

LA EMPRESA FAMILIAR

José Joaquín DÍAZ MARQUINA

Abogado

Sumario:

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA EMPRESA FAMILIAR ANTE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.
 - A) Derecho Civil.
 - B) Derecho Mercantil.
 - C) El Derecho Fiscal.
 - D) Seguridad Social.
- III. EL ESTATUTO DE LA EMPRESA FAMILIAR.
- IV. LA FINANCIACIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR.
- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

A continuación se reproduce un resumen del Informe de la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar y la conveniencia de promulgar un estatuto de la empresa familiar, publicado el 23 de noviembre de 2001 en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales» (Senado).

Es opinión general de la doctrina que resulta muy difícil definir lo que es una empresa familiar. Cuando se ha definido en norma de rango legal lo que es una empresa familiar, se ha hecho parcialmente al objeto de determinar la extensión y alcance de los beneficios fiscales concedidos a los titulares de la misma.

Ahora bien, de lo que sí existe un consenso generalizado es sobre las características de las empresas familiares, entre las que podemos señalar:

- Que una familia, para el supuesto de empresa unifamiliar, tenga una participación importante, que normalmente es la mayoría, del capital social.
- Que en base a dicha participación la familia pueda ejercer el control de la empresa.
- Que la familia participe en la gestión de la empresa, ocupando normalmente para el supuesto de empresas societarias la totalidad o la mayoría en el Consejo de Administración.

Entre los comparecientes a las sesiones de la ponencia, ha interesado mucho más la empresa familiar de tipo societario.

Posiblemente, ello se debe a que la empresa individual plantea sustancialmente el problema jurídico de la no limitación de la responsabilidad patrimonial, y como el patrimonio afecto a la empresa está limitado a un conjunto de bienes, la delimitación de los mismos y la responsabilidad del empresario es lo que ha ocupado esencialmente a los especialistas. Cuando la empresa reviste forma societaria, la problemática es mucho mayor. Los autores comienzan sus exposiciones sobre las empresas familiares, como la mayor parte de los comparecientes, señalando la importancia que en el tejido económico de la Unión Europea y de España tienen dichas empresas.

En España se ha dicho que la empresa familiar supone entre el 65 y el 80 por 100 del total de las empresas y el 80 por 100 de las sociedades inscritas en el Registro Mercantil; entre el 50 y el 65 por 100 del Producto Interior Bruto (PIB), y genera entre el 65 y el 70 por 100 del empleo existente (más de 8.000.000 de puestos de trabajo). En realidad, si la empresa familiar tiene la importancia cuantitativa que se le atribuye, más que un estatuto de la empresa familiar lo que habría que pensar es promulgar un estatuto para la empresa no familiar, que sería la excepción. Efectivamente, si para aceptar que estamos en presencia de una empresa familiar, es necesario contar con que la familia propietaria plantea la perdurabilidad de la misma, y como se ha dicho, no existe empresa familiar hasta que se produce la primera transmisión a la siguiente generación, es evidente que difícilmente los datos estadísticos puedan darnos una idea concreta de cuál es la importancia relativa de las empresas familiares. De otro lado, existe un cierto interés en subrayar la importancia de las empresas familiares confundiendo el concepto con la Pequeña y Mediana Empresa (PYME) o incluso con la microempresa.

Para ello, tal vez fuera conveniente seguir el ejemplo italiano que define la empresa familiar en el artículo 230 bis del Código Civil (CC), según redacción introducida por el artículo 89 de la Ley 151/1975, de 19 de mayo. Como el citado precepto confiere a los colaboradores familiares determinados derechos patrimoniales y de gestión, que asimilan su posición a la del socio en la sociedad, ello ha llevado a la doctrina italiana a plantearse una alternativa:

Según una primera postura, la verdadera cualidad de empresa familiar debe atribuirse al fundador o emprendedor, por lo que la colaboración de otros familiares tiene carácter interno y no supo-

ne consecuencias para el perfil legal de la empresa. Para otros autores, basándose en el reconocimiento de derechos patrimoniales y de gestión a los colaboradores del fundador, la empresa familiar es una empresa colectiva, y el vínculo entre quienes la constituyen tiene relevancia externa.

