

El bon govern de les empreses familiars

Francisco Vicent Chuliá
Fernando Cerdá Alberó
Raimon Segura de Lassaletta
Juan Grima Ferrada
Adolfo Rovira del Canto
Javier Castrodeza Vía
Xavier Calaf Aixalà
Jorge Alberto Rodríguez Aparicio



El bon govern de les empreses familiars

Francisco Vicent Chuliá
Fernando Cerdá Alberó
Raimon Segura de Lassaletta
Juan Grima Ferrada
Adolfo Rovira del Canto
Javier Castrodeza Vía
Xavier Calaf Aixalà
Jorge Alberto Rodríguez Aparicio

Cuatrecasas



Papers d'economia industrial 18

El bon govern
de les empreses familiars



Generalitat de Catalunya
Departament de Treball, Indústria,
Comerç i Turisme

BIBLIOTECA DE CATALUNYA. DADES CIP:

El **Bon** govern de les empreses familiars.-
(Papers d'economia industrial; 18)
Bibliografia
ISBN 84-393-6109-2
I. Vicent Chuliá, Francisco II. Catalunya. Direcció
General d'Indústria III. Col·lecció: Papers
d'economia industrial : 18 1. Empreses familiars-
Direcció i administració
658.114

Edició:
Departament de Treball, Indústria, Comerç i Turisme
Direcció General d'Indústria

Col·lecció: Papers d'economia industrial

Primera edició: Barcelona, maig del 2003
Tiratge: 2.000 exemplars

Consell de redacció:
Joan Miquel Hernández Gascón
Jordi Fontrodona Francolí

Coordinació de l'edició:
Neus Bassi i Farrés

Correcció lingüística:
TRAC Traductors

www.gencat.net/dtict/dgi

Disseny coberta i compaginació:
Joaquim Trias i Associats

Impressió: Grup 3, SL

D. leg.: B-20.597-03
ISBN: 84-393-6109-2

El Departament de Treball, Indústria, Comerç i Turisme no participa necessàriament de les opinions manifestades en els documents de la col·lecció Papers d'economia industrial, la responsabilitat de les quals correspon exclusivament als autors.

Índex

1. Preàmbul	9
2. Introducció	11
2.1 Crisi i reforma del govern corporatiu: abans i després d' ENRON	11
2.2 Els codis de bon govern	17
2.3 El Codi Olivencia	21
2.4 Aplicació dels codis de bon govern a la societat familiar	25
3. L'empresa familiar: una noció relativa	27
3.1 Noció d'empresa familiar	28
3.1.1 La manca d'un concepte normatiu d'empresa familiar. Algunes consideracions del fenomen familiar en l'ordenament jurídicempresarial	28
3.1.2 La dificultat de definir l'empresa familiar: l' indeterminat concepte de família	30
3.1.3 La noció de família: una aproximació constitucional i des del dret civil comú i autonòmic	32
3.1.4 La plurívoca noció d'empresa familiar en la legislació tributària estatal, autonòmica i foral	34
3.1.5 El concepte d'empresa familiar: un intent de concreció	39
3.2 Exigències i indiferències en la noció d'empresa familiar	40
3.2.1 El control de l'empresa per part de la família	40
3.2.2 Algunes consideracions tributàries sobre l'objecte de l'empresa familiar	41
3.2.3 Les societats familiars cotitzades	42
3.3 Classes d'empresa familiar	44
3.3.1 Segons la forma d'organització jurídica: empresari individual i societat familiar	44
3.3.2 Segons la seva dimensió: microempreses, petites i mitjanes empreses, grans empreses	44
4. Govern estable de l'empresa familiar	47
4.1 Òrgans típics o generals en el dret espanyol de societats: els consellers independents i les comissions delegades	48
4.2 Funcions dels òrgans específics de l'empresa familiar: la creació de fòrums per als familiars	52
4.3 L'exercici del comandament a les empreses familiars: propietat i gestió	55
5. Pactes entre socis familiars	63
5.1 Introducció	64
5.1.1. L'elecció del tipus societari	64
5.1.2. Pactes socials i parasocials	65
5.2 Pactes estatutaris més característics de la societat familiar	67
5.2.1. Pactes estatutaris relatius a la transmissió, la successió, l'accés a la sortida de la societat	67
5.2.1.1 Transmissió d'accions i participacions	67
5.2.1.2 Venda conjunta d'accions i participacions	71
5.2.1.3 Usdefruit d'accions i participacions	72
5.2.1.4 Separació i exclusió de socis	73
5.2.1.5 Pactes a favor de la desinversió i de l'obtenció de liquiditat	74
5.2.2. Pactes estatutaris relatius a l'organització i el funcionament de la societat familiar	77
5.2.2.1 Prestacions accessòries	77
5.2.2.2 Accions privilegiades i participacions desiguals	78
5.2.2.3 Clàusules delimitadores de l'accés al càrrec d'administrador o conseller	79
5.2.2.4 Repartiment de dividends	80
5.2.2.5 Reforçament de quòrum i majories de votació al òrgans socials i limitacions al dret d'assistència del soci	80
5.3 La inoposabilitat a tercers dels acords parasocials	82

6. Finançament de l'empresa familiar	85
6.1 Introducció	86
6.2 Finançament amb recursos propis	88
6.2.1. Introducció. Capital risc	88
6.2.2. Mercat de valors	93
6.3 Finançament amb recursos aliens. El préstec participatiu	96
6.4 L'empresari davant la crisi	98
6.5 Normativa per a la prevenció de la crisi d'empreses	100
6.5.1. Insolvència patrimonial	100
6.5.2. Insolvència financera	101
6.6 La recuperació de les empreses en crisi o la liquidació	103
6.6.1. Convenis extrajudicials	103
6.6.2. Procediments concursals	104
7. La tributació de les empreses familiars	107
7.1 Introducció	108
7.2 Exempció en l'impost sobre el patrimoni de béns i drets associats a una activitat empresarial o professional	112
7.3 Exempció de l'impost sobre el patrimoni de les participacions de determinades entitats.	115
7.4 Bonificació en la base imposable de l'impost sobre successions i donacions per transmissió <i>mortis causa</i>	123
7.5 Reducció en la base imposable de l'impost sobre successions i donacions per transmissió <i>inter vivos</i>	126
7.6 Esquemes organitzatius fiscalment eficients i societats <i>holding</i>	129
7.7 Política retributiva de directius	132
7.7.1. Stock Options	132
7.7.2. Lliurament d'accions	137
7.7.3. Phantom Shares	139
7.8 Comentaris finals	141
8. El Protocol familiar	143
8.1 Introducció	144
8.2 Els mètodes d'anàlisi sistemàtica de l'EF	146
8.3 Concepte i naturalesa del Protocol familiar	149
8.4 Contingut del Protocol familiar	151
8.5 Instruments jurídics de desenvolupament del Protocol familiar	153
8.6 Metodologia de treball	158
8.7 Reflexions i consideracions finals	159
9. Recapitulació	161
9.1 Introducció	162
9.2 Estatut –concepte– de l'empresa familiar	163
9.3 Govern estable de l'empresa familiar	165
9.4 Pactes entre accionistes i familiars	166
9.5 Finançament (i crisi) de l'empresa familiar	167
9.6 La tributació de les empreses familiars	168
9.7 El Protocol familiar	169
10. Un decàleg per a les empreses familiars (no cotitzades)	171
Bibliografia	173

1 Preàmbul

Emili Cuatrecasas Figueras
Soci director de Cuatrecasas

Preàmbul

Aquest llibre té com a objectiu endinsar-se en l'estudi, encara incipient, del govern de l'Empresa Familiar des d'una perspectiva exclusivament jurídica. En conseqüència, el lector no haurà de buscar-hi consideracions de tipus sociològic, econòmic o gerencial, que, sens dubte, també s'hauran de tenir en compte a l'hora d'encaixar les diferents peces del bon govern a les Empreses Familiars.

Des de la nostra perspectiva, hi ha dos eixos a l'entorn dels quals s'articulen les nostres tesis: d'una banda, l'acceptació general del fet que moltes de les recomanacions per al bon govern -que està tan en voga en aquests temps- que s'adrecen a les societats cotitzades, també són aplicables a les societats no cotitzades, siguin de la mida que siguin; d'altra banda, la constatació de l'existència d'una idiosincràsia particular que diferencia les Empreses Familiars d'aquelles que no ho són.

En aquest sentit, podem assenyalar que és, precisament, a les Empreses Familiars on més sovint cal abordar situacions en què es plantegen conflictes d'interessos entre l'empresari i la seva família, d'una banda, i l'empresa, com a institució, d'una altra. És, també, en aquest tipus de societats on amb més freqüència es troben líders carismàtics l'èxit inicial dels quals dificulten la professionalització i la col·legiació dels òrgans de govern de l'empresa. Són, també, les Empreses Familiars les que viuen amb més intensitat la relació que es crea entre l'empresa i els seus treballadors, clients, proveïdors, bancs i entorn sociològic en general. Finalment, és a les Empreses Familiars on se superen amb més dificultat la successió del comandament i el canvi en la composició del capital.

Per aquestes i per altres raons, ens ha semblat oportú intentar, almenys, fer algunes aportacions a l'anàlisi de la realitat tan complexa que representen les Empreses Familiars, tan nombroses, a més, al nostre país que no s'ha considerat oportú dotar-les d'un estatut jurídic específic, entre altres raons perquè el seu seria, s'ha dit, l'estatut jurídic general. Com és lògic, en la nostra anàlisi -exclusivament jurídica, com ja hem dit- hem partit de la normativa vigent i de les recomanacions (*Informe Olivençia o Informe Aldama*) de què disposem en aquest país. També hem tingut en compte els països del nostre entorn en els quals el Corporate Governance és, des de fa més temps, una disciplina que ha merescut una atenció especial. Fora d'això, el nostre enfocament és, fonamentalment encara que no exclusivament, societari ja que abordem també algunes qüestions fiscals i financeres aplicables especialment a les Empreses Familiars.

Atès el tema que s'hi estudia, el contingut del llibre gira més a l'entorn del control de l'empresa per part d'una família, la configuració dels estatuts socials per mantenir aquest control i l'oportunitat de separar propietat i gestió, que no pas al voltant de l'autoregulació dels mercats i la transparència de la gestió. Tanmateix, també autoregulació i transparència són principis aplicables a l'Empresa Familiar, que cada vegada és més objecte d'inversió per part dels inversors institucionals de capital de risc.

2 Introducció

Francisco Vicent Chuliá

Soci de Cuatrecasas

Catedràtic de Dret Mercantil de la Universitat de València

2.1. Crisi i reforma del govern corporatiu: abans i després d'ENRON

El bon govern de les societats és avui una idea-força que inspira un ampli moviment de reformes legals i autoreguladores orientades a millorar l'organització i el funcionament de les empreses, i la protecció de tots els ciutadans que hi tenen interessos –fins i tot dels qui no hi tenen *drets*: només interessos legítims. Per tant, el bon govern segueix un doble mètode: el governatiu, legislatiu o de plans polítics, i el de l'autoregulació; el de la societat política –els *poders públics*– i el de la societat civil.

Malgrat l'heterogeneïtat de les matèries que comprèn, la definició del bon govern de les societats és bastant pacífica:

*“corporate governance ... generally ... involves the mechanisms by which a business enterprise, organised in a limited liability corporate form, is directed and controlled”.*¹

El bon govern es distingeix del *business management* –gestió del negoci– i de la *corporate responsibility* –responsabilitat empresarial–, malgrat l'evident relació que hi manté.²

La preocupació per la millora del govern de les societats centra sobretot l'atenció en una part concreta del dret de societats, la referent a les relacions entre els administradors, la direcció, els accionistes i els altres interessats en el govern de la societat. D'aquest nucli essencial s'estén a les normes de transparència, com són les normes comptables i d'informació financera. Aquesta delimitació de la matèria procedeix de la doctrina nord-americana i és acceptada com a punt de partida.

El Codi de bon govern de l' OCDE, *The OECD Principles of Corporate Governance*, publicat el juny de 1999 –potser el més important publicat fins ara i de vegades no esmentat– dona la següent definició del bon govern de les societats:

*“Corporate Governance is the system by which business corporations are directed and controlled”. “The corporate governance structure specifies the distribution of rights and responsibilities among different participants in the corporation, such as the board, managers, shareholders and other stakeholders, and spells out the rules and procedures for making decisions on corporate affairs. By doing this, it also provides the structure through which the company objectives are set, and the means of attaining those objectives and monitoring performance”.*³

Els codis de bon govern s'han multiplicat. Als Estats Units destaquen els *Principis del govern corporatiu: anàlisi i recomanacions*, redactats per l'American Law Institut.⁴ L'era post-Enron la Llei Sarbanes/Oxley de 30 de juliol de 2002 ha estat aplicada pels operadors dels mercats de valors amb nombrosos Codis autorregulatoris (NYSE o Borsa de Nova York, NASDAQ).

A Europa, a finals de l'any 2001 hi havia fins a 35 codis de bon govern, dels quals la consultora nord-americana Weil, Gotshal & Manges, per encàrrec de la Comissió Europea, en va fer un estudi comparatiu.

Pel que fa a la naturalesa dels redactors, la consultora esmentada ha fet la classificació següent, segons es tracti de:

1) Un organisme governamental: Bèlgica, Comissió de la Banca i Finances –1998–; Portugal, Comissió del Mercat de Valors –1999–; Finlàndia, Ministeri de Comerç i Indústria –2000.

¹ El govern corporatiu (...) generalment (...) implica els mecanismes pels quals un negoci empresarial, organitzat en una forma societària de responsabilitat limitada, és dirigit i controlat.

² Weil, Gotshal & Manges LLP, in consultation with EASD-European Association of Securities Dealers & ECGN –European Corporate Governance Network: Comparative Study of Corporate Governance Codes Relevant to the European Union And Its Member States, on behalf of the European Commission. Internal Market Directorate General. January 2002, Final Report & Annexes I-III, p. 1.

³ The OECD Principles of Corporate Governance –Questions & Answers, file: //: Documents Q&As. htm, de l'1 de juliol de 1999–: “El govern corporatiu és el sistema pel qual les societats són dirigides i controlades. L'estructura del govern corporatiu especifica la distribució dels drets i de les responsabilitats entre els diferents participants en la societat, com ara el Consell, els directius, els accionistes i altres interessats, i assenyalava les regles i els procediments per adoptar decisions sobre els negocis socials. En fer això, també proporciona l'estructura mitjançant la qual són fixats els objectius de la companyia i els mitjans per assolir aquests objectius i per controlar-ne l'execució.

2) Una comissió nomenada pel Govern: Espanya, Informe Olivencia –1998–; Grècia, Informe Mertzanis –1999–; Dinamarca, Informe i recomanacions –2001–; Alemanya, Esborrany d'informe de la Comissió Cromme –2001.

3) Una comissió relacionada amb la borsa: Bèlgica, Informe *Cardon* –1998–; Itàlia, Informe Preda –1999.

4) Una comissió relacionada amb la borsa i una associació sectorial, empresarial, d'inversors o d'experts: Regne Unit, Informe Cadbury –1992–; Holanda, Informe Peters –1997–; Regne Unit, *Combined Code* –1998–, Informe Ampel –1998– i Informe Turnbull –1999.

5) Una associació sectorial, empresarial, d'inversors o d'experts: Regne Unit, Institut d'Administradors –1991– i Informe Greenbury –1995–; França, informes Viénot I –1995– i Viénot II –1999–; Finlàndia, Cambra de Comerç; Bèlgica, Federació Belga d'Empreses –1998–; Alemanya, Codi iniciativa de Berlín –2000– i Normes del panel Alemany –Borses, 2000–; Grècia, Federació Grega d'Indústries.

6) Associacions de directius: Bèlgica, Carta del director –2000.

7) Associacions d'inversors: Regne Unit, Comitè d'Inversors Institucionals –1991–; Holanda, Recomanacions VEB –1997–; França, Comissió Hellebuyck –1998, actualitzada el 2000–; Irlanda, guies *IAIM* –1999–; Suècia, Associació Sueca d'Inversors –1999–; Dinamarca, Associació Danesa d'Inversors –2000–; Regne Unit, Codi NAPF –2000– i Codi AUTIF –2001–; Holanda, *Guia SCGOP* –2001.

8) Assessors de l'inversor: Regne Unit, Guia *PIRC* –1994, actualització de 2001.

9) Inversors en associació amb altres grups d'inversors: Regne Unit, Declaració Hermes –1997, actualitzada el 2001.

El contingut i l'orientació de tots aquests documents és semblant: recomanen l'adopció voluntària de bones pràctiques, publicació d'informació, criteris per a la retribució de directius, selecció de les inversions i actuacions dels accionistes.

L'informe de Weil, Gotshall & Manges arriba a la conclusió que les diferències entre les iniciatives sobre govern corporatiu podrien crear incertesa, tant per a les companyies com per als inversors, però això es deu sobretot a la diferència de les legislacions i d'idiosincràsia dels pobles europeus i, per tant, no és indispensable la total unificació sinó solament l'harmonització. Distints dels Informes o Codis de Bon Govern són els Informes sobre Reforma del Dret de Societats, des de l'Informe del *Steering Group for a Modern Company Law* en el Regne Unit (1999-2000) fins a l'*Informe Aldama* en el Regne d'Espanya, publicat el 8 de gener de 2003. Entre aquests informes cal destacar, sobretot, l'*Informe Jaap Winter* sobre la reforma del Dret de societats europeu. De forma paral·lela s'han anat promulgant Lleis importants en la matèria en els Estats europeus, de les quals hem de destacar: a Alemanya, la *Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich*, d'abril de 1998 (KoTraG), i la *Transparenz und Publizitätsgesetz*, de juny de 2002; a Itàlia, el *Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, de febrer de 1998, i la *Legge di Delega al Governo per la riforma del diritto societario*, d'octubre de 2001; i a França, la *Loi relative aux nouvelles régulations économiques*, de maig de 2001, junt a d'altres Lleis, desenvolupades per Decrets. Mentrestant, l'Estat espanyol havia perdut la vocació legislativa en matèria de societats mercantils, amb el plantejament que el Govern va fer en el moment de nomenar la Comissió Olivencia. Situació que ha canviat en l'era post-Enron (i post-Gescartera), al 2002 i 2003.

En efecte, el setembre de 2001 la Comissió Europea va crear un High Level Group of Company Law Experts,⁵ al qual va encarregar un estudi sobre les solucions relatives, d'una banda, a les OPA, les conclusions del qual van ser presentades el 10 de gener de 2002 i, d'altra banda, sobre recomanacions per a la *Modern regulatory european law framework*, en una àmplia llista de temes. El capítol 3, sobre temes específics, s'ocupa en primer lloc de la *corporate governance* –a continuació segueixen: informació dels accionistes, comunicació y adopció de decisions; alternatives a la formació i integritat del capital; funcionament dels grups de societats, modificacions estructurals i mobilitat; la societat privada europea –*european private company*–, com a figura que s'afegiria a l'AEIE i a la SAE, i, finalment, cooperatives i altres formes d'empresa.

⁴ *American Law Publishers, St. Paul, Minnesota, 1994; la traducció castellana a Gaudencio Esteban Velasco, El gobierno de las sociedades cotizadas, col·lecció "Garrigues&Andersen", Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 1999, p. 861-894.*

⁵ *A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe: A Consultative Document of the High Level Group of Company Law Experts. El Grup va ser integrat per Jaap Winter, president; José María Garrido García, Klaus J. Hopt, Jonathan Rickford, Guido Rossi, Jan Schans Christensen y Joëlle Simon –Rapporteur, Dominique Thienpont; Secretariat, Karel Van Hulle.*

En matèria de govern corporatiu, el Grup suggereix com a temes principals: la millor informació dels accionistes i creditors, en especial millor informació de les estructures de bon govern i de les pràctiques, incloent-hi la remuneració dels membres del consell –tret del règim de les *stock options*, que tractarà una futura Directiva sobre abusos de mercat–; reforçar els drets dels accionistes i la protecció de la minoria, sobretot, donant suport al dret de vot amb procediments especials d'investigació; reforçar els deures del consell, en especial el deure de comptabilitat dels administradors quan la societat esdevé insolvent; i la necessitat d'un Codi de bon govern europeu o, almenys, la coordinació dels codis nacionals a fi d'estimular el desenvolupament de les millors pràctiques i la convergència entre aquells. El Grup va donar suport al reforçament del control intern i de l'auditoria externa, però sense endinsar-s'hi, tot reconeixent que aquesta és matèria de l'actual atenció directa de la Comissió Europea.

Espanya té encara un sol codi de Bon Govern de les Societats, el Codi Olivencia, igual que Irlanda, Itàlia, Portugal i Suècia. En canvi, en tenen dos Dinamarca, Finlàndia i Grècia; tres, Alemanya, França, i Holanda; quatre, Bèlgica, i onze el Regne Unit⁶. Àustria i Luxemburg encara no en tenen cap.

L'*Informe Aldama* presenta grans diferències amb l'*Informe Olivencia*: de moment històric (abans i després d'Enron), de contingut (consell d'administració i reforma de tot el Dret de societats, tret de l'auditoria, que ja havia estat modificada per la Llei 44/2002), de destinataris preferents (les societats i el legislador) i de procediments de regulació (Codi deontològic de recomanacions per a l'autoregulació del consell front a la proposta de l'*Informe Aldama* de disposicions legislatives en nombroses matèries, completades amb l'autoregulació, mitjançant els Reglaments de la junta general i del consell).

El bon govern de les societats ha tingut com a objecte principal les societats cotitzades, on es produeix un profund divorci entre propietat i poder de decisió, amb degeneracions del model normatiu com ara les relacions d'agència, l'absentisme racional dels accionistes (degut als costos que els produiria l'exercici dels seus drets polítics) i un freqüent descontrol front als abusos i a la fugida de la institució –crisi del mercat de valors–.

Per això, a Espanya, a proposta de la CNMV, el Consell de Ministres va acordar, el 28 de febrer de 1997, la creació d'una Comissió Especial per a l'Estudi d'un Codi Ètic dels Consells d'Administració de les Societats, presidida pel professor Manuel Olivencia, que va presentar el seu informe el mes de febrer de 1998.⁷ Cal remarcar que el Codi Olivencia no va destinat exclusivament a les societats cotitzades, malgrat que la CNMV el va publicar amb aquesta denominació, destí o limitació.

El Codi Olivencia, a més, no va tenir una gran acceptació immediata entre les societats cotitzades a les quals anava especialment destinat. Poques d'elles varen incorporar la totalitat de les recomanacions –sobretot, la d'informar sobre la retribució individual de cada conseller. Per exemple, *Analistas bursátiles* ha analitzat el grau d'acceptació de les recomanacions del Codi Olivencia per les societats de l'Ibex 35, i les ha classificat en quatre grups, de major a menor acceptació, tenint en compte, sobretot, l'organització i el funcionament del consell, els sistemes de retribució dels administradors i les mesures de defensa anti-OPA. L'estudi constata que entre els inversors hi ha una convicció cada vegada més sòlida de la relació entre el compliment dels codis de bon govern i l'optimització del valor de l'acció, i ha comprovat que les societats amb millor compliment han tingut un millor comportament en borsa, malgrat que algunes cotitzen en el Nou Mercat. Però, el 40 % de les societats de l'Ibex no complien les recomanacions del Codi Olivencia.⁸

Tanmateix, un estudi-enquesta de la firma de caçatalents Spencer Stuart constatava al 2002 una millora en les pràctiques de bon govern de les societats –per exemple, resulta que el 37% declaren tenir consellers independents, front al 20% el 1997; i que tenen comissió d'auditoria el 76%, front al 27% el 1997–; però s'indiquen limitacions, com ara que el 50% dels consellers independents no intervenen en els consells i, sobretot, el temor que es tracti de mesures formals de cara a la galeria.⁹ Al 2003 algunes societats bancàries han decidit aplicar totes les recomanacions del Codi Olivencia,

⁶ Expansión, 27 de maig de 2002, p. 29.

⁷ Era formada, a més, per Pedro Ballvé, Eduardo Bueno, José María López de Letona, Cándido Paz-Ares, Víctor Pérez Díaz, Enrique Piñel y Jesús Platero, essent-ne sotspresident Luis Ramallo i secretari Antonio Alonso Ureba.

⁸ Vegeu Cinco Dias, 16 de febrer de 2002, p. 11.

⁹ Vegeu Expansión, 21 de febrer de 2002, p. 11, i 27 de maig de 2002, amb sengles quadres comparatius dels consells de les majors societats espanyoles.

¹⁰ La mateixa Comisión Aldama reconeix que: "Al cabo de cuatro años no se sabe con precisión hasta qué punto ha sido efectivamente aplicado –l'Informe Olivencia."

¹¹ Vegeu el resum d'Expansión, de 20 de juliol de 2002. Cal destacar-hi: el percentatge minvant de capital social per a exercir els drets de minoria o de quota; prohibició d'establir màxim estatutari de vots; junta general presidida per un conseller independent, amb assistència obligatòria de l'auditor, que haurà de respondre les preguntes, possible assistència d'un representant de la CNMV i acta notarial preceptiva; regulació de les associacions d'accionistes i dels pactes parasocials i de la seva transparència, mitjançant la comunicació a la CNMV i la inscripció en el Registre Mercantil.

fins i tot la publicació de la retribució individual de cada conseller, i suprimir algunes de les més fortes defenses anti-opa, com el límit dels vots d'un accionista o grup de societats en junta general.

Aquesta situació de bloqueig del Codi Olivencia fins ara ha estat, alhora, causa i símptoma de la profunda crisi del sistema.¹⁰

D'altra part, el legislador no ha imposat el deure "complir o explicar" que podria haver donat més transparència al bon govern de les societats cotitzades i una pressió més gran al mercat per obligar-les a aplicar les recomanacions del Codi.

L'Informe Aldama de 8 de gener de 2003 ha estat acollit com una alternativa autorregulatòria neoliberal, front a la *Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles*, de la *Comisión General de Codificación*, redactada per una Ponència formada pels professors Sánchez Calero, Bercovitz i Rojo, presentat el 6 de novembre de 2002.

Tanmateix, cal no exagerar les diferències entre ambdós documents, tenint en compte que avui es reconeixen com a indispensables profundes reformes legislatives i que dels quinze membres de la Comissió Aldama nou són o han estat professors universitaris –com els mateixos Sánchez Calero i Bercovitz-. L'*Informe Aldama* exigeix regular legislativament moltes matèries: deures d'informació de la societat, destacant-ne el de "complir o explicar" en punt a un Codi de Bon Govern de referència, deures de lleialtat i de diligència dels administradors, conflictes d'interessos i altres. Solament en l'estructura i funcionament dels òrgans socials confia –coincidint amb una metodologia universal, que també segueix l'*Informe final Jaap Winter*-. És més, la *Proposició no de Llei transaccional* de tres Grups Parlamentaris del Congrés dels Diputats (Popular, Socialista i Català) exigeix regular millor en aquesta VII Legislatura l'oferta pública d'adquisició de valors (OPA), en paral·lel amb la Proposta de Directiva de 2 d'octubre de 2002, així com incorporar les noves tecnologies de la comunicació al funcionament de les societats (BOCE, Congrés dels Diputats, 9.10.2002). Es tracta de matèries molt relacionades amb el bon govern de les societats.

Als EEUU, la Nova Economia, alimentada per una informació *virtual*, va impulsar la tendència als abusos. La deontologia dels grans accionistes, administradors, auditors i altres experts no va poder omplir el buit d'institucions jurídiques que fossin autènticament independents: el consell d'administració, els auditors, els bancs de negocis, la SEC.

Això explica el cas ENRON - Andersen, que va esclatar el 2 de desembre de 2001, i altres igualment gravíssims i, pel que fa a Espanya, el cas Gescartera. Tot i ser aïllats –com sembla demostrar el fet que els administradors de la pràctica totalitat de les grans societats nord-americanes han jurat la veracitat dels comptes, d'acord amb l'exigència de la Llei Sarbanes-Oxley, de 25 de juliol de 2002– la confiança dels inversors en el sistema serà difícil de recuperar.

A Espanya l'efectivitat de la incorporació de les vint-i-tres recomanacions del Codi Olivencia en les societats cotitzades resta insuficient i, potser, insincera, sobretot en algun punt sensible, com és el nomenament d'autèntics consellers independents.

Per això, la Proposta de codi general de les societats mercantils, redactada per la Comissió General de Codificació en els darrers anys i publicada el 6 de novembre de 2002, pretén imposar per via normativa moltes d'aqueixes recomanacions, com ara les relatives a la composició del consell d'administració, cosa que ha estat molt criticada.¹¹

Igualment, la nova Llei financera té per finalitat convertir algunes de les dites recomanacions en normes obligatòries: per exemple, les societats cotitzades hauran de crear comitès d'auditoria, que entre altres funcions proposaran a la junta general el nomenament d'auditor; i els comptes anuals informaran sobre els honoraris pagats a l'auditor pels diferents serveis que presta a la societat auditada.¹²

Finalment, i a fi d'impulsar l'aplicació pràctica del Codi Olivencia, el Govern espanyol va nomenar el 19 de juliol de 2002 la Comissió de Transparència Empresarial –Comissió Aldama–, per al foment de la transparència i seguretat en els mercats financers i societats cotitzades, que el passat 8 de gener de 2003 va publicar el seu informe.¹³

¹² Vegeu *Expansión*, 27 de maig de 2002, p. 28.

¹³ Era presidida pel senyor Enrique de Aldama, un dels onze sotspresidents de la CEOE, i formada, a més, pels senyors Aldo Olcese, Cándido Paz-Ares, Federico Durán, Alvaro Cuervo i Maximino Carpio, i secretari, el senyor José M. Garrido García, secretari de la CNMV.

Tots aquests estudis tenen gran transcendència per a l'organització jurídica futura de la societat familiar, que podem definir, en principi, com a *societat de capital sotmesa al control d'un grup familiar*. Cal recordar, per exemple, que una part important de les societats cotitzades de l'Ibex 35 són societats familiars: Ferrovial, Gamesa, Inditex, Sol Meliá, Adolfo Domínguez, Campofrío, Uniland, etcètera.

Tanmateix, encara que bona part de les empreses familiars organitzades en forma de societat anònima o de societat de responsabilitat limitada no son cotitzades, els problemes d'organització jurídica que s'hi plantegen demostren la conveniència d'incorporar-hi, també, les regles del bon govern, definides sobretot en consideració a les cotitzades.

2.2. Els codis de bon govern

Els OECD Principles of Corporate Governance són l'informe o codi de bon govern de major abast publicat fins ara, perquè abans només hi havia informes d'abast estatal. Els OECD Principles cobreixen cinc aspectes bàsics del *corporate governance*. En anglès són els següents:

- 1) The Rights of Shareholders –els drets dels accionistes.
- 2) The Equitable Treatment of Shareholders –el tracte paritari als accionistes.
- 3) The Role of Stakeholders –el paper dels que suporten l'empresa.
- 4) Disclosure and Transparency –declaracions i transparència.
- 5) The Responsibilities of the Board –les responsabilitats del consell.

Cada una d'aquestes parts conté una enumeració de principis i a continuació les *Annotations*, que els comenten, per fer comprendre la *ratio legis* –*the rationale*– dels principis.

Els Principis de bon govern de les societats de l'OCDE contempnen prioritàriament les societats cotitzades –*publicly traded*–, però també poden ser útils per a les societats tancades i per a les societats de capital públic. Van adreçats fonamentalment als governs preocupats per avaluar i millorar la regulació legal, institucional i reglamentària –*regulatory*– que afecta la *corporate governance*, sobretot del dret de societats, del mercat de valors, d'informació i transparència financera, i de normes comptables; però també van adreçats, com a destinataris, al mercat de valors, inversors, societats i altres interessats a desenvolupar el bon govern de les societats.

Els Principis OCDE no són obligatoris i no aspiren a convertir-se en normes detallades de la legislació estatal: "They represent the core elements that OECD countries consider essential for good corporate governance and are expected to be applied in accordance with national and corporate specific circumstances."¹⁴ Constitueixen un *international benchmark* que s'adapta a diferents models legislatius i permet als estats i als particulars adaptar-los a llurs necessitats. Constitueixen "The first inter-governmental attempt to develop a set of international standards for corporate governance. Their broad backing and high-level recognition will provide a unique international reference point for policy-makers, regulators and practitioners (...); they are not intended to substitute for any governmental or private sector initiatives to identify more detailed *best practices*."¹⁵

El bon govern de les societats és una matèria de preocupació interdisciplinària: no és competència exclusiva dels economistes i experts en organització i gestió d'empreses. També és *competència dels juristes*, en la seva doble funció d'enginyers socials que garanteixen la validesa de les solucions dels operadors del mercat, d'acord amb les normes vigents, i de promotors de normes noves, una funció que els permet realitzar el seu coneixement de les limitacions de les normes vigents i la recerca d'alternatives.

Això revela fins a quin punt fou errònia l'afirmació de Posner sobre la pèrdua de pes específic del dret en la societat industrial i postindustrial. Al contrari, no solament el progrés tecnològic, econòmic, social i polític enlaira, en la pràctica, la funció del dret per establir i resoldre conflictes d'interessos –i augmenta la feina dels juristes, advocats i jutges–, sinó que en l'àmbit científic és necessària la recerca de normes clares, eficients i justes. El que tenim al davant, amb la *crisi post-Enron*, és una forta demanda de dret, de formulació de normes preestablertes, en una funció preventiva de litigis, sigui a càrrec d'agències públiques –parlaments i governs, com ara, la Comunitat Europea– o sigui a càrrec d'agències privades. Sobretot, amb la massiva creació de comissions, d'iniciativa pública o privada, que elaboren codis o models d'*autoregulació*. I, no gensmenys, de treball de permanent interpretació d'aquestes normes, que s'insereix en el sistema de normes previgent.

Tots els informes sobre el govern de les societats que han elaborat en els darrers deu anys comissions designades per iniciativa pública o privada constaten l'existència d'un *escenari històric pecu-*

¹⁴ Representen els elements bàsics que els països de l'OCDE consideren essencials per al bon govern corporatiu, i s'espera que s'apliquin d'acord amb les circumstàncies específiques nacionals i corporatives.

¹⁵ The OECD Principles of Corporate Governance -Questions and Answers-, cit., síntesi de les idees més importants dels apartats 5 a 12. "El primer intent intergovernamental de desenvolupar un grup d'estàndards internacionals per al govern corporatiu. La seva àmplia configuració i el seu alt reconeixement proveiran una referència internacional única per als polítics, reguladors y pràctics (...); no es pretén que substitueixin cap iniciativa governamental o del sector privat per establir millors pràctiques més específiques."

liar de crisi, definit pels següents factors: escàndols financers, deguts a la ineficàcia dels sistemes de control en les empreses; desconeixement pels propis membres dels consells d'administració de la mala gestió, i escassa informació dels consellers.

Enfront d'això, veiem la pressió creixent dels mercats financers i laborals exigint una monitorització o control de les empreses, sobretot després de la privatització de nombroses empreses públiques, de l'obertura dels mercats de valors a la competència mundial –Llei 37/1998, de 17 de novembre, de reforma de la Llei del mercat de valors–; la sortida a borsa d'empreses que adés es finançaven amb capitals propis o amb crèdit bancari, com ara les empreses familiars –objecte de atenció prevalent en el present estudi– i les empreses de l'economia social –caixes d'estalvis i cooperatives, mútues d'assegurances i mutualitats de previsió social, que adopten estratègies pròpies de *desmutualització moderada*, creant societats filials de capital on es concentren les inversions o que tenen la missió de cotitzar en borsa–; la desregulació, externa i interna, i l'augment de la competència; la necessitat d'adaptar-se a les noves tecnologies, incorporant fins i tot enginyers i científics als consells d'administració per tal que ajudin a esbrinar les millors decisions estratègiques en recerca i desenvolupament; la creixent hegemonia de la societat civil, amb el progrés de mètodes de creació de normes mitjançant l'autoregulació, sobretot en l'àmbit internacional: les normes comptables internacionals i la nova *lex mercatoria* en el camp contractual.

També hi ha una demanda de noves normes, a dins dels propis dels estats, en substitució de la legislació vigent, desacreditada pels seus nombrosos vicis: per la seva lentitud, pel mal treball legislatiu degut a la manca de ciència de la legislació y de tècnica legislativa, amb les seqüeles de pol·lució legislativa, confusió normativa i superjuridificació de la vida econòmica. Evoquem aquí múltiples lleis en matèria de societats que no resolen els problemes; per exemple, la proliferació de lleis sobre cooperatives, la freqüència del fenomen de *normes errònies* i la lentitud a corregir-les, l'agreujament de les responsabilitats dels administradors en la legislació i en la jurisprudència recents, per tal de compensar la ineficàcia de les normes de control. En el camp de les societats mercantils la proliferació de lleis no s'atura, com ho demostra la Llei 7/2003, d'1 d'abril de 2003, de societats limitades Nova Empresa (sobre el procés d'elaboració d'aquesta Llei, veure el Projecte inicial, en BOCE, Congrés dels Diputats, 14.6.2002; l'aprovació per la Comissió del Congrés amb competència plena (BOCE Congrés dels Diputats, 27 de desembre de 2002, Núm. 98-13, pàgs. 59 i ss.), i les Esmenes presentades al Senat (BOCE. Senat, 12 de febrer de 2003, Núm. 101 (b), pàgs. 13 i ss.). La Llei 7/2003 d'1 d'abril de 2003 ha estat publicada al BOE nº 79, del 2 d'abril de 2003). En canvi no s'ha confirmat la preparació d'un altre projecte de Llei sobre Estatut de l'Empresa Familiar. La Llei 7/2003 ha modificat i afegit normes a la Llei 2/1995 de societats de responsabilitat limitada, que faciliten l'organització jurídica de l'empresa familiar en forma de Societat Limitada Nova Empresa i en forma de Societat Limitada normal, en punts com ara l'adquisició derivativa de participacions, la regulació de les participacions sense vot i la possibilitat d'inscriure al Registre Mercantil el Protocol Familiar, pendent de desenvolupament reglamentari.

En tot cas, en els estudis sobre la matèria del bon govern de les societats s'arriba a la conclusió que normes legals i codis ètics o autoreguladors s'han de combinar i obtenir d'aquesta combinació sinergies positives.¹⁶ De tota manera, l'Informe de la Comissió Aldama tant per l'encàrrec rebut i pel moment històric en que se publica ha hagut de proposar reformes legislatives, per més que siguin ben modestes -l'Agenda d'Aldama ja era modesta- si les comparem amb les reformes legislatives recents d'altres països, abans esmentades. En part són recollides en un Projecte de Llei que ara és objecte de debat parlamentari: *Projecte de Llei per la que es modifica la Llei 24/1988, de 28 de juliol, del Mercat de Valors, i el Text Refós de la Llei de Societats Anònimes, aprovat pel Reial Decret Legislatiu 1564/1989, de 22 de desembre, amb el fi de reforçar la transparència de les societats anònimes cotitzades*. (Veure el Projecte de Llei en el BOCE, Congrés dels Diputats, de 28 de març de 2003, Sèrie A, n. 137-1). En aquest sentit s'expressa també l'Informe Jaap Winter, que recomana una major presència de normes legals en les societats cotitzades i més autoregulació en les societats tancades, partint d'una classificació tipològica en societats cotitzades, societats obertes i societats tancades.¹⁷

Concretament, en el capítol III, *corporate governance*, després de fer algunes valuoses observacions, l'Informe formula setze recomanacions, vàlides sobretot – però no només - per a les societats cotitzades, per determinar el grau d'autenticitat del bon govern:

¹⁶ El propi Informe Aldama conclou: "... algunas de las recomendaciones que formula tendrían un más adecuado soporte con una regulación heterónoma que contuviese mandatos cuyo cumplimiento no dependiera sólo de la libre y voluntaria determinación de la empresa afectada", -p. 48.

¹⁷ Informe, p. 4 a 6.

- 1) Presentar, amb els comptes anuals, un informe sobre les regles de *corporate governance* que apliquin, indicant el codi nacional –autoregulator– o les normes legals i les seves desviacions.
- 2) Mantenir una secció en el seu *web*, on publicaran la informació per als accionistes segons les recomanacions del capítol II, en especial la relativa a les juntes, facilitant donar representacions –proxies– i instruccions de vot *on-line*.
- 3) Comunicar els procediments per plantejar preguntes i contestar-les i fer propostes a la junta; això es posa en relació amb el dret d'exclusió –*squeeze-out right*– de la majoria i el dret de venda –*sell-out*– de la minoria.
- 4) Facilitar el vot *in absentia*, directe o per representant, per mitjans electrònics –per més que el Grup no ho aconsella en les situacions transfrontereres, per la complexitat actual del marc normatiu aplicable.
- 5) Serà autoritzada, no obligada, la participació en la junta general per via electrònica, i els estats podran prescindir de la reunió física de la junta, però sempre mitjançant un acord previ de la junta per majoria reforçada.
- 6) Seguint les recomanacions d'un altre grup d'experts, el vot transfronterer ha de ser facilitat.
- 7) Els inversors institucionals han de ser obligats a informar sobre la seva política d'inversions i de l'exercici del dret de vot.
- 8) S'ha de reconèixer el dret dels seus accionistes en junta general, o dels que posseeixin el 5% o el 10% del capital, a sol·licitar d'un tribunal o autoritat administrativa que ordeni una investigació especial, amb una normativa-marc comunitària que permeti dur-la a cap, en l'àmbit de totes les societats i del grup de societats.
- 9) Les cotitzades, i les no cotitzades, han de poder triar entre les formes d'administració monista o dualista –*one tier/two tier*.
- 10) El nomenament i retribució dels administradors i l'auditoria de la comptabilitat han de ser decidits exclusivament per consellers no executius o supervisors que siguin en la seva majoria independents; la Comissió Europea ha de publicar aviat una Recomanació als estats membres per tal que tinguin normes en la seva legislació o en els codis de bon govern amb aquest fi, que siguin aplicats sobre la base del *comply or explain* –compliment o explicació de per què no es compleixen– com a mínim; aquesta Recomanació ha d'incloure principis sobre la independència i podria incloure una llista de relacions que podrien qualificar un administrador de no independent, i les societats han de ser obligades a comunicar quins dels seus administradors consideren que són independents i per quines raons; també hauran de comunicar quan es proposa un nou administrador; hauran d'incloure en l'informe anual sobre bon govern una descripció –*profile*– de la composició del consell d'administració i hauran d'explicar per què els administradors no executius o supervisors estan qualificats per ocupar els càrrecs respectius; aquesta mateixa informació s'haurà de facilitar en les propostes per al nomenament original i les societats hauran d'informar obligatòriament dels càrrecs que aquells tenen en altres societats.

Altres consideracions són:

- 11) La política de remuneració dels administradors ha de ser explicada en els comptes anuals i ha de ser un punt de discussió en l'ordre del dia de la junta ordinària; s'ha d'informar sobre la remuneració individual dels administradors, tant executius com no executius; la junta general ha d'aprovar els plans d'opcions sobre accions i els comptes anuals hauran de reflectir el seu cost, seguint una norma-marc comunitària i la Comissió Europea ha d'adoptar una Recomanació definint un règim adequat de remuneració seguint els quatre elements esmentats.
- 12) Tots els administradors deuen respondre col·lectivament de la veracitat –*probity*– dels comptes anuals i de les dades essencials no financeres, incloent-hi l'informe sobre bon govern.
- 13) S'ha d'incloure una norma sobre *wrongful trading* d'àmbit comunitari que faci respondre els administradors si deixen que la societat continui la seva activitat quan haurien de preveure que no podrà pagar seus deutes. (Aquesta norma no tindria el caràcter de sanció civil prevista als articles 262.5 LSA i 105.5 LSL, sinó que seria una responsabilitat pels perjudicis causats als creditors per la insolvència de la societat).

14) Les sancions per no donar aquestes informacions han de ser establertes pels estats membres, però la Comissió Europea ha d'establir la sanció d'inhabilitació per a exercir el càrrec en l'àmbit europeu.

15) La responsabilitat de la supervisió de l'auditoria dels comptes anuals ha de confiar-se a una comissió delegada interna d'administradors no executius o supervisors que siguin, almenys en la seva majoria, independents; la Recomanació ha d'incloure normes sobre els aspectes interns i externs de l'auditoria.

16) L'aportació essencial als codis de bon govern ha de continuar procedint dels mercats i dels seus participants; cada estat membre ha de designar el codi de bon govern que les societats sotmeses a la seva jurisdicció han de complir o han d'explicar com i per què les seves pràctiques són diferents; s'ha de crear un organisme d'àmbit comunitari per tal de facilitar la coordinació entre els estats membres per millorar el bon govern de les societats, que s'encarregui no solament a de l'elaboració dels codis sinó també dels procediments que creïn els estats per controlar-ne i el compliment i fomentar la informació; els estats han d'estar obligats a participar en el procés de coordinació, però els resultats no han de ser vinculants.

Cal plantejar-se quins aspectes de la institucionalització del bon govern de les societats, esmentats per a les societats cotitzades, son susceptibles d'extensió a l'organització jurídica de la societat familiar. En el algun cas el mateix Informe Winter ho diu, de manera circumstancial –per exemple, la facultat de triar la forma d'organitzar l'administració: monista o dualista. Però molts altres suggeriments són també transportables al bon govern de la societat familiar, per tal de millorar-ne l'organització corporativa i la transparència.

2.3. El Codi Olivencia

Ara i aquí, com hem dit abans, parlar del bon govern de les societats exigeix referir-se a l'Informe Olivencia sobre un Codi de Bon Govern per a les Societats, publicat el febrer de 1998, redactat per encàrrec del Govern espanyol.

Només en alguns punts concrets l'*Informe Aldama* manifesta el seu dissentiment amb l'*Informe Olivencia*. Davant el fet que la Comissió Aldama no ha proposat el seu propi Codi de Bon Govern, cal deduir que accepta la vigència de la recomanació del Codi Olivencia, com a Codi de referència en el sentit que recomana l'*Informe Jaap Winter*, és a dir, per exigir el deure de "complir o explicar" perquè la Societat no l'aplica o se n'aparta en punts concrets o recomanacions. Convé recordar per tant l'origen, redacció i contingut de l'*Informe Olivencia*.

A la primavera del 1997 el Govern espanyol, davant d'algunes recents crisis empresarials i la consciència de dèficits en l'organització de les nostres empreses –malgrat que no s'havien produït encara els casos de Gescartera i Enron–, encarregava a una Comissió d'experts nomenats a títol particular:

a) fer un estudi del *funcionament real dels consells d'administració*;

b) proposar unes *recomanacions*, d'acceptació voluntària, per tal de millorar el dit funcionament. El Govern, doncs, primer renunciava al mètode legislatiu i, segon, es fixava només en el consell d'administració.

La composició de la Comissió, nomenada per Ordre ministerial de 24 de març de 1997, era significativa: presidida per un catedràtic d'universitat eminent i lliberal, Manuel Olivencia, i integrada, entre altres, per un altre catedràtic de Dret Mercantil, paladí del mètode de *Law & Economics*, el professor José Cándido Paz-Ares, pel catedràtic de Sociologia que millor ha descrit el fenomen de l'hegemonia de la societat civil, Víctor Pérez Díaz i, finalment, diversos insignes empresaris. En la Comissió hi havia un clar predomini del *paradigma contractualista* –segons una expressió del mateix Paz-Ares. A l'era Post-Enron aquest paradigma està essent superat clarament pel "paradigma institucional".

El document és brevíssim: 65 pàgines dactilografiades, gairebé tot ell dedicat a estudiar el funcionament real dels nostres consells d'administració. Al final, només 23 breus recomanacions integren el Codi de bon govern de les societats, que expressen el *desideràtum d'un mínim d'autoregulació*. Val la pena recordar-les. L'Informe demana que el consell d'administració:

- Assumeixi com a nucli de la seva missió la funció general de supervisió.
- Incorpori un nombre considerable de consellers independents.
- Siguin majoria els consellers externs, integrats pels consellers dominicals i pels independents, per sobre dels consellers executius o interns.
- Ajusti la seva dimensió, en principi, entre 5 i 15 membres.
- En cas d'acumulació de les funcions de president i de primer executiu, adopti mesures per tal d'evitar els riscos de la concentració de poder.
- Doni major rellevància al secretari del consell.
- Si hi ha comissió executiva, que aquesta reflecteixi la composició plural del Consell i que les relacions entre ambdós òrgans siguin transparents.
- Que el consell constitueixi comissions delegades de control, compostes només per consellers externs, en matèries d'auditoria, nomenaments, retribucions i control de compliment de les normes.
- Que els consellers tinguin informació suficient i adequada.
- Freqüència de les sessions del consell i foment de la participació dels consellers, acurada redacció de les actes i avaluació, al menys anual, del treball del consell.
- Procediment formal i transparent de selecció i reelecció dels consellers, a partir de la proposta raonada de la comissió de nomenaments.
- Establir l'edat límit: per al president i consellers executius, entre 65 i 70 anys; i més flexible per als altres.

- Reconeixement formal o exprés del dret dels consellers a exigir i a obtenir informació i assessorament, establint els procediments;
- Establir la política de remuneracions, inspirada en el principi de moderació i transparència: informació detallada i individualitzada.
- Que la normativa interna de la societat detalli els deures dels administradors, sobretot pel que fa a conflictes d'interessos, confidencialitat, explotació d'oportunitats de negoci i ús d'actius socials.
- Estendre el control dels deures de lleialtat als accionistes significatius.
- Transparència en la delegació de vot dels accionistes i comunicació amb els accionistes, sobretot amb els inversors institucionals.
- Que el consell subministri al mercat més i millor informació, més enllà de les exigències legals.
- Que tota la informació s'elabori amb els mateixos principis i pràctiques professionals dels comptes anuals i que sigui verificada per la comissió d'auditoria del consell.
- Que el consell vigili les situacions que puguin ser un risc per a la independència dels auditors externs, sobretot els honoraris globals percebuts.
- Que els comptes anuals no es presentin amb reserves i advertiments dels auditors.
- Que el consell inclogui en l'informe públic anual –és a dir, en l'informe de gestió– informació sobre les seves regles de govern.

