso en sede de anónimas (art. 179 LSC); o exigir quórum y mayorías reforzadas en los estatutos (arts. 194 y 198 ss. LSC); o elaborar una política de dividendos preferentes en sus diversas formas (arts. 99 LSC); así como establecer cláusulas estatutarias sobre la división del haber social en la liquidación (arts. 391 ss. LSC); etc.

2.- Puede, además, restringirse en los estatutos, dentro de los límites legales y con respeto siempre a los principios configuradores, la transmisibilidad de acciones o participaciones de múltiples formas y con arreglo a muy diferentes sistemas limitativos posibles [cláusulas prohibitivas, de consentimiento, de preferente adquisición, mixtas, etc.; arts. 23 d), 107 y 123 LSC].

3.- A su vez, se puede personalizar estatutariamente el régimen de los órganos sociales incluyendo previsiones sobre el reconocimiento del poder irrevocable de los miembros de la familia que sean parte en la firma del protocolo para el ejercicio del voto en Junta y en interés de la familia (nueva redacción art. 186.5 RRM); el establecimiento de requisitos de orden familiar para ser miembro del consejo de administración; la creación de órganos familiares de carácter consultivo [arts. 114.2e), 124.2 d), 175.2 e) y 185.3 RRM], etc.

4.- También es posible fijar en los estatutos, tanto en anónimas como en limitadas, la imposición a cargo de todos o parte de los socios de prestaciones accesorias de muy variado contenido, incluso la prestación accesoria de cumplimiento del pacto parasocial del protocolo familiar (art. 187.1 RRM).

5.- Por último, son muy amplias las posibilidades de pactar cláusulas estatutarias (legalmente atípicas) de separación y de exclusión de los socios, incluso en sede de sociedades anónimas. La posibilidad de pactar en estatutos causas de separación distintas de las legales estaba recogida expresamente en la LSRL en su art. 96, no así en la LSA. Es opinión muy minoritaria la de quienes sostienen que no cabe ampliar los supuestos legales en SA con el argumento del presunto carácter excepcional de la separación en este tipo social, el riesgo de empobrecimiento del patrimonio, la tendencia de la legislación de anónimas de reducir las causas de separación para garantizar la sujeción de la minoría al criterio mayoritario, etc. En contra se pronuncia la mayoría de la doctrina, en consonancia con la opinión jurisprudencial al respecto. Mayores problemas conlleva la posibilidad o no de configurar la separación *ad nutum* del socio, esto es, la consagración como derecho estatutario de separación la simple denuncia del socio²³. Pese a ello, no presentan ninguna dificultad la aceptación de pactos estatutarios de

²² No obstante, no siempre resulta ser cierta la pretendida mayor flexibilidad de la sociedad de responsabilidad limitada ya que ésta remite en muchos aspectos de su regulación a la SA, hasta el punto de que algún sector doctrinal considera que en realidad constituye una forma particular de SA.

²³ La negativa de reconocer este derecho de separación «ad nutum» estriba en que se opone a los principios configuradores de la sociedad anónima, fundamentalmente el de integridad del capital, aunque también el de sujeción de la minoría a los acuerdos de la mayoría. En cuanto a la jurisprudencia, si bien no existen muchos pronunciamientos al respecto, se puede afirmar que asienten a favor de esta posibilidad; propugnando también una interpretación amplia de las causas legales de separación (destacando aquí, como hace VELA TORRES, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2011 y la STS de la Sala Primera de lo Civil, de 15 Nov. 2011, rec. 1433/2007). Por su parte, la Dirección General de los Registros y del Notariado mantenía una postura relativamente ambigua, puesto que daba argumentos tanto a favor como en contra (por todas, Resolución de 25 de septiembre de 2003).

El instituto societario de la separación de socios se encuentra regulado en el Capítulo I del Título IX de la LSC (arts. 346 a 349), que ha sido objeto de la reforma llevada a cabo por la Ley 25/2011, de 1 de agosto, consistente en la adición de un nuevo artículo (el 348 bis) y una nueva redacción dada al apartado «a» del art. 346.1 LSC. Este régimen se complementa con lo dispuesto en los arts. 353 a 359 LSC, que contienen normas comunes con la exclusión de socios.

separación/exclusión por «justa causa», los pactos de adhesión y de arrastre (*tag along* y *drag along*), los de venta forzosa, etc.²⁴. En este punto, la LSC, en su art. 347 consiente, sin hacer distinción entre sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada, que los estatutos establezcan otras causas de separación distintas de las previstas en el art. 346 LSC. Tan sólo requiere el consentimiento unánime de todos los socios (art. 347.2 LSC). Parece, por tanto, que se puede concluir la aceptación legal de la posibilidad de incrementar los supuestos legales de separación incluso en sede de anónimas.

Sin embargo, la autonomía de la voluntad a la hora de elaborar nuevas cláusulas societarias encuentra serios obstáculos, unos de naturaleza jurídica y otros de índole fáctica, que impiden su correcta implantación en el seno de las sociedades mercantiles familiares. Jurídicamente, tales cláusulas como cualquier otra de naturaleza contractual deberán respetar las leyes imperativas, la moral y el orden público (según el art. 1255 CC); pero, además, no podrán contravenir el contenido imperativo del régimen legal de anónimas o limitadas (que no es poco), así como, allí donde la ley deja algún hueco a la autonomía de la voluntad, los famosos e indeterminados principios configuradores del tipo social elegido (art. 28 LSC).

Pese a esta libertad de configuración de los estatutos sociales, empero, existen límites fácticos que cercenan la libertad a la hora de configurar nuevas y atípicas cláusulas estatutarias. Nos referimos al doble control de legalidad que han de superar quienes quieran iniciar una actividad societaria. El sistema de inscripción registral requiere pasar primero por la notaría para después inscribir en el Registro mercantil los estatutos sociales, previa calificación positiva del registrador mercantil. He aquí que este doble proceso garantista obstaculiza la posibilidad de introducir en los estatutos cláusulas que se salgan de lo normal. Como consecuencia, se ha extendido la práctica de formular

modelos de estatutos tipo o prerredactados (a modo, *mutatis mutandis*, de condiciones generales de la contratación) en los que rara vez se introducen cláusulas estatutarias originales y novedosas, y cuando así sucede es harto infrecuente que el registrador mercantil dé su brazo a torcer y las califique de forma positiva. Es más, la DGRN en sus resoluciones, generalmente suele sostener una postura fundada en el sometimiento pleno y absoluto a lo dispuesto por la ley (interpretación literal), coartando cualquier manifestación de autonomía de la voluntad por parte de los socios recurrentes.

Por tanto, la vía estatutaria como medio para flexibilizar los tipos societarios sólo es válida en la práctica siempre que uno no quiera distanciarse del texto de las leyes especiales de anónimas y limitadas (tanto si se trata de una norma imperativa como dispositiva)²⁵.

Nos queda, pues, el auxilio de los pactos parasociales como último recurso para «familiarizar» los tipos societarios. Estos son pactos privados, contratos, realizados por todos o algunos de los socios para regular todos o algunos de los aspectos de la vida societaria, esto es, las relaciones entre los socios y la sociedad, entre los socios entre sí y entre éstos y los terceros. Con ellos se pretende completar, concretar o modificar, en sus relaciones internas, las reglas legales y estatutarias que rigen la vida de la sociedad. Son los famosos «*pactos reservados*» que hasta hace bien poco (concretamente por la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, en su art. 6) eran considerados nulos. En la actualidad, sin embargo, se admite su validez pero sin otorgarles eficacia jurídico-societaria, en el sentido de que los pactos que se mantengan reservados entre los socios serán válidos pero no oponibles a la sociedad (art. 29 LSC).

Su uso adquiere una notable relevancia a la hora de personalizar un tipo societario capitalista, al presentar la enorme virtualidad de su absoluta flexibilidad y disposición²⁶.

La LSC hace extensivo el antiguo régimen de la separación de los socios contenida en la LSRL a todas las sociedades de capital, estableciendo unas causas legales de separación (arts. 346 y 348 bis LSC), así como la posibilidad de que en los estatutos se incorporen otras causas diferentes (art. 347 LSC). Las causas legales de separación permiten que los socios que no hayan votado el correspondiente acuerdo (incluyendo los que no tienen voto), puedan separarse de la sociedad en los siguientes casos: a) sustitución o modificación sustancial del objeto social; b) prórroga de la sociedad; c) reactivación de la sociedad; d) creación modificación o extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias, salvo disposición contraria de los estatutos. En las sociedades de responsabilidad limitada tendrán, además, derecho a separarse de la sociedad los socios que no hubieran votado a favor del acuerdo de modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales. En los casos de transformación de la sociedad y de traslado de domicilio al extranjero los socios tendrán derecho de separación en los términos establecidos en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

²⁴ Cuestión más problemática será la determinación del reembolso de participaciones en caso de separación o exclusión social.

²⁵ Resuenan las palabras del maestro FEDERICO DE CASTRO sobre la parcial disponibilidad de las normas dispositivas.

²⁶ Los pactos parasociales se pueden clasificar en tres grupos: 1º Los pactos de relación, que se distinguen por su neutralidad frente a la sociedad; en los que prima la voluntad de los socios de regular sus relaciones recíprocas de manera directa y sin mediación de la sociedad, en aspectos, por ejemplo, como la adquisición preferente de participaciones sociales, derechos de venta conjunta, obligaciones de no incrementar el capital por encima de un determinado porcentaje, cláusulas de cobertura de pérdidas de unos socios por otros, cláusulas de valoración o cláusulas de redistribución propias distintas de las establecidas en los estatutos, etc. 2º Los pactos de atribución, que se conciertan con el fin de procurar atribuir una serie de ventajas a la sociedad (como por ejemplo los que recogen la obligación de financiación adicional de la sociedad, el pacto de abstención de competencia con la sociedad, etc.). 3º Y, por último, los pactos de organización, que expresan la voluntad de los socios de reglamentar la organización, el funcionamiento y el sistema de toma de decisiones dentro de la sociedad (esto es, por ejemplo, los pactos de interpretación de normas estatutarias o su modificación, la composición del órgano de administración, la política a desarrollar por la compañía, los acuerdos restrictivos de las competencias de administradores, las pautas sobre contratación de socios o en su caso de familiares, la disolución de la sociedad, quórums y mayorías, etc.).

Se puede, en efecto, pactar cualquier obligación con el único límite de lo dispuesto en el art. 1255 CC (las leyes, la moral y el orden público). La única desventaja es el problema de su eficacia (o, *rectius*, en expresión inglesa, el de su «*enforcement*»). Los pactos parasociales, como todo contrato, tienen fuerza de ley entre las partes contratantes (art. 1901 CC). Tales pactos, por tanto, sólo vincularán a los socios que los hayan suscrito, pero no vincularán a los futuros socios, ni a la sociedad, ni a los terceros. Frente a ellos, los estatutos sociales, al tratarse de un documento público depositado e inscrito en el Registro mercantil, despliegan su eficacia no solo frente a los socios que los suscriben, sino también frente a los futuros socios, a la sociedad y a terceros.

Pese a esta falta de eficacia real (como la define la doctrina italiana), *erga omnes*, o simplemente jurídico-societaria, nuestra doctrina (al menos, parte de ella) viene haciendo notables esfuerzos para intentar salvar dicho obstáculo. Fundamentalmente, se intenta distinguir entre los pactos parasociales concertados por algunos socios, los denominados pactos de control, de los pactos parasociales asumidos por todos los socios²⁷. A estos últimos, la doctrina (fundamentalmente la inspirada en análisis economicistas del derecho societario) quiere otorgarles naturaleza societaria²⁸. Lo que se pretende, concretamente, es que el incumplimiento de los mismos adolezca de consecuencias societarias, esto es, que el acuerdo adoptado en contra del contenido del pacto parasocial pueda ser impugnado y que el socio incumplidor del mismo pueda ser sancionado societariamente con la exclusión de la sociedad.

Sin embargo, los últimos pronunciamientos de nuestro más alto Tribunal no van por la línea deseada por este sector doctrinal. En dos recientes SSTs, ambas de 6 de marzo de 2009²⁹, el Tribunal Supremo continúa sin otorgar eficacia societaria a los pactos parasociales. La división entre lo obligacional y lo societario se mantiene. Según el Tribunal Supremo, «la mera infracción del convenio parasocial (...) no basta, por sí sola, para la anulación del acuerdo impugnado» –sentencias de 10 de diciembre de 2008 y 2 de marzo de 2009–. Las causas de impugnación

no son otras sino las que se establecen en el art. 204 LSC: esto es, ser contrario a la ley, a los estatutos o al interés social. De modo que, pese a la existencia de cierto clamor doctrinal por otorgar eficacia jurídico-societaria a los pactos parasociales, a día de hoy nuestro Tribunal Supremo no ha dado su brazo a torcer.

En esta tesitura entre lo estatutario y lo parasocietario, desde hace unas décadas, las empresas familiares han optado por desarrollar las virtudes de los pactos parasociales elaborando un concreto pacto parasocial: los *protocolos familiares*. Se trata de contratos entre los socios y los miembros de la familia (creados a modo de constitución político societaria de la familia) por los que se regulan las relaciones entre la Familia, la Empresa y la Sociedad. Pues bien, he aquí que el *lobby* «*empresa familiar*» ha presionado al legislador para otorgar máxima eficacia jurídica a estos específicos pactos parasociales. De ahí deriva precisamente la promulgación del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, *regulador de la publicidad de los protocolos familiares*. Por medio de este Real Decreto se intenta abrir el Registro mercantil a los protocolos familiares, como medio de reconocimiento de su eficacia jurídica *erga omnes*.

4.2. El «Drei Stufen Modell» como punto de partida

Para dar una más adecuada respuesta a la cuestión tipológica (esto es, a qué tipo social resulta más apropiado e idóneo para organizar una empresa familiar) puede ser de interés un acercamiento a la división de los tipos societarios capitalistas sobre la base de los modelos de organización-empresarial que subyacen en ellos. En los años cincuenta, el Prof. ASCARELLI realizó una primera clasificación de la realidad económica que encerraba la estructura societaria de las sociedades anónimas sobre la base de tres tipos diversos: la gran sociedad anónima abierta con acciones cotizadas en Bolsas de valores y difundidas entre centenares (si no miles o, incluso, centenares de miles) de accionistas y con cifras millonarias de capital social; las sociedades anónimas con mediano o pequeño nivel empresarial y con una mediana dimensión subjetiva de socios, que es el tipo

²⁷ La diferencia fundamental estriba en que los acuerdos de todos los accionistas son en sustancia complemento del contrato social tal y como se recoge en los estatutos, de tal manera que juntos –pactos más estatutos– conforman desde una óptica económica, un contrato – más – completo que el de sociedad. Los pactos parasociales omnilaterales recogen en esencia las reglas de gobierno –corporativo– de la sociedad, reglas que en las sociedades cerradas tienen un amplio contenido contractual, y que en gran medida vienen a reglamentar actuaciones y pautas de comportamiento de los socios en situaciones de conflicto de interés.

²⁸ Nótese que estos pactos cumplen una función equivalente a la que tienen encomendada los deberes fiduciarios, que no es otra que combatir el oportunismo en el seno de las sociedades. En algunos supuestos los pactos tienen el objeto de desarrollar o concretar tales deberes, pero fundamentalmente suministran reglas de actuación en situaciones que la experiencia atestigua como potencialmente conflictivas, con el propósito de evitar –o al menos minimizar– los costes que los conflictos de intereses pudieran acarrear a la vida social. Detrás de los pactos parasociales no hay por lo general una intención secretista o fraudulenta que deba ser refrenada, sino que suelen venir motivados por la necesidad de los socios de velar por sus intereses económicos en la sociedad, que temen no estén suficientemente bien atendidos por la regulación legal o estatutaria. Este es un elemento fundamental para entender el alcance del problema en nuestros ordenamientos: muchos de los pactos entre los socios son el resultado de la imposibilidad legal de incluir sus previsiones en los estatutos.

²⁹ En la primera sentencia, se cuestionaba la validez de un pacto parasocial que instaura un sistema de representación proporcional en una sociedad de responsabilidad limitada (STS, 1ª, 6.3.2009 JUR 2009\140201); mientras que en la segunda se hacía referencia a un pacto que articula un alambicado sistema de administración y representación de la sociedad (STS, 1ª, 6.3.2009 JUR 2009\140200). En ambos casos, tales pactos se introducen con el propósito de evitar los conflictos surgidos entre los socios mayoritarios y los socios minoritarios.

más frecuentemente visualizado por la doctrina tradicional y la realidad contemplada por las legislaciones sobre sociedades; y, por último, las sociedades sustancialmente unipersonales. Esta división tripartita se encuentra en la base de una de las contribuciones más relevantes al Derecho societario de los últimos decenios. Nos referimos a la propuesta del *Drei Stufen Modell* elaborada por los Profs. ALBACH y LUTTER, seguida incluso más allá del atlántico, según la cual se pueden distinguir tres grupos de sociedades capitalistas:

1º) La *gran sociedad de capital bolsística*, esto es, aquélla que cuenta con un número amplísimo y disperso de socios, natural y racionalmente apáticos y desatentos a la vida societaria y sólo interesados en la cotización de sus valores.

2º) La *sociedad de capital abierta*, es decir, aquélla que goza de un círculo abierto de socios activos, en la cual se da el clásico conflicto entre mayoría y minoría, cuyas posiciones e, incluso, intereses son defendidos activamente en los órganos deliberantes y de control societario, y cuyas acciones no cotizan en los mercados financieros, sino que, por el contrario, acuden al denominado «mercado secundario» de capital – *geregelter Markt* –; tal tipo social se corresponde, por tanto, con el modelo legal de sociedad anónima, tal como aparece tipificado en las legislaciones latinas.

3º) Y, por último, la *sociedad de capital de base personalista* – *close corporations*, según la terminología anglosajona³⁰ –, cuya naturaleza capitalista (según la cual la condición de socio sólo se adquiere a través de la correspondiente aportación al capital social) se encuentra en cierto modo «minimizada» por la importancia que se pretende otorgar al *intuitu personae*. Nos encontramos, pues, ante sociedades compuestas generalmente por un número reducido de socios, que encuentran su causa última constitutiva en la existencia de un vínculo particular de confianza recíproca, por el que las cualidades personales de cada uno de los socios adquieren especial relevancia para la consecución de los fines comunes. Este número reducido de socios convierte a la sociedad de capital cerrada en una verdadera comunidad de trabajo (al estilo de las

sociedades colectivas), de tal forma que los propios socios participan activamente en el desarrollo del objeto social, desempeñando además, y frecuentemente, el cargo de administradores sociales. Naturalmente, el elemento personal conlleva, como una manifestación más, la exclusión (o una mayor y más severa limitación) de la circulación de las cuotas societarias en los mercados de capitales.

Estos tres modelos de organización societaria deben ser compatibles con los distintos tipos societarios jurídicamente tipificados por las diversas leyes de sociedades mercantiles: sociedad colectiva, comanditaria simple o por acciones, anónima, limitada, etc. En este sentido, los Prof. ALBACH y LUTTER proponían una profunda reforma de la tipología societaria, en el sentido de que o bien la legislación societaria consintiese a todas las empresas societarias operar bajo una misma categoría general de «sociedad por acciones» que contase con una regulación altamente flexible, susceptible de dar cobijo a tipos organizativos muy diversos (esto es, adoptar un sistema unitario, como acontece en el mundo anglosajón), o bien, por el contrario, operar al modo de los sistemas latinos, utilizando y reduciendo la tipología existente a dos formas jurídicas diferenciadas entre sí: la sociedad anónima (con una regulación apropiada sólo para las grandes corporaciones empresariales) y la sociedad de responsabilidad limitada (reducida al tipo común para pequeñas y medianas empresas).

4.3. La sociedad de responsabilidad limitada como forma óptima de organización de la empresa familiar

La cuestión sobre la forma jurídica más óptima para organizar jurídicamente a las empresas familiares debe resolverse a partir de la realidad empresarial subyacente. Las sociedades mercantiles de base familiar constituyen – en la mayor parte de las veces, si bien de forma no exclusiva – una modalidad específica de empresa, que necesita un tipo *societario de capital de naturaleza personalista*, donde se pueda conjugar la estructura corporativa típica de una sociedad capitalista, con elementos de personificación (*rectius*, de «*familiarización*»)³¹. En este sentido, es posible erigir a la sociedad de responsabilidad limitada como el tipo societario más idóneo para organizar jurídicamente una

³⁰ En los Estados Unidos, por *Close Corporations* se entiende aquella sociedad anónima cerrada, no cotizada, con restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones, y cuyos accionistas son considerados propietarios y ejercitan efectivamente el poder de gestión, y en la que la legislación de los diversos Estados consiente importantes derogaciones al régimen imperativo legal a través de pactos estatutarios o, incluso, parasociales (Wisconsin) o consiente levantar el velo de la personalidad jurídica imputando responsables a los accionistas en caso de incumplimiento de normas formales, confiriendo a los tribunales poderes excepcionales para disolver la sociedad, imponer la compra de las acciones de un accionista, ordenar el pago de dividendos o separar a los administradores o nombrar administradores judiciales provisionales, en caso de fraude o culpa grave en la gestión societaria.

³¹ Surge entonces el problema de la determinación de los principios configuradores del tipo societario (problema análogo al de la autonomía estatutaria y contractual y sus límites en el Derecho societario). La autonomía estatutaria no viene concedida de forma absoluta, sino que cuenta con unos determinados límites, dentro de los cuales debe ser ejercitada. Fundamentalmente, el más importante viene representado por el respeto del principio de la tipicidad, lo que conlleva el respeto de las características esenciales del tipo elegido, de forma que la autonomía estatutaria no podrá nunca desnaturalizarlo. Por tanto, la SRL, aun pudiéndose aproximar tanto al modelo de las sociedades personalistas como al de la sociedad capitalista por excelencia (la SA), deberá conservar los elementos fundamentales de toda SRL. Por otra parte, un segundo límite a la autonomía privada estriba en la propia regulación imperativa. En efecto, el estatuto legal de los diversos tipos societarios viene constituido por un sistema de normas cogentes y disposiciones dispositivas que establecen el ámbito natural de la autonomía privada societaria. VIERA GONZÁLEZ, A. J., *Las sociedades de capital cerradas. Un problema de relaciones entre los tipos SA y SRL*, Navarra, 2002, pp. 39 ss.

empresa familiar, al menos en los sistemas societarios latinos, sobre todo cuando las empresas familiares sean de pequeñas o medianas dimensiones.

Es lo cierto, sin embargo, que la regulación societaria interna de empresas familiares se aproxima al sistema que gozan los socios de sociedades colectivas. Además, el tipo societario elegido debe ser capaz de atribuir a los socios familiares (fundamentalmente al fundador) el derecho de elegir a los administradores o de vetar algunas operaciones empresariales que a su juicio sean demasiado arriesgadas o contrarias al espíritu familiar. Al mismo tiempo, resultará de interés para las empresas familiares la derogación de un principio societario basilar como es la igualdad de trato de los socios³², otorgándoles derechos económicos y políticos no proporcionales a las efectivas aportaciones de capital efectuadas, sino en virtud de las necesidades familiares, lo que equivale a decir, merced a las aptitudes y cualidades personales de cada socio familiar o, mejor aún, por la conveniencia al «interés familiar», según lo entienda y lo interprete en cada momento el fundador³³.

En suma, se hace necesario construir una organización acentuadamente personalista en la que forma (organización societaria) y sustancia (empresa familiar) puedan convivir, evitando forzar la normativa y la racionalidad legislativa societaria para una mejor satisfacción de los intereses en juego o, al menos, una coordinación de tales intereses más acorde con la naturaleza armónica y afectiva propia de las relaciones familiares pero que, al mismo tiempo, gocen de la necesaria seguridad jurídica para poder resolver los posibles y futuros conflictos entre los socios. Vista esta necesidad, parece que el tipo social sociedad de responsabilidad limitada, por sus cualidades y características inherentes, por el equilibrio que hace el régimen de la SRL (contenido ahora en la Ley de Sociedades de Capital) entre normas imperativas y dispositivas, por el peso de la tradición, etc., es el más apropiado para configurar una empresa familiar.

Con todo, este tipo social no es el único posible, ni el único dable en la realidad que nos rodea. Así, la sociedad anónima, a través de la posibilidad de limitar la libre transmisión de acciones, entre otros pactos estatutarios o parasociales, consiente una cierta adaptación a las exigencias de las empresas familiares – siendo así que es norma y praxis general para las empresas familiares de grandes dimensiones, sobre todo cuando deban acudir a los mercados de valores, por cuanto que el tipo sociedad anónima resulta obligatorio.

Por otra parte, no debe olvidarse que este alegato a favor de la sociedad de responsabilidad limitada como el tipo societario más conveniente para la organización de un empresa de base familiar no impide encontrar en la realidad empresas familiares que han adoptado otros tipos societarios o cuasi-societarios, como la sociedad comanditaria simple o por acciones –al consentir la incorporación de capital externo sin que el inversor intervenga en la administración y cuyo mayor inconveniente, la responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios colectivos, puede sortearse mediante la adopción de la figura mixta de la GmbH&CoKG–; o las cuentas en participación –cuyas ventajas son equivalentes a las de una sociedad comanditaria, pero añadiendo el hecho de que el cuenta-partícipe no es ni siquiera socio, ni goza, por tanto, de los derechos sociales–; y, por último, la sociedad *holding* que hace posible una disminución de los riesgos empresariales permite asociaciones empresariales con terceros, da autonomía a la gestión de las distintas unidades empresariales, aumenta la dirección, diversifica las empresas mediante la reinversión de los excedentes financieros, consigue una fiscalidad más eficiente, logra rebajar una excesiva centralización de las funciones de asistencia, financiación, marketing, etc.

Sin embargo, en la idealización legislativa societaria, como hemos evidenciado, la sociedad de responsabilidad limitada es concebida como sociedad constituida normalmente por sujetos con características tales que no pueden ser cualificados como meros inversores, pero sí como fuertemente interesados en la gestión empresarial, de tal manera que se consigue gozar del privilegio de la responsabilidad limitada (al igual que en las sociedades anónimas) sin renunciar al poder de gestión (como si de una sociedad personalista se tratase). El legislador ha diseñado, pues, una disciplina para las sociedades de responsabilidad limitada en donde la autonomía estatutaria desarrolla un rol importantísimo, limitado sólo por la tutela de los terceros, en general, y de los acreedores sociales en particular. Así, la sociedad de responsabilidad limitada se configura como un tipo social caracterizado por una significativa y acentuada elasticidad, fundamento de las consideraciones personales de los socios, a los que se les confiere una amplia autonomía estatutaria a la hora de delinear los ejes organizativos de la sociedad. Su regulación jurídica consiente que la autonomía patrimonial societaria sea compatible con una regulación organizativa flexible, hasta el punto de poder ser modelada generalmente en clave personalista, según un modelo organizativo más cercano a las sociedades personalistas. La amplia autonomía estatutaria

³² En este sentido, conviene advertir que la Ley 3/2009, de 3 de abril, de *Modificaciones Estructurales de las sociedades mercantiles* ha introducido en la Ley de Sociedades Anónimas un nuevo art. 50 bis intitulado precisamente *Igualdad de trato, por el cual*, «La sociedad deberá dar un trato igual a los accionistas que se encuentren en condiciones idénticas», que en la LSC aparece formulado en el art. 97. Al mismo tiempo, como consecuencia de la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital, se ha añadido un nuevo artículo 514, dentro del Título XIV, destinado a reconocer el principio de igualdad de trato en el seno de las sociedades anónimas cotizadas, por mor del cual, «las sociedades anónimas cotizadas garantizarán, en todo momento, la igualdad de trato de todos los accionistas que se hallen en la misma posición, en lo que se refiere a la información, la participación y el ejercicio del derecho de voto en la junta general».

³³ Después de todo, los hijos pueden esforzarse un poco para beneficiarse del trabajo y de los resultados que los padres han obtenido.

significa, pues, amplia elección para los socios de determinar las reglas de *governance*. La LSC establece, en efecto, un modelo podríamos decir supletorio (o de *default*), sólo aplicable allí donde los socios no hayan establecido algo distinto en los estatutos. La SRL se convierte así en un modelo societario a mitad de camino entre el modelo capitalista por excelencia (esto es, el modelo de la SA) y el de las sociedades personalistas. En la SRL, los socios gozan de un ámbito real de libertad para autorregularse, pudiendo modelar la *corporate governance* de la sociedad, haciendo de ella un tipo más personalista o, si se desea, un tipo más capitalista, según las exigencias específicas de la realidad empresarial subyacente.

En efecto, los socios-fundadores encuentran en la regulación de la SRL todo un conjunto de ventajas organizativas. En primer lugar, el tipo legal de SR hace posible la personalización de la organización societaria, incorporando en los propios estatutos pactos familiares particulares que, en caso contrario, deberían permanecer en el ámbito parasocial, es decir, fuera de la protección del Derecho societario³⁴. En segundo lugar, el régimen de la SRL admite la posibilidad de estatuir restricciones a la libre transmisibilidad de las participaciones sociales, incluyendo expresamente la prohibición por cinco años o permanentemente (si viene acompañado del derecho de separación de la sociedad en cualquier momento)³⁵. Asimismo, existe una importante simplificación organizativa y una significativa reducción de los costes de funcionamiento³⁶; a lo que se añade una gestión muy flexible, una mayor agilidad en la adopción de decisiones y un mayor control de la Junta general sobre los administradores³⁷. Por otra parte, existe una mayor facilidad a la hora de afrontar la desinversión o la separación/exclusión del socio, pudiéndose estatutariamente añadir nuevas causas de exclusión, como

podrían ser las derivadas de procesos de fusión, cambio de la rama familiar titular del control, separación/exclusión de las funciones administrativas o directivas, necesidades familiares según los objetivos definidos en «*protocolos familiares*» o en estatutos sociales³⁸. Además, es posible incluir cláusulas estatutarias de opción de venta a favor de socios o de la sociedad, en caso de incurrir en determinadas circunstancias; o ampliar las causas de exclusión de socios, en función del posible contenido del «*protocolo familiar*».

Empero, al mismo tiempo la regulación jurídica de la SRL cuenta con algunos importantes inconvenientes, como sucede con los problemas de acceso a la financiación derivada de la dificultad de emitir títulos de debito, análogos a las obligaciones emitidas por sociedades anónimas³⁹), y con el régimen de adquisición de participaciones propias (art. 140 LSC).

A pesar de que no parezca posible hablar de un «tipo ideal» de sociedad de responsabilidad limitada, si existen ciertas características tipológicas. Así, la SRL aparece como una sociedad en cuyo seno conviven elementos heterogéneos –capitalistas unos, personalistas otros– combinados en forma desigual por los legisladores en cada momento histórico. La SRL se nos presenta, en suma, como un tipo social «polivalente y polimorfo», caracterizado por una estructura organizativa de «geometría variable», dentro de los dos límites constituidos por un modelo que podríamos denominar como «sociedad personalista de responsabilidad limitada» y, en consecuencia, otro «de pequeña sociedad anónima», idónea para asumir los caracteres de un *tipo puente* entre las sociedades personalistas y las capitalistas. Podríamos, por tanto, concluir que se trata de un tipo societario de naturaleza híbrida, de carácter cerrado y régimen jurídico flexible.

³⁴ En efecto, especialmente pueden incorporarse en pactos parasociales, por ejemplo, un sistema desigual de voto según el cual la mayoría de la asamblea corresponda en cada momento, mediante un sistema de voto múltiple, a aquellos miembros de la familia que reúnan determinados requisitos establecidos por un «*protocolo familiar*», y transcritos en estatutos sociales, para asumir la gestión empresarial.

³⁵ Art. 108 LSC, cláusulas estatutarias prohibidas.

³⁶ A título de ejemplo, *vid.* art. 173.2 LSC, convocatoria de la Junta general (objeto de modificación merced a la Ley 25/2011), por el cual «(l)os estatutos podrán establecer que la convocatoria se realice mediante anuncio publicado en la página web de la sociedad o por cualquier procedimiento de comunicación, individual y escrita, que asegure la recepción del mismo por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en la documentación de la sociedad. En el caso de socios que residan en el extranjero, los estatutos podrán prever que sólo serán individualmente convocados si hubieran designado un lugar del territorio nacional para notificaciones. Con carácter voluntario y adicional, la convocatoria se podrá publicar en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social».

³⁷ Art. 161 LSC, donde se recoge la competencia de la Junta general de sociedades de responsabilidad limitada para impartir instrucciones al órgano de administración o someter a autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión.

³⁸ Art. 346 ss. LSC.

³⁹ El carácter cerrado de la sociedad de responsabilidad limitada implica, por otra parte, importantes problemas de acceso a la financiación. Tales sociedades tienen prohibido absolutamente emitir títulos de débito (art. 402 LSC), así como aumentar capital social mediante una oferta pública de adquisición de participaciones sociales. De esta forma, las opciones de financiación disminuyen considerablemente, puesto que o bien deben acudir a aumentos de capital, suscribiendo los propios socios (o por determinadas personas previamente elegidas por la sociedad) las nuevas participaciones, o bien optar por préstamos personales o créditos bancarios, o por la habitual autofinanciación a costa de no repartir beneficios.

La prohibición de emitir obligaciones ha estado criticada por un sector de la doctrina mercantilista. En concreto, se propone no la supresión pura y simple de aquella, sino más bien la adopción de otras soluciones que permitan armonizar las ventajas que en orden a su financiación presenta la emisión de obligaciones para la SRL. Así, se propugna que la facultad de emitir obligaciones debe conjugarse con la introducción de medidas tuitivas para prevenir y disminuir los presuntos riesgos inherentes a la emisión: concretamente, se debería exigir que la emisión de obligaciones contase siempre con cualquiera de las garantías establecidas en el art. 404 LSC, así como prohibir la emisión de valores negociables que, a causa de conversión o de cambio, permitiese la adquisición de participaciones sociales, para evitar así la ruptura del carácter cerrado de la SRL.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALONSO ESPINOSA, F. J., «La empresa familiar como problema», *RDM*, 283 (2012), pp. 33-76.
- ARONOFF, C. y WARD, J., *Family Business succession: The final test of greatness*, Business Owner Resources, Family Business Leadership Series, nº 1, Marietta, GA., 1992.
- CORONA RAMÓN, J. F., «Introducción al análisis de la empresa familiar», en GARRIDO MELERO, M., *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, T. VI, Barcelona, 2005, pp. 23-46.
- DE AGUIAR, E., *Beneficios fiscales en la empresa familiar: patrimonio y sucesiones*, Barcelona, La Caixa, Colección estudios e informes, núm. 13, 1998.
- EISENBERG, M. A., *The structure of the corporation*, Boston-Toronto, 1976.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, Navarra, 2008.
- FERNÁNDEZ GIMENO, J. P., *Problemas de la transmisión de la empresa familiar*, Madrid, 1999.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., «Protocolo familiar: un instrumento para la autorregulación de la sociedad familiar», *RdS*, 19 (2002), pp. 89-113.
- GARRIDO DE PALMA, V. M., «La familia empresaria ante el Derecho», en GARRIDO MELERO, M., *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, T. IV, Barcelona, 2005, pp. 63-94.
- GERSICK, DAVIS, MACCOLLOM y LANSBERG, *Empresas familiares. Generación a generación*, Madrid, 1998.
- HUGHES Jr., J. E., *Family wealth – Keeping in the family: How Family Members and Their Advisers Preserve Human, Intellectual, and Financial Assets for Generations*, 2004.
- LEACH, P., *La empresa familiar*, Barcelona, 1999.
- MINISTERIO DE ECONOMÍA, *Guía para la pequeña y mediana empresa familiar*, 2003.
- NEUBAUER, F. y LANK, A., *La Empresa Familiar. Cómo dirigirla para que perdure*, Barcelona-Bilbao, 2003.
- ROCA JUNYENT, M., «La empresa familiar en el ordenamiento jurídico interno y comunitario», en GARRIDO MELERO, M., *El patrimonio familiar y empresarial. Sus protocolos*, T. IV, Barcelona, 2005, pp. 23-62.
- RODRIGUEZ ARTIGAS, F., «La empresa familiar y las reformas de la ley de sociedades limitadas», en GARRIDO MELERO, M., *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, T. IV, Barcelona, 2005, pp. 383-432.
- _____, «Sociedad de responsabilidad limitada y empresa familiar (notas sobre una reforma de la LSRL)», *RdS*, 21 (2003), pp. 15-38.
- ROJO RAMÍREZ, A. A., DIÉGUEZ SOTO, J. y LÓPEZ DELGADO, P., «Importancia del concepto de Empresa Familiar en investigación: utilización de la base de datos SABI para su clasificación», *Revista de Empresa Familiar*, vol. 1, nº 1 (2011), pp. 53-67.
- SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. J., *La empresa familiar: Guía práctica de organización y funcionamiento. Desde el punto de vista familiar; civil- matrimonial y sucesorio-, societario y fiscal*, Granada, 2000.
- _____, BELLVER SÁNCHEZ, A. y SÁNCHEZ Y SÁNCHEZ, A. M., *La empresa familiar: manual para empresarios. Claves legales para su correcta organización y su continuidad*, Bilbao, 2005.
- SERRANO CAÑAS, J. M., *El cambio generacional en empresas familiares*, Madrid, 2013.
- _____, «Los protocolos familiares en el Real Decreto 171/2007 ¿Hacia la eliminación de los tipos sociales», en FONT GALÁN, J. I., *Morosidad, aplazamientos de pago y empresa familiar*, Sevilla, 2010, pp. 149-205.
- TAGIURI, R. y DAVIS, J. A., «Bivalent attributes of the family firm», *Family Business Review*, II (4) (1982), pp. 329-339.
- VELA TORRES, P. J., «El derecho de separación del socio en las sociedades de capital: una reforma incompleta y parcialmente fallida», *Derecho de los negocios*, 268 (2013), pp. 53-61.
- VICENT CHULIÁ, F., «Organización jurídica de la sociedad familiar», *RdP*, 5 (2000), pp. 21-48.
- VIERA GONZÁLEZ, A. J., *Las sociedades de capital cerradas. Un problema de relaciones entre los tipos SA y SRL*, Navarra, 2002.