Otra característica del derecho italiano es que se atribuye a la empresa familiar, desde el punto de vista jurídico, un carácter residual ya que no se ha querido por el legislador obligar a los empresarios a seguir el régimen jurídico previsto por el CC a consecuencia de la reforma de 1975. Éste es otro punto que habrá de tenerse en cuenta también si se opta por adoptar un estatuto de la empresa familiar. Alguno de los comparecientes ante la ponencia ha destacado agudamente que en el término «empresa familiar» existe una gran dificultad para definir ambos términos por separado. Desde este punto de vista, ello justifica, en cierto modo, que cuando algunos autores se refieren a la legislación europea sobre las empresas familiares, en realidad lo que están dando son normas relativas a las PYMES. Así, se ha citado la recomendación de la Comisión Europea (25 de mayo de 1994) para facilitar la continuidad y supervivencia de las PYMES; la comunicación 29 de junio de 1994 sobre la transmisión de empresas; la recomendación de 7 de diciembre de 1994 sobre la transmisión de PYMES; el Forum de Lille (3 y 4 de febrero de 1977) para discutir el progreso realizado por los Estados miembros para poner en práctica la recomendación de 7 de diciembre de 1991 y la Comunicación de la Comisión Europea (28 de marzo de 1998) sobre la transmisión de PYMES. No se quiere decir con esto que tal normativa no sea aplicable a las empresas familiares, pero lo será en cuanto a su tamaño, no en cuanto a su verdadera naturaleza.

En consecuencia, al coincidir parcialmente la problemática de las PYMES con la de las empresas familiares de cierto volumen, debe considerarse como lógico que se utilicen en defensa de las empresas familiares los criterios europeos sobre las PYMES. Es indudable que, además, la empresa familiar interesa a la economía, el derecho, la sociología y también la ética. Así, los especialistas han destacado que, en las empresas familiares, y en particular las que tienen administradores que total o parcialmente no son de la familia, los valores de la empresa están muy ligados con los valores propios de la familia propietaria, por lo que para entender la estructura y el futuro de las empresas familiares, resulta conveniente conocer en profundidad la historia y la cultura de la familia propietaria. Ello hace, además, que un rasgo característico de las empresas familiares es que ciertos valores tienden a ser muy duraderos, más de lo que lo son en las empresas no familiares y por ello, para cambiar los valores de orientación de la empresa, se requiere no solamente que cambie la cultura de la empresa, sino también la cultura de la familia. Desde este punto de vista, los especialistas han destacado que en unos casos, se considera a la empresa como una institución relativamente autónoma con respecto a la familia, pero que, en muchos supuestos, los intereses de la empresa están claramente subordinados a los de la familia propietaria. Para las empresas familiares de relativa importancia, una de las cuestiones críticas es transmitir los valores de generación en generación, lo que en una primera fase sucede mediante el ejemplo y demostración de los padres a los hijos, pero llega un momento en que explicar a las siguientes generaciones las razones por las que la familia adoptó ciertos valores de empresa, y resulta peligroso controlar la práctica de esos valores en el negocio familiar, ya que, si son muchos los accionistas, hay que atribuir este papel de control a un cuerpo colectivo, como puede ser el Consejo de Administración para las empresas con forma societaria o el Consejo de Familia, con lo cual aludimos a otro de los temas trascendentes para las empresas familiares.

En definitiva, la empresa familiar, en cuanto familiar, plantea una problemática muy específica que alcanza todos los terrenos de los aspectos humanos, alguno de ellos poco estudiados, que condicionan la marcha de la empresa, que no solamente depende del fondo de la regulación jurídica de las mismas.

II. LA EMPRESA FAMILIAR ANTE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

Es incontrovertible que la empresa familiar, precisamente por el adjetivo, se ve afectada por instituciones y ramas del ordenamiento jurídico, que no afectan a otro tipo de empresas, y que la empresa familiar va a tener que luchar en su desarrollo contra una serie de normas que se redactaron ajenas a las circunstancias que rodean a esta modalidad de empresa y, en consecuencia, no dan una solución que facilite la continuidad de las «empresas familiares».

Otro factor a considerar son las mutaciones en la estructura de la familia española que, como ya se ha dicho, hace también variable el adjetivo «familiar» aplicado al sustantivo «empresa».

A) Derecho Civil.

Los desajustes del CC con las peculiaridades de la empresa familiar se inician ya en la existencia de las sociedades gananciales, que es el régimen hasta ahora normal en el Derecho español, sin perjuicio del avance que han tenido en los últimos años las capitulaciones matrimoniales, y el régimen de separación. Como el régimen de gananciales se caracteriza porque se convierten en comunes para los cónyuges las ganancias obtenidas por cualquiera de ellos, la disolución de la empresa lleva a una liquidación en la que coinciden un régimen de comunidad (que resulta de la aportación de bienes que se adquieren constante la sociedad) y otro de bienes privativos (integrado por los que ya existían antes de constituirse la empresa) e incluso un tercero, derivado de los adquiridos por la subrogación del propio bien, por herencia o donación. Los especialistas han destacado que los problemas surgen también en el régimen de administración y disposición y por la relación que se tenga con los acreedores, si la empresa ha generado deudas.

Algunos de los comparecientes ante la ponencia han solicitado que se establezca un régimen jurídico que permita que quede a salvo de los avatares de la marcha de la empresa el patrimonio de los fundadores, lo que evidentemente plantea una problemática económica y financiera que hace difícil su consecución.

Que los cónyuges aporten sus propios bienes a la empresa en el momento de la creación; que pretendan compartir las ganancias habidas durante el matrimonio y la gestión de la empresa y los gastos derivados de la misma; que los cónyuges lleven conjuntamente dicha administración y gestión y puedan tomarse acuerdos contradictorios, o sin el consentimiento de la otra parte; que pretendan regular los poderes y facultades que les corresponden, y las consecuencias derivadas de la disolución y liquidación de la sociedad legal de gananciales, así como el hecho de determinar las consecuencias patrimoniales de la posible venta de la totalidad o parte de la empresa, son cuestiones específicas que exigen un detallado análisis de la problemática que pueda derivarse de las normas del CC sobre la sociedad de gananciales, y que deben quedar constatadas en este informe de ponencia, sin que sea el momento y el lugar para proceder a un profundo análisis de dichas circunstancias.

Lo cierto es que la empresa puede ser un bien privativo (si se ha constituido antes del matrimonio) o un bien ganancial (si el matrimonio actúa como fundador de la empresa durante la vigencia del régimen de gananciales) y todo ello supone unos resultados distintos de cara a los preceptos del CC. Lo mismo sucede con la responsabilidad del cónyuge comerciante por deudas mercantiles, donde hay un juego de remisiones del CC al Código de Comercio (CCom.), que carece de la claridad necesaria (remisión del art. 1.365 CC a los arts. 6.º a 12 CCom.).

La cuestión que se acaba de citar es importante para los terceros, ya que se ha debatido en la doctrina especializada el alcance de la responsabilidad de la sociedad legal de gananciales ante las deudas contraídas por el cónyuge comerciante, y ello por la remisión que hemos visto del CC al CCom.,

ya que el primero afecta los bienes gananciales a las deudas, y en base al segundo se ha llegado a decir que constituye una excepción a la regla general de responsabilidad erga omnes en determinados supuestos.

Afecta también la normativa del CC a la liquidación de las sociedades de gananciales, a consecuencia del cese de las actividades empresariales, y no solamente a los partícipes de la comunidad sino a los acreedores, y todo ello, como ya se ha señalado, porque la aparición de la empresa familiar supone un campo de aplicación específica y prevista de las normas civiles.

También es fuente de problemas el régimen de participación que, aunque respeta en mayor modo la capacidad de decisión propia de cada cónyuge, obliga a valoraciones de los bienes en el momento de la disolución y liquidación, que produce repercusiones fiscales en ocasiones graves.

En cuanto al régimen de separación, es el que respeta en mayor grado la autonomía de cada cónyuge y genera una problemática menor en el momento de la separación o disolución del matrimonio, aunque, como agudamente se ha señalado «al mismo tiempo es el que peor refleja la comunicación en las ganancias que debe darse entre los cónyuges ya que ello contradice el espíritu de la empresa familiar, en el que ni la mujer participa de lo que gana el marido, ni viceversa, con el consiguiente perjuicio para el cónyuge que, o bien dedica su actividad al hogar o que obtiene menores beneficios porque su trabajo lo ha dejado postergado al buen funcionamiento del hogar ...». Por el contrario, y a favor del sistema, se encuentra el hecho de que las posibles deudas frente a acreedores tienen un mejor tratamiento, ya que éstos sólo pueden proceder contra los bienes del cónyuge deudor, lo que, por otro lado, puede suponer una disminución de la capacidad de endeudamiento. Dadas las características de la empresa familiar, el momento de la transmisión hereditaria es sin duda clave para la pervivencia de la misma. Los especialistas y los comparecientes han destacado en qué forma las normas del CC pueden suponer un factor negativo para la continuidad de la empresa familiar, aunque tampoco han faltado comparecientes que han demostrado que existe regulación suficiente en el CC para conseguir que la empresa siga perviviendo a pesar de la desaparición de los fundadores. En el fondo, puede estimarse que existe soterrada una cierta polémica entre los partidarios del sistema anglosajón de absoluta libertad de testar y los partidarios del sistema de legítimas tal como está configurado en España.

Sin embargo, también es cierto que en el supuesto de empresa familiar (no privativa) el fundador puede hacer uso de la facultad del artículo 1.056, párrafo segundo, del CC, cuando desee asegurar la sucesión a favor de uno sólo de sus hijos.

En el caso de una sociedad civil, el artículo 1.700.4 del CC supone la disolución automática de la sociedad, aunque se permita el pacto de continuarla con los herederos. La cuestión se complica, porque antes de las operaciones particionales, se debe proceder a liquidar el régimen económico del matrimonio disuelto, y habrá entonces que considerar la verdadera naturaleza de la empresa, y de los bienes que se han aportado a la misma, y mayor aún es la complicación, en el supuesto de que los cónyuges no hayan otorgado testamento. Si lo han hecho, cabe el usufructo universal a favor del cónyuge superviviente, en base a la práctica notarial basada en la llamada «cautela Socini» que tiene su origen en el artículo 820.3 del CC; la prohibición testamentaria de pedir la partición; la circunstancia de que el propio testador puede realizar la partición; la mejora en cosa determinada como forma admisible de atribuir la empresa familiar; el legado de empresa dentro del régimen de legítimas; y una serie de medios que en base al propio CC permiten asegurar la continuidad de la empresa.

En cualquier caso, en base a lo dispuesto en el artículo 1.056.2 y los artículos 841 y siguientes del CC lo cierto es que el testador puede hacer la participación de sus bienes por actos inter vivos o de última voluntad, o que los herederos deben pasar por la partición, siempre que no se perjudique su legítima. El fundador que quiera conservar indivisa una explotación agrícola, fabril o industrial

podrá usar de la facultad aludida siempre que se satisfaga en metálico la legítima de los demás hijos. Como todo esto supone una serie de dificultades técnicas, sigue siendo aconsejable que los fundadores de las empresas familiares prevean el hecho de la sucesión, lleguen a los acuerdos necesarios con los herederos y, al menos, si no lo hacen así, otorguen testamento; pero todo ello lleva también a la necesidad, señalada por especialistas y comparecientes, de que las empresas familiares y muy concretamente las más pequeñas cuenten con el debido asesoramiento técnico y jurídico.

B) Derecho Mercantil.

El hecho, ya señalado, de que la empresa familiar que revista forma societaria ha atraído en mayor medida el interés de especialistas y comparecientes hace que sea precisamente en el campo del Derecho Mercantil donde se hayan planteado mayor número de sugerencias y observaciones por parte de los interesados en el tema.

Como nuestro Derecho Mercantil establece una serie tasada de tipos de sociedades, la crítica o el elogio se ha centrado en las estructuras de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada muy especialmente; pero se debe ser consciente de que todo ello deja al margen al mundo de la empresa familiar no societaria, lo que delimita el tema, y dentro de esta delimitación, se observan diferencias de criterio entre los empresarios, según el volumen de sus empresas.

Ciertamente, la adopción de una forma societaria por parte de los empresarios se debe al interés de limitar la responsabilidad de sus propios patrimonios, pero una vez adoptada la fórmula de sociedad, chocan los principios con los que el legislador reguló a las sociedades, y los intereses de las empresas familiares. Efectivamente, si en estas últimas lo que interesa es mantener la propiedad y el control o la gestión por parte de los miembros de una familia, ello viene condicionado no solamente por la existencia de la legislación específica del Derecho de Sociedades, sino también por los intereses de terceros, que fueron tenidos en cuenta principalmente por los legisladores.

El hecho indudable de que las empresas familiares de pequeño o mediano volumen encuentran mejor acomodo en las sociedades de responsabilidad limitada que en las anónimas, se ve afectado por la circunstancia de que un incremento de volumen, el acceso a la internacionalización, y consideraciones de tipo financiero, derivan a las empresas familiares hacia las sociedades anónimas.

Más aún, la propia Unión Europea («Comunicación sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas», 98/C93/02) ha recomendado que las sociedades individuales o personalistas se conviertan en sociedades anónimas, solicitando de sus Estados miembros que incorporen, en lo posible, la estructura de «sociedad anónima simplificada», en la que encaja muy bien la sociedad de responsabilidad limitada, tal como está configurada en el Derecho Mercantil español.

Si la empresa familiar ha adoptado la fórmula societaria, y escogido la existencia de un Consejo de Administración, es lógico que pretendan mantener la absoluta mayoría en la toma de decisiones, con lo cual el Consejo no sólo debe mantener el sistema de valores y preferencias personales de los fundadores, sino conseguir los recursos suficientes, y sobre todo los conocimientos necesarios para mantener la empresa, y sobre todo potenciar el equipo de administradores.

En determinados casos, se crea un Comité de Dirección que permite motivar a los directivos que no son miembros de la familia, al recibir la información estratégica necesaria, y facilita el conocimiento mutuo de directivos que son o no son miembros de la familia.

Claro está que la mayor problemática surge cuando los miembros de la familia no están preparados profesionalmente para integrarse en el Consejo de Administración, y es necesario contar con terceros. Las fricciones derivadas de la naturaleza de la empresa familiar y la legislación de sociedades surgen y puede canalizarse en base a las propias peticiones de los comparecientes.

Así éstos han pedido que en cuanto al nombramiento de administradores que permitan la existencia de administradores suplentes; que se incorporen previsiones a las cláusulas estatutarias sobre las prohibiciones o limitaciones para ser administrador; que se prevean supuestos especiales de separación de los administradores derivados de la propia naturaleza de la empresa familiar; que se adopte un régimen especial de representación proporcional de los accionistas, y que el Consejo de Familia alcance un reconocimiento legislativo.

Cuando la sociedad familiar, que por razones de crecimiento o las que sean, adopta la fórmula de sociedad anónima, una larga serie de disposiciones obliga a un crecimiento constante. Así, el Reglamento de Bolsas de Comercio, que exige un cierto número de socios; la normativa de determinados sectores, que fija cifras de capital social que normalmente no puede alcanzar la familia por sí misma, como es el caso de los seguros o la banca, y otras varias que hacen necesario, si se pretende operar en dichos sectores, un considerable aumento de la cifra de capital social, lo que conlleva normalmente el incremento de número de socios. Surge entonces el choque de intereses entre los miembros de la familia, que pretenden mantener la unidad de mando y gestión, y los terceros que han aportado su capital. Así, algunos comparecientes han solicitado la posibilidad de extender a las sociedades anónimas mecanismos de ponderación del principio mayoritario en la adopción de acuerdos sociales; la introducción de la sindicación de voto, en el doble sentido de realizar una actuación conjunta e introducir criterios reguladores del sentido del voto; modificaciones en cuanto a la determinación de quién ostenta la presidencia de la Junta, reforzando la figura del Presidente, y otras varias.

Los especialistas también han abordado diversas cuestiones que suponen la falta de adaptación de la Ley de Sociedades Anónimas a las empresas familiares: así, el hecho de que en este tipo de empresas los socios toman las decisiones sin necesidad de reunirse físicamente, por lo que las actas de las Juntas no reflejan la verdadera realidad. La posibilidad de eliminar los costes que supone la publicidad de la celebración de las Juntas, y diversas cuestiones derivadas de los plazos; modificaciones del régimen de las Juntas universales; la posibilidad estatutaria de otorgar voto de calidad al Presidente de la Junta en caso de empate o a quien reúna mayor número de accionistas; la posibilidad de sustituir el voto capitalista por un voto personal y la necesidad de reforzar la mayoría exigida para tomar acuerdos, requiriendo al mismo tiempo un voto mayoritario de capital y de personas.

La transmisibilidad de las acciones o participaciones también es una cuestión sometida a debate, centrada fundamentalmente en la existencia de acciones en las sociedades anónimas al portador, que no permiten restricciones a su transmisibilidad.

En definitiva, los comparecientes han requerido la adopción de medidas que supongan el ajuste de las estructuras societarias a las realidades familiares, muy concretamente en materia de estatutos sociales, solicitándose la posibilidad de permitir la inscripción en el Registro Mercantil, dentro de los estatutos, de algunos pactos del protocolo familiar, que afecten a las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones, limitaciones al derecho de voto, prestaciones accesorias, etc. Desde luego, algún ajuste debería producirse para que los terceros puedan conocer determinados puntos de confluencia entre estatutos de la sociedad y protocolo familiar, y ello conlleva inmediatamente la necesidad de precisar la naturaleza jurídica de dicho protocolo. A ello debe sumarse que, en las empresas familiares societarias, resulta de extraordinaria importancia la posibilidad de establecer obligaciones específicas de hacer, especialmente en el orden de gestión.

Es precisamente en el campo del Derecho Mercantil societario donde mejor se aprecian las discordancias entre la legislación y las necesidades de la empresa familiar. Se ha solicitado la posibilidad de introducir un régimen de partes o bonos de fundador que otorguen determinadas ventajas a los miembros del núcleo familiar; precisar la regulación de las acciones privilegiadas; profundizar el régimen de las acciones sin voto al objeto de asegurar al grupo familiar el mantenimiento del control empresarial; regular de nuevo el régimen del usufructo de acciones; cambiar el derecho de sus-

cripción preferente para flexibilizar la posibilidad de su exclusión o para mantenerlo como mecanismo de protección antiopa; simplificar los procedimientos de fusión y excisión de sociedades; modificar la disolución y liquidación de las sociedades, etc.

Aunque existe un acuerdo generalizado entre los especialistas de que es la sociedad de responsabilidad limitada la que mejor se adecua a las necesidades de la empresa familiar, también se han hecho numerosas propuestas de modificación de la legislación actual, y especialmente la supresión de la prohibición del acceso a bolsa, así como las limitaciones para la adquisición de sus propias participaciones y para emitir participaciones sin voto o rescatables y la emisión de obligaciones.

Todas estas circunstancias y propuestas plantean la cuestión que se abordará posteriormente de la conveniencia de promulgar un estatuto de la empresa familiar, en la que se encuadren las modificaciones a introducir en la legislación societaria y se regulen los puntos de conexión entre el protocolo familiar y la legislación mercantil.

C) El Derecho Fiscal.

Especialistas y comparecientes reconocen, con carácter casi general, los avances que en beneficio de las empresas familiares se han producido en los últimos años en la legislación española. Ciertamente, no debe caerse en la tentación de quienes siendo partidarios de un estatuto de la empresa familiar pregonan la necesidad de adaptar el sistema fiscal a la misma en base a una serie de razones sobradamente conocidas: la importancia de la empresa familiar en el número total de empresas y su participación en el PIB, la necesidad de facilitar la financiación de la misma, etc.

Un estatuto que contuviera un sistema fiscal ad hoc para las empresas familiares provocaría el fenómeno de convertir el sistema fiscal general (que está pensado para la mayoría) en especial, porque precisamente por esa importancia cuantitativa de la empresa familiar, la normativa que le fuera aplicable específicamente se convertiría en general. La exoneración de estos elementos patrimoniales resultará de que los bienes afectos a la empresa no son patrimonio personal, ni se utilizan para generar rentas de capital, ya que, por definición, todo patrimonio empresarial es un patrimonio de riesgo. Asimismo, la tributación de la transmisión *mortis causa* de la empresa puede suponer, por las específicas normas del derecho de familia, un incremento de la carga fiscal. Como en las empresas familiares es normal que los miembros de la familia hayan cooperado en la formación del patrimonio empresarial, sin ostentar la titularidad de los bienes afectos, resulta, como se ha señalado, que los adquirentes del patrimonio de la empresa familiar están recibiendo algo que ellos mismos han formado, de ahí un tratamiento específicamente favorable en el Impuesto sobre Sucesiones. Naturalmente, también se ha encontrado base para establecer un régimen excepcional de carácter fiscal en favor de las empresas familiares, en los artículos 33 y 39 de la Constitución Española. Garantizar la continuidad de las sociedades de personas y las empresas individuales en el caso de fallecimiento de uno de los socios o del empresario. Garantizar el éxito de la transmisión familiar evitando que los impuestos que gravan la sucesión y la donación pongan en peligro la supervivencia de la empresa. Pero es en el Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, cuando se adoptan las medidas trascendentes para las transmisiones *mortis causa* de este tipo de empresas, ya en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD). La doctrina ha puesto de relieve la trascendencia de la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio (IP) de las participaciones en entidades, ya que va a tener trascendencia a efectos del ISD. Existe una amplia literatura sobre la tributación de las empresas familiares, a la que procede remitirse en cuanto al examen de sus características, y también de las dificultades interpretativas que se han planteado. Desde este punto de vista, puede calificarse un impuesto como injusto, cuando el ahorro se materializa en inversiones empresariales, bien sea directamente o bien a través de participaciones en una empresa, y además tal Impuesto produce un efecto negativo en la creación de empleo, lo que es especialmente grave cuando el tejido empresarial de un

país como el nuestro está compuesto en un 90 por 100 por empresas pequeñas y familiares. Ello justifica que en la lista de bienes exentos del pago del impuesto, se encuentren las participaciones en empresas familiares. En el ISD, el entonces Director General de Tributos escribía en 1999 que:

«El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones es, sin duda, uno de los impuestos claves en la fiscalidad de la empresa familiar. La sucesión en la empresa familiar es un momento de singular importancia y presenta implicaciones que van mucho más allá de los aspectos meramente tributarios.»

El Real Decreto-Ley 7/1993 incluye una bonificación del 95 por 100 en el Impuesto en relación con la transmisión hereditaria de las empresas familiares a cónyuges, descendientes y adoptados, esta medida se adelantó a las recomendaciones de la Comisión Interministerial de la Fiscalidad de las PYMES, aunque ya se contenía en las recomendaciones de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre transmisión de PYMES. La Ley de Medidas para 1997 introdujo un nuevo supuesto de bonificación para el caso de transmisión de empresas inter vivos a favor de cónyuges, descendientes o adoptados, con lo que se cubría la eventualidad de que, sin fallecimiento del empresario, se produjeran circunstancias que aconsejaran la transmisión de la empresa a uno o más miembros del grupo familiar. En el territorio histórico de Álava, la Norma Foral 23/1991, de 11 de diciembre, regula en su artículo 4.10 la exención por el IP de los bienes y derechos afectos a actividades profesionales y empresariales y de las participaciones, exención que ha sido reglamentariamente desarrollada por el Decreto Foral 160/1999, de 21 de diciembre. No existe una regulación específica respecto a la bonificación para la empresa familiar en el ISD, porque en dicho territorio siempre que resulte de aplicación la Norma Foral 25/1989, de 24 de abril, se hallarán exentas de tributar por dicho Impuesto las adquisiciones de bienes y derechos para el caso de fallecimientos, por herencia o legado a favor del cónyuge, ascendientes, descendientes, adoptantes y adoptados.

En el Territorio Histórico de Bizkaia, se refiere a esta cuestión la Norma Foral 11/1991, de 17 de diciembre, respecto al IP, desarrollada reglamentariamente por el Decreto Foral 207/1999, de 21 de diciembre, y en cuanto al ISD, no son reguladas por las razones anteriormente dichas.

Ahora bien, como ha venido siendo normal que la estructura del grupo clásico familiar de empresas (llamada «estructura de peine») plantee numerosos problemas, como son un alto coste fiscal en caso de reparto de dividendos para los socios; limitaciones en el Impuesto sobre Sociedades respecto al tratamiento fiscal de la reinversión de resultados extraordinarios obtenidos por la transmisión de elementos del inmovilizado; riesgos derivados de la vinculación de las sociedades ante la Inspección de Hacienda; limitaciones para compensar bases imponibles negativas, etc.

Para constituir el holding, las empresas deben seguir el camino de la fusión, bien por absorción o bien creando una nueva sociedad o la llamada absorción impropia; la escisión, bien sea total o parcial o la aportación de ramas de actividad.

D) Seguridad Social.

La mayor parte de los comparecientes expresaron sus quejas sobre el actual sistema de adscripción de los administradores de las empresas familiares respecto al alta en el correspondiente régimen aplicable, general o de trabajadores autónomos, de la Seguridad Social. En efecto, en general para todo el Derecho Laboral, se están produciendo problemas derivados de que los Tribunales, al aplicar la doctrina llamada del «levantamiento del velo» pretenden que en el caso de las empresas familiares dicha doctrina se aplique a múltiples supuestos que suponen extender la responsabilidad de posibles incumplimientos laborales a los socios de las empresas (que son los familiares) con las consecuencias correspondientes.

III. EL ESTATUTO DE LA EMPRESA FAMILIAR.

La doctrina especializada en el tema, y bastantes comparecientes, han aludido a la posibilidad de establecer un estatuto de la empresa familiar, que reúna, ordene y aclare los distintos preceptos que abordan la problemática de dicha empresa en forma dispersa; y al mismo tiempo consiguiéndose que en dicho estatuto se introduzcan las modificaciones en la legislación tanto mercantil como fiscal, que los empresarios familiares consideran imprescindible para mantener la pervivencia de sus empresas y la creación de puestos de trabajo, así como la internacionalización de las mismas y la posibilidad de que aborden los gastos que supone, en la moderna economía, la investigación y desarrollo.

Si los datos aportados con carácter estadístico son ciertos, y no se confunde lo que es empresa familiar con PYME, que es otra cuestión que debe abordarse en forma distinta, un estatuto específico para la empresa familiar podría convertirse en la norma general, mientras que la legislación general pasaría al mismo tiempo a convertirse en especial, con las consecuentes distorsiones que produciría todo ello en el ordenamiento jurídico.

Algún compareciente ha puesto de relieve que un estatuto de la empresa familiar sería un vestido o pijama, que difícilmente podría comprender en su órbita de aplicación a una variedad tan distinta de empresas familiares como las existentes, que van desde la microempresa, la PYME, o la gran empresa; en unos casos, de forma individual, y en otros de forma societaria. La cuestión puede ser importante porque, mientras en las sociedades de responsabilidad limitada no familiares, ésta puede no reconocer la condición de socio adquirente, en las familiares, la transmisión puede no tener efectos sociales pero sí familiares, y ello va a constituirse en origen de problemas. Existe por lo tanto una confluencia de intereses, que pueden o no ser contradictorios, entre los familiares, el personal de la empresa, los terceros y las personas que pretendan contribuir a la financiación de las empresas, sin perder de vista que corresponde al legislador regular el marco de juego general en el cual se van a desarrollar tanto las empresas familiares como las no familiares y, por si todo ello fuera poco, dentro del contexto europeo en que nos encontramos.

IV. LA FINANCIACIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR.

Algunos de los problemas que las empresas familiares encuentran al abordar su financiación provienen de su propia cultura o «metavalores». Desde un punto de vista más amplio regular la financiación de la empresa familiar supone considerar una serie de problemas muy distintos por la multiplicidad de formas, tamaños y sectores en los que se encuentran las empresas familiares.

Los comparecientes han solicitado medidas que faciliten el acceso a la financiación y a los mercados de capitales por parte de las empresas familiares, en especial mediante la consolidación de un segundo mercado de valores, y en la necesidad de reformar la legislación para facilitar los préstamos de socios como medio para aportar a las empresas familiares nuevos recursos financieros en concepto de capital de crédito y por último potenciar las operaciones de concentración y reestructuración empresariales que tengan como objetivo alcanzar una mayor dimensión económica.

V. CONCLUSIONES.

La ponencia ha analizado la situación y perspectivas de las empresas familiares, como factores generadores de riqueza y empleo y de sostenimiento de valores éticos en España en el contexto de los intereses generales y, al objeto de proporcionar los medios suficientes para que dichas empresas pue-

dan desarrollarse, alcanzar el ámbito internacional, superar los problemas derivados de los cambios generacionales dentro de las mismas, procurarse los medios necesarios para el desarrollo tecnológico y evitar la deslocalización de su sede social, ha decidido proponer las siguientes conclusiones:

- 1.^a Recomendar que por parte de las Administraciones Públicas se adopten las medidas necesarias para optimizar las políticas de información y comunicación para el desarrollo y mejora de la gestión en las empresas familiares, sugiriendo a las mismas, cuando sea posible, la adopción de formas societarias como fórmula que coopera a su continuidad y crecimiento.
- 2.^a Recomendar a las empresas familiares la formalización de un protocolo familiar, como acuerdo que delimite el marco de desarrollo y las reglas de actuación y relaciones entre la propia empresa familiar y su propiedad, sin que ello suponga interferir en la gestión de la empresa y su comunicación con terceros. Se considera que el protocolo familiar es el instrumento más adecuado para, entre otras finalidades, delimitar el acceso de los miembros de la familia a la empresa; definir los puestos de responsabilidad, tanto en la gestión como en el gobierno de las mismas; delimitar las políticas de dividendos activos y pasivos y la política de financiación en relación con los miembros de la familia; posibilidad de crear fondos internos de autofinanciación para situaciones puntuales; regular la transmisión de las acciones; definir a los interlocutores a nivel del grupo familiar con los gestores de la empresa; determinar la información a suministrar a los grupos familiares, creación de la Asamblea y el Consejo Familiar y, en general, prever la sucesión de los fundadores de dichas empresas, creando un marco que garantizando la continuidad incentive el interés de la familia o familias por las empresas y al mismo tiempo el interés general contribuyendo a que las mismas ganen dimensión y sean competitivas.
- 3.^a Recomendar la apertura del Registro Mercantil a aquellos aspectos del protocolo familiar que afecten a las relaciones de las empresas familiares con terceros.
- 4.^a Recomendar que se puedan identificar a las sociedades familiares que, cumpliendo con los requisitos que al efecto se establezcan puedan hacer constar su naturaleza en las denominaciones sociales, añadiendo la letra F a la indicación de la forma social de que se trate o su abreviatura y modificando, en consecuencia, el artículo 403 del Reglamento del Registro Mercantil y demás normas concordantes.
- 5.^a Introducir las normas necesarias en el ordenamiento jurídico para crear un sistema de arbitraje o mediación específico para la resolución de los problemas que puedan plantearse a nivel de la propiedad de las empresas familiares y los conflictos que puedan surgir entre la familia o familias propietarias y la propia empresa.
- 6.^a Analizar y reconsiderar el tratamiento legal a las acciones sin voto, permitiendo que las mismas puedan facilitar la financiación de las empresas familiares sin que ello suponga la pérdida de control por parte de los accionistas miembros de la familia propietaria, así como cualesquiera otras medidas que tiendan a la misma finalidad.
- 7.^a Partiendo de la adecuación de las vigentes normas tributarias a la problemática de las empresas familiares, recomendar a las Administraciones Públicas la difusión de las mismas y su conocimiento por parte de los empresarios, así como el análisis de las reformas necesarias para fomentar la suficiencia de los fondos propios de las empresas familiares, y su acceso al mercado internacional, así como las facilidades necesarias para la investigación y desarrollo por parte de dichas empresas.
- 8.^a Analizar y considerar los cambios necesarios para mejorar y aclarar la legislación vigente sobre la afiliación de los administradores de las empresas familiares a la Seguridad Social.