Aquestes recomanacions de normes reflecteixen els problemes essencials del bon govern de les societats, de vegades ultrapassant el marc de funcionament del consell d'administració, al menys en aquests aspectes:

- Respecte dels accionistes: deures de lleialtat, delegació de vot i comunicació amb els accionistes –Regles 17-18.
- Respecte dels auditors: reconeixement dels problemes de la *multidisciplinary practice*, com a causa indubtable de pèrdua d'independència –Regla 21.
- Respecte dels inversors: més informació al mercat financer que l'exigida legalment i ben verificada –a càrrec de la comissió d'auditoria i dels propis auditors–; exigència de comptes anuals sense reserves ni advertiments; informació sobre les pròpies regles de govern, indicant si s'ajusten al Codi.

L'Informe Olivencia prescindeix en gran mesura del model legal, però s'hi recolza. Tanmateix, tot i que el reglament de règim intern del consell no és objecte de qualificació pel registrador mercantil i d'inscripció en el Registre Mercantil, la seva validesa és semblant a la dels estatuts: és una regla privada contractual i estable, que es *lleï* per al propi consell, en tant no sigui modificada per majoria reforçada; per tant, entenem que els acords contraris al reglament son anul·lables, igual que els contraris als estatuts socials.

Les coincidències essencials amb el model normatiu vigent son les següents:

- La missió del consell es crear valor per a l'accionista o maximitzar el valor de l'acció, una manera moderna de reiterar l'*ànim de lucre* com a causa del contracte de societat definit en els nostres Codi civil i de comerç; l'Informe Olivencia coincideix aquí amb els informes anglosaxons –Cadbury, American Law Institute, etcètera–, i s'aparta de l'Informe Viénot I francès, que identifica la missió del consell amb l'*interès social de l'empresa* com a síntesi dels interessos de socis, treballadors, etcètera. La màxima *crear valor per a l'accionista*, però, no resol tots els problemes de la pràctica. Per exemple, en els conflictes entre socis de control i socis inversors, sembla que cal afegir que la tresoreria lliure ha de ser distribuïda en forma de dividends, i no fer-ho, no tenint plans d'inversió immediats per a desenrotllar l'objecte social, constituiria un abús de la majoria.
- La funció del consell, d'acord amb el model legal, és la *gestió i representació* permanents de la societat; en canvi, en el *model real* destaca com a funció essencial la de *planificar i supervisar la gestió*, que el consell no pot delegar; el problema és que els tribunals espanyols exigiran també responsabilitat per la gestió i no es conformaran que el consell es limiti al control.
- En la composició del consell, el model legal parteix del mètode col·legiat o d'acords majoritaris i d'homogeneïtat de la composició del consell –tret que la minoria obtingui la representació proporcional en el consell, com estableix l'article 137 de la Llei de societats anònimes–; en canvi, l'Informe Olivencia reconeix i fomenta un model real de composició heterogènia. La composició qualitativa del consell integra consellers interns –executius– i consellers externs –consellers dominicals o representants dels accionistes estables i consellers independents, representants dels interessos del capital flotant, dels petits accionistes. La composició quantitativa s'ha d'inspirar en la prudència i ha de tendir a un nombre de consellers d'entre 12 i 15, per bé que respectant situacions que aconsellin continuar mantenint-ne un nombre superior.
- En l'organització del consell, cal distingir entre càrrecs individuals –president i secretari, les funcions dels quals s'han de reforçar– i comissions: la comissió executiva és la comissió delegada o externa, que respon a un model legal de delegació permanent de facultats del consell, regulat en la Llei de societats anònimes, i vàlid també per a la Societat de responsabilitat limitada quan aquest consell és

excessivament ampli, com un òrgan que assumeix davant de tercers plens poders de representació de la societat, amb els perills consegüents: en canvi, les anomenades en l'Informe *comissions delegades* son internes i assumeixen les tasques especialitzades adés esmentades. Poden ser molt variades, però les essencials assumeixen quatre tasques essencials: selecció i retribucions, auditoria i control de compliment de les normes. El Consell haurà de nomenar aquestes quatre comissions, o al menys dues: la de selecció i retribucions i la d'auditoria i de compliment de les normes.

En conclusió, el Codi de bon govern de les societats que recomana l'Informe Olivencia recorre al mètode de l'autoregulació, que *contribueix a millorar i detallar el model normatiu*, fent-lo servir per a les tasques actuals i obviant la necessitat de noves reformes legislatives. Com ja hem vist, aquest es també l'enfocament essencial que recomana la Comissió Aldama, per més que afegeix la necessitat de procedir a reformes legislatives importants.

L'acollida del Codi de bon govern no ha estat entusiasta, malgrat la suavitat de les seves regles. Hi ha interessos que s'oposen a aquesta autoregulació en la mesura que han de cedir protagonisme a un mercat de consellers independents i que han d'abandonar pràctiques d'opacitat informativa, envers els propis consellers i envers els tercers, en punts molt delicats, com ara les retribucions individuals dels consellers. No obstant això, la transformació del mercat de capitals augmentarà el capital flotant i la presència d'inversors institucionals, i, amb ells, el futur dels consellers independents estarà garantit.

També les societats familiars, sobretot quan han de cotitzar en borsa, necessiten ineludiblement la presència de consellers independents que puguin defensar els interessos dels petits accionistes minoritaris en situacions de conflicte amb els accionistes familiars majoritaris. Convé que, a tal fi, els consellers independents participin activament en el funcionament i en les decisions del consell amb criteri propi.

Finalment, *les Regles de bon govern poden servir igualment per a societats no cotitzades*, les quals, no obstant això, necessiten una bona organització per la complexitat de les relacions socials que aquestes societats han d'equilibrar, com ara, i molt especialment, les societats familiars –que constitueixen una bona part de l'economia espanyola. Com també les empreses de l'economia social –en especial, les grans cooperatives i entitats asseguradores mutualistes– tal com esdeveniments recents han pogut demostrar.

De l'actualitat més recent, cal destacar algunes notícies d'enorme transcendència en la matèria del bon govern de les societats, cosa que ha fet augmentar la demanda de noves normes.

En primer lloc, el motor del sistema capitalista, que són els Estats Units, ha patit una crisi de confiança en les normes jurídiques vigents. En efecte, el cas Enron-Andersen és el paradigma d'una extensa llista de casos que han revelat una profunda feblesa del sistema, una ineficàcia de les lleis –quan n'hi ha–, i una cobdícia il·limitada dels accionistes de control (“insiders”), sostreta a vegades a la necessària transparència i frens dels interessos de inversors o accionistes externs (“outsiders”).

Conseqüència d'aquesta crisi ha estat la Llei Sarbanes/Oxley, de 25 de juliol de 2002, de reforma de l'administració de les societats cotitzades, aprovada per unanimitat pel Congrés nord-americà, amb normes peculiars per la seva espectacularitat, com ara el deure dels administradors de les societats de grans dimensions –unes nou-centes– de jurar que els comptes de la societat respecten el principi de veracitat –com sabem, sense cap jurament, el deure de veracitat dels comptes està establert en la legislació mercantil i penal en els països europeus.

Al final del termini legal, l'acceptació de procedir a aquest jurament per pràcticament tots els administradors d'aquestes societats ha constituït una notícia relativament tranquil·litzadora. De tota manera, la crisi dels mercats de valors no s'ha aturat, ni als Estats Units ni a Europa. La pèrdua de la confiança dels inversors ha revelat un dany gravíssim, difícil de remeiar.

A més – ultra l' espectacularitat de les mesures- les solucions legislatives necessàries s' apliquen amb moltes limitacions. La pròpia SEC ha reduït el rigor de les mesures previstes: així, no ha prohibit als auditors prestar assessorament financers i fiscal i, per ara no ha imposat l' obligació dels advocats de denunciar les irregularitats de les societats emissores que assessoren, l' anomenat “noisy withdrawal” (potser partint de la idea que els clients son els accionistes i no els administradors ni la societat com a persona jurídica); i la rotació obligatòria només l' ha imposat als socis directors, però no l' ha estès ni a l' equip d' auditors ni a la firma d' auditoria, de manera que la mateixa firma d' auditoria podrà seguir auditant una societat per saecula saeculorum. La Llei 44/2002 ha modificat els articles 8 de la Llei d' auditoria de comptes i 204.1 de la Llei de societats anònimes per restablir a la regla de la rotació obligatòria dels auditors establerta per la Llei 19/1989 – que va ser suprimida per la Llei 2/1995 - però limitant-la al soci director i equip d' auditoria, però no a la socie-

tat auditora, la qual, pel contrari, podrà continuar auditant al mateix client de manera perpètua – malgrat les gravíssimes conseqüències que això ha produït als EEUU i en alguns casos a Espanya.

2.4. Aplicació dels codis de bon govern a la societat familiar

L'organització jurídica de la societat familiar, tant corporativa com financera, aconsella incorporar-hi bona part de les recomanacions dels codis de bon govern.¹⁸

Destaquem-ne ara només els aspectes fonamentals. Pel que fa a la *forma d'organitzar l'administració social*, és convenient adoptar la de *consell d'administració*, per tal de permetre assegurar el lideratge indispensable en tota empresa i, alhora, la presència dels diversos sectors del grup familiar; i, també, d'evitar-ne els possibles comportaments *oportunistes* –interessats, en la terminologia de l'Anàlisi Econòmic del Dret– que les formes d'administrador individual, col·lectius solidaris i col·lectius mancomunats poden permetre i, fins i tot, facilitar. La major eficàcia de l'administració es pot aconseguir mitjançant el nomenament de conseller delegat o d'apoderats.

El *consell* en les *societats familiars obertes*, on el grup familiar controla un ampli capital extern a la família, ha d'incorporar *consellers independents*, no pertanyents al grup d'executius, i nomenats per tal de defensar els interessos dels petits accionistes. Els consellers independents, a més, han de formar part, amb caràcter exclusiu, de les *comissions internes*, de les quals són indispensables la *comissió d'auditoria i de control de compliment de les normes* i la *Comissió de proposició de nomenament de directius i de retribucions* –que decidirà la junta general.

En les *societats familiars tancades*, en canvi, persones experimentades en la gestió d'empreses poden tenir el lloc adequat en el *consell assessor*, proposat pel grup familiar i elegit per la junta general de la societat, el qual pot ser regulat pels estatuts socials com a un òrgan social més, un òrgan estatutari, i figurar inscrit en el Registre Mercantil. La seva tasca hauria d'incloure la emissió d'opinió en cas de conflictes d'interessos entre la societat i la totalitat o part de la família.

Sobretot, l'exigència de comptar amb el seu informe preceptiu en una sèrie d'assumpes pot ser una garantia de bon funcionament, de confiança per als tercers, i d'aplicació –en el seu cas– de la regla de la *business judgment rule* a favor dels administradors, respecte de les decisions que són arriscades, però necessàries i suficientment enraonades, complint el test que han exigint els tribunals nord-americans: acord del consell amb la suficient informació prèvia dels seus membres i debat aprofundit; informes d'experts independents sobre la qüestió, i adopció formal d'acord, inspirat en la defensa de l'interès social –l'interès de tots els socis a obtenir beneficis dins de la societat.¹⁹

L'estatut jurídic del membre del consell d'administració en la societat familiar ha d'incorporar també àmpliament les recomanacions dels codis de bon govern.²⁰

L'*organització jurídica del poder de decisió en la societat familiar* –l'*organització corporativa*– exigeix la delimitació de les persones que poden pertànyer al grup familiar, la regulació de les relacions dels membres del grup familiar amb la gestió de la societat i del seu accés a llocs de treball i directius. En l'actualitat aquesta es matèria del protocol familiar, que resta desconegut per als tercers interessats –creditors, inversors i empleats de la societat molt especialment.

Potser fóra convenient que el grup familiar pogués publicar els pactes que el regulen a través de la inscripció en el Registre Mercantil. Això donaria major transparència a la societat familiar i confiança en els tercers. El Codi general de les societats mercantils, si s'aprova, sembla que ho permetrà, atès que el protocol familiar no és més que un pacte extraestatutari –quan és contractualment obligatori– que podrà ser inscrit en el Registre Mercantil i objecte d'altres formes de publicació.

¹⁸ Vegeu, sobre els principis que defineixen la societat familiar i les exigències d'organització corporativa i financera que se'n deriven, F. VICENT CHULIÀ, «Organització jurídica de la societat familiar», *Revista de Derecho Patrimonial*, Ed. Aranzadi, any 2000-1, número 5, p. 21-48.

²⁰ R. SEGURA DE LASSALETTE, El estatuto del consejero en el marco del Informe Olivencia, *Revista del Poder Judicial*, núm. 57, 1r. trimestre 2000, p. 449-479.

¹⁹ F. VICENT CHULIÀ, Introducció al Derecho Mercantil, 15ª ed., Tirant lo Blanch, València, 2002, p. 371, i ORIOL LLEBOT MAJÓ, Los deberes de los administradores de la sociedad anónima, *Civitas*, Madrid, 1996.

Finalment, pel que fa a l'*organització financera*, és a dir, a l'ordenació i aplicació de masses patrimonials als diversos fins de l'empresa i dels socis, el *principi de solidaritat* propi de la societat familiar exigeix proveir les *necessitats de la família*, en especial:

a) Assegurar la distribució d'un dividend mínim anual, sigui a través de la distribució de benefici de l'exercici, de la distribució de reserves o, fins i tot, de reducció de capital retornant aportacions o amortitzant accions per via de compra –article 170 de la LSA– mitjançant les operacions que permet la legislació.

b) Facilitar la cobertura de necessitats urgents de tresoreria dels familiars, amb un procediment àgil d'adquisició de les accions o participacions socials –el règim d'autocartera pot resoldre el problema en cas de societat anònima, però, difícilment en el cas de societat limitada, atesa la prohibició de carter voluntària). Els pactes parasocials i, en especial, el protocol familiar podran facilitar aquesta connexió de l'empresa amb les necessitats familiars.

3 L'empresa familiar: una noció relativa

Fernando Cerdá Albero

Conseller de Cuatrecasas

Doctor en dret per la Universitat de Bolonya

Professor titular de dret mercantil. Universitat Pompeu Fabra

3.1. Noció d'empresa familiar

3.1.1. La manca d'un concepte normatiu d'empresa familiar. Algunes consideracions del fenomen familiar en l'ordenament juridicoempresarial

Ara per ara, el nostre ordenament no ofereix una definició de l'empresa familiar. I, certament, és difícil que s'arribi a precisar una noció de l'empresa familiar ja que, per més que s'intueix a quina realitat socioeconòmica es refereix, no és senzill de concretar l'abast d'aquesta expressió, composta per dos termes jurídicament indeterminats: empresa i família.

Tanmateix, alguns preceptes normatius estan pensant en l'empresa familiar, com passa, de manera significativa, en el Dret Fiscal: particularment en l'article 4.8.2 de la Llei de l'impost sobre el patrimoni²¹, segons la redacció donada a aquest precepte per la Llei 66/1997 i recentment per la Llei 51/2002. En realitat, aquesta norma no es refereix expressament a participacions en empreses familiars. De fet, i entre tota una confusió que és tòpica en aquesta matèria, l'Exposició de motius de la Llei 66/1997 justificava la modificació introduïda en el propòsit d'impulsar la competitivitat de les "petites i mitjanes empreses". Però, malgrat aquesta imprecisió terminològica, és obvi que són les empreses familiars les considerades per la norma, ja que contempla -entre els béns exempts d'aquest impost- les participacions en entitats que reuneixin determinades condicions sobre les quals hem d'insistir. Cal dir que per a aquesta exempció impositiva s'exigeix, entre d'altres extrems, que el subjecte passiu tingui una participació significativa (considerada individualment o pel conjunt familiar, dins de certs límits de parentiu) a l'entitat, com també que aquest subjecte exerceixi efectivament funcions directives a l'entitat en qüestió. Les dues notes dirigeixen el supòsit de fet contemplat cap a una empresa la propietat de la qual es troba en mans de la família i on aquesta exerceix un cert grau de control.

Així mateix, en alguns passatges del nostre ordenament jurídicomercantil s'adverteix també la connexió entre l'empresa i la família. Això ja succeeix en relació amb l'empresari individual, ja que l'article 5 del Codi de comerç²² preveu que els menors d'edat i els incapacitats puguin continuar, per mitjà dels seus guardadors, el comerç que haguessin exercit els seus pares o causants. I els articles 6 a 12 del mateix Codi de comerç disciplinen l'exercici del comerç per persona casada²³.

Això també passa en el cas de societats o companyies mercantils, cosa que no resulta estranya, ja que etimològicament el terme « companyia » es refereix al contracte que es fa entre aquells que comparteixen el mateix pa : els familiars²⁴. Entre aquestes consideracions del fenomen familiar en el funcionament societari, cal destacar l'article 108 de la Llei de societats anònimes²⁵, que fa referència al supòsit de la representació familiar a la junta de socis. Aquesta norma preveu que, si el soci es fa representar pel seu cònjuge, o per un ascendent o descendent, no s'apliquen les exigències i les restriccions que, amb caràcter general, regeixen per a la representació del soci a la junta (representa-

²¹ Llei 19/1991, de 6 de juny, de l'impost sobre el patrimoni. BOE núm. 136, de 7 de juny de 1991. La redacció actual de l'article esmentat 4.8 d'aquesta Llei va ser modificada per l'article 3 de la Llei 66/1997, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social. Els efectes d'aquesta norma es van iniciar a partir de l'1 de gener de 1988. La disposició addicional 11a. de la Llei 51/2002, de 27 de desembre, de reforma de la Llei 39/1988, de 28 de desembre, Reguladora de les Hisendes Locals (BOE núm. 311, de 28 de desembre de 2002) ha modificat novament l'article 4.vuitè.dos de la Llei 19/1991, amb efectes des de l'1 de gener del 2003.

²² Reial Decret de 22 d'agost de 1885, pel qual es publica el Codi de comerç. Gaceta de Madrid, núm. 298 a 328, de 16 d'octubre a 24 de novembre de 1885.

²³ La redacció actual d'aquests preceptes procedeix de la Llei 14/1975, de 2 de maig, sobre reforma de determinats articles del Codi civil i del Codi de comerç sobre la situació jurídica de la dona casada i dels drets i deures dels cònjuges. BOE núm. 107, de 5 de maig de 1975.

²⁴ Com assenyala J. COROMINAS/J.A. PASCUAL, Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico, vol. II, Madrid: Gredos, 1980, p. 161, el terme "companyia" procedeix del llatí vulgar *compan_a*, i aquest, al seu torn, del gòtic *gahlaiba* (hlaifs: pa; i ga, que expressa companyia).

²⁵ Reial Decret 1564/1989, de 22 de desembre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de societats anònimes. BOE núm. 310, de 27 de desembre de 1989; correcció d'errors: BOE núm. 28, d'1 de febrer de 1990.

ció per escrit i amb caràcter especial per a cada junta, com també els supòsits de sol·licitud pública de representació: per exemple, quan algun administrador ostenti la representació de més de tres accionistes). I en alguna ocasió, la jurisprudència ha tingut en compte la circumstància de tractar-se d'una societat familiar per mitigar algunes conseqüències dels incompliments d'alguns deures, com ara el de portar la comptabilitat. És el cas de la sentència del Tribunal Suprem (sala 1^a) de 16 de febrer del 2000²⁶, que rebutja la responsabilitat dels administradors pretesa per mitjà de l'exercici de l'acció social de responsabilitat: en aquesta sentència s'afirma l'antijuridicitat de la conducta dels administradors, en un cas en què la societat no havia aprovat els comptes des de la seva constitució l'any 1977 fins deu anys després. Tot i així, no declara responsables els administradors, entre altres raons perquè es tracta d'una societat familiar que havia viscut d'esquena a la normativa societària amb consentiment, anuència i beneplàcit de tots els socis.

La jurisprudència també s'ha ocupat de resoldre litigis al si de l'empresa familiar, provocats per conflictes i desavinences familiars. Si l'empresa s'organitza en forma societària, és força freqüent que aquells problemes derivin en conductes generadores de responsabilitat, com va passar en el cas resolt per la sentència del Tribunal Suprem de 18 de maig de 1999²⁷, en la qual es condemna els administradors, en un supòsit de desavinences succeïdes al si d'una societat familiar: a la societat en qüestió era soci majoritari el pare i sogre, respectivament, de les dues administradores. Aquest soci majoritari havia convocat junta general a fi de destituir les administradores. Però tres dies abans de la data prevista per a la celebració de la junta esmentada, les administradores van vendre un immoble (que constituïa l'únic actiu social important) a la que era mare i sogra, també respectivament, d'aquelles administradores. La compradora havia estat l'esposa del soci majoritari, els quals s'havien divorciat. Determinades circumstàncies denotaven la voluntat maliciosa de les administradores: la venda es va fer en diumenge i davant del notari de guàrdia, i, sobretot, el preu de la venda va ser cinc vegades inferior al de dues altres ofertes de compra que havien fet abans dues immobiliàries i al que es deduïa de la taxació pericial que s'havia fet. La junta general de la societat va acordar per unanimitat dels assistents entaular l'acció judicial de responsabilitat contra les exadministradores que havien procedit a la debatuda venda de l'immoble.

I aquests problemes familiars (de vegades, fins i tot, algun xocant cas de filiació) també s'han portat al camp dels signes distintius, ja que els homònims que arran d'aquestes desavinences s'han separat de l'empresa familiar i n'han constituït una altra pretenen continuar utilitzant en aquesta el seu cognom per distingir els seus productes o la seva activitat empresarial (que, naturalment, coincideix amb la que realitzaven abans). Per això hi ha molta jurisprudència que ha tractat l'anomenat privilegi de l'homonímia parcial en matèria de marques i noms comercials²⁸.

També el dret civil s'ocupa incidentalment de l'empresa familiar. Així, en el marc de la partició hereditària, l'article 1056.II del Codi civil²⁹ preveu que el pare -en interès de la família i per conservar indivisa una explotació agrícola, industrial o fabril- imposi a l'adjudicatari de l'explotació que pagui en metàl·lic la legítima dels altres fills.

Recentment, el fenomen familiar és, també, objecte de consideració en relació amb les situacions d'insolvència. En concret, el Projecte de Llei concursal³⁰ adopta una posició de desconfiança pel que fa als crèdits concedits pels familiars a la persona física que és declarada en concurs, de manera que aquests crèdits són qualificats com a crèdits subordinats (article 92.1 del Projecte). D'aquesta classificació com a crèdits subordinats, se'n deriven tres conseqüències: 1) per aquests crèdits, els seus titulars no tenen dret de vot en l'acceptació del conveni per parts dels creditors (article 121.1.1r. del Projecte); 2) a més, són postergats en el pagament concursal si s'opta per la liquidació (article 158 del Projecte); i 3) si el creditor qualificat a la llista de creditors com a especialment relacionat amb el deutor no impugna aquesta qualificació degudament, el jutge declararà -sense més tràmits- l'extinció de qualsevol garantia que s'hagués constituït a favor dels crèdits dels quals aquella persona en fos titular (article 96.2 del Projecte). La solució projectada resulta molt més discutible des del punt de vista social i, el que encara és més greu, estableix un tractament discriminatori entre la família que té origen en el matrimoni respecte a la situació convivencial de fet, en perjudici de la primera.

²⁶ *Repertori de jurisprudència Aranzadi 2000\679. "Administradores de Cocina Vasco-Navarra, SA". Ponent: Antonio Gullón Ballesteros.*

²⁷ *Repertori de jurisprudència Aranzadi 1999\3476. "Administradores de Equipamientos Civiles, SA". Ponent: Alfonso Villagómez Rodil. En aquesta sentència encara s'aplica l'article 79 de la Llei de societats anònimes de 17-VII-1951. Per a un examen d'aquesta jurisprudència vegeu F. CERDÀ ALBERO, Responsabilidad civil de los administradores sociales: ¿solos ante el peligro?. Un análisis jurisprudencial (1990-2000), *InDret* 1/2001, (<http://www.indret.com>), sub "Acción social de responsabilidad, 1".*

²⁸ *Sobre aquesta qüestió, permeteu-me que em remeti a un altre treball meu: F. CERDÀ ALBERO, Relaciones y colisiones entre signos distintivos prioritarios y denominaciones sociales. En especial, signos nominales y denominaciones subjetivas, *Revista General de Derecho* 1996, núm. 621, pàg. 6.953-7.006 (especialment pàg. 6.991-6.999).*

²⁹ *Reial Decret de 6 d'octubre de 1888, amb la disposició del Codi a la Gaceta de Madrid. Reial Decret de 24 de juliol de 1889, amb la disposició de la publicació a la Gaceta de Madrid de l'edició reformada del Codi civil.*

³⁰ *Projecte de Llei concursal. Butlletí Oficial de les Corts Generals, Congrés dels Diputats. VII Legislatura, sèrie A, núm. 101-1, de 23 de juliol de 2002.*

En efecte, i pel que ara ens interessa, es consideren com a crèdits subordinats els del cònjuge (o qui ho hagués estat en els dos anys anteriors a la declaració del concurs) del concursat i també els crèdits dels ascendents, descendents i germans del cònjuge del concursat; mentre que si el concursat conviu de fet amb una altra persona (o ha conviscut amb ella en els dos anys anteriors), només es posterguen els crèdits de qui conviu de fet, però no els dels seus ascendents, descendents o germans. Així resulta de la contraposició dels ordinals 2n. i 4t. de l'article 92.1 del Projecte. Des del punt de vista dogmàtic-jurídic, la solució projectada es correcta, ja que certament la parella estable no matrimonial no genera vincles de parentesc per afinitat entre cadascun dels membres de la parella i els parents de l'altre. Una qüestió diferent és que, en el pla de la política jurídica, sigui adequat aquest tractament discriminatori, en perjudici de la família d'origen matrimonial, en la meua opinió, el criteri projectat resulta del tot insostenible, per la qual cosa hauria de suprimir-se la qualificació de subordinats als crèdits d'aquests parents.

3.1.2. La dificultat de definir l'empresa familiar: l'indeterminat concepte de família

És lloc comú entre els autors destacar la dificultat de definir normativament l'empresa familiar. D'això se'n fa ressò l'important *Informe de la Ponència de estudi para la problemática de la empresa familiar*, constituïda al si de la Comissió d'Hisenda del Senat, de 12 de novembre de 2001³¹.

Aquest informe té el seu origen en una moció presentada el 19 de setembre de l'any 2000 pel grup parlamentari Popular al Senat, pel qual s'instava al Govern que, en el termini més breu possible, remetés a les Corts Generals un projecte d'estatut jurídic de l'empresa familiar que donés resposta a totes les seves necessitats³². La moció i les esmenes que s'hi van presentar es van debatre al Senat a la sessió del ple del dia 26 de setembre de l'any 2000³³, i a conseqüència d'això el Ple del Senat va aprovar la moció núm. 47, d'aquesta manera: "Que es constitueixi en el termini més breu possible una ponència en el si de la Comissió d'Hisenda del Senat, que elabori un informe que reculli de manera exhaustiva totes aquelles matèries que, en la complexa realitat de les empreses familiars, podrien ser objecte d'una regulació jurídica específica"³⁴.

En aquest Informe de la Ponència d'estudi es desaconsella, per raons tècniques i de complexitat en el contingut, la promulgació d'un text normatiu que contingui l'estatut jurídic de l'empresa familiar. Ara bé, acaba amb una sèrie de recomanacions, algunes de les quals van adreçades a les administracions públiques: optimitzar les polítiques d'informació i comunicació per al desenvolupament i la millora de la gestió de les empreses familiars; permetre l'accés al registre mercantil d'aquells extrems del protocol familiar que afectin les relacions amb tercers; possibilitar la identificació de les societats familiars com a tals en la seva denominació social; introduir sistemes d'arbitratge o de mediació específics per a l'empresa familiar; analitzar i reconsiderar el règim de les accions sense vot; fomentar les vies per a un finançament suficient de les empreses familiars; millorar el règim d'afiliació dels seus administradors a la Seguretat Social.

Altres recomanacions -bàsicament dues- tenen com a destinataris les mateixes empreses familiars: l'adopció de fórmules societàries per a la seva organització jurídica i la formalització d'un protocol familiar, en què es determinen fins i tot nombrosos aspectes del seu contingut.

Quant al que ara ens interessa, l'Informe esmentat no passa de reconèixer la complexitat de formular una noció d'empresa familiar³⁵. Amb tot, en aquest debat ja es va apuntar alguna noció descriptiva de l'empresa familiar: "*Es poden considerar empreses familiars totes les societats i empreses individuals que desenvolupin les seves activitats econòmiques, industrials i de producció de béns i serveis, o que administrin i gestionin participacions directes o indirectes de societats que desenvolupin aquestes activitats, i que estan participades de manera significativa per un grup familiar que*

³¹ Publicat en el Butlletí Oficial de les Corts Generals - Senat. VII Legislatura. Sèrie I: Butlletí general, núm. 312, de 23 de novembre de 2001, pàg. 1-40 (pàg. 25).

³² Moció publicada en el Butlletí Oficial de les Corts Generals - Senat. VII Legislatura. Sèrie I: Butlletí general, núm. 61, de 25 de setembre de 2000, pàg. 6-7, núm. d'expedient 662/000047.

³³ Corts Generals. Diari de sessions del Senat. VII Legislatura, any 2000, núm. 14, pàg. 563-571.

³⁴ Publicada en el Butlletí Oficial de les Corts Generals - Senat. VII Legislatura. Sèrie I: Butlletí general, núm. 66, de 3 de octubre de 2000, pàg. 17.

³⁵ Així, en les intervencions del senador del Grup Parlamentari Català al Senat de Convergència i Unió, senyor Cambra i Sánchez, i del senador del Grup Parlamentari Socialista, senyor Romero Calero: Corts Generals, Diari de Sessions del Senat, VII Legislatura, any 2000, núm. 14, sessió del Ple de 26 de setembre de 2000, pàg. 565 i 566, respectivament.

*actua amb vocació de continuïtat sota una unitat de decisió i de direcció en les quals, si més no, un membre del grup familiar intervé de manera efectiva en la gestió de l'empresa i ostenta la capacitat de decisió sobre els aspectes més rellevants que concerneixen a la societat familiar*³⁶.

El mateix passa en la doctrina. Alguns autors prescindeixen de definir l'empresa familiar³⁷. Uns altres, com Vicent Chuliá, es refereixen a algun tipus específic d'empresa familiar; en concret, a la societat familiar, que aquest autor descriu així: "una gran empresa de certa dimensió que creen una o més famílies, organitzada voluntàriament en forma d'una societat o d'un grup de societats, en forma generalment de societats de capital, i que es transmet en successives generacions, mantenint unida l'organització i els valors familiars i l'organització i la gestió de l'empresa, gràcies al control estable de totes les societats del grup per part de la família o famílies"³⁸.

En la doctrina italiana, Corbetta defineix l'empresa familiar com aquella en la qual una o poques famílies, lligades per vincles de parentiu, afinitat o sòlida aliança, disposen d'una quota del capital de risc suficient per assegurar-se el control de l'empresa³⁹.

L'escull que representa definir l'empresa familiar té un origen clar: aquesta expressió es compon de dos termes -empresa i família- que són, al seu torn, indeterminats.

Pel que fa a l'empresa, és ben coneguda l'ambigüitat d'aquesta noció, ja que l'empresa és considerada ara en una accepció subjectiva (l'empresa com a empresari), ara en una altra d'objectiva (l'empresa com a establiment), o també com a activitat (l'activitat empresarial o l'activitat constitutiva d'empresa). Amb tot, no hi ha grans inconvenients per entendre que, quan ens referim a l'empresa familiar, s'adopta una aproximació subjectiva. Això resulta especialment clar quan aquesta empresa familiar està organitzada jurídicament en forma de societat mercantil.

Ara bé, així com es pot acceptar pacíficament aquesta accepció del primer terme referit (l'empresa), no passa ni de lluny el mateix quan es tracta de determinar l'abast de la noció de família. Tothom és conscient de quin és el problema: en les organitzacions personals la família és una institució que evoluciona històricament i, en la seva configuració i anàlisi, conflueixen elements de la filosofia moral, la sociologia, la biologia, la medicina reproductiva, la demografia, la psicologia i l'economia, els quals, al seu torn, determinen diverses respostes jurídiques, segons el temps i el lloc⁴⁰. Per raons òbvies, és fonamental aclarir aquest aspecte per precisar què s'entén, o què s'hauria d'entendre -almenys aquí i ara- per empresa familiar.

³⁶ En aquest sentit s'expressava, en defensar la moció presentada, el senador del Grup Parlamentari Popular, senyor Gamero Mir: *Corts Generals, Diari de Sessions del Senat, VII Legislatura, any 2000, núm. 14, sessió del Ple de 26 de setembre de 2000, pàg. 564.*

³⁷ Per citar-ne algun: E. de AGUIAR, Beneficis fiscals en la empresa familiar: patrimoni i successions, a *Colección Estudios e Informes "La Caixa"*, núm. 13, Barcelona: *Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona*, 1998, pàg. 19-24. I en la literatura societària estrangera més significativa. K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 3a. ed., Colònia-Berlin-Bonn-Munic: Carl Heymann, 1997, pàg. 779, 1530, 1635, on sovint es refereix a les societats familiars i s'incideix en la influència dominant de la família sobre l'empresa.

³⁸ F. VICENT CHULIÁ, *Organización jurídica de la sociedad familiar, a Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Madrid: McGraw-Hill, 2002, vol. V, pàg. 4.529-4.570 (especialment, pàg. 4.536-4.543) que, a aquest efecte, distingeix el concepte de "microempresa familiar" i el de "societat familiar".

³⁹ G. CORBETTA, *Le imprese familiari. Caratteri originali, varietà e condizioni di sviluppo*, Milà, 1995, pàg. 20.

⁴⁰ En relació amb la teoria del matrimoni, vegeu, per tots, l'excel·lent anàlisi de P. SALVADOR CODERCH/J.A. RUIZ GARCÍA, Comentari a l'article 1 CF, en *Comentaris al Codi de Família*, a la Llei d'Unions Estables de Parella, i a la Llei de Situacions Convivencials d'Ajuda Mútua (dir. J. Egea/J. Ferrer), Madrid: Tecnos, 2000, pàg. 43-66.

3.1.3. La noció de família: una aproximació constitucional i des del dret civil comú i autonòmic

Per concretar la noció de família, convé partir d'una aproximació jurídicoformal. En l'àmbit normatiu no hi ha un concepte determinat de la família, per més que aquesta és objecte de consideració especial en l'article 39.1 de la Constitució, segons la qual "els poders públics asseguren la protecció social, econòmica i jurídica de la família".

Tant aquesta referència a la família com altres moltes que es fan en l'ordenament jurídicocivil, pequen d'una notable ambigüitat en relació amb l'abast subjectiu de la família. Per ser més concrets, quan es precisa la noció de família s'han de resoldre tres punts (successius). Primer, decidir si és o no determinant el tipus de relació de convivència (matrimonial o no) que hi ha entre els membres de la parella que conformen el tronc comú del qual procedeix el llinatge en qüestió. Segon, quin ha de ser el criteri decisiu per afirmar l'existència d'una família. I tercer, com hem esmentat abans, quina és la proximitat del parentiu que ha de ser considerada en la noció de família.

Quant a la primera qüestió, se solen enfrontar dues concepcions. Una de tradicional, que identifica la família amb la que té el seu origen en el matrimoni (monogàmic i heterosexual). Una altra de més lliberal considera que la família es pot fundar tant en el matrimoni com en altres situacions de convivència de parella (i aquesta pot ser tant heterosexual com, fins i tot, homosexual). La posició tradicional s'entreveu en l'article 16 de la Declaració Universal de Drets Humans, de 10 de desembre de 1948, quan formula conjuntament el dret dels homes i de les dones, a partir de l'edat núbil, a casar-se i fundar una família. Aquest enunciat pràcticament es reitera en l'article 12 del Conveni Europeu per a la protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals, fet a Roma el 4 de novembre de 1950⁴¹. Però l'altra es va estenent a Europa, els Estats Units, Austràlia...

Aquesta contraposició es constata en la nostra jurisprudència constitucional. Ja l'apunta la sentència del Tribunal Constitucional 184/1990 (Ple), de 15 de novembre de 1990, i un dels vots particulars formulats⁴². La sentència es limita a esquivar la qüestió de si la protecció de l'article 39.1 de la Constitució abraça tant la família matrimonial com la no fundada en el matrimoni, i conclou que el matrimoni i la convivència extramatrimonial no són realitats equivalents⁴³.

L'enfrontament de postures es manifesta, d'una manera clara, en la sentència del Tribunal Constitucional 222/1992 (Ple), d'11 de desembre de 1992, i un dels dos vots particulars que conté⁴⁴. Aquesta sentència declara que l'article 39.1 de la Constitució no identifica la família amb la que té el seu origen en el matrimoni, per la qual cosa d'aquesta norma no es pot derivar una diferenciació necessària entre famílies matrimonials i no matrimonials.

La normativa autonòmica sobre parelles estables (no unides per vincle matrimonial) també és un reflex d'aquesta concepció diversa de la família.

D'una banda, les legislacions catalana, aragonesa, valenciana i madrilenya eviten qualsevol al·lusió a la família a l'hora de regular les parelles estables. Així, la legislació catalana que conté la Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella⁴⁵ –pionera en aquesta matèria entre nosaltres-, omet conscientment qualsevol referència a la família a l'hora de regular aquestes unions estables⁴⁶. El seu

⁴¹ Esmenat amb els protocols addicionals núm. 3 i 5, de 6 de maig de 1963 i 20 de gener de 1966, respectivament. Ratificat per Espanya mitjançant Instrument de 26 d'octubre de 1979: BOE núm. 243, de 10 d'octubre de 1979.

⁴² Repertori Aranzadi de Jurisprudència Constitucional 1990\184. Ponent: Jesús Leguina Villa. Fonaments jurídics 2 i 3. En el vot particular de Vicente Gimeno Sendra, en canvi, s'afirma que la protecció constitucional de la família abraça tant la família matrimonial com la unió de fet. En el cas se debatia la constitucionalitat de l'article 160 de la Llei general de seguretat social, perquè condicionava el dret a la pensió de viduitat a la circumstància que el beneficiari hagués contraguert matrimoni legítim amb el o la causant. El Tribunal va declarar que aquesta norma no s'oposava als articles 10, 14 i 39 de la Constitució.

⁴³ Aquesta última apreciació sobre la no equivalència absoluta entre matrimoni i convivència extramatrimonial es reitera en les sentències del Tribunal Constitucional de 14 de febrer de 1991: sentències 29/1991 (Repertori Aranzadi de Jurisprudència Constitucional 1991\29), 30/1991 (Repertori Aranzadi de Jurisprudència Constitucional 1991\30), 31/1991 (Repertori Aranzadi de Jurisprudència Constitucional 1991\31), 35/1991 (Repertori Aranzadi de Jurisprudència Constitucional 1991\35), 38/1991 (Repertori Aranzadi de Jurisprudència Constitucional 1991\38), en la sentència 77/1991, d'11 d'abril de 1991 (Repertori Aranzadi de Jurisprudència Constitucional 1991\77), i en la sentència 29/1992, de 9 de març de 1992 (Repertori Aranzadi de Jurisprudència Constitucional 1992\29).

⁴⁴ Repertori Aranzadi de Jurisprudència Constitucional 1992\222. Ponent: Vicente Gimeno Sendra. Fonament jurídic 5. En el vot particular de José Gabaldón López es considera el matrimoni com a institució constitutiva de la família, sense perjudici de la protecció d'altres situacions.

⁴⁵ Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya núm. 2687, de 23 de juliol de 1998.

preàmbul tampoc no fa al·lusió a la família, sinó a la perifrasi "altres formes d'unió en convivència de caràcter estable". No és casualitat que el matrimoni es reguli en el Codi de família⁴⁷, mentre que la regulació de les unions estables es realitza separatament en l'esmentada llei especial⁴⁸. I també defuig qualsevol al·lusió a la família la Llei aragonesa 6/1999, de 26 de març, relativa a les parelles estables no casades; és més, en l'article 14 assenyala expressament que la parella estable no casada no genera parentiu d'afinitat (és a dir, entre cadascun dels membres de la parella i els parents de l'altre). Aquest distanciament pel que fa a la noció de família s'observa també en la regulació valenciana de les unions de fet: Llei 1/2001, de 6 d'abril, per la qual es regulen les unions de fet⁴⁹, que en el seu preàmbul les qualifica com a "altres tipus d'unió", i evita en el seu articular qualsevol menció de la família. Aquesta Llei valenciana és seguida mimèticament en la legislació madrilenya: Llei 11/2001, de 19 de desembre, d'unions de fet de la Comunitat de Madrid⁵⁰.

A l'altre extrem, la regulació Navarra i balear parteix d'una interpretació àmplia de la noció de família, i així s'afirma en els preàmbuls respectius de les seves lleis especials. A Navarra, la Llei foral 6/2000, de 3 de juliol, per a la igualtat jurídica de les parelles estables⁵¹, considera "grup familiar" aquell que tingui el seu origen en la filiació, en el matrimoni o en la unió estable de parella (article 1). Tot i que nominalment la resta de l'articulat no conté més referències a la família (de fet, l'article 5.3 es refereix a les "despeses comunes", l'article 5.5 a la "llar comuna", l'article 7 a "la casa"), l'article 8 reconeix els membres de la parella estable la possibilitat d'adoptar de forma conjunta", i preveu l'adequació de la normativa foral "sobre adopcions i acolliment per contemplar el model de família format per parelles estables"; aquesta norma ha estat recorreguda davant del Tribunal Constitucional. No va tan lluny la legislació balear: la Llei 18/2001, de 19 de desembre, de parelles estables⁵², també fa seva aquesta noció àmplia de família (en l'article 5 es refereix en tres ocasions a les "càrregues familiars"); amb tot, i com en la legislació aragonesa, l'article 3 destaca que la formació d'una parella estable no general relació de parentiu per afinitat.

Hi ha, però, una tercera postura emergent que, a l'efecte del que tractem, pot resultar la més acceptable. Només hi ha família a partir que la dona i l'home que formen la parella esdevenen, respectivament, mare i pare, és a dir, des que tenen algun fill al seu càrrec⁵³.

Així podria quedar resolta la segona qüestió que ens plantejàvem: la noció de família no s'ha de formular considerant les relacions horitzontals (les de parella), sinó les relacions verticals (és a dir, quan hi ha fills). I aquest concepte de família, en consideració de la possible existència de descendència, és el que ha de valer a l'efecte de la protecció de l'article 39.1 de la Constitució. Així, en l'esmentada sentència 222/1992 (fonament jurídic 4) s'hi afirma que en el concepte constitucional de família "hi entra també la relació matrimonial de l'home i la dona sense descendència". Hi ha família, doncs, quan hi ha o hi pot haver fills, amb independència -per descomptat- que es tracti de filiació per naturalesa (i aquesta tant matrimonial com no matrimonial) o per adopció: article 39.2 de la Constitució i article 108.II del Codi civil.

En l'àmbit de l'empresa familiar, l'altre avantatge que, especialment en l'ordre fiscal, se li dispensa ve justificat perquè es consideren dignes de protecció els beneficis de continuïtat i perdurabilitat que, en termes socials i econòmics, comporta l'empresa familiar. Aquesta continuïtat en el temps, amb l'augment d'arrelament consegüent, i la creixent estabilitat i seguretat en l'ocupació que se'n deriva, constitueixen el bé jurídic que fa mereixedora de protecció l'empresa familiar. Una vegada determinat el supòsit de fet que permet parlar pròpiament de família (la possible existència de descendència, que en l'àmbit social dependrà de la normativa aplicable sobre matrimoni i filiació (fins i tot per adopció), s'ha de precisar quin abast té la família.

En el llenguatge comú, la noció de família se sol vincular al grup de persones de progènie o ascendents comuns: és a dir, inclou el parentiu tant per línia directa (entre persones que descendeixen les

⁴⁶ Sobre això, M. MARTÍN CASALS, Comentari a l'article 3 Llei 10/1998, a Comentaris al Codi de família, a la Llei d'unions estables de parella, i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua, *cit.*, pàg. 1169; J. EGEA FERNÁNDEZ, Comentari a l'article 4 Llei 10/1998, a Comentaris al Codi de família, a la Llei d'unions estables de parella, i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua, *cit.*, pàg. 1170.

⁴⁷ Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de Família. Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya núm. 2687, de 23 de juliol de 1998; correcció d'errates: Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya núm. 2732, de 28 de setembre de 1998.

⁴⁸ D'altra banda, per a les situacions convivencials d'ajuda mútua, directament i expressament s'exclou el caràcter de família: "sense constituir una família nuclear", diu l'article 1 de la Llei 19/1998, de 28 de desembre, sobre situacions convivencials d'ajuda mútua. Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya núm. 2801, de 8 de gener de 1999.

⁴⁹ Diari Oficial de la Generalitat Valenciana, núm. 3978, d'11 d'abril de 2001. BOE núm. 112, de 10 de maig de 2001.

⁵⁰ BOE núm. 55, de 5 de març de 2002.

⁵¹ BOE núm. 214, de 6 de setembre de 2000.

⁵² BOE núm. 14, de 16 de gener de 2002.

⁵³ Sobre aquestes posicions, vegeu, per tots, M.F. BRINIG/F.H. BUCKLEY, Joint Custody: Bonding and Monitoring Theories, *Indiana Law Journal*, 1993, núm. 73, pàg. 393-427.

unes de les altres), com per línia col·lateral (entre persones que no descendeixen les unes de les altres, però que procedeixen d'un tronc comú). Aquesta noció es correspon amb la família-llinatge: el grup de persones que descendeixen d'una mateixa estirp⁵⁴.

Tanmateix, en l'àmbit jurídic les solucions tampoc no són coincidents, ja que -segons els casos- el grup familiar es considera amb més o menys amplitud, amb la qual cosa més que de "família" cal parlar de "famílies". Centrem-nos en la regulació que conté el Codi civil, i això sense perjudici d'assimilar convenientment els membres de la parella estable als cònjuges, en virtut de la referida normativa autonòmica.

En efecte, i malgrat la indefinició jurídica sobre la família, les normes del Codi civil la consideren amb una extensió que va des de la família nuclear (la formada pel pare, la mare i els fills que estan al seu càrrec, és a dir, els fills no emancipats, que estan sotmesos a la pàtria potestat d'aquells), passant per la inclusió d'altres descendents i ascendents, i prolonguen el parentiu amb la inclusió dels germans, fins a arribar a l'extensió màxima que arriba als col·laterals per quart grau (cosins germans).

Moltes d'aquestes normes codificades que fan al·lusió a la família semblen tenir en ment l'anomenada "família nuclear" o família en sentit estricte. A aquesta noció de la família s'han d'entendre fetes les referències legals a la "família", l'"interès de la família" o les "circumstàncies de la família", tant en el marc de les relacions entre els membres de la parella (per exemple, en la regulació del matrimoni i dels règims econòmics matrimonials: articles 67, 70, 82.4t, 1319, 1371, 1377, 1382, 1388, 1389 del Codi civil), com en el context de les relacions entre els progenitors i els fills (les relacions paternofiliars: article 155.2n del Codi civil) i en altres referències normatives a la família (article 152.2n del Codi civil, pel que fa al cessament de l'obligació de donar aliments; article 172.4 del Codi civil, quant a la guarda i l'acolliment de menors; article 524 del Codi civil, en relació amb els drets d'ús i habitació; article 1056.II del Codi civil, en el cas de la partició hereditària i la conservació indivisa de l'empresa). En alguns supòsits, i pel que fa als fills, es fa la distinció entre els fills comuns i els fills d'un dels cònjuges sol (article 1362.1a del Codi civil, referent a les despeses que són de càrrec de la societat de beneficiaris).

En un altre tipus de relacions, però, l'abast de la família s'estén. Així succeeix, per citar-ne un cas, en matèria de legitimes, en què la noció d'hereus forçosos comprèn els fills i els descendents, els pares i els ascendents, i el cònjuge (article 807 del Codi civil). I pel que fa a l'obligació recíproca de prestar-se aliments entre parents, la noció de família inclou els cònjuges, els ascendents i els descendents, però també, encara que d'una manera més limitada, els germans (article 143 del Codi civil). Aquesta extensió es refereix també a la norma de Dret internacional privat, segons la qual la llei personal de les persones físiques (la seva nacionalitat) és la que regeix els drets i els deures de família (article 9.1.I del Codi civil). I l'extensió més àmplia de la família es produeix en matèria de successió intestada, a l'hora de determinar l'ordre de successió segons la diversitat de línies (descendents, ascendents, cònjuge i col·laterals: articles 930 a 955 del Codi civil), de manera que el dret d'heretar abintestat pot arribar, com a molt, fins als quart grau en línia col·lateral, és a dir, fins als cosins germans del difunts (article 954 del Codi civil).

3.1.4. La plurívoca noció d'empresa familiar en la legislació tributària estatal, autonòmica i foral

Davant d'aquesta situació normativa en el pla constitucional i civil, cal recordar, sobretot, quina noció de família, i amb quina extensió, és la considerada per la nostra legislació fiscal quan s'ocupa de l'empresa familiar. Com ja hem avançat, aquesta noció es troba en l'article 4.8.2 de la Llei de l'Impost sobre el Patrimoni, en el qual a la lletra c) exigeix: "*Que la participació del subjecte passiu en el capital de l'entitat sigui almenys del 5 per cent⁵⁵, computat de forma individual, o del 20 per cent conjuntament amb els seus cònjuge, ascendents, descendents o col·laterals de segon grau, ja tingui el seu origen el parentiu en la consanguinitat, en l'afinitat o en l'adopció*".

⁵⁴ Aquesta vinculació entre l'arrel, el tronc i les branques d'una família és present en la mateixa etimologia d'aquests termes: Així, "estirp" procedeix del llatí *st_rps*, que significa la base del tronc d'un arbre; i "llinatge" deriva d'una dissimilació de llinyatge, derivat de l'arcaic *llinya* (línia). Així ho indiquen J. COROMINAS/J.A. PASCUAL, Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico, cit., respectivament, vol. II, pàg. 790, i vol. III, pàg. 662.

⁵⁵ Convé subratllar que la disposició addicional 11ª de la Llei 51/2002, ha rebaixat al 5% l'anterior percentatge del 15%.

La mateixa redacció es troba en l'article 5.1.c) del Reial decret 1704/1999⁵⁶. De l'esmentada norma de la Llei de l'impost sobre el patrimoni cal destacar-ne dos extrems. D'una banda, quan s'expressa l'àmbit subjectiu considerat per al còmput conjunt del 20%, permet considerar com a tal la constituïda exclusivament pels cònjuges. D'altra banda, sembla obvi que l'al·lusió al segon grau s'ha de referir no solament a la línia col·lateral, sinó també a la línia directa. De manera que, a l'efecte de l'exempció fiscal, la família (incloent-hi filiació natural o consanguïnia i per adopció) s'estén en línia recta fins als avis i als néts, en línia col·lateral, fins als germans, i fins als cunyats (per afinitat)⁵⁷.

A aquesta delimitació de les participacions en entitats, a les quals sigui d'aplicació l'exempció regulada en l'article 4.8.2. de la Llei de l'impost sobre el patrimoni, com també als drets d'usdefruit sobre aquestes, es refereix l'article 20.2.c) de la Llei de l'impost sobre successions i donacions⁵⁸. Per tant, els llindars de participació mínima que el causant (en el còmput individual) o amb els familiars (en el còmput conjunt) han de tenir en el capital de l'entitat en qüestió (participació el valor de la qual integra la base imposable) són els mateixos que en l'Impost sobre el patrimoni: en particular, el parentiu considerat per al còmput conjunt arriba fins al cònjuge, ascendents, descendents o col·laterals de segon grau, i el parentiu és per consanguinitat, afinitat o adopció.

Una altra cosa és el parentiu considerat per l'esmentada norma de l'Impost sobre successions i donacions, a l'efecte d'aplicar-ne la reducció. En efecte, aquesta norma atribueix una reducció del 95% del valor d'aquestes participacions en la base imposable d'adquisicions *mortis causa* que correspongui als *cònjuges, descendents o adoptats* de la persona finada; a més, s'exigeix que l'adquisició es mantingui durant els deu anys següents a la defunció del causant, llevat que morís l'adquirent dins d'aquest termini. Ara bé, quan no hi hagi descendents o adoptats, la reducció serà d'aplicació a les adquisicions per part d'*ascendents, adoptants i col·laterals, fins al tercer grau*; i, en tot cas, el cònjuge supervivent tindrà dret a la reducció del 95%. Per tant, en la línia col·lateral s'arriba fins al vincle entre nebots i oncles (germans del pare o mare d'aquells).

Com és ben sabut, tant l'Impost sobre el patrimoni, com l'Impost sobre successions i donacions, són tributs cedits a les comunitats autònomes de règim comú, en virtut de l'article 17.1.b).c) de la Llei 21/2001⁵⁹. De moment, les comunitats autònomes no han exercit les competències normatives atribuïdes en relació amb l'Impost sobre el patrimoni (article 39 Llei 21/2001).

En el cas de l'Impost sobre successions i donacions, hi ha comunitats autònomes que no han alterat les regles estatals en relació amb la reducció del valor de les participacions en entitats "familiars" en la base imposable per adquisicions *mortis causa* que correspongui a cònjuges, descendents o adoptats del causant.

En algunes d'aquestes comunitats, però, hi ha alguns elements de la normativa civil sobre parelles estables que cal tenir en compte.

Per exemple, les Illes Balears. D'una banda, la disposició addicional 2a de la Llei 18/2001 estableix que "els drets i les obligacions establerts per als cònjuges en el marc competencial normatiu de les Illes Balears s'entendran d'igual aplicació per als membres d'una parella estable", i la disposició final 2a d'aquesta Llei ordena a aquesta comunitat autònoma que reguli, en el marc de les seves competències normatives, el tractament fiscal específic per als membres de les parelles estables previst en aquesta Llei "i equipararà el seu règim, en la mesura que sigui possible, al dels cònjuges". D'altra banda, l'article 3 d'aquesta Llei 18/2001 aclareix que "la formació d'una parella estable no genera cap relació de parentiu entre cadascun dels seus membres i els parents de l'altre". Així doncs, en aquest cas s'exclou el parentiu per afinitat.

⁵⁶ Reial decret 1704/1999, de 5 de novembre, pel qual es determinen els requisits i les condicions de les activitats empresarials i professionals i de les participacions en entitats per a l'aplicació de les exempcions corresponents en l'Impost sobre el patrimoni que encara fa referència al 15% BOE núm. 266, de 6 de novembre de 1999.

⁵⁷ En la defensa de la moció presentada al Senat, el Sr. Gamero Mir (del Grup Parlamentari Popular) considerava que, a l'efecte de definir la societat familiar, la participació significativa conjunta també es xifrava en almenys el 20%, però el grup familiar s'estenia als cònjuges, ascendents, descendents i col·laterals fins al quart grau: Corts Generals, Diari de Sessions del Senat, VII Legislatura, any 2000, núm. 14, sessió del Ple de 26 de setembre de 2000, pàg. 564.

⁵⁸ Llei 29/1987, de 18 de desembre, de l'Impost sobre successions i donacions. BOE de 19 de desembre de 1987.

⁵⁹ Llei 21/2001, de 27 de desembre, per la qual es regulen les mesures fiscals i administratives del nou sistema de finançament de les comunitats autònomes de règim comú i ciutats amb Estatut d'autonomia. BOE núm. 313, de 31 de desembre de 2001. Amb aquesta Llei queden derogades, des de l'1 de gener de 2002, la Llei 30/1983, de 28 de desembre, reguladora de la cessió de tributs de l'Estat a les comunitats autònomes, i la Llei 14/1996, de 30 de desembre, de cessió de tributs de l'Estat a les comunitats autònomes i de mesures fiscals complementàries, per a les comunitats autònomes que compleixin els requisits del nou sistema de finançament (disposició derogatòria única de la Llei 21/2001).

Altres comunitats autònomes sí que han exercit les competències normatives en matèria de l'Impost sobre successions i donacions. Pel que fa a aquest impost, i sobre el que ara ens interessa, la competència normativa autonòmica comprèn les reduccions sobre la base imposable, i s'hi poden regular les que estableix la normativa estatal, de manera que les manté en condicions anàlogues a les que estableix l'Estat, "o les millora mitjançant l'augment de l'import o del percentatge de reducció, l'ampliació de les persones que s'hi poden acollir o la disminució dels requisits per poder-la aplicar" (article 40.1.a).II Llei 2172001).

Algunes comunitats autònomes s'han limitat a reproduir en aquest punt la norma estatal per a les adquisicions *mortis causa*, en relació amb la base imposable del 95% del valor de les participacions en entitats familiars. Aquest és el cas de la Comunitat de Madrid. En l'article 2.1.c) de la Llei 14/2001⁶⁰ reproduceix l'article 20.2.c) de la Llei de l'impost sobre successions i donacions. En aquesta Comunitat Autònoma, i pel que fa a l'assimilació entre cònjuges i membres d'una parella de fet, cal tenir en compte que l'article 9 de la Llei 11/2001 assenyala que "els drets i les obligacions establerts en la normativa madrilenya de dret públic per als membres de parelles que hagin contret matrimoni, seran d'aplicació als membres de la unió de fet, en especial en matèria pressupostària, de subvencions i de tributs propis". Certament, ni l'Impost sobre patrimoni ni l'Impost sobre successions i donacions són tributs propis, sinó que són tributs cedits; però també és veritat que aquesta referència normativa als tributs propis és només a títol especial, per la qual cosa no sembla que exclougui l'assimilació de tractament entre cònjuges i membres de parella estable en aquest sentit.

Altres comunitats autònomes sí que han fet ús de l'esmentada possibilitat de millorar la reducció analitzada sobre la base imposable: en particular, pel que fa als requisits per a la seva aplicació. Molt especialment, cal destacar l'extensió del perímetre de subjectes, les participacions dels quals es poden computar per afirmar l'existència d'una empresa familiar, ja que per aquesta via s'arriba a delimitacions autonòmiques de l'empresa familiar no coincidents. I això, és clar, genera una situació confusa i no del tot respectuosa amb el principi d'igualtat.

Aquesta és el cas de la Comunitat Autònoma d'Aragó. L'article 3.3.b) de la Llei 13/2000⁶¹ assenyala, per a la reducció per l'adquisició *mortis causa* de participacions en entitats, que el percentatge del 20% a què es refereix l'article 4.Vuitè.2.c) de la Llei de l'Impost sobre el patrimoni, es computarà "conjuntament amb el cònjuge, ascendents, descendents o col·laterals de fins a quart grau del mort, sempre que es tracti d'entitats l'activitat econòmica, direcció i control de les quals radiquin en el territori de la Comunitat Autònoma d'Aragó".

Per tant, a Aragó, la noció d'empresa familiar s'estén fins als cosins germans (quart grau en la línia col·lateral).

Ara bé, malgrat aquesta extensió, cal tenir en compte dues qüestions de dret civil aragonès en relació amb les parelles estables. En primer lloc, l'article 18 de la Llei aragonesa 6/1999 estableix que "els drets i les obligacions establerts per als cònjuges en la normativa aragonesa de dret públic, *que no tingui caràcter tributari*, seran d'igual aplicació als membres de la parella estable no casada". D'aquí, se'n pot deduir que el membre de la parella estable no es podrà beneficiar de les participacions que pugui tenir l'altre a l'efecte del còmput conjunt. En segon lloc, l'article 14 de la mateixa Llei 6/1999 assenyala que "la parella estable no casada no genera cap relació de parentiu entre cadascun dels membres i els parents de l'altre". Per això, i com també s'indica expressament en la legislació balear, no es poden incloure aquests familiars en el parentiu per afinitat.

A la Comunitat Autònoma de Castella i Lleó, l'article 11/2000⁶² també contempla especialitats en la reducció per adquisició *mortis causa* de participacions en entitats.

Les especialitats rauen, d'una banda, en el fet que s'ha de tractar de participacions en entitats les accions de les quals no estiguin admeses a cotització en un mercat secundari oficial; se n'exclouen, expressament, a aquest efecte, de la noció d'empresa familiar les societats cotitzades. Aquesta reducció de l'àmbit objectiu d'entitats resulta difícilment compatible amb l'abast de la capacitat normativa autonòmica, ja que aquesta s'ha de referir a "la disminució dels requisits per poder aplicar..." la reducció (article 40.1.a).II de la Llei estatal 21/2001): en el cas analitzat, els requisits no es redueixen, sinó que el que es redueix són les possibilitats d'aplicar la reducció perquè queden fora de les participacions en entitats cotitzades.

⁶⁰ Llei 14/2001, de 26 de desembre, de mesures fiscals i administratives. Butlletí oficial de la Comunitat de Madrid, de 28 de desembre de 2001; BOE de 5 de març de 2002.

⁶² Llei 11/2000, de 28 de desembre, de mesures econòmiques, fiscals i administratives. Butlletí Oficial de Castella i Lleó de 30 de desembre del 2000; BOE de 19 de gener de 2001.

⁶¹ Llei 13/2000, de 27 de desembre, de mesures tributàries i administratives. Butlletí Oficial d'Aragó de 30 de desembre de 2000; BOE de 8 de febrer de 2001.

D'altra banda, la norma castellanolleonesa té la particularitat que en el conjunt de les persones que es poden acollir a la reducció, el parentiu és per adopció o per consanguinitat; se n'exclou, doncs, el parentiu per afinitat.

A Catalunya, i també a l'efecte de l'Impost sobre successions i donacions, la noció d'empresa familiar segueix de prop a la que adopta la legislació estatal de l'Impost sobre el patrimoni, tot i que hi introdueix algun canvi que crida l'atenció. En efecte, l'article 2.1.d) Segon de la Llei catalana 21/2001⁶³ estableix la reducció de la base imposable en les adquisicions *mortis causa* que corresponguis al cònjuge, als descendents o adoptats, als ascendents o adoptats o als col·laterals fins al tercer grau del causant, en relació amb les participacions en entitats, amb cotització o sense cotització en mercats organitzats. Ara bé, pel que fa al nivell de participació en el capital social, el llindar mínim de la participació causant (en el còmput individual) es va rebaixar fins al 5% *del capital* (davant del 15% exigint per la norma estatal fins el 31.12.2002)⁶⁴.

Tot i així, la resolució recent ICT/3085/2002⁶⁵ (annex 1.2) apuja al 50% la participació social mínima en el còmput individual, a fi de definir la societat familiar en matèria d'ajudes a empreses familiars per realitzar plans de successió.

Cal tenir en compte, a més, que en virtut de la disposició final 1a.b) de la Llei 10/1998⁶⁶, d'unions estables de parella, i de l'article 31 de la Llei catalana 25/1998, els membres de les unions estables regulades en aquesta Llei 10/1998 s'assimilen als cònjuges, en relació amb l'Impost sobre successions i donacions, i pel que fa a les adquisicions *mortis causa* d'un dels convivents en l'herència de l'altre. Per això, el convivent supervivent ha d'acreditar degudament l'existència de la unió estable de parella.

En canvi, l'esmentada resolució ICT/3085/2002, sobre ajudes a empreses familiars per a la realització de plans de successió, només es refereix al cònjuge quan fixa el còmput conjunt de la participació en la societat familiar (annex 1.2) i manté la referència a l'espòs o esposa (annex 2, fase 4, de la metodologia que s'ha de seguir per realitzar el diagnòstic previ que s'hi contempla).

D'altra banda, i quant a les persones que es poden beneficiar de la reducció impositiva en l'Impost sobre successions i donacions, cal tenir en compte també la peculiaritat catalana en relació amb les situacions convivencials d'ajuda mútua, regulades a Catalunya per la Llei 19/1998⁶⁷, i per a les quals es nega expressament que constitueixin família nuclear (preàmbul i article 1 d'aquesta Llei). Aquests convivents s'assimilen als parents del grup III (col·laterals de segon i tercer grau, ascendents i descendents per afinitat) en les adquisicions *mortis causa* d'un dels convivents en l'herència de l'altre. El convivent o els convivents supervivents han d'acreditar l'existència de l'ajuda mútua (disposició addicional de la Llei 19/1998)⁶⁸.

Com en el cas català, també a la Comunitat Valenciana es redueix el percentatge de la participació (en el còmput individual) al 5%. En efecte, l'article 10.Dos.4t.III.b) de la Llei 13/1997⁶⁹ també estableix que la participació del causant en el capital de l'entitat sigui, com a mínim, del 5% de forma individual.

I pel que fa al còmput conjunt de la participació, molt especialment en el cas del cònjuge, també s'ha de tenir en compte que l'article 9 de la Llei valenciana 1/2002, el qual assenyala que "els drets i les obligacions establertes en la normativa valenciana de dret públic (per als cònjuges) seran d'aplicació als membres de la unió de fet, en especial en matèria pressupostària, de subvencions i de tributs propis". Com en el cas madrileny (que es limita a copiar aquesta normativa valenciana, si bé corregeix la referència omesa als cònjuges), l'al·lusió especificativa als tributs propis no exclou l'aplicació general de l'assimilació de tractament en el cas dels tributs cedits.

⁶³ Llei 21/2001, de 28 de desembre, de mesures fiscals i administratives. Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya de 31 de desembre del 2001; *BOE de 25 de gener de 2002*.

⁶⁴ *Quan el senyor Gamero Mir defensava la moció presentada al Senat pel Grup Parlamentari Popular, també feia seu aquest percentatge del 5% en el còmput individual, a l'hora de considerar la participació significativa del grup familiar: Corts Generals, Diari de Sessions del Senat, VII Legislatura, any 2000, núm. 14, sessió de Ple de 26 de setembre de 2000, pàg. 564.*

⁶⁵ Resolució del Departament d'Indústria, Comerç i Turisme ICT/3085/2002, de 16 d'octubre, per la qual s'obre la convocatòria d'ajuts a empreses familiars per a la realització de plans de successió (codi 121). Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya núm. 3751, de 30 d'octubre del 2002.

⁶⁶ Llei 25/1998, de 31 de desembre, de mesures administratives, fiscals i d'adaptació a l'euro. Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya de 31 de desembre de 1998; *correcció d'errors*: Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya de 21 de gener de 1999; *BOE de 2 de febrer de 1999*.

⁶⁷ Llei 19/1998, de 28 de desembre, sobre situacions convivencials d'ajuda mútua. Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya núm. 2801, de 8 de gener de 1999.

⁶⁸ *Sobre aquesta qüestió, C. AGUSTÍN TORRES, Comentari a la disposició addicional Llei 19/1998, a Comentaris al Codi de família, a la Llei d'unions estables de parella, i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua, cit., pàg. 1296-1299.*

⁶⁹ Llei 13/1997, de 23 de desembre, de la Generalitat Valenciana, per la qual es regula el tram autonòmic de l'Impost sobre la renda de les persones físiques i la resta dels tributs cedits. *La vigent redacció de l'article 10 d'aquesta Llei ha vingut donada per l'article 17 de la Llei 9/2001, de 27 de desembre, de mesures fiscals, de gestió administrativa i financera, i d'organització de la Generalitat Valenciana. Diari Oficial de la Generalitat Valenciana de 31 de desembre del 2001; BOE de 7 de febrer de 2002.*

En els territoris històrics bascos (Àlaba, Biscaia i Guipúscoa) també es contempla l'empresa familiar en l'àmbit fiscal. Com és ben sabut, l'Impost sobre el patrimoni i l'Impost sobre successions i donacions són tributs concertats de normativa autònoma en els quals els territoris històrics tenen competència normativa plena. En aquesta normativa foral se segueix un mateix model.

En l'Impost sobre el patrimoni s'estableix l'exempció de les participacions en entitats, en termes generalment coincidents amb la normativa estatal. Tanmateix, el desenvolupament reglamentari foral afegeix un matis, per al cas de tinença de participacions en entitats que, al seu torn, participin en unes altres.

I en l'Impost sobre successions i donacions, gaudeixen d'exempció general les adquisicions successores o per donació a favor del cònjuge, ascendents, descendents, adoptants i adoptats. En el cas de col·laterals fins al tercer grau (sempre que no hi hagi descendents o adoptats), per a la reducció del 95% en la base imposable per les adquisicions *mortis causa* de participacions en entitats i drets d'usdefruit sobre aquestes, es remet a la noció d'aquestes entitats que ofereix la normativa foral de l'Impost sobre el patrimoni.

A la Diputació Foral d'Àlaba, l'article 4.Deu.2 de la Norma Foral 23/1991⁷⁰ (exempció en l'Impost sobre el patrimoni) i articles 5.c) i 19.5 de la Norma foral 25/1989⁷¹ (Impost sobre successions i donacions). A la Diputació Foral de Biscaia: article 4.10.Dos de la Norma foral 11/1991⁷² (exempció en l'Impost sobre el Patrimoni) i articles 5.1.3 i 19.8 del Decret foral normatiu 3/1993⁷³ (per a l'Impost sobre successions i donacions). A la Diputació Foral de Guipúscoa: article 4.Deu.2 de la Norma foral 14/1991⁷⁴ per a l'Impost sobre el patrimoni, i articles 5.4 i 19.6 de la Norma foral 3/1990⁷⁵ per a l'Impost sobre successions i donacions.

La Diputació Foral de Navarra també té competència plena per regular l'Impost sobre el patrimoni i l'Impost sobre successions i donacions.

Les participacions en entitats "familiars" no gaudeixen d'exempció en l'Impost sobre el patrimoni, sinó que la part proporcional que correspongui a aquestes participacions constitueixen una deducció de la quota. En l'aspecte que ara interessa, cal destacar que en el còmput conjunt de la participació en aquestes entitats, el percentatge del 20% només arriba fins al cònjuge del subjecte passiu; no, en canvi, a la participació d'ascendents, descendents o col·laterals fins al segon grau, per consanguinitat, afinitat o adopció: article 33.1.b).Tercera de la Llei foral 13/1992⁷⁶. Tanmateix, sobre aquesta qüestió cal destacar que la norma reglamentària que es troba en l'article 4.1.c) del Decret foral 89/1998⁷⁷ encara està pendent d'adaptació al text legal i es refereix també a tots aquests parents en el còmput conjunt. En relació amb el cònjuge, cal destacar que l'article 12.1 de la Llei fora. 6/2000 assenyalava que els membres d'una parella estable seran considerats com a cònjuges a l'efecte previst en la legislació fiscal de Navarra per a l'aplicació de deduccions o exempcions.

I en l'Impost sobre successions i donacions, les adquisicions *mortis causa* de béns i drets entre cònjuges o membres d'una parella estable, ascendents o descendents en línia recta per consanguinitat, adoptants o adoptats, tributaran al tipus de gravamen del 0,80%: article 29.2 de les Normes de l'Impost sobre successions i donacions⁷⁸.

⁷⁰ Norma foral 23/1991, d'11 de desembre, de l'Impost sobre el patrimoni. La vigent redacció de l'article 4.Deu prové de la Norma Foral 17/1998, de 15 de juny. Butlletí Oficial del Territori d'Àlaba, núm. 74, d'1 de juliol de 1998.

⁷¹ Norma foral 25/1989, de 24 d'abril, de l'Impost sobre successions i donacions. La redacció de l'article 5 prové de la modificació feta per la Norma foral 30/1991, de 19 de desembre, de pressupostos per a 1992 (Butlletí Oficial del Territori Històric d'Àlaba, núm. 63, de 10 de gener de 1992 (suplement)). L'apartat 5 de l'article 19 ha estat afegit per l'article 4 de la Norma foral 5/2002, de 26 de maig (Butlletí Oficial del Territori Històric d'Àlaba, núm. 63, de 5 de juny de 2002 (suplement)).

⁷² Norma foral 11/1991, de 17 de desembre, del Territori Històric de Biscaia, de l'Impost sobre el patrimoni. La redacció vigent de l'article 4.Deu d'aquesta Norma foral prové de la Norma foral 4/1998, de 2 d'abril, de mesures tributàries per a 1998.

⁷³ Decret foral normatiu 3/1993, de 22 de juny, pel qual s'aprova el Text refós de la Norma foral 2/1989, de 15 de febrer, de l'Impost sobre successions i donacions. Butlletí Oficial de Biscaia de 6 de juliol de 1993.

⁷⁴ Norma foral 14/1991, de 27 de desembre, de l'Impost sobre el Patrimoni. Amb efectes des de l'1 de gener de 1998, aquest apartat Deu de l'article 4 ha estat modificat per la Norma foral 1/1998, de 25 de febrer, de mesures fiscals.

3.1.5. El concepte d'empresa familiar: un intent de concreció

De tot el que hem exposat fins ara, amb prou feines es pot extraure una primera conclusió: empresa familiar és aquella que es troba sota el control d'una família.

Si bé la idea d'empresa familiar s'intueix amb una certa facilitat, concreta un concepte jurídic amb contingut resulta una tasca certament estèril. Què s'hagi d'entendre per família dependrà de la legislació concreta aplicable en el territori de què es tracti. Però és que, a més a més, i a l'efecte de poder gaudir dels beneficis fiscals atorgats a l'empresa familiar, s'ha de tenir en compte molt especialment l'amplitud de l'àmbit subjectiu considerat per la legislació tributària que sigui d'aplicació.

Tot això ens porta a afirmar que el concepte d'empresa familiar està integrat per altes dosis de relativitat, determinades per la profusa normativa que, amb criteris heterogenis, es refereix a la família.

⁷⁵ Norma foral 3/1990, d'11 de gener, de l'Impost sobre successions i donacions. L'apartat 6 de l'article 19 ha estat afegit per l'article 3. Dos de la Norma foral 5/2002, de 13 de maig, per la qual s'aproven determinades normes tributàries. Butlletí Oficial de Guipúscoa de 20 de maig de 2002, amb efectes des de l'1 de gener de 2002.

⁷⁶ Llei foral 13/1992, de 19 de novembre, de l'Impost sobre el patrimoni. Butlletí Oficial de Navarra, núm. 145, de 2 de desembre de 1992. L'actual redacció d'aquest article 33.1.b). Tercera prové de la Llei foral 23/1998, amb efecte des de l'1 de gener de 1999. En la redacció anterior, l'àmbit de subjectes considerat per a aquest còmput conjunt coincidia amb el de la normativa estatal.

⁷⁷ Decret foral 89/1998, de 23 de març, pel qual es determinen els requisits i les condicions que han de reunir les activitats empresarials i les participacions en entitats per a l'aplicació de la deducció de la quota en l'Impost sobre el patrimoni. Butlletí Oficial de Navarra, núm. 43, de 10 d'abril de 1998.

⁷⁸ Acord de la Diputació Foral de Navarra de 10 d'abril de 1970. Butlletins Oficials de Navarra, núm. 51, 52, 53 i 65, de 29 d'abril, 1 i 4 de maig i 1 de juny de 1970 respectivament. La redacció vigent de l'article 29 prové de la Llei foral 3/2002, de 14 de març. Butlletí Oficial de Navarra núm. 37, de 25 de març de 2002. Té efecte des de l'1 de gener de 2002.

3.2. Exigències i indiferències en la noció d'empresa familiar

3.2.1. El control de l'empresa per part de la família

El control per part de la família és la pedra angular de l'empresa familiar. Aquest concepte de control s'ha de cercar en la noció d'"unitat de decisió" que es troba en l'article 4 de la Llei de mercat de valors⁷⁹.

Parafraçant aquesta norma, es pot afirmar que l'empresa és familiar quan una família ostenta o pot ostentar, directament o indirectament, el control de l'empresa, o quan aquest control correspon a una o més persones de la família o a una o més famílies que actuïn sistemàticament en concert. I caldrà presumir que hi ha una unitat de decisió en qualsevol dels supòsits de l'article 42.1 del Codi de comerç, o quan almenys la meitat més un dels consellers de l'empresa en qüestió siguin consellers o alts directius d'una empresa controlada per la família.

Les hipòtesis que, segons l'article 42.1 del Codi de comerç i a l'efecte de la consolidació comptable, permeten afirmar una relació de domini són:

- la possessió de la majoria dels drets de vot;
- la facultat de nomenar o de destituir la majoria dels membres de l'òrgan d'administració;
- la possibilitat de disposar, en virtut d'acords presos amb altres socis, de la majoria dels drets de vot;
- haver nomenat exclusivament amb els propis voti la majoria dels membres de l'òrgan d'administració, que ocupin el seu càrrec en l'exercici que es tracti i en els dos exercicis immediatament anteriors, tret que l'empresa en qüestió estigui dominada per una altra virtut de les previsions anteriors.

En relació amb la primera hipòtesi descrita, la noció de control inclou tant els supòsits de control directe, com de control indirecte (article 42.2 del Codi de comerç). Cal destacar, però, que a l'efecte de l'aplicació dels beneficis fiscals a les participacions en empreses familiars, la sentència del Tribunal Suprem de 26 de juny de 1996 ha considerat que, per al còmput de la participació en el capital, només es pot considerar la participació directa: se n'exclouen, doncs, les accions o participacions que es tinguin de manera indirecta (és a dir, per mitjà de societats dependents, o per mitjà d'una persona interposada). Aquest criteri jurisprudencial ha estat recollit normativament per l'article 4.1.I del Reial decret 1704/1999 (que estableix els requisits i les condicions de les participacions en entitats per a l'aplicació de les exempcions en l'Impost sobre el patrimoni): s'exigeix que la titularitat de les participacions en entitats correspongui directament al subjecte passiu.

Pel que fa a això, cal fer notar que l'article 3.3.b).II de la Llei d'Aragó 13/2000 assenyala, per a la reducció de la base imposable de l'Impost sobre successions i donacions, que "l'adquisició s'haurà de mantenir durant el termini de deu anys d'acord amb els requisits previstos en la normativa estatal. En el cas que com a conseqüència d'una operació societària de fusió, escissió, canvi de valors, aportació no dinerària o similars, no es mantinguessin les participacions rebudes, no es perdrà el dret a la reducció, excepte si l'activitat econòmica, la seva direcció i el seu control, deixessin d'estar radicats a la Comunitat Autònoma d'Aragó".

Seguint amb la noció de control i dins de la normativa tributària, ha arribat el moment d'insistir en algunes mancances i limitacions que pateix l'article 4.Vuitè.Dos.c) de la Llei de l'Impost sobre el patrimoni, quan estableix els percentatges de participació mínima.

⁷⁹ Llei 24/1988, de 28 de juliol, del mercat de valors. BOE núm. 181, de 29 de juliol de 1988; correcció d'errors: BOE núm. 185, de 4 d'agost de 1989.

⁸⁰ Consulta recollida a Manual de la empresa familiar (coord. J. Herreros/X. Calaf/A. Rovira), Madrid: Cuatrecasas-Cinco Días, 2001, pàg. 205.

Per començar, tant en el còmput individual com en el còmput conjunt, s'exigeix exclusivament el corresponent percentatge mínim en el capital, no en els drets de vot. Oblida la norma que aquesta participació en el capital no té per què correspondre a una intensitat equivalent en els drets de vot, ja que aquesta correlació es pot trencar estatutàriament: en el cas de la societat limitada, per la possibilitat que ofereix l'article 53.4 de la Llei de societats de responsabilitat limitada, perquè en estatuts es pot alterar la regla que estableix que cada participació social concedeix al seu titular el dret a emetre un vot; i en el cas de la societat anònima, perquè els estatuts poden limitar el nombre màxim de vots que pot emetre un mateix accionista o societats que pertanyen a un mateix grup (article 105.2 de la Llei de societats anònimes). El criteri seguit per la normativa fiscal resulta encara més criticable quan ens adonem que, a més, la Direcció General de Tributs (en consulta de 2 de juny de 1997) entén que si una societat anònima ha emès accions sense vot, aquestes accions s'han de considerar com les ordinàries, a l'efecte de computar els percentatges de participació en el capital previstos⁸⁰. Això sí, la mateixa Direcció General de Tributs (en consultes de 26 d'octubre de 1995 i la ja esmentada de 2 de juny de 1997) ha assenyalat que les accions en autocartera s'han de deduir per realitzar el càlcul dels percentatges de participació en el capital⁸¹.

En segon lloc, resulta molt discutible que es pugui afirmar que una societat està dominada per una família, quan el grup familiar considerat només té una participació mínima en el capital del 20%. I encara sembla més dubtós que es pugui considerar familiar una empresa solament perquè una persona física participi en el 15% del seu capital (per més que hagi d'exercir efectivament les seves funcions de direcció en aquesta empresa, i que rebí en aquest concepte una remuneració que representi més del 50% de tots els seus rendiments empresarials, professionals i de treball personal: article 4.Vuitè.Dos.c) de la Llei de l'impost sobre el patrimoni). Pròpiament, i com ja hem avançat, empresa familiar ho és només aquella que està controlada per la família.

En fi, la noció d'empresa familiar no té per què limitar-se al supòsit de l'"empresa unifamiliar". Ara bé, també hi cap en aquest concepte el supòsit que diverses famílies, que actuïn sistemàticament en concert, exerceixin de manera conjunta el control sobre l'empresa.

3.2.2. Algunes consideracions tributàries sobre l'objecte de l'empresa familiar

Com qualsevol tipus d'empresa, també la familiar es pot dedicar a qualsevol activitat lícita, sense més restriccions que les previstes legalment en relació amb certes activitats per a les quals s'exigeixen requisits especials.

Ara bé, en el règim tributari de favor disposat per a les participacions en entitats familiars, s'estableixen dues exclusions en l'objectes d'aquestes empreses. Segons l'article 4.Vuitè.Dos.a).b) de la Llei de l'impost sobre el patrimoni, per poder gaudir de l'exempció impositiva s'exigeix que l'entitat no tingui per activitat principal la gestió d'un patrimoni mobiliari o immobiliari⁸² i que, tractant-se d'una societat no concorrin els supòsits establerts a l'article 75 de la Llei de l'Impost sobre Societats.

D'altra banda, i seguint amb la qüestió del règim tributari, ni la normativa estatal ni l'autònoma de règim comú no s'ocupen de l'activitat que ha de desenvolupar l'entitat participada en el cas que aquesta, al seu torn, participi en altres entitats. Aquesta qüestió, en canvi, sí que és objecte de tractament en el desenvolupament reglamentari foral dels territoris històrics d'Àlaba, Biscaia i Guipúscoa, i a la Comunitat Foral de Navarra, tot i que no se segueix el mateix criteri.

En el supòsit de tinença de participacions en entitats que, alhora, participin en unes altres, el desenvolupament reglamentari foral exigeix que l'entitat participant (la participada directament per la persona física) gestioni i dirigeixi l'activitat de l'entitat participada, i no solament la participació en aquesta de la mateixa entitat interposada participant. Amb una redacció coincident, aquest requisit s'estableix per al Territori Històric d'Àlaba en l'article 5.1.a).II del Decret foral 160/1999⁸³; per al Terri-

⁸¹ Consultes referides, també, a Manual de la empresa familiar, cit., pàg. 206.

⁸² Sobre aquests dos extrems, remeto a allò que s'indica en el capítol 5 d'aquesta obra col·lectiva (sub 5.3.1 i 5.3.2).

⁸³ Decret foral 160/1999, del Consell de Diputats, de 21 de desembre, que dona un nou desenvolupament reglamentari a allò que disposa l'apartat Deu de l'article 4 de la Norma foral reguladora de l'Impost sobre el patrimoni, sobre exempció de determinats béns i drets de les persones físiques necessaris per al desenvolupament de la seva activitat econòmica, com també l'exempció de les participacions en determinades entitats. Butlletí Oficial del Territori d'Àlaba, num. 152, de 31 de desembre de 1999.

tori Històric de Biscaia en l'article 5.1.a).II del Decret foral 207/1999⁸⁴; i per al Territori Històric de Guipúscoa en l'article 5.1.a).II del Decret foral 118/1999⁸⁵. Concretament, i a fi d'afirmar que aquesta entitat interposada realitza de manera efectiva una activitat econòmica, s'assenyala que quan l'entitat participi, al seu torn, en unes altres entitats, es considera que no realitza una activitat de gestió d'un patrimoni mobiliari si, disposant directament del 5% dels drets de vot en aquestes entitats, dirigeix i gestiona el conjunt de les activitats econòmiques d'aquestes mitjançant l'organització corresponent de mitjans personals i materials, sempre que les entitats participades no tinguin, al seu torn, com a activitat principal la gestió d'un patrimoni mobiliari o immobiliari.

A Navarra, l'article 4.1.a).II del Decret foral 89/1998 exigeix que aquesta entitat participant disposi directament, almenys, del 5% dels drets de vot en aquestes entitats participades, i que dirigeixi i gestioni les participacions mitjançant l'organització corresponent de mitjans personals i materials; les entitats participades tampoc no han de tenir com a activitat principal la gestió d'un patrimoni mobiliari o immobiliari. Destaquem el matis pel que fa a la regulació dels territoris bascos: en aquests la direcció i la gestió es refereix no ja a les participacions, sinó a les activitats econòmiques de les entitats participades; en el cas navarrès, tanmateix, només cal dirigir i gestionar les participacions.

3.2.3. Les societats familiars cotitzades

Decidir si una societat cotitzada pot ser considerada empresa familiar constitueix un problema clàssic en la seva noció. D'entrada, cal destacar que res no impedeix afirmar el caràcter d'empresa familiar per a les societats cotitzades. Això és així, fonamentalment, perquè el control de l'empresa per part d'una família (que és el que caracteritza l'empresa familiar) i la mida de l'empresa, són elements que mouen en plans diferents.

És cert que està força estesa l'associació equivocada de l'empresa familiar amb la petita i mitjana empresa⁸⁶. Tot i així -i encara que, des d'una aproximació empírica, la majoria de les empreses familiars són de petita i mitjana dimensió- ha de quedar clar que ni totes les petites i mitjanes empreses són empreses familiars, ni únicament les petites i mitjanes empreses són empreses familiars⁸⁷. El control de l'empresa i la seva dimensió són qüestions diferents. I res no impedeix que una societat familiar (convenientment organitzada en l'aspecte jurídicocietari) pugui recórrer a l'estalvi col·lectiu com a mitjà directe de finançament: especialment, com a societat anònima, les accions de la qual estiguin admeses a cotització en un mercat secundari oficial.

Encara més, i també des del punt de vista empíric, a Espanya hi ha moltes societats familiars cotitzades. Fins i tot no poques de les societats espanyoles cotitzades més importants (les que integren l'Ibex35) són societats controlades per famílies (Corporación Financiera Alba, Ferroviaria, Inditex, Prisa, Sol Meliá).

Pel que fa a això, cal recordar que l'article 46.II.a) de la Llei de mercat de valors⁸⁸ exigeix que l'admissió a negociació a les borses de valors d'accions (i valors que s'hi puguin convertir o que atorguin dret a la seva adquisició o subscripció) es refereix a la totalitat de les accions o dels valors emesos. No es pot admetre, doncs, a negociació una part del capital. En el cas de les societats familiars cotitzades, aquesta exigència de l'admissió a negociació de tot el capital se soluciona en la pràctica de la manera següent: la participació de la família queda registrada en una societat o agència de valors (en general, filial de bancs) amb instruccions que no es transmeti. Això fa que només una part del capital (el que no es troba en mans de la família) es negocia: és l'anomenat *free float*.

La normativa fiscal té molt en compte aquesta realitat quan estableix els elements configuradors de la societat familiar, i per això afirma la indiferència que la societat en la qual es participa sigui o no cotitzada. Així, l'article 4.Vuitè.Dos de la Llei de l'impost sobre el patrimoni es refereix expressament a les participacions en entitats, amb cotització o sense en mercats organitzats. La mateixa conside-

⁸⁴ Decret foral 207/1999, de 21 de desembre, pel qual es determinen els requisits i les condicions de les activitats empresarials i professionals, i de les participacions en entitats per a l'aplicació de les exempcions corresponents en l'impost sobre el patrimoni. Butlletí Oficial de Biscaia, núm. 250, de 30 de desembre de 1999.

⁸⁵ Decret foral 118/1999, de 21 de desembre, pel qual es determinen els requisits i les condicions de les activitats empresarials i professionals, i de les participacions en entitats per a l'aplicació de les exempcions en l'impost sobre el patrimoni.

⁸⁶ Això es fa pales en algunes intervencions del debat sobre la moció presentada al Senat sobre el projecte d'estatut jurídic de l'empresa familiar: així, en les dels senyors Gamero Mir (del Grup Parlamentari Popular) i Romero Calero (del grup Parlamentari Socialista): Corts Generals, Diari de Sessions del Senat, VII Legislatura, any 2000, núm. 14, sessió del Ple de 26 de setembre de 2000, pàg. 564-565 i 566, respectivament.

ració es realitza en aquella legislació econòmica que, pel que fa a la reducció de la base imposable en les adquisicions *mortis causa*, remet a aquesta norma estatal, o que la reformula en els mateixos termes. Això últim passa en l'article 2.1.d). Segon de la Llei catalana 21/2001, que també subratlla la indiferència que les participacions siguin en el capital de societats cotitzades o no ("participacions en entitats, amb cotització o sense cotització en mercats organitzats"). En el cas de València, l'article 10.Dos.4t de la Llei 13/1997 es refereix a la participació en entitats, sense més especificacions, per la qual cosa cal entendre que no en queden excloses les societats cotitzades.

En la normativa foral és també constant aquesta indiferència en relació amb el fet que es tracti de participacions en "entitats amb o sense cotització en mercats organitzats": així, l'article 4.Deu.2 de la Norma foral d'Àlaba 23/1991, l'article 4.10.Dos de la Norma foral de Biscaia 11/1991, l'article 4.Deu.2 de la Norma foral de Guipúscoa 14/1991, l'article 33.1.b) de la Llei foral de Navarra 13/1992.

En canvi, a la Comunitat Autònoma de Castella i Lleó se segueix un criteri radicalment oposat que exclou les societats cotitzades de la noció d'empresa familiar. En efecte, l'article 10 de la Llei castellanolleonesa 11/2000, en relació amb la reducció per adquisició *mortis causa* de participacions en entitats, exigeix que es tracti de "participacions en entitats que no cotitzin en mercats organitzats, el domicili fiscal i social de les quals es trobi a Castella i Lleó".

També en altres àmbits, la noció d'empresa familiar se cenyeix al cas de les petites i mitjanes empreses familiars, per la qual cosa se n'exclouen expressament les societats les accions de les quals estan sotmeses a cotització en un mercat secundari oficial. Així passa a Catalunya, a l'efecte de concessió d'ajudes a empreses familiars per a la realització de plans de successió. La resolució ICT/3085/2002 (annex 1.5.h)) exigeix que la persona amb facultat certificant en la societat presenti adjunta una declaració jurada en què consti que l'empresa no cotitza en un mercat secundari.

⁸⁷ En el mateix debat al qual ens hem referit en la nota anterior, assenyala amb molt d'encert el senador Cambra i Sánchez, del Grup Parlamentari Català al Senat de Convergència i Unió: Corts Generals, *Diari de Sessions del Senat, VII Legislatura, any 2000*, núm. 14, sessió del Ple de 26 de setembre del 2000, pàg. 570. La distinció tipològica per la mida de l'empresa també és present en les intervencions del senador Cámara Fernández (del Grup Mixt: pàg. 568), de la senadora Morales Rodríguez (del Grup Parlamentari Senadors de Coalició Canària: pàg. 568), del senador Albistur Marín (del Grup Parlamentari de Senadors Nacionalistes Bascos: pàg. 569).

⁸⁸ Llei 24/1988, de 28 de juliol, del mercat de valors (BOE núm. 181, de 29 de juliol de 1988; correcció d'errors: BOE núm. 185, de 4 d'agost de 1989). L'article 46 d'aquesta Llei es va tornar a redactar la Llei 37/1998, de 16 de novembre, de reforma de la Llei del mercat de valors (BOE núm. 275, de 17 de novembre de 1998).

3.3. Classes d'empresa familiar

3.3.1. Segons la forma d'organització jurídica: empresari individual i societat familiar

L'empresa familiar es pot organitzar jurídicament com a empresa familiar (amb la titularitat corresponent a qualsevol dels progenitors o dels descendents) o bé acollir-se a la diversa fenomenologia societària que ofereix l'ordenament.

En els epígrafs anteriors ens hem centrat fonamentalment en la societat familiar, ja que és en aquesta on es plantegen els problemes conceptuals més importants.

Pel que fa a l'empresa familiar individual, ja ens hem referit a determinades connexions entre empresa individual i família, que són objecte de consideració en els articles del 5 al 12 del Codi de comerç. Però malgrat aquestes relacions, tampoc no hi ha un concepte normatiu d'empresa individual familiar.

El mateix succeeix en el dret comparat, llevat de la singular i paradigmàtica noció d'empresa familiar que recull l'article 230bis del Codi civil italià⁸⁹. En aquesta norma es delimita l'àmbit subjectiu de l'empresa familiar: aquella en la qual col·labora el cònjuge, els parents fins al tercer grau (en línia directa fins al besavi; en línia col·lateral fins a l'oncle patern o matern) i els afins fins al segon grau (els cunyats). I s'hi disciplinen els drets patrimonials dels familiars que intervenen a l'empresa, com també els supòsits en què aquests participen en les decisions empresarials. D'altra banda, l'article 2.083 del mateix Codi civil italià inclou en la noció de petits empresaris "*coloro che esercitano un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia*"⁹⁰. L'element definitori es troba en el fet que preval el treball de l'empresari i dels components de la seva família.

3.3.2. Segons la seva dimensió: microempreses, petites i mitjanes empreses, grans empreses

Com ja hem comentat en l'epígraf anterior, està molt estesa la confusió d'assimilar l'empresa familiar amb la petita i mitjana empresa. Tanmateix, ja hem aclarit que el control empresarial per part de la família i la dimensió de l'empresa són circumstàncies que discorren en camps diferents. Depenent de la seva dimensió, l'empresa familiar (com qualsevol altra empresa) pot ser petita o mitjana empresa, o gran empresa. Ara bé, resulta obvi que una immensa majoria de les empreses familiars són petites o mitjanes, i que un gran nombre d'aquestes són familiars.

La Comunitat Europea ha mostrat en diverses ocasions la seva preocupació i el seu interès per les petites i mitjanes empreses. Això ja es fa palès des de 1994, amb sengles comunicacions de la Comissió sobre la millora de l'entorn fiscal de les petites i mitjanes empreses⁹¹ i sobre la transmissió

⁸⁹ Aquesta norma va ser introduïda per la Legge di 19 maggio 1975, n. 151, di riforma del diritto di famiglia

⁹⁰ Sobre aquesta qüestió, W. BIGIARI, *La piccola impresa, Milà, 1947*, pàg. 41 ss.; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. III, t. I, Pàdua: Cedam, 1990, pàg. 71 ss.

⁹¹ *Diari Oficial* núm. C 187, de 9 de juliol de 1994, pàg. 5-10.

⁹² *Diari Oficial* núm. C 204, de 23 de juliol de 1994, pàg. 1-23.

⁹³ *Diari Oficial* núm. L 385, de 31 de desembre de 1994, pàg. 14-17. És un text pertinent a les finalitats de l'EEE.

⁹⁴ *Diari Oficial* núm. C 400, de 31 de desembre de 1994, pàg. 1-9.

⁹⁵ *Diari Oficial* núm. L 6, de 10 de gener de 1997, pàg. 25.

⁹⁶ *Diari Oficial* núm. C 93, de 28 de març de 1998, pàg. 2-21. Es tracta d'un text pertinent a les finalitats de l'EEE.

⁹⁷ *Diari Oficial* núm. L 107, de 30 d'abril de 1996, pàg. 4-9. Aquest text és pertinent a les finalitats de l'EEE. Com indica el seu article 4, aquesta Recomanació es refereix a la definició de la PIME utilitzada en les polítiques comunitàries aplicades dins de la Comunitat i de l'Espai Econòmic Europeu, i està destinada als estats membres, al Banc Europeu d'Inversions i al Fons Europeu d'Inversions.

d'empreses (accions a favor de les PYME⁹²), en la Recomanació 94/1069/CE, de la Comissió, de 7 de desembre de 1994, sobre la transmissió de les petites i mitjanes empreses⁹³, amb la seva comunicació corresponent de la mateixa Comissió⁹⁴. Aquest objectiu es va confirmar en la Decisió del Consell, de 9 de desembre de 1996, relativa al tercer programa plurianual a favor de les PIME⁹⁵, a la qual va seguir el Fòrum europeu sobre transmissió d'empreses, organitzat per la Comissió el 3 i 4 de febrer de 1997 a Lille, els resultats de la qual es descriuen en la Comunicació de la Comissió sobre la transmissió de les petites i mitjanes empreses⁹⁶.

Té una importància singular la Recomanació 96/280/CE, de la Comissió, de 3 d'abril de 1996, sobre la definició de petites i mitjanes empreses (PYME)⁹⁷. Segons l'article 1 d'aquesta Recomanació, la noció de PIME enclou dos tipus d'empreses independents⁹⁸:

a) La *petita empresa*:

- la que doni ocupació a menys de 50 treballadors;
- la que tingui un volum de negocis que no excedeixi els 7 milions d'euros;
- la que tingui un balanç general anual que no excedeixi el 5 milions d'euros.

b) La *mitjana empresa*:

- la que doni ocupació a menys de 250 treballadors;
- la que tingui un volum de negocis que no excedeixi els 40 milions d'euros;
- la que tingui un balanç general anual que no excedeixi els 27 milions d'euros.

En el si d'aquesta dicotomia de les PIME, si l'empresa dóna ocupació a menys de 10 treballadors es denomina *microempresa*.

Quan en la data de tancament dels comptes anuals una empresa quedi per sota o superi aquests líndars relatius al nombre d'empleats o els líndars financers, adquirirà o perdrà la qualitat de PIME, mitjana empresa, petita empresa o microempresa, si aquesta circumstància es repeteix durant dos exercicis socials consecutius.

Aquesta definició de PIME es troba en el Reglament CE núm. 70/2001, de la Comissió, de 12 de gener de 2001, relatiu a l'aplicació dels articles 87 i 88 del Tractat CE a les ajudes estatals a les petites i mitjanes empreses (annex I)⁹⁹. A aquest Reglament s'acull el règim d'ajudes que conté la resolució ICT/3085/2002 del *Departament d'Indústria, Comerç i Turisme*, l'annex 1.2 de la qual segueix -com no podia ser d'altra manera- els esmentats paràmetres quantitius per definir la petita i mitjana empresa.

Hi ha sectors normatius, però, en què aquests paràmetres quantitius varien. Així, en el nostre Dret de societats es considera petita societat la que pot formular el balanç de manera abreujada, segons els límits de l'article 181 de la Llei de societats anònimes¹⁰⁰, perquè no supera dos dels límits següents: total de partides de l'actiu inferior a 2.373.997,81 euros (395 milions de pessetes); import net de la xifra anual de negocis no superior a 4.747.995,62 euros (790 milions de pessetes); i mitjana de treballadors empleats no superior a 50. La mateixa dimensió és la que es té en compte per dispensar del deure de sotmetre els comptes a revisió per part d'auditors de comptes (article 203.2 de la Llei de societats anònimes).

El líndar de la mitjana empresa es vincula a la possibilitat de formular el compte de pèrdues i guanys de forma abreujada, segons l'article 190 de la Llei de societats anònimes¹⁰¹. Aquests mateixos paràmetres s'utilitzen per poder-se acollir a la dispensa del deure de consolidar per raó de les reduïdes dimensions del grup o subgrup¹⁰². Això és així quan no es depassen dos dels tres límits següents: total de les partides de l'actiu del balanç no superior a 9.495.991,20 euros (1.580 milions de pessetes); import net de xifra anual de negocis no superior a 18.991.982,40 euros (3.160 milions de pessetes); i mitjana de treballadors empleats durant l'exercici, no superior a 250. Totes aquestes referències normatives de la Llei de societats anònimes són aplicables a la societat limitada, a causa de la remissió general de l'article 84 de la Llei de societats de responsabilitat limitada.

⁹⁸ A aquest efecte, s'entén per empresa independent aquella en què el 25% o més del seu capital o dels seus drets de vot no pertanyi a una altra empresa, o conjuntament a diverses empreses, que no responguin a la definició de PIME.

⁹⁹ *Diari Oficial* núm. L 10, de 13 de gener de 2001, pàg. 33-42.

¹⁰⁰ Els límits monetaris vigents d'aquesta norma procedeixen de la revisió realitzada pel Reial decret 572/1997, de 18 d'abril (BOE d' 1 de maig de 1997).

¹⁰¹ L'actual quantificació d'aquests límits monetaris procedeix també de l'esmentat Reial decret 572/1997, de 18 d'abril.

¹⁰² Article 43.1.1a del Codi de comerç; article 8.1.1. de les Normes per a la formulació de comptes anuals consolidats, aprovades pel Reial decret 1815/1991, de 20 de desembre (BOE núm. 310, de 27 de desembre de 1991). Sobre aquesta qüestió, vegeu F. CERDÀ ALBERO, *Las cuentas anuales consolidadas*, a *Noticias de la Unión Europea*, 1997, núm. 152, pàg. 55-85 (pàg. 63-64).

Finalment, en l'àmbit tributari, el règim d'incentius fiscals per a les empreses de dimensió reduïda (que es troba en el títol VIII, capítol XII de la Llei de l'impost sobre societats¹⁰³) s'aplica si l'import net de la xifra de negocis que hi va haver en el període impositiu anterior és inferior a 5 milions d'euros (article 122.1 de la Llei, segons la redacció donada per la Llei 24/2001 de 27 de desembre).

¹⁰³ Llei 43/1995, de 27 de desembre, de l'impost sobre societats. BOE de 29 de desembre 1995; correcció d'errors: BOE de 3 d'agost de 1996.

4 Govern estable de l'empresa familiar

Raimon Segura de Lassaletta

Soci de Cuatrecasas

Professor associat de Dret Mercantil. ESADE

4.1. Òrgans típics o generals en el dret espanyol de societats: els consellers independents i les comissions delegades

Pel que fa als òrgans típics de les societats de capital, farem una breu referència a certes recomanacions per al bon govern¹⁰⁴. En efecte, sense entrar a comentar *in extenso* les pràctiques de bon govern preconitzades per la nostra Comissió de Mercat de Valors, que van cristal·litzar en l'anomenat Codi Olivencia¹⁰⁵ i en la seva continuació, L'Informe Aldama, sí que considerem oportú comentar alguns dels aspectes d'aquestes pràctiques que resulten predicables del Consell d'Administració (i no d'altres formes d'administració) de l'empresa familiar, cotitzada o no.

Tanmateix, abans cal recordar que en les societats limitades no es reconeix -al nostre parer com a producte d'una reforma legislativa errònia- el dret a la representació proporcional dels socis en el Consell¹⁰⁶, que sí que es postula en les societats anònimes¹⁰⁷, raó per la qual una primera recomanació, quan es tracti de les primeres, podria consistir a incloure aquest dret en els pactes extraestatutaris o parasocials¹⁰⁸.

Com ja és sabut, la relativitat i la flexibilitat de les pautes de bon govern ja es van destacar en el mateix Codi Cadbury¹⁰⁹ -font d'inspiració de tots els que l'han succeït a Europa i també de l'Informe Olivencia- i van ser ratificades per l'Informe Hampel¹¹⁰. En aquest sentit, el Comitè Hampel destaca que les estructures societàries i els reglaments interns varien àmpliament de país a país, i que són fruit de l'economia local i de l'entorn existent (aquesta mateixa realitat es constata en el més recent Informe Winter, esmentat en el Capítol 1 d'aquest llibre). Tanmateix, subratlla també que les qüestions fonamentals sobre la reputació i la credibilitat dels administradors són les mateixes a tot arreu i que hi ha signes evidents que el desenvolupament i la globalització dels mercats propiciaran la convergència dels sistemes de govern de les societats (gosem posar èmfasi en el fet que, en alguns aspectes, de totes les societats, incloses les societats familiars).

És per això que tan sols s'hi enuncien principis amplis, que els puguin aplicar totes les empreses implicades amb flexibilitat i sentit comú, segons les diverses circumstàncies de cada companyia. Això no obstant, tots els comitès que han estudiat últimament les pràctiques de bon govern coincideixen a destacar que hi ha guies o principis que són apropiats per a la gran majoria dels supòsits, sense perjudici que puguin existir raons vàlides per excepcionar-los, cas en el qual caldrà explicar aquestes raons (*comply or explain*).

Fent-se ressò d'usos ja estesos en la pràctica, una de les recomanacions de la Comissió Olivencia va consistir a suggerir que les societats disposin d'un programa d'orientació per als nous consellers que tingui com a objectiu advertir-los de les seves obligacions legals, informar-los sobre les regles de govern de la societat i familiaritzar-los amb l'empresa.

A aquest efecte, convé facilitar-los un resum escrit dels drets i les obligacions del conseller, d'acord amb la Llei i, en particular, els estatuts socials, que els serveixi com a recordatori del seu estatut (facultats i deures). Algunes de les matèries recollides en aquest resum podrien ser les següents:

¹⁰⁴ El professor M.A. GALLO ha classificat com a estructures errònies en empreses familiars les següents: 1. Duplicada (com a resultat de generar poder a base de duplicar responsabilitats o de subdividir-les innecessàriament); 2. Querencial (perquè permet que alguns membres de la família s'inventin àrees de treball i responsabilitats); 3. Arbre genealògic (en el qual es copia l'ordre dels cognoms, generacions, edats, etc.); 4. Tribal (com a resultat d'assignar i reservar responsabilitats determinades a cadascuna de les branques de la família); 5. Policial (en la qual cada membre important de la família té els seus propis sistemes d'informació i control); 6. De suplents (com a resultat de reservar responsabilitats per a membres de la família que encara no les poden ocupar, i aleshores se'n fan responsables, transitòriament, directius que no són familiars). Nota tècnica de la divisió de l'IESE, 1993.

¹⁰⁵ Publicat el febrer de 1998, arran de l'Informe Cadbury.

¹⁰⁶ En la mateixa exposició de motius de la Llei de societats limitades s'indica que "no s'ha considerat convenient reconèixer a la minoria el dret a una representació proporcional en l'òrgan d'administració col·legiat, evitant així que un conflicte eventual entre socis o grups de socis arribi a un òrgan en el qual, per estrictes raons d'eficàcia, és aconsellable un cert grau d'homogeneïtat".

¹⁰⁷ Article 137 de la Llei de societats anònimes, desenvolupat pel RD 821/1991, de 17 de maig.

¹⁰⁸ En la pràctica es pot observar que aquesta limitació s'ha solucionat, de vegades, fent ús de la creació de diverses "classes" de participacions amb drets de vot plural alternatius de manera que, per exemple, la "classe A" tingui més vots que la "classe B" a l'hora de designar dos consellers, i la "classe B" més vots que la "classe A" a l'hora de designar els altres dos, sense tenir en compte el capital que representen. A parer nostre, la validesa d'una clàusula d'aquest tipus és dubtosa perquè es podria al·legar que s'incorre en frau de llei.

¹⁰⁹ "The Financial Aspects of Corporate Governance", Londres, 1 de desembre de 1992.

¹¹⁰ "Committee on Corporate Governance", Final Report, Londres, gener de 1998.

¹¹¹ Rafael Mateu de Ros, "Reflexiones sobre el Código de Buen Gobierno", El País, 22 d'abril de 1998.

- (i) Principis de funcionament:
 - Col·legialitat: principi majoritari.
 - Descentralització de funcions.
 - Matèries indelegables.
 - Deures.
- (ii) Composició del Consell:
 - Designació dels seus membres.
 - Durada del càrrec.
 - Funcions.
- (iii) Constitució i adopció d'acords.
- (iv) Formalització dels acords.
- (v) Retribució del Consell.
- (vi) Responsabilitat.
- (vii) Recomanacions per al bon govern.

En aquest context s'ha assenyalat, i potser amb raó, que alguns dels suggeriments sobre "bon govern corporatiu" haurien d'arribar a tenir reconeixement normatiu en el nostre dret positiu, no només que els poders públics es limitin a donar consells d'ètica empresarial¹¹¹. En concret, s'ha proposat la reforma de la Llei a fi de posar límits a la possible delegació de funcions per part del Consell, com també per imposar obligatòriament els comitès d'auditoria (que ja són obligatoris als Estats Units, des del 30 de juny de 1978, per a totes les societats les accions de les quals cotitzen a la Borsa de Nova York). En aquesta mateixa línia, potser seria oportú aclarir quina és la missió del Consell d'Administració (administrar o supervisar la gestió?) i regular la manera de resoldre els conflictes d'interessos a les juntes generals de les societats anònimes¹¹² i en el Consell d'Administració.

En aquest sentit, l'Informe Aldama recomana que es regulin per llei, si més no: (i) els deures bàsics d'informació i transparència en matèria de govern corporatiu; (ii) la definició i el règim dels deures de lleialtat i de diligència, especialment en l'àmbit dels conflictes d'interès; i (iii) l'obligació de dotar-se d'un Reglament del Consell d'Administració que englobi les qüestions fonamentals del govern corporatiu, com també d'un Reglament de la Junta General¹¹³.

En tot cas, la primera facultat i la més primordial, i que alhora és un deure, dels administradors consisteix a participar en l'administració de la societat, des d'on ha d'establir l'estratègia de l'empresa i supervisar-ne la gestió. Aquesta facultat o dret inherent al càrrec s'exercita, particularment, en el marc de les sessions del Consell d'Administració. Tanmateix, ni la llei ni tampoc el Reglament del Registre Mercantil no regulen la manera de deliberar i d'adoptar acords.

Hi ha, doncs, un marge ampli per a l'autoregulació, de manera que són matèries de contingut facultatiu, entre d'altres, els aspectes propis del funcionament del Consell que tenen a veure amb la forma de deliberar, la determinació de l'Ordre del dia, el torn de paraula i d'intervenció, i la forma de votar¹¹⁴.

Així, sembla convenient que la regulació de la societat afronti directament i clarament, si més no, dos aspectes fonamentals que configuren l'estatut del conseller, des de la perspectiva dels seus drets: a) d'una banda, el dret d'informació a què tenen dret tots els consellers, considerats individualment; i b) d'altra, la seva retribució. En particular, el dret d'informació¹¹⁵ ha de ser reconegut amb la màxima extensió possible (és així, per exemple, en l'article 32 del Reglament del Consell d'Administració de Telefónica de España, SA, en el qual es reconeix al conseller la facultat d'examinar tots els seus llibres, registres i documents, com també els de les seves filials).

Per contra, ni és freqüent ni sembla convenient que els estatuts regulin qüestions relatives a la manera en què han d'intervenir o votar els consellers o a com s'han de desenvolupar els debats, sinó que aquestes qüestions se solen tractar amb flexibilitat, deixant que sigui el president qui les determini, segons les circumstàncies.

En definitiva, sembla oportú recomanar a les societats familiars que regulin de manera detallada en els estatuts socials o en el corresponent reglament del Consell aspectes com ara: a) el calendari de sessions i, en particular, qui pot o qui ha de convocar les sessions extraordinàries¹¹⁶; b) la convocatòria del Consell: antelació, forma, contingut (Ordre del dia i documentació); c) la seva composició (en particular, quines condicions personals han de reunir els consellers, aspecte sobre el qual hi tornarem més endavant); d) els drets (incloent-hi l'extensió i els límits del dret d'informació) i els deu-

¹¹² En l'article 52 de la Llei de societats limitades es disposa que el soci no podrà exercir el vot corresponent a les seves participacions quan es tracti d'adoptar acords determinats en què els seus interessos personals puguin ser oposats a l'interès social. En les societats anònimes no sembla exigible aquest deure d'abstenció, i els abusos queden relegats al control judicial posterior, per via d'impugnació dels acords socials. No obstant això, la nostra opinió és que caldria imposar estatutàriament l'esmentat deure d'abstenció.

¹¹³ Informe de la Comissió Especial per al foment de la transparència i la seguretat en els mercats i en les societats cotitzades, publicat el 8 de gener de 2003, pàg. 49.

¹¹⁴ J.R. SALELLES CLIMENT, "El funcionamiento del Consejo de Administración", *Estudios de Derecho Mercantil*, Ed. Civitas, 1a. ed., 1995.

¹¹⁵ J.M^a MUÑOZ PAREDES, "La información de los Consejeros en la Sociedad Anónima", Ed. Aranzadi, 1a. ed., 1999.

¹¹⁶ De conformitat amb la doctrina de la nostra DGRN, el vicepresident només ho pot fer si en els estatuts socials se li atribueix aquesta facultat.

res dels consellers¹¹⁷; e) el règim d'incompatibilitats i conflictes d'interès; f) l'organització de les sessions: funcions del president i del secretari; g) la delegació de funcions: majories necessàries, creació de comitès i matèries indelegables; i h) la retribució dels consellers.

Val la pena comentar, encara que sigui breument, la recomanables, a parer nostre, designació de consellers independents, és a dir, de membres dels òrgans de govern que no pertanyin o que estiguin íntimament vinculats als socis (per exemple, la família) que tenen el control de l'empresa, ni siguin empleats o assessors d'aquests¹¹⁸. En concret, en l'Informe Aldama se'ls caracteritza -pensem que d'una manera insuficient- per : (i) no tenir, o haver tingut recentment, relacions de treball, comercial o contractual, de caràcter significatiu, amb la societat, els seus directius, els consellers dominicals o societats del grup representades per aquests, les entitats financeres de la societat o organitzacions que rebin subvencions d'aquesta ; (ii) no ser conseller d'una altra societat cotitzada que tingui consellers dominicals en la societat de què es tracti ; i (iii) no tenir relació de parentiu pròxim amb els consellers executius, dominicals o els membres de l'alta direcció de la societat.

Se sol destacar que la seva presència en el Consell pot incrementar la confiança dels inversors, dels treballadors i, en general, de les persones que es relacionen amb l'empresa (inclosos proveïdors i clients). En especial, s'indica que les seves aportacions al govern de qualsevol tipus d'empreses haurien d'aportar-hi rigor, independència de criteri, debat i perícia («professionalització»)¹¹⁹. Així, en l'àmbit del nostre estudi, cal emfatitzar que els consellers independents -quan realment ho són i el seu nomenament no és una mera formalitat- protegeixen els interessos dels socis minoritaris i actuen de contrapès davant dels consellers executius i dels representants del capital de control. Per aquest motiu, tenen el suport incondicional dels inversors institucionals (incloses les societats de capital de risc i similars). Encara més, cal subratllar que, tot i que se sol vincular la seva designació a les societats cotitzades, ens sembla que el seu nomenament pot ser especialment útil en les societats familiars, sota un prisma de professionalitat i eficàcia en l'administració.

Fora d'això, la mateixa Direcció General dels Registres ha resolt que cal establir circumstàncies objectives que condicionin el nomenament dels administradors, però sense que aquesta delimitació arribi al punt que puguin ser elegits per al càrrec solament determinades persones, ja que si fos així es vulneraria, entre d'altres, el dret de les minories a designar els seus vocals, quan la normativa aplicable ho permeti i, fins i tot, es podrien produir situacions anòmales que impedirien l'exercici per part de la Junta de la facultat de separació¹²⁰. L'existència, per exemple, d'una clàusula estatutària que estableixi com a requisit per a ser designat administrador la condició d'accionista o soci depèn de les característiques de la societat, cosa que és freqüent en les societats familiars i en altres de tancades. Tanmateix, hi ha exemples de grans societats que ho imposen i en algunes d'aquestes s'exigeix, a més -com a mesura dissuasiva d'una OPA- que es mantingui la condició d'accionista des d'un determinat nombre d'anys, amb la possibilitat d'eximir aquesta exigència, mitjançant el vot favorable d'una determinada majoria reforçada.

En aquest mateix sentit, la Llei de societats limitades no permet la cooptació i, en canvi, disposa la possibilitat de nomenar suplents, llevat que els estatuts ho prohibeixin (possibilitat que el Reglament del Registre Mercantil ha fet extensiva a les societats anònimes). Així, seria possible que en una societat familiar es designés com a suplents de cada membre del Consell d'Administració, per exemple, els seus primogènits (si compleixen els altres requisits exigits legalment i estatutàriament per ser-ho).

Pel que fa a la descentralització de poders, la Comissió Olivencia va recomanar configurar les següents comissions delegades de control, formades per, almenys, tres consellers "externs" (és a dir, dominicals o independents, però no executius): a) la Comissió d'Auditoria, encarregada d'avaluar el sistema de verificació comptable, vetllar per la independència de l'auditor i revisar els sistemes de control intern; b) la Comissió de Nomenaments, responsable de vetllar per la instauració i el control de procediments de selecció de consellers i alts executius; c) la Comissió de Retribucions, que ha de proposar i supervisar la política de remuneració dels consellers i dels alts executius; i d) la Comissió de Compliment, que té com a funcions les de vigilar l'observança de les regles de govern, avaluar els resultats de la seva aplicació i proposar reformes. Per la seva part, la Comissió Aldama

¹¹⁷ J.O. LLEBOT MAJO, "Los deberes de los administradores de la Sociedad Anónima", *Estudios de Derecho Mercantil*, Ed. Civitas, 1a. ed., 1996.

¹¹⁸ En els "Principles of Corporate Governance" publicats per l'ALI (1992), s'ofereix una relació detallada de les circumstàncies que haurien de reunir aquest tipus de consellers.

¹¹⁹ I. RODRÍGUEZ DÍAZ ("La empresa familiar en el ámbito del derecho Mercantil", *Cuadernos Mercantiles EDERSA*, 2000, pág. 132 i ss.) recomana decidir sobre aquest extrem en funció de la dispersió del capital i de la maduresa del negoci, i opina que, en cas que es nomenin consellers independents, convé que se'n designin, almenys, dos. Encara més, aquesta autora es pronuncia a favor de la imposició legal de la comissió mixta (inclouent-hi consellers externs) del Consell d'Administració, ja que considera difícil que en les societats familiars s'acordi la seva designació voluntàriament.

¹²⁰ Resolució de la DGRN de 18 de juny de 1980.

va considerar que és procedent constituir se següents comissions del Consell: (i) la Comissió Executiva o Delegada, amb funcions executives; i (ii) les Comissions d'Auditoria i Control; de Nomenaments i Retribucions; i, si escau, d'Estratègia i Inversions, amb funcions únicament d'informe i proposta al Consell d'Administració.

Anteriorment, en la Llei de mesures de reforma del sistema financer¹²¹ s'havia disposat que les societats emissores de valors les accions o obligacions de les quals estiguin admeses a negociació en mercats secundaris oficials de valors, hauran de tenir un Comitè d'Auditoria, el qual haurà de tenir majoria de consellers no executius. Entre les seves funcions hi haurà les següents: (i) informar els accionistes sobre matèries de la seva competència, en la Junta General; (ii) assessorar el Consell per proposar a la Junta la designació d'auditors; (iii) supervisar els serveis d'auditoria interna; (iv) conèixer els processos d'informació financera i els sistemes de control intern de la societat; (iv) mantenir relacions amb els auditors externs per rebre informació sobre les qüestions que puguin posar en risc la seva independència, entre d'altres.

En les societats familiars, incloses les que no estan subjectes a auditoria obligatòria o no cotitzen, sembla recomanable designar, d'entre els consellers o directius, un o més responsables de complir amb les funcions ressenyades anàlogues. En cas que no s'hagi nomenat auditor, les funcions indicades vindran referides al control -en benefici dels socis i dels consellers, si n'hi hagués- de la formulació dels estats financers periòdics i, particularment, dels comptes anuals.

Per acabar aquest apartat, pot ser oportú recordar que, molt al contrari que en les societats anònimes, la Llei de societats limitades permet que els estatuts exigeixin per a l'acord de separació dels administradors una majoria superior a la majoria simple, sempre que no se superin els dos terços dels vots corresponents a les participacions en què es divideixi el capital social¹²².

¹²¹ Article 47 de la Llei 44/2002, de 22 de novembre, BOE núm. 281, de 23 de novembre.

¹²² Article 68.2 de la Llei de societats limitades.

4.2. Funcions dels òrgans específics de l'empresa familiar: la creació de fòrums per als familiars

La representació dels administradors s'estén a tots els actes compresos en l'objecte social delimitat en els estatuts socials i qualsevol limitació de les referides facultats representatives és ineficaç davant de tercers, encara que es trobi inscrita en el Registre Mercantil. Encara més, fins i tot quan els administradors s'extralimitin en les seves funcions, actuant fora del marc definit per l'objecte social, la societat queda obligada davant les persones que hagin contractat amb aquells obrant de bona fe i sense culpa greu.

Aquestes disposicions són fruit, com és sabut, de l'adaptació de la nostra normativa de societats a les directives de la CEE i, en concret, a la Directiva 68/151 que, considerant que la protecció dels tercers ha de quedar garantida i limitar-se, tant com pugui, les causes d'invalidesa dels compromisos contrets en nom de la societat, imposa en l'article 9 la il·limitabilitat de l'eficàcia externa del poder de representació.

D'aquesta manera ha culminat en el nostre dret una evolució gradual cap a un tipus de representació social de contingut únic i inderogable, sense perjudici que les limitacions que s'imposin a l'administrador facin efecte en l'esfera interna, és a dir, entre l'administrador i la societat. En conseqüència, les limitacions estatutàries a l'àmbit del poder de representació dels administradors no tenen accés al Registre Mercantil. Encara més, actualment i a fi d'evitar equívocs, ni tan sols es poden inscriure en el Registre Mercantil les enumeracions de facultats de l'òrgan d'administració que siguin consignades en els estatuts.

En aquest marc i amb aquestes limitacions quant a les seves funcions i els seus efectes, se sol proposar que les empreses familiars disposin no solament dels òrgans que són obligatoris (Junta General i Administració solidària, mancomunada o col·legiada), sinó també de determinats òrgans voluntaris de participació de la família (la Junta de Família i el Consell de Família) i d'experts independents (el Consell Assessor), que porten a terme una tasca consultiva. Es tracta, en definitiva, d'estructurar fòrums en els quals es gestioni l'aspecte humà propi d'aquestes societats i en els quals es puguin debatre, amb la transparència deguda, els temes i les preocupacions de l'empresa, els seus socis i, en especial, la família que controla l'empresa¹²³.

La Junta de Família se sol descriure com l'òrgan de caràcter informatiu i sense facultats decisòries que aglutina tots els membre de la família que tinguin certa edat (per exemple, més de 18 anys), treballin o no a l'empresa i en siguin o no socis a títol personal. Aquest fòrum permet de mantenir la família al corrent de la marxa de l'empresa, amb caràcter periòdic (per exemple, anual) i definir les relacions entre família i empresa, a fi de fomentar l'intercanvi d'opinions entre els seus membres.

A mesura que augmenta la família, la conveniència de disposar d'un òrgan d'aquest tipus s'incrementa, també, ja que és un fòrum en el qual es pot educar els familiars més joves, de manera consistent i homogènia, sobre les seves responsabilitats i els seus drets en tant que propietaris de l'empresa (de present o de futur).

El Consell de Família és l'òrgan en què la família empresària pren decisions relatives a les relacions entre la família i l'empresa: definir la política de contractació de familiars, determinar les normes de successió, arbitrar en cas de conflictes entre els membres de la família, defensar els drets dels familiars que no treballen a l'empresa, etc. En definitiva, és l'òrgan adequat per aplicar els principis i les normes que conté el Protocol familiar¹²⁴, quan aquest s'hagi subscrit o, en general, per determinar les polítiques de vertebraria de la família en l'empresa: per aquest camí i en aquest fòrum es poden

¹²³ I. LANSBERG. "Los sucesores en la Empresa Familiar.", capítol 12, Estructuras de Gobierno y procesos para la continuidad, pàg. 391.)

¹²⁴ P. LEACH, "La empresa familiar", col·lecció Management, Ed. Granica, 3a. ed., 1999, pàg. 115, apunta que un Protocol o "constitució" familiar, hauria de cobrir, almenys, els extrems següents: 1) Filosofia del management i objectius; 2) Llocs de treball i remuneració; 3) Lideratge; 4) Dret de vot i participació en la propietat; 5) Junta Directiva; 6) Comunicació; 7) Els nostres empleats; i 8) Esmenes a la "constitució" familiar.

¹²⁵ I. LANSBERG., opus cit., pàg. 421, ressenya com a activitats pròpies del Consell de Família: a) enunciar els valors familiars; b) desenvolupar una visió de futur que resulti un repte; c) planificar programes educatius; d) crear polítiques que regulin l'ingrés o la sortida de familiars de l'empresa; e) fixar normes de comportament per als integrants de la família en la comunitat; f) elaborar una declaració de missió; g) promoure el desenvolupament dels joves, amb la dotació de fons a aquest efecte; h) organitzar celebracions de llegat familiar; i) crear una oficina per gestionar la cartera d'inversions de la família; j) instaurar i supervisar iniciatives filantròpiques de la família; k) coordinar mesures per protegir la seguretat personal de la família; l) programar entreteniments i activitats per al temps lliure; m) dissenyar polítiques que regulin els conflictes d'interessos.

transmetre, de generació en generació, els valors de la societat familiar de què es tracti, i desenvolupar una visió a llarg termini¹²⁵.

És convenient que hi estiguin representades totes les branques familiars (normalment, els caps o líders), tant socis familiars treballadors com no treballadors, i les diferents generacions de la família. A més a més, és recomanable que hi hagi la presència d'un assessor extern que col·labori al fet que la preparació i la celebració de les reunions -tres o quatre vegades a l'any- sigui rigorosa i professional (per exemple, hi hauria d'haver un president i un secretari estables). En general, la seva composició es podria inspirar en la del Consell d'Administració. Així, perquè sigui eficient en les seves funcions, el Consell de Família hauria de tenir un nombre reduït de membres (per exemple, no més de nou) i la durada del seu mandat hauria de ser limitada, sense perjudici de la seva reelecció.

En especial, el Consell de Família podria assumir algunes de les funcions que es prediquen de les Comissions del Consell, com ara la recerca, la selecció i la proposta de nomenament dels membres d'aquest i la proposta de determinació de les seves retribucions. Més encara, es podria establir estatutàriament la necessitat de tenir el seu dictamen previ, encara que no fos vinculant, per decidir sobre aquestes i altres qüestions (per exemple, sobre qüestions relatives a les sol·licituds de liquiditat dels socis o als plans de formació de membres de la família a l'empresa).

D'aquesta manera, es podria extremer el rigor que, necessàriament, ha de presidir l'elecció dels consellers independents, quan se'ls hagi de nomenar, i evitar així posicions clientelars. La independència del candidat és essencial i, per tant, cal evitar que es vegi afectada per relacions d'amistat o d'interessos que puguin comprometre la seva objectivitat i imparcialitat.

Una concreció ulterior de les facultats i els drets dels membres dels òrgans específics citats, en un marc genèric de diligència i lleialtat, podria encloure-hi els següents:

- Sol·licitar i obtenir la informació adequada per poder fonamentar les seves opinions i propostes, i preparar les reunions adequadament.
- Dedicar a la seva funció el temps i l'atenció necessaris, com ara assistir a totes les reunions a què sigui convocat i participar activament en les deliberacions.
- Orientar la seva actuació cap a la consecució de l'interès general de la societat, que és el de tots els socis, i no cap a l'obtenció del benefici propi.
- Comunicar al Consell d'Administració, en ser designat i durant el seu mandat, qualsevol situació en la qual es plantegi o es pugui plantejar un conflicte d'interessos amb els seus personals.
- Guardar secret sobre les informacions confidencials a les quals hagi tingut accés en les reunions dels òrgans especials referits.
- No fer ús d'informació privilegiada sobre els negocis o el patrimoni de la companyia, ni utilitzar els actius socials amb finalitats privades o aprofitar en benefici propi o dels seus propparents avantatges patrimonials o oportunitats de negoci de la societat.
- Comunicar al Consell d'Administració qualsevol irregularitat en la gestió de la societat de la qual es pugui assabentar.
- Promoure la convocatòria de la Junta General quan ho estimin oportú o sol·licitar la inclusió en l'Ordre del dia dels extrems que consideri precis.

Al nostre parer, els més alts directius haurien de ser, normalment, invitats a assistir a les reunions dels òrgans atípics esmentats, per tal d'evitar que s'hi esbossin o s'hi encarrilin decisions d'empresa sense la seva participació.

Per acabar, el Consell Assessor estaria constituït per experts independents amb una capacitat professional provada i un bon enteniment de les claus de la societat familiar, la tasca del qual seria consultiva i d'orientació i consell, tant en l'àmbit empresarial pur com, en particular, en l'esfera de les relacions entre família i empresa.

Des d'una altra perspectiva, sovint a les empreses familiars s'hi imposen alguns requisits personals o d'un altre tipus per poder accedir a la condició de membre de l'òrgan d'administració, per exemple: a) certa edat mínima o màxima¹²⁶, o una qualificació professional, estudis o experiència determinats; b) pertànyer a una branca familiar determinada; c) treballar a l'empresa; d) ostentar una participació significativa o rellevant en el capital social o, fins i tot, una antiguitat determinada en la seva tinença. Pel que fa a això últim, cal recordar que a falta d'una disposició estatutària en aquest sentit, per ser administrador no és necessari ser accionista o soci¹²⁷.

¹²⁶ La gerontocràcia és un problema que destaca sovint en l'empresa familiar.

¹²⁷ Articles 123.2 de la Llei de societats anònimes i 58.2 de la Llei de societats limitades.

Finalment, hem de destacar que, també en les societats familiars, el concepte de creació de valor per als accionistes es va substituint pel de creació de valor d'una manera persistent per als *stakeholders*¹²⁸ o "parts interessades" (socis, empleats, clients, proveïdors, institucions financeres, administració, creadors d'opinió i, en general, la comunitat local), enfocament al qual ha de tendir el govern corporatiu. L'estructura i la composició de l'administració social poden ser determinants per a la reputació de l'empresa.

¹²⁸ Código de Gobierno para la empresa sostenible. IESE, *Fundación Entorno i PWC, 2002*: "El capital que representa una bona reputació és una de les raons de la, de vegades, tremenda diferència que hi ha entre el valor comptable i el valor de moltes empreses. Nombrosos estudis avalen aquesta afirmació" (pàg. 22).

4.3. L'exercici del comandament a les empreses familiars: propietat i gestió

En el món jurídic espanyol i, particularment, en les societats familiars -encara no han quallat prou els quatre criteris que defineixen millor la nova organització que es propugna per als Consells d'Administració (*corporate governance*), és a dir: a) en primer lloc, la necessitat de limitar, fins allà on sigui possible, el nombre de consellers amb funcions executives; b) en segon, la conveniència de potenciar la presència de consellers externs; c) en tercer lloc, la recomanació d'evitar una concentració excessiva del poder de decisió i de gestió o, si més no, l'oportunitat d'establir contrapesos; i d) per acabar, la descentralització de funcions mitjançant la creació de comitès.

Tal com va fer en el seu moment el Círculo de Empresarios¹²⁹, seguint les directrius dels informes Cadbury i Vienota, la Comissió Olivencia no va donar al seu estudi un tractament exclusivament o preeminentment jurídic, sinó un enfocament que gira al voltant de l'eficàcia empresarial i de l'ètica en els negocis. En el seu treball, també com el Círculo de Empresarios¹³⁰, la Comissió va partir de la penosa constatació empírica del fet que els consells d'administració de les empreses espanyoles són de tipus "predominantment passiu" i amb comportament intern i extern "fonamentalment opacs", de manera que la seva eficàcia és palesament millorable¹³¹.

En realitat, és rellevant que, en molts casos, el Consell d'Administració es limita a corroborar o a censurar *a posteriori* les decisions de la Direcció, que, a més, sovint té una forta presència en el si del Consell mateix (al contrari que, per exemple, a França, on l'article L93 del Codi de societats limita a un terç del Consell el nombre dels administradors vinculats a la societat per un contracte de treball).

Els defectes indicats s'aguditzen com menys professionalitzada està l'empresa i així s'ha criticat¹³² que els Consells d'Administració habituals en les empreses familiars tenen tendència a ser legalistes (ja que només serveixen per complir els requisits legals); inoperants (es reuneixen ben poc, per manca de coneixement i de capacitats dels seus membres); de control (perquè només s'ocupen d'examinar el director general i d'anar-li amb exigències); i paralitzants (atès que els seus membres, en lloc de delegar responsabilitats en l'equip directiu, tendeixen a imposar les seves pròpies idees).

En definitiva, moltes societats familiars estan infragovernades perquè els seus òrgans de govern són simples fòrums de representació i d'informació familiar. És per aquesta raó que, en el marc de les societats familiars, es defensa la conveniència de separar, raonablement, la propietat de la gestió¹³³. Pel que fa a això, s'ha detectat que l'estructura de la propietat i el govern influeixen en la competitivitat de l'empresa, ja que incideixen directament en com s'adopten en el seu si les decisions més importants (així, quan la propietat està concentrada, el funcionament de la Junta de Socis i del Consell d'Administració, tendeix a perdre importància)¹³⁴.

Pel que fa a la dedicació i tal com va destacar la Comissió, els consellers espanyols estan molt lluny de complir la "regla de les cent hores anuals" suggerida per alguns estudiosos de la matèria i fins i tot amb el modest objectiu d'una reunió mensual. I si la dedicació és escassa, també és pobra, en general, la planificació de les tasques del Consell. En aquest sentit, la Comissió estima que el Consell d'Administració hauria d'"elaborar un pla anual d'activitats ordinàries i disposar d'un catàleg formal de matèries reservades al seu coneixement".

Tanmateix, en la nostra Llei de societats anònimes, només hi ha un article dedicat específicament a ressenyar els deures dels administradors, i es limita, a més, a imposar-los que ocupin el seu càrrec

¹²⁹ "Una propuesta de normas para un mejor funcionamiento de los Consejos de Administración", Madrid, octubre de 1996.

¹³⁰ "Reflexiones sobre la reforma de los Consejos de Administración", Madrid, 3 d'octubre de 1995.

¹³¹ Cada vegada més, són les Comissions Executives o Delegades o, simplement, els primers executius, els qui de veritat gestionen l'empresa.

¹³² "Órganos de Gobierno de la Empresa Familiar", Cátedra de Empresa Familiar de IESE. Com a causes d'aquest fenomen s'han assenyalat, entre d'altres: 1) l'elecció d'estructures de govern inadequades; 2) la integració en els òrgans de govern de persones no qualificades per al càrrec; 3) la manca de renovació dels càrrecs.

¹³³ Això no obstant, José Manuel Lara Bosch -com a president de l'Institut de l'Empresa Familiar, en la seva compareixença davant la ponència del Senat per la l'estudi de la problemàtica de l'empresa familiar (BOGGm Senat, núm. 312, de 23 de novembre de 2001- va manifestar que "dins de la distinció entre govern i gestió de les empreses (és) característica fonamental de l'empresa familiar que el nucli familiar ha de tenir dues funcions molt clares: la de la direcció estratègica de l'empresa i la determinació de qui la gestiona dia a dia".

¹³⁴ V. SALAS FUMAS. El Gobierno de la Empresa, Colección de Estudios Económicos de "la Caixa", núm. 29, 2002, pág. 48 i ss.

"amb la diligència d'un empresari ordenat i d'un representant lleial" i, més concretament, el deure de "guardar secret sobre les informacions de caràcter confidencial, fins i tot després de cessar en les seves funcions". Aquests mateixos preceptes es repeteixen en la Llei de societats de responsabilitat limitada, en la qual només s'afegeix que els administradors no podran competir amb la societat dedicant-se a una activitat igual, complementària o de gènere anàleg, llevat que tingui autorització expressa de la societat mitjançant un acord de la Junta General.

Partint d'aquests enunciats, es postula que els deures generals dels administradors són el deure de la diligència i el deure de lleialtat equivalents al *duty of care* i al *duty of loyalty* de la doctrina i la jurisprudència nord-americana, i que es corresponen a les pautes o estàndards d'"empresari ordenat" (aspecte professional o tècnic) i de "representant lleial" (aspecte ètic). L'aplicació del primer comporta actuar pel millor interès de la companyia i amb la cura que es pot esperar d'una persona mitjanament prudent, en una posició semblant i en circumstàncies similars.

Quant al deure de lleialtat, la idea central gira al voltant del tractament dels conflictes d'interessos, tan freqüents en les empreses familiars.

El problema més important que presenta la determinació del contingut del deure de diligència és que no hi ha un model concret de conducta que ens permeti definir-lo. Tot i així, i amb independència del contingut que se li vulgui donar al model esmentat, caldrà començar per admetre que l'administrador té el deure d'adquirir els coneixements mínims necessaris per poder desenvolupar la seva funció correctament. Així mateix, és obvi que els administradors tenen el deure d'administrar i ho han de fer en benefici de tots els accionistes. Per això, s'hauran d'informar, abans d'adoptar qualsevol decisió, hauran d'investigar i d'obtenir tantes dades com els sigui possible per formar el seu criteri i hauran de vigilar l'evolució dels negocis.

És per això que tant l'enunciació i l'estudi doctrinal dels deures als quals hem fet referència -deure d'administrar, deure d'informar-se, deure d'investigar i deure de vigilància- com la plasmació en preceptes concrets dels reglaments interns de les societats espanyoles, tenen la seva font d'inspiració en el dret americà i en la pràctica de les grans corporacions dels Estats Units¹³⁵. En aquest marc, l'Informe Aldama recomana que es contemplin (i que es regulin legalment), si més no, els següents deures de lleialtat dels administradors: (i) evitar els conflictes d'interès; (ii) no ocupar càrrecs en companyies competidores; (iii) no utilitzar, amb fins privats, informació no pública de la societat; (iv) no fer un ús indegut dels actius de la societat, ni prevaler-se de la seva posició per obtenir un avantatge patrimonial; (v) no aprofitar-se de les oportunitats de negoci de la societat; (vi) mantenir secrets totes les dades i tota la informació que rebí en l'ocupació del seu càrrec; (vii) abstenir-se d'intervenir en les deliberacions i votacions sobre propostes de nomenament, reelecció o cessament de càrrecs que els afectin; (viii) notificar a la societat els canvis significatius en la seva situació professional que puguin afectar la seva situació en la societat; (ix) informar la societat de les accions d'aquesta, operacions sobre accions o derivats referits al valor de l'acció, de la qual sigui titular; i (x) informar la societat de totes les reclamacions judicials, administratives i d'un altre caire que puguin incidir en la reputació de la societat. D'altra banda, s'hi indica, els deures de diligència haurien d'incloure: (i) dedicar-hi amb continuïtat el temps i l'esforç necessaris; (ii) participar activament en l'òrgan d'administració, en les seves comissions o les tasques assignades; (iii) oposar-se als acords contraris a la llei, els Estatuts o l'interès social; (iv) instar la convocatòria de reunions del Consell quan ho consideri pertinent o la inclusió en l'Ordre del dia dels punts que estimi convenients; i (v) sol·licitar la informació que estimi necessària per complir la seva funció.

Tampoc no regula el conflicte d'interessos la nostra Llei de societats anònimes (1990) però sí que ho fa, d'alguna manera (imposant el deure d'abstenir-se de votar al soci que es trobi en aquesta situació de conflicte), la posterior Llei de societats limitades (1995), cosa que, si més no, ens permet estendre'n la regulació a les primeres per via estatutària. En aquest sentit, l'última Llei citada disposa que "l'establiment o la modificació de qualsevol classe de relacions de prestació de serveis o d'obra entre la societat i un o més d'un dels seus administradors, requeriran acord de la Junta General".

En definitiva, el deure de lleialtat imposa als administradors l'obligació de no haver de prevaler el seu propi interès personal sobre l'interès social. L'existència d'aquest deure, encara que no s'enuncii d'una manera específica, s'infereix de la mateixa norma legal, quan estableix que no poden ser admi-

¹³⁵ Encara que els seus principis evolucionats de "Corporate Governance" han tornat a entrar en crisi després dels successus i recents escàndols protagonitzats per grans societats cotitzades que, teòricament, els complien, cosa que ha donat origen a (i) la Sarbanes-Oxley Act, juliol 2002; i (ii) els Amex Enhanced Corporate Standards, setembre 2002.

nistradors o que han de deixar de ser-ho aquells que ho siguin d'una altra societat competidora i, en general, qui tingui interessos oposats als de la societat.

En tot aquest àmbit, té una importància especial la figura del president del Consell d'Administració, ja que, tal com ja es va indicar en el Codi Cadbury, del president depèn, en última instància, l'eficàcia operativa del Consell, perquè amb la seva actitud modalitzarà l'exercici del conjunt de drets que integren la posició jurídica dels consellers.

Com va assenyalar la Comissió Olivencia, quan el president no exerceix degudament la seva activitat d'impuls i de lideratge, els Consells decauen i queden relegats a tenir un rol poc rellevant en la societat. Tant és així, que en alguns estatuts socials s'exigeix un període mínim de pertinença al Consell per accedir al càrrec, tret que el dispensi d'això una àmplia majoria.

D'altra banda, és evident que la condició de propietari, de familiar o de majoria d'edat no són qualitats que, necessàriament, facultin per exercir aquest càrrec com cal, cosa que ens obliga de nou a plantejar si no serà convenient, segons els casos, separar la propietat de la gestió.

El president, en efecte, no solament s'ha d'ocupar de convocar, formular l'Ordre del dia i dirigir les reunions, sinó que, molt particularment, ha de vetllar perquè tots els membres del Consell rebin la informació necessària, participin de manera activa i es comprometin en les seves tasques. El president s'ha de responsabilitzar, doncs, que els consellers rebin la informació que els faci falta per desenvolupar les seves funcions, preparada especialment per a ells i degudament resumida.

També s'han assenyalat com a funcions o responsabilitats pròpies del càrrec, les següents:

Pel que fa al funcionament del Consell:

- En general, ocupar-se del bon funcionament del Consell, estimulants els consellers perquè compleixin les seves cometes.
- Assegurar que tots els assumptes importants passin pel Consell d'Administració i, en conseqüència, convocar-lo oportunament. En principi, la facultat de convocar o no el Consell és discrecional del president. Tanmateix, incorre en negligència, abandonament i desídia en l'exercici del càrrec el president que, malgrat ser requerit reiteradament a aquest efecte, no convoca el Consell (S. TS de 25 de maig de 1979, R.1.892).
- Comprovar la concurrència del quòrum exigint per declarar constituït el Consell i iniciar la sessió, facultat que té una importància especial en els supòsits en què s'assisteixi a la sessió per representació.
- Assumir el paper de moderador de les propostes que es formulin durant la sessió, dirigint i ordenant els debats, concedint i retirant la paraula als consellers i decidint quan cal la presència de tercers i, en particular, la intervenció d'experts.
- Indicar la forma en què s'ha de realitzar la votació, dirigir-la i proclamar-ne el resultat. Si es produeix un empat, el president pot exercir el vot de qualitat, si el té atribuït estatutàriament (només en el Consell d'Administració, atès que admetre'l a la Junta General implicaria conferir-li un vot plural).
- Vetllar perquè el secretari estengui actes de les sessions, les transcriu en el llibre d'actes i les legalitzi, amb el seu vist-i-plau i la seva signatura. Si ho considera oportú, podrà sol·licitar l'assistència d'un notari a la reunió.
- En particular, correspon al president proposar l'adopció d'acords sense necessitat de reunir-se i, en aquest cas, vetllar perquè es compleixin els requisits exigits perquè es puguin adoptar acords per escrit i sense sessió.

Pel que fa a les funcions del Consell:

- Conèixer, amb profunditat, la situació de la societat i estar al corrent de la seva evolució dia a dia. En les grans societats, al president no se li exigeix només una funció moderadora i representativa, sinó un seguiment diari dels grans problemes que es plantegin.
- Vigilar que es porti a terme un control adequat de la gestió de la societat i facilitar als consellers la informació que sol·licitin, llevat que aquesta sol·licitud sigui abusiva.
- Presidir les Juntes Generals i, en particular, facilitar als accionistes la informació que sol·licitin, tret que la consideri confidencial i la normativa aplicable permeti mantenir-la reservada.

- Establir una relació correcta amb els mitjans de comunicació i procurar que els accionistes, els analistes i el mercat en conjunt disposin de la informació precisa perquè puguin jutjar amb fonament de causa la situació de la societat, la seva evolució i les seves perspectives.
- Coordinar els treballs de les diferents comissions executives o delegades, si s'han descentralitzat les funcions del Consell.

Que el president compleixi com cal amb totes aquestes obligacions, ho hauran de vigilar la resta de consellers i, molt especialment, els externs. És per això, com diu la Comissió Olivencia, que convé que el Consell d'Administració (per exemple, per mitjà de la Comissió de Compliment) analitzi periòdicament si la informació necessària per als debats del Consell es rep amb antelació, en la quantitat, la qualitat i la presentació adequades. Aquesta mateixa recomanació, o una de semblant, es pot trobar a l'Informe Vienot, en el qual s'assenyala que cada Consell ha d'examinar periòdicament la seva composició, la seva organització i el seu funcionament, i informar els accionistes de les decisions adoptades sobre aquesta qüestió. I, en la pràctica, en el punt 21 de la Carta Magna de General Motors es disposa que un dels comitès delegats (el d'Assumptes del Consell) és responsable d'elaborar anualment un informe que valori l'actuació del mateix Consell.

Tot el que hem indicat fins ara pot originar i, de fet, ha originat ja, llargs debats. Tot i així, de les diverses qüestions que s'han plantejat en aquest àmbit, la més discutida és la que fa referència a l'oportunitat de separar o d'acumular els càrrecs de president del Consell i de primer executiu de la societat, a fi d'evitar una concentració excessiva de poders i delimitar clarament les funcions de gestió i de supervisió de la gestió. Aquesta separació la va recomanar especialment el Comitè que va presidir Sir Adrian Cadbury i ja forma part d'un principi arrelat en el món anglosaxó, on sovint -abans més que ara- el Chief Executive Officer (CEO) presideix, també, els consells d'administració (en qualitat de Chairman), figura que concentra una quota notable de poder (tanmateix, l'any 1994, aquest cas ja solament es donava en, aproximadament, un 25% de les empreses britàniques enquestades).

També en el nostre país hi ha sovint una acumulació dels càrrecs de president del Consell i conseller delegat (en la figura de l'anomenat president executiu), especialment en el sector bancari i en les grans societats privatitzades o, en general, una acusada concentració del poder de decisió. Tanmateix, a diferència del que passa en els països saxons, encara no hi ha entre les nostres empreses una separació pronunciada -i, en definitiva, un allunyament notori- entre la propietat i la gestió. Per contra, a Espanya, la majoria de les societats, incloses la major part de les societats cotitzades, disposen d'un nucli accionarial dur o significatiu, que controla la gestió¹³⁶.

En aquestes circumstàncies, la Comissió Olivencia es va abstenir d'oferir una directriu general en aquest àmbit, sense deixar per això de recomanar que es creïn contrapesos que permetin que el Consell deliberi i decideixi amb independència de l'equip de gestió, i que conservi la seva capacitat per supervisar-lo. Una d'aquestes mesures, per exemple, consisteix a designar un vicepresident amb facultats per convocar el Consell, incloure nous punts en l'Ordre del dia i, en general, fer-se ressò de les preocupacions dels membres del Consell que hagin estat designats a instàncies de grups accionarials diferents al liderat pel president. Per la seva part, la Comissió Aldama, després de sospesar els inconvenients de la separació dels dos càrrecs (és a dir, pot privar la societat d'un lideratge net i clar; pot dificultar la transmissió d'informació entre la direcció i el Consell; i pot generar costos de coordinació), es va limitar a no pronunciar-se a favor d'aquesta solució i reiterar el criteri de la Comissió Olivencia.

Una altra mesura possible encaminada a controlar l'exercici del poder per part del president executiu -recomanada pel Comitè Hampel- consisteix a preveure estatutàriament que, cada any, el Consell avaluï -nosaltres hi afegiríem que d'una manera anònima- la tasca del president, com a tal i com a primer executiu de la societat (així ho recull, de fet, el punt 25 de la Carta Magna de General Motors).

De moment, la recomanació de la Comissió Olivencia consisteix, tan sols, "que en el cas que el Consell opti per la fórmula d'acumulació en el president del càrrec de primer executiu de la societat, adopti les cauteles necessàries per reduir els riscos de la concentració de poder en una sola persona".

¹³⁶ En concret, s'ha afirmat -Carmen Galve Górriz, citada pel professor Bisbal en el seu article "El Gobierno de las Compañías Mercantiles: Teoría, Materiales y Práctica"- que de les més de 300 societats cotitzades, el 81.4% disposen de cinc accionistes com a màxim, que, agrupats, representen més del 50% del capital. Als Estats Units, aquesta circumstància es dona només en el 8,4% de les societats cotitzades.

Tantes vegades és així en la pràctica, que el mateix Comitè Hampel va matisar les recomanacions del Comitè Cadbury, tot indicant que si bé es recolzava la idea que, en principi, és millor que no es concentrin en una sola persona els càrrecs de president del Consell i primer executiu de la societat, la seva recomanació és, simplement, que quan tots dos càrrecs s'acumulin en una persona, s'expliqui i es justifiqui expressament el perquè.

Adicionalment, en l'Informe Hampel es recomana que també formi part del Consell, com a mínim, alguna personalitat independent que sigui capaç de contrapesar la influència del president i a qui es puguin adreçar els altres consellers i els accionistes, si els arriba a preocupar la concentració de facultats en el president.

Per fi, al recent informe Higgs es torna a recomanar la separació de funcions¹³⁷:

Un altre càrrec de gran rellevància per al bon funcionament del Consell i, en definitiva, perquè aquest afegeixi valor a la societat, és el de secretari. En efecte, sobre el secretari recauen bona part de les responsabilitats d'intendència i d'ordre. Tanmateix, com bé va assenyalar la Comissió Olivencia, convé que la figura del secretari transcendeixi de la simple burocràcia per convertir-se en el garant de la validesa jurídica, material i formal, de les decisions del Consell i, en general, del funcionament d'aquest de conformitat amb les millors pràctiques del govern corporatiu.

D'alguna manera, el que va proposar aquesta Comissió és acostar la figura del secretari (que la Comissió Aldama, simplement, ignora) a la que ja existeix en el dret saxó, fonent en una sola persona la condició de secretari del Consell i la de lletrat assessor (de designació obligada en societats de certa dimensió, segons que disposa la Llei 39/75, de 31 d'octubre, desenvolupada pel RD 2288/77, de 5 d'agost). Així, es considera que el secretari hauria de prestar assessorament jurídic als consellers, abans, durant i després de les sessions del Consell; facilitar-los la informació que precisin per al desenvolupament de la seva tasca; deixar constància fidel del desenvolupament de les sessions en les actes del Consell; certificar i elevar a públic les seves resolucions; i custodiar la documentació societària.

D'entre les funcions enunciades, potser es pot destacar la rellevància que té la redacció de les actes, que en ser el registre històric dels debats i dels acords del Consell, es constitueix en un element primordial per avaluar l'activitat dels consellers i, eventualment, la seva responsabilitat. De fet, encara que la llei no configura la posició que correspon al secretari en el si del Consell, ni exigeix una qualificació especial per a l'exercici del càrrec, s'ha d'entendre que correspon al secretari garantir la legalitat dels acords socials.

A banda d'això, pot ser oportú designar un vicepresident -que podria no ser un conseller- perquè assisteixi el secretari del Consell o el substitueixi en cas d'absència en l'ocupació d'aquesta funció. En el supòsit que es designi més d'un vicesecretari, s'haurà d'establir una prelación o un ordre per al desenvolupament d'aquestes tasques.

Els consellers, com a tals, no tenen assignada cap funció específica en el si del Consell i, en conseqüència, la tasca més intensa la portaran a terme, si s'escau, en condició de membres de les comissions delegades.

Això no obstant, l'àmbit mínim de les seves facultats rau a participar en les deliberacions i votar. Per tant, és el seu dret i el seu deure adoptar una postura participativa: dels consellers executius s'espera que aportin informació, valoració estratègica i propostes de decisió; dels consellers externs s'espera que aportin independència de criteri, capacitat d'avaluació i autoritat per dilucidar els conflictes d'interessos que puguin sorgir.

A aquests efectes, cal destacar la facultat i el deure que tenen els consellers de recaptar i d'obtenir tota la informació necessària per al compliment de les seves funcions de supervisió. En particular, se'ls reconeix el dret a obtenir certificacions dels acords del Consell i, en general, només es podrà denegar la informació sol·licitada quan aquesta sol·licitud comporti un exercici abusiu del dret reconegut al conseller.

En conseqüència, és recomanable que la normativa interna de la societat (els Estatuts socials i el Reglament del Consell), reconegui expressament i formalment el dret de tot conseller a accedir a la

¹³⁷ DEREK HIGGS, "Review of the role and effectiveness of non-executive directors", *Gener 2003*, apartat 5.3, pàg. 23.

documentació jurídica i comptable, a accedir als directius i auditors de l'empresa i a visitar les dependències de la companyia.

Naturalment, convindrà establir els camins adequats per fer-ho, com ara que les sol·licituds del tipus referit es canalitzin per mitjà del president executiu o del secretari, els quals hauran de facilitar directament la informació sol·licitada, si els és possible, oferir l'assistència de l'interlocutor adequat o arbitrar les mesures necessàries perquè puguin practica *in situ* les diligències d'examen i d'inspecció desitjades, per exemple, establint amb caràcter general horaris de consulta dels Llibres de la societat i d'accés als locals. Per descomptat, el dret d'informació, amb l'amplitud referida, els hauria de ser reconegut als consellers de la societat, també, en relació amb les societats filials o dominades.

L'existència d'abusos públics i notoris ha convertit la retribució dels consellers en un dels eixos centrals de les noves polítiques de govern corporatiu. Tal com va assenyalar la Comissió Olivencia, els socis esperen que la remuneració dels consellers no excedeixi la que sigui raonable, en termes de mercat, per atraure persones competents (principi de moderació). Igualment i en general, es considera oportú que la referida retribució estigui vinculada als resultats de la companyia i a la dedicació personal de cada administrador a l'empresa (principi de vinculació als resultats de la gestió). Però, sobretot, s'exigeix que la retribució sigui coneguda, és a dir, que quedi subjecta a l'escrutini públic (principi de transparència). En aquest sentit, no es considera suficient indicar globalment, en la Memòria, l'import de la retribució que en conceptes de sous, dietes i remuneracions percebin tots els consellers en conjunt (vegeu, per exemple, l'Informe Aldama, pàg. 40).

Les noves pràctiques de bon govern exigeixen avançar cap a una informació sobre les retribucions dels consellers que estigui individualitzada per cadascun dels seus membres i detallada per cada concepte, diferenciant, en particular, allò que es percebi en qualitat d'executiu o d'alt directiu de l'empresa i allò que es percebi en qualitat d'administrador, quan s'acumulin les dues condicions. També és cert que el diferent tractament fiscal d'unes percepcions i unes altres no ha contribuït, fins ara, a una assignació correcta. Pel que fa al contingut de la retribució, des de l'Informe Cadbury s'ha remarcat la conveniència que els consellers, especialment els consellers externs, participin en programes d'opcions sobre accions i probablement sigui cert que participar en aquests programes pot estimular el seu interès a incrementar el valor de la societat.

Quant als consellers independents, a més a més, s'haurà de ponderar si una retribució vinculada al preu de les accions representatives del capital social podria atemptar contra la seva independència de criteri.

Al final, el límit a la validesa de l'aprovació de la retribució dels administradors per part de la Junta General, només el trobem en el règim d'impugnació dels acords socials, que legitima als accionistes absents a la Junta General de què es tracti i els accionistes presents que hagin dissentit del sentit majoritari del vot, a impugnar judicialment els acords de les juntes que lesionin els interessos de la societat, en benefici d'un o diversos accionistes o de tercers.

Independent de la retribució que percebin, els administradors responen del dany que causin per incomplir les obligacions inherents al seu càrrec i, en particular, l'obligació d'administrar amb diligència (i no ja només sense incórrer en negligència o culpa greu, com disposava la Llei de societats anònimes de 1951). Així, els pressupostos determinants de la responsabilitat dels administradors són, en primer lloc, la causació d'un dany patrimonial directe a la societat i, en segon lloc, que el dany de què es tracti sigui conseqüència de l'incompliment del deure de diligència inherent al càrrec, cosa que inclou tant les actuacions negligents com les contràries a les obligacions legals o estatutàries a les quals estigui subjecte l'administrador.

Com que no és fàcil determinar quina és la pauta de la diligència exigible a un "ordenat empresari i representant lleial", també pot ser difícil provar la concurrència dels pressupostos determinants de la responsabilitat als quals hem fet referència.

En el cas particular dels membres del Consell d'Administració, aquest problema es podria complicar si no fos perquè la Llei estableix una presumpció de culpa de tots ells i, per tant, els imposa una responsabilitat solidària. D'aquesta presumpció de culpa només se'n podran exonerar aquells membres de l'òrgan administratiu col·lectiu que provin que, o bé desconeixien l'existència de l'adopció o execució de l'acord lesiu, o bé que van fer "tot el convenient" per evitar el dany, o que, si més no, es van oposar expressament a l'acord. Aquest últim sembla ser, en definitiva, el paràmetre que determina la conducta mínima que cal exigir a un administrador perquè es pugui exonerar de responsabilitat, quan una decisió de govern causi un dany patrimonial directe (és a dir, diferent de les pèrdues socials derivades de l'assumpció del risc que comporta qualsevol empresa): la consignació en l'Acta de la seva oposició expressa, sense que n'hi hagi prou a votar en contra.

D'altra banda, podem afirmar que la mera absència a la reunió del Consell d'Administració, no és causa d'exoneració de la responsabilitat. Per començar, perquè és inherent al deure de diligència dels administradors el fet que hagin d'assistir a les reunions i, després, perquè si malgrat no haver assistit a la reunió arriben a tenir coneixement de l'acord lesiu, hauran de fer "tot el que convingui" per evitar el dany. Tampoc no és excusa exoneratòria de la responsabilitat haver delegat les facultats del Consell d'Administració en una o diverses persones, si bé en aquests casos, quan l'acte lesiu l'hagi realitzat el conseller delegat, es pot produir una modulació de les responsabilitats: el conseller delegat haurà de respondre per ser l'agent directe causant de la lesió al patrimoni social, mentre que els altres administradors respondran en la mesura en què se'ls pugui imputar *culpa in eligendo*, *culpa in instruendo* o *culpa in vigilando*. Així mateix, convé destacar que l'autorització o la ratificació de l'acte lesiu, per part de la Junta General, tampoc no exonera als administradors de la seva responsabilitat, la qual cosa pretén vedar el pas als abusos eventuals de la majoria del capital.

El règim de responsabilitat que, breument, hem descrit es caracteritza per ser "d'ordre públic", cosa que implica que, a diferència del que passa en altres ordenaments, no s'admet la seva derogació per via de contracte o convenció. La renúncia posterior, igual que la transacció, ja es troben contemplades en la Llei i només seran vàlides si es compleixen els requisits que imperativament s'hi estableixen.

Pel que fa a això, creiem oportú fer referència a una acció de reclamació que ha proliferat en els nostres tribunals. Ens referim a l'exigència de responsabilitat solidària pel compliment de totes les obligacions socials que cal dirigir contra els administradors que incompleixin l'obligació de convocar la Junta General -en el termini de dos mesos- quan la Junta General convocada a aquest efecte no s'hagi constituït o l'acord hagi estat contrari a la dissolució, malgrat la seva obligatorietat, de conformitat amb la Llei.

Finalment, no es pot oblidar que juntament amb el règim de responsabilitat juridicoprivada que hem ressenyat, hi ha uns altres supòsits de responsabilitat (fiscal, penal o administrativa) en els quals poden incórrer els administradors, quan la seva actuació sigui constitutiva d'un il·lícit tributari o penal o d'infracció de normes administratives. Tot això comporta la necessitat de la professionalització dels òrgans de govern, especialment en les societats familiars en les quals, d'ordinari, primen raons polítiques o estrictament convivencials, a l'hora de designar els seus membres.

5 Pactes entre socis familiars

Juan Grima Ferrada

Soci de Cuatrecasas

Professor associat de Dret Mercantil ESADE

5.1. Introducció

5.1.1. L'elecció del tipus societari

La societat mercantil és, sens dubte, la forma d'organització principal de l'empresa familiar. En efecte, com ja hem recordat abans, la doctrina ha definit l'empresa familiar com "un subjecte-empresa d'una certa dimensió creat per una o diverses famílies, organitzat en una societat o grup de societats, i que es transmet en generacions successives, tot mantenint unida l'organització i els valors familiars i l'organització i la gestió de l'empresa".¹³⁸

De les quatre formes de societat mercantil tipificades al nostre Codi de comerç —és a dir, la societat regular col·lectiva, la societat comanditària (simple o per accions), la societat anònima i la societat de responsabilitat limitada—, hi ha un predomini clar de l'ús de la societat de responsabilitat limitada com a forma d'organització de l'empresa familiar. En tot cas, el recurs a la societat limitada com a forma d'organització de l'empresa s'ha generalitzat més enllà de l'empresa familiar, i actualment representa gairebé el 95 per 100 de les societats mercantils que es creen a Espanya.

Els avantatges que, de manera general, s'han atribuït a la societat de responsabilitat limitada com a forma d'organització de l'empresa, adquireixen, si és possible, una rellevància més gran en l'àmbit de l'empresa familiar, tenint en compte les necessitats i els interessos que concorren en la seva organització.

La societat de responsabilitat limitada és una societat eminentment tancada que, sense perdre la seva condició de societat capitalista, manté un fort component personal en el seu règim jurídic. Tot plegat la converteix, en principi, en el tipus societari més adient per a l'organització d'una empresa com la familiar, en la qual la preservació del negoci i el manteniment del control dins la família es revelen com els objectius essencials.

En tot cas, val la pena recordar que, davant l'empresa familiar individual, la societat de responsabilitat limitada ofereix el gran avantatge de limitar la responsabilitat personal del soci i li permet separar el seu patrimoni personal del patrimoni empresarial. D'altra banda, a diferència del que succeeix en el dret italià, on hi ha un règim jurídic específic de l'empresari individual, al nostre dret només trobem normes disperses al llarg del Codi civil que serveixen d'instrument per a l'organització de l'anomenada microempresa¹³⁹ familiar individual, tot i que, no obstant això, són normes destinades a la seva aplicació generalitzada més enllà de l'empresa familiar. Per tant, un altre dels desavantatges de l'empresa familiar individual és l'absència, en el nostre dret, d'un marc jurídic propi.

En tot cas, és ben cert que el dret de societats tampoc no contempla l'empresa familiar com una figura societària típica diferenciada de les quatre formes societàries esmentades més amunt, malgrat els esforços del legislador nacional i comunitari per identificar l'empresa familiar com una institució mereixedora d'un tractament legal específic, sobretot pel que fa a la problemàtica de la successió i la transmissió de la seva propietat i als seus costos fiscals. En tot cas, el debat sobre la conveniència de crear un tipus societari específic per a l'empresa familiar continua obert, si bé, davant un corrent unificador del dret de societats com el que vivim actualment, sembla poc probable la creació de cap tipus especial de societat familiar, ni tan sols d'una subespècie dins alguna de les quatre formes típiques de societat mercantil.¹⁴⁰

Ara bé, si en algun moment hem de recórrer a la tipificació legal de la societat familiar, gosem suggerir que s'incorpori com a subtipus de la societat de responsabilitat limitada, potser tenint en compte un sistema semblant al de la societat unipersonal o al tipus, més recent, de societat limitada nova empresa (Llei 7/2003, d'1 d'abril, de la societat limitada Nueva Empresa (BOE, núm. 79 de 2 d'abril de 2003), el règim de la qual s'afegeix per "al·luvió" a l'articulat general de la Llei de societats de res-

¹³⁸ F. VICENT CHULIÀ, *Introducción al Derecho Mercantil*, pàg. 193, 15a ed., 2002, Ed. Tirant lo Blanch.

¹³⁹ F. VICENT CHULIÀ *entén que podem contraposar dos grans conceptes d'empresa familiar, la microempresa familiar i la societat familiar de capital*. *Introducción al Derecho Mercantil*, pàg. 193, 15a ed., 2002, Ed. Tirant lo Blanch.

ponsabilitat limitada. En tot cas, es tracta només d'una proposta, i pot ser igualment interessant el fet que el règim jurídic de l'empresa familiar no s'identifiqui amb cap de les formes societàries ja existents, sinó que es regula de manera general i es pot adaptar a totes elles, ja que, com comentem tot seguit, la societat de responsabilitat limitada pot no ser la forma més idònia d'organització de l'empresa familiar en determinades circumstàncies.

En efecte, amb caràcter general, s'ha assenyalat que la societat limitada és el tipus més adient per organitzar l'empresa familiar, atès que el seu règim legal permet una flexibilitat més gran, les exigències de capital social són menors¹⁴¹ i els seus costos de constitució i manteniment també són més reduïts. Estem certament conformes amb aquestes afirmacions, si bé podem anticipar que, malgrat la flexibilitat més gran que, amb caràcter general, ofereix el règim de la societat de responsabilitat limitada respecte al de la societat anònima, en determinats casos la nostra Llei de societats de responsabilitat limitada és més restrictiva i no permet alguns instruments que, sens dubte, podrien resultar d'utilitat en l'organització de l'empresa familiar, com ara el dret de representació proporcional per a la designació de consellers o l'autocartera com a possible via per dotar de més liquiditat les participacions de la societat i facilitar alhora la sortida dels socis que ho vulguin.

Ara, amb l'entrada en vigor de la societat limitada nova empresa, segurament que un nou avantatge de la societat de responsabilitat limitada és la rapidesa més gran en la seva constitució; això sí, sempre que l'estructura i l'organització de l'empresa familiar en qüestió li permeti adaptar-se als especials requisits exigits per aquesta nova figura societària.

En definitiva, tot i que puguem afirmar que, amb caràcter general, la societat de responsabilitat limitada és la forma societària més adient per a l'organització de l'empresa familiar, cal que els seus assessors jurídics analitzin les circumstàncies o les particularitats que concorren en cada cas per confirmar la conveniència de recórrer a aquest tipus societari. I és que segurament hi haurà ocasions en què el recurs a la societat anònima tancada (incloent-hi, especialment, restriccions a la lliure transmissió de les accions) resultarà convenient o fins i tot necessari per organitzar l'empresa familiar, sobretot si es pretén utilitzar determinats instruments legals prohibits en les societats limitades però admesos en les societats anònimes. Per exemple, si la societat té la intenció de cotitzar en el mercat de valors o de recórrer a l'emissió d'obligacions, hauria d'optar per la forma de la societat anònima, ja que aquestes possibilitats són vedades a la societat de responsabilitat limitada.

En conclusió, convé recordar que l'inconvenient principal de la societat regular col·lectiva i la societat comanditària (simple o per accions) respecte a la societat anònima i a la societat de responsabilitat limitada és la responsabilitat personal i il·limitada dels socis col·lectius, que són els encarregats de la gestió del negoci. En tot cas, el dret admet fórmules per pal·liar aquests inconvenients, com ara la possible designació d'una societat de responsabilitat limitada com a soci col·lectiu.¹⁴² En tot cas, i tenint en compte que les societats de responsabilitat limitada i les societats anònimes representen la pràctica totalitat de les societats mercantils que es constitueixen a Espanya, amb un clar predomini de les primeres, s'entén que aquest treball hi centri l'atenció.

5.1.2. Pactes socials i parasocials

Tot i que, tal com hem comentat a l'apartat anterior, no hi ha un tipus especial de societat familiar, els diversos pactes estatutaris i extraestatutaris (o parasocials) dels socis familiars permeten configurar un model de societat familiar a partir d'algun dels tipus societaris existents. Habitualment, aquest model és la societat de responsabilitat limitada.

Els pactes estatutaris i parasocials, doncs, adquireixen una gran rellevància en la construcció jurídica de la societat familiar, fins al punt que gosem afirmar que els dos documents més rellevants en el disseny jurídic de l'empresa familiar són (i) els Estatuts socials i (ii) el Protocol familiar. Aquest darrer, sens dubte, és el pacte extraestatutari més important que han de subscriure els socis familiars.

¹⁴⁰ Vegeu R. SEGURA DE LASSALETTA, "La Sociedad familiar: aspectos legales y órganos de gobierno", Manual de la Empresa Familiar, Cinco Días, 2001.

¹⁴² Vegeu, especialment, F. VICENT CHULIÀ, "Organización jurídica de la Sociedad Familiar", Revista de Derecho Patrimonial, 2001, número 5.

¹⁴¹ L'article 4 de la LSRL exigeix un capital social inicial de 500.000 pessetes, davant els 10.000.000 de pessetes de la societat anònima.

Els Estatuts socials estableixen els òrgans i les normes de funcionament de la societat i qualsevol tercer. Es tracta d'un document que s'incorpora a l'escriptura de constitució de la societat,¹⁴³ sense perjudici de possibles modificacions posteriors, i que s'ha d'inscriure necessàriament al Registre Mercantil de la província en què la societat té el seu domicili.¹⁴⁴

Els Estatuts socials han de tenir el contingut mínim que exigeix la Llei,¹⁴⁵ i a la pràctica poden ser tan simples que el seu articulat figuri en una sola pàgina, i pel que fa a la resta remetres a la Llei reguladora del tipus societari en qüestió, encara que això no és l'habitual en la societat familiar. No obstant això, sense perjudici del contingut mínim legalment requerit, els Estatuts socials poden incloure qualssevol pactes que els socis considerin convenient, sempre que no s'oposin a les lleis ni contradiguin els principis configuradors del tipus societari triat.¹⁴⁶

Així mateix, els Estatuts socials només poden contenir normes de caràcter institucional, és a dir, predicables en general de tots els socis, tot i que no hagin signat els Estatuts socials (per exemple, si s'han incorporat a la societat després de la seva creació), o, si escau, normes aplicables en general als socis titulars de determinades accions o participacions identificades als mateixos Estatuts, però, en cap cas, normes predicables únicament de persones concretes.

En tot cas, més enllà del contingut mínim que la Llei exigeix per als Estatuts, com a regla general és convenient incorporar-hi tots els pactes convinguts pels socis, i intentar adaptar-los, si cal, a les exigències legals de la seva inscripció al Registre Mercantil.

Convé recordar els avantatges que, amb caràcter general, ofereix la incorporació dels pactes als Estatuts socials i la seva posterior inscripció al Registre Mercantil. En primer lloc, aquests pactes són oposables a tercers no signants¹⁴⁷ i gaudeixen de la presumpció d'exactitud i validesa que els atorga la qualificació del registrador mercantil.¹⁴⁸ D'altra banda, l'incompliment d'aquests pactes confereix als socis minoritaris i absents la facultat d'impugnar els acords per infracció dels Estatuts socials.¹⁴⁹ No obstant això, de vegades els socis familiars recorren als pactes parasocials per reflectir els seus acords, bé per la impossibilitat d'obtenir-ne la inscripció al Registre Mercantil, bé perquè considerin convenient no donar-los la publicitat que atorga la seva inscripció al Registre Mercantil.

¹⁴³ Article 12 de la Llei de societats de responsabilitat limitada (LSRL) i 8 de la Llei de societats anònimes (LSA).

¹⁴⁴ Article 15 LSRL i 7 LSA.

¹⁴⁵ Articles 13 LSRL i 9 LSA.

¹⁴⁶ Articles 12.3 LSRL i 10 LSA.

¹⁴⁷ Article 9 del Reglament del Registre Mercantil (RRM).

¹⁴⁸ Article 20.1 del Codi de comerç.

¹⁴⁹ Article 115 LSA i 70 LSRL (per remissió del segon al primer).

5.2. Pactes estatutaris més característics de la societat familiar

A falta d'una forma típica de societat familiar, els Estatuts socials de l'empresa familiar tenen un paper essencial en la configuració de la societat familiar.

Aquest apartat pretén fer un repàs de les disposicions estatutàries més característiques de les empreses familiars. Al nostre parer, podem classificar-les en dos grups: (i) les que es refereixen a la transmissió o a la successió de l'empresa familiar i, més en general, a la regulació de l'entrada i la sortida de la societat, i (ii) les relatives a l'organització i el funcionament de l'empresa familiar. I és que, en definitiva, l'àmbit en què l'empresa familiar té més peculiaritats que cal tenir en compte per al disseny de la seva organització jurídica és el que fa referència a la successió i la transmissió, d'una banda, i el que afecta la seva organització i el seu funcionament, de l'altra.

No obstant això, com comentarem tot seguit, en certs supòsits és dubtosa la possibilitat d'inscripció registral de determinats pactes estatutaris: han de ser els assessors legals de la família els encarregats de valorar la conveniència de reformular-los o, alternativament, de configurar-los com pactes parasocials.

Tal com hem assenyalat més amunt, es pot incorporar als Estatuts socials qualsevol pacte de caràcter institucional que no s'oposi a la Llei i que sigui conforme amb els principis configuradors del tipus societari escollit. Per tant, en no existir un llistat tipificat de pactes estatutaris registrables i no registrables, en cas de dubte ha de ser el registrador mercantil (i, en última instància, la Direcció General dels Registres i el Notariat) qui decideix si un determinat pacte estatutari es pot inscriure al Registre Mercantil i si, per tant, és susceptible d'adquirir eficàcia *erga omnes*.

En conseqüència, sempre que algun dels pactes estatutaris comentats en aquest treball planteji dubtes respecte a la seva admissibilitat pel Registre Mercantil, convé sotmetre'l a la consulta prèvia del Registre Mercantil del domicili social (de vegades el criteri varia segons l'oficina del Registre Mercantil) abans d'incorporar-lo als Estatuts de la societat familiar.

5.2.1. Pactes estatutaris relatius a la transmissió, la successió, l'accés o la sortida de la societat

El fet d'assegurar una successió adient i la bona organització del poder familiar constitueixen probablement els dos objectius primordials que cal considerar en el disseny de l'estructura jurídica de l'empresa familiar. Així, doncs, resulta fàcilment comprensible la rellevància que solen tenir en les societats familiars els pactes estatutaris que comentem en aquest apartat.

5.2.1.1. Transmissió d'accions i de participacions

Com ha assenyalat la doctrina,¹⁵⁰ la idea central en l'empresa familiar és la de "control", i això exigeix, sens dubte, una regulació adient de la transmissió de l'empresa familiar, normalment en un doble sentit: (i) a fi d'evitar l'entrada no desitjada de tercers estranys al grup familiar, i (ii) a fi de mantenir l'equilibri de poder entre les diferents branques familiars que integren la societat familiar.

Doncs bé, malgrat que la Llei de societats de responsabilitat limitada estableix un règim de transmissió de les participacions socials,¹⁵¹ aplicable de manera supletòria a falta d'una altra previsió esta-

¹⁵⁰ Vegeu, en especial, F. VICENT CHULIÀ, "Organización jurídica de la 'Sociedad Familiar'", Revista de Derecho Patrimonial, 2001, núm. 5, pàg. 29 i següents.

¹⁵¹ Articles 29-34 LSRL.

tutària en aquest apartat, és ben cert que aquest règim legal no té en compte el segon dels objectius assenyalats, és a dir, el possible desig de mantenir l'equilibri de poder entre les branques familiars davant un supòsit de transmissió de participacions, la qual cosa no impedeix que el jurista, fent ús de les eines que li atorga el dret, pugui crear els mecanismes estatutaris necessaris per protegir aquest possible interès de la família.

Pel que fa a la Llei de societats anònimes, no estableix cap règim legal supletori aplicable a la transmissió de les accions, que són lliurement transmissibles llevat que una previsió estatutària indiqui el contrari. Aquesta és, segurament, la confirmació més evident que la societat de responsabilitat limitada és una societat tancada, davant la societat anònima, configurada legalment com una societat oberta. En tot cas, com ja hem comentat, és possible pactar igualment en la societat anònima un règim de restricció a la transmissió d'accions, amb subjecció, però, a determinades limitacions legals, la principal de les quals és la prohibició de qualsevol règim que faci pràcticament intransmissibles les accions, amb l'obligació, a més, d'incorporar aquest règim als Estatuts socials.¹⁵²

Quant a les societats de responsabilitat limitada, el règim legal, aplicable de manera supletòria, és un règim d'"autorització" per a les transmissions *inter vivos* de participacions socials.¹⁵³ Això significa que, per a la transmissió *inter vivos* de participacions socials a qualsevol tercer no soci o persona diferent del cònjuge, ascendent o descendent del soci transmissor, cal l'autorització per acord previ de la Junta General de socis, que no es podrà denegar si no és designant alhora un soci o tercer que estigui disposat a adquirir les participacions en qüestió. D'altra banda, quant al preu i les condicions segons les quals es transmetran les participacions, el règim legal preveu que sigui el que s'hagi comunicat a la societat per part del transmissor en cas de transmissió a títol de compravenda, o el valor acordat per les parts i, si no se n'ha acordat cap, el "valor raonable" de les participacions, determinat per un auditor de comptes diferent del de la societat.¹⁵⁴

És evident que aquest règim legal sovint resulta inapropiat per atendre les necessitats de l'empresa familiar, per la qual cosa és força freqüent que els Estatuts socials de la societat limitada familiar configuren de manera diferent el règim de transmissió de les seves participacions. A partir de l'esmentada llibertat dels socis per configurar un altre règim, cal tenir en compte, no obstant això, algunes limitacions legals: (i) són nul·les les clàusules que facin pràcticament lliures les transmissions *inter vivos*; (ii) són igualment nul·les les clàusules per les quals el soci que vulgui vendre la totalitat o una part de les seves participacions quedi obligat a transmetre un nombre diferent a les ofertes per a la transmissió; (iii) les prohibicions absolutes de transmissió de participacions socials queden limitades a un termini màxim de cinc anys des de la constitució de la societat o des de l'execució de l'ampliació de capital per la qual s'hagin creat, llevat que es concedeixi un dret de separació als socis i el reembors del valor raonable de les seves participacions; en aquest cas, la prohibició es podria estendre més enllà dels cinc anys esmentats; (iv) si s'estableix un sistema que atorgui un dret d'adquisició preferent (recordem que el que preveu la Llei és un sistema d'"autorització" per la Junta General) a tots o a alguns dels socis no transmissors o d'un tercer, caldrà expressar de manera precisa les transmissions en les quals hi ha aquesta preferència, les condicions d'exercici d'aquest dret i el termini màxim per exercitar-lo; (v) únicament són admissibles clàusules estatutàries per les quals el soci tingui obligació de transmetre les seves participacions socials als altres socis o a terceres persones determinades, quan s'expressin amb claredat i precisió les circumstàncies que han de concórrer perquè això succeeixi, i (vi) en cas d'adjudicacions de participacions per liquidació de la societat titular d'aquestes participacions, cal seguir el mateix règim estatutari previst per a les transmissions *mortis causa*.¹⁵⁵

Quant a aquestes transmissions *mortis causa*, el règim que preveu la Llei de societats de responsabilitat limitada implica que la transmissió sigui lliure, en principi, per la qual cosa l'adquisició hereditària de participacions socials confereix a l'hereu o legatari la condició de soci. No obstant això, és possible que els Estatuts socials confereixin als altres socis supervivents, o a la societat un dret d'adquisició preferent sobre les participacions del soci mort. En aquest cas, cal que aquestes participacions socials siguin apreciades pel seu valor raonable a la data de defunció del soci i que el seu preu es liquidi necessàriament al comptat. Cal, a més, que s'exerciti el dret en un termini màxim de tres mesos des de la comunicació a la societat de l'adquisició hereditària.¹⁵⁶

¹⁵² Article 9 i 63 LSA i 123 RRM.

¹⁵³ Article 29 LSRL.

¹⁵⁴ Les disposicions addicionals novena i desena de la Llei 44/2002, de 22 de novembre, de mesures de reforma del sistema financer, van donar una nova redacció a diversos articles de les lleis de societats anònimes i de responsabilitat limitada, van substituir el concepte de "valor real" pel de "valor raonable" i van reemplaçar, per determinar-lo, l'auditor de la societat per un altre de diferent.

¹⁵⁵ Articles 29 i 30 LSRL i 188 RRM.

¹⁵⁶ Article 32 LSRL.

Respecte a les societats anònimes, la Llei parteix igualment del principi segons el qual la transmissió d'accions és lliure, si bé es pot pactar estatutàriament un règim de restricció a la lliure transmissió, amb les limitacions legals també previstes per a aquest tipus societari.¹⁵⁷

Per tant, sense oblidar les limitacions indicades, la societat familiar pot adaptar a les seves necessitats particulars el règim de transmissió *inter vivos* i *mortis causa* de les seves accions o participacions.

En primer lloc, a fi d'evitar que s'alterin els percentatges de participació dels membres de les diverses branques familiars, és molt habitual que els Estatuts estableixin un dret d'adquisició preferent a diversos nivells o "drets d'adquisició preferent en cascada", de manera que quan un soci d'una branca familiar pretén transmetre les seves accions o participacions, siguin en primer lloc els socis de la seva pròpia branca familiar els que, excloent els altres, puguin exercir el seu dret d'adquisició preferent sobre aquestes accions o participacions. Si aquests socis no hi estan interessats, el dret es podria conferir, tot seguit, a la resta de socis familiars, encara que no siguin membres de la mateixa branca familiar, per al seu exercici a prorrata del nombre total de les seves accions o participacions en la societat. En un tercer nivell, el dret d'adquisició preferent es podria conferir a la resta de socis, tant si són membres de la família com si no ho són. Finalment, en cas que aquests darrers tampoc no estiguin interessats a adquirir les accions o participacions, aquestes es poden vendre lliurement a tercers no socis. En tot cas, el sistema descrit admet múltiples variants per atendre les necessitats i les particularitats de cada empresa familiar. Per exemple, en el cas d'una societat limitada es podria reconèixer un dret d'adquisició preferent només dins la mateixa branca familiar i prohibir-se la transmissió fora d'aquesta branca; en aquest cas caldria reconèixer al soci transmissor un dret de separació per no incórrer en la prohibició legal de les clàusules que n'impedeixen la transmissió.

També és freqüent que els Estatuts de les societats familiars estableixin un règim particular de transmissió de les accions o participacions a favor de socis que siguin menors d'edat o majors d'edat incapacitats. En circumstàncies normals, la representació legal dels menors d'edat pertoca al pare i a la mare conjuntament. La representació dels incapacitats judicialment pertoca al tutor o els tutors nomenats pel jutge (o, en determinats supòsits, al Consell de Família que preveu el Codi de Família de Catalunya).

Pot succeir (les darreres enquestes demostren que els casos de separació i de divorci augmenten, i la jurisprudència fonamenta ja les seves sentències sobre la base que en la societat actual no podem pensar que el matrimoni és una institució per a tota la vida) que el soci titular d'una participació en l'empresa familiar estigui separat o divorciat, amb fills menors d'edat, sota la seva custòdia o no. Si aquesta persona mor i no s'han adoptat les solucions que comentem tot seguit, la representació i l'administració del patrimoni que heretin els seus fills pertoca al cònjuge supervivent, incloent-hi els drets polítics i de vot de la participació social que els corresponguin, fins que facin 18 anys. Aquesta circumstància podria no ser la desitjada per la generalitat dels socis familiars.

Una primera solució seria que el donant o testador, en el títol de donació o en el testament, exclogués el pare o la mare (tant si són separats o divorciats com si no) de l'administració dels béns donats o heretats pels fills i determinés quina persona o persones vol que els administrin, una possibilitat que el dret català preveu expressament. I això no només fins a la majoria d'edat, sinó més enllà i tot. És habitual que, davant la possibilitat d'heretar una participació en una empresa familiar, aquesta administració s'estengui en el testament fins els 25 o els 30 anys, una edat en la qual es considera que els fills tindran una maduresa adient per fer-se càrrec del patrimoni amb més garanties. Si es desitja així, cal incloure una clàusula en el títol corresponent que indiqui amb claredat que determinats béns queden exclosos de l'administració de qui exerceixi la representació dels menors o incapacitats, que especifiqui qui en serà l'administrador o administradors i, si es vol, que l'administració es mantindrà fins a una edat determinada.

No obstant això, pot succeir que les accions o les participacions es transmetin sense que s'hagi adoptat cap previsió en el sentit indicat o bé que, tot i que s'hagi adoptat, el títol es revoqui posteriorment o perdi la seva eficàcia per alguna raó. Per això resulta convenient, com a segona solució, que, després d'un acord dels socis, s'incorpori als Estatuts una clàusula per la qual els menors o incapacitats només puguin exercir la condició de socis si estan representats per determinades persones (normalment, de la família consanguínia), i que es puguin preveure, en cas contrari, diverses conseqüències, fins i tot la de l'exclusió, en el cas de la societat limitada.

¹⁵⁷ Articles 64 i 123 LSA.

En relació amb la transmissió a favor dels cònjuges de socis de la família, per la mateixa raó, és convenient modificar estatutàriament el règim supletori que preveu la Llei de societats de responsabilitat limitada i restringir-ne la lliure transmissió, si és que es pretenen mantenir les participacions dins el nucli familiar.

En tot cas, els Estatuts socials poden resultar insuficients per garantir el manteniment de les participacions dins la família en supòsits d'extinció del matrimoni, sobretot si aquest s'ha contret sota el règim de la societat de guanys, que és el règim legal supletori a tot Espanya, llevat de Catalunya i Balears. Per això és convenient l'atorgament de capitulacions matrimonials en les quals els cònjuges adoptin voluntàriament el règim de separació de béns i, addicionalment, es posin d'acord que, en casos de nul·litat, separació matrimonial, divorci o ruptura de la convivència per qualsevol motiu, les participacions es mantindran en ple domini per part del cònjuge membre de la família. El compromís dels socis de formalitzar aquestes capitulacions s'hauria d'incorporar al Protocol familiar.

A aquest efecte, convé advertir que alguns autors posen en dubte la validesa de pactes estatutaris com els apuntats, ja que poden representar una intromissió en l'àmbit del dret de família, de caràcter indisponible. Aquesta objecció podria quedar salvada, si més no pel que fa a les disposicions estatutàries l'objecte de les quals és atorgar al cònjuge extern a la família el valor raonable de les participacions en substitució d'aquestes, si entenem aplicable a la societat de guanys la norma reglamentària¹⁵⁸ que estableix que les adquisicions d'accions o de participacions socials que tinguin lloc a conseqüència de les adjudicacions efectuades als socis en la liquidació de la societat titular d'aquestes accions o participacions, s'han de subjectar al règim estatutari previst per a la transmissió *mortis causa* d'aquestes accions o participacions.¹⁵⁹ Si aquesta fos la interpretació correcta, la validesa d'aquestes previsions estatutàries no hauria de plantejar dubtes. Tampoc no hi haurà, lògicament, aquests inconvenients si els mecanismes proposats són emparats pel mateix dret de família, com passa en alguns casos amb el dret de família català, d'acord amb el que hem pogut comprovar.

D'altra banda, també és freqüent a les societats familiars la restricció expressa de les transmissions indirectes de les accions o participacions socials, és a dir, les que tinguin lloc per la transmissió de les accions o participacions d'altres societats titulars directes o indirectes de les accions o participacions la transmissió de les quals es pretén restringir, habitualment configurades com a societats patrimonials tenidores d'aquestes. En principi, i llevat que hi hagi un frau judicialment declarat, les restriccions que estableixen els Estatuts d'una societat base o societat A no afecten les transmissions de les accions o participacions de les societats B (molt habitualment, societats patrimonials), titulars de les accions o participacions de la societat A. D'aquesta manera, si els socis de les societats B transmeten les accions o participacions que hi tenen a tercers, aquests adquireixen una participació indirecta en la societat A, que pot no ser desitjada. Hi ha diversos mecanismes per organitzar el règim de restricció a les transmissions indirectes, basats de vegades en l'establiment de prestacions accessòries i opcions de compra amb aplicació de clàusules penals per al cas d'incompliment del règim, o, d'una altra manera més senzilla, declarant extensible a aquestes transmissions indirectes d'accions o participacions el règim general previst per a les transmissions directes.

Pel que fa a la valoració de les accions i participacions socials a l'efecte de la seva transmissió, mereix una consideració especial el grau de flexibilitat que permeten els Estatuts socials per determinar aquesta valoració, si això fos menester.

En primer lloc, hem de tenir en compte que cap soci no es pot veure obligat a transmetre les seves accions o participacions per un valor diferent del "valor raonable" (abans, "valor real"). Per tant, qualsevol sistema o fórmula de valoració que estableixin els Estatuts socials ha de conduir a la fixació d'aquest "valor raonable", ja que altrament el registrador mercantil en denegarà la inscripció i, tot i que es pugui obtenir aquesta inscripció, això no impediria que el soci interessat impugnés judicialment qualsevol sistema o acord que pugui comportar una valoració distinta de les accions o participacions socials.¹⁶⁰

En tot cas, és força habitual que els socis intentin incorporar als Estatuts socials fórmules o sistemes de valoració que els permetin delimitar la incertesa quant a la determinació del "valor raonable" de les accions o participacions, si bé sempre hi haurà els riscos esmentats.¹⁶¹

¹⁵⁸ Articles 123 i 188 RRM.

¹⁵⁹ R. SEGURA DE LASSALETTA, "La Sociedad familiar: aspectos legales y órganos de gobierno", Manual de la Empresa Familiar, Cinco Días, ed. 2001.

¹⁶⁰ Article 7.2 RRM. "La inscripció no convalida els actes i els contractes que siguin nuls d'acord amb les lleis".

¹⁶¹ L. FERNÁNDEZ DEL POZO i G. HERRERO MORO, "El precio en las cláusulas restrictivas de la libre transmisibilidad de acciones o participaciones", Estudios de Derecho Mercantil, 1a ed., 1994, Ed. Civitas.

D'altra banda, el fet que hagi de ser un auditor diferent del de la societat qui estableixi el "valor raonable" de les accions o participacions sembla de compliment obligat, si es tracta de transmissions *mortis causa* de participacions socials.¹⁶² No obstant això, el caràcter dispositiu de les normes que regulen aquest apartat en les transmissions *inter vivos* de participacions socials, com també la norma reglamentària que tracta la matèria per a les societats anònimes,¹⁶³ farien possible, en aquests casos, la incorporació als Estatuts socials de sistemes alternatius de determinació del valor raonable, com ara el recurs a l'arbitratge o a un banc de negocis expert en valoració d'empreses.

En tot cas, si l'auditor o l'expert designat no fa la seva labor amb la diligència adequada, incorreria en responsabilitat, i el soci transmissor o adquirent que no estigui d'acord amb la seva valoració sempre pot impugnar-la judicialment i al·legar la violació del principi del respecte al "valor raonable".

Quant al dret de subscripció preferent (assumpció preferent en el cas de societat limitada), el seu règim és diferent per a les accions i les participacions. Mentre que en les societats anònimes¹⁶⁴ els drets de subscripció preferent són transmissibles en les mateixes condicions que les accions de les quals deriven, en les societats limitades¹⁶⁵ només si els Estatuts ho reconeixen es pot efectuar la transmissió voluntària del dret de preferència a favor de persones diferents d'aquelles a les quals, d'acord amb la Llei i amb els mateixos Estatuts, es puguin transmetre lliurement les participacions socials.

Finalment, pel que fa a les transmissions *mortis causa*, si es tracta d'una societat limitada, l'hereu o legatari adquireix la condició de soci, sense perjudici de la possibilitat de configurar estatutàriament un dret d'adquisició preferent a favor dels socis familiars supervivents i de la societat, en els supòsits en què la transmissió no fos lliure. Això mateix podria ser predicable de la societat anònima, tot i que en aquest cas la Llei no estableix cap règim legal supletori i es limita a fixar les condicions sota les quals es podrà restringir la lliure transmissió de les accions, que, en principi, són lliurement transmissibles.

En tot cas, el pacte estatutari pel qual s'estableix un dret d'adquisició preferent en cas de transmissió *mortis causa* de les accions o participacions es podria reforçar amb un compromís incorporat al Protocol familiar de disposar per testament de les accions o participacions socials a favor únicament de les persones que puguin adquirir-les lliurement d'acord amb els Estatuts socials. No hem d'oblidar que el preu pel qual els titulars del dret d'adquisició preferent les podrien adquirir seria necessàriament el "valor raonable" determinat per un auditor de comptes diferent del de la societat; a més, és obligatori fer-ne el pagament al comptat i en metàl·lic.¹⁶⁶

5.2.1.2. Venda conjunta d'accions i participacions

Si el concepte de "control" resulta essencial en la configuració de l'empresa familiar, no ens hem d'estranyar que un dels pactes estatutaris més habituals en les empreses familiars sigui precisament la imposició d'una restricció a la venda d'accions o participacions socials per algun dels socis, amb l'exigència que el presumpte adquirent estengui prèviament la seva oferta de compra a la resta de socis en les mateixes condicions. Aquesta és la clàusula coneguda amb el nom de "tag along", que resulta especialment interessant per evitar que els socis minoritaris es puguin veure obligats a romandre en la societat i compartir el seu capital amb un soci de control diferent d'aquell amb el qual, al seu dia, van decidir entrar a formar part de la societat. En tot cas, en la mesura en què una clàusula d'aquest tipus pugui esdevenir una prohibició de transmetre de fet, aquesta mateixa clàusula podria arribar a ser impugnada amb èxit, tot i que hagi superat el control de legalitat que implica el Registre Mercantil.

La incorporació als Estatuts socials de la clàusula "drag along" sembla que presenta més dificultats. Mitjançant aquesta clàusula, si un dels socis rep una oferta de compra sobre les seves accions o participacions, la resta de socis s'obligaria a la transmissió conjunta de les seves accions o participacions. Amb caràcter general, aquesta clàusula no s'hauria d'admetre sinó de manera extraestatutària, ja que es tracta d'una obligació personal del soci per la qual, a més, es pot veure obligat a transmetre un nombre d'accions o participacions que no desitja vendre. No obstant això, en la societat limitada és possible incorporar als Estatuts socials clàusules estatutàries que imposin al soci l'obligació de transmetre les seves participacions als altres socis o a persones determinades si concorren

¹⁶² Articles 32 i 100 LSRL.

¹⁶⁵ Article 75.3 de la Llei de societats limitades.

¹⁶³ Articles 29 LSRL i 123.7 RRM.

¹⁶⁶ Articles 32 i 100 LSRL.

¹⁶⁴ Article 158.3 de la Llei de societats anònimes.

circumstàncies expressades de manera clara i precisa als Estatuts. En aquest sentit, per exemple, creiem que seria possible establir l'obligació de vendre a una persona determinada esmentada als Estatuts en cas que aquesta persona fes una oferta de compra del 100 per 100 del capital social en les condicions que preveuen els mateixos Estatuts socials.

No sembla possible, en canvi, una previsió estatutària per la qual, davant d'una oferta de compra feta a un soci, la resta tinguessin dret a exigir la venda a prorrata de les seves accions o participacions, amb la qual cosa el primer soci veuria reduït, de manera obligada, el nombre d'accions o participacions que s'han de transmetre, ja que això s'oposaria a la norma general de prohibició de clàusules estatutàries per les quals un soci es pugui veure obligat a transmetre un nombre d'accions o participacions diferent de les ofertes per ell.¹⁶⁷ Convé, per tant, preveure el mecanisme pel qual el tercer adquireidor pugui estendre, en aquest cas, la seva oferta de compra.

5.2.1.3. Usdefruit d'accions i participacions

Com ja hem anticipat a l'apartat anterior, la constitució de l'usdefruit sobre les accions o participacions pot ser un instrument molt útil en l'organització de l'empresa familiar.

És freqüent el cas de l'empresari familiar que vol deixar al seu cònjuge l'usdefruit vitalici de la totalitat o una part del seu patrimoni, incloent-hi la seva participació en l'empresa familiar.

Si es tracta d'una societat limitada, es pot establir estatutàriament que l'usdefruit atorgui el dret de vot únicament per votar sobre la política de dividendes i, en aquest cas, amb un vot múltiple suficient perquè el seu dret quedi garantit.

Quant al dret de vot, si els Estatuts no disposen el contrari, el dret de vot correspon al nu propietari.¹⁶⁸ En efecte, probablement, el més convenient sigui concedir el vot al nu propietari major d'edat i capaç i garantir per altres mitjans els drets de l'usufructuari (pacte sobre política de dividendes, per exemple). En tot cas, estimem admissibles les clàusules estatutàries que concedeixin el dret de vot a qui determini el títol constitutiu de l'usdefruit.

D'altra banda, més enllà del supòsit del cònjuge extern a la família al qual es vol compensar econòmicament mitjançant la constitució d'un usdefruit sobre les accions o participacions, l'usdefruit també permet compatibilitzar l'interès de mantenir el poder de decisió i el control en mans dels descendents del grup o branca familiar que es considerin més idonis per gestionar el negoci i, al mateix temps, compensar econòmicament altres persones del grup familiar que es consideri oportú mantenir al marge de la gestió.

Efectivament, hi ha la possibilitat que el soci titular del ple domini de les accions o participacions disposi per testament de la nua propietat de les accions o participacions en favor dels familiars que hagin de continuar al capdavant del negoci, i els atribueixi el dret de vot i el dret a percebre l'increment de valor de les accions o participacions en el moment de l'extinció de l'usdefruit, derivat dels beneficis propis de l'explotació de la societat que s'hagin integrat durant l'usdefruit en les seves reserves, mentre que correspondria, en canvi, als familiars o tercers aliens a la família als quals es vulgui compensar econòmicament i apartar de la gestió del negoci, el dret a percebre dividendes en la seva condició d'usufructuaris. No obstant això, cal tenir en compte que la doctrina mercantil i la jurisprudència registral consideren que no és possible constituir drets reals d'usdefruit sobre les accions o participacions de la societat a exclusió del dret a les reserves no distribuïdes.

Una altra disposició estatutària possible seria la que establis un dret de rescabament a favor del nu propietari, en cas de transmissió de l'usdefruit, la qual cosa sembla que està d'acord amb la recent normativa reguladora dels drets d'usdefruit, ús i habitació a Catalunya,¹⁶⁹ que, a diferència del que succeïa fins que va entrar en vigor, reconeix al nu propietari un dret de tempteig i retracte en cas que l'usufructuari es proposi transmetre el seu dret entre vius a títol oneros o gratuït.

En aquest àmbit, cal tenir en compte que tant la Llei de societats anònimes com la Llei de societats de responsabilitat limitada atorguen a l'usufructuari i no al nu propietari el dret de gaudir de les reserves acumulades durant l'usdefruit,¹⁷⁰ per la qual cosa, si s'admet la validesa d'un pacte diferent, caldrà no només establir-lo al mateix títol constitutiu de l'usdefruit, sinó també, i en tant que sigui

¹⁶⁷ Articles 30.2 de la Llei de societats limitades i 123.5 del Reglament del Registre Mercantil, referit a les accions.

¹⁶⁹ Llei sobre els drets d'usdefruit, ús i habitació a Catalunya, de 20 de novembre de 2000.

¹⁶⁸ Articles 36 LSRL i 67 LSA.

¹⁷⁰ Articles 39 LSRL i 68 LSA.

possible, als Estatuts socials, a fi que aquest pacte sigui oposable *erga omnes* i, principalment, davant la societat, que en definitiva serà l'obligada a fer el pagament en el moment de la liquidació de l'usdefruit.¹⁷¹

5.2.1.4. Separació i exclusió de socis

Davant les tres causes exclusives que atorguen al soci el dret de separació en la societat anònima, és a dir, la substitució de l'objecte social,¹⁷² el trasllat del domicili social a l'estranger¹⁷³ i la transformació en societat col·lectiva o comanditària,¹⁷⁴ la Llei de societats de responsabilitat limitada contempla fins a sis supòsits: la substitució de l'objecte, el trasllat del domicili social a l'estranger, la modificació del règim de transmissió de les participacions socials, la pròrroga o reactivació de la societat dissolta, la transformació en societat anònima, societat civil, cooperativa, col·lectiva, comanditària o en agrupació d'interès econòmic, i la creació, la modificació o l'extinció anticipada de l'obligació de realitzar prestacions accessòries, llevat que els Estatuts disposin el contrari.

En conseqüència, com a norma general cap soci no té dret a separar-se de la societat llevat que hi concorri alguna de les causes esmentades. En un altre cas, si vol desvincular-se de la societat, haurà d'aconseguir la transmissió de la seva participació i assumir que algú hi estigui interessat, sempre que es compleixi el règim estatutari previst per a la transmissió d'accions o participacions. Altrament, el soci no tindrà cap altra opció que romandre en la societat fins a la seva extinció per alguna de les causes legalment previstes.

No obstant això, i atès que la societat limitada és una societat tancada, la Llei reguladora d'aquest tipus societari —a diferència de la Llei de societats anònimes— contempla la possibilitat d'incorporar als Estatuts socials altres causes de separació diferents de les sis tipificades legalment, ja esmentades més amunt. Aquesta possibilitat serà segurament molt útil en l'organització de la societat familiar, ja que en ser habitualment una societat molt tancada, pot requerir com a contrapartida una major amplitud de les causes de separació, a fi de facilitar l'eliminació de possibles situacions de conflictitat que posin en perill la continuïtat de l'empresa familiar. En aquest sentit, per exemple, seria possible preveure el dret de separació del soci en cas que la branca familiar a la qual pertany deixi de tenir representació al Consell d'Administració.

Tot i així, resulta necessari que els Estatuts socials estableixin amb claredat les causes de separació, la manera en què s'ha d'acreditar la concurrència de la causa, la manera d'exercir el dret de separació i el termini per exercir-lo. A més, és imprescindible el consentiment unànim de tots els socis per a la creació, la modificació o la supressió de les causes de separació.¹⁷⁵ No sembla possible, per tant, atorgar un dret de separació lliure, és a dir, que no necessiti cap causa, encara que res no impedeix que els supòsits objectius que atorguen aquest dret siguin definits d'una manera molt àmplia, acostant-se a les figures societàries en què hi ha un dret de lliure separació (com ara les cooperatives i les societats agràries de transformació), amb l'únic límit que no es pugui al·legar que el compliment del contracte de societat ha quedat a l'arbitri d'una de les parts. Una part de la doctrina mercantil sosté, però, que resulta discutible que aquesta limitació no sigui predicable només dels contractes bilaterals, però no d'un contracte plurilateral com ara el contracte de societat, en el qual es podria pactar la separació *ad nutum*, és a dir, per la mera voluntat del soci.

En tot cas, convé recordar que, com ja hem apuntat en aquest treball, hi ha un supòsit excepcional dins el qual és possible la separació sense al·legar cap causa: si els Estatuts socials han prohibit absolutament la transmissió *inter vivos* de participacions socials a favor de tercers.

Quant al règim d'exclusió dels socis, només la Llei de societats de responsabilitat limitada preveu certs supòsits en els quals es pot excloure el soci: per incompliment de les prestacions accessòries, per incompliment de l'obligació de no competir del soci administrador i per la condemna del soci administrador a indemnitzar la societat per actes contraris a la Llei, els Estatuts, o fets sense la deguda diligència, per a la qual cosa és necessari el consentiment de tots els socis per a la incorporació de noves causes o la modificació de les esmentades.

De la mateixa manera, la majoria de la doctrina tampoc no admet la lliure exclusió de socis, i és necessària la concurrència d'alguna causa prevista estatutàriament. Si bé, com en el cas del dret de

¹⁷¹ Com assenyalava F. VICENT CHULIÀ, "El jurista pràctic ha d'escollir en l'ordenament vigent els instruments, els legal tools, per organitzar la societat familiar". Vegeu "Organización jurídica de la Sociedad Familiar", *Revista de Derecho Patrimonial*, 2001, núm. 5, pàg. 36.

¹⁷² Article 146 LSA.

¹⁷³ Article 149 LSA.

¹⁷⁴ Article 225 LSA.

¹⁷⁵ Article 96 LSA.

separació, res no impedeix configurar els supòsits d'exclusió d'una manera molt àmplia i afegir-hi, per exemple, un important ventall de causes objectives d'indole personal que afectin els socis, com ara la jubilació, una malaltia, incapacitat, etc., o fins i tot altres causes objectives que igualment poden resultar d'interès en la societat familiar per evitar possibles situacions de conflictivitat. En aquest sentit, podria ser possible, com a causa d'exclusió, la reducció de la participació d'un soci en el capital social per sota d'un límit determinat.

Tampoc no hem d'oblidar que, en aquests casos de separació i exclusió, els socis separats o exclosos tenen dret a obtenir, a falta d'un acord sobre el "valor raonable" de les seves participacions o sobre la persona que hagi de valorar-les, el "valor raonable" d'aquestes participacions determinat per un auditor de comptes diferent del de la societat.¹⁷⁶ Quant al procediment que cal seguir, tant en la separació com en l'exclusió, els administradors hauran de procedir a la corresponent reducció del capital social, que excepcionalment no requereix un acord específic de la Junta General, sense perjudici que per acordar l'exclusió d'un soci sí que es requereixi un acord de la Junta, i si el soci exclos té una participació del 25 per 100 del capital social o més, cal, a més, una resolució judicial ferma, si l'afectat s'hi oposa (llevat que ja hagi estat condemnat a indemnitzar la societat per actes contraris a la Llei, els Estatuts, o fets sense la deguda diligència). A la Junta, el soci que s'exclou no pot exercir el vot.¹⁷⁷

Finalment, a falta de previsió de causes de separació i exclusió a la Llei de societats anònimes, hi ha un debat sobre la possibilitat d'incorporar-les per via estatutària a aquest tipus societari. A aquest respecte, la doctrina ha destacat que l'amplitud més gran del dret de separació en la societat de responsabilitat limitada, davant la societat anònima, s'explica pel caràcter tancat de la societat limitada, i d'aquesta manera intenta compensar el desavantatge que representa per al soci la transmissió essencialment limitada de les seves participacions.¹⁷⁸ Igualment, l'exclusió estaria justificada pel caràcter marcadament personalista de les societats limitades.

Compartim l'opinió que cap d'aquestes explicacions hauria hagut de vetar, en principi, la inclusió estatutària dels drets de separació i exclusió a una societat anònima tancada en la qual es restringeixi la lliure transmissió de les accions. No obstant això, difícilment es podria justificar l'extensió analògica d'aquests mecanismes a un tipus social diferent de la societat limitada, com ara la societat anònima, sense perjudici que es pugui "excloure" el soci que incompleixi la seva obligació de realitzar determinades prestacions accessòries.¹⁷⁹ S'ha d'advertir que, a diferència d'altres supòsits, en els quals el Reglament del Registre Mercantil ha permès justificar l'extensió a la societat anònima de normes contingudes exclusivament a la Llei de societats de responsabilitat limitada, no és aquest el cas del règim jurídic de la separació i exclusió de socis, previst legalment per a les societats de responsabilitat limitada, però no per a les societats anònimes.

5.2.1.5. Pactes a favor de la desinversió i l'obtenció de liquiditat

El caràcter molt tancat de la societat familiar determina, igualment, que sigui freqüent la incorporació als Estatuts socials de mecanismes que faciliten la desinversió dels seus socis. Ja hem comentat que, com més tancada sigui la societat, més aconsellable resulta facilitar la sortida dels seus socis, a fi d'evitar situacions de conflicte.

En aquest sentit, un mecanisme habitual a les societats familiars és l'anomenat "borsí familiar", amb el qual es pretén permetre que els socis interessats a desinvertir ho puguin fer, davant la probable absència d'interessats a comprar les accions o participacions d'una societat tancada.

En definitiva, el "borsí familiar" és un mecanisme pel qual, sota determinades condicions previstes als Estatuts socials, la societat familiar es compromet a adquirir les accions o participacions dels socis que vulguin procedir a la seva venda. Resulta habitual que els Estatuts limitin el nombre o el percentatge màxim d'accions o participacions que es podran acollir cada any a aquest procediment, a fi d'evitar el risc de descapitalització de la societat, i que regulin, així mateix, la manera de procedir en cas que els interessats a vendre ultrapassin el límit que estableixen els Estatuts.

¹⁷⁶ Article 100 LSRL.

¹⁷⁷ Articles 99, 101 i 52 LSRL.

¹⁷⁸ R. BONARDELL LENZANO i R. CABANAS TREJO, "Separación y exclusión de los socios en la Sociedad de Responsabilidad Limitada", RdS, núm. 12, Ed. Aranzadi, 1998, pàg. 33.

¹⁷⁹ R. SEGURA, "La Sociedad familiar: aspectos legales y órganos de gobierno", Manual de la Empresa Familiar, Cinco Días, 2001.

No obstant això, la incorporació als Estatuts socials del "borsí familiar" planteja dificultats derivades de les limitacions legals del règim de l'autocartera.

En el cas de la societat limitada, la compra de participacions pròpies en autocartera queda expressament prohibida, llevat de determinats supòsits excepcionals entre els que es compta l'adquisició de participacions com a conseqüència de l'aplicació d'una clàusula restrictiva de llur transmissió "inter vivos" o "mortis causa".¹⁸⁰

Pel que fa a la societat anònima, l'autocartera es troba igualment subjecta a determinades limitacions legals: (i) autorització de la Junta General, amb indicació del preu de compra mínim i màxim, durant un termini que no pot excedir els 18 mesos. En cas de compra d'accions de la societat dominant, l'ha d'autoritzar, a més, la Junta General d'aquesta societat; (ii) percentatge màxim de les accions en autocartera (pròpies o de la societat dominant) que no puguin excedir el 10% del capital social (o el 5% si la societat cotitza en borsa); (iii) constitució d'una reserva irrepartible (xifra tècnica de retenció) en el passiu del balanç equivalent al valor nominal de les accions que figurin a l'actiu, a càrrec de beneficis o reserves de lliure disposició. Si s'adquireixen accions de la societat dominant cal, a més, que aquesta societat també hagi pogut constituir les reserves indicades, sense que s'exigeixi que la doti efectivament, i (iv) desembors íntegre de les accions adquirides.

Doncs bé, totes aquestes limitacions legals a la compra d'accions o participacions en autocartera provoquen en, la major part dels casos, el "borsí familiar" funcioni com un pacte extraestatutari incorporat al Protocol familiar, ateses les dificultats tècniques que planteja la seva integració als Estatuts socials.

D'altra banda, en tractar-se d'un mecanisme que, com hem vist, requereix l'acord previ de la Junta General, la seva eficàcia estarà normalment condicionada a la bona voluntat dels socis, ja que, en cas que aquests es neguin a fer-lo efectiu, la seva execució forçosa duria a un llarg i costós procediment judicial o a una disputa arbitral, la resolució favorable de la qual plantejaria dificultats addicionals per a la seva execució específica.

Així mateix, sense perjudici que la finalitat fonamental del "borsí familiar" sigui facilitar la desinversió dels socis, no hem de desdenyar la possibilitat de fer-lo servir com a mecanisme transitori perquè els socis puguin obtenir la liquiditat temporal que els calgui, articulant un dret de recompra dels socis en determinades condicions preestablertes.

Altres instruments que s'han de considerar en l'àmbit de la societat familiar, si bé en aquest cas amb l'objectiu de dotar de liquiditat la mateixa societat, serien les accions i participacions rescatables i les accions i participacions sense vot. No obstant això, més enllà d'aquesta finalitat primordial de finançament, també poden ser instruments molt útils en l'organització del govern de la societat familiar, en permetre desdoblament dels drets polítics i econòmics de les accions i participacions. D'aquesta manera, hi hauria la possibilitat de recórrer a aquests instruments per dur a terme, d'una manera o altra, aquest desdoblament, i permetre, per exemple, l'accés a la societat de persones a les quals es vol atorgar una participació en els resultats econòmics de la societat (com poden ser els descendents dels socis familiars), sense que puguin interferir, però, en el seu control polític (que continuaria en mans dels ascendents).

La possibilitat d'emetre accions sense vot està regulat per a les societats anònimes. La Llei de societats anònimes en permet l'emissió per un import nominal que, no obstant això, no ha de ser superior a la meitat del capital social desemborsat.¹⁸¹

En el cas de societats anònimes no cotitzades, (i) cal que es prevegi als Estatuts un dividend anual mínim garantit fix o variable, que s'acumula al dividend corresponent a les accions ordinàries; (ii) si hi ha beneficis distribuïbles, cal procedir al repartiment del dividend mínim garantit als Estatuts i, si no n'hi ha, l'import no satisfet s'ha d'abonar en els exercicis successius (en principi, podem entendre que ha de ser dins els cinc exercicis següents, tenint en compte el termini de prescripció de l'acció de reclamació dels dividends no pagats), i (iii) recuperen el dret de vot mentre que no es pagui el dividend mínim, i mantenen igualment els seus privilegis econòmics.¹⁸²

Pel que fa a les accions sense vot a les societats anònimes cotitzades, presenten l'especialitat que es pot pactar als Estatuts socials la supressió del dret de subscripció preferent dels seus titulars, la

¹⁸⁰ Article 40 LSRLL, modificat per la recent Llei 7/2003, d'1 d'abril, de la societat limitada Nova Empresa.

¹⁸² Articles 91 i 92 LSA.

¹⁸¹ Article 90 LSA.

no recuperació del dret de vot en cas que no es reparteixi el dividend mínim i el caràcter no acumulatiu d'aquest dividend mínim.¹⁸³

Quant a la possibilitat d'emetre participacions sense vot en la societat de responsabilitat limitada ha estat finalment acceptada al modificar-se recentment la Llei de limitades i la seva regulació es remet al règim de les societats anònimes, conforme ja propugnaven opinions doctrinals molt autoritzades, que al·legaven que aquestes participacions eren admeses en les societats anònimes tancades, de característiques semblants a les societats limitades i que, en definitiva, la possibilitat d'emetre participacions amb vot plural permetria, a la pràctica, crear participacions amb un dret de vot molt diluït.¹⁸⁴

En definitiva, tot i que les participacions sense vot puguin servir com a instrument de finançament, el legislador no les ha considerat com un recurs a l'estalvi col·lectiu.¹⁸⁵

Pel que fa a les accions rescatables (accions sobre les quals la societat es reserva el dret d'adquisició per a la seva amortització), la Llei de societats anònimes només en preveu la possibilitat en el cas de societats cotitzades, i les subjecta als requisits següents: (i) són rescatables a petició de la societat emissora, dels titulars de les accions o de tots dos; (ii) s'han d'emetre per un import nominal que no pot excedir la quarta part del capital social; (iii) en l'acord d'emissió han de figurar les condicions per a l'exercici del rescat; (iv) han de quedar íntegrament desemborsades en el moment de la subscripció; (v) la seva amortització en el moment que s'exerciti el rescat ha de tenir lloc amb càrrec a beneficis o a reserves lliures o amb el producte d'una nova emissió d'accions amb la finalitat de finançar l'operació d'amortització i, a falta de totes dues possibilitats, l'amortització només és factible si compleix amb els requisits legals de la reducció de capital amb restitució d'aportacions, i (vi) si s'amortitza amb càrrec a beneficis o reserves lliures, la societat ha de constituir una reserva per l'import del valor nominal de les accions amortitzades.¹⁸⁶

Tot i que es tracta igualment d'un afer debatut, al nostre parer no hauria d'haver-hi inconvenients per a l'emissió d'accions rescatables en les societats anònimes no cotitzades. No obstant això, en aquest cas seria molt convenient preveure'n la possibilitat als Estatuts socials a fi d'evitar que, d'una altra manera, els titulars d'aquestes accions puguin plantejar problemes en el moment del rescat, emparant-se en el règim general de les reduccions del capital.

No creiem admissible, però, l'extensió analògica d'aquest règim a les participacions socials, sense perjudici que la normativa reglamentària de les societats de responsabilitat limitada permeti recórrer a instruments que poden arribar a complir els mateixos objectius. En aquest sentit, hem de recordar que és possible incorporar als Estatuts d'una societat de responsabilitat limitada determinades clàusules que imposin als socis l'obligació de transmetre les seves participacions als altres socis o a terceres persones determinades si concorren les circumstàncies que s'hagin convingut als Estatuts i que, així mateix, és possible configurar de manera molt àmplia les causes de separació i exclusió del soci.

¹⁸³ Article 91.4 LSA.

¹⁸⁴ A. MENENDEZ, "Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles: Régimen Jurídico de la Sociedad Limitada. Disposiciones generales", tom XIV, volum 1r A, Ed. Civitas, 1a ed., 1999, pàg. 144.

¹⁸⁵ La mateixa exposició de motius de la Llei de societats de responsabilitat limitada, després de negar la possibilitat de recórrer a l'estalvi col·lectiu com a mitjà de finançament, aclareix que "són conseqüències d'aquesta premissa, no només la impossibilitat de constituir la societat pel sistema de fundació successiva o d'augmentar el capital mitjançant l'ofertament públic de les participacions, sinó també la prohibició d'emissió d'obligacions o bons, o la severa limitació dels supòsits d'adquisició de participacions pròpies". Com podem veure, la impossibilitat d'emetre participacions sense vot no apareix esmentada com una de les conseqüències citades.

¹⁸⁶ Articles 92 bis i 92 ter LSA.

5.2.2. Pactes estatutaris relatius a l'organització i el funcionament de la societat familiar

Sense perjudici d'altres possibles pactes estatutaris relatius al funcionament de la Junta General i del Consell d'Administració, comentats al capítol 4 d'aquest treball, dedicats als òrgans de la societat familiar, passem ara a comentar altres pactes que sovint s'incorporen als Estatuts de les societats familiars per atendre d'aquesta manera les necessitats i els interessos d'una societat tancada i de fort component personalista, com sol ser la societat familiar.

5.2.2.1 Prestacions accessòries

Per mitjà de les prestacions accessòries, tots o alguns dels socis poden assumir obligacions diferents de la seva obligació essencial, és a dir, la de fer la seva aportació al capital social.

Tenint en compte que poden consistir en qualsevol obligació de donar, fer o no fer que s'especifiqui als Estatuts socials, resulta fàcil entendre que ens trobem davant d'un mecanisme de gran rellevància per a la *personalització* de les societats de capital. Es tracta, a més, d'un instrument admès tant per a les societats anònimes¹⁸⁷ com per a les de responsabilitat limitada,¹⁸⁸ tot i que hi ha alguna diferència significativa en el seu règim jurídic.

En el cas de la societat de responsabilitat limitada, (i) la seva creació, modificació o extinció anticipada exigeix l'acord de la Junta General de socis amb el vot favorable de més de la meitat dels vots socials i, addicionalment, el consentiment individual dels socis obligats;¹⁸⁹ (ii) els Estatuts han de contemplar el seu contingut concret i determinat, i es poden fer gratuïtament o mitjançant retribució, sense que aquesta retribució, que haurà de constar als Estatuts, pugui superar el valor que correspongui a la prestació;¹⁹⁰ (iii) com que són accessòries, els drets i les obligacions que se'n derivin s'extingeixen per al soci quan aquest perd la seva condició, sense perjudici que es puguin transmetre amb les participacions socials que les portin incorporades, llevat que tinguin caràcter personalíssim o si així ho prohibeixen els Estatuts; (iv) els Estatuts poden vincular l'obligació de realitzar prestacions accessòries a la titularitat d'una o diverses participacions socials concretament determinades;¹⁹¹ (v) la transmissió, tant de les participacions que pertanyen a socis obligats per prestacions accessòries, com les que incorporen aquesta obligació, exigeix l'autorització de la Junta General, llevat que els Estatuts disposin el contrari;¹⁹² (vi) l'incompliment de les prestacions per causes involuntàries no causa la pèrdua de la condició de soci, llevat d'una disposició contrària dels Estatuts,¹⁹³ i (vii) la modificació del règim de les prestacions accessòries atorga als socis dissidents el dret de separació.¹⁹⁴

Molt més parc resulta el règim de les prestacions accessòries a la Llei de societats anònimes, que es limita a exigir que els Estatuts socials continguin el règim de les prestacions accessòries, si n'hi ha, i que esmentin expressament el seu contingut, el caràcter gratuït o retribuit, les accions que comportin l'obligació de realitzar-les, com també les eventuales clàusules inherents al seu incompliment.¹⁹⁵ D'altra banda, s'exigeix que la transmissió de les accions la titularitat de les quals comporti l'obligació de realitzar prestacions accessòries se sotmeti a l'autorització de la societat, llevat que els Estatuts ho disposin altrament.¹⁹⁶

A diferència del que succeeix a les societats limitades, en què les prestacions accessòries es poden vincular als socis, a les societats anònimes únicament és possible vincular-les a les pròpies accions. Aquesta diferència pot tenir conseqüències pràctiques importants, ja que en el cas d'una prestació accessòria vinculada a un soci, cal que aquest es mantingui subjecte a l'obligació de realitzar-la mentre mantingui la titularitat d'una sola participació, mentre que si la prestació està lligada a l'acció, la

¹⁸⁷ Article 9 I) LSA.

¹⁸⁸ Articles 22 a 25 LSRL.

¹⁸⁹ Articles 53.2 i 25.1 LSRL.

¹⁹⁰ Article 22 LSRL i 23 LSRL.

¹⁹¹ Article 22.2 LSRL.

¹⁹² Article 24 LSRL.

¹⁹³ Article 25.2 LSRL.

¹⁹⁴ Article 95 LSRL.

¹⁹⁵ Article 9 I) LSA.

¹⁹⁶ Article 65 LSA.

seva transmissió té com a resultat, en principi, que el soci obligat per la prestació accessòria deixi d'estar-ho i passi aquesta obligació al nou titular.¹⁹⁷

Quant a les prestacions accessòries concretes que poden resultar útils en l'àmbit de la societat familiar, podem destacar la consistent en el compromís assumit pels socis d'impedir que puguin tenir lloc transmissions indirectes de participacions socials mitjançant operacions de compravenda de les societats patrimonials titulars de les participacions de la societat familiar, amb la previsió estatutària d'un mecanisme d'opció de compra pel qual el soci incomplidor es vegi obligat a transmetre forçosament les seves participacions en la societat familiar als altres socis o societats patrimonials.

Una altra possible prestació accessòria en l'àmbit de la societat familiar podria ser la del compromís del soci d'ocupar el càrrec d'administrador o conseller si és designat per la Junta General.

Finalment, pel que fa a la possibilitat plantejada per la doctrina d'incorporar als Estatuts la prestació accessòria consistent en la subscripció i compliment del Protocol familiar, cal assenyalar que, fins avui, el Registre Mercantil havia rebutjat aquesta possibilitat, ja que entenia que s'estaria creant l'obligació de complir un pacte mancat de la publicitat registral necessària, i més quan el Protocol familiar sol contenir nombroses disposicions relatives al funcionament de la societat familiar i, en particular, dels seus òrgans socials, que, per la seva naturalesa, haurien de figurar als Estatuts socials. En conseqüència, ara per ara, si es vol dotar el Protocol familiar de més eficàcia, la via que cal seguir no pot ser, per ara, la d'establir la referida prestació accessòria, amb la qual cosa no queda, segurament, cap altra alternativa que la d'intentar incorporar les seves disposicions als Estatuts socials amb l'amplitud més gran possible. No obstant, aquesta situació variarà quan el Govern espanyol estableixi reglamentàriament les condicions, forma i requisits per a la publicitat del Protocols familiars, tal i com se li habilita a la disposició final segona de la Llei 7/2003 d'1 d'abril, de la societat limitada Nova Empresa.

5.2.2.2. Accions privilegiades i participacions desiguals

Un dels principis configuradors de les societats anònimes consisteix en la proporcionalitat dels drets econòmics dels socis respecte al valor nominal de les seves accions. No obstant això, com a excepció a aquest principi, la Llei de societats anònimes permet l'emissió d'accions privilegiades, identificades mitjançant la creació de classes diferents i que permetran gaudir dels privilegis econòmics que prevegin els Estatuts, com ara el dret a un dividend preferent, tal com preveu la mateixa Llei de societats anònimes. En tot cas, queda expressament prohibit el privilegi consistent a percebre un interès, com també qualsevol alteració de la proporcionalitat entre el valor nominal de l'acció i els drets de vot i/o subscripció preferent.¹⁹⁸

Si el privilegi consisteix en el dret de percebre un dividend preferent, en tractar-se de societats cotitzades caldrà acordar-ne el repartiment si hi ha beneficis distribuïbles, i els Estatuts han de preveure les conseqüències de la manca de pagament. A les societats no cotitzades, per contra, és possible preveure que el dividend preferent no sigui obligatòriament distribuïble.

Quant a la desigualtat de les participacions socials, la Llei de societats de responsabilitat limitada la permet expressament, tant pel que fa a la possibilitat de crear participacions amb un valor nominal diferent, com pel que fa a la possibilitat de desigualtat en els drets que incorporen. No obstant això, aquesta darrera possibilitat de desigualtat en els drets queda limitada als supòsits que preveu expressament la Llei,¹⁹⁹ a saber: (i) en el dret de vot,²⁰⁰ (ii) en la participació en beneficis,²⁰¹ i (iii) en la quota de liquidació.²⁰² La doctrina critica amb raó la impossibilitat d'incorporar als Estatuts socials altres desigualtats possibles en drets de menor importància.

Una qüestió sens dubte controvertida és la manera d'establir aquests privilegis, atès que el recurs a la creació de classes de participacions no sembla admissible per a les societats de responsabilitat limitada. Efectivament, en aquestes societats els privilegis esmentats sembla que estan configurats com drets individuals dels socis i, per tant, se'n requereix el consentiment individual per a la seva modificació i no n'hi ha prou amb l'acord majoritari dels socis dins la "classe" corresponent.²⁰³ En conseqüència, aquests privilegis s'han d'atribuir necessàriament de manera individual, i identificar les participacions privilegiades pel número que els correspongui dins la numeració correlativa general.

¹⁹⁷ M. J. PEÑAS MOYANO, "Las prestaciones accesorias en la Sociedad Anónima", RdS, Ed. Aranzadi, núm. 7, 1996, pàg. 166.

¹⁹⁸ Articles 49 i 50 LSA.

¹⁹⁹ Article 5.1 LSRL.

²⁰⁰ Article 53.4 LSRL.

²⁰¹ Article 85 LSRL.

²⁰² Article 119 LSRL.

²⁰³ Article 71.2 LSRL.

En tot cas, no hem de descartar la possibilitat de crear classes diferents de participacions socials si no tenen com a finalitat la incorporació de privilegis com els esmentats (per exemple, per regular un dret d'adquisició preferent entre les diverses branques familiars).

Quant al recurs a les participacions desiguals en l'àmbit de l'empresa familiar, pot resultar certament molt útil la creació de participacions amb vot plural per a l'adopció de tots o alguns dels acords socials, de manera que, tot i que els drets econòmics continuïn essent proporcionals respecte al nominal de les participacions, es moduli el dret de vot per atendre altres interessos. Així, per mitjà del vot plural i atesa la distribució del capital entre els socis, es pot atorgar a una branca familiar un poder de decisió en l'adopció de determinats acords del qual altrament no disposaria (per exemple, la possibilitat de bloquejar la designació de consellers). Com ha assenyalat la doctrina, en una societat limitada hi ha fins i tot la possibilitat que l'aportador de l'1 per 100 del capital gaudeixi del 90 per 100 dels vots, sense que per això es tracti d'una societat lleonina.²⁰⁴

5.2.2.3. Clàusules delimitadores de l'accés al càrrec d'administrador o conseller

En principi, qualsevol persona que (i) tingui la plena capacitat d'obrar, (ii) no tingui cap incompatibilitat, prohibició o inhabilitació, i (iii) no hagi estat condemnada per greu incompliment de les lleis o disposicions socials, pot ser designada administrador o conseller d'una societat anònima o de responsabilitat limitada. D'altra banda, llevat que els Estatuts socials disposin el contrari, per ser administrador no es requereix tenir la condició de soci.²⁰⁵

Dins aquest ampli règim de llibertat, la necessitat de personalitzar les societats familiars sol implicar la incorporació als Estatuts socials de determinats requisits objectius per poder accedir a la condició de soci: un límit mínim i/o màxim d'edat, una determinada titulació acadèmica i/o experiència professional, la titularitat d'un percentatge d'accions o participacions en el capital social, la condició de treballador, la pertinença a una determinada branca familiar o el manteniment d'una antiguitat mínima com a soci de la companyia, entre altres.

La possibilitat d'incorporar als Estatuts socials aquests requisits objectius té el límit en la prohibició d'exigir la concurrència de condicions que permetin únicament la designació com a consellers de determinades persones, ja que qualsevol cosa contrària vulneraria el dret de les minories a designar els seus vocals (a les societats anònimes) i, fins i tot, podria produir situacions anòmales que impediria l'exercici per la Junta de la facultat de separació.

Un interès que segurament tenen les societats familiars en aquesta matèria és aconseguir que els membres de la família puguin designar directament (sense sotmetre's a l'acord majoritari de la Junta General, com a règim general de designació) els consellers que hagin de representar els seus interessos a la companyia. Doncs bé, sens dubte la diferència més important existent en aquest apartat entre el règim de la societat anònima i el de la societat limitada rau, precisament, en la impossibilitat d'acollir-se al mecanisme de la representació proporcional a les societats limitades²⁰⁶ que, en canvi, sí que es permet per al nomenament de consellers a les societats anònimes.²⁰⁷

A les societats anònimes, la representació proporcional es pot donar amb caràcter parcial, en la renovació del Consell, per cobrir vacants, o bé amb caràcter total, per a la formació inicial del Consell.

Pel que fa a les societats limitades, a la pràctica s'han experimentat, amb més o menys èxit, diversos mecanismes estatutaris que intenten paliar els efectes d'aquesta prohibició i l'exigència que els consellers siguin sempre nomenats per la Junta General. Un possible mecanisme seria la previsió estatutària que els consellers siguin designats a proposta dels socis, i conferir a cadascuna de les branques familiars la facultat de proposar-ne un nombre determinat. En tot cas, no seria possible imposar cap obligació a la Junta General respecte a la votació dels candidats proposats.

Un altre mecanisme possible seria el que atribueix a determinades participacions, de manera successiva, un vot preferent o plural per a la designació d'un nombre determinat de consellers.

En tot cas, resulta molt comú que el dret de cada branca familiar a designar un nombre determinat de consellers consti expressament al Protocol familiar. Aquesta disposició, si més no, té eficàcia d'obligació entre els seus signants.

²⁰⁴ F. VICENT CHULIÀ, *Introducción al Derecho Mercantil*, pàg. 502, 15a ed., 2002, Ed. Tirant lo Blanch.

²⁰⁶ Article 58 LSA.

²⁰⁵ Articles 123 i 124 LSA i 58 LSRL.

²⁰⁷ Article 137 LSA, desenvolupat pel Reial decret 821/1991, de 17 de maig.

Quant al cessament dels consellers, hem de recordar que, a diferència del que succeeix a les societats anònimes, la Llei de societats de responsabilitat limitada admet que els Estatuts exigeixin una majoria reforçada per acordar-lo, sense que, en cap cas, es pugui superar l'exigència de les dues terceres parts dels vots socials.²⁰⁸

Finalment, tot i que només la Llei de societats de responsabilitat limitada contempla la figura dels administradors suplents, res no s'oposa al fet que els Estatuts de la societat anònima prevegin aquesta figura, d'acord amb el que disposa el Reglament del Registre Mercantil. Aquesta previsió pot resultar molt útil en la societat familiar, i serveix, per exemple, per a la successió automàtica dels consellers pels seus descendents sense que calgui procedir a un nou nomenament.

5.2.2.4. Repartiment de dividendes

El dret del soci a participar en els guanys és un dels seus drets fonamentals, tant en la societat anònima com en la limitada. No obstant això, en cap d'aquests dos casos es reconeix al soci, amb caràcter general, un dret subjectiu al dividend; és a dir, sempre és necessari que la Junta General, l'òrgan competent per decidir sobre el repartiment de dividendes, decideixi satisfer-lo perquè efectivament neixi el dret del soci a exigir-ne la percepció.²⁰⁹

Sense perjudici del que hem vist, seria possible pactar en els Estatuts l'obligació de distribuir un percentatge mínim del benefici repartible en forma de dividendes, llevat que els socis, reunits en Junta General i amb una majoria reforçada, acordin no procedir al repartiment.

Si partim del fet que tant les societats anònimes com les societats limitades són entitats amb ànim de lucre i que, sens dubte, el capital invertit pel soci té un cost per a ell, sembla que l'adopció a les societats d'una política de dividendes que, sense que obstaculitzi el creixement de l'empresa, permeti retribuir convenientment el capital, hauria de ser una "pràctica saludable". I sobretot en el cas de societats tancades, com són habitualment les familiars, en les quals, sense perjudici de la possibilitat d'establir algun dels mecanismes comentats en aquest capítol, és molt possible que els socis trobin dificultats per obtenir liquiditat de la seva inversió.

El pagament del dividend s'ha de fer sempre en diner, llevat que la Junta n'acordi el pagament en espècie i això sigui acceptat per cadascun dels socis.

La regla general és, així mateix, que el dividend s'ha de satisfer als socis en proporció al capital desemborsat, si bé aquesta regla es pot veure alterada a les societats anònimes per mitjà del mecanisme de les accions privilegiades i, en el cas de les societats limitades, atribuint directament un privilegi a determinades participacions identificades als Estatuts per la seva numeració, segons el que ja hem comentat abans.²¹⁰

Pel que fa al dividend privilegiat, normalment es distingeixen dos tipus de clàusules estatutàries: (i) les que confereixen un dividend no proporcional a la participació en el capital social, que poden ser molt útils per compensar econòmicament aquells que, per la feblesa del seu dret de vot, influeixen poc o gens en la gestió social, i (ii) les que garanteixen un dividend mínim preferent.

5.2.2.5. Reforçament del quòrum i majories de votació als òrgans socials i limitacions al dret d'assistència del soci

En les societats de capital regeix el principi majoritari, és a dir, de majoria de vots vàlidament emesos, com a regla general per a l'adopció d'acords per la Junta General de socis (article 93 LSA i 53 LSRL).

No obstant això, per a la vàlida adopció dels acords socials s'exigeix que la majoria dels vots vàlidament emesos representin un mínim quòrum d'assistència, a excepció dels acords adoptats en segona convocatòria en les Juntes Generals d'Accionistes de les Societats Anònimes en matèries no extraordinàries, és a dir, diferents de l'emissió d'obligacions, augment o reducció de capital, transformació, fusió, escissió o qualsevol altra modificació estatutària, per a les que no s'exigeix cap

²⁰⁸ Article 68.2 LSRL.

²¹⁰ Articles 85 LSRL i 50 i 215 LSA.

²⁰⁹ Sentències del Tribunal Suprem de 30 de novembre de 1971, R.5019 i 30 de gener de 2002, R.2311.

quòrum d'assistència i n'hi ha prou amb la presència d'un sol soci per a que la Junta General es constitueixi vàlidament (article 102 i 103 LSA i 53 LSRL).

En tot cas, tant el quòrum d'assistència com la majoria requerida per a l'adopció d'acords poden ser reforçats, encara que amb una doble limitació: (i) el reforçament no pot anar en contra de normes d'ordre públic com les que concedeix a la Junta General la facultat d'acordar l'acció social de responsabilitat contra els administradors o les de separació o revocació d'aquests (l'article 68 LSRL permet, no obstant, elevar fins a dos terços dels vots corresponents a les participacions en què es divideixi el capital social, la majoria exigida per separar els administradors. En el cas de la Societat Anònima el límit seria, en canvi, el que es desprèn de l'article 102, és a dir, majoria absoluta del capital concurrent a la Junta, amb el quòrum de constitució del 25% del capital, si es tracta de la primera convocatòria, o sense quòrum de constitució, si es tracta de la segona convocatòria) (ii) no pertoca exigir la unanimitat, per entendre's aquesta contrària al principi majoritari, com un dels principis configuradors de les societats capitalistes (Articles 10 LSA i 12 y 53 LSRL. Resolució DGRN de 28 de febrer i 15 d'abril de 1991).

En relació al Consell d'Administració, el règim legal de les Societats Anònimes exigeix una majoria de Consellers per a que el Consell pugui constituir-se vàlidament, i el vot favorable de la majoria absoluta dels Consellers assistents (és a dir, de la meitat més un) per a que puguin adoptar acords vàlidament (articles 139 i 140 LSA). No obstant això, s'exigeix el vot favorable, d'almenys, dos terços dels Consellers per al nomenament de Consellers Delegats. Com en el cas de la Junta General, és possible que els Estatuts Socials reforcin els esmentats quòrums de constitució i/o majories requerides per a l'adopció d'acords, sense arribar a la unanimitat. No és possible, per contra, relaxar l'esmentat règim legal, exigint quòrum o majories inferiors.

Més flexible és el règim legal de les Societats Limitades, on el marge que concedeix l'autoregulació permet que els Estatuts contemplin un quòrum de constitució inferior a la meitat més un dels Consellers (comptant, almenys, tres consellers) i on també és possible que els Estatuts contemplin l'adopció d'acords per la majoria relativa dels vots, és a dir, per un major número de vots a favor que en contra. També és possible, evidentment, el reforçament del quòrum i majories, amb idèntic límit de prohibició de la unanimitat. Així mateix, s'exigeix el vot favorable de dos terços dels Consellers per a la delegació de facultats (Articles 57 LSRL).

Pel que fa a la possibilitat que, addicionalment als quòrums i a les majories de capital, s'exigeixin estatutàriament quòrum i majories de persones, sembla admissible en les Societats Limitades, sens dubte per la seva major component personalista (Article 53.3 LSRL). En les Societats Anònimes aquesta possibilitat aniria referida únicament a l'exigència d'un quòrum de caps afegits al del capital, sense que resulti possible aplicar aquest reforçament a les majories de vot (Resolució DGRN de 13 de gener de 1994).

Respecte a la concessió en els Estatuts d'un vot diriment o de qualitat per resoldre els empats en les votacions, s'ha de dir que no és possible en les Juntes Generals de les Societats Anònimes, però, sí que ho és en les Societats Limitades, atenent que en aquestes últimes és possible l'existència de participacions amb vot plural (Resolució DGRN de 13 de gener de 1994).

Finalment, mentre que en les Societats Anònimes és pot limitar en els Estatuts el dret d'assistència a les Juntes Generals, exigint de forma general la possessió d'un número mínim d'accions de fins l'1 per 1.000 del capital social, com a màxim, no succeeix el mateix en les Societats Limitades, en les què tots els socis gaudeixen d'un dret inderogable d'assistir a les Juntes Generals (Articles 105 LSA i 49 LSRL). Així mateix, en les Societats Anònimes es permet que estatutàriament s'estableixi el número màxim de vots que, de forma general, podrà emetre un mateix accionista o societats pertanyents a un mateix grup (Article 105 LSA). Aquesta possibilitat no està prevista per a les Societats Limitades, tot i que en aquest cas es podrà obtenir efectes similars a través de la ponderació del vot que permet el sistema de vot plural, no admès, en canvi, en les Societats Anònimes.

No hi ha dubte que, en funció de la composició accionarial de la societat familiar, aquests pactes de reforçament de quòrum i majories d'una banda, i de limitació dels drets d'assistència i vot d'una altra, poden resultar instruments molt útils en l'organització de la societat familiar, a fi de mantenir els equilibris de poder entre les diferents branques familiars.

5.3. La inoposabilitat a tercers dels acords parasocials

Tal com ja hem avançat en l'apartat introductor d'aquest capítol, els pactes parasocials o extraestatutaris no tenen eficàcia davant de tercers, incloent-hi la mateixa societat.²¹¹

No obstant això, a la pràctica són molt freqüents entre els socis determinats pactes sobre l'empresa familiar que no són legalment inscrivibles o que, tot i que ho siguin, no es volen fer públics mitjançant la seva inscripció al Registre Mercantil. Aquests pactes no es poden, efectivament, al·legar davant la societat o tercers no signants, però, a menys que excedeixin els límits determinats per la llei, la moral o l'ordre públic, són perfectament vàlids i exigibles entre els que els hagin subscrit, fins i tot judicialment.²¹² En aquest sentit, fins i tot, el Tribunal Suprem ha declarat nul un acord d'augment de capital que, malgrat que complia, en principi, tots els requisits legals i estatutaris per ser vàlid, va ser adoptat en contra del pacte de vot que, amb caràcter previ, havien subscrit els quatre socis de la societat.²¹³

Sens dubte, el pacte parasocial més important en l'àmbit de l'empresa familiar és el Protocol familiar, del qual ens ocuparem més endavant, en aquest mateix llibre. El Protocol familiar constitueix el veritable "Estatut familiar" i inclou totes les normes i principis que han de regir el funcionament de la societat familiar i, per tant, si és possible, bona part del seu contingut s'incorpora als Estatuts socials, amb la qual cosa es converteixen en normes de caràcter institucional.

A més del Protocol familiar, però, hem de fer referència a altres pactes parasocials que solen ser freqüents en l'àmbit de la societat familiar: els sindicats de vot i/o bloqueig.

A la societat familiar és habitual que coexisteixi el grup familiar amb socis aliens a la família, per la qual cosa no és estrany que els membres de la família acudeixin a la formalització d'acords que els permetin coordinar actuacions de govern i, al mateix temps, protegir-se de possibles decisions d'altres socis no familiars. Per a això és habitual recórrer a la formalització de sindicats de vot, que, en definitiva, són contractes en els quals els signants es comprometen a exercir el vot amb subjecció a determinades normes previstes en el mateix sindicat. Amb aquest sindicat es pretén aconseguir la unitat del vot de tots els signants, normalment mitjançant la celebració de juntes o assemblees prèvies a les pròpies dels òrgans socials de la societat familiar, de manera que el vot de tots els membres del sindicat s'exerceixi en la societat familiar en un mateix sentit, decidit prèviament per tots plegats.

El contingut d'aquests sindicats de vot varia segons els casos, però els seus apartats més importants solen ser: (i) delimitació de les accions o participacions sindicades; (ii) decisions de la societat familiar a les quals afecta l'acord de sindicació; (iii) procediment que cal seguir per a l'adopció d'acords al si del sindicat; (iv) designació del síndic o persona encarregada de representar els socis sindicats davant la societat familiar, i (v) mecanismes de garantia i clàusules penals.

Efectivament, potser l'aspecte més complex en el disseny del sindicat de vot sigui la manera d'assegurar el compliment dels compromisos assumits pels signants, ja que, tot i que el pacte sigui vàlid i oposable entre els socis, això no garanteix la consecució de l'objectiu perseguit amb el sindicat en cas d'incompliment. A tall d'exemple, si els socis familiars decideixen signar un sindicat de vot pel qual es comprometen a votar com a consellers de la societat familiar únicament a les persones que, seguint el procediment previst al contracte sindicat, hagin estat prèviament acceptades pels socis familiars, però, posteriorment, algun dels socis sindicats incompleix el seu compromís i amb el seu vot i el d'altres socis no sindicats fa possible el nomenament com a conseller d'una persona no acceptada pel sindicat, la resta de socis del sindicat només podria exigir al soci incomplidor la corresponent indemnització de danys i perjudicis i/o, si escau, la penalitat que estipula el contracte de sindicació, i, en canvi, no podria pretendre l'anul·lació o declaració de nul·litat de l'acord adoptat pel mer incompliment del contracte de sindicació, en la mesura en què es vegin afectats drets adquirits per tercers aliens al pacte.

²¹¹ Article 11.2 LSRL i 7.1 LSA.

²¹² F. VICENT CHULIÀ, *Introducció al Derecho Mercantil*, pàg. 280, 15a ed., 2002, Ed. Tirant lo Blanch.

²¹³ Sentència del Tribunal Suprem de 10 de febrer de 1992, R. 1.204, cas "Munaka, SA".

Per això, és habitual que els sindicats de vot incorporin determinats mecanismes de garantia, entre els quals potser el més habitual i també el que gaudeix de més suport doctrinal²¹⁴ és la constitució d'un dret real de penyora sobre les accions o participacions sindicades com a garantia del compliment de les pròpies obligacions assumides en el contracte de sindicació i conferir la qualitat de creditor pignoratiu al síndic perquè per si sol pugui exercir el vot de tots els socis a les juntes generals de la societat familiar.

En tot cas, perquè la garantia esmentada sigui plenament efectiva, cal que els Estatuts socials prevegin que, en cas de penyora d'accions o participacions, el dret de vot correspondrà al creditor pignoratiu, ja que, a falta de previsió, el dret de vot correspondria al soci sindicat propietari de les accions o participacions.²¹⁵ Un cop més hem de recordar que, tot i que el contracte de sindicació i/o el mateix títol constitutiu de la penyora estableixin que el dret de vot correspon al creditor pignoratiu i no al soci, aquest pacte no seria oposable a la societat ni a tercers, amb la qual cosa resultaria, doncs, imprescindible incorporar-lo als Estatuts socials perquè pugui satisfer els seus objectius.

Així mateix, la doctrina²¹⁶ ha assenyalat altres mecanismes de garantia diferents de l'esmentat, com ara: (i) cedir al síndic la mera possessió de les accions sindicades al portador; (ii) formalitzar una transmissió fiduciària o amb pacte de retro de les accions o participacions sindicades a favor del síndic; (iii) aportar les accions o participacions sindicades a una societat holding; (iv) constituir una situació de cotitularitat sobre les accions o participacions sindicades i designar el síndic com a representant comú.

Finalment, pel que fa als sindicats de bloqueig, constitueixen igualment acords entre els socis pels quals es pretén fixar les normes que han de seguir els signants en els supòsits de transmissió de participacions socials. En aquest àmbit, convé que els Estatuts socials incorporin el règim de transmissió de les participacions socials que interressi els socis familiars, a fi de fer-lo eficaç davant tercers i poder recórrer a règims de transmissió de les accions o participacions com els que hem comentat a l'apartat anterior. No obstant això, quan aquests règims no puguin, per alguna raó, incorporar-se als Estatuts socials, sempre es podrien pactar estatutàriament en un sindicat de bloqueig i recórrer a mecanismes de garantia anàlegs als assenyalats per als sindicats de vot. La diferència principal entre tots dos rau en l'obligació garantida, que en el cas del sindicat de bloqueig seria el compliment de les normes que han de seguir els socis sindicats en cas que tingui lloc una transmissió de les accions o participacions de la societat familiar.

²¹⁴ A. PÉREZ MORIONES, *Los Sindicatos de voto para la Junta General de Sociedad Anónima*, Biblioteca Jurídica Cuatrecasas, Ed. Tirant lo Blanch, 1a ed., 1996, pàg. 430 i següents.

²¹⁵ *Articles 37 LSRL i 72 LSA*.

²¹⁶ R. URÍA, A. MENÉNDEZ, J.L. IGLESIAS PRADA, *Curso de Derecho Mercantil I*, Ed. Civitas, 1a ed., 1999, capítol 49, pàg. 1.216.

6 Finançament de l'empresa familiar

Adolfo Rovira i Javier Castrodeza
Socis de Cuatrecasas

6.1. Introducció

Adolfo Rovira

Si bé en l'empresa familiar (EF) es podrien arribar a identificar determinades característiques pròpies en matèria de finançament que en condicionen la potenciació i el desenvolupament, la veritat és que en aquest àmbit no s'ha aprofundit gaire. És per això que, fins ara, no s'han plantejat solucions pròpies, cosa que sí que s'ha fet en altres àmbits com ara els de l'organització corporativa, la successió o la fiscalitat.

En l'EF, com en les altres empreses, la composició dels recursos propis no es manté constant sinó que varia al llarg de la vida; en la fase inicial és majoritàriament aportat pel fundador i per la família particip del negoci i, posteriorment, s'hi fan entrar fonts de finançament externes, tant privades com institucionals.

Malgrat aquesta variació temporal, creiem que és interessant observar les diferències que hi ha entre les EF i les companyies cotitzades espanyoles –per bé que algunes d'elles també poden ser familiars, no creiem que això distorsioni significativament aquesta anàlisi bàsica– en un període determinat, respecte a l'estructura dels seus balanços. La figura 1, que mostrem tot seguit, recull el conjunt de magnituds i la comparativa de ràtios resultants d'un estudi fet per Roland Berger a partir d'una mostra significativa d'empreses cotitzades front a empreses familiars.

Figura 1. Dades económico-financeres d'empreses familiars i cotitzades

Espanya	Empresa familiar (en milers d'euros)	Empreses cotitzades (en milers d'euros)
	2000	2000
Fons propis	469.749	2.785.455
Actiu	1.393.332	8.031.932
Capital	42.982	480.432
Passiu no exigible	348.925	2.736.977
Deutes a llarg termini	316.448	2.257.614
Fons propis/Actiu (%)	0,34	0,35
Capital/Fons propis (%)	0,09	0,17
Passiu no exigible /Capital (%)	8,12	5,70
Deutes a llarg termini/Passiu no exigible (%)	0,91	0,82

Font: José Bueno. Rolad Berger Strategy Consultants (www.rolandberger.com)

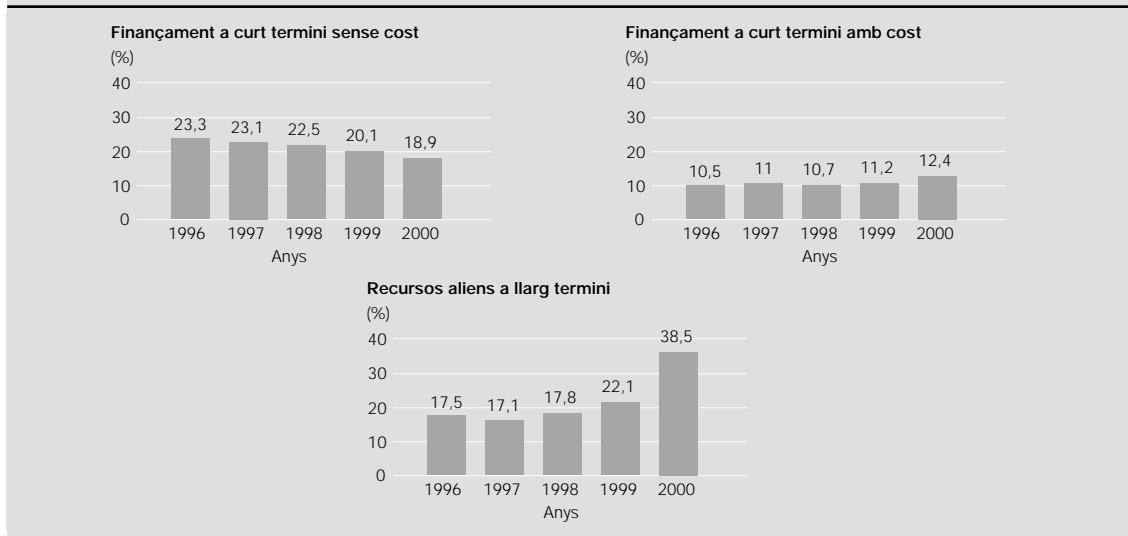
Com es pot observar, les ràtios d'endeutament no difereixen significativament entre els dos tipus d'empreses. Tanmateix, a partir de la ràtio que analitza la configuració del capital social en el marc dels fons propis, es pot apreciar com les EF estan menys capitalitzades que les societats, malgrat que en conjunt els recursos propis d'ambdós tipus d'empresa representen un percentatge semblant sobre el seu actiu. Això implica, com es pot observar, que en les empreses familiars el capital cobreix un 41% menys del passiu no exigible que en les empreses cotitzades.

Aquesta situació no significa que les empreses familiars tinguin dificultats més grans que la resta de les empreses per accedir a fonts de finançament mitjançant recursos propis. Ben al contrari, actualment hi ha força alternatives de finançament amb recursos propis a les quals poden accedir les empreses familiars, com ara les institucions de capital risc, les institucions d'inversió col·lectiva i, fins i tot, l'accés al mercat de valors.

D'altra banda, també es poden plantejar algunes qüestions sobre el finançament de l'EF mitjançant recursos aliens. Si bé l'absència de dades estadístiques respecte a la utilització de recursos aliens per l'EF impedeix d'analitzar amb profunditat aquesta àrea de finançament, creiem que una estimació de la problemàtica que hi ha pel que fa a això podria basar-se en les anàlisis sobre les empreses no-financeres –si bé també inclouen empreses no familiars– que fa anualment el Banc d'Espanya mitjançant l'informe anual de la Central de Balanços.

A la figura 2, que mostrem tot seguit, es pot observar l'evolució en percentatge sobre el total del passiu dels recursos aliens a llarg termini i de finançament a curt termini amb el cost de les empreses no-financeres, durant els exercicis de 1996 a 1999.

Figura 2. Finançament de les empreses no financeres



Com es pot observar, en els darrers anys hi ha una tendència alcista en la utilització de recursos aliens a llarg termini i, al mateix temps, una disminució del pes relatiu del finançament a curt termini sense cost o allò que normalment es denomina finançament interempresarial.

Una de les causes que podrien explicar aquest fenomen, a més de la ja coneguda disminució del cost del finançament, vendria donada per la varietat actual d'instruments de finançament de què disposen les empreses que els permeten, en alguns casos, prescindir del finançament interempresarial, com ara les figures de *factoring* o de la titulació d'actius, i en altres casos incrementar-ne el finançament a llarg termini mitjançant, per exemple, els contractes d'arrendament financer, els préstecs participatius i/o l'emissió d'obligacions.

Així doncs, vegem primer les alternatives de què disposa l'EF per finançar-se mitjançant recursos propis, posant l'èmfasi en les operacions de capital risc; després descriurem molt breument una alternativa de finançament amb recursos aliens que tal vegada no és prou coneguda per les EF, com és el préstec participatiu.

6.2. Finançament amb recursos propis

6.2.1. Introducció. Capital Risc

El Capital Risc com a instrument de finançament professionalitzat va sorgir després de la II Guerra Mundial als Estats Units quan algunes grans famílies varen invertir part de les seves fortunes en el suport de petites empreses emergents. Més concretament, la primera societat de capital va sorgir a França quan el general Doriot va crear l'American Research & Development Corporation –ARDC–, societat que va tenir el suport d'un gran nombre d'inversors.

Com cita Morant Vidal, tot i que l'origen d'aquesta activitat financera va ser eminentment privat, s'ha de destacar l'efecte que va tenir la promulgació de la Llei d'inversió en petites empreses, de 1985 –*Small Business Investment Act*– en l'extensió d'aquesta nova fórmula financera.

A Espanya, fins ara, es poden reconèixer quatre etapes en la introducció del capital risc com a instrument financer de forma professionalitzada:²¹⁷

- Posada en marxa –1972-1986. La primera entitat de capital risc va ser creada a Espanya l'any 1972. Es tractava de la Societat per al Desenvolupament Industrial de Galícia –SODIGA–, promoguda per l'Institut Nacional d'Indústria i per caixes d'estalvi regionals i locals, juntament amb algun inversor aïllat. La característica principal d'aquesta etapa és, a més de la lentitud del procés, el fort predomini de la iniciativa pública. Això va motivar que, en un alt percentatge, les inversions es realitzessin en empreses en procés de constitució o d'arrencada, amb l'objectiu de revitalitzar el teixit empresarial de la comunitat autònoma on estigués ubicada l'entitat corresponent.
- Desenvolupament de la iniciativa privada –1987-1991. Aquesta etapa es caracteritza pel canvi de protagonisme del sector públic pel sector privat en aquesta etapa financera, encara que també es pot destacar el creixement espectacular, tant en nombre com en recursos, d'aquestes societats.
- Consolidació –1992-1999. Durant els anys noranta l'activitat del capital de risc va viure una etapa de creixement espectacular i va mantenir un fort ritme de captació de recursos, que va començar a decaure de manera important a finals de la dècada.
- Incertesa –2000 fins ara. La crisi dels valors tecnològics durant l'any 2000 i la desacceleració econòmica global, consolidada durant el 2001, han dut aquest mercat a una situació d'incertesa.

6.2.1.1. Principals característiques

El capital risc constitueix una alternativa interessant per al finançament de totes aquelles EF, que tenen per objectiu o bé fer créixer l'empresa i la seva rendibilitat o bé facilitar-ne la reestructuració mitjançant l'acceptació d'un soci extern amb el qual s'haurà de consensuar l'estratègia empresarial. Amb això es pot fer front a nous projectes d'inversió o d'expansió, comptant amb assessorament especialitzat (a més de capital), i també es poden obtenir recursos i suport per adquirir una participació majoritària (i, a mitjà termini, potser única) en l'empresa, fins i tot amb el propòsit de preparar-ne la venda conjunta.

D'aquesta manera, el soci extern tindrà un paper actiu en la gestió de l'EF participada, donant-li suport i prenent decisions rellevants per tal de fomentar l'evolució i el creixement del valor de l'empresa en el mercat.

A més a més, si bé el finançament mitjançant l'activitat de capital risc normalment descansa en la participació en el capital social de l'empresa, també hi ha la possibilitat de fer servir altres instruments financers com ara la concessió de préstecs participatius o la subscripció d'obligacions convertibles.

²¹⁷ MORANT VIDAL, Jesús. El capital riesgo como instrumento de financiación de las pequeñas y medianas empresas. *www.noticias.juridicas.com*, 2002.

De les característiques principals del capital risc que assenyala Morant Vidal,²¹⁸ en podríem destacar les següents:

- El capital risc és un instrument de finançament, ja que la societat gestora receptora obté una provisió de recursos que li calen per a l'inici o per al desenvolupament de l'activitat.
- El capital risc s'articula principalment mitjançant la participació en el capital social de l'empresa objecte de la inversió.
- És una forma de canalitzar l'estalvi que permet suplir la manca d'autofinançament.
- El preu o cost inicial per a la societat receptora és gairebé nul, perquè es limita a deixar entrar en l'accionariat la societat inversora.
- El tipus d'empreses en les quals s'inverteix normalment són de petita i mitjana dimensió perquè són les que ofereixen més possibilitats d'expansió i de desenvolupament.
- La inversió va destinada, fonamentalment, a empreses que estan en fase de creixement o d'arrencada.
- La societat inversora assumeix uns riscos més grans que els que normalment està disposada a assumir una entitat creditícia.
- Per als inversors en capital risc la contrapartida bàsica d'aquesta mena d'inversions és l'obtenció de plusvàlues elevades per la venda de la participació que ostenta la societat inversora i que es coneix com a procés de desinversió o sortida de la societat participada.

En definitiva, el capital risc es podria definir com "aquella activitat financera que consisteix a proporcionar recursos a mitjà i llarg termini, sense vocació de permanència il·limitada, a empreses no financeres i no cotitzades –entre les quals normalment es troben les EF– durant l'etapa d'*arrencada* –*venture capital*– o en l'etapa de maduresa, com a conseqüència d'un procés d'expansió o de reestructuració –*private equity*".²¹⁹

6.2.1.2. Aspectes mercantils

A Espanya l'activitat del capital risc és regulada per la Llei 1/1999, de 5 de gener, reguladora de les entitats de capital risc i de les seves societats gestores. Les ECR regulades per la Llei 1/1999 poden ser de dos tipus:

Societats de capital risc –SCR.

Les SCR són societats anònimes el principal objecte social de les quals consisteix en la presa temporal de participacions en el capital d'empreses no financeres que, en el moment de la presa de participació, no cotitzin en el primer mercat de les borses de valors.²²⁰ També, la Llei admet que les SCR puguin fer la inversió a través de préstecs participatius i que puguin fer funcions d'assessorament.

Fons de Capital Risc –FCR.

Els FCR són patrimonis sense personalitat jurídica pròpia constituïts per aportacions de diferents inversors i representats per una societat gestora.

El patrimoni mínim inicial dels FCR ha de ser de 1.652.783,29 euros –275 milions de pessetes– i, a diferència d'allò que es preveu per a les SCR, solament es podran fer aportacions en efectiu.

Societats gestores d'entitats de capital risc –SGECR

Les SGECR són societats anònimes que s'han de constituir amb un capital mínim de 300.506,05 euros –50 milions de pessetes–, desemborsat íntegrament.

L'objecte social principal és gestionar i administrar fons de capital risc i actius de societats de capital risc. Com a activitat complementària podran fer tasques d'assessorament a les empreses amb què mantinguin vinculació com a conseqüència de l'exercici de la seva activitat principal.

Les ECR són entitats regulades que, en primer lloc, estan subjectes a l'obtenció d'autorització prèvia del Ministeri d'Economia i que, en segon lloc, són supervisades per la CNMV.

²¹⁸ MORANT VIDAL, 2002.

²¹⁹ Definició de la Comissió Nacional del Mercat de Valors, inclosa a www.cnmv.es.

²²⁰ La modificació de l'objecte social és una de les novetats introduïdes en la regulació de les ECR per la Llei 44/2002, de 22 de novembre, de mesures de reforma del sistema financer –BOE, núm. 281, de 23 de novembre de 2002.

Per tractar-se d'entitats regulades, les seves inversions estan subjectes a una sèrie de límits entre els quals destaquen la necessitat que el seu actiu estigui format, almenys, per un 60% d'accions i participacions d'empreses que siguin objecte de la seva activitat. D'aquest percentatge les ECR poden destinar un 30% a la concessió de préstecs participatius a empreses, tot i que l'ECR no hi participi accionarialment. La inversió de l'altre 40% s'ha d'invertir en aquells actius que estableix la norma legal.

A més, cal assenyalar que la recent Llei de mesures de reforma del sistema financer permet a les ECR invertir fins al 25% de l'actiu en empreses pertanyents al seu grup, sempre que es compleixin certs requisits de transparència.

6.2.1.3. Funcionament bàsic de l'operativa capital risc

A continuació es descriu a efectes pràctics l'operativa del capital risc; en diferenciem les fases següents:

Les ECR fan, com a primer pas, una prospecció del mercat per tal d'identificar oportunitats, és a dir, empreses amb potencial i amb necessitat de finançament, per posar en marxa un pla de creixement concret que, a la llarga, representi un increment del seu valor en el mercat. De la seva banda, l'EF s'haurà de plantejar si entre els seus objectius hi ha el de fer créixer l'empresa i, en cas afirmatiu, si el projecte que té és rendible. Finalment s'haurà de plantejar si està disposada a acceptar un soci extern a l'empresa, amb el qual haurà de consensuar les línies estratègiques d'actuació.

Un cop superat l'estadi bàsic de valorar si el capital risc és la fórmula de finançament que encaixa millor amb les seves necessitats, l'EF haurà d'anar al mercat per contactar amb una ECR amb capacitat i experiència reconegudes en el mercat o sector on l'empresari actua.

Quan es troben ambdues parts, comença l'etapa d'anàlisi i d'avaluació del projecte. En aquest sentit, caldrà una primera presa de contacte en la qual l'empresari exposi a la ECR el seu projecte i li presenti un informe que resumeixi les línies d'actuació principals per tal que l'ECR analitzi el cost d'oportunitat d'invertir en aquesta empresa.

En aquesta etapa la peça clau serà el pla de negocis que presenti l'EF a la ECR, pla que haurà de reflectir l'existència de perspectives de creixement, de rendibilitat en el moment de la desinversió i d'un equip directiu de l'empresa capça d'executar satisfactòriament els plans estratègics acordats.

Un pla de negocis podria descriure, bàsicament, els punts següents:

- Objecte del pla.
- Resum de la proposta, que inclogui:
 - o Els antecedents de la proposta i els seus objectius.
 - o El calendari dels esdeveniments i les fites clau.
- Història de l'empresa.
- Productes, serveis i mercat.
- Procés de producció i de distribució.
- Personal:
 - o Organigrama.
 - o Currículum del personal clau.
 - o Condicions de contractació d'aquest personal.
 - o Resta del personal –qualificació, formació i condicions laborals.
- Inversió:
 - o Pla d'inversions.
 - o Pla d'amortitzacions.
- Informació economicofinancera:
 - o Previsió de resultats, de tresoreria i de situació patrimonial dels cinc exercicis futurs.
 - o Necessitats de finançament.
 - o Alternatives de finançament.

El següent pas consistirà a valorar el projecte que s'ha de dur a terme i a estructurar l'operació. Es tracta del període negociador, en el qual es defineixen els termes de la relació; aquests termes seran plasmatats en el contracte d'inversió, el qual podrà contenir els següents punts:

- Estructura de la inversió: forma d'entrada per donar finançament –participació en el capital, instruments d'instruments mixtos com ara les obligacions convertibles o els préstecs participatius, etcètera– i import del finançament.
- Condicions de desinversió: forma de sortida –recompres de l'empresa, sortida a borsa, compra per tercers, liquidació– i valoració de la participació per poder-ne determinar la rendibilitat.
- Altres aspectes: establiment de majories especials per a l'adopció de determinats acords –en ocasions la ECR estarà en minoria de vot pel seu percentatge de participació en el capital–, auditories, etcètera.

Moment de realitzar la inversió.

Com s'ha comentat, l'ECR pot estar interessada en empreses familiars petites o noves que representin oportunitats de creixement importants en el sector on operen, el qual, alhora, ha de tenir un cert dinamisme.

Però també hi ha la possibilitat que les ECR estiguin interessades a invertir en empreses familiars més grans, més madures i consolidades en el mercat, però amb projectes d'expansió i de redimensió del negoci.

En aquest sentit, els tipus de capital risc tradicionalment s'han classificat en funció del grau de desenvolupament que té l'empresa en el moment en què passen a participar-hi:

- Capital llavor o *seed capital*; seria el propi de la primera fase d'una empresa, és a dir, l'estudi de desenvolupament del producte, estudis de mercat, estudis de viabilitat del negoci, etcètera. Òbviament, el nivell de risc assumit per l'ECR és molt alt ja que en molts casos pot ser que el negoci solament es quedi en projecte. En cas contrari, la rendibilitat podria ser molt alta perquè el valor de la participació en el moment d'entrada és molt baix –tenint en compte que el nivell de risc assumit és alt i que hi ha una gran demanda de projectes d'inversió que requereixen finançament.
- Capital d'arrencada o *start-up investment*; seria aquell que hauria d'invertir-se en empreses familiars ja creades però que fan les primeres passes en el mercat creant quota de negoci, desenvolupant, millorant i adaptant el producte i realitzant les inversions estructurals inicials.
- Capital d'expansió; és el capital necessari perquè l'empresa familiar que ha estat funcionant i que ha trobat un lloc en el mercat pugui ampliar el negoci mitjançant un creixement en la capacitat de fabricació, comercialització o prestació de serveis sense generar un desequilibri financer. Si bé el nivell de risc d'aquestes operacions és considerable, serà menor que el de les etapes anteriors perquè ja hi ha un coneixement del mercat i una experiència acumulada que en fa disminuir la incertesa.

En aquest nivell també s'hi inclouen les preses de participació per les ECR per fer créixer l'empresa en un període de temps previ a la sortida a borsa, per a la qual cosa l'empresa esmentada ha de comptar amb una massa crítica.

L'entrada en aquestes empreses pot resultar més cara per a l'ECR perquè el grau de consolidació de l'empresa en el mercat ja és força alt i les seves expectatives de creixement són atractives. És en aquest nivell que actualment operen la majoria de les ECR.

- Substitució o *replacement*; l'ECR substitueix un grup d'accionistes en el capital de l'empresa. En aquest cas no hi ha entrada de fons nous.

Aquesta aplicació del capital risc pot tenir gran importància per als processos de successió en empreses familiars, en una situació freqüent en què, després de la defunció del fundador de l'empresa, els hereus no tenen interès a mantenir el negoci per motius de fragmentació de la propietat i per la complicació que això significa a l'hora de prendre decisions estratègiques en el si del negoci heretat.

En el cas que hi hagi algun hereu amb interès i capacitat per continuar i fer créixer el negoci, però sense prou recursos per adquirir la participació a la resta d'accionistes familiars, una ECR pot suplir aquesta mancança.

D'altra banda, pot afavorir el relleu generacional comprant la participació als membres de la família que vulguin liquidar la seva part i, a més, pot afavorir el canvi cultural i impulsar la gestió professionalitzada de l'empresa.

- Reorientació o *turnaround*; aquesta mena d'operacions pretén dur a terme un canvi d'orientació d'una empresa familiar que té dificultats mitjançant l'entrada en mercats nous, la implantació d'estratègies de diferenciació, etcètera.

Tal com s'ha comentat, normalment el finançament per les ECR s'instrumentarà mitjançant la participació en el capital social de l'empresa, participació que si bé sol ser minoritària només està limitada pel pes que significa en la composició de l'actiu de l'ECR, atès que aquestes empreses tenen certs límits per a les inversions.

La participació en el capital de l'empresa es pot fer:

- Per mitjà d'accions ordinàries; és la via d'entrada més utilitzada i, si bé es pot fer per mitjà de la compra, per l'ECR, d'accions antigues de l'empresa, s'hauria de dur a terme una ampliació de capital en cas que augmentessin els fons per tal d'endegar alguna mena d'operació de creixement. Amb aquesta fórmula les ECR assumeixen el mateix nivell de risc que l'empresa en la qual participen. En aquest sentit, val a dir que, en cas de liquidació, l'ECR, com a accionista ordinari, estaria en l'últim lloc de prelación dels cobraments.
- Mitjançant accions preferents; són accions amb dret preferent d'obtenció de dividends, els quals solen fixar-se en una quantia mínima anual, la qual cosa representa una càrrega financera per a l'empresa. En contrapartida, les accions preferents tenen limitats els drets polítics, la qual cosa permet a l'empresari mantenir el control total sobre l'activitat de la seva empresa front a accionistes externs.

Per a l'ECR, si bé aquest mecanisme pot implicar avançar la percepció de rendibilitat de la inversió, li representa una limitació important de control i d'influència en la presa de decisions estratègiques i en la seva implementació.

Això no obstant, hi ha la possibilitat d'utilitzar altres instruments financers perquè l'ECR financi l'empresa, com ara:

- Subscripció d'obligacions convertibles; es tractaria que l'empresa emetés deute privat que fos subscrit per l'ECR i obtenir, d'aquesta manera, el finançament desitjat per als seus projectes. Aquestes obligacions haurien de ser retribuïdes a un tipus d'interès i al venciment es podrien convertir en accions en cas que l'ECR decidís participar en el capital social de l'empresa durant un període determinat.
- Concessió de préstecs participatius; es tractaria que l'ECR fes un préstec a l'empresa per l'import del finançament necessari, amb la peculiaritat que el préstec esmentat es remuneraria segons un tipus d'interès fix més variable, aquest darrer en funció de la rendibilitat de l'empresa.

En qualsevol cas, tant si l'ECR pren participació directa en el capital de l'empresa com si no, tindrà un paper actiu en la seva gestió, és a dir, s'involucrarà en les decisions estratègiques que determinin l'evolució i el creixement del valor de l'empresa en el mercat, i en base a això espera generar la rendibilitat que retribuirà la inversió realitzada.

Aquest creixement de l'empresa té lloc quan es compleixen els objectius en base als quals l'ECR ha invertit i, per tant, assumeix la part proporcional de risc com un soci més.

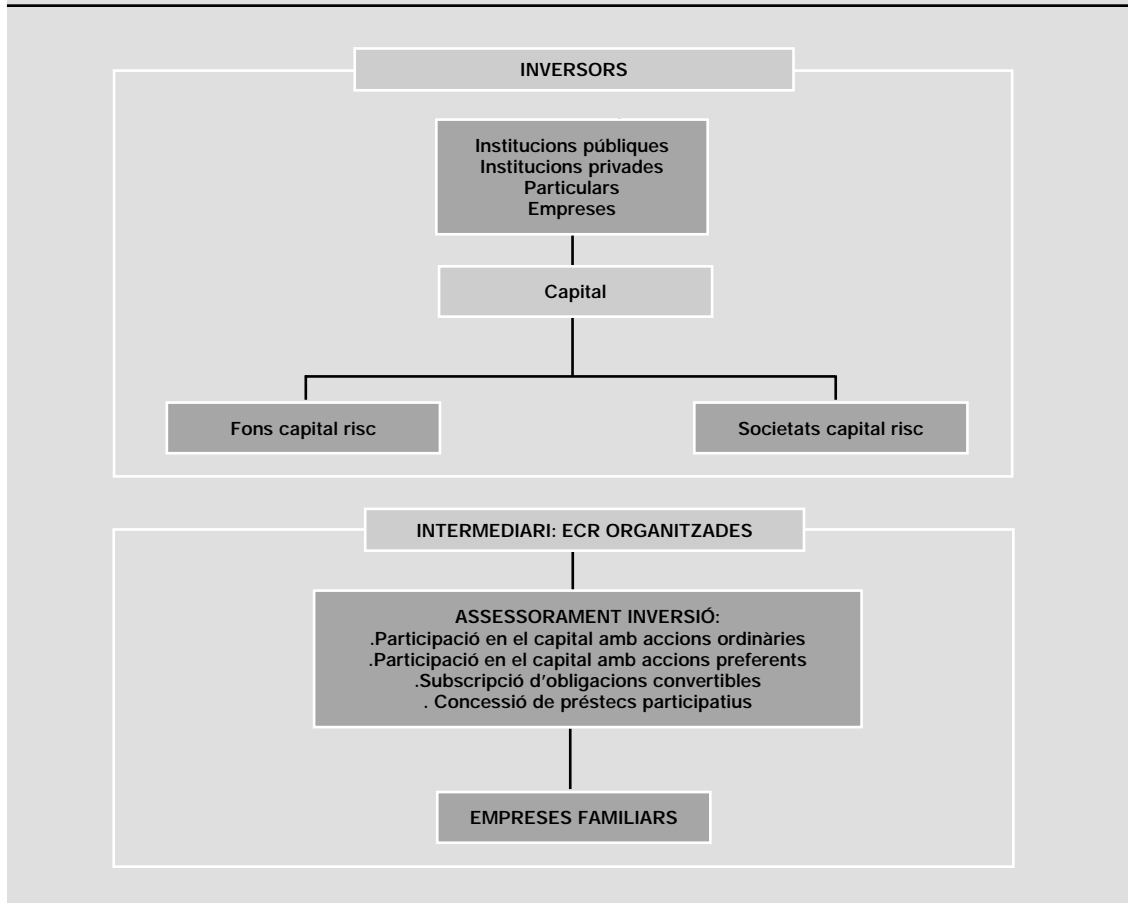
Si bé és important determinar quan i com entra l'ECR a finançar les empreses, igualment és important, o més, quan i com s'hi desinverteix.

El motiu és que en el moment de la desinversió és quan, normalment, l'ECR materialitzarà la rendibilitat derivada del creixement de l'empresa durant el període en el qual hi ha mantingut capitals invertits.

La desinversió es pot dur a terme de maneres diferents:

- Venda de la participació a la mateixa empresa finançada, als seus directius o a tercers.
- Venda de la participació en un mercat secundari organitzat o liquidació de l'empresa; aquesta darrera, però, és contrària a la filosofia d'inversió de les ECR.

Figura 3. Sistema d'actuació del capital RISC.



6.2.1.4 Situació actual del capital risc

Segons dades facilitades per l'Associació Europea de Capital Risc –EVCA–, a Europa, l'any 2001, el sector de capital risc va invertir un total de 24.331 milions d'euros, dels quals 6.891, un 28%, es dedicaren al sector de l'alta tecnologia, per la qual cosa la fi del *boom* tecnològic ha influït en les noves inversions a Europa, on el 2001 les societats de capital risc varen invertir un 30% menys que en l'exercici anterior.

Continuant el procés de desacceleració econòmica, la inversió total de capital risc de les empreses que operen a Espanya s'ha reduït, aproximadament, un 29% i ha passat de 1.199 milions d'euros l'any 2001 a prop de 850 el 2002, segons dades proporcionades per l'Associació Espanyola d'Entitats de Capital Risc –AECRI.

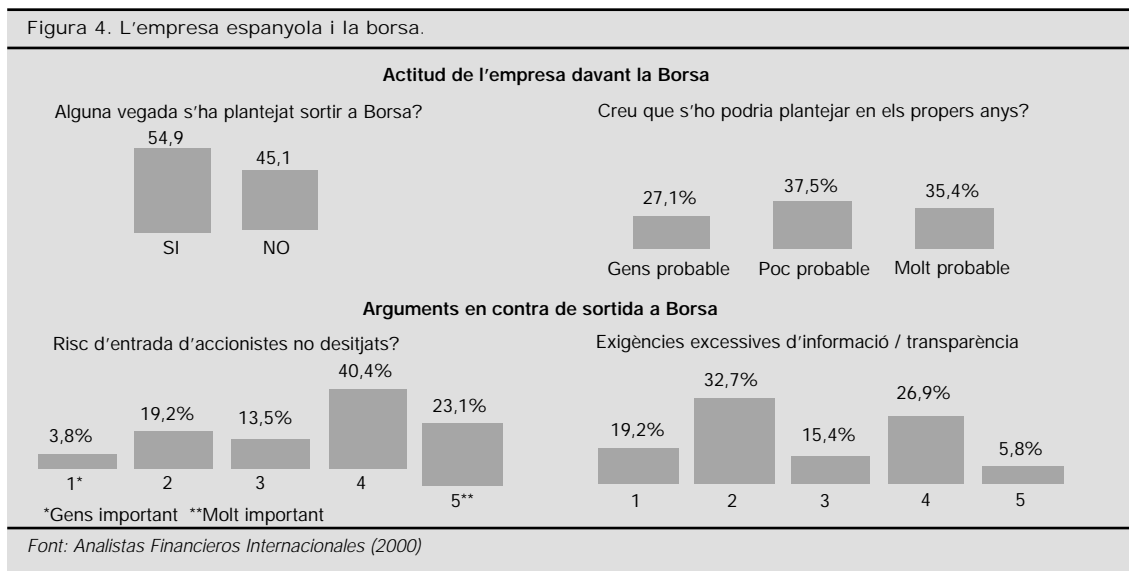
Malgrat aquestes dades, segons les expectatives del mercat i, més concretament, les expectatives de les firmes d'inversió, es preveu que el sector del capital risc se situï en una fase de creixement durant els pròxims tres anys i que torni a participar activament en el finançament de l'EF.

6.2.2 Mercat de valors

Tradicionalment, l'EF s'ha mostrat reticent a acudir a la sortida a borsa com a mitjà per expandir el seu mercat i per obtenir finançament a causa de les conseqüències que el mercat de valors suposa a l'hora de preservar-ne la independència, a causa d'un temor per una pèrdua potencial del control

de l'empresa i per les servituds que comporta el mercat secundari de valors a l'hora de ser transparent.

Durant els anys 90 la borsa espanyola ha viscut moments de gran expansió, fet que ha propiciat un canvi de plantejament de les EF de cara a la possible sortida a borsa com a mitjà per expandir el seu mercat i per obtenir finançament addicional, com es pot observar en la figura següent, que mostra un estudi realitzat sobre cinquanta-sis companyies espanyoles, de les quals trenta-quatre formen part de l'Institut de l'Empresa Familiar:



Entre les raons que poden tenir les EF per acudir a la sortida a borsa hi ha la pròpia admissió en el mercat secundari, atès que això suposa, per si mateix, un reconeixement a la solvència de l'empresa perquè ha d'evidenciar la capacitat de generació de beneficis en el passat i en el futur, a més d'aconseguir per aquest mitjà un grau de valoració objectiva i continuada de la trajectòria empresarial.

Aquest mercat de valoració objectiva de l'empresa fa que els inversors s'interessin de manera notable per la inversió en l'EF, fet que n'augmenta la capacitat de finançament extern, sense oblidar que les accions de l'EF es converteixen en un instrument de pagament de liquiditat elevada, susceptible de ser ofert en operacions financeres o com a garantia en una negociació de préstecs.

De l'estudi que s'ha mostrat anteriorment s'ha constatat que, per al 80% de les empreses cotitzades en el mercat l'accés a una font de recursos financers continuada va ser la raó que va tenir més pes per prendre la decisió de cotitzar en borsa.

Així, l'EF pot basar les expectatives d'expansió internacional en la cotització en borsa i obtenir un alt nivell de finançament a partir de la formulació d'ofertes públiques de subscripció –OPS– i/o de venda –OPV– per obtenir recursos que reforcin els seus plans de creixement, a més de basar aquesta elecció en altres motius, com ara la desinversió, la successió empresarial o l'ajustament de l'estructura accionarial.

En conclusió, la sortida a borsa es presenta tant com una solució encaminada a assegurar l'expansió de l'EF com també un instrument idoni per a l'obtenció de capital, com s'ha pogut comprovar en les últimes sortides a borsa d'EF espanyoles.

Si l'objectiu principal és l'obtenció de finançament, caldrà optar per una ampliació de capital amb desemborsament, mitjançant la realització d'una oferta pública de subscripció, col·locant accions de nova creació i renunciant, els accionistes, al seu dret de subscripció preferent.

En èpoques recents, a causa de l'auge de les seves empreses i a la predisposició dels empresaris davant de l'accés a la borsa, aquestes empreses han optat per la col·locació pública de les accions per accedir al més ampli accionariat possible i per obtenir una gran quantitat de fons, per la qual cosa a continuació farem una aproximació als aspectes més rellevants del procés que ha de seguir una empresa per cotitzar en borsa.

La incorporació d'una empresa al mercat de valors requerirà una sèrie de condicions mínimes a complir, encara que el procés d'admissió és més senzill d'allò que sovint tendeix a pensar l'empresari. En síntesi, els requisits mínims essencials inicials són els següents:²²¹

- S'exigeix que l'empresa tingui un capital mínim de 1.202.024,21 euros, excloses les participacions individuals, directes o indirectes iguals o superiors al 25%.
- Els beneficis obtinguts per la societat en els dos últims exercicis, o en tres de no consecutius en un període de cinc anys, han d'haver estat suficients per poder repartir un dividend del 6% del capital desemborsat, un cop feta la provisió per a impostos sobre els beneficis i dotades les reserves legals o obligacions que corresponguin. L'acompliment d'aquest requisit de beneficis mínims es pot exceptuar en determinades circumstàncies
- Han d'existir, al final de la col·locació, almenys cent accionistes la participació individual dels quals sigui inferior al 25% del capital.

L'adopció de la decisió d'admissió a cotització de les accions d'EF requerirà els acords corresponents del consell d'administració i de la junta general d'accionistes, juntament a la verificació prèvia per la CNMV dels documents acreditatius dels acords adoptats, de les característiques dels valors a emetre, dels drets i obligacions dels tenidors, dels informes d'auditoria, dels comptes actuals de l'empresa i del fullletó informatiu sobre l'emissió projectada.²²²

Un cop admesa a cotització en borsa, l'empresa tindrà entre d'altres l'obligació de remetre anualment a la CNMV la memòria, els estats financers i l'auditoria de cada exercici tancat, com també informació financera trimestral i semestral, juntament amb la comunicació dels fets rellevants que afectin la seva activitat o la cotització de les seves accions.

Per acabar, podem comentar que el cost d'admissió en borsa de l'EF dependrà del procés que se segueixi en cada cas, tot i que es pot apuntar que el cost bàsic de l'admissió a negociació en les borses de valors espanyoles és de l'u per mil del capital nominal admès, juntament a una posterior aplicació d'un dret de permanència fixat en un 0'045 per mil de la capitalització borsària de la companyia; a això caldria afegir-hi les taxes de la CNMV i de l'SCLV.

²²¹ En cas de sol·licitar-se l'admissió a cotització al Segon Mercat per a Pimes, les condicions esmentades experimentaran una reducció notable, com es preveu en el Reial decret 710/1986, de 4 d'abril, o en el Reglament del Segon Mercat per a PIMES de la Borsa de Valors de Barcelona.

²²² Tots aquests requisits són recollits en el Reial Decret 291/1992, de 27 de març, sobre emissions i ofertes públiques de venda de valors i les seves modificacions.

6.3. Finançament amb recursos aliens.

El préstec participatiu

A l'hora d'acudir a una font de finançament externa, l'empresari tendeix a acudir en primer lloc a les entitats financeres, ja sigui perquè és la forma més tradicional d'obtenir finançament com, potser, per la seguretat jurídica que sembla que aquestes entitats aportin.

Aquest tipus de finançament es fa servir principalment en els moments en què es pretén adquirir elements patrimonials de l'immobilitzat material o en les èpoques en què hi ha problemes de finançament dels comptes de clients –finançament operatiu–.

Pel que fa a aquests mètodes més tradicionals de finançament, les empreses poden acudir al préstec bancari, a la línia de crèdit o al descompte bancari.

Juntament amb aquests mètodes tradicionals hi ha altres instruments de finançament caracteritzats per ser operacions en les quals les entitats financeres s'impliquen en el cicle del finançament, participant-hi directament i duent a terme una funció activa en realitzar una tasca d'intermediació per facilitar les necessitats de finançament de l'empresa. Ens referim a les operacions d'arrendament financer i *renting* pel que fa al finançament d'equipaments, i al *factoring* i *confirming* pel que fa a la gestió dels crèdits i de deutes amb clients i proveïdors.

Atès que tant els instruments de finançament tradicional –préstec, línia de crèdit i descompte bancari– com els instruments de finançament operatiu –*leasing*, *renting*, *factoring*, etcètera– són prou coneguts per les EF, a continuació descriurem molt breument un instrument de finançament que es presenta com a alternativa de finançament menys coneguda com ara el préstec participatiu.

El préstec participatiu es configura com un instrument de finançament aliè però que reuneix algunes de les característiques principals dels recursos propis. És un préstec simple que es caracteritza per la retribució a interès variable, sense perjudici que també pugui incorporar un interès fix. Això no obstant, l'element que singularitza aquest préstec i que el diferencia del préstec ordinari és que l'interès variable es determina en funció de l'evolució de l'empresa prestatària.

Mitjançant els préstecs participatius, les EF que travessin dificultats poden evitar, a curt termini, un cost financer elevat pactant un tipus d'interès fix mínim o nul, que s'incrementarà, en el moment que la situació econòmica de l'empresa millori, mitjançant la fixació d'un interès variable lligat a l'evolució de la seva activitat.

Precisament és aquesta retribució variable en funció de l'evolució favorable de l'empresa allò que caracteritza aquests préstecs com una alternativa al finançament mitjançant recursos propis. Això comporta que a aquests préstecs se'ls reconegui una categoria inferior en l'ordre de prelación respecte de la resta de crèdits, és a dir, el prestatador únicament podrà cobrar després de la resta de creditors i immediatament abans que els socis.

El préstec participatiu està regulat a l'article 20 del Reial decret llei 7/1996, de 7 de juny, amb les seves modificacions posteriors. D'acord amb aquest article, les característiques que han de reunir aquests préstecs són les següents:

- **Retribució:** haurà de ser variable en funció de l'evolució de l'empresa prestadora i es podrà establir, addicionalment, un interès fix. Atès que no es fixen límits a l'interès a pactar ni a la proporció entre interès variable i fix, la flexibilitat d'aquest préstec permetrà una autonomia àmplia en la determinació de la retribució, subjecta únicament als límits objectius aplicables amb caràcter general als préstecs: desnaturalització del préstec pactant un interès variable insignificant respecte a l'interès fix o mitjançant l'aplicació de la Llei d'usura.
- **Amortització anticipada:** no és possible, tret que es compensi amb una ampliació de fons propis del mateix import, i sempre que aquesta ampliació no provingui de l'actualització d'actius. Si bé no hi ha cap norma que en reguli la durada i el termini de restitució, als efectes de ser subvencionats en el marc de la iniciativa Pime de desenvolupament empresarial, el termini mínim es fixa en cinc anys i en tres anys el de carència en el pagament del capital.

- Ordre de prelació: després dels creditors comuns. Sense perjudici del caràcter subordinat d'aquest préstec, el prestador manté íntegrament la resta de drets que li corresponen com a creditor.
- Naturalesa de patrimoni comptable: a efectes de la reducció de capital i liquidació de societats, es considera patrimoni comptable. Això significa que els préstecs participatius tindran en aquests casos els mateixos efectes que les aportacions socials, com ara l'ampliació de capital o el reintegrament de pèrdues. Això vol dir que respecte als creditors aquests préstecs suposen la mateixa garantia que l'aportació de capital dels socis.

Pel que fa al tractament fiscal cal assenyalar que els interessos meritats, tant fixos com variables, constitueixen despesa fiscalment deduïble en l'impost sobre societats.

6.4. L'empresari davant la crisi

Javier Castrodeza

Segons l'opinió dels professionals especialitzats a assessorar empreses en crisi, les possibilitats d'èxit en la superació i la viabilitat d'aquestes situacions es veuen dràsticament reduïdes com a conseqüència de l'extemporaneïtat en la presa de decisions pels empresaris. Efectivament, aquesta afirmació es basa en l'habitual rebuig de l'empresari per acceptar la realitat econòmica que afecta el seu negoci quan aquest passa per dificultats. Aquest rebuig comporta directament un retard en la presa de decisions més importants, que essencialment s'haurien de centrar a reconduir o a evitar les causes de la crisi, mitigar-ne els efectes o prepara l'empresa per superar aquesta situació. En comptes d'això, s'intenta fer front a les dificultats aplicant solucions basades en models històrics, que en el seu moment poden haver aportat bons resultats al negoci però que són poc útils en un entorn de crisi.

Generalment, la crisi d'una empresa és un procés progressiu que pot iniciar-se en qualsevol dels innombrables aspectes concrets, interns o externs, que n'afecten el procés evolutiu i que es va estenent inexorablement a tot el negoci. Una caiguda inesperada de les vendes, una major agressivitat de la competència, un canvi de tendència en la demanda, la pèrdua de professionals que prestigien el negoci, problemes de qualitat, la falta d'inversió, etcètera, són exemples dels múltiples esdeveniments que poden incidir directament en el funcionament del negoci i que, sens dubte, són l'origen de moltes de les actuals crisis de les empreses.

Els empresaris detecten fàcilment aquests fets ja que solen tenir com a efecte immediat una reducció progressiva d'ingressos, la pèrdua de competitivitat o del crèdit amb tercers. No es pot justificar, per tant, aquesta manca d'iniciativa o lentitud a corregir aquests fets i, fins i tot, el recel a deixar-se assessorar per professionals experts en aquestes matèries. Aquesta passivitat comporta, inexorablement, que el deteriorament es vagi estenent als resultats d'explotació, alhora que afecta el valor patrimonial del negoci i la seva solvència, i, finalment, s'arriba als símptomes determinants de la crisi, que normalment la fan irreversible: les dificultats de tresoreria i la impossibilitat d'accedir als recursos necessaris per complir puntualment les obligacions corrents.

L'empresari, condicionat per moltes circumstàncies i, especialment, per la història del negoci familiar o pels compromisos adquirits al llarg dels anys, té una tendència a autoenganyar-se en aquestes situacions i a amagar els problemes dels seus negocis. Fàcilment s'autoconvenç que els mals moments són passatgers i que un canvi futur en les circumstàncies que han produït la crisi tornaran el seu negoci al llistat de rendibilitat i de desenvolupament a què estava acostumat. Per guanyar temps, i mentre esperen les millores econòmiques de l'entorn, alguns empresaris opten per emmascarar els problemes i dediquen tot l'enginy i afany a pal·liar, en el dia a dia del negoci, els efectes perniciosos de la crisi amb solucions errònies i contradictòries amb la mena de decisions necessàries per a una sortida ràpida d'aquesta crisi. Així, emprenen mesures arriscades l'única finalitat de les quals és, per exemple, cobrir les deficiències de tresoreria –realització precipitada d'actius, acceleració de les vendes menyspreant el marge i el risc, anticipació de la facturació, etcètera– o, en definitiva, arrisquen el patrimoni particular per *tapar els forats* més urgents, en lloc de destinar aquests recursos a finançar les mesures que permetin superar la crisi. Fins i tot, els més agosarats, davant d'una possible inviabilitat del negoci, anteposen el seu interès personal per sobre dels de l'empresa, dels creditors i dels empleats, i s'*autoatribueixen* la propietat d'actius significatius en perjudici de la solvència del negoci.

La normativa mercantil exigeix a l'empresari complir la llei i actuar amb la diligència que cal esperar d'un empresari ordenat i d'un representant lleial. Així, està obligat a actuar preventivament i, per a això, cal estar plenament informat de la marxa del negoci i de l'evolució i dels canvis que es puguin produir en el mercat per detectar qualsevol símptoma que pugui afectar negativament el funcionament normal del negoci. Aquesta mateixa diligència l'obliga a no amagar aquestes situacions i a assumir el repte de superar-les, concentrant, a tal fi i tan aviat com sigui possible, tots els recursos i l'enginy de què disposi i, si fos menester, comptar amb el suport de professionals experimentats en la matèria.

No hi ha cap empresa que sigui aliena a la crisi i ser preventiu significa pensar i actuar com si l'empresa estigués permanentment en crisi. Qui deixi de pensar i actuar en aquest sentit irremeiablement, tard o d'hora, en patirà els efectes. És molt important perdre la *por* a la crisi i desfer-se d'aquesta sensació de possible fracàs. Una crisi controlada a temps pot ser una segona i gran oportunitat *-fresh start-* que acabi reforçant el negoci i la imatge dels seus gestors. Una dada significativa: el major nombre de crisis empresarials als Estats Units s'ha produït en el lloc on hi han hagut els últims i més impressionants èxits empresarials dels darrers anys *-Silicon Valley-*.

6.5. Normativa per a la prevenció de la crisi d'empreses

L'entorn normatiu en matèria de crisis d'empreses s'estructura a partir de normes de caràcter preventiu i executiu que incideixen en l'estabilitat i en la seguretat del tràfic mercantil; aquestes normes donen preferència al principi de preservació i continuïtat de l'empresa com a element generador de riquesa i ocupació, i, de manera supletòria, a la protecció dels creditors, i aconduïxen cap a la liquidació aquelles situacions d'invialibilitat manifesta.

6.5.1. Insolvència patrimonial

La normativa societària, actualitzada en la dècada dels noranta, ha representat un gran avanç en matèria de prevenció de les situacions de crisi per la via de tutelar la solvència de la societat. Així, les regles previstes per restringir la utilització lliure dels recursos que genera el negoci, l'obligació de reequilibrar alguns desfasaments patrimonials i, fins i tot, la dissolució de la societat en els supòsits d'insolvència patrimonial greu es vertebren, en conjunt, al voltant de la solvència patrimonial de la societat, entenent com a tal la relació d'equilibri que hi ha d'haver entre patrimoni net i la xifra de capital social.

La Llei de societats anònimes, concretament, limita el repartiment de beneficis generats pel negoci si el patrimoni social és inferior a la xifra de capital social –articles 213.2 i 216–, si no s'han amortitzat determinats actius considerats intangibles –article 194.4– o bé si no s'ha dotat la reserva legal corresponent –article 214. En un grau més avançat de dificultats econòmiques, quan les pèrdues poden haver reduït el patrimoni net per sota dels dos terços de la xifra de capital social, la Llei de societats anònimes estableix, en l'article 163, l'obligació de restablir l'equilibri patrimonial mitjançant la reducció de capital obligatòria, tret que aquest equilibri es recuperi en el transcurs d'un exercici social.

Tanmateix, en aquesta normativa no es regulen els requisits de capitalització de les societats de manera que s'asseguri que els capitals propis siguin suficients per als nivells d'endeutament i/o per a l'envergadura del negoci que es pretén desenvolupar. Únicament l'article 282.1 de la Llei de societats anònimes preveu la limitació del sobreendeutament de la societat mitjançant l'emissió d'obligacions o d'altres valors. Aquestes normes no serveixen per evitar les situacions d'infracapitalització, entenent com a tals l'escassetesa de recursos propis davant del volum d'endeutament del negoci. La veritat és que en un nombre elevat d'expedients d'empreses en crisi es constata aquesta situació ja que la societat, en dependre fonamentalment dels recursos de tercers per finançar l'activitat, perd tot marge de maniobra davant de les dificultats i al mínim símptoma ha d'acudir a les mesures de protecció que la normativa mercantil contempla. Lamentablement aquests requisits de capitalització no han estat prou regulats com a mitjà per prevenir les crisis i, davant d'aquesta mancança, s'ha desenvolupat una cultura empresarial d'iniciar negocis amb escassa aportació de capital, confiant que es finançaran amb resultats futurs i amb el crèdit comercial.

Una de les principals reformes de què ha estat objecte el dret de societats és la que fa referència a la regulació de les denominades *insolvències patrimonials greus* –recollida en els articles 260 i 262 de la LSA, i en el 104 i 105 de la LSRL– i a com han d'actuar les societats i els seus representants legals perquè es restableixi la solvència de la societat o, si és el cas, perquè es procedeixi a la dissolució immediata. La insolvència patrimonial greu es produeix a partir del moment que el patrimoni social –fons propis– disminueix per sota de la meitat de la xifra de capital social i és una de les causes que obliga la societat a promoure'n la dissolució immediata com a mesura preventiva, si no és que es recupera la solvència d'una altra manera.

La norma carrega sobre els administradors socials la responsabilitat de promoure i de proposar la dissolució de la societat a la junta general, bé convocant primer la junta perquè aprovi la dissolució en el termini de dos mesos des que s'hagués tingut coneixement de la situació d'insolvència, bé acudint, en el mateix termini, davant del jutge perquè sigui promoguda la dissolució per via judicial en

cas que la junta no se celebrés o, havent-se celebrat, no hagués pres l'acord de dissolució. L'incompliment d'aquesta obligació comporta, per als administradors socials, la responsabilitat de la totalitat dels deutes socials sense que això reemplaci la pròpia de la societat –article 262 de la Llei de societats anònimes i 105 de la Llei de responsabilitat limitada. Convé remarcar que la interpretació més prudent que fa la doctrina dels terminis previstos en aquestes normes considera que els administradors tenen coneixement de la situació patrimonial de la societat amb l'elaboració trimestral dels balanços de comprovació –article 28 del Codi de comerç– i, des d'aquestes dates, haurien de comptar els dos mesos previstos per convocar la junta. Aquestes normes han aixecat gran controvèrsia entre la doctrina més prestigiosa perquè, una part, entenen que signifiquen una pressió excessiva sobre la gestió dels administradors i una sanció desmesurada davant d'una situació complexa i difícil de defensar. Davant d'aquesta opinió n'hi ha una altra de favorable en el sentit que el mitjà sancionador justifica el fi preventiu de la liquidació de les insolvències irrecuperables per l'estalvi dels danys patrimonials que es puguin ocasionar a tercers i a la seguretat del tràfic.

Els administradors no estan obligats a promoure la dissolució de la societat si la causa de dissolució desapareix. Per a això es preveuen diferents alternatives coma ara l'ampliació o la reducció del capital, o qualsevol altra mesura que sigui adequada per restablir l'equilibri patrimonial –per exemple la concessió o la conversió de part del deute en préstecs participatius que, a aquests efectes, tenen la consideració de fons propis, o el reintegrament o la reposició de pèrdues que preveu el PGC.

La doctrina considera que el règim de responsabilitat recollit en l'article 262, en relació amb l'article 260.1.4, ambdós de la Llei de societats anònimes, i 104 i 105 de la Llei de responsabilitat limitada, té un marcat caràcter preventiu de la insolvència atès que amb aquest règim: "S'intenta retallar problemes estructurals de la societat sotmesa en causa de dissolució, problemes que poden no ser coneguts per tercers ni, fins i tot, pels socis i que poden ocasionar danys patrimonials als creditors socials. De manera que s'afirma que, per aquesta via, s'afegeix un mecanisme perquè els creditors puguin cobrar els crèdits i que la norma atresora una naturalesa preconcursal. És a dir, una societat pot remuntar aquesta situació sense necessitat de presentar un expedient concursal. Tanmateix, hi ha la possibilitat que, tot i superada la situació, aquesta sigui el prolegomen d'un sobreseïment general de pagaments perquè en el futur sigui incapaç de d'atendre el pagament corrent de les obligacions. De fet, algunes resolucions judicials han equiparat el deure de promoure la dissolució i la possibilitat o el deure d'instar la declaració de suspensió de pagaments o de fallida –SSTS, de 4 de febrer (RJ 335) i de 21 de setembre de 1999 (RJ230). I d'aquí que sobretot, un nodrit sector doctrinal consideri que els administradors no podran ser sancionats per no promoure la dissolució si, en lloc d'acudir a aquesta via, sol·liciten acollir-se a un procediment concursal dintre dels terminis establerts en els articles 262 de la LSA i 105 de la LRSL.

6.5.2. Insolvència financera

Ara bé, les dificultats d'una empresa no sempre tenen l'origen en situacions exclusivament patrimonials. La societat pot ser patrimonialment solvent i, tanmateix, no tenir prou recursos líquids o financers per atendre puntualment el pagament de les obligacions corrents. El Codi de comerç ha posat l'èmfasi en aquestes situacions d'impossibilitat o de risc imminent de sobreseïment de pagament de les obligacions corrents, o en allò que podríem definir com a *insolvència financera*, si bé amb èxit escàs per allò que de funció preventiva s'espera que tinguin aquestes normes.

Perquè a un comerciant se'l consideri en aquesta situació d'insolvència n'hi ha prou de provar que s'ha produït un cessament general dels seus pagaments. Tanmateix, com assenyala la sentència del Tribunal Suprem de 8 de maig de 1913 –JC 127/70–, el cessament general dels pagaments és un concepte jurídic indeterminat i una qüestió de fet que ha de ser objecte de prova pel creditor que intenti instar la fallida necessària perquè el jutge aprecii que efectivament s'ha produït un cessament general dels pagaments i, en conseqüència, declari la fallida del deutor conforme a l'article 1.325 de la Llei d'enjudiciament civil.

Per tant, es podria pensar que respecte als administradors de les societats de capital no hi ha cap obligació de presentar el corresponent expedient concursal i, en qualsevol cas, la sanció que l'ordenament vigent estableix per la manca de diligència en la presentació –l'article 1.117 del Codi de comerç de 1829 establí l'obligació de presentar-se en estat de fallida als tres dies següents que hagués cessat el pagament corrent de les obligacions i, com a sanció correlativa, s'establí la presumpció *iuris tantum* (que admet proves en contrari) de la qualificació de la fallida com a culpable–,

de vigència discutible, no sembla prou per estimular els empresaris insolvents perquè presentin la sol·licitud de concurs abans que la situació patrimonial d'aquestes societats s'hagi deteriorat excessivament.

El legislador no ha tornat a incloure en els preceptes reguladors del dret concursal l'obligació de presentar-se en fallida, tret de la imposada als liquidadors de la societat anònima i de la societat limitada²²³, que estableix que, en cas d'insolvència de la societat, els liquidadors hauran de sol·licitar, en el termini de deu dies a partir d'aquell que es faci patent aquesta situació, la declaració de suspensió de pagaments o de fallida, segons procedeixi. El nou Projecte de Llei concursal de l'any 2002 contempla l'obligació del deutor de sol·licitar el concurs de creditors en un termini determinat –un mes– a partir del moment que constati la situació d'insolvència. L'incompliment comportarà no solament una sèrie de sancions sobre el deutor, sinó incentius per als creditors que instin el concurs, amb la qual cosa el legislador es fa ressò de la necessitat de prevenir la crisi i de l'obligació d'afrontar-la al més aviat possible.

Per ara, davant de la manca d'adaptació de la nostra legislació concursal, i amb el fi d'evitar distorsions greus en el mercat com a conseqüència de la *mort lenta* de les empreses en crisi, els nostres tribunals han vingut declarant la responsabilitat dels administradors que, coneixent la situació d'insolvència financera de la societat, no acudeixen al remei dels procediments concursals i continuen contractant amb tercers en nom d'aquesta societat, la qual cosa incrementa progressivament l'endeutament, o que, cessant l'activitat del negoci, procedeixen a la *desaparició de fet* de la societat sense adoptar les mesures pertinents que garanteixin els drets dels creditors. Aquesta responsabilitat s'exigeix a l'emparedat del que preveu l'article 135 de la LSA –que permet al creditor exigir directament a l'administrador indemnització pels actes que lesionin directament els seus interessos–, l'article 134, que preveu l'acció social de responsabilitat, en relació amb els articles 133 i 127 de la LSA, que estableixen la responsabilitat de l'administrador per una actuació contrària a la diligència d'un empresari ordenat. Aquestes són, juntament al temor de la instància de fallida, les mesures que poden forçar els empresaris a actuar preventivament i evitar els perjudicis i la inseguretat que les crisis generen en el mercat.

²²³ Articles 281 de la LSA i 124 de la LSRL.

6.6. La recuperació de les empreses en crisi o la liquidació

6.6.1. Convenis extrajudicials

Posicionada, finalment, l'empresa davant la crisi, el primer que s'ha de plantejar és quines mesures i decisions són les més adients per reenfocar el negoci cap a la rendibilitat i, així, superar els problemes de solvència i de funcionament. És molt important, a partir d'aquest moment, que l'empresari concentri tots els esforços a analitzar la situació de crisi, les causes, els efectes i que determini les possibles estratègies o les alternatives empresarials que condueixin el negoci a la seva viabilitat i recuperació.

Qualsevol decisió en aquest sentit requerirà un procés previ d'anàlisi i reflexió sobre la situació de l'empresa, visualitzant el negoci en conjunt, en l'entorn del mercat i de la seva competència, i desimpliant-lo dels problemes del dia a dia. És recomanable, en aquest sentit, procedir a elaborar un pla de negoci, o a actualitzar el ja existent, des de la perspectiva de la crisi i dels seus efectes, detectant les mancances o les debilitats del negoci, els punts forts, i destacant els riscos i les oportunitats que es puguin produir en aquesta situació. A partir d'aquesta informació es dissenyarà l'estratègia més adient per a la viabilitat del projecte.

El pla de negoci serà, a les hores, la guia d'actuació futura dels gestors del negoci i, en gran mesura, servirà com a element essencial per recuperar la confiança dels tercers relacionats amb l'empresa que hagin pogut sofrir els efectes de la crisi i, si s'escau, hagin d'acceptar les mesures estratègiques que es proposin. Per això les opinions i recomanacions que contingui el pla s'hauran de caracteritzar per l'objectivitat i la raonabilitat, i és convenient, en aquest sentit, recolzar-se en professionals experts en solucions empresarials per consensuar, amb ells, l'estratègia més adequada i posar major èmfasi en aquesta objectivitat, desvirtuant, així, la presumible parcialitat en l'opinió del propi empresari deutor. El pla de negoci normalment combinarà propostes d'estratègies empresarials adreçades a recuperar la rendibilitat, mesures per a la millora d'ingressos –comercials, diversificació, inversions, etcètera– i mesures de reestructuració de la despesa –reduccions de plantilla, tancament d'activitats, etcètera–, amb estratègies d'ordre econòmic i financer que permetin assegurar el reforçament dels fons propis del negoci, l'adequació de l'endeutament a les previsions de tresoreria i la concreció de les fonts dels recursos necessaris per finançar el cost de la implantació de totes aquestes mesures. Un dels elements clau per generar credibilitat en el pla i en les seves propostes és determinar l'equip gestor que n'assumirà les tasques i la responsabilitat de l'execució, i deixar clara constància del reforçament i de la professionalització que es produirà en la gestió, com també del mandat i dels poders que seran atribuïts als gestors.

El principal problema de l'agreujament progressiu de la crisi és la ràpida deterioració que produeixen les tensions de tresoreria i les dificultats per accedir a nous recursos financers. L'incompliment dels compromisos de pagament corrents porta a la pèrdua del crèdit amb els creditors i al risc d'inactivitat per carència dels subministraments més essencials per fer funcionar el negoci. Trobar solucions a aquestes situacions no és una tasca senzilla. Indubtablement, si els propietaris o tercers inversors, confiant en la bondat del negoci, decideixen arriscar nous recursos en la forma de capital nou o altres maneres de reforçar la tresoreria, els problemes de tresoreria i de solvència se solucionaran. Però no és habitual que en aquestes situacions els inversors acceptin que les seves aportacions es destinin a l'amortització del deute pendent i sí, al contrari, exigeixin que s'utilitzin en el finançament de les mesures de reestructuració que permetran de fer viable el negoci.

Si no es pogués comptar amb aquests recursos i abans que l'empresa es vegi obligada a acudir a un procediment contractual –suspensió de pagaments o fallida– com a conseqüència de la pressió que exerceixen els venciments del deute corrent, s'haurà d'intentar d'arribar a un acord extrajudicial amb les creditors, de manera que, amb una aplicació raonable dels escassos recursos disponibles, s'asseguri el manteniment de l'activitat i fins i tot es puguin finançar les mesures de reestructuració. És més recomanable per als creditors, incloses les entitats financeres, optar preferentment per consensuar amb el deutor fórmules de reestructuració del deute per vies extrajudicials, que haver de suportar els elevats costos dels procediments concursals i arriscar-se que el deteriorament del nego-

ci en perjudiqui el nivell de cobertura dels crèdits. En aquest sentit s'han desenvolupat fórmules d'acord adaptables a diferents situacions amb les quals s'assoleixen els objectius econòmics i financers previstos en l'estratègia empresarial i que es plasmen en forma d'acords o de convenis extrajudicials.

El conveni extrajudicial és, en aquest sentit, una bona eina prèvia a l'alternativa concursal, la més aconsellable per assolir un acord de pagament dels deutes entre el deutor i els creditors. És la forma més avantatjosa d'evitar l'alarma i el perjudici generalitzat per als creditors com per no perjudicar la imatge comercial del deutor. Això no obstant, és una via de difícil consecució perquè requereix la unanimitat de tots els creditors afectats per la proposta, la seva confiança en el futur del negoci i la capacitat de complir els compromisos. En el dret espanyol no hi ha cap obligació del creditor d'esperar la negociació extrajudicial, per la qual cosa en qualsevol moment pot iniciar accions legals contra el deutor en interès del patrimoni propi.

6.6.2. Procediments concursals

Actualment, el tractament de la insolvència empresarial en l'ordenament jurídic espanyol es regula i es contempla en dos procediments judicials principals: el de suspensió de pagament i el de fallida, diferenciats en principi pel fi perseguit en cadascun d'ells, la continuïtat de l'activitat empresarial en el primer i la liquidació en el segon, que després es podrà matisar d'acord amb els instruments i les possibilitats diverses que les lleis espanyoles ofereixen.

El deutor comú que manca de la condició d'empresari mercantil, igual que aquest, pot acudir a procediments de fins semblants però de menor complexitat com ara els de *qui dia passa, any empeny* –la suspensió de pagaments civil– i el *concurso de creditors* –la fallida civil–, tractats en el Codi civil espanyol –articles 1911 a 1920– i en la Llei d'enjudiciament civil de l'any 1881.

En termes generals, i dins de l'esfera purament mercantil, el procediment concursal liquidador típic és el de fallida, tracta materialment en l'article 874 i següents del Codi de comerç espanyol de 1885 i en el vell Codi de comerç de 1829. La declaració de fallida, motivada per un estat previ de sobreseïment general de pagaments d'obligacions, instada pel propi deutor o pels seus creditors, comporta l'inici d'una sèrie de tràmits i d'actes processals encaminats a la liquidació total de l'actiu del deutor per pagar, amb el producte d'aquesta liquidació, els creditors d'acord amb la preferència de crèdit que presenti cadascun.

El procediment preventiu típic i, en principi, evitador de la declaració de fallida i dels seus efectes és l'expedient de suspensió de pagaments, regulat en la Llei de 26 de juliol de 1922. L'expedient de suspensió de pagaments és aquell al qual l'empresari s'acull quan la situació econòmica i financera de l'empresa no li permet d'acomplir el pagament de les obligacions al seu venciment, però previsiblement sí en un futur més o menys llunyà. Amb ell es pretén reestructurar el passiu empresarial i adequar-lo a la capacitat de generació de recursos mitjançant una solució pactada per la via del conveni entre el deutor i els creditors. Cal advertir que també la tramitació de l'expedient de suspensió de pagaments es pot iniciar estant en liquidació –articles 281 de la LSA i 124 de la LSRL– i finalitzar amb la liquidació empresarial si així s'hagués convingut entre el deutor i els creditors en la corresponent junta de creditors, com també la declaració de fallida pot mitigar-se si el deutor i els creditors en la junta explícitament dedicada a això arribessin a un conveni de continuació empresarial.

Si bé en el pla teòric les diferències fonamentals entre la fallida i la suspensió de pagaments resideixen en la finalitat que persegueixen, a la pràctica això no és així en tots els casos, perquè es pot afirmar que com a resultat de l'habitual resposta negativa del mercat i del seu reflex estadístic, l'expedient de suspensió de pagaments és més propici per a empreses d'una dimensió i capacitat més gran, mentre que les empreses petites i mitjanes en crisi acudeixen directament a la declaració de fallida per la incapacitat de suportar les conseqüències dels costos, directes i indirectes, del de l'expedient de suspensió de pagaments. Si a tot això hi afegim la redacció del tipus penal en seu d'insolvència punible, pel qual se sanciona greument la presentació dolosa de dades comptables falses per obtenir indegudament la declaració de suspensió de pagaments –article 261 del CP–, el decantament cap a la presentació del procediment de fallida ha estat sensiblement superior des de

l'any 1995. Això no obstant, el denunciat arcaisme de la nostra legislació concursal i el mal ús que moltes vegades se n'ha fet han ocasionat el desig repetit de reformar-la, que ha vist la llum en forma d'un nou Projecte de llei concursal*, datat el 2002. Són nombroses les novetats que presenta el projecte, si bé la majoria d'elles s'encaminen a simplificar el procediment concentrant el concurs en un de sol i a especialitzar els jutges en aquesta matèria amb la creació dels jutjats del mercantil. Contràriament, es preveu penalitzar amb més fermesa la manca de diligència de l'empresari en la presentació del concurs per anticipar tant com sigui possible els beneficis del concurs i evitar majors perjudicis als creditors. Sí, en canvi, es troba a faltar el tractament de la negociació extrajudicial preconcursal, a la qual no es fa cap referència.

** Aquesta era la situació a l'hora de redactar aquest document*

7 La tributació de les empreses familiars

Xavier Calaf
Soci de Cuatrecasas
Professor associat de Dret Tributari a la UIC

7.1. Introducció

En aquest capítol pretenem enumerar i comentar el contingut dels beneficis que té un empresari en l'IP i en l'ISD, i assenyalar quan sigui convenient les diferències entre la normativa autonòmica i l'estatal, com també fer una referència breu –en allò que pugui afectar la matèria objecte d'anàlisi– a la reforma de l'IRPF que va entrar en vigor l'1 de gener del 2003.

D'altra banda, i atesa la importància que ha tingut darrerament, analitzarem diferents sistemes retributius, com ara el tema controvertit de les *stock options* i els lliuraments d'accions, com també les *phantom shares*. A tall d'introducció hem de dir, pel que fa al cas, que aquestes formes d'incentius retributius es basen en l'increment de valor que experimenta l'empresa on el perceptor presta els seus serveis; i és aquest paràmetre el que es fa servir per incentivar l'empleat. En principi no hi ha un sistema retributiu millor que un altre. Ara bé, el tractament fiscal de cadascun és diferent i l'elecció d'un o d'un altre dependrà de la voluntat de l'empresa o de l'acord al qual arribin les parts implicades en aquest tipus de retribució. Tanmateix, la imatge d'aquest sistema retributiu ha estat tacada pel cas Enron, atès que un dels objectius de la companyia esmentada se centrava a incrementar el valor de les accions en el mercat, entre altres coses, perquè molts dels directius eren "premiats" amb opcions sobre accions de l'empresa. Aquestes opcions –si més no la majoria– van ser exercitades, i les accions corresponents, venudes.

Pel que fa a la primera de les matèries esmentades, convé recordar que des de 1994 el legislador s'ha anat fent ressò de la preocupació del sector empresarial relativa a la tributació en l'impost sobre el patrimoni –IP– pel valor de les empreses familiars. Així, al 1996 es varen introduir en l'impost sobre successions i donacions –ISD– reduccions en la base imposable de l'impost per les transmissions lucratives tant *mortis causa* com *inter vius*, les quals tenen gran importància en el relleu generacional que es pot produir en el si de l'empresa familiar.

D'altra banda, des del punt de vista legislatiu, hem de remarcar que a partir de l'1 de gener de 1997, amb l'entrada en vigor de la Llei 14/1996, de cessió de tributs a les comunitats autònomes, l'Estat ha cedit alguns aspectes de legislació fiscal com ara la recaptació i la gestió, en sentit ampli, de determinats impostos, entre els quals hi ha els que ara ens ocupen –IP i ISD. Aquest fet suposa que comunitats autònomes com Catalunya, la Comunitat Valenciana, Castella-Lleó, Aragó i la Rioja, entre d'altres, regularan les reduccions esmentades anteriorment i milloraran el règim establert per la normativa estatal.

També convé recordar que la legislació esmentada va ser modificada per la Llei 21/2001, de 27 de desembre, per la qual es regulen les mesures fiscals i administratives del nou sistema de finançament de les comunitats autònomes del règim comú i ciutats amb estatut d'autonomia, Llei que ha ampliat de manera notòria la capacitat normativa de les comunitats autònomes. Per tant, aquestes últimes seran les que podran adoptar noves mesures amb relació a la fiscalitat de la titularitat i de la transmissió mortis causa i inter vius de l'empresa familiar, i d'aquesta manera poder perfeccionar, si és que és possible, el règim previst a la normativa estatal.

També hem de subratllar que el tractament fiscal en la successió de les empreses familiars és, actualment, dels millors que hi ha entre els països del nostre entorn. En aquest sentit hem d'indicar que els avantatges del règim fiscal de l'empresa familiar no depenen només dels tipus marginals màxims aplicables a la base imposable, sinó, sobretot, dels tipus reals màxims resultants de la liquidació i de les possibilitats efectives de poder acollir-se a un determinat règim fiscal.

Tornant a la capacitat normativa de les comunitats autònomes, i per habilitació de l'esmentada Llei 21/2001, aquestes tenen potestat per regular entre d'altres sobre els aspectes següents:

- Impost sobre el patrimoni –IP–: mínim exempt, tipus de gravamen i deduccions i bonificacions de la quota, i s'estableix com a legislació aplicable la normativa comuna com a subsidiària en el supòsit que la comunitat autònoma corresponent no hagués legislat.

Les deduccions i bonificacions aprovades per les comunitats autònomes resultaran en tot cas compatibles amb les deduccions i bonificacions establertes per la normativa estatal reguladora de

l'impost i no en podran suposar una modificació. Aquestes deduccions i bonificacions autonòmiques s'aplicaran amb posterioritat a les regulades per la normativa de l'Estat.

Com a exemple de la capacitat normativa en l'IP de les comunitats autònomes, la Generalitat de Catalunya, per a l'any 2003, ha elevat el mínim exempt i l'ha fixat en 108.200 euros, amb prou feines 20 euros més, mentre que per a les persones amb discapacitat d'un grau, com a mínim, del 65%, se'n dobla l'import.

- Impost sobre successions i donacions –ISD–: les comunitats autònomes podran legislar sobre reduccions de la base imposable, tarifa de l'impost, quanties i coeficients del patrimoni existent, i deduccions i bonificacions de la quota. També, en relació amb les deduccions, es podran establir, tant per a les transmissions *inter vivos* com per a les *mortis causa*, aquelles que considerin convenients, sempre que responguin a circumstàncies de caràcter econòmic o social pròpies de la comunitat autònoma en qüestió.

D'aquesta manera, les comunitats autònomes podran regular sobre les reduccions establertes per la normativa comuna en aspectes com ara: l'augment de l'import o el percentatge de reducció, l'ampliació de persones que s'hi poden acollir o disminució dels requisits per poder aplicar-la. Ara bé, aquesta capacitat legislativa ha de mantenir en condicions anàlogues els requisits establerts per la normativa de l'Estat.

Quan les comunitats autònomes creïn les seves pròpies reduccions, aquestes s'hauran d'aplicar amb posterioritat a les establertes per la normativa comuna. Si la modificació consisteix a millorar una reducció estatal, a l'hora de regular les reduccions aplicables s'haurà d'especificar si la reducció és pròpia o consisteix en una millora de la de l'Estat.

Com a exemple de la capacitat normativa de les comunitats autònomes, la Llei de Cantàbria 1/2002, de 23 de desembre, de mesures fiscals en matèries de tributs cedits per l'Estat, en aplicació de l'atribució a les comunitats autònomes de les competències sobre tributs cedits, ha rebaixat sensiblement la pressió fiscal en transmissions *mortis causa* en favor dels familiars més propers al causant –pares, fills i cònjuges–, i ha deixat a la mínima expressió la tributació en aquest tipus de transmissions, amb independència del bé que es transmeti i amb un resultat similar a l'establert per la normativa foral navarresa. Tot apunta que aquesta podria ser la línia a seguir pel legislador autonòmic en els anys propers .

Així mateix, entre les modificacions que la Generalitat ha establert en l'ISD mitjançant la Llei 31/2002, de 30 de desembre, de mesures fiscals i administratives, per al 2003 s'ha elevat la reducció de la base liquidable, de tal manera que els descendents i adoptats menors de vint-i-un anys es beneficien de la mateixa reducció general de 18.000 euros, però la Generalitat augmenta de 12.000 euros –fins al 31 de desembre del 2002 estava fixat en 4.500 euros– per cada any d'edat per dessota dels vint-i-un, fins a un import màxim de 114.000 euros –front als 54.000 euros que constituïen el límit anterior. Així mateix, es dobla la reducció de la base imposable per a discapacitats amb un grau almenys del 65%, i passa de 285.000 euros a 570.000 euros.

Amb relació a la bonificació del 95% en la base imposable per l'adquisició *mortis causa* de participacions en entitats que compleixin els requisits de l'empresa familiar, s'estableix que si el causant hagués estat exercint funcions de direcció en diverses entitats que compleixin els requisits esmentats, el compliment del percentatge de remuneració per les seves funcions directives es determinarà de forma separada per a cada entitat, sense incloure entre els rendiments del treball i d'activitats econòmiques els rendiments derivats de l'exercici de funcions de direcció en les altres entitats.

Es redueix a cinc anys, a més a més, el termini de manteniment de la titularitat requerida per consolidar la reducció en els béns culturals d'interès nacional i en els béns mobles catalogats, qualificats i inscrits d'acord a la Llei 9/1993, de 30 de setembre, del patrimoni cultural català; els béns inscrits i catalogats del patrimoni històric o cultural de les altres comunitats autònomes, i els béns compresos en els apartats 1 i 3 de l'article quart de la Llei de l'Estat 19/1991, de 6 de juny, de l'impost sobre el patrimoni.

D'altra banda, se'n modifica la tarifa i els tipus es redueixen a un 3%, sense que hi hagi una deflació rellevant en els trams de base liquidable sobre els quals s'apliquen.

Una altra de les novetats introduïdes per la Generalitat per a l'any 2003 fa esment a les unions estables de les parelles de fet, regulades en la Llei 10/1985, de 15 de juliol. Aquesta modificació assimila les esmentades unions als cònjuges els efectes de l'Impost sobre Successions en la modalitat de Donacions. L'acreditació de la situació es realitzarà a través de l'escriptura pública de formalització de la convivència atorgada almenys dos anys abans de la mort del causant o de la donació, o a tra-

vés de l'acta de notorietat de la convivència i del transcurs d'un període mínim de dos anys de la mateixa. Si la parella és homosexual, s'acreditarà aquesta situació a través de la corresponent escriptura pública atorgada conjuntament.

Aquesta assimilació de les parelles de fet als cònjuges entenem que també serà aplicable per al còmput del grau de participació en una EF davant d'una suposada transmissió *mortis causa* o *inter vivos*.

I, finalment, es regula una deducció per les quantitats donades a fills o descendents amb un patrimoni preexistent inferior a 402.700 euros i que es destinin a l'adquisició del primer habitatge habitual. Aquest increment consisteix en una deducció del 80% de la quota tributària de l'impost, sempre que es compleixin els requisits següents:

- La donació s'ha de formalitzar en escriptura pública.
- El donatari no podrà tenir més de trenta-dos anys i la base imposable de la seva última declaració de l'IRPF no pot superar els 32.000 euros.
- L'habitatge habitual s'ha d'adquirir dintre dels tres mesos següents a la donació.
- L'import màxim de la donació que es pot beneficiar de la deducció és de 18.000 euros, independentment que es produeixi en una o en diverses donacions, i tenint en compte que el termini de l'apartat anterior es computa des de la primera. En cas de contribuents amb un grau de discapacitat almenys del 65%, l'import màxim és de 36.000 euros.

Si fem els càlculs oportuns, resulta que una donació de 18.000 euros, aplicant la deducció del 80% sobre la quota tributària, implica una tributació per als fills o descendents de 286,93 euros en l'ISD –més costes notarial. Pel que fa als pares o ascendents, podran aplicar una deducció en l'IRPF de l'1%, és a dir, 180 euros. El cost fiscal de la donació seria, aleshores, de 106,93 euros.

Com a conseqüència de la capacitat normativa de cada comunitat autònoma és fonamental determinar quin és el punt de connexió d'un determinat ciutadà amb un tribut determinat per tal de conèixer quina és la legislació aplicable. Aquests criteris també són establerts a la Llei 21/2001. D'aquesta manera es considerarà que les persones físiques residents en territori espanyol ho són en el territori d'una comunitat autònoma:

1. Quan romanguin al seu territori un nombre de dies superior a:

- El període impositiu, en l'impost sobre la renda de les persones físiques.
- L'any immediat anterior, comptat de data a data, que finalitzi el dia anterior al de la meritació, en l'impost sobre successions i donacions, en l'impost sobre transmissions patrimonials i actes jurídics documentats, i en l'impost especial sobre determinats mitjans de transport.

Per determinar el període de permanència es computaran les absències temporals.

Tret de prova en contrari, es considerarà que una persona física roman en el territori d'una comunitat autònoma quan en aquest territori radiqui el seu habitatge habitual, el qual es defineix conforme al que disposa la normativa reguladora de l'impost sobre la renda de les persones físiques.²²⁴

2. Quan no fos possible determinar la permanència a la qual es refereix el punt primer anterior, es consideraran residents en el territori de la comunitat autònoma on tinguin el seu principal centre d'interessos, i es considerarà com a tal el territori on obtinguin la major part de la base imposable de l'impost sobre la renda de les persones físiques.

3. Quan no es pugui determinar la residència conforme als punts primer i segon anteriors, es consideraran residents en el lloc de l'última residència declarada, a efectes de l'impost sobre la renda de les persones físiques.

A la Llei 21/2001, de 27 de desembre, s'estableix per als supòsits de transmissió *mortis causa* i transmissió lucrativa *inter vivos* l'aplicació de la normativa de la comunitat autònoma en la qual el causant o donatari hagués tingut la residència habitual durant els cinc anys anteriors, comptats de data

²²⁴ L'article 55 de la Llei 40/1998, de 19 de desembre, de l'impost sobre la renda de les persones físiques –IRPF– estableix: "S'entendrà per habitatge habitual aquell on el contribuent resideixi durant un termini continuat de tres anys. Tanmateix, s'entendrà que l'habitatge va tenir aquest caràcter quan, malgrat que no hagués passat aquest termini, es produeixi la defunció del contribuent o concorrin circumstàncies que necessàriament exigeixin el canvi d'habitatge, com ara la separació matrimonial, trasllat laboral, obtenció de la primera feina o de feina més avantatjosa, o d'altres d'anàlogues."

²²⁵ Aquesta presumpció estableix la residència basant-se en el criteri del nucli principal o base de les seves activitats o interessos econòmics, de forma directa o indirecta.

a data, fins al dia anterior a la meritació. Ara bé, quan no es pugués determinar la normativa aplicable, s'aplicarà la comuna.

En l'impost sobre el patrimoni, la residència de les persones físiques serà la mateixa que correspongui per a l'impost sobre la renda de les persones físiques –IRPF– a la data de meritació d'aquell. No tindran efecte els canvis de residència que tinguin per objecte principal aconseguir una tributació menor efectiva dels tributs cedits totalment o parcialment.

Les persones físiques residents en territori espanyol que no romanguin en aquest territori més de 183 dies durant l'any natural es consideraran residents en el territori de la comunitat autònoma on hi hagi el nucli principal o la bases de les seves activitats o dels seus interessos econòmics. I les persones físiques residents en territori espanyol, per aplicació de la presumpció prevista en el paràgraf segon de l'article 9.1, b, de la Llei 40/1998, de 9 de desembre, de l'impost sobre la renda de les persones físiques²²⁵, es consideraran residents en el territori de la comunitat autònoma on resideixin habitualment el cònjuge no separat legalment i els fills menors d'edat que en depenguin.

7.2. Exempció en l'impost sobre el patrimoni de béns i drets associats a una activitat empresarial o professional

Com és sabut, l'IP té com a objectiu gravar la tinença per les persones físiques d'elements valorables econòmicament, si bé el legislador ha volgut assegurar un mínim igualitari fixat en 108.192 euros, com també l'exempció de l'habitatge habitual, amb límits determinats.

Entre els elements valorables econòmicament hi pot haver els béns i drets utilitzables per persones físiques per realitzar una activitat empresarial o professional, els quals poden tenir un valor patrimonial important.

Pensem en un professional –advocat, metge, arquitecte...– que és propietari d'un immoble on realitza una activitat, o en un comerciant que és propietari d'un local comercial i d'un magatzem, etcètera. Tots els béns esmentats, juntament amb la resta de béns que pugui tenir aquest professional o comerciant, quedaven gravats en l'IP, la qual cosa, sens dubte, suposava una disminució de l'increment personal per a la creació de riquesa.

A partir de la reforma de 1994 es va introduir una millora, des del punt de vista fiscal, en la situació d'aquests empresaris, i es va establir l'exempció de béns i drets associats a una activitat professional sempre que es compleixin els requisits següents:

- Que es tracti de béns i drets necessaris per al desenvolupament d'una activitat empresarial o professional;
- Que aquesta activitat s'exerceixi d'una forma habitual, personal i directa;
- Que constitueixi la seva font principal de renda.

Què hem d'entendre per *desenvolupament d'una activitat empresarial o professional*? Per respondre aquesta qüestió ens hem de remetre a la Llei de l'IRPF, conforme a la qual podríem definir les activitats econòmiques, que comprenen les activitats empresarials i professionals, com a aquelles que suposin una combinació de treball i capital, o de qualsevol d'ambdós factors, per a l'ordenació de mitjans de producció, de recursos humans o de tot plegat, per tal d'intervenir en la producció o en la distribució de béns i serveis.²²⁶

Perquè els béns puguin quedar exempts de tributació cal que estiguin associats a una activitat econòmica, la qual cosa succeeix quan s'utilitzen per als fins d'aquella activitat, si bé la normativa aborda la qüestió relacionant béns concrets.²²⁷

- Els béns immobles on es desenvolupa l'activitat econòmica del contribuent;
- Els béns associats als serveis econòmics i socioculturals del personal al servei de l'activitat, exclouent d'aquesta consideració els béns d'esbarjo i d'esplai o, en general, d'ús particular del titular de l'activitat econòmica.
- Qualsevol altres elements patrimonials que siguin necessaris per a l'obtenció dels rendiments respectius, i en cap cas tindran aquesta consideració els actius representatius de la participació en fons propis d'una entitat i de la cessió de capitals a tercers.

D'altra banda, la normativa de l'IRPF ha establert que no es consideren elements associats a una activitat econòmica i que, per tant, no podran quedar exempts de tributació, aquells que s'utilitzin simultàniament per a activitats econòmiques i necessitats privades, tret que la utilització per a aquestes darreres sigui accessòria i notòriament irrellevant.

Però, què és un ús accessori i notòriament irrellevant? La pròpia norma ha intentat establir-ne el límit indicant què és l'ús dels béns de l'immobilitzat adquirits i utilitzats per al desenvolupament de l'activitat, i que es destinin a l'ús personal del contribuent en dies i hores inhàbils, durant els quals s'interrompi l'exercici de l'activitat esmentada, si bé s'exceptuen d'aquesta presumpció els vehicles automòbils de turisme i els seus remolcs, ciclomotors, motocicletes, aeronaus o embarcacions esportives i d'esbarjo.

²²⁶ Article 25 de la Llei de l'IRPF.

²²⁷ Article 27 de la Llei de l'IRPF.

També se n'exclouen aquells béns que, essent de titularitat del contribuent, no figurin en la seva comptabilitat o en els registres oficials de l'activitat econòmica que està obligat a dur²²⁸. En el supòsit que la utilització de determinats béns sigui parcial, solament en seria afectada la part que s'usi per a l'activitat i, per tant, només podrà operar en aquelles parts dels elements que siguin susceptibles d'un aprofitament separat i independent.

Un cop establert quina mena de béns en poden quedar exempts, procedeix analitzar els requisits exigits per poder gaudir de l'exempció:

7.2.1. Que el subjecte exerceixi l'activitat en qüestió de forma habitual, personal i directa

L'exempció s'aplica sobre els béns utilitzats en l'exercici d'una activitat econòmica i en benefici del seu titular. D'acord amb el que estableix la Llei de l'IRPF, es presumeix que en són titulars les persones que exerceixen l'activitat de manera habitual, personal i directa, la qual cosa requereix participar activament en la presa de decisions que afecten l'activitat, i l'assumpció necessària del risc que el seu acompliment pugui comportar.

En conseqüència, perquè els béns en quedin exempts la titularitat ha de correspondre a qui realitza l'activitat, si bé aquesta restricció ha quedat matisada per als supòsits de béns associats a l'activitat econòmica i que són comuns al matrimoni quan solament un dels cònjuges exerceixi l'activitat, supòsit en què també en queden exempts, si bé solament els béns comuns i no pas els béns que siguin propietat d'un dels cònjuges i que estiguin associats a l'activitat econòmica de l'altre.

Un fet peculiar, i d'altra banda freqüent, consisteix que l'activitat s'exerceixi d'una forma habitual per comunitat de béns, societats sense personalitat jurídica o societat civil. La característica principal d'aquesta forma d'organització consisteix en el fet que les rendes s'atribueixen als socis o membres de la comunitat, i seran ells i no pas la comunitat qui tributin per aquestes rendes. En aquests supòsits s'entén que cadascun dels participants desenvolupa l'activitat i que cadascun d'ells ha de reunir els requisits estipulats per la norma per poder gaudir de l'exempció dels béns associats a l'activitat, i no n'hi ha prou que un dels comuners compleixi els requisits esmentats perquè l'exempció s'estengui a la resta.

7.2.2. Els rendiments derivats d'aquestes activitats han de constituir la font principal de renda

El segon dels requisits exigits per la norma suposa que els rendiments obtinguts pel contribuent en el desenvolupament personal, habitual i directe de l'activitat econòmica suposin la seva font principal de renda.

S'ha de recordar, en aquest sentit, que la Llei de l'IRPF estableix una divisió clara de les fonts esmentades que configuren la renda del contribuent:

- Rendiments del treball: totes les contraprestacions o utilitats, qualsevol que sigui la seva denominació o naturalesa, dineràries o en espècie, que derivin directament o indirectament del treball personal o de la relació laboral o estatutària i que no tinguin el caràcter de rendiments d'activitats econòmiques.
- Rendiments del capital mobiliari: contraprestacions o utilitats, dineràries o en espècie, que provenen directament o indirectament d'elements patrimonials la titularitat dels quals correspongui al contribuent i que no es trobin associats a activitats econòmiques de l'esmentat contribuent.

²²⁸ Article 21 de la Llei de l'IRPF.

- Rendiments del capital immobiliari: els procedents de la titularitat d'immobles rústics i urbans o de drets reals que hi recaiguin a sobre i es derivin de l'arrendament o de la constitució o cessió de drets o facultats d'ús i gaudi, qualsevol que sigui la seva denominació o naturalesa.
- Rendiments d'activitats econòmiques: els procedents del treball personal i del capital conjuntament, o d'un de sol d'aquests factors, mitjançant l'ordenació, per compte propi, de mitjans de producció i de recursos humans o d'un d'ells, amb la finalitat d'intervenir en la producció o distribució de béns o serveis.
- Guanys i pèrdues patrimonials: les variacions en el patrimoni del contribuïent que es posin de manifest amb ocasió de qualsevol alteració en la seva composició, llevat que hagin quedat qualificades com a qualsevol dels rendiments ja esmentats.
- Imputacions de renda –rendes immobiliàries, transparència fiscal internacional i drets d'imatge–: es tracta d'un mecanisme tributari d'integració de rendes, previst per evitar l'elusió de la progressivitat impositiva.

La totalitat de les fonts de renda enunciades integraran allò que es coneix com a base imposable de l'IRPF, i perquè l'exempció de l'IP que comentem pugui ser aplicable els rendiments de l'activitat econòmica han de ser superiors a la resta de la base imposable del contribuïent, tant regular com irregular; s'exclouen per al còmput les remuneracions rebudes per funcions de direcció en entitats les participacions de les quals siguin exemptes de tributació en aquest impost, com també qualsevol altra remuneració que es derivi de la participació en el capital social d'aquestes entitats.

La principal font de renda és aquella en la qual el 50%, pel cap baix, de l'import de la base imposable de l'IRPF prové de rendiments nets de les activitats de què es tracti.²²⁹ En realitzar el còmput es planteja la qüestió de si aquests rendiments s'han d'entendre bruts o nets. El legislador ha establert que els rendiments d'activitats econòmiques han de ser nets, però no disposa res pel que fa a la resta de rendiments amb els quals s'ha de comparar. Òbviament, la Direcció General de Tributs ha resolt que també es tractaria de rendiments nets.²³⁰

²²⁹ Article 3 del Reial decret 1704/1999, de 5 de novembre, pel qual es determinen els requisits i les condicions de les activitats empresarials i professionals, i de les participacions en entitats per a l'aplicació de les exempcions corresponents en l'impost sobre el patrimoni.

²³⁰ Una consulta recent, del 28 de febrer de 2002, en la qual s'analitza l'expressió base imposable per tal de determinar l'abast de l'expressió esmentada ha establert que: no establir la norma cap altra precisió, l'expressió base imposable ha de tenir l'abast que li correspon a la normativa reguladora de l'impost sobre la renda de les persones físiques –IRPF–, és a dir, el resultat de deduir de la suma de les denominades part general i part especial d'aquesta base el mínim exempt personal i familiar, que redueix en primer lloc la part general i, en el seu cas, la part especial, sense que cap d'elles no pugui resultar negativa. La part general de la base imposable en l'IRPF està formada pel saldo, positiu o negatiu, dels rendiments i de les imputacions de rendes, i pel saldo positiu de guanys i pèrdues generals fins a un any, mentre que la part especial està constituïda pel saldo positiu dels guanys i pèrdues generals en més d'un any. Amb la modificació de la Llei de l'IRPF –Llei 46/2002, de 18 de desembre–, en la qual s'ha modificat l'estructura de l'IRPF i se n'han ampliat les reduccions. Entenem que aquesta consulta continua vigent.

7.3. Exempció de l'impost sobre el patrimoni de les participacions de determinades entitats

L'exempció en l'IP també és aplicable respecte de les participacions que la persona física ostenti en entitats, sempre que es compleixin uns requisits determinats:

- La societat participada ha de ser operativa; és a dir, no pot ser una societat que tingui com a activitat principal la gestió d'un patrimoni mobiliari o immobiliari.
- No ha de ser aplicable el règim de societats patrimonials.²³¹
- La participació del contribuent en la societat ha de ser, pel cap baix, del 5% individual²³², o del 20% conjuntament amb determinats familiars.
- El contribuent ha de realitzar funcions de direcció en la societat participada i rebre per aquest concepte remuneracions que representin més del 50% de la totalitat dels seus rendiments del treball, empresarial o professional.

El legislador ha volgut protegir la realització d'activitats empresarials per les societats que comptin amb una implicació d'un grup familiar en la direcció i en la gestió de la companyia. Els requisits per beneficiar-se d'aquesta exempció són relativament fàcils de complir, si bé la norma és complementada amb remissions constants a la Llei de l'impost de societats i a la Llei de l'IRPF.

D'altra banda, no podem oblidar que l'ISD està vinculat estretament a l'IP, la qual cosa torna a generar algunes discordances, especialment com a conseqüència de la normativa autonòmica.

7.3.1. Que l'entitat no tingui com a activitat principal la gestió d'un patrimoni mobiliari o immobiliari

Es vol evitar que es beneficiïn d'exempció societats que es dediquin a la gestió d'un patrimoni mobiliari o immobiliari, si bé aquest requisit és el que planteja menys problemes pràctics.

Tanmateix, la normativa vigent sobre l'IP no estableix cap criteri per determinar què s'ha d'entendre per activitat principal, ni cap mètode de càlcul per poder determinar què s'entén per activitat principal o accessòria. És cert que en la normativa reguladora d'altres impostos –com l'IVA, en tractar els sectors diferenciats, o l'IS, en tractar la transparència fiscal internacional– s'hi troben algunes orientacions, però no creiem que siguin extrapolables a l'IP.

De la seva banda, en la regulació originària de l'exempció, en seu de l'IP, es considerava com a activitat principal aquella que proporcionava major renda a l'entitat; és a dir, aquella activitat que suposés més del 50% del total d'ingressos. Però en la pràctica això duia a determinats supòsits no volguts per la Llei. Actualment es fa una remissió a la legislació de l'IS, la qual estableix que una entitat tindrà com a activitat principal la gestió d'un patrimoni mobiliari o immobiliari quan el seu actiu sigui, fonamentalment, compost per béns no associats a activitats empresarials, la qual cosa suposa abandonar el criteri del volum d'ingressos i centrar el requisit comentat en el volum d'actius.

La norma no aclareix què s'entén per gestionar un patrimoni mobiliari o immobiliari, per la qual cosa se'n pot fer una interpretació literal, entenent per gestió d'un patrimoni mobiliari o immobiliari la gestió de rendes passives, és a dir, elements que generen rendes per la mera titularitat, sense necessitat d'una ordenació de mitjans materials i sense que calgui cap infraestructura de gestió.

²³¹ Amb la Llei 46/2002, de 18 de desembre, de reforma de l'impost sobre la renda de les persones físiques, desapareix la transparència fiscal i sorgeix una nova figura denominada societat patrimonial, el règim de la qual és analitzat a l'apartat 7.3.2.

²³² Fins al 31 de desembre de 2002 el percentatge individual requerit era del 15%, si bé com a conseqüència de la modificació introduïda en la disposició addicional onzena de la Llei 51/2002, de 27 de desembre, reguladora de les hisendes locals, aquest percentatge ha quedat fixat en el 5%.

7.3.2. Que l'entitat participada no tributi en el règim de societats patrimonials

La Llei 46/2002, de 18 de desembre, suprimeix el règim de transparència, que era un mecanisme tributari que cercava la integració de rendes que podrien escapar a la progressivitat del tipus impositiu de l'IRPF, i que consistia en la imputació al soci de rendes obtingudes per una societat; tanmateix aquest mecanisme podria conduir a resultats radicalment oposats a aquells que el legislador pretenia.

En primer lloc hem d'indicar que la tan anunciada nova Llei de l'IRPF i de l'IS no és més que una reforma de la Llei vigent, tal com es reconeix en el propi enunciat de la Llei 46/2002, de 18 de desembre, de reforma de l'impost sobre la renda de les persones físiques, i per la qual es modifiquen les lleis de l'impost sobre societats i sobre la renda de no-residents; si bé, com una de les novetats principals, se suprimeix el règim de transparència fiscal inclòs per a les entitats els ingressos de les quals procedeixin d'activitats professionals, artístiques o esportives. S'estableix un règim especial de societats patrimonials per a les *societats de cartera* o de *mera tinença de béns*.

Tindran la consideració de societats patrimonials aquelles en les quals concorrin les circumstàncies següents:

- Que més de la meitat del seu actiu sigui constituït per valors, o que més de la meitat del seu actiu no es destini a activitats econòmiques. Per determinar si hi ha activitat econòmica o si un element patrimonial s'hi destina, es tindrà en compte el que es disposa en l'IRPF.

Tant el valor de l'actiu com el dels elements patrimonials no associats a activitats econòmiques serà el que es dedueixi de la comptabilitat, sempre que aquesta reflecteixi fidelment la veritable situació patrimonial de la societat.

Per tal de determinar la part de l'actiu constituïda per valors o per elements patrimonials no associats a l'activitat econòmica:

No es computaran els valors següents:

- Els posseïts per donar compliment a obligacions legals i reglamentàries.
- Els que incorporin drets provinents de relacions contractuals establertes com a conseqüència del desenvolupament d'activitats econòmiques.
- Els posseïts per societats de valors com a conseqüència de l'exercici de l'activitat constitutiva del seu subjecte.
- Els que atorguin, pel cap baix, el 15% dels drets de vot i que posseeixin amb la finalitat de dirigir i gestionar la participació sempre que, a aquests efectes, es disposi de la corresponent organització de mitjans materials i personals, i que l'entitat participada no estigui compresa en la lletra present.

Amb relació a aquests valors exclosos com a elements no associats a l'activitat econòmica es produeix una millora tècnica respecte a la regulació del règim de transparència fiscal perquè la nova redacció deixa clar que l'exclusió opera tant per determinar la part de l'actiu constituït per valors com també a efectes d'establir els elements patrimonials no associats a l'activitat econòmica. L'anterior redacció de l'article 75 de l'IS semblava que exclouia literalment aquests valors únicament amb relació a les societats on més de la meitat de l'actiu de les quals estigués constituït per valors.

No es computen com a valors ni com a elements no associats a activitats econòmiques aquells el preu d'adquisició dels quals no superi l'import dels beneficis no distribuïts, obtinguts per l'entitat, sempre que aquests beneficis vinguin de la realització d'activitats econòmiques, amb el límit de l'import dels beneficis obtinguts, tant el mateix any com els últims deu anys anteriors. A aquests efectes, s'assimilen als beneficis procedents d'activitats econòmiques els dividendes que procedeixin dels valors als quals es refereix el darrer incís del paràgraf anterior, quan els ingressos obtinguts per l'entitat participada procedeixin, al menys en el 90%, de la realització d'activitats econòmiques.

- Així, s'exigeix que més del 50% del capital social pertanyi, directament o indirectament, a deu socis o menys, o a un grup familiar; s'entén, a aquests efectes, que aquest grup familiar està constituït

pel cònjuge i les altres persones unides per vincles de parentiu, en línia directa o col·lateral, consanguínia o per afinitat, fins al quart grau, inclusivament.

Dins del grup familiar s'inclou el cònjuge, la qual cosa és una novetat respecte al règim de transparència, si bé l'Administració tributària ja s'havia manifestat en el mateix sentit pel que fa a aquest aspecte. També, la nova normativa clