

EL GOBIERNO DE LA SOCIEDAD FAMILIAR

Laura Melgar Martínez

Universidad de Barcelona

Facultad de Derecho

Máster de Gestión Administrativa

Curso 2017/2018

Trabajo Final de Máster

Tutora: Cristina Roy Pérez

SUMARIO

Abreviaturas	3
Introducción	4
1.- La sociedad familiar	5
1.1.- Regulación normativa.....	5
1.2.- Concepto y características de la sociedad familiar.....	6
1.3.- Forma jurídica de la empresa familiar.....	8
2.- Normas reguladoras de las sociedades familiares: estatutos y protocolo	9
2.1.- Estatutos sociales.....	9
2.2.- Protocolo familiar.....	10
2.2.1.- Según el RD 171/2007.....	10
2.2.2.- Según la doctrina.....	13
2.3.- Relación entre los estatutos sociales y el protocolo familiar.....	18
3.- Órganos societarios y órganos familiares	19
3.1.- Órganos societarios.....	19
3.1.1.- Junta General.....	21
3.1.2.- Órgano de Administración.....	29
3.1.3.- Otros órganos societarios.....	41
3.2.- Órganos familiares.....	42
3.2.1.- Asamblea Familiar (o Junta de Familia).....	43
3.2.2.- Consejo de Familia.....	45
3.2.3.- Otros órganos familiares.....	46
4.- Conflictos entre los órganos societarios y los órganos familiares	47
5.- Prevención y resolución de conflictos entre los órganos societarios y los órganos familiares.	
Especial referencia al protocolo familiar	50
5.1.- El protocolo familiar como instrumento para evitar conflictos.....	51
5.2.- Mecanismos de resolución de conflictos.....	54
6.- Conclusiones	55
7.- Bibliografía	57

ABREVIATURAS

BORME	Boletín Oficial del Registro Mercantil
CBG	Código de Bueno Gobierno de las Sociedades Cotizadas
Dictamen de iniciativa	Dictamen del Comité Económico y Social Europeo «La empresa familiar en Europa como fuente de un crecimiento renovado y mejores puestos de trabajo» (Dictamen de iniciativa)
Informe de la Ponencia	Informe de la Ponencia de Estudio para la Problemática de la Empresa Familiar del año 2001
LSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
Pyme	Pequeña y Mediana Empresa
Resolución del Parlamento Europeo	Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de septiembre de 2015, sobre las empresas familiares en Europa
RD 171/2007	Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares
RM	Registro Mercantil
RRM	Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil
SA	Sociedad Anónima
SL/SRL	Sociedad de Responsabilidad Limitada
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

INTRODUCCIÓN

Como expone BAREA: «Las empresas familiares sostienen el tejido productivo y la creación de empleo en la mayor parte de los países desarrollados con economía de mercado. En España existen en torno a tres millones de empresas familiares, que representan entre el sesenta y cinco y el setenta por ciento del producto interior bruto nacional, realizan el sesenta por ciento de las exportaciones y generan cerca de quince millones de puestos de trabajo»¹. De hecho, según datos del Instituto Nacional de Estadística, en España, el 82,8% de las sociedades son familiares². A pesar de lo expuesto, la mayor parte de las empresas familiares no pasan de la segunda generación³. Se trata, por tanto, de encontrar a qué obedece esta circunstancia para poder remediarla.

Centrándonos en las empresas familiares con forma societaria, a las dificultades propias de las sociedades en general, se suman los conflictos derivados de la dualidad de intereses que coexisten en este tipo de entidades: los intereses de la familia y los intereses de la empresa. Cuando los intereses familiares trascienden del ámbito estrictamente familiar y se trasladan al ámbito empresarial aparecen conflictos entre los órganos societarios y los órganos familiares que puede llevar a la desaparición de la sociedad.

La especial relevancia que revisten las sociedades familiares para la economía española y la escasa perdurabilidad de las mismas han motivado la realización de esta investigación. Así, el objeto del presente estudio es analizar las fuentes por las que se rigen este tipo de entidades; los órganos que influyen en su gobierno y gestión; los conflictos que pueden generarse entre los mismos y que pueden hacer peligrar la pervivencia de la empresa, así como las vías de prevención y resolución de estos conflictos.

La metodología se centra básicamente en examinar la normativa y la doctrina relacionada con la sociedad familiar, especialmente por cuanto a los órganos familiares y societarios se refiere, así como la normativa y doctrina relativa a las sociedades capitalistas en general, en aquellos aspectos que de modo particular pueden incidir en el gobierno y gestión de las entidades objeto de estudio. Dada la extensión permitida para la elaboración del presente trabajo, solo se plasmarán los aspectos más relevantes y directamente relacionados con las sociedades familiares.

El trabajo se estructura del siguiente modo:

-
- 1 BAREA MARTÍNEZ, María Teresa. «El protocolo familiar». *Cuadernos de Derecho y Comercio*, Extraordinario 2017. Panorama actual de la empresa familiar, pág. 299.
 - 2 *Estudio piloto sobre empresas familiares. Nota metodológica y resultados*. 2016, pág. 6. <http://www.ine.es/daco/daco42/ice/estudio_piloto_2015.pdf>.
 - 3 Entre otros, CAMISÓN ZORNOZA, César; RÍOS NAVARRO, Alejandro. *El protocolo familiar: metodologías y recomendaciones para su desarrollo e implantación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pág. 53.

En el primer apartado, se busca definir el concepto, las características y la forma jurídica de las sociedades familiares.

En el segundo apartado, se examinan las principales normas de organización y funcionamiento de estas entidades: los estatutos sociales y el protocolo familiar.

En el tercer apartado, se examinan los principales órganos societarios y familiares que se pueden encontrar en una empresa familiar.

En el cuarto apartado, se analiza la causa originadora de los conflictos en las sociedades familiares.

En el quinto apartado, se contemplan posibles vías de prevención y resolución de estos conflictos, con especial mención al protocolo familiar.

Y, en el sexto apartado, expongo las conclusiones a las que he llegado después del estudio realizado.

1.- LA SOCIEDAD FAMILIAR

1.1.- Regulación normativa

No disponemos de una norma que regule la figura de la sociedad familiar como entidad con autonomía propia, ni a nivel estatal ni a nivel comunitario.

Por lo que respecta al ámbito comunitario, la necesidad de una regulación relativa a las sociedades familiares ha quedado plasmada en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo titulado «*La empresa familiar en Europa como fuente de un crecimiento renovado y mejores puestos de trabajo*» (en lo sucesivo, *Dictamen de iniciativa*), en que se pone de manifiesto la necesidad de elaborar un marco o una normativa sobre las empresas familiares⁴.

A nivel estatal hubo un intento de aglutinar en un único cuerpo normativo, “*el Estatuto de la Empresa Familiar*”, la fragmentada normativa que sobre esta figura existía en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, el Pleno del Senado, en su sesión del día 19 de diciembre de 2001⁵, aprobó, sin modificación alguna, el Informe de la Ponencia de Estudio para la Problemática de la Empresa Familiar del año 2001 (en lo sucesivo, *Informe de la Ponencia*)⁶, de modo que se rechazó la aprobación de este cuerpo normativo unificado para la sociedad familiar, y, como contrapartida, se estipularon un seguido de recomendaciones.

4 Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea, de 15 de enero de 2016, C 13/8 a C 13/13 <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015IE0722&from=ES>>.

5 Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales-Senado. VII Legislatura. Serie I: Boletín General, núm. 332, de 27 de diciembre de 2001, pág. 4 <<http://www.senado.es/legis7/publicaciones/pdf/senado/bocg/I0334.PDF>>.

6 Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales-Senado. VII Legislatura. Serie I: Boletín General, núm. 312, de 23 de noviembre de 2001 <<http://www.senado.es/legis7/publicaciones/pdf/senado/bocg/I0312.PDF>>.

Dejando de lado este ánimo aglutinador, en el año 2003, se aprobó la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, la disposición final segunda de la cual habilitó la aprobación del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares (en lo sucesivo, *RD 171/2007*).

1.2.- Concepto y características de la sociedad familiar

Se suele asimilar empresa familiar a pyme, sin embargo, ni todas las empresas familiares son pyme, ni todas las pyme son empresas familiares⁷. Hecha esta precisión, cabe decir que no existe una definición unificada de lo que sea una empresa familiar. Esta circunstancia provocó que, en la Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de septiembre de 2015, sobre las empresas familiares en Europa⁸ (en lo sucesivo, *Resolución del Parlamento Europeo*), se instara a la Comisión «a que proponga al Parlamento Europeo y a los Estados Miembros una definición viable desde el punto de vista estadístico a escala europea del concepto de «empresa familiar»».

La «*Guía para la pequeña y mediana empresa familiar*», después de reconocer que no puede definirse de forma precisa la empresa familiar, establece que se viene considerando que una empresa es familiar cuando una parte esencial de su propiedad está en manos de una o varias familias, cuyos miembros intervienen de forma decisiva en la administración y dirección del negocio, existiendo, por tanto, una estrecha relación entre propiedad y gestión o, dicho de otro modo, entre la vida de la empresa y la vida de la familia⁹.

En el preámbulo del RD 171/2007, se define a las sociedades de carácter familiar como «*aquellas en las que la propiedad o el poder de decisión pertenecen, total o parcialmente, a un grupo de personas que son parientes consanguíneos o afines entre sí*». De esta definición, autores como VALMAÑA, entienden que resultan «*tres elementos fundamentales: la propiedad de la empresa (distribución del capital social), el poder de decisión en la misma (órgano de administración) y las personas vinculadas por lazos familiares que lo están también a la empresa (como socios y/o administradores)*»¹⁰.

7 Ver el Informe de la Ponencia <<http://www.senado.es/legis7/publicaciones/pdf/senado/bocg/I0312.PDF>> y la Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de septiembre de 2015, sobre las empresas familiares en Europa <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0290+0+DOC+XML+V0//ES>>.

8 Puede consultarse en la web <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0290+0+DOC+XML+V0//ES>>.

9 *Guía para la pequeña y mediana empresa familiar*, publicada por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. 2008, 6ª ed., págs. 9 y 15 <<http://www.ipyme.org/publicaciones/empresafamiliar.pdf>> [última consulta: 11/02/2018, 12:32].

10 VALMAÑA CABANES, Antonio. *El régimen jurídico del protocolo familiar*. Granada: Comares, 2014, pág. 10.

Por su parte, el Dictamen de iniciativa¹¹, el Instituto Nacional de Estadística¹² y diferentes autores, como RAMÍREZ¹³, contemplan una definición de empresa familiar sobre la base de las siguientes notas características: a) La mayoría de los derechos de voto está en posesión de la persona o personas físicas que crearon la empresa, o que haya(n) adquirido su capital social, o en posesión de sus cónyuges, padres, hijos o herederos directos de estos; b) La mayoría de los derechos de voto puede ser directa o indirecta; c) Al menos un miembro de la familia o la parentela se dedica a la dirección o administración de la empresa; y, d) Las empresas cotizadas se ajustarán a la definición de «empresa familiar» si la persona que creó o adquirió la empresa (capital social) o sus familiares o sus descendientes poseen más del 25% de los derechos de voto en razón de su participación en el capital social. Sin embargo, después de adoptar esta definición, en el citado Dictamen de iniciativa se pone de manifiesto que esta definición debería restringirse para poner de relieve el carácter familiar de la empresa y el propósito de mantenerla de generación en generación.

A las características anteriores, el Informe de la Ponencia añade,¹⁴ por un lado, la participación mayoritaria o totalitaria de la familia en el Consejo de Administración y, por otro lado, el deseo de la familia de perpetuidad de la empresa, incorporando en la propiedad y/o en la gestión o dirección, a las siguientes generaciones de la familia.

Si nos centramos en la doctrina, tampoco existe unanimidad en cuanto a lo que deba entenderse por sociedad familiar; no obstante, a grandes rasgos, se puede decir que un sector doctrinal¹⁵ considera que la empresa o sociedad familiar es aquella cuya propiedad, cuyo control, total o mayoritario, pertenece a miembros de una o más familias, y en las que en la gestión o administración de la misma participa algún miembro de la familia; a lo anterior habría que añadir¹⁶ la existencia de una

11 Ver pág. C13/10 del Dictamen de iniciativa <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015IE0722&from=ES>>.

12 *Estudio piloto sobre empresas familiares. Nota metodológica y resultados*. 2016, pág. 4. <http://www.ine.es/daco/daco42/ice/estudio_piloto_2015.pdf>.

13 RAMÍREZ PASCUAL, Basilio. *Desafíos de la empresa familiar. La fina línea entre el éxito y la destrucción*. Navarra: Aranzadi, 2017, pág. 203.

14 Ver pág. 25 del Informe de la Ponencia <<http://www.senado.es/legis7/publicaciones/pdf/senado/bocg/10312.PDF>>.

15 CAMISÓN ZORNOZA, César; VICIANO PASTOR, Javier (direct.). *Dirección, Organización del Gobierno y Propiedad de la Empresa Familiar*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pág. 129; FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, ANA. «Protocolo familiar: un instrumento para la autorregulación de la sociedad familiar». *Revista de Derecho de sociedades*, 2002, núm. 19, pág. 89; QUINTANA NAVÍO, Javier. *Guía práctica para el buen gobierno de las empresas familiares*. 2012, pág. 7 <<http://www.iefamiliar.com/upload/documentos/8e82cae34af7c1b7c02a3a08e67c790eb65600f2.pdf>> [última consulta: 18/02/2018, 18:40].

16 CALAVIA MOLINERO, José. *Gobierno y administración de la empresa familiar*. Barcelona: Gráficas Rey, 2017, pág. 17 [en línea] <http://raed.academy/wp-content/uploads/2017/05/Web_LibroCalavia58.pdf> [última consulta: 27/01/2018, 11:27]; COBAS COBIELLA, María Elena. «La empresa familiar en España y el trabajador por cuenta propia en Cuba. Aproximación a su estudio». En: PLAZA PENADÉS, Javier (direct.). *Cuestiones jurídicas de la empresa familiar en España y en Cuba*. Navarra: Aranzadi, 2016, pág. 33; CUCURULL POBLET, Tatiana. *El protocolo familiar mortis causa*. Madrid: Dykinson, 2015, pág. 51; GRANJO ORTIZ, Ania. «La virtualidad jurídica del protocolo de la empresa familiar. Pactos para la contratación laboral de familiares y externos». En: PLAZA PENADÉS, Javier (direct.). *Cuestiones jurídicas de la empresa familiar en España y en Cuba*. Navarra: Aranzadi,

vocación de permanencia y continuidad en el tiempo de la propiedad de la sociedad “en manos” de familiares, transmitiéndose la misma de generación en generación. Por otro lado, cabe tener en cuenta que, tanto el Informe de la Ponencia¹⁷ como diversos autores, entre los cuales, CUCURULL, entienden que, hasta que no entra la segunda generación en la propiedad o gestión de la entidad, no se puede hablar de empresa familiar.

A modo de conclusión, se puede decir que han de concurrir, al menos, tres características para poder afirmar que nos encontramos ante una sociedad familiar, y que son: *a)* la totalidad o mayor parte del capital social pertenece a miembros de una o más familias; *b)* el órgano de administración está integrado, en su totalidad o mayoritariamente, por miembros de la familia propietaria; y *c)* existe una voluntad manifiesta de que la familia mantenga la propiedad de la sociedad, pasando la misma de generación en generación.

1.3.- Forma jurídica de la empresa familiar

No hay ningún precepto que imponga que la empresa familiar haya de adoptar una determinada forma jurídica, de modo que será el fundador (o los fundadores) quien(es) decidirá(n) qué forma jurídica se adapta mejor a sus necesidades, a las necesidades futuras de la empresa, así como, en caso de constituirse una sociedad, a los intereses del grupo familiar, es decir, de los miembros de la familia que ostenten la condición de socios. Consecuentemente, la empresa familiar puede adoptar forma individual o forma societaria, sin perjuicio de que, atendida la voluntad de permanencia y supervivencia de la entidad en sucesivas generaciones, preferentemente adoptará la forma societaria¹⁸.

Centrándonos en el ámbito societario, como pone de manifiesto DÍAZ¹⁹, existe una preferencia de las sociedades capitalistas por encima de las sociedades personalistas como forma jurídica de este tipo de entidades, destacando la primacía de las sociedades de responsabilidad limitada (en lo sucesivo, *SL*) sobre las sociedades anónimas (en lo sucesivo, *SA*), quedando las sociedades comanditarias por acciones en un lugar subordinado. La preferencia por la *SL* se explica, entre otros motivos, por los menores costes de gestión y, sobretodo, por su regulación más flexible y

2016, pág. 111; VALMAÑA, ob. cit., pág. 13.

17 Pág. 26 del Informe de la Ponencia <<http://www.senado.es/legis7/publicaciones/pdf/senado/bocg/I0312.PDF>>; CUCURULL, ob. cit., pág. 33.

18 COBAS, ob. cit., pág. 35; ob. cit. “*Guía para la pequeña...*” [última consulta: 11/02/2018, 12:32].

19 DÍAZ GÓMEZ, María Angustias. «La empresa familiar y su organización en forma de sociedad mercantil, con especial referencia a la sociedad de responsabilidad limitada». *Pecunia: revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales*, 2011, núm. 12 [en línea] <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3853275>> [última consulta: 11/02/2018, 18:59].

teóricamente más adaptada a la realidad de la empresa familiar²⁰. Como sostiene VELAYOS, la SL es la que, en la mayor parte de los supuestos, ofrecerá una respuesta más adecuada a las peculiaridades de la empresa familiar, porque en este tipo de sociedad *«se manifiestan de un modo más acusado los dos factores de organización que reclama con mayor frecuencia la sociedad familiar: - el carácter cerrado que asegure la permanencia del poder de control y de la unidad de dirección en el ámbito familiar; y - el sometimiento a un régimen menos formalista y costoso que el de la anónima, en el que el predominio de la autonomía de la voluntad proporcione flexibilidad suficiente para adecuar la organización social a las específicas necesidades de cada caso»*²¹.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el presente estudio voy a considerar a la sociedad familiar bajo la forma jurídica de SL y SA.

2.- NORMAS REGULADORAS DE LAS SOCIEDADES FAMILIARES: ESTATUTOS Y PROTOCOLO

2.1.- Estatutos sociales

Como en todas las sociedades capitalistas, la empresa familiar bajo la forma de SL o SA requiere de unos estatutos. Los estatutos sociales son la norma que regula la organización y funcionamiento de la sociedad y, en virtud del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (en lo sucesivo, *RRM*), y con independencia del carácter familiar o no de la sociedad, han de inscribirse en el Registro Mercantil (en lo sucesivo, *RM*), momento a partir del cual sus preceptos gozarán eficacia *erga omnes*, frente a todos.

Los estatutos han de tener un contenido mínimo, el cual viene determinado por la Ley (art. 23 LSC). Además, los estatutos pueden contemplar aquellos otros pactos y condiciones que los socios tengan por conveniente incluir en los mismos en virtud del principio de autonomía de la voluntad, principio éste que encuentra su limitación en el respeto a la ley, los estatutos, el interés social (entendido como el interés común de todos los socios) y los principios configuradores del tipo social elegido. Esta posibilidad de introducir en los estatutos sociales las cláusulas que los socios tengan por conveniente (dentro de los límites que se acaban de mencionar) es de gran utilidad en el caso de las sociedades familiares, siendo, en este sentido, particularmente relevantes las cláusulas destinadas a restringir la transmisión de las acciones o participaciones, los acuerdos de sindicación de voto o las prestaciones accesorias, entre otras.

²⁰ CALBACHO LOSADA, Fernando et al. *Guía jurídica sobre la empresa familiar. Vías jurídicas de prevención y gestión del conflicto en las sociedades familiares*. Navarra: Aranzadi, 2016, págs. 30 y 31.

²¹ VELAYOS LLUIS, Cristina. *Los Órganos de Gobierno de la sociedad familiar*. Navarra: Aranzadi, 2012, pág. 92.

Ahora bien, como sostiene VALMAÑA, en los estatutos *«no podrán preverse de forma exhaustiva todas las posibles vicisitudes por las que atravesará la sociedad mercantil, por lo que buena parte de lo que establecen los estatutos es el modo en que, llegado el caso, deberán tomar las decisiones oportunas los órganos societarios correspondientes»*²².

Para finalizar con este apartado, respecto a la relación entre la forma jurídica de la empresa familiar y los estatutos sociales, como contempla VIRUEL, cabe tener presente que *«La flexibilidad del régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada permite un mayor juego a la autonomía de la voluntad en este tipo de sociedades frente a las sociedades anónimas»*²³.

2.2.- Protocolo familiar

2.2.1.- Según el RD 171/2007

El protocolo familiar se define en el artículo 2.1 del RD 171/2007 como *«aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad»*. CAMISÓN y RÍOS critican esta definición, al considerar que, en la misma, no se tienen en cuenta la diversidad de tipologías de protocolos familiares existentes en la práctica, ya que, por ejemplo, no incluye los concertados en empresas sin forma jurídica societaria²⁴. Por otro lado, esta definición no ha de interpretarse como que las sociedades familiares no puedan ser sociedades cotizadas, lo que ocurre es que, como contempla el propio preámbulo del RD 171/2007, a estas sociedades les será de aplicación su normativa específica.

En cualquier caso, el protocolo familiar se conforma por un conjunto de pactos encaminados al buen gobierno de la sociedad familiar²⁵. En este sentido, se puede citar a QUINTANA, que sostiene que *«en las empresas familiares conviven dos realidades distintas –familia y empresa-, compuestas*

22 VALMAÑA, ob. cit., pág. 103.

23 VIRUEL LEÓN, María Isabel. «Los estatutos en la sociedad familiar: límites a la autonomía de la voluntad». *Cuadernos de Derecho y Comercio*, Extraordinario 2017. Panorama actual de la empresa familiar, pág. 241

24 CAMISÓN y RÍOS, ob. cit. “*El protocolo familiar: metodologías...*”, pág. 39.

25 Así se desprende del preámbulo del RD 171/2007, al disponer que *«La cultura del protocolo familiar, shareholders agreement, se encuentra sancionada en las prácticas económicas y de buen gobierno de las sociedades familiares de los países de nuestro entorno, especialmente anglosajones, en cuanto es considerada una garantía adicional para terceros, inversores y acreedores, además de para los propios socios, al dotar de previsibilidad el relevo generacional en la sociedad»* y del artículo 6 del mismo cuerpo legal: *«El órgano de administración, con ocasión de la presentación de las cuentas anuales podrá incluir entre la documentación correspondiente, copia o testimonio total o parcial del documento público en que conste el protocolo de la sociedad en cuanto documento que puede afectar al buen gobierno de la sociedad familiar, el cual será objeto de depósito junto con las cuentas anuales y de calificación por el Registrador»*.

a su vez por otras, que están más o menos relacionadas, pero que deben ser gestionadas por separado. Esta gestión separada –pero que requiere ser coordinada- exige el establecimiento de una serie de principios, normas, órganos gestores y procedimientos que constituyen lo que tradicionalmente se conoce como buen gobierno corporativo y buen gobierno familiar»²⁶; o a VELAYOS, que considera que el protocolo familiar es un negocio jurídico complejo que se caracteriza por articularse en torno a una causa única, el buen gobierno de la empresa familiar, aunque su implementación se realice a través de múltiples documentos contractuales²⁷.

Por otro lado, en el preámbulo del RD 171/2007 se configura al contenido del protocolo familiar como pacto parasocial, al prever que «Los aspectos subjetivo, objetivo y formal del protocolo no son objeto de regulación, como tampoco lo es su contenido que será configurado por la autonomía negocial, como pacto parasocial [...]». Respecto a lo que deba entenderse por pacto parasocial, a título de ejemplo, la STS Sala de lo Civil, de 3 de noviembre de 2014²⁸, en su fundamento de derecho quinto, establece que:

«Los llamados pactos parasociales o reservados, que preveían los arts. 7.1 TRSA y art. 11 LSRL (actualmente art. 29 LSC) son acuerdos celebrados por los socios que no son recogidos en los estatutos, destinados a regular cuestiones relacionadas con el funcionamiento u operativa de la sociedad, tales como pactos de sindicación de voto, de recompra de las participaciones, criterios para el nombramiento de administradores, etc., generalmente acompañados de cláusulas indemnizatorias en caso de incumplimiento, y de uso frecuente en los llamados "Protocolo familiar".

El art. 29 LSC recoge el mismo contenido que los citados preceptos societarios hoy derogados, según el cual "los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad".

La eficacia de los pactos reservados, propia de todo contrato, son vinculantes y afectan a quienes lo suscribieron, pero no a las personas ajenas a los mismos, entre ellas, la sociedad, para quien dichos pactos son "res inter alios acta" y no puede quedar afectada por los mismos.

Su validez ha sido puesta de relieve por esta Sala en SSTs 128/2009 de 6 de marzo, 138/2009, de 6 de marzo, y recientemente la 306/2014, de 16 de junio que invoca aquellas, que han declarado que los pactos parasociales son válidos siempre que no superen los límites impuestos a la autonomía de la voluntad. La primera afirma que, la mera infracción de un convenio parasocial no basta, por sí sola, para la anulación de un acuerdo social, si este no es contrario a los estatutos, a la ley o lesiona los intereses sociales en beneficio de uno o varios accionistas».

De esto modo, puesto que el protocolo familiar se asimila a un pacto parasocial, el alcance de su eficacia dependerá, en buena medida, de la publicidad que se haga del mismo. En este sentido, el RD 171/2017, partiendo de la voluntariedad de la publicidad del protocolo²⁹, contempla diferentes formas en que la misma puede llevarse a cabo. Así, en primer lugar, encontramos la publicación del protocolo en la página web de la sociedad (art. 4 RD 171/2007); junto a ésta, encontramos otras tres formas, alternativas o acumulativas, que se articulan a través del acceso al RM, y que consisten en³⁰:

a) La publicidad pública por noticia: la constancia, en la hoja abierta a la sociedad, de que existe un

26 QUINTANA, ob. cit., pág. 10 [última consulta: 18/02/2018, 18:40].

27 VELAYOS, ob. cit., pág. 232 y 233.

28 Id Cendoj: 28079110012014100574.

29 Artículo 2.3 RD 171/2007: «La publicidad del protocolo tiene siempre carácter voluntario para la sociedad».

30 CAMISÓN y RÍOS, ob. cit. "El protocolo familiar: metodologías...", págs. 62-65.

protocolo, con referencia a sus datos identificativos (no a su contenido) y la expresión de si el mismo es accesible en el sitio corporativo o web de la sociedad que conste en la hoja registral (art. 5 RD 171/2007). La eficacia de esta publicidad es la de mera noticia, dependiendo de la diligencia de los terceros no firmantes del protocolo familiar que ésta surta los efectos deseados³¹; b) La publicidad pública por depósito: el depósito de todo o parte del protocolo familiar, formalizado en documento público, con ocasión de la presentación de las cuentas anuales (art. 6 RD 171/2007); sobre este aspecto discrepa VELAYOS, que considera que también puede conseguirse el depósito del protocolo por la vía del artículo 7 del RD 171/2007, al considerar que, de manera simultánea a la inscripción registral de las cláusulas inscribibles, puede solicitarse el depósito de las no inscribibles³². Sin embargo, este depósito tampoco producirá ningún efecto frente a terceros³³; c) La publicidad pública por inscripción: se trata de la inscripción en el RM de cláusulas inscribibles que han sido recogidas en escritura pública como acuerdos sociales en ejecución de un protocolo existente (art. 7 RD 171/2007). Hay que tener en cuenta que, en este supuesto, no es que se inscriba el protocolo, sino que lo que se inscriben son los acuerdos inscribibles adoptados en ejecución del mismo. Esta vía es la única que produce efecto de publicidad material y no solo publicidad de noticia.

La adopción de cualquiera de estas fórmulas de publicidad es discrecional, correspondiendo al órgano de administración de la sociedad la decisión acerca de la publicidad o no del protocolo familiar y, en su caso, de la forma de publicidad. Si se procede a la publicación del contenido del protocolo familiar, o de una parte del mismo, se deberá de recabar el consentimiento expreso de todas y cada una de las personas cuyos datos personales aparezcan en la parte objeto de publicación, y ello en base a la normativa sobre protección de datos de carácter personal³⁴. En este sentido, como afirma VALMAÑA, la Audiencia Nacional y la Agencia Española de Protección de Datos reconocen este derecho a la protección de datos de carácter personal a los firmantes del protocolo familiar, al considerar que *«no están actuando como empresarios ni desarrollando una actividad empresarial. Y es que, aun cuando el documento se refiera a la sociedad mercantil, contiene también datos que poco o nada tendrán que ver con ésta y sí, en cambio, con parcelas íntimas de sus otorgantes»*³⁵.

31 CUCURULL, ob. cit., pág. 147.

32 VELAYOS, ob. cit., pág. 52 y 273.

33 CUCURULL, ob. cit., pág. 149.

34 CALBACHO, ob. cit., págs. 69 y 70.

35 VALMAÑA, ob. cit., pág. 270.

2.2.2.- Según la doctrina

El protocolo familiar es un documento que, como pacto de socios o pacto parasocial³⁶ que se superpone a los estatutos de la sociedad familiar³⁷, surge de un proceso de comunicación, debate, negociación y consenso³⁸ entre los miembros pertenecientes a los diferentes grupos familiares que forman parte de la sociedad, incluidos los que en un futuro más o menos próximo tienen previsto incorporarse³⁹, siendo conveniente que el mismo se adopte en un momento pacífico, tanto desde el punto de vista familiar como empresarial⁴⁰. Por lo que respecta a su naturaleza jurídica, VELAYOS entiende que el protocolo familiar es un contrato de sociedad en sentido amplio, en el que la causa del contrato no será el ánimo de lucro, sino el buen gobierno de la sociedad familiar⁴¹.

Por cuanto a la consideración del protocolo familiar como pacto parasocial, MALDONADO destaca las siguientes notas: *a)* fuerza obligatoria entre las partes que lo suscriben; *b)* deber de cumplir aquello que se haya convenido; *c)* el cumplimiento se ha de acomodar a lo pactado, requiriéndose el acuerdo unánime de aquellos que lo suscribieron para cambiar o alterar lo pactado; *d)* posibilidad que la parte cumplidora reclame una indemnización de daños y perjuicios a la parte que lo haya incumplido de forma culpable, previa prueba del daño causado; *e)* es recomendable la inclusión de una cláusula penal en el pacto parasocial, para estimular el cumplimiento y sancionar el incumplimiento⁴².

El protocolo familiar constituye un instrumento para la autorregulación⁴³, que reviste una gran utilidad a los efectos de prever los conflictos que pueden surgir entre el interés de la familia y el de la sociedad y asegurar la perdurabilidad de la misma⁴⁴; contempla las pautas a seguir en caso de producirse conflictos no previstos, de manera que no lleguen a afectar a la sociedad⁴⁵; establece el marco en el que deben desarrollarse las relaciones entre los tres pilares que componen estas entidades: familia, propiedad y empresa⁴⁶; regula las relaciones económicas y profesionales entre

36 GARCÍA COMPANYS, Anna. «El Protocolo Familiar: La solución jurídica para la empresa familiar». *Cuadernos Prácticos de Empresa Familiar*, 2017, núm. 5, pág. 12 [en línea] <https://repositori.udl.cat/bitstream/handle/10459.1/62578/cpef_a2017v5n1p5.pdf?sequence=1> [última consulta: 20/03/2018, 05:08].

37 VICENT CHULIÁ, Francisco. *Introducción al Derecho Mercantil*. Volumen I. 23ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pág. 549.

38 GARCÍA, ob. cit., pág. 8 [última consulta: 20/03/2018, 05:08].

39 CALBACHO, ob. cit., pág. 74.

40 ob. cit. “*Guía para la pequeña...*”, pág. 58 [última consulta: 11/02/2018, 12:32].

41 VELAYOS, ob. cit., págs. 238 y 243.

42 MALDONADO ORTEGA, Pedro José. «Pactos parasociales. Naturaleza y eficacia jurídica». *Cuadernos de Derecho y Comercio*, Extraordinario 2017. Panorama actual de la empresa familiar, págs. 288-290.

43 FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, ob. cit., pág. 90.

44 CALAVIA, ob. cit., pág. 21 [última consulta: 27/01/2018, 11:27]; FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, ob. cit., pág. 91; GARCÍA, ob. cit., pág. 25 [última consulta: 20/03/2018, 05:08]; GRANJO, ob. cit., págs. 118 y 119.

45 CAMISÓN y RÍOS, ob. cit. “*El protocolo familiar: metodologías...*”, pág. 49.

46 CUCURULL, ob. cit., pág. 24 y 101.

los miembros de la familia y la empresa, así como la gestión y organización de la entidad⁴⁷; promueve en la familia un sentido de pertenencia a una finalidad o interés superior (la explotación de una actividad empresarial como medio para la defensa de las necesidades familiares) y condiciona el comportamiento económico empresarial a las exigencias y necesidades de los miembros de la familia⁴⁸; marca los pasos a seguir en caso de divergencia de opiniones; permite asegurar la profesionalización de la gestión⁴⁹, etc.

Respecto la eficacia jurídica del protocolo familiar, la SAP Santa Cruz de Tenerife, de 8 de abril de 2002⁵⁰, niega el carácter jurídico vinculante al protocolo familiar, entendiendo que se trata de una mera propuesta de intenciones. En contraposición, y a título de ejemplo, puede citarse la STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 30 de julio de 2015⁵¹, que, en su fundamento de derecho tercero, establece lo siguiente:

«El Protocolo Familiar, indisolublemente unido a la realidad de la empresa familiar, es un instrumento que regula las relaciones entre los miembros de la familia y la empresa en la que aquellos participan de forma exclusiva o fundamental.

Su origen puede encontrarse en los países de tradición anglosajona y le ha sido dada carta de naturaleza entre nosotros por el Real Decreto 171/2007 de 9 de febrero, que lo define como "aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad".

Es indiscutible, por tanto, su naturaleza contractual, conforme a los arts. 1254, siguientes y concordantes del CC, de manera que solo producirá efecto entre las partes que lo otorgaron y sus "herederos", término que incluye a los adquirentes por actos inter vivos (STS 597/1997 de 30 jun. FD7), salvo, en cuanto a estos, en el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no fueren transmisibles (cfr. art. 1257 CC) [...]».

Como sostienen diversos autores, entre ellos BAREA, «*La eficacia de los pactos contenidos en el protocolo familiar es tan variable o heterogénea como los pactos que incluye [...], en la medida en que tal eficacia difiere considerablemente de un pacto a otro en función de su naturaleza y contenido*»⁵². Así, el protocolo familiar es un documento en el que confluyen cláusulas o pactos con diferente eficacia jurídica.

Se pueden distinguir tres tipos de cláusulas o pactos en un protocolo familiar: a) Pactos “entre caballeros”: cláusulas que no son exigibles jurídicamente, que no generan obligaciones para los intervinientes⁵³, o que solo tienen fuerza moral y, por tanto, que no acarrear derechos ni

47 GARCÍA, ob. cit., pág. 12 [última consulta: 20/03/2018, 05:08].

48 CAMISÓN y RÍOS, ob. cit. “*El protocolo familiar: metodologías...*” pág. 47.

49 GARCÍA, ob. cit., pág. 11 [última consulta: 20/03/2018, 05:08].

50 Id Cendoj: 38038370042002100313.

51 Id Cendoj: 08019310012015100076.

52 BAREA, ob. cit., pág. 342.

53 SAP Madrid, de 26 de octubre de 2015 (Id Cendoj: 28079370282015100239) -fundamento de derecho sexto-.

obligaciones entre los firmantes, como las que hacen referencia a la historia de la sociedad, a la filosofía de sus fundadores y a los principios y valores que forman parte de la cultura familiar y que han de inspirar su funcionamiento; el incumplimiento de este tipo de pactos podrá ser reprochable desde un punto de vista ético, pero no son punibles legalmente; *b)* Pactos de carácter contractual: cláusulas que tienen eficacia obligatoria entre las partes, configuradas como obligaciones de dar, hacer o no hacer, y que obligan a las partes firmantes del protocolo y, en su caso, a sus herederos, originando derechos y obligaciones, siéndoles aplicables las reglas propias de los artículos 1254 y siguientes del Código Civil, especialmente el artículo 1255 (libertad de pactos), el artículo 1257 (eficacia *inter partes*) y el artículo 1258 (obligatoriedad de las consecuencias jurídicas derivadas de su otorgamiento), y siendo necesario, en ocasiones, para que se produzca este efecto obligacional, la adopción de otro negocio jurídico que complemente lo dispuesto en el protocolo como, por ejemplo, un testamento o capitulaciones matrimoniales; el incumplimiento de los pactos de carácter contractual puede ser alegado ante los tribunales; y, *c)* Pactos inscribibles en el Registro Mercantil: cláusulas con eficacia estatutaria, con eficacia *erga omnes*, oponibles a la sociedad y a terceros, lo que se consigue trasladando su contenido a los estatutos sociales, dándoles publicidad registral (solo podrán ser objeto de publicidad registral aquellos pactos que puedan afectar a terceros)⁵⁴.

BAREA, por su parte, distingue los pactos susceptibles de ser incluidos en el protocolo familiar en dos categorías: *a)* los pactos de caballeros; y, *b)* los pactos contractuales. Ahora bien, dentro lo que serían los pactos contractuales, efectúa dos subclasificaciones: *b')* en función de su autosuficiencia, distingue entre pactos contractuales autosuficientes y pactos contractuales pendientes o necesitados de ulterior desarrollo y/o ejecución mediante otro instrumento jurídico (*modificación estatutaria, testamento...*); y *b'')* en función de la ajeneidad o pertenencia del pacto a la esfera jurídica societaria, distingue entre pactos con transcendencia institucional, que acaban teniendo su reflejo en los estatutos sociales, y pactos parasociales *strictu sensu*, que, a su vez, pueden ser de relación (*sin repercusión jurídica en la esfera societaria*), de atribución (*generadores de alguna ventaja para la sociedad*) y de organización (*con repercusión directa sobre la organización y funcionamiento internos de la sociedad*)⁵⁵.

54 CALAVIA, ob. cit., págs. 50-51 [última consulta: 27/01/2018, 11:27]; CALBACHO, ob. cit., pág. 68; FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, ob. cit., págs. 91-93; VALMAÑA, ob. cit., pág. 85.

55 En este sentido, ver BAREA, ob. cit., págs. 342-344. Y, por lo que respecta a los tipos de pactos parasociales, ver MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Jesús. «Conflictos más frecuentes en el marco de la empresa familiar y su prevención». *Cuadernos de Derecho y Comercio*, Extraordinario 2017. Panorama actual de la empresa familiar, págs. 800-803.

En cualquier caso, en lo que existe consenso es que en el protocolo familiar se contemplan las reglas de contenido moral y jurídico a las que la familia empresaria desea someter sus relaciones como copartícipes de la empresa familiar⁵⁶.

Al margen de los estatutos sociales y yendo más allá de lo que éstos pueden alcanzar⁵⁷, el protocolo familiar recoge las reglas de que la familia empresaria, de forma voluntaria (en base a la autonomía de la voluntad), se dota⁵⁸, a los efectos de garantizar el éxito de la empresa familiar, su continuidad y su traspaso generacional⁵⁹, constituyéndose, así, en un instrumento preventivo de la desaparición de la entidad⁶⁰. No obstante, el protocolo familiar necesita, para su plena efectividad, complementarse con otros documentos⁶¹. En este sentido, como contempla GARCÍA, el protocolo familiar, en sentido estricto, *«es un pacto parasocial, que conformará el acuerdo marco del que nazcan los demás instrumentos jurídicos (Estatutos Sociales, capitulaciones matrimoniales, testamentos, pactos sucesorios, donaciones, contratos de trabajo, modificaciones de órganos societarios, etc.)»*⁶². Por lo que respecta a su forma, FERNÁNDEZ-TRESGUERRES sostiene que, aunque exista libertad, es recomendable elevar a escritura pública el protocolo familiar, a los efectos de *«poner a salvo a los firmantes de acciones de simulación, nulidad por incapacidad o vicios de voluntad o falta de representación»*⁶³. En este sentido también se pronuncia VALMAÑA, que considera que elevar a público el documento privado que recoge el protocolo le otorga la fuerza probatoria propia de los documentos públicos, lo que *«no sólo será útil con vistas a un eventual proceso judicial sino, también para garantizar la exactitud, integridad y vigencia del protocolo con su versión precisa y términos exactos, lo cual resultará del todo necesario en caso de que se quiera,*

56 STS Sala de lo Civil, de 20 de mayo de 2015 (Id Cendoj: 28079110012015100379) -fundamento de derecho primero-.

57 En la ob. cit. “Guía para la pequeña...”, pág. 57, se señala que los acuerdos estatutarios *«son eficaces frente a terceros, pero insuficientes para regular todos los aspectos que inciden en la vida de la empresa familiar: acceso y salida de los familiares al gobierno y a la propiedad de la empresa, sucesión, formación de los futuros directivos, pactos intrafamiliares, valores éticos, fórmulas para la resolución de conflictos, etc. En el desarrollo y expansión de la empresa familiar, conviene que estos aspectos hayan sido acordados antes de que puedan surgir las discrepancias y, en este sentido, el [...] Protocolo Familiar [...] se muestra como el instrumento más adecuado»* [última consulta: 11/02/2018, 12:32].

58 VALMAÑA, ob. cit., pág. 2.

59 CUCURULL, ob. cit., pág. 100 y 101.

60 RAMÍREZ, ob. cit., pág. 28.

61 FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, ob. cit., pág. 91; En el Informe de la Ponencia <http://www.senado.es/legis7/publicaciones/pdf/senado/bocg/I0312.PDF>, pág. 25, se contempla que *«el protocolo familiar es, tanto desde el punto de vista teórico como práctico, un acuerdo marco o base que necesita ser desarrollado en otra serie de documentos, como son las capitulaciones matrimoniales del empresario y sus hijos, el testamento del empresario y de sus hijos, y los estatutos sociales, si la empresa familiar adopta una fórmula societaria»*.

62 GARCÍA, ob. cit., pág. 25 [última consulta: 20/03/2018, 05:08].

63 FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, ob. cit., pág. 93.

por ejemplo, establecer en los estatutos de la empresa familiar una prestación accesoria dirigida a obligar a todos los socios al cumplimiento de dicho protocolo»⁶⁴.

Cabe también tener en cuenta que el protocolo familiar es un documento “vivo”, que debe ir adaptándose a las necesidades de la familia empresaria y de la sociedad⁶⁵. El protocolo familiar no es un documento estanco, sino que ha de recoger las particularidades propias de cada sociedad y de cada familia, las cuales, a su vez, pueden y van cambiando con el paso del tiempo, lo que “obliga” a adecuar el protocolo familiar a las nuevas circunstancias y necesidades para que el mismo pueda cumplir con su finalidad. No existe, por tanto, un modelo de protocolo válido para todas las sociedades familiares, sino que su contenido se tendrá que ir acomodando en cada momento a las necesidades de la sociedad familiar de que se trate.

Respecto al momento óptimo para la gestación del protocolo familiar, al menos en las primeras etapas, la mayoría de las sociedades familiares no suelen contar con un protocolo familiar, por el temor a que sea interpretado como signo de desconfianza o ruptura del espíritu de cohesión que preside las relaciones entre las partes⁶⁶. La firma del protocolo puede favorecer la cohesión del grupo familiar que controla la empresa y la necesidad de contar con el mismo se intensifica a medida que evoluciona la empresa y la familia propietaria⁶⁷. Por su parte, CAMISÓN y RÍOS distinguen en función de si nos encontramos ante una empresa con un único fundador y, en su caso, su cónyuge, supuesto en el cual consideran oportuno la elaboración del protocolo cuando entra la segunda generación y la entidad ha alcanzado un tamaño significativo; o de si nos encontramos ante una entidad que, desde el principio, es de propiedad plural de varios familiares, caso en que la elaboración del protocolo convendría realizarlo antes del primer relevo generacional⁶⁸.

Para concluir con este apartado se puede decir que el protocolo familiar es un documento que surge del consenso alcanzado entre los miembros integrantes de los diferentes grupos familiares que forman parte de la sociedad, cuyo objetivo es regular las relaciones existentes entre la familia, la propiedad y la sociedad, constituyéndose, de este modo, en un instrumento dirigido a conseguir el buen gobierno de la empresa familiar. Por otro lado, el protocolo familiar ha sido catalogado como pacto parasocial, lo que implica que sus estipulaciones solo vinculan a los firmantes del mismo y, respecto a los derechos y obligaciones transmisibles, también a los herederos de éstos; no obstante, en el protocolo podemos encontrar pactos de diferente naturaleza, tanto contractual, como no

64 VALMAÑA, ob. cit., págs. 288 y 289.

65 CALAVIA, ob. cit., pág. 43 [última consulta: 27/01/2018, 11:27]; CAMISÓN y RÍOS, ob. cit. “*El protocolo familiar: metodologías...*”, págs. 258 y 259; CUCURULL, ob. cit., pág. 24.

66 CALBACHO, ob. cit., pág. 40.

67 *Ibidem*, pág. 51.

68 CAMISÓN y RÍOS, ob. cit. “*El protocolo familiar: metodologías...*”, pág. 53.

contractual, o pactos que únicamente alcanzan eficacia vinculante cuando son complementados por otro tipo de documentos (como un testamento o una capitulaciones matrimoniales, por ejemplo). Finalmente, es importante tener en cuenta que, gracias a la publicidad, es posible dotar al protocolo familiar de eficacia *erga omnes*; ahora bien, esto solo será posible cuando las estipulaciones del protocolo se vean reflejadas en los estatutos de la sociedad, lo cual, como veremos a continuación, no es posible en todo caso.

2.3.- Relación entre los estatutos sociales y el protocolo familiar

Establecida la validez del protocolo con eficacia *inter partes*, procede ahora analizar los efectos de una posible contradicción entre éste y las normas de organización societaria.

En efecto, el protocolo puede contemplar reglas que contravengan normas del tipo social correspondiente a la sociedad familiar de que se trate (como la prohibición de establecer una mayoría reforzada que consista en la unanimidad en la SL, o la prohibición del voto plural en la SA), ya que, para valorar si lo dispuesto en el protocolo familiar es válido o no hay que tener en cuenta los principios del derecho de obligaciones y no los principios del derecho societario⁶⁹. Ahora bien, este tipo de reglas únicamente tendrán efectos internos, no surtiendo efecto frente a la sociedad y no pudiéndose trasladar a los estatutos⁷⁰.

Como mantiene VIRUEL, *«en la práctica, la tendencia es incluir en los estatutos el máximo de pactos posibles del protocolo familiar; esto es así porque, dada la obligación de inscribir los estatutos en el Registro Mercantil, éstos van a desplegar una eficacia erga omnes, mientras que la eficacia del protocolo familiar es más cuestionada»*⁷¹.

Así, para que los pactos o acuerdos contenidos en el protocolo familiar surtan efectos *erga omnes*, es necesario que se incorporen en el articulado estatutario y que se proceda a su publicidad registral. Sin embargo, solo podrán incluirse en los estatutos aquellas cláusulas susceptibles de afectar a terceros y que, además, no contravengan ley, los propios estatutos, el interés social, ni las normas del tipo societario de que se trate⁷².

Siguiendo a CALAVIA, *«es aconsejable que todos los elementos del protocolo familiar que estén directamente relacionados con los estatutos sociales sean incorporados a estos últimos e inscritos*

69 GARCÍA, ob. cit., pág. 14 [última consulta: 20/03/2018, 05:08].

70 VALMAÑA, ob. cit., pág. 104.

71 VIRUEL, ob. cit., pág. 249.

72 GARCÍA, ob. cit., pág. 14 [última consulta: 20/03/2018, 05:08].

en el Registro Mercantil, a los efectos de que sean oponibles frente a la sociedad y frente a los terceros no firmantes del mismo, familiares o no»⁷³.

3.- ÓRGANOS SOCIETARIOS Y ÓRGANOS FAMILIARES

En una sociedad familiar podemos encontrar dos grupos de órganos. Por un lado, los órganos societarios, que resultan y se han de ajustar a lo previsto 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 lo sucesivo, LSC); y, por otro lado, los órganos familiares, que derivan del protocolo familiar y que se rigen por el derecho de obligaciones y contratos⁷⁴. Como sostiene QUIJANO, esta dualidad de órganos la encontraremos, especialmente, «cuando la familia implicada en la actividad de empresa ha adquirido un tamaño considerable, o está integrada por un conjunto de ramas diversas, o integra ya varias generaciones, etc.»⁷⁵.

Así, junto a los órganos societarios necesarios (Junta General y órgano de administración) pueden coexistir órganos propios o *ad hoc* creados por la voluntad de la familia empresaria expresada en el protocolo familiar (Consejo de Familia, Asamblea Familiar y, en su caso, las distintas comisiones o comités)⁷⁶, lo que comporta que el gobierno de la sociedad familiar va a depender de la actuación de los órganos societarios y de los órganos familiares, y de las interrelaciones existentes entre ellos. Esta circunstancia trae consigo el riesgo de injerencia de los unos para con los otros, por lo que es necesario que actúen de forma separada pero coordinada, ya que lo contrario supondría una descoordinación orgánica nociva para la familia empresaria⁷⁷. A los efectos de fomentar esta coordinación entre los órganos societarios y los órganos familiares, el protocolo familiar juega un papel fundamental.

3.1.- Órganos societarios

De la LSC resulta que existen o pueden existir, en su caso, los siguientes órganos societarios: *a)* órgano de administración y Junta General (órganos necesarios y que, por tanto, deberán existir en toda sociedad capitalista)⁷⁸; *b)* comisiones creadas por el Consejo de Administración y órganos

73 CALAVIA, ob. cit., págs. 50 y 51 [última consulta: 27/01/2018, 11:27].

74 VELAYOS, ob. cit., pág. 52 y 53.

75 QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús. «Órganos de gobierno en la empresa familiar». En: GARRIDO MELERO, Martín; FUGARDO ESTIVILL, Josep María (coord.). *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Tomo VI. Barcelona: Bosch, 2005, pág. 51.

76 VALMAÑA, ob. cit., pág. 2.

77 *Ibidem*, pág. 195.

78 Títulos V y VI de la LSC.

delegados y directivos designados por el Consejo de Administración⁷⁹; c) cualquier otro órgano colegiado que se haya regulado en los estatutos de la sociedad, en base al principio de la autonomía de la voluntad, siempre que no sustituya ni vacíe de funciones y competencias a los órganos necesarios⁸⁰.

Directamente vinculado con las sociedades familiares, la posibilidad de que en los estatutos se pueda contemplar la existencia de otros órganos distintos de los regulados expresamente en la LSC también resulta de los artículos 124.2 apartado *d* y 185.3 apartado *d* del RRM⁸¹, relativos a la administración y representación de la SA y de la SL, respectivamente. En este sentido, en los citados preceptos se contempla, entre otros extremos, que los estatutos podrán crear un comité consultivo, debiéndose *«determinar en los estatutos sociales si la competencia para el nombramiento y revocación del comité consultivo es del consejo de administración o de la junta general; su composición y requisitos para ser titular; su funcionamiento, retribución y número de miembros; la forma de adoptar acuerdos; las concretas competencias consultivas o informativas del mismo, así como su específica denominación en la que se podrá añadir, entre otros adjetivos, el término "familiar". También podrá hacerse constar en los estatutos sociales cualquier otro órgano cuya función sea meramente honorífica e incluir en ellos el correspondiente sistema de retribución de los titulares de dicho cargo»*.

Además, en función del tipo de actividad a la que se dedique la sociedad en cuestión, la misma puede estar obligada a disponer de más órganos necesarios. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con las entidades de contrapartida central (ECC), que, sin perjuicio de que hayan de adoptar la forma de sociedades anónimas, tienen la obligación de contar con unos órganos adicionales a los previstos en la LSC; así, el artículo 108 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, establece que estas entidades han de contar con un comité de auditoría, un comité de riesgos, un comité de cumplimiento y un comité de nombramientos y remuneraciones; adicionalmente, deberán contar con una unidad u órgano interno que asuma la función de gestión de riesgos.

Por otro lado, cabe recordar que no hay ninguna norma que establezca la forma jurídica que ha de adoptar una sociedad familiar, por lo que puede ocurrir que la misma no esté sujeta a la LSC⁸², y, consecuentemente, sus órganos societarios se acomodarán a lo establecido en la normativa que le resulte de aplicación. Sin perjuicio de lo anterior, y teniendo en cuenta que la mayor parte de

79 Artículos 249, 249 bis y 529 terdecies, entre otros, de la LSC.

80 VELAYOS, ob. cit., págs. 54 y 55.

81 Redacción dada por el RD 171/2007.

82 La LSC se limita a las sociedades de capital: la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones (art. 1 de la LSC).

sociedades familiares adoptan la forma jurídica de SL o de SA, en el presente trabajo voy a hacer referencia a los órganos societarios de estas entidades, limitando el estudio a aquellos aspectos que pueden afectar de un modo particular a las sociedades familiares.

3.1.1.- Junta General

Partiendo del hecho de que, en el presente trabajo, únicamente se va a hacer referencia a aquellos aspectos de la Junta General que pueden tener una mayor incidencia en las sociedades familiares, cabe comenzar definiendo qué es la Junta General. Pues bien, de acuerdo con el artículo 159 de la LSC, la Junta General es la reunión de los socios en que se deciden, por la mayoría legal o estatutariamente establecida, las cuestiones propias de su competencia, quedando todos los socios (incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión), sometidos a los acuerdos adoptados. Por tanto, a través de la Junta General, los familiares que ostenten la condición de socios de la sociedad podrán participar en la adopción de decisiones que afectan a la sociedad; a *sensu contrario*, los familiares que no ostenten tal condición, no formarán parte de este órgano y, por tanto, no participarán en la adopción de los acuerdos que en el mismo se puedan alcanzar.

Esta cuestión tiene especial relevancia si se tiene en cuenta que la Junta General es el órgano soberano de la sociedad y al cual corresponden las funciones de mayor trascendencia, contempladas en el artículo 160 de la LSC⁸³, pero no solo éstas, ya que, en virtud de la última letra de este precepto, para conocer realmente el alcance de las competencias de la Junta General hay que atender también a lo contemplado en el resto de preceptos legales y en los estatutos de la sociedad, los cuales, consecuentemente, pueden atribuir competencias adicionales a la Junta General, siempre y cuando no supongan una injerencia en las funciones propias del órgano de administración. De este modo, por vía estatutaria se podría atribuir a la Junta General la decisión de asuntos concretos de gestión, sin que dicha atribución suponga vaciar de contenido la competencia de gestión y representación que corresponde al órgano de administración⁸⁴, lo que supondría que decisiones de gestión especialmente relevantes quedarían bajo el control de los socios que, tratándose de una sociedad familiar, serán, total o mayoritariamente, miembros de la familia.

83 Artículo 160 LSC: «Es competencia de la junta general deliberar y acordar sobre los siguientes asuntos: a) La aprobación de las cuentas anuales, la aplicación del resultado y la aprobación de la gestión social. b) El nombramiento y separación de los administradores, de los liquidadores y, en su caso, de los auditores de cuentas, así como el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra cualquiera de ellos. c) La modificación de los estatutos sociales. d) El aumento y la reducción del capital social. e) La supresión o limitación del derecho de suscripción preferente y de asunción preferente. f) La adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. Se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado. g) La transformación, la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero. h) La disolución de la sociedad. i) La aprobación del balance final de liquidación. j) Cualesquiera otros asuntos que determinen la ley o los estatutos».

84 CALBACHO, ob. cit., pág. 81.

El artículo 161 de la LSC prevé expresamente la posibilidad de intervención de la Junta General en los asuntos de gestión, al disponer que *«Salvo disposición contraria de los estatutos, la junta general de las sociedades de capital podrá impartir instrucciones al órgano de administración o someter a su autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 234»*⁸⁵. Este artículo puede ser de gran interés en el caso de las sociedades familiares para que los familiares socios puedan controlar la actuación de los gestores (del órgano de administración).

Sobre esta posibilidad de intervención de la Junta General en los asuntos de gestión, se puede citar, por ejemplo, la SAP Madrid, sección núm. 17, de 21 de octubre de 2014⁸⁶, que, en su fundamento de derecho tercero, establece que:

«Ciertamente, el artículo 161 prevé la posibilidad de intervención de la junta general en asuntos de gestión, consistente en «... impartir instrucciones al órgano de administración o someter a autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión...», pero parece colegirse que para obligar a los administradores esas instrucciones o esa reserva de autorización han de ser previas, sin perjuicio de que con posterioridad puedan desautorizarse y dejar sin efecto para el futuro determinadas actuaciones de los administradores».

El artículo 162 de la LSC hace referencia a una facultad de la Junta General de la SL (no de todas las sociedades capitalistas), al establecer la necesidad de acuerdo de la Junta General para anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantías y facilitar asistencia financiera a sus socios y administradores, no siendo necesario dicho acuerdo cuando estos actos se realicen en favor de otra sociedad perteneciente al mismo grupo. No obstante, nada impediría que, estatutariamente, se exigiera este acuerdo de la Junta General también para el caso de que los actos descritos se realicen en favor de otra sociedad perteneciente al mismo grupo, o que por vía estatutaria se contemplara este requerimiento para el resto de sociedades capitalistas, lo que, además, puede resultar conveniente para que los socios familiares mantengan el control sobre los asuntos descritos en el citado artículo 162 de la LSC, los cuales pueden afectar significativamente a la viabilidad económico-financiera de la entidad.

La Junta General puede ser ordinaria, extraordinaria o universal (arts. 163 y 178 LSC): *a)* La junta ordinaria es la que se celebra dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, para, en su caso, aprobar la gestión social, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado; ello, sin perjuicio que puedan adoptarse otros asuntos que figuren en el orden del día; *b)*

85 Artículo 234 LSC (sobre el ámbito del poder de representación de los administradores): *«1. La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos. Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros. 2. La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aún cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social».*

86 Id Cendoj: 28079370172014100662.

La junta extraordinaria es la junta que no es ordinaria ni universal; y, *c)* La junta universal es aquella en la que, sin necesidad de convocatoria previa, está presente o representada la totalidad del capital social y los concurrentes aceptan por unanimidad la celebración de la reunión. Esta es la regulación normativa, pero no existe impedimento para que, en base al principio de autonomía de la voluntad, en los estatutos se contemple que la Junta General haya de reunirse necesariamente cada cierto periodo de tiempo o un número determinado o mínimo de veces al año, al margen de la reunión ordinaria que ha de celebrarse obligatoriamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, o que hayan de celebrarse determinado número de reuniones junto con el órgano u órganos familiares de que se trate, etc.; con ello se consigue que los socios (en su totalidad o mayoría miembros de la familia) estén más informados sobre el funcionamiento de la sociedad familiar y puedan tener un mayor control sobre la gestión llevada a cabo por el órgano de administración. Por otro lado, la junta universal es de gran utilidad en las sociedades familiares, sobretodo en aquellas en que la totalidad del capital social pertenece a miembros de la familia, ya que puede celebrarse, en cualquier lugar del territorio nacional o del extranjero, siempre que se encuentren presentes todos los socios y acepten por unanimidad la celebración de la reunión, y ello sin haber de atender a las formalidades requeridas para la convocatoria previa.

Las juntas ordinarias y extraordinarias, además de estar sometidas al requisito de la previa convocatoria, no pueden tener lugar en cualquier lugar (como las juntas universales), sino que, si los estatutos no contemplan otra cosa, se tendrán que celebrar en el término municipal donde la sociedad tenga su domicilio y, si en la convocatoria no se precisa el lugar de celebración, se tendrá que celebrar en el domicilio social. De lo anterior resulta que, por vía estatutaria, se puede contemplar el lugar de celebración de la reunión, lo que puede resultar particularmente interesante si, por ejemplo, los socios familiares de la sociedad familiar no tienen su residencia en el municipio en el que la sociedad tiene el domicilio social.

La convocatoria de la Junta General⁸⁷ está regulada en los artículos 166 a 177 de la LSC. La Junta General la convocan los administradores: *a)* cuando lo consideren conveniente o necesario para los intereses sociales; *b)* cuando lo determinen la ley y/o los estatutos; y, *c)* cuando lo soliciten uno o varios socios que representen el 5% del capital social, expresando éstos en la solicitud los asuntos a tratar, los cuales deberán figurar en el orden del día. Respecto al apartado *c)*, sería posible que en los estatutos se reforzaran las garantías para los socios minoritarios, contemplando que la Junta General se tenga que convocar cuando lo soliciten un número de socios que representen un porcentaje inferior al 5% del capital social, lo que puede dar cabida a que ramas o miembros de la

87 La junta universal no requiere convocatoria previa (art. 178 LSC).

familia con un capital muy minoritario también puedan solicitar la convocatoria de la Junta General, aumentando, de este modo, su capacidad de participación en la sociedad.

Por lo que respecta a la forma de la convocatoria, el artículo 173 de la LSC dispone que la convocatoria ha de publicarse en la página web corporativa, en el supuesto que ésta haya sido creada, inscrita y publicada⁸⁸. En caso de que la sociedad no tenga página web, o si la misma todavía no se ha inscrito y/o publicado, la convocatoria deberá publicarse en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (en lo sucesivo, *BORME*) y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social; no obstante, este mismo precepto contempla la posibilidad de que en los estatutos de la entidad se sustituya esta forma de publicación por la comunicación individual y escrita, por algún medio que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en la documentación de la sociedad. Además, respecto a los socios residentes en el extranjero, estatutariamente se puede contemplar que los mismos solo serán individualmente convocados si hubieran designado un lugar del territorio nacional para notificaciones. Lo anterior, sin perjuicio de que los estatutos puedan contemplar medios adicionales (no substitutivos) de publicidad.

El hecho de que estatutariamente se pueda optar por efectuar la convocatoria de la reunión de la junta por medio de la comunicación individual es una oportunidad para las sociedades familiares que no tengan página web creada, inscrita y publicada, ya que supone un medio menos gravoso, temporal y económicamente hablando, que el requerido para efectuar la publicación en el *BORME* y en un diario de gran tirada en la provincia del domicilio social. De este modo, podría contemplarse estatutariamente como una de las formas de comunicación individual la notificación por burofax, en formato físico o digital (*online*).

Respecto a la asistencia a la Junta General, se pueden distinguir tres categorías de sujetos asistentes: los que tienen derecho, los que están obligados y los que están autorizados.

Partiendo de que la Junta General es una reunión de socios en que se debaten y adoptan una serie de acuerdos⁸⁹, la asistencia de los socios a la reunión es un presupuesto para la constitución de la Junta General y, además, esta asistencia es un derecho de los socios; en este sentido, el artículo 93.c de la LSC dispone que *«En los términos establecidos en esta ley, y salvo los casos en ella previstos, el socio tendrá, como mínimo, los siguientes derechos: [...] c) El de asistir y votar en las juntas generales y el de impugnar los acuerdos sociales»*.

88 De acuerdo con el artículo 11.bis de la LSC, las sociedades cotizadas tienen obligación de tener página web

89 Artículo 159.1 LSC: *«Los socios, reunidos en junta general, decidirán por la mayoría legal o estatutariamente establecida, en los asuntos propios de la competencia de la junta»*.

Sin perjuicio de lo anterior, no tienen los mismos derechos los socios de las SL que los socios de las SA. Así, si nos encontramos ante una SL, todos los socios tienen derecho a asistir a la Junta General, sin que estatutariamente se pueda limitar este derecho a los socios que no detenten determinado número de participaciones (art. 179.1 LSC); en cambio, tratándose de una SA, sus estatutos pueden: a) exigir la posesión de determinado número de acciones para poder asistir a la Junta General, sin que pueda requerirse un número de acciones que representen más de un uno por mil del capital social (art. 179.2 LSC), lo que obliga a aquellos que no alcancen el mínimo de acciones previstas estatutariamente a agruparse para asistir, de este modo, conjuntamente, por medio de un representante⁹⁰, y b) condicionar el derecho de asistencia a la Junta General a la legitimación anticipada del accionista. La inclusión en los estatutos de la SA familiar de alguna de estas limitaciones al derecho de asistencia a la Junta General supone o puede suponer un perjuicio para alguno de los socios familiares, al poderse ver privados del derecho a asistir a la reunión, a manifestar su opinión y a participar en la toma de decisiones.

Por otro lado, es posible que los socios asistan a la junta por medio de representante, de manera que será un tercero el que asista a la reunión, pero en nombre y representación del socio.

En el supuesto de las SL, salvo que los estatutos contemplen la posibilidad de que los socios puedan ser representados por otra persona, esta representación recaerá en su cónyuge, ascendiente o descendiente, en otro socio o en persona a la que haya conferido en documento público poder general con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tuviere en territorio nacional (art. 183 LSC); no obstante, en los estatutos puede otorgarse al socio la posibilidad de que confiera su representación a persona distinta de las previstas en el artículo 183 de la LSC, por lo que podría establecerse una disposición estatutaria de la que resulte que los socios pueden delegar su representación: a alguna de las personas que menciona el artículo 183 de la LSC; a personas distintas de las mencionadas en el citado precepto o, además de a las legalmente determinadas en el mismo, a otras personas. Estas otras personas podrían ser miembros de un concreto grupo familiar, o un miembro de la familia perteneciente a la misma rama familiar que el representado⁹¹, u otro familiar distinto de los contemplados en la norma y que no tenga la condición socio, por ejemplo. Por otro lado, la LSC dispone que la representación ha de constar por escrito, pero no especifica que

90 VELAYOS, ob. cit., pág. 111.

91 Ver VELAYOS, ob. cit., págs. 120 y 121: «A medida que aumenta el número de familiares que entran a formar parte del capital social, es frecuente que cada una de las Ramas Familiares estructure sus propias reglas de funcionamiento e incluso que sindiquen su voto en la junta general, a los efectos de mantener el equilibrio entre las distintas ramas Familiares y por tanto la estabilidad de la Sociedad Familiar: es decir, que todos aquellos miembros de una misma Rama Familiar que sean a la vez socios, votarán en la junta general en el sentido previamente acordado. Por este motivo es conveniente que el socio únicamente se pueda hacer representar en la junta general por un miembro de la Familia perteneciente a la misma Rama Familiar».

este escrito tenga que ser en papel, por lo que podría conferirse la representación para cada junta por cualquier medio del que quede constancia escrita, como, por ejemplo, por medio de correo electrónico. Estas previsiones podrían suponer una medida para facilitar la participación de los socios familiares en la toma de conocimiento y adopción de decisiones que afectan a la sociedad.

Tratándose de una SA, el socio se puede hacer representar por cualquier persona, sea o no accionista, a no ser que esta facultad se limite en los estatutos, debiendo conferirse esta representación por escrito o por medios de comunicación a distancia que cumplan con los requisitos establecidos en la LSC para el ejercicio del derecho de voto a distancia y con carácter especial para cada junta (art. 184 LSC), no siendo aplicables estas restricciones cuando el representante sea el cónyuge o un ascendiente o descendiente del representado ni tampoco cuando aquél ostente poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tuviere en territorio nacional (art. 187 LSC).

Los obligados a asistir a la Junta General son los miembros del órgano de administración, los administradores (art. 180 LSC). Esta obligación está relacionada con el derecho que tienen los socios a solicitar de los administradores, durante de la reunión, los informes o aclaraciones que estimen pertinentes acerca de los asuntos a que se refiere el orden del día (arts. 196 y 197 LSC).

Los autorizados a asistir a la Junta General son aquellas personas que, sin tener la condición de socios ni de administradores, están autorizados a asistir a la junta. A éstos se refiere el artículo 181 de la LSC al contemplar que *«1. Los estatutos podrán autorizar u ordenar la asistencia de directores, gerentes, técnicos y demás personas que tengan interés en la buena marcha de los asuntos sociales. 2. El presidente de la junta general podrá autorizar la asistencia de cualquier otra persona que juzgue conveniente. La junta, no obstante, podrá revocar dicha autorización. 3. Lo dispuesto en el apartado anterior será de aplicación a la sociedad de responsabilidad limitada, salvo que los estatutos dispusieran otra cosa»*. Esta facultad de que puedan asistir a la Junta General personas que no tengan la condición de socios ni administradores, puede ser de gran utilidad en las sociedades familiares, al posibilitar que asistan a la misma los hijos de los socios para que se vayan formando y adquieran el conocimiento necesario acerca del funcionamiento de la sociedad, lo que facilitará el relevo generacional, ya sea por defunción del socio progenitor o transmisión de las participaciones/acciones de éste a su descendiente⁹².

Llegado el día de la reunión, lo primero que se hace es constituir la mesa de la junta, que quedará constituida como dispongan los estatutos de la sociedad; en defecto de previsión estatutaria, serán presidente y secretario de la junta las mismas personas que ostenten dichos cargos en el Consejo de

92 VELAYOS, ob. cit., pág. 119.

Administración, en caso que dicho órgano haya sido creado; y, en su defecto, ostentarán los cargos de la presidencia y la secretaria las personas escogidas al inicio de la reunión por los socios asistentes (art. 191 LSC). Por tanto, existe nuevamente libertad a que estatutariamente se puedan establecer los criterios para determinar las personas que ejercerán dichos cargos y, solamente en defecto de previsión estatutaria, estos cargos se determinarán en la forma prevista en la Ley. Esta libertad puede ser aprovechada en las sociedades familiares, pudiendo contemplarse, por ejemplo, que el cargo de la presidencia tenga que recaer en un socio miembro de la familia y que, a su vez, sea miembro del órgano de administración.

Una vez constituida la mesa, hay que verificar que a la junta hayan asistido un número de socios suficiente para poder declararla válidamente constituida. De forma directa solo se exige un quórum legal de constitución para el caso de las SA (arts. 193 y 194 LSC); sin embargo, al exigirse un quórum de votación en la SL, de modo indirecto se contempla el quórum de asistencia mínimo.

Respecto al quórum de asistencia en las SA, el mismo será diferente en función de los asuntos a tratar y de si la reunión tiene lugar en primera o en segunda convocatoria. Por otro lado, por vía estatutaria se puede contemplar la necesidad de un quórum de asistencia más elevado al exigido legalmente para considerar válidamente constituida la junta. El hecho de que en los estatutos se exija una mayor asistencia de socios para poder considerar válidamente constituida la junta y, por ende, válidamente adoptados los acuerdos adoptados, comporta que las decisiones que afectan a la sociedad no dependan principalmente de los grupos familiares titulares de la mayor parte del capital, sino que sea necesaria también la participación de aquellos familiares con menor participación en el capital social.

Asistiendo un número de socios suficiente para poder declarar válidamente constituida la junta, tiene lugar la deliberación y la votación. En cuanto a la votación, se contempla en la LSC un quórum de votación diferente en función de si nos encontramos ante una SA o una SL, en función del tipo de asunto sobre el que se trate, así como en función de si la junta se celebra en primera o en segunda convocatoria. En cualquier caso, se prevé la posibilidad de que estatutariamente pueda elevarse el quórum de votación necesario para la válida adopción de los acuerdos, sin que, tratándose de una SL, esta elevación pueda llegar a la unanimidad y pudiéndose exigir el voto favorable de un determinado número de socios (para las SL, arts. 198 a 200 LSC; y, para las SA, art. 201). Al establecerse la posibilidad de que en los estatutos se pueda exigir un quórum de votación más elevado al previsto legalmente, se posibilita dar cabida a más socios familiares en la adopción de las decisiones que afectan a la sociedad, pudiendo contemplarse diferentes mayorías en función del tipo de asunto sometido a debate y votación.

Se abre un inciso para remarcar que la LSC contempla la posibilidad de que, en las SA, la asistencia a la junta pueda ser telemática, si lo prevén los estatutos y en la forma que dispone el artículo 182 de la LSC; ahora bien, el hecho de que no se contemple una regulación específica para las SL, nada impediría, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, y teniendo en cuenta que no existe una prohibición expresa, que estatutariamente se pueda contemplar en una SL la posibilidad de asistencia a la junta por medios telemáticos, con las formalidades establecidas para la SA. El hecho de que las reuniones puedan celebrarse de forma telemática fomenta la participación, lo cual es positivo, no solo en el caso de las sociedades familiares, sino en cualquier tipo de sociedad.

Una vez hecha la deliberación, tiene lugar la votación. En este punto, también existe disparidad en función de si nos encontramos ante una SL o ante una SA. En las SL, a cada participación le corresponde un voto, de modo que tendrá más votos aquel socio que disponga de más participaciones, salvo disposición contraria de los estatutos (art. 188.1 LSC). Esto implica que, por vía estatutaria, podría establecerse que determinados familiares tuvieran más votos (voto plural o múltiple), para todos o para determinados asuntos, sin que ello quiera decir que tengan más participación en el capital social; así, podría contemplarse que los socios familiares o los socios familiares de primera generación o a los que éstos o los sucesivos hayan transmitido la sociedad tengan mayor número de votos que el resto de socios, lo que constituiría un modo de garantizar que determinados socios detentaran el control de la sociedad. Esta posibilidad de voto plural faculta, asimismo, a que estatutariamente se contemple un voto de calidad a favor de quien presida la junta, a los efectos de dirimir empates y evitar situaciones que bloqueen. En cambio, en la SA no será válida la creación ni emisión de acciones que de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto (arts. 96.2 y 188.2 LSC), por lo que en las SA no se admite el voto plural.

Por otro lado, cabe que en los estatutos, tanto de las SL como de las SA, se limite el derecho de voto (art. 188 LSC). Esta figura de la limitación del derecho de voto es relevante en las sociedades familiares ya que permite dar voz y voto decisivo a socios minoritarios que, de otro modo, tal vez, no tendrían. En este sentido, VELAYOS considera que *«La limitación del derecho de voto puede utilizarse en las sociedades familiares para garantizar el equilibrio entre los distintos miembros de la familia o las distintas ramas familiares y también puede servir como límite a una preponderancia no deseada»*⁹³, y, según VALMAÑA, en las sociedades familiares, *«esta limitación de derechos de voto puede servir para que la adopción de decisiones en la Junta General no quede sometida estrictamente al deseo de accionistas de control, obligando por tanto a que deban recabar*

93 Ibidem, pág. 116.

éstos el consenso con otros titulares del capital, con menor peso económico en el mismo, para conseguir adoptar dichas decisiones»⁹⁴.

De igual manera, hay que tener en cuenta que no todas las participaciones ni todas las acciones lo son con derecho de voto (arts. 98 y ss. LSC). Esta figura de las participaciones/acciones sin voto es interesante en las sociedades familiares, ya que es un modo de obtención de financiación de terceros ajenos al número familiar sin que los socios familiares pierdan el control de la entidad⁹⁵.

3.1.2.- Órgano de Administración

Puede ser nombrado para ocupar el cargo de administrador tanto una persona física como una persona jurídica, ostente o no condición de socio, salvo que los estatutos de la sociedad, expresamente, prevean que el cargo de administrador ha de recaer en una persona que tenga tal condición (art. 212 LSC).

La LSC no dice quién puede ostentar el cargo de administrador, sino quién no puede ostentarlo, pudiendo ser designado, por ende, aquellas personas que no estén expresamente incursas en una causa de prohibición legal⁹⁶. Ahora bien, de acuerdo con el principio de autonomía de la voluntad, nada impediría que estatutariamente se pudieran contemplar determinados requisitos o condiciones que hayan de cumplir las personas que opten a dicho puesto. En efecto, los estatutos pueden reflejar las condiciones personales y profesionales que han de reunir los administradores⁹⁷ (edad mínima y máxima; condición de socio o determinada antigüedad en la condición de socio; pertenencia a la familia; tener una determinada formación y/o experiencia profesional; tener un determinado número de años de experiencia en cargos directivos; etc.), así como supuestos de prohibición adicionales a los previstos legalmente, de manera que, para poder designar a una determinada persona para el cargo de administrador, la misma, además de no estar inmersa en ninguna causa de prohibición legal ni estatutaria, deberá cumplir con los requisitos establecidos en los estatutos de la sociedad.

94 VALMAÑA, ob. cit., pág. 177.

95 En este sentido, ver VALMAÑA, ob. cit., pág. 179, en que el autor señala que generalmente, la creación de títulos que no concedan el derecho de voto *«obedecerá a la finalidad de obtener financiación sin ceder o perder control político operando por tanto como alternativa al endeudamiento social»*, y VELAYOS, ob. cit., pág. 116, en que la autora, respecto a las acciones sin voto, establece que *«se trata de una fórmula adecuada para que los miembros de la familia no vinculados a la empresa no tengan capacidad de decisión en la sociedad familiar, pero que por otro lado se vean compensados con un mejor derecho al beneficio, ya que sus acciones tienen automáticamente un derecho preferente al beneficio»*.

96 Artículo 213 LSC: *«1. No pueden ser administradores los menores de edad no emancipados, los judicialmente incapacitados, las personas inhabilitadas conforme a la Ley Concursal mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso y los condenados por delitos contra la libertad, contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico, contra la seguridad colectiva, contra la Administración de Justicia o por cualquier clase de falsedad, así como aquéllos que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio. 2. Tampoco podrán ser administradores los funcionarios al servicio de la Administración pública con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de las sociedades de que se trate, los jueces o magistrados y las demás personas afectadas por una incompatibilidad legal»*.

97 CALBACHO, ob. cit., pág. 83.

De hecho, como afirma VELAYOS, «*Para el buen funcionamiento de la Sociedad Familiar es de vital importancia que aquellas personas que accedan al cargo de administrador tengan una adecuada formación y ciertos años de experiencia tanto en la Sociedad Familiar como en otras sociedades*»⁹⁸, por lo que resulta conveniente que en los estatutos queden reflejados los requisitos objetivos que deba cumplir una persona para poder ser designada para el cargo de administrador (referidos a la edad, la formación y/o la experiencia, por ejemplo), al margen de los supuestos de prohibición contemplados en el artículo 213 de la LSC, y pudiendo preverse requisitos o condiciones diferentes en función de si se trata de designar administradores que ostenten o no la condición de socios.

Por lo que respecta al nombramiento, la regla general es que a los administradores los nombra la Junta General (arts. 160.b y 214 LSC). Excepciones a esta regla: *a)* Los primeros administradores son designados por los socios fundadores (art. 21, en relación con el art. 22.1.e LSC); *b)* En la SA, los administradores designados por el sistema de representación proporcional (art. 243 LSC); el sistema de representación proporcional supone el reconocimiento a las acciones con derecho a voto que voluntariamente se agrupen y que alcancen un importe total cuya cifra sea igual o superior al coeficiente que resulte de dividir el total del capital social por el número de miembros del Consejo de Administración, a designar un número de consejeros igual al número de veces que se alcance íntegramente el coeficiente, despreciándose las fracciones sobrantes por elevadas que sean⁹⁹. El hecho de que en una SA familiar se proceda a la designación de administradores por el sistema de representación proporcional puede suponer un problema, ya que el ejercicio de este derecho de designación no puede verse limitado por las disposiciones estatutarias que contemplen prohibiciones y/o condiciones adicionales a las exigidas legalmente, y ello es así porque el sistema de representación proporcional está contemplado en la LSC como un derecho de carácter indisponible (en este sentido, el art. 243 utiliza la expresión “tendrán derecho a designar”, y no otra de tipo dispositivo como pudiera ser: podrán designar); *c)* En la SA, los designados por cooptación para cubrir vacantes de forma provisional (art. 244 LSC); en este caso, el propio Consejo de Administración puede designar administradores suplentes para sustituir a los administradores que cesen en su cargo antes de que tenga lugar la caducidad de su mandato, estando sujeta esta designación a tres condiciones: *1)* que no hayan administradores suplentes designados; *2)* que el administrador suplente sea designado entre los administradores, y *3)* esta designación será válida hasta que se reúna la primera Junta General, en que la misma procederá al nombramiento del administrador. Como la designación ha de recaer necesariamente en un accionista, esta designación

⁹⁸ VELAYOS, ob. cit., pág. 158.

⁹⁹ Sobre el sistema de representación proporcional, ver VELAYOS, ob. cit., págs. 153 y ss.

por cooptación puede ocasionar un problema en el SA familiar si el nuevo accionista nombrado miembro del Consejo de Administración no pertenece a la misma rama familiar que el consejero que ha dejado el cargo, ya que se podría desestabilizar la composición del Consejo de Administración, hasta la celebración de la siguiente Junta General¹⁰⁰; sin embargo, este problema puede ser paliado ya que, al contemplarse la designación por cooptación como una facultad y no como un derecho indisponible (el art. 244 LSC se refiere a que “el consejo podrá designar”), por vía estatutaria se podría contemplar la sustitución de este sistema de cobertura de vacantes por el Consejo de Administración, por la cobertura por cuenta de la Junta General, *d)* Otros supuestos previstos en normas específicas como, por ejemplo, el nombramiento de los administradores concursales, que corresponde al Juez (art. 27 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal).

Por lo que respecta a la duración del cargo de administrador, si nos encontramos ante una SL, la duración del cargo será indefinido, salvo que en los estatutos se contemple que tendrá una duración determinada, en cuyo caso será reelegible una o más veces por períodos de igual duración; en cambio, tratándose de una SA, la duración del mandato será temporal, debiendo concretarse en los estatutos el tiempo de duración, el cual no podrá exceder de seis años, será reelegible una o más veces por períodos de igual duración y deberá de ser igual para todos los administradores (art. 221 LSC). La mayor ventaja de contemplar una duración temporal del cargo de administrador es que permite, en el caso de las sociedades familiares, la rotación entre los miembros de la familia de las distintas ramas familiares, lo que podría también conseguirse con el cese y el nombramiento de un nuevo administrador, pero sin que se produzca la violenta situación de haber de cesar a los administradores con cargo vigente para nombrar a otros, con el añadido que pudiera ser que no se consiguieran las mayorías necesarias para adoptar estos acuerdos y frustrándose, por tanto, la finalidad de la pretendida rotación.

Entre las causas de cese del cargo de administrador se encuentra la separación acordada voluntariamente por la Junta General, aunque el cese del administrador no figure en el orden del día (art. 223 LSC). En este supuesto, si se trata de un administrador que hubiera sido propuesto, de acuerdo con lo establecido en los estatutos o el protocolo familiar de la sociedad familiar, por una rama familiar, podría contemplarse, a los efectos de mantener el equilibrio entre las distintas ramas familiares, que el administrador nombrado en sustitución del cesado sea propuesto por la misma rama familiar que hubiera efectuado la designación del destituido. En las SL familiares, también cabe la posibilidad de contemplar una mayoría reforzada para poder cesar a los administradores (no superior a los dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el

100 Sobre el sistema de designación por cooptación, ver VELAYOS, ob. cit., págs. 157 y ss.

capital social -art. 223 LSC-), con lo que se puede conseguir más estabilidad y continuidad en el ejercicio de las funciones de gestión, sobretudo en los supuestos en que la administración se organice por medio de un administrador único o cuando hayan pocos administradores y el cambio de uno de ellos pueda afectar a la gestión de la sociedad.

En principio, el cargo de administrador se entiende que es gratuito, aunque en los estatutos se puede contemplar que el cargo será remunerado, debiendo, entonces, contemplarse también el sistema de remuneración (arts. 23.e y 217.1 LSC y 124.3 y 185.4 RRM). Respecto al sistema de remuneración, el artículo 217.2 de la LSC establece que este sistema determinará el concepto o conceptos retributivos a percibir por los administradores en su condición de tales y que podrán consistir, entre otros, en uno o varios de los siguientes: *a) una asignación fija; b) dietas de asistencia; c) participación en beneficios; d) retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia; e) remuneración en acciones o vinculada a su evolución; f) indemnizaciones por cese, siempre y cuando el cese no estuviese motivado por el incumplimiento de las funciones de administrador y; g) los sistemas de ahorro o previsión que se consideren oportunos.* Siguiendo a VELAYOS, no resulta *«adecuado que la forma de retribución de los administradores de la Sociedad Familiar sea una participación en beneficios, ya que podría generar conflictos el hecho de que un miembro del grupo Familiar percibiese una mayor participación en beneficios que el resto de miembros por ser administrador»*¹⁰¹.

Por lo que respecta a las funciones, el artículo 209 de la LSC establece que *«Es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta ley»*. Sin embargo, estas facultades de los administradores no son absolutas, ya que, por un lado, en base al principio de la autonomía de la voluntad, se podrían atribuir a otros órganos o personas la gestión y representación de la sociedad, en los términos establecidos en la LSC y sin vaciar de contenido las funciones del órgano de administración; y, por otro lado, salvo que los estatutos dispongan lo contrario, la Junta General puede impartir instrucciones al órgano de administración o someter a su autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión, sin que ello perjudique a terceros de buena fe (art. 161, en relación con el art. 234 LSC).

La gestión empresarial comprende la realización de todos los actos necesarios o convenientes para la consecución del objeto y fin social¹⁰². Así, el órgano de administración está facultado para realizar todas aquellas actividades u operaciones necesarias o convenientes para el desarrollo del objeto

101 VELAYOS, ob. cit., pág. 201.

102 Ibidem, pág. 138.

social salvo aquellas que la Ley o los estatutos reservan expresamente a otro órgano y sin perjuicio de las posibilidades de injerencia de la Junta General en asuntos de gestión.

La Junta General puede intervenir, se puede inmiscuir, en la gestión de la sociedad: *a)* porque así lo establezca una disposición legal o se contemple expresamente en los estatutos, lo que permite que, vía estatutaria, puedan reservarse determinadas facultades de gestión a favor de la Junta General, las cuales, por ende, dejarán de formar parte del ámbito competencial del órgano de administración; *b)* cuando el órgano de administración considere que determinado asunto ha de ser aprobado o autorizado por la Junta General; *c)* porque la Junta General considere conveniente impartir instrucciones al órgano de administración o someter a su autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión, siempre que esta facultad no esté prohibida estatutariamente y teniendo esta limitación eficacia interna -no siendo oponible, por tanto, frente a terceros de buena fe, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran incurrir los administradores en caso de incumplimiento de este mandato interno-. Esta posibilidad de que la Junta General intervenga en los asuntos de gestión es de gran utilidad en las sociedades familiares para que los socios familiares mantengan el control de la sociedad. En cualquier caso, cabe tener en cuenta que la competencia de la Junta General en materia de gestión no puede vaciar de contenido la competencia de los administradores.

Respecto a las instrucciones dadas por la Junta General al órgano de administración, cabe tener presente que los administradores, a los efectos de no incurrir en responsabilidad, tendrán que velar porque las mismas respondan efectivamente al interés de la sociedad y no a otro tipo de interés, como podría ser el interés familiar o personal de los miembros de la familia empresaria¹⁰³.

La facultad de representación que corresponde a los administradores es una representación orgánica activa, es decir, una actividad dirigida a crear relaciones jurídicas que vinculan a la sociedad con terceros¹⁰⁴.

Los administradores tienen un seguido de deberes inherentes a su cargo, regulados en los artículos 225 a 232 de la LSC. Se pueden distinguir dos grandes grupos de deberes: el deber de diligencia y el deber de lealtad.

Por lo que respecta al deber de diligencia (art. 225 LSC), los administradores, en el ejercicio de sus funciones, han de actuar con la diligencia de un ordenado empresario, velando por la buena dirección y control de la sociedad, lo cual, a su vez, les exige estar al corriente de todas las

103 Artículo 236.2 LSC: «*En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general*».

104 VELAYOS, ob. cit., pág. 136.

cuestiones relativas a la sociedad que puedan tener incidencia en el desempeño de su cargo. Así, el deber de diligencia, el deber de desempeñar el cargo con el cuidado propio de un «ordenado empresario» es un deber de carácter profesional que exige al administrador ejercer efectivamente el cargo, es decir, una intervención activa en el gobierno de la sociedad con una dedicación suficiente¹⁰⁵, debiendo recaer el cargo, por tanto, en personas capacitadas y con las cualidades necesarias que le permitan desempeñar sus funciones activamente, no pudiendo adoptar una actitud pasiva, so pena de incurrir en responsabilidad¹⁰⁶. Este deber de actuar con la diligencia de un ordenado empresario reafirma la conveniencia de contemplar en los estatutos de la sociedad familiar requisitos objetivos para poder acceder al cargo de administrador ya que, aunque el cumplimiento de los mismos no sea una garantía de que el administrador actuará con la diligencia debida, no será porque no esté capacitado para ello.

La SAP Ourense, de 11 de mayo de 2016¹⁰⁷, en el fundamento de derecho primero, desglosa el deber de diligencia en diferentes deberes. Así, según la citada sentencia:

«Basta recordar los deberes de diligencia que a los administradores impone el artículo 225 de la ley de sociedades de capital, en síntesis, desempeño del cargo con la diligencia de un ordenado empresario, dedicación adecuada, adopción de medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad y deber de exigir de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones».

Es interesante, por otro lado, traer a colación la SAP Cádiz, de 16 de marzo de 2017¹⁰⁸, que, en su fundamento de derecho segundo, establece lo siguiente:

«Según reiterada Jurisprudencia, quien se pone en situación de ignorancia deliberada, sin querer saber aquello que puede y debe saber, está asumiendo y aceptando todas las consecuencias del ilícito actuar en que voluntariamente participa. O, como dice la STS 633/2009, de 10 de junio, quien se encuentra en una situación que se conoce como ceguera voluntaria (willfull blindness), no está excluido de responsabilidad criminal por la acción ejecutada. La STS 16 de diciembre de 2013 explica esta doctrina y su diferencia con el error diciendo que "(...) teoría de la ignorancia deliberada que no exime de responsabilidad a quien pudiendo y debiendo conocer algo, no lo conoce y sin embargo presta su colaboración o bien por la teoría de la indiferencia en la que al agente le resulta absolutamente indiferente cual sea el resultado de la acción continuando también con su actividad -STS de 30.11.2005, de 2.7.2008-, pues, el autor sabe que los hechos pueden ser diversos y sin embargo nada hizo para despejar tal duda. Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo (STS 10-1-99, 16-10-2000, 13-3-2006 y 20- 11-06) que quien se pone en situación de ignorancia deliberada, sin querer saber aquello que puede y debe saberse, y sin embargo se beneficia de la situación, está asumiendo y aceptando todas las consecuencias del ilícito negocio en el que voluntariamente participa».

Por otra parte, el deber de lealtad (art. 227 y ss. LSC) obliga a los administradores a perseguir exclusivamente el interés social, el interés común de todos los socios. Este deber de lealtad se traduce en un seguido de obligaciones concretas; así, el administrador debe: *a)* ejercer sus facultades exclusivamente para los fines para los que le han sido otorgadas; *b)* guardar secreto

105 CALBACHO, ob. cit., pág. 151.

106 VELAYOS, ob. cit., pág. 188.

107 Id Cendoj: 32054370012016100171.

108 Id Cendoj: 11020370082017100078.

respecto a la información a que tenga acceso en el ejercicio de su cargo, con las salvedades contempladas en la Ley; c) evitar situaciones de conflictos de interés entre la sociedad o el interés social, por un lado, y los intereses propios del administrador o persona vinculada al mismo, por otro lado, y, en caso de producirse el conflicto, no tomar parte en la deliberación y adopción de decisiones, con las salvedades previstas legalmente; d) desempeñar el cargo conforme a su leal saber y entender, y con total independencia respecto a cualquier injerencia o presión por parte de terceros.

De entre estas obligaciones inherentes al deber de lealtad, la obligación de guardar secreto que recae sobre los administradores, dispensada únicamente en los casos en que la ley lo permita o requiera, puede ser especialmente difícil de cumplir en caso de tratarse de un administrador familiar, por el conflicto existente entre el deber de secreto y la conveniencia de comunicar determinada información a miembros de su familia, detenten o no la condición de socios¹⁰⁹.

Por lo que respecta al deber de evitar situaciones de conflicto de interés, la LSC contempla un seguido de supuestos en los que el administrador ha de abstenerse de actuar. Así, por ejemplo, el administrador ha de abstenerse de realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia; sobre este deber de abstención, VELAYOS señala que *«Este tipo de transacciones constituyen una manifestación de autocontratación, ya que el administrador al realizarlas emite una declaración de voluntad por cuenta de la sociedad y otra por cuenta propia. En las SRL se contienen dos prohibiciones específicas de autocontratación, que requieren autorización de la junta general para cada caso concreto, en relación con la concesión por la sociedad de asistencia financiera a sus administradores (art. 162.1 LSC) y respecto al establecimiento o modificación de relaciones de prestación de servicios o de obra entre la sociedad y sus administradores (art. 220 LSC)»*¹¹⁰.

La infracción del deber de lealtad trae consigo que el administrador incumplidor tendrá que devolver a la sociedad aquello en que se haya enriquecido injustamente y quedará obligado a indemnizar el daño que su actuación haya causado al patrimonio social, careciendo de validez las disposiciones estatutarias que limiten o excluyan el régimen relativo al deber de lealtad y a la responsabilidad por su infracción.

En STS Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 2015¹¹¹, en su fundamento de derecho tercero, define este deber del siguiente modo:

109 Ibidem, pág. 186.

110 Ibidem, pág. 182.

111 Id Cendoj: 28079110012015100666.

«El deber de actuar como un representante leal en defensa del interés social, entendido como interés de la sociedad, que tiene el administrador social, supone la obligación de desempeñar las funciones del cargo anteponiendo siempre el interés de la sociedad de la que es administrador al interés particular del propio administrador o de terceros. Ante cualquier situación de conflicto, el administrador ha de velar por el interés de la sociedad y dirigir su gestión hacia la consecución del objeto y finalidad social de manera óptima, absteniéndose de actuar en perjuicio de los intereses de la sociedad. Este deber de lealtad viene referido al interés de la sociedad que administra, no al de otras, aunque pertenezcan al mismo grupo, aunque sea la sociedad dominante, ni a otros intereses formalmente ajenos, como es el que se ha venido en llamar "interés del grupo"».

A título de ejemplo de infracción del deber de lealtad, se puede citar la STS Sala de lo Civil, de 5 de diciembre de 2008¹¹², que, en su fundamento de derecho tercero, dispone lo siguiente¹¹³:

«El artículo 65 LSRL, que exige la lealtad en el ejercicio del cargo de administrador (reforzado por la llamada Ley de Transparencia: Ley 26/2003, de 17 de julio, y STS 21 de julio de 2006, rec. 4654/1999) impone a los administradores, como obligación negativa, la prohibición de concurrencia, que sólo cesará cuando la Junta general, conociendo las actividades competitivas del administrador, autorice expresamente a ejercerlas, por lo que incurre en su vulneración el administrador que sin tener la autorización requerida vulnera la prohibición; y se ajusta a esta regla el acuerdo de la junta general que ordena su cese (STS 11 de abril de 2007, rec. 2172/2000).

La prohibición del artículo 65 LSRL, fundada en la existencia de una incompatibilidad, tiene su fundamento en el sustrato ético que debe presidir las relaciones económicas, por lo que se impone una interpretación rigurosa del precepto (STS 9 de septiembre de 1998, rec. 549/1994), pues la Ley ha querido revestir de un especial rigor a esta prohibición, de manera que su infracción autoriza la expulsión del socio-administrador (STS de 6 de marzo de 2000).

La normativa legal se inspira en el daño que pueda sufrir la sociedad, el cual ha de tratarse de un riesgo serio y consistente que puede ser actual o potencial y no exige la demostración de un beneficio efectivo en otras empresas o en otras personas (STS 12 de junio de 2008, rec. 1136/2001).

Asimismo, haciéndose eco de la citada STS, y por lo que respecta al conflicto de intereses, la SAP Sevilla, de 13 de enero de 2012¹¹⁴, en el fundamento de derecho quinto, contempla que:

«A la luz de esta doctrina jurisprudencial, se entiende que es suficiente para que estemos ante un acto de competencia desleal, que exista esa participación del Administrador en la actividad competencial, la similitud de las actividades y objeto sociales, ya que se trataría de una situación de evidente conflicto de intereses que dicha norma es el fin que persigue evitar, es decir, se trata, como ha señalado la doctrina, de que no se produzca ese conflicto de doble lealtad, y que alcanza no solo a cuando se realizan actividades idénticas, sino incluso análogas o complementarias. Esta prohibición que se ha visto inalterada pese a la nueva regulación societaria, viene a cumplir una clara y evidente función preventiva, dado que pretende que no surja ese conflicto de intereses, en el que, salvo que ambas entidades sean consciente, de ahí que permita la autorización de esa simultaneidad, va a provocar perjuicio en una de las entidades, porque no se trataría de dos entidades que compiten en el libre mercado, con igualdad de condiciones, sino que una de las entidades podría, potencialmente, aprovecharse de conocimientos que son propios de la otra, es decir, que no son consecuentes de su actividad, para conseguir una posición preponderante en el mercado».

112 Id Cendoj: 28079110012008101116.

113 La referencia legal contenida en esta sentencia ha de entenderse efectuada a los artículos 227 y siguientes de la LSC; particularmente al artículo 230.3 de dicha norma, según el cual: «*La obligación de no competir con la sociedad solo podrá ser objeto de dispensa en el supuesto de que no quepa esperar daño para la sociedad o el que quepa esperar se vea compensado por los beneficios que prevén obtenerse de la dispensa. La dispensa se concederá mediante acuerdo expreso y separado de la junta general. En todo caso, a instancia de cualquier socio, la junta general resolverá sobre el cese del administrador que desarrolle actividades competitivas cuando el riesgo de perjuicio para la sociedad haya devenido relevante*».

114 Id Cendoj: 41091370052012100048.

Por cuanto al modo de organizar la administración, puede designarse un administrador o más de uno. En las SA podrá designarse un administrador único, dos administradores mancomunados o un Consejo de Administración (con un mínimo de 3 administradores); en cambio, en las SL, se podrá designar un administrador único, varios administradores solidarios, varios administradores mancomunados o un Consejo de Administración (con un mínimo de 3 y un máximo de 12 administradores), cabiendo la posibilidad, además, de preverse en los estatutos diversos modos de organizar la administración, de manera que la Junta General podrá optar por cualquiera de ellos, sin necesidad de modificar estatutos (art. 210 LSC)¹¹⁵.

Esta amplia autonomía de la voluntad en cuanto a la elección en el modo de organizar la administración, dentro de los límites legales, permitirá a las sociedades familiares adaptar este modo de organización a las necesidades que en la misma se vayan suscitando a lo largo del tiempo, lo que viene facilitado con la posibilidad, ya comentada, de que en los estatutos de las SL se puedan contemplar diversas formas de organizar la administración, siendo la Junta General la que elegirá aquella que más convenga a los intereses de la sociedad familiar, sin necesidad de modificar estatutos, y sin perjuicio de la posibilidad de limitar estatutariamente esta facultad, en el sentido de poderse prever una determinada forma de organizar la administración cuando se cumplan una serie de condiciones como, por ejemplo, la obligatoriedad de que la Junta General acuerde la forma del Consejo de Administración cuando en la sociedad familiar confluyan determinado número de ramas familiares. En cualquier caso, es importante elegir bien el modo de organizar la administración de la sociedad, ya que la paralización de los órganos sociales es una causa de disolución de la sociedad; es por ese motivo que las fórmulas más idóneas son la designación de un administrador único que, en las sociedades familiares, suele coincidir con el socio fundador, o la designación de un Consejo de Administración, especialmente cuando en la sociedad familiar ya han tenido entrada la segunda y posteriores generaciones, por las ventajas que la constitución de este órgano representa *versus* las otras formas de organización de la administración, y que, como VELAYOS¹¹⁶ describe, se concretan en: *a)* Los familiares de segunda o ulterior generación pueden iniciarse en labores de dirección bajo el control y la experiencia de otros miembros de la familia ya formados y experimentados; *b)* Permite incorporar a consejeros independientes que además de formular su opinión independiente en el órgano de administración pueden actuar a modo de árbitros entre los consejeros familiares; *c)* Permite que estén representadas en el órgano de administración las distintas ramas familiares; *d)*

115 Aunque por vía estatutaria se contemplen diversos modos de organizar la administración, el artículo 210.4 de la LSC establece que «*Todo acuerdo que altere el modo de organizar la administración de la sociedad, constituya o no modificación de los estatutos sociales, se consignará en escritura pública y se inscribirá en el Registro Mercantil*».

116 VELAYOS, ob. cit., págs. 146 y 147.

Permite que exista una amplia facultad de autorregulación interna, ya que se determina en los estatutos el régimen de organización y funcionamiento del mismo, pudiendo delegar facultades en una comisión ejecutiva y/o en uno o más consejeros delegados; e) Permite que se creen comités de naturaleza consultiva e informativa, tales como el comité de nombramiento y retribuciones o el comité de auditoría; f) Posibilita que se incorporen distintas clases de consejeros por el origen de su nombramiento (consejeros internos o ejecutivos y consejeros externos, ya sean dominicales o independientes)¹¹⁷, a los efectos de que el Consejo de Administración refleje la diversidad de conocimientos, de género y de experiencias precisa para desempeñar sus funciones con eficacia, objetividad e independencia.

La LSC deja un amplio margen a la autonomía de la voluntad en cuanto a la regulación del Consejo de Administración se refiere. En palabras de VELAYOS, «*Este amplio margen de disponibilidad, ofrece una gran utilidad desde el punto de vista de las sociedades familiares en la medida en que permiten singularizar funciones en personas concretas, establecer contrapesos entre grupos de la familia, diferenciar niveles de participación en las decisiones, establecer quórum y mayorías reforzados para la adopción de determinados acuerdos, etc.*»¹¹⁸.

Por lo que respecta a la composición del Consejo de Administración, sin perjuicio de lo ya comentado, aunque la sociedad familiar de que se trate y que adopte el Consejo de Administración como modo de organizar la administración de la sociedad no tenga la consideración de SA cotizada, puede resultar aconsejable seguir las Recomendaciones del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas (en lo sucesivo, *CBG*), sobretodo cuando la sociedad tiene cierto tamaño y cuando ya se ha incorporado la segunda generación¹¹⁹; en este sentido, interesa destacar las siguientes recomendaciones del citado *CBG*: 1) Recomendación 13, que «el consejo de administración posea la dimensión precisa para lograr un funcionamiento eficaz y participativo, lo que hace aconsejable que tenga entre cinco y quince miembros»; 2) Recomendación 15: «Que los consejeros dominicales e independientes constituyan una amplia mayoría del consejo de administración y que el número de consejeros ejecutivos sea el mínimo necesario, teniendo en cuenta la complejidad del grupo societario y el porcentaje de participación de los consejeros ejecutivos en el capital de la sociedad»; 3) Recomendación 16: «Que el porcentaje de consejeros

117 A grandes rasgos, se pueden definir a los consejeros ejecutivos como aquellos a los que se ha encomendado la realización de funciones de dirección; a los consejeros dominicales, como aquellos que acceden al cargo de consejero por el hecho de contar con acciones o participaciones en la sociedad y, los consejeros independientes, como aquellos designados en consideración a sus condiciones personales y profesionales, que llevan a cabo sus funciones libremente, sin condicionamientos derivados de su relación con la sociedad, los socios y/o los directivos y que, además, no se encuentren ninguna de las causas de exclusión previstas en la Ley. Ver artículo 529 duodécies de la LSC.

118 VELAYOS, ob. cit., pág. 207.

119 *Ibidem*, pág. 204.

dominicales sobre el total de consejeros no ejecutivos no sea mayor que la proporción existente entre el capital de la sociedad representado por dichos consejeros y el resto del capital. Este criterio podrá atenuarse: a) En sociedades de elevada capitalización en las que sean escasas las participaciones accionariales que tengan legalmente la consideración de significativas. b) Cuando se trate de sociedades en las que exista una pluralidad de accionistas representados en el consejo de administración y no tengan vínculos entre sí»; 4) Recomendación 17: «Que el número de consejeros independientes represente, al menos, la mitad del total de consejeros. Que, sin embargo, cuando la sociedad no sea de elevada capitalización o cuando, aun siéndolo, cuente con un accionista, o varios actuando concertadamente, que controlen más del 30% del capital social, el número de consejeros independientes represente, al menos, un tercio del total de consejeros»¹²⁰.

Por su parte, RAMÍREZ recomienda que el Consejo de Administración esté integrado por algún miembro no familiar, que aporte conocimiento y experiencia en la toma de decisiones, con el fin de tratar criterios y asuntos estrictamente empresariales, dejando al Consejo de Familia el tratamiento de asuntos empresariales pero que tengan connotaciones familiares, y pone como ejemplo que *«no es lo mismo debatir sobre la compra de una determinada maquinaria para mejorar la producción y rendimientos, que el despido de un trabajador que es miembro de la familia»*¹²¹.

Como órgano colegiado, los miembros del Consejo de Administración han de reunirse y adoptar acuerdos. Especial interés tiene la persona que se designe para ostentar el cargo de la presidencia del Consejo de Administración; en este sentido, que la persona que ocupe la presidencia conozca el funcionamiento de la sociedad desde un punto de vista tanto empresarial como familiar es importante para mantener el equilibrio familia-empresa¹²², para conseguir lo cual podría exigirse que, para ostentar este cargo, ha de tenerse determinada antigüedad en la condición de socio de la entidad¹²³.

Una vez reunido el Consejo de Administración, el quórum de asistencia necesario para que se considere válidamente constituido varía según nos encontremos ante una SA o ante una SL. En el primer caso, el Consejo de Administración quedará válidamente constituido cuando concurren a la reunión, presentes o representados, la mayoría de los vocales; y, en el segundo, cuando concurren, presentes o representados, el número de consejeros previsto en los estatutos, siempre que alcancen, como mínimo, la mayoría de los vocales (art. 247 LSC). De este modo, en las SL el quórum de

120 Comisión Nacional del Mercado de Valores. Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas. 2015, págs. 25 y ss. [en línea] <https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/Codigo_buen_gobierno.pdf> [última consulta: 24/02/2018, 12:53]

121 RAMÍREZ, ob. cit., pág. 222.

122 VELAYOS, ob. cit., pág. 214.

123 Ibidem, pág. 210.

asistencia tiene que estar previsto en los estatutos, con el límite mínimo de la mayoría de los vocales, aunque cabe que, estatutariamente, se exija un quórum más reforzado; a pesar de esta posibilidad, teniendo en cuenta que nos encontramos ante un órgano de gestión, quizá no fuera conveniente establecer un quórum de asistencia superior, ya que eso podría ralentizar la adopción de acuerdos que no hayan sido objeto de delegación. Lo que sí podría contemplarse en los estatutos de las sociedades familiares, a los efectos de que en la adopción de los acuerdos estén presentes o debidamente representadas las diferentes ramas familiares, sería, por ejemplo, la necesaria concurrencia, como mínimo, de determinado número de administradores designados por cada una de las ramas familiares.

Válidamente reunidos los miembros del Consejo de Administración y debatidos los asuntos, el quórum de votación necesario para la adopción de los acuerdos variará en función de si la sociedad es una SA o una SL. Tratándose de una SA, los acuerdos del Consejo de Administración se adoptarán por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión (art. 248.1 LSC); y, tratándose de una SL, será en sus estatutos donde se contemple el quórum de votación (art. 245.1 LSC). Vía estatutaria se puede establecer un quórum de votación más exigente al previsto en la Ley (cuando la misma lo contemple), incluso diferentes tipos de quórums de votación para diferentes tipos de acuerdos (respectando, en todo caso, el mínimo legal), pero sin llegar a exigir la unanimidad¹²⁴, así como contemplar el voto de calidad del presidente para el caso de empate, o la posibilidad de que determinados acuerdos de gestión de especial trascendencia sean adoptados por la Junta General o el Consejo de Familia en lugar de por el Consejo de Administración, etc.

Finalmente, y por cuanto a la responsabilidad de los administradores se refiere, éstos responden personalmente de los daños causados a la sociedad, a sus socios o a terceros, consecuencia del incumplimiento de sus deberes; la responsabilidad puede ser exigida a los administradores con cargo vigente en el momento de realización de la conducta lesiva, ya se trate de administradores de derecho como de hecho (muy habitual éste último en las sociedades familiares -cabría, incluso, considerar administradores de hecho a los miembros del Consejo de Familia creado por el protocolo familiar, en caso de que impartan instrucciones a los administradores de la sociedad en cuanto a la gestión de la misma-)¹²⁵, quedando eximidos de responsabilidad los administradores que prueben que, no habiendo intervenido en la adopción del acuerdo o en la realización del acto lesivo, desconocían su existencia o que, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al

124 En este sentido, ver VELAYOS, ob. cit., pág. 213, en que la autora señala que *«el consejo de administración es un órgano de funcionamiento colegiado en el que no se puede exigir la unanimidad, ya que en caso de que se quiera que actúe como un órgano de actuación conjunta se deberá cambiar el modo de organizar la administración de un consejo de administración a varios administradores que actúen conjuntamente»*.

125 CALBACHO, ob. cit., pág. 155.

menos, se opusieron expresamente al mismo¹²⁶. En virtud del artículo 230.1 de la LSC, no serán válidas las disposiciones estatutarias que limiten la responsabilidad de los administradores por infracción del deber de lealtad; sin embargo, no existe obstáculo para que, como dice VELAYOS, se pueda prever la obligación de la sociedad familiar de contratar seguros de responsabilidad civil, a favor de sus administradores, una vez hayan aceptado el cargo y con una vigencia igual o superior a la duración del cargo¹²⁷.

3.1.3.- Otros órganos societarios

Los estatutos pueden crear comisiones internas de trabajo del Consejo de Administración, como la Comisión de Nombramientos y Retribuciones y/o la Comisión de Auditoría, determinando su composición y los requisitos que han de cumplirse para formar parte de las mismas, sus funciones o competencias y su régimen de funcionamiento¹²⁸. De hecho, estas comisiones deberán crearse necesariamente si nos encontramos ante una SA cotizada (art. 529 terdecies).

Además, a los efectos de agilizar algunas de las tareas de gestión y representación de la sociedad, el artículo 249.1 de la LSC contempla que, salvo que los estatutos establezcan lo contrario, el Consejo de Administración puede conferir apoderamientos a cualquier persona, así como designar de entre sus miembros a uno o varios consejeros delegados o comisiones ejecutivas, estableciendo el contenido, los límites y las modalidades de delegación. Hay que tener en cuenta, no obstante, que hay una serie de facultades del Consejo de Administración que son indelegables por establecerlo así la Ley (art. 249 bis de la LSC) y que, además, no existiría obstáculo para que, en base al principio de la autonomía de la voluntad, pudieran preverse estatutariamente otras facultades de este órgano, al margen de las contempladas en la Ley, que resulten indelegables, como aquellas que hayan sido reservadas a la Junta General o al Consejo de Familia. Según VELAYOS, «*En aquellas sociedades en las que todavía existe una única rama familiar, la figura del consejero delegado suele coincidir con la del socio fundador. A medida que se van incorporando nuevas generaciones a la sociedad y se amplían las ramas familiares, el consejero delegado suele ser una persona ajena a la familia. En aquellos supuestos en los que el número de miembros del Consejo de Administración es elevado se suele constituir una comisión ejecutiva*»¹²⁹. Respecto a la Comisión Ejecutiva, el CBG contempla, en la Recomendación 37, que «cuando exista una comisión ejecutiva, la estructura de participación de las diferentes categorías de consejeros sea similar a la del propio Consejo de Administración y su secretario sea el de este último»; en base a lo anterior, sería recomendable que, en las sociedades

126 *Ibidem*, pág. 156.

127 VELAYOS, ob. cit., pág. 196.

128 CALBACHO, ob. cit., pág. 82.

129 VELAYOS, ob. cit., pág. 217.

familiares en que exista una Comisión Ejecutiva, las ramas familiares estuvieran representadas en la misma en igual proporción en que lo estén en el Consejo de Administración, para lo cual deberá contemplarse de este modo en los estatutos de la sociedad.

De manera específica para las sociedades familiares, el RRM recoge la posibilidad de designar un Comité Consultivo, al que puede darse la denominación de “familiar”, debiendo fijarse en los estatutos el órgano competente para su nombramiento (Junta General o Consejo de Administración), su composición y requisitos para ser miembros, sus concretas competencias consultivas o informativas y su funcionamiento, entre otras cuestiones; además, el RRM también contempla que se puedan crear de órganos honoríficos (arts. 124.2 y 185.3 RRM).

3.2.- Órganos familiares

Los órganos familiares no son órganos societarios y, por tanto, no se registrarán por la LSC, sino por el derecho de obligaciones y contratos. No hay una regulación específica respecto a este tipo de órganos, sino que su creación, composición, funciones, funcionamiento y relaciones con los órganos societarios dependerán de la autonomía de la voluntad plasmada en el protocolo familiar y en los estatutos de la sociedad.

En empresas de primera generación en que participan pocos miembros familiares, la forma más habitual de organización es la reunión familiar, donde se ponen en común los valores y principios de la sociedad con una comunicación fluida; sin embargo, a medida que aumenta el número de familiares en la sociedad familiar, se hacen necesarias otras formas de organización, apareciendo los órganos familiares¹³⁰. A pesar de la ausencia de regulación normativa al respecto, el Consejo de Familia y la Asamblea Familiar están ampliamente aceptados por la doctrina como órganos familiares.

Los órganos familiares aparecen porque los órganos societarios no son capaces de dar respuesta a las necesidades específicas de la sociedad familiar¹³¹. Se pueden subrayar cuatro razones justificativas de la existencia de los órganos familiares¹³²: a) Constituyen el lugar ideal para que los familiares conozcan los derechos y responsabilidades que suponen la propiedad y la dirección de la empresa familiar; b) Permiten diferenciar entre la familia y la empresa al permitir que los familiares que no trabajen en ella o que no formen parte del grupo de propietarios puedan expresar sus ideas u

130 COBAS, ob. cit., pág. 35.

131 ARBESÚ RIERA, Carlos. *El Consejo de familia y su función de gobierno en la empresa familiar*. Tesis doctoral. Universidad de Navarra, Pamplona, 2016, pág. 23. [en línea] <https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/41415/1/Tesis_Carlos%20Arbesu.pdf> [última consulta: 19/03/2018, 04:53]

132 VELAYOS, ob. cit., pág. 81.

opiniones; c) Dotan a la familia del lugar apropiado para discutir temas relativos a su relación con la empresa, dejando a un lado reuniones informales, ya que, cuando se carece de estructura, los temas de gobierno se tratan de manera superficial e incompleta, y d) Proporcionan una estructura para ayudar a la familia a generar una visión compartida y un «código de intercambios».

Así, los órganos familiares ofrecen oportunidades de diálogo, relación, cohesión y procesos para conseguir el acuerdo entre sus miembros acerca de las reglas de juego de la familia, de la empresa y de la relación entre éstas, facilitando la evitación de conflictos y el gobierno y funcionamiento de la sociedad¹³³.

3.2.1.- Asamblea Familiar (o Junta de Familia)

La Asamblea Familiar es un órgano informativo. En principio, cuando el número de socios es escaso, no se considera necesaria la creación de este órgano, pudiendo ser asumidas sus funciones por el Consejo de Familia; en cambio, cuando la sociedad alcanza cierto grado de madurez, sí que se aconseja la creación de la Asamblea Familiar, formada por miembros de la familia¹³⁴ y por asesores externos, en su caso¹³⁵, como un instrumento de gobierno en el que todos los miembros de la familia empresaria pueden participar¹³⁶, mediante un encuentro formal que tendrá lugar, como mínimo, con carácter anual¹³⁷. Para algunos autores, como VELAYOS, cuando la empresa está en segunda generación y la familia no sea muy numerosa puede prescindirse de éste órgano, asumiendo sus funciones el Consejo de Familia, haciéndose patente, sin embargo, su necesidad, a medida que la familia aumente¹³⁸; otros autores, como CUCURULL, consideran que la Asamblea Familiar, o Junta de Familia como la denomina, suele ser especialmente necesaria cuando se incorpora la segunda generación a la sociedad, ya que en ese momento aumenta el número de familiares con intereses empresariales distintos y empiezan a surgir los primeros conflictos¹³⁹.

El hecho de que no exista una regulación sobre esta figura hace que no haya consenso en relación, por ejemplo, a su composición, existiendo autores que consideran que deben quedar incluidos en la asamblea todos los miembros de la familia, incluso los cónyuges, a partir de cierta edad, trabajen o no en la empresa y sean o no propietarios de la misma; otros que entienden que ha de estar

133 GALVE GÓRRIZ, Carmen. «Propiedad y gobierno: la empresa familiar». Revista *Ekonomiaz*, 2002, núm. 50, pág. 176 [en línea] <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=715534>> [última consulta: 27/01/2018, 11:09].

134 CUCURULL, ob. cit., pág. 77.

135 CUELLAR MONTÉS, Tomás. «El consejo de familia en la empresa familiar». En: PERALTA Y CARRASCO, Manuel de (direct.). *Derecho de familia: nuevos retos y realidades. Estudios jurídicos de aproximación del Derecho latinoamericano y europeo*. Madrid: Dykinson, 2017, pág. 86.

136 VALMAÑA, ob. cit., pág. 192.

137 CORONA RAMÓN, Juan Francisco. *Empresa familiar: análisis estratégico*. Barcelona: Deusto, 2017, pág. 427.

138 VELAYOS, ob. cit., pág. 83.

139 CUCURULL, ob. cit., pág. 78.

exclusivamente formada por adultos y familiares consanguíneos para mantener la confidencialidad¹⁴⁰; otros que está integrada por todos los miembros de la familia que hayan alcanzado una determinada edad, previamente establecida en el protocolo familiar¹⁴¹, y otros, como CUCURULL, que está compuesta por los distintos miembros familiares, debiendo estar representadas las distintas generaciones y ramas familiares que se han incorporado a la empresa¹⁴², a los efectos de evitar posibles discriminaciones entre ellos, siendo recomendable que un miembro familiar ejerza de líder y encargado de presidir y organizar las reuniones que se lleven a cabo, siendo asimismo conveniente que el mismo no ejerza ningún cargo en el Consejo de Familia ni en el Consejo de Administración y que periódicamente vaya rotando¹⁴³.

La Asamblea Familiar tiene como misión fomentar la unión, el compromiso, la relación y la concordia entre los distintos miembros de la familia, así como detectar los conflictos que pueden surgir en la familia y que tengan o puedan tener repercusión en la sociedad. Sus funciones son básicamente consultivas y, por tanto, sus acuerdos tienen carácter meramente informativo (no disponiendo de facultades decisorias ni ejecutivas) y no vinculan ni a los órganos de gobierno ni a la gestión de la sociedad¹⁴⁴; entre las funciones de la Asamblea Familiar se pueden citar, por ejemplo: *a)* Transmitir y divulgar la visión y los valores de la familia, así como los criterios y contenidos del protocolo familiar; *b)* Definir los objetivos de la familia en relación con la sociedad; *c)* Informar a los familiares acerca de la evolución de la sociedad familiar, sus resultados, expectativas, objetivos y planes futuros; *d)* Dar la oportunidad a todos los miembros familiares, gestores o no, de expresar sus ideas y puntos de vista y de exponer las posibles discrepancias; *e)* Detectar los posibles problemas que pueden surgir en el entorno familiar y que puedan repercutir negativamente en la sociedad; *f)* Proponer temas de discusión sobre cuestiones familiares de interés para la sociedad; *g)* Elegir a los miembros del Consejo de Familia; *h)* Evaluar el trabajo llevado a cabo por el Consejo de Familia; *i)* Debatir y ratificar las propuestas del Consejo de Familia sobre los elementos contemplados en el protocolo familiar sobre patrimonio familiar, cambio generacional, planes de liquidez, resolución de conflictos, etc.

La Asamblea Familiar, concebida como un foro de comunicación entre la familia y la sociedad, a los efectos de cumplir con su cometido, debería reunirse, al menos, una vez al año.

140 VELAYOS, ob. cit., pág. 82.

141 ob. cit. “*Guía para la pequeña...*”, pág. 51, [última consulta: 11/02/2018, 12:32].

142 CUCURULL, ob. cit., pág. 78.

143 Ídem.

144 *Ibidem*, pág. 77.

3.2.2.- Consejo de Familia

A diferencia de la Asamblea Familiar, el Consejo de Familia es un órgano de deliberación que toma decisiones acerca de cuestiones familiares relacionadas con la sociedad¹⁴⁵. Se trata de un órgano que tiene una naturaleza estable y continua, de información y deliberación, orientada a la decisión (no meramente informativa o de diálogo), y de autoridad (aunque no ejerce un poder legalmente coactivo)¹⁴⁶.

La composición del Consejo de Familia, acordada por la Asamblea Familiar, debería incluir representantes de todas las ramas y generaciones familiares, independientemente de que trabajen o no en la sociedad, y ha de contar con un presidente y un secretario escogidos por los propios miembros del Consejo, siendo conveniente que la presidencia recaiga en el miembro de la familia más respetado o en uno de los fundadores de la empresa¹⁴⁷. Es importante que el Consejo de Familia tenga una composición representativa de los socios familiares, ya que sus decisiones deberán ser aprobadas posteriormente por la Junta General, por lo que si la composición del Consejo de Familia no refleja la distribución de la propiedad del capital, sus decisiones puede que carezcan de efectividad¹⁴⁸.

El Consejo de Familia tiene como función principal favorecer la coordinación entre la empresa y la familia y defender el interés familiar en la empresa¹⁴⁹. Vela por la relación de la familia con la empresa y la propiedad; cuida y asegura la buena convivencia familiar, y aplica los principios y normas del protocolo familiar, y ello sin perder de vista que el fin último es el interés social y no el interés familiar particular¹⁵⁰. Es el órgano decisorio de la familia y ejecutivo del protocolo familiar. Entre sus funciones se encuentran las de: *a)* Servir de enlace entre la familia, el Consejo de Administración y la dirección de la sociedad; *b)* Establecer reglas que eviten o resuelvan los problemas que se susciten entre la familia y la sociedad; *c)* Mediar en los conflictos; *d)* Dirigir, impulsar y organizar la sucesión en la sociedad familiar; *e)* Defender los derechos de los familiares que no trabajen en la sociedad, sean o no propietarios; *f)* Favorecer una comunicación eficaz entre los miembros de la familia; *g)* Formar a los familiares para que se incorporen de forma adecuada en las tareas de gestión de sociedad; *h)* Informar a la familia sobre las cuestiones que afectan a la empresa y a la propiedad; *i)* Determinar el grado de intervención de los familiares en la sociedad; *i)* Concienciar a los miembros de la familia sobre sus derechos y responsabilidades por formar parte

145 ARBESÚ, ob. cit., pág. 74 [última consulta: 19/03/2018, 04:53].

146 *Ibidem*, pág. 76 [última consulta: 19/03/2018, 04:53].

147 CUCURULL, ob. cit., págs. 79 y 81; ob. cit. "*Guía para la pequeña...*", pág. 52, [última consulta: 11/02/2018, 12:32].

148 RAMÍREZ, ob. cit., págs. 229 y 230.

149 CUCURULL, ob. cit., pág. 79.

150 VELAYOS, ob. cit., págs. 219 y 220.

de la sociedad; *j*) Negociar, revisar, modificar y actualizar el protocolo familiar; *k*) Evaluar el funcionamiento de los órganos de gobierno y dirección; *l*) Promover, en coordinación con el Consejo de Administración, un adecuado equilibrio entre los intereses económicos de la familia y las necesidades de gestión de la sociedad, etc. Además, al Consejo de Familia se le pueden reservar, por vía estatutaria, determinadas facultades de gestión que, en otro caso y salvo reserva a favor de la Junta General, corresponderían al órgano de administración¹⁵¹.

Atendiendo a la naturaleza de sus funciones, el Consejo de Familia debería de reunirse de forma periódica, siendo conveniente que el calendario de las reuniones quede reflejado en el protocolo familiar¹⁵².

3.2.3.- Otros órganos familiares

El Consejo de Familia puede organizarse en distintas comisiones o comités de trabajo a los efectos de atender de forma más específica una determinada cuestión¹⁵³; entre otros, pueden crearse los siguientes comités, teniendo en cuenta que, dada la ausencia de regulación normativa, pueden cambiar tanto la denominación como el alcance de sus funciones: *a*) Comité de Seguimiento del Protocolo Familiar: tiene por objeto solventar los problemas interpretativos derivados de la aplicación del protocolo; revisarlo, en su caso, y, con carácter periódico, explicar su contenido a los miembros de la familia¹⁵⁴; *b*) Comité de nombramientos y remuneraciones: con el objetivo de conseguir una profesionalización óptima de los trabajadores y directivos familiares empleados en el negocio familiar¹⁵⁵, éste órgano tiene por objeto examinar y evaluar la trayectoria, capacidad y cualidades de los familiares que quieran incorporarse en la sociedad y emitir una opinión sobre su actitud e idoneidad para desempeñar unas determinadas funciones directivas o laborales; interpretar las reglas contenidas en el protocolo familiar al respecto y resolver los conflictos que puedan surgir en cuanto a su interpretación, así como procurar la formación de los miembros de la familia que quieran trabajar en la sociedad; *c*) Comité de liquidez: estudia las peticiones de liquidez por parte de los familiares propietarios y aconseja al Consejo de Familia sobre la utilización del fondo de liquidez¹⁵⁶; *d*) Comité de arbitraje: tiene asignadas funciones esencialmente de mediación y arbitraje para intentar resolver conflictos entre miembros de la familia o los generados por incumplimiento del protocolo, pudiéndosele asignar la función de designar a terceros como árbitros; para que se

151 En este sentido, ver VELAYOS, ob. cit., pág. 225.

152 ob. cit. “*Guía para la pequeña...*”, pág. 52 [última consulta: 11/02/2018, 12:32].

153 RAMÍREZ, ob. cit., pág. 231.

154 CALAVIA, ob. cit., pág. 47 [última consulta: 27/01/2018, 11:27].

155 CALAVIA, ob. cit., pág. 47 [última consulta: 27/01/2018, 11:27]; CALBACHO, ob. cit., pág. 63; CAMISÓN y RÍOS, ob. cit. “*El protocolo familiar: metodologías...*”, pág. 151.

156 CALAVIA, ob. cit., pág. 47 [última consulta: 27/01/2018, 11:27].

trate de un órgano eficaz, el protocolo familiar ha de contemplar la obligatoriedad de todos los miembros de la familia de someterse a sus resoluciones¹⁵⁷.

4.- CONFLICTOS ENTRE LOS ÓRGANOS SOCIETARIOS Y LOS ÓRGANOS FAMILIARES

Los conflictos que pueden surgir entre los órganos societarios y los órganos familiares están íntimamente relacionados con la naturaleza familiar de la sociedad, al no estar claramente delimitadas la misión y funciones de estos órganos y producirse una confusión entre el interés social y los intereses particulares de la familia. Así, a los conflictos que pueden surgir en cualquier sociedad, hay que añadir, en el caso de las sociedades familiares, los conflictos derivados del hecho que una misma persona pueda ocupar la condición de familiar, propietario y administrador o trabajador¹⁵⁸; es por ello por lo que es necesario delimitar bien cada una de las siguientes parcelas: familia, propiedad y empresa, lo cual, asimismo, repercutirá positivamente en la correcta gobernanza de la sociedad familiar¹⁵⁹. En efecto, en las sociedades familiares confluyen diferentes tipos de intereses; respecto a este extremo, CUCURULL¹⁶⁰, entre otros autores, siguiendo el modelo de los tres círculos diseñado por Davis y Tagiuri, representativos de los pilares fundamentales de la sociedad familiar (familia, propiedad y empresa), contempla que se pueden observar siete tipos de relaciones que pueden mantener las personas que integran la sociedad con la entidad, en función de sus intereses y de las funciones que desarrollan en la misma, y que son: 1) Familiares no accionistas, que son miembros de la familia que ni son propietarios ni trabajan en la sociedad; 2) Accionistas, que son terceros ajenos a la familia, propietarios de la sociedad y que no trabajan en la misma; 3) Empleados y directivos, que son trabajadores de la sociedad, ajenos a la familia y que tampoco son propietarios; 4) Familiares accionistas: miembros de la familia que son propietarios de la sociedad, aunque no trabajan en la misma; 5) Trabajadores familiares no accionistas, que son miembros de la familia que trabajan en la sociedad pero que no son propietarios de la misma; 6) Directivos y accionistas no familiares, que son los terceros ajenos a la familia que son propietarios de la sociedad en la cual, además, trabajan; y, 7) Líderes, que son miembros de la familia, propietarios de la sociedad y trabajan en la misma. Las personas integradas en cada uno de estos grupos tendrán unos intereses diferentes, lo que puede ser constitutivo de una fuente de conflictos, al haber diferentes tipos de intereses contrapuestos. De este modo, cuando el administrador de la sociedad familiar se encuentra también en el ámbito de la familia y/o la propiedad, sucede que,

157 CAMISÓN y RÍOS, ob. cit. “*El protocolo familiar: metodologías...*”, págs. 150 y 151.

158 En este sentido, ver CAMISÓN y RÍOS, ob. cit. “*El protocolo familiar: metodologías...*”, págs. 26 y 27.

159 CORONA, ob. cit., pág. 413.

160 CUCURULL, ob. cit., págs. 58 y 59.

además de los intereses de la empresa, está sometido a otros intereses (los propios de la familia y de la propiedad), que pueden ser no coincidentes u opuestos a los de la sociedad, y es en este espacio de conflicto donde se produce la inoperancia del órgano de administración de la sociedad familiar. Asimismo, cuando el socio ostenta también el rol de familiar y/o trabajador de la sociedad, difícilmente ejercerá su voto en la Junta General pensando única y exclusivamente en los intereses que tiene como socio¹⁶¹.

Por tanto, una de las principales causas de conflicto en las sociedades familiares es la falta de asunción de que familia y empresa son instituciones diferentes, con valores y principios diferentes¹⁶², por lo que las decisiones que se adopten en cada una de estas áreas han mantenerse separadas para evitar que los conflictos familiares afecten negativamente a la sociedad, sin perjuicio de la necesaria coordinación para asegurar el alineamiento de los intereses de la propiedad (de la familia) y de la empresa (de la sociedad). En este sentido, FERNÁNDEZ sostiene que *«gran parte de los conflictos en las empresas familiares proviene de la existencia de consideraciones de tipo familiar en decisiones que deberían, aparentemente, ser tomadas con criterios exclusivamente empresariales»*¹⁶³.

Estos conflictos pueden traducirse en posturas contrapuestas entre los familiares propietarios y/o administradores. En el momento en que aparecen diferencias o intereses divergentes entre los socios familiares y se rompe, por tanto, la cohesión entre ellos, aparecen los conflictos, pudiendo traer consigo esta ruptura de consenso¹⁶⁴ la aparición de la minoría opuesta a las decisiones de la mayoría, lo que puede tener importantes efectos sobre el control de la sociedad de prolongarse esta situación¹⁶⁵. La desaparición del consenso no es deseable, puesto que, por un lado, puede dar lugar a una imposición sistemática de las decisiones de la mayoría que, a pesar de asegurar el gobierno de la sociedad, no resuelve el conflicto subyacente y que puede afectar a la pervivencia de la entidad y, por otro lado, puede que la minoría utilice los derechos de participación que le corresponden a los efectos de aplicar una estrategia de hostigamiento frente a la mayoría, pudiendo, de este modo, *«realizar solicitudes abusivas de información que no obedecen a razones justificadas y aplicar una política de judicialización sistemática de los asuntos de la sociedad -utilizando, entre otros, la impugnación de acuerdos sociales y la reclamación de responsabilidad a los administradores- que*

161 VALMAÑA, ob. cit., pág. 15.

162 CAMISÓN y RÍOS, ob. cit. "El protocolo familiar: metodologías...", págs. 108-110.

163 FERNÁNDEZ CÁMARA, Cristina. «El conflicto y los «ADR» en la empresa familiar». *Cuadernos de Derecho y Comercio*, Extraordinario 2017. Panorama actual de la empresa familiar, págs. 863 y 864.

164 En este sentido, ver CALBACHO, ob. cit., pág. 63, en que el autor entiende por consenso *«no tanto la unanimidad como una mayoría muy amplia, con el fin de evitar que se creen frentes entre accionistas mayoritarios y accionistas minoritarios que pueden dar lugar a la generación de conflictos más relevantes»*. En este sentido y al objeto que interesa, se podría sustituir el término "accionistas" por el de socios.

165 CALBACHO, ob. cit., pág. 34.

obligan a la sociedad a distraer recursos necesarios para fines ajenos al desarrollo de su actividad»¹⁶⁶.

Los conflictos mayoría vs. minoría se fundamentan, mayoritariamente, en situaciones de abuso de derecho de la mayoría. En este sentido, se puede citar la STS Sala de lo Civil, de 7 de diciembre de 2011¹⁶⁷, que, en su fundamento de derecho segundo, dispone que:

«[...] en conexión con la causa lucrativa que constituye la causa de negocio societario, los acuerdos de la mayoría que no persiguen razonablemente el interés del conjunto de los accionistas desde la perspectiva contractual, ni los de la sociedad, desde la perspectiva institucional, y perjudican a los minoritarios, revelándose abusivos -tanto si se califica el ejercicio del voto como abuso de derecho, como si se entiende que constituye un abuso de poder- deben entenderse contrarios a los intereses de la sociedad, cuyo regular funcionamiento exige también el respeto razonable de los intereses de la minoría, de tal forma que, aunque el artículo 115.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, aplicable para la decisión del recurso por razones temporales -hoy 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital- silencia el "abuso de derecho" y el "abuso de poder", ello no constituye un obstáculo insuperable para la anulación de los acuerdos sociales en tales supuestos, ya que, a tenor del artículo 7 del Código Civil, son contrarios a la ley -en este sentido apuntan las sentencias de 10 de febrero de 1.992, 1136/2008, de 10 de diciembre, y 770/2011, de 10 de noviembre-».

Entre este tipo de conflictos, se puede citar aquellos que hacen referencia a la privación a los socios minoritarios del derecho a percibir dividendos; respecto a esta cuestión, se puede citar, a título de ejemplo, la STS Sala de lo Civil, de 26 de mayo de 2005¹⁶⁸, en cuyo fundamento de derecho primero contempla que:

«Privar al socio minoritario sin causa acreditada alguna, de sus derechos a percibir los beneficios sociales obtenidos y proceder a su retención sistemática, ya que se declara probado que [...] nunca ha repartido dividendos entre sus socios, se presenta a todas luces como una actuación abusiva, que no puede obtener el amparo de los Tribunales, pues se trata de actitud impeditiva afectada de notoria ilicitud, que justifica la impugnación promovida y estimada del acuerdo de aplicación del resultado, pues todo ello significaría consagrar un imperio despótico de la mayoría, en este caso dos socios hermanos, frente a la minoría (el demandante que recurre)».

En base en la anterior sentencia, la SAP Girona, de 21 de marzo de 2013¹⁶⁹, en su fundamento de derecho cuarto, contempla que:

«Por ello la cuestión debe decidirse en atención a si el acuerdo de la Junta sobre el no reparto de dividendos está justificado a los ojos del derecho o por el contrario constituye un acuerdo puramente arbitrario de quienes integran la mayoría del capital social a espaldas de los socios minoritarios.

[...] de la documentación aportada con la demanda respecto a las actas de los ejercicios anteriores, se desprende que los socios minoritarios siempre solicitaron reparto de beneficios, oponiéndose al acuerdo de que se destinen a reservas voluntarias, lo que demuestra su oposición a la actuación del socio mayoritario, siendo indiferente que finalmente no se impugnaran los acuerdos, pues la consecuencia jurídica de la ausencia de impugnación que tiene es que el acuerdo es firme y ya no podrán reclamarse beneficios de ejercicios anteriores, pero la oposición a tales acuerdos es clara y reiterada, y por lo tanto, no estamos ante un acto propio que impida la impugnación de acuerdos posteriores. Por otro lado, ninguna relevancia tiene que no se hayan impugnado la cuentas y la gestión social, acuerdos a los que también se opuso el socio minoritario, no comprendiéndose, ni tampoco lo explica la recurrente que el acuerdo de no distribución de dividendos sea una consecuencia lógica de

166 *Ibidem*, pág. 36.

167 Id Cendoj: 28079110012011100897.

168 Id Cendoj: 28079110012005100395.

169 Id Cendoj: 17079370012013100144.

las cuentas formuladas. Al contrario de tales cuentas se desprende la plena solvencia de la sociedad y el margen evidente que tiene para poder repartir beneficios».

Encontramos esta confusión/conflicto interés familiar – interés empresarial, por ejemplo, en los siguientes supuestos: *a)* cuando se destinan fondos de la sociedad para cubrir necesidades de la familia¹⁷⁰; *b)* cuando se incorporan como trabajadores a los miembros de la familia, especialmente en puestos de responsabilidad, primando los intereses familiares sobre la profesionalidad requerida en interés de la sociedad; *c)* cuando los conflictos familiares trascienden del ámbito familiar y se trasladan al ámbito empresarial, etc. Los conflictos surgidos por esta confusión de intereses pueden dar lugar a una situación de bloqueo en el funcionamiento de los órganos societarios, lo que lleva a la disolución y liquidación de la sociedad por paralización de los órganos sociales (art. 363.1.d de la LSC).

5.- PREVENCIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE LOS ÓRGANOS SOCIETARIOS Y LOS ÓRGANOS FAMILIARES. ESPECIAL REFERENCIA AL PROTOCOLO FAMILIAR

Como ponen de manifiesto CAMISÓN y RÍOS, *«a pesar de ser la libre expresión de la voluntad de la familia propietaria, los órganos familiares no son jerárquicamente superiores a los órganos sociales. La eficacia externa de los acuerdos societarios es plena y son impugnables si son contrarios a la Ley y a los Estatutos. En cambio, los acuerdos adoptados por los órganos familiares, conocidos como pactos parasociales, circunscriben su eficacia a los familiares firmantes. La relación entre las estructuras de gobierno societario y familiar no puede entonces resolverse siempre por la vía jurídica sino desde un criterio institucional y de coordinación cultural y decisoria»*¹⁷¹.

Es necesario que exista una clara definición de las funciones que ejercen los órganos societarios y los órganos familiares, así como del mecanismo y procedimiento de comunicación y relación entre ellos¹⁷², para lo cual en los estatutos sociales y en el protocolo familiar se deben regular adecuadamente estas cuestiones, teniendo en cuenta las peculiaridades de la sociedad familiar de que se trate y que la interrelación entre estos órganos es posible siempre que la injerencia de los órganos familiares en la gestión de la sociedad no vacíe de contenido la función de los administradores y que se respeten las facultades representativas de éstos frente a terceros¹⁷³. Por otro lado, es fundamental que los familiares asuman que la comunicación fluida y continua es

170 VALMAÑA, ob. cit., pág. 15.

171 CAMISÓN y RÍOS, ob. cit. “*El protocolo familiar: metodologías...*”, pág. 31.

172 QUINTANA, ob. cit., pág. 64 [última consulta: 18/02/2018, 18:40].

173 VELAYOS, ob. cit., pág. 286.

imprescindible para que los conflictos que surjan entre ellos puedan resolverse y no trasciendan al ámbito empresarial, para conseguir una planificación de la sucesión óptima, para alcanzar pactos sobre asuntos críticos relacionados con la gestión de la empresa y el patrimonio empresarial¹⁷⁴, así como para superar la confusión entre familia y empresa¹⁷⁵. Por otro lado, hay que tener en cuenta, como sostiene CAMISÓN, que «*la prevención de los conflictos en la empresa familiar demanda desarrollar una adecuada organización interna del trabajo, de la gestión y del capital a nivel societario, junto a una estructura en la vertiente familiar que ordene la toma de decisiones, la cultura y el gobierno y control de sus participaciones en la sociedad*»¹⁷⁶.

5.1.- El protocolo familiar como instrumento para evitar conflictos

El protocolo familiar persigue establecer determinadas pautas de actuación con el objetivo de diferenciar los problemas familiares de los problemas de la empresa familiar¹⁷⁷, regula los aspectos que afectan a la relación familia-empresa, así como la participación de los miembros de la familia en la empresa familiar, por lo que constituye un instrumento de gran utilidad a la hora de plasmar aquellos aspectos que puedan ayudar a evitar conflictos presentes y futuros entre la familia y la empresa, la propiedad y la gestión¹⁷⁸, así como el procedimiento a seguir en caso de que los conflictos lleguen a producirse¹⁷⁹. Cabe destacar que la gestión de los intereses divergentes que coexisten en la sociedad familiar se gestionan a través de los órganos sociales, cuya existencia viene determinada en el protocolo familiar¹⁸⁰.

Entre las diferentes previsiones que pueden contemplarse en el protocolo familiar para prevenir situaciones conflictivas, se encuentran las siguientes: *a)* Delimitación clara de los intereses familiares y los de la sociedad, así como de las reglas de conducta a seguir en cada uno de estos ámbitos¹⁸¹; *b)* Delimitación del entorno en que operan los diferentes órganos de gobierno¹⁸²; *c)* Las condiciones y requisitos objetivos que deban cumplir los familiares para ingresar en la sociedad como trabajadores o directivos (edad, formación, experiencia, etc.), así como los criterios de selección¹⁸³ y retribución, que deberían ser los mismos que los aplicables a terceros ajenos al ámbito

174 CAMISÓN y RÍOS, ob. cit. “*El protocolo familiar: metodologías...*”, pág. 29.

175 FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, ob. cit., págs. 89 y 90.

176 CAMISÓN y VICIANO, ob. cit. “*Dirección, Organización del Gobierno y...*”, págs. 40 y 41.

177 RAMÍREZ, ob. cit., pág. 219.

178 FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, ob. cit., pág. 90.

179 CAMISÓN y VICIANO, ob. cit. “*Dirección, Organización del Gobierno y...*”, págs. 135 y 136; CUCURULL, ob. cit., págs. 56, 100 y 101; RAMÍREZ, ob. cit., págs. 210 y 211.

180 CUELLAR, ob. cit., págs. 84 y 85.

181 CAMISÓN y VICIANO, ob. cit. “*Dirección, Organización del Gobierno y...*”, pág. 148.

182 CORONA, ob. cit., pág. 443.

183 CUCURULL, ob. cit., pág. 130.

familiar¹⁸⁴, a los efectos de que prime más la profesionalización¹⁸⁵ y eficiencia de la sociedad que no el ofrecer empleo a todos los miembros de la familia, independientemente de sus capacidades y aptitudes¹⁸⁶; d) Las normas o reglas que han de regir la sucesión en la gestión, de manera que se contemplen los requisitos que han de reunir aquellos que vayan a ejercer estas funciones, ya sea de formación, criterios objetivos de selección, asunción progresiva de tareas de gobierno, etc., a los efectos de diferenciar claramente la propiedad de la sociedad, por un lado, de la gestión de la misma, la cual ha de ser asumida por aquellos que se encuentren más capacitados y cuenten con la profesionalidad y cualificación suficientes; e) Las causas, los límites y los requisitos necesarios para la transmisión de acciones y/o participaciones de la sociedad; qué órgano, familiar o social, ha de autorizar la entrada del nuevo socio, con qué mayoría y qué criterios objetivos ha de tener en cuenta para conceder la autorización, pudiendo distinguirse según si el adquirente de la acción/participación es miembro de la familiar o un tercero ajeno a la misma; f) La previsión de que, en los supuestos en que los socios familiares y/o sus causahabientes transmitan su acciones o participaciones, se deberán de sujetar a las normas previstas en el protocolo en cuanto a la transmisión, lo que implica, asimismo, la sujeción del adquirente¹⁸⁷; g) La política de distribución de dividendos; h) Las normas sobre la concesión de préstamos de la sociedad a los socios familiares¹⁸⁸; i) Para evitar las situaciones de empate entre las distintas ramas familiares que pueda dar lugar a una paralización de los órganos societarios, convendría que en el protocolo familiar se previera esta situación y se contemplasen mecanismos que, o bien impidan que llegue a suceder, lo que se podría lograr estableciendo el voto de calidad o el voto dirimente, o bien que ayuden a solucionarla una vez acontecida, mediante la regulación de la salida de alguno de los socios o, incluso, de la rama familiar, ante una situación de bloqueo, para lo cual será preciso definir las circunstancias que supongan una situación de bloqueo, así como los mecanismos que implementen la salida de una parte del capital social¹⁸⁹; j) La composición, funciones y reglas de funcionamiento de los órganos familiares y la relación de éstos con los órganos societarios, siendo frecuente que en los órganos familiares se exija la adopción de los acuerdos por una mayoría cualificada que suele ser igual o superior al 75%, a los efectos de preservar el espíritu del consenso¹⁹⁰; k) Las reglas

184 VALMAÑA, ob. cit., pág. 91.

185 En este sentido, ver RAMÍREZ, ob. cit., pág. 31, en que el autor, recogiendo lo contemplado en el informe de 2002 de European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, señala que *«la voluntad de las empresas de garantizar la continuidad de la familiar al frente de ellas suele generar deficiencias en su gestión, debilitando así su posición competitiva. En contraposición, cuando una familiar apuesta por un proyecto basado en la profesionalización, con el nombramiento de ejecutivos de acuerdo a criterios de mercado e innovación, puede obtener resultados muy positivos»*.

186 VALMAÑA, ob. cit., pág. 91.

187 CUCURULL, ob. cit., pág. 128.

188 *Ibidem*, pág. 131.

189 RAMÍREZ, ob. cit., págs. 196 y 197.

190 CALBACHO, ob. cit., págs. 60 y 61.

específicas aplicables a los órganos sociales, las cuales, no obstante, no serán oponibles a terceros si no se trasladan también a los estatutos de la sociedad; *l)* Para reforzar la eficacia de la sindicación de acciones o participaciones, en base a la cual los firmantes se comprometen a ejercitar el derecho de voto en la Junta General en un determinado sentido, y de la sindicación de bloqueo, que obliga a respetar determinadas reglas referentes a la transmisión, se pueden utilizar, entre otras fórmulas, el otorgamiento de un derecho de prenda, la constitución de una comunidad de bienes con designación de representante común y establecimiento de reglas de funcionamiento o la constitución de una sociedad a la que se aporte la participación en la sociedad familiar¹⁹¹; *ll)* Para limitar la inseguridad jurídica derivada de la impugnación de acuerdos sociales por lesión del interés social, por tratarse éste de un concepto jurídico indeterminado, en el protocolo familiar se puede contemplar una cláusula en que se limite el ámbito de impugnación de los acuerdos sociales por esta causa¹⁹²; *m)* Cláusulas penales, para el caso de incumplimientos de las obligaciones contenidas en el protocolo¹⁹³; *n)* Cláusulas encaminadas a prevenir, superar o mitigar posibles conflictos que conduzcan a un bloqueo de los órganos sociales (lo que obligaría a la sociedad a disolverse), como por ejemplo, la concesión de opciones recíprocas de compra y de venta de acciones o participaciones, fijando el procedimiento a seguir a tal efecto; o pactos encaminados a forzar a los socios a promover la venta conjunta de todas las participaciones o acciones a un tercero a través del proceso que se contemple; o pactos que obliguen a la escisión en determinadas condiciones¹⁹⁴; *ñ)* Pactos de adición a los estatutos de determinadas cláusulas, como las relativas al establecimiento de prestaciones accesorias a cargo de los socios, restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones o participaciones, o el derecho de separación y exclusión de socios¹⁹⁵; *o)* Pacto de suscribir los documentos necesarios para la efectividad de las disposiciones contenidas en el protocolo (como testamento o capitulaciones matrimoniales); *p)* Pacto de sometimiento y solución de las disputas a sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos, como la mediación o el arbitraje¹⁹⁶, etc.

No obstante, el hecho de que el protocolo familiar sea fruto de un proceso de diálogo y consenso, no es garantía de cumplimiento de sus cláusulas por parte de sus firmantes¹⁹⁷. A lo anterior se suma el hecho de que el protocolo familiar contiene clausulado con diferente eficacia jurídica, así, hay cláusulas sin efecto jurídico, cláusulas obligacionales y cláusulas estatutarias, por lo que las consecuencias del incumplimiento serán diferentes en función del tipo de cláusula incumplida: *a)*

191 *Ibidem*, págs. 72 y 73.

192 *Ibidem*, pág. 146.

193 *Ibidem*, pág. 72.

194 *Ibidem*, pág. 159.

195 *Ibidem*, pág. 74.

196 CUCURULL, *ob. cit.*, pág. 133.

197 *Ibidem*, pág. 25.

Las cláusulas sin eficacia jurídica no gozan de protección jurídica; b) Frente al incumplimiento de las cláusulas obligacionales, que únicamente son oponibles entre las partes firmantes, se pueden utilizar las mismas acciones que para el caso de incumplimiento de un contrato, por lo que, atendiendo a la especialidad del tipo de cláusulas incluidas en el protocolo familiar, se podría ejercitar la acción de cumplimiento forzoso (cuando la cláusula obligatoria únicamente vincule a las partes, al margen de la sociedad) y/o la acción para exigir la indemnización por daños y perjuicios (cuando las cláusulas obligacionales, además de vincular a las partes, afectan a la esfera de la sociedad o a terceros)¹⁹⁸; c) Ante el incumplimiento de las cláusulas estatutarias, que son aquellas que tienen eficacia *erga omnes* por haberse trasladado a los estatutos sociales, pueden ejercitarse las acciones previstas en la normativa societaria, de modo que se puede hacer uso de las acciones de impugnación de los acuerdos adoptados por los órganos sociales incumpliendo las previsiones estatutarias y la acción de responsabilidad contra los administradores, en su caso¹⁹⁹.

5.2.- Mecanismos de resolución de conflictos

Sin perjuicio de lo contemplado en el subapartado anterior respecto al incumplimiento de los pactos contenidos en el protocolo familiar, los conflictos societarios que este protocolo no haya podido evitar pueden resolverse mediante el empleo de métodos autocompositivos o heterocompositivos. Los métodos autocompositivos se caracterizan porque el conflicto se resuelve por acuerdo entre las partes, acuerdo alcanzado por ellas mismas, sin intervención de ningún tercero (negociación), o con la participación de un tercero, en los casos de conciliación y mediación. Los métodos heterocompositivos implican la intervención de un tercero que resuelve el conflicto, vía judicial o extrajudicial (arbitraje -si hay sumisión expresa-)²⁰⁰. Hay que recordar que el protocolo puede contener una previsión relativa al procedimiento a seguir para afrontar los conflictos que puedan surgir, por lo que debería estarse a lo allí contemplado.

A pesar de que la forma habitual de resolver los conflictos que se generan en la sociedad familiar es acudir a la vía judicial, este sistema de resolución de conflictos enfrenta más a las partes, se dilata en el tiempo y causa un desgaste económico y emocional, pudiendo dar lugar, incluso, a una paralización del órgano de administración, lo que es causa de disolución de la sociedad. BOQUERA, en base a un estudio elaborado sobre Sentencias del Tribunal Supremo correspondientes a los años 2000 a 2014, respecto a sociedades en las que todos sus socios pertenecen a la familia, establece que muchos de los conflictos societarios a los que se enfrentan las empresas familiares los resuelve

198 CALBACHO, ob. cit., págs. 71 y 72.

199 *Ibidem*, pág. 73.

200 Ver CAMISÓN y RÍOS, ob. cit. “*El protocolo familiar: metodologías...*”, págs. 206 y ss.

el Tribunal Supremo, a raíz de la acción de impugnación de acuerdos sociales, la acción de responsabilidad o el derecho de exclusión, utilizado por los socios, pero que dicho Tribunal resuelve el pleito, pero no el conflicto interno entre los familiares, lo que supone que haya una solución societaria del caso concreto pero no del problema de fondo, que se queda sin resolver, por lo que, probablemente, los familiares se volverán a ver en los tribunales²⁰¹; en el mismo sentido, FERNÁNDEZ, sostiene que *«El recurso a la vía judicial no parece el más adecuado en el caso de la empresa familiar; ni tomando su condición de empresa -la jurisdicción no se compadece precisamente con la necesaria celeridad del tráfico mercantil- ni con su condición de familiar, ya que, tras un proceso judicial, difícilmente van a poder mantenerse o más bien restaurarse los lazos familiares»*.²⁰²

El estudio de los distintos métodos de resolución de conflictos excede el ámbito de estudio del presente trabajo. No obstante, se puede decir que no existe unanimidad doctrinal acerca de cuál es el mecanismo extrajudicial más adecuado en el caso de las sociedades familiares. Así, autores como GUILLÉN, entienden que la mediación es la opción idónea para solucionar los conflictos en la sociedad familiar, ya que se trata de conflictos que requieren soluciones rápidas e interesa que las partes continúen manteniendo relación, ya que, además de la relación empresarial, les une una relación familiar; en este sentido, la mediación permite crear un espacio idóneo para que las partes dialoguen y conozcan realmente cuáles son sus verdaderos intereses, siendo ellas mismas las que, con la ayuda del mediador, deciden cómo resolver el conflicto, no habiendo, por tanto, ganadores ni perdedores, por lo que las partes se podrán seguir comunicando de forma cordial en un futuro²⁰³. En cambio, otros autores, como CALAVIA, entienden que el arbitraje es más conveniente que la mediación y la conciliación, ya que el conflicto finaliza con la decisión del árbitro plasmada en el laudo, por lo que equivale a una sentencia judicial, mientras que la mediación y la conciliación pueden llegar a quedarse en meros intentos, sin poner fin al conflicto²⁰⁴.

6.- CONCLUSIONES

La empresa familiar carece de una regulación propia. Por otro lado, tampoco constituye, en sí misma, una figura jurídica diferenciada, por lo que adoptará alguna de las formas jurídicas existentes en el ordenamiento jurídico. Esta ausencia normativa, que se complementa con un amplio margen a la autonomía de la voluntad, tiene sentido si se tiene en cuenta que, en el momento en que

201 CAMISÓN y VICIANO, ob. cit. “*Dirección, Organización del Gobierno y...*”, pág. 104.

202 FERNÁNDEZ, ob. cit., pág. 868.

203 GUILLÉN CATALÁN, Raquel. «La gestión del conflicto en la empresa familiar». En: PLAZA PENADÉS, Javier (direct.). *Cuestiones jurídicas de la empresa familiar en España y en Cuba*. Navarra: Aranzadi, 2016, pág. 149.

204 CALAVIA, ob. cit., págs. 144 y 145 [última consulta: 27/01/2018, 11:27].

una persona se constituye como empresario individual, o bien una o más personas miembros de una familia aúnan sus recursos y esfuerzos para crear una sociedad, no sabe realmente cómo va a funcionar el negocio, ni si van a tener cabida en el mismo más miembros de la familia, ni si la empresa va a continuar generación tras generación.

Sin embargo, teniendo en cuenta la importancia que este tipo de empresas tienen para el sostenimiento de la economía del país y la creación de empleo, así como el hecho de que la mayor parte de estas entidades no pasan de la segunda generación, algo en el sistema está fallando. Del estudio realizado, y partiendo de la base de que buena parte de las empresas familiares existentes en España son pyme y, por tanto, quizá muchas no cuenten con el debido asesoramiento, considero que las instituciones públicas tendrían que fomentar entre las mismas:

En primer lugar, un sentimiento “de ser”, es decir, de asunción de su identidad como empresa o sociedad familiar y de lo que ello implica respecto a la diversidad de intereses familiares y empresariales convergentes, los cuales, necesariamente, han de ser tratados diferenciadamente a los efectos de que la viabilidad y/o pervivencia de la empresa familiar no resulte afectada.

En segundo lugar, han de dar a conocer los mecanismos de gestión de conflictos, que debería comprender tanto una adecuada redacción de los estatutos sociales, los cuales han de ajustarse, en la medida de lo posible, a las necesidades de la entidad, como un protocolo familiar que desarrolle todos aquellos aspectos necesarios para favorecer un buen funcionamiento de la sociedad, el cual, a su vez, en determinados supuestos, deberá complementarse con otros instrumentos para otorgar eficacia a sus estipulaciones. El protocolo familiar constituye una herramienta de gran utilidad, al prever una serie de cláusulas adoptado de común acuerdo por los miembros de la familia con implicación en el negocio familiar, siendo este último un dato particularmente relevante, ya que no es lo mismo cumplir unas disposiciones que no entiendes o no compartes que unas normas que uno mismo se ha autoimpuesto y con las que, en principio, está conforme. El protocolo ha de ser aprovechado por la familia para incluir en el mismo no solo la regulación de aquellos aspectos que tengan incidencia en la familia y la empresa y que, por ende, puedan resultar conflictivos (como el acceso de familiares a puestos de dirección o el préstamo de dinero de la sociedad a familiares, por ejemplo), sino que también ha de ser aprovechado para crear y regular los órganos familiares, ya que los mismos facilitan la comunicación entre los miembros de la familia, permiten coordinar los intereses familiares y los intereses sociales y son el nexo de unión entre la familia y la sociedad, siendo igualmente necesario que en el protocolo familiar queden delimitadas claramente las competencias que corresponden a estos órganos y a los órganos societarios, así como los cauces a través de los cuáles los mismos se pueden interrelacionar. Esta utilidad del protocolo familiar se ve

reforzada por el hecho de que buena parte de su contenido tiene carácter contractual, lo que implica que resulta vinculante para las partes firmantes del mismo e, incluso, respecto a los derechos y obligaciones transmisibles, también para sus herederos; es más, esta eficacia puede llegar a ser general, frente a todos, respecto a aquellas estipulaciones del protocolo que se trasladen al texto estatutario.

Y, en tercer lugar, a los efectos de no ahondar en los conflictos, lo que puede acabar con las relaciones personales y, a su vez, repercutir negativamente en el gobierno de la sociedad familiar, incluso, hasta el extremo de generar una situación de bloqueo y paralización de los órganos societarios (lo que es causa de disolución y liquidación de la entidad), se debería de fomentar la mediación como mecanismo de resolución de conflictos, dando así la posibilidad a las personas con intereses divergentes de exponer sus razonamientos en un clima que propicia más la comunicación y el consenso que la confrontación, posibilitando, de este modo, solucionar el problema o conflicto de raíz.

Por tanto, considero que para evitar o gestionar los conflictos entre los órganos societarios y los órganos familiares no es necesario instrumentar nuevos mecanismos, sino utilizar los medios actualmente disponibles de manera eficiente.

7.- BIBLIOGRAFÍA

Libros

CAMISÓN ZORNOZA, César; RÍOS NAVARRO, Alejandro. *El protocolo familiar: metodologías y recomendaciones para su desarrollo e implantación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. ISBN: 978-84-9119-809-3.

CAMISÓN ZORNOZA, César; VICIANO PASTOR, Javier (direct.). *Dirección, Organización del Gobierno y Propiedad de la Empresa Familiar*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. ISBN: 978-84-9086-354-1.

CALAVIA MOLINERO, José. *Gobierno y administración de la empresa familiar*. Barcelona: Gráficas Rey, 2017. ISBN: 978-84-697-2296-1. [en línea] <http://raed.academy/wp-content/uploads/2017/05/Web_LibroCalavia58.pdf>.

CALBACHO LOSADA, Fernando et at. *Guía jurídica sobre la empresa familiar. Vías jurídicas de prevención y gestión del conflicto en las sociedades familiares*. Navarra: Aranzadi, 2016. ISBN: 978-84-9099-989-9.

- CUELLAR MONTÉS, Tomás. «El consejo de familia en la empresa familiar». En: PERALTA Y CARRASCO, Manuel de (direct.). *Derecho de familia: nuevos retos y realidades. Estudios jurídicos de aproximación del Derecho latinoamericano y europeo*. Madrid: Dykinson, 2017. ISBN: 978-84-9148-074-7.
- CORONA RAMÓN, Juan Francisco (coord.). *Empresa familiar: análisis estratégico*. Barcelona: Deusto, 2017. ISBN: 978-84-234-2749-9.
- CUCURULL POBLET, Tatiana. *El protocolo familiar mortis causa*. Madrid: Dykinson, 2015. ISBN: 978-84-9085-557-7.
- PLAZA PENADÉS, Javier (direct.). *Cuestiones jurídicas de la empresa familiar en España y en Cuba*. Navarra: Aranzadi, 2016. ISBN: 978-84-9099-583-9.
- QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús. «Órganos de gobierno en la empresa familiar». En: GARRIDO MELERO, Martín; FUGARDO ESTIVILL, Josep María (coord.). *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Tomo VI. Barcelona: Bosch, 2005. ISBN: 84-9790-140-1.
- RAMÍREZ PASCUAL, Basilio. *Desafíos de la empresa familiar. La fina línea entre el éxito y la destrucción*. Navarra: Aranzadi, 2017. ISBN: 978-84-9177-405-1.
- VALMAÑA CABANES, Antonio. *El régimen jurídico del protocolo familiar*. Granada: Comares, 2014. ISBN: 978-84-9045-234-9.
- VELAYOS LLUIS, Cristina. *Los Órganos de Gobierno de la sociedad familiar*. Navarra: Aranzadi, 2012. ISBN: 978-84-9014-158-8.
- VICENT CHULIÁ, Francisco. *Introducción al Derecho Mercantil. Volumen I*. 23ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. ISBN: 978-84-9033-603-8.

Artículos de revista

- BAREA MARTÍNEZ, María Teresa. «El protocolo familiar». *Cuadernos de Derecho y Comercio*, Extraordinario 2017. Panorama actual de la empresa familiar. ISSN 15757-4812.
- DÍAZ GÓMEZ, María Angustias. «La empresa familiar y su organización en forma de sociedad mercantil, con especial referencia a la sociedad de responsabilidad limitada». *Pecunia: revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales*, 2011, núm. 12, p. 1-70. ISSN 1699-9495 [en línea] <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3853275>>.

FERNÁNDEZ CÁMARA, Cristina. «El conflicto y los «ADR» en la empresa familiar». *Cuadernos de Derecho y Comercio*, Extraordinario 2017. Panorama actual de la empresa familiar. ISSN 15757-4812.

FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, Ana. «Protocolo familiar: un instrumento para la autorregulación de la sociedad familiar». *Revista de Derecho de sociedades*, 2002, núm. 19, p. 89-113. ISSN 1134-7686.

GALVE GÓRRIZ, Carmen. «Propiedad y gobierno: la empresa familiar». *Revista Ekonomiaz*, 2002, núm. 50, p. 158-181. ISSN 0213-3865 [en línea] <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=715534>>.

GARCÍA COMPANYS, Anna. «El Protocolo Familiar: La solución jurídica para la empresa familiar». *Cuadernos Prácticos de Empresa Familiar*, 2017, núm. 5 [en línea] <https://repositori.udl.cat/bitstream/handle/10459.1/62578/cpef_a2017v5n1p5.pdf?sequence=1>.

MALDONADO ORTEGA, Pedro José. «Pactos parasociales. Naturaleza y eficacia jurídica». *Cuadernos de Derecho y Comercio*, Extraordinario 2017. Panorama actual de la empresa familiar. ISSN 15757-4812.

MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Jesús. «Conflictos más frecuentes en el marco de la empresa familiar y su prevención». *Cuadernos de Derecho y Comercio*, Extraordinario 2017. Panorama actual de la empresa familiar. ISSN 15757-4812.

VIRUEL LEÓN, María Isabel. «Los estatutos en la sociedad familiar: límites a la autonomía de la voluntad». *Cuadernos de Derecho y Comercio*, Extraordinario 2017. Panorama actual de la empresa familiar. ISSN 15757-4812.

Textos electrónicos

ARBESÚ RIERA, Carlos. *El Consejo de familia y su función de gobierno en la empresa familiar*. RUS RUFINO, S. (direct.). Tesis doctoral. Universidad de Navarra, Pamplona, 2016. [en línea] <https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/41415/1/Tesis_Carlos%20Arbesu.pdf>.

Comisión Nacional del Mercado de Valores. *Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas*. 2015 [en línea] <https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/Codigo_buen_gobierno.pdf>.

Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. *Guía para la pequeña y mediana empresa familiar*. 6ª ed. Madrid: 2008 [en línea] <<http://www.ipyme.org/publicaciones/empresafamiliar.pdf>>.

QUINTANA NAVÍO, Javier. *Guía práctica para el buen gobierno de las empresas familiares*. 2012 [en línea]

<<http://www.iefamiliar.com/upload/documentos/8e82eae34af7c1b7c02a3a08e67c790eb65600f2.pdf>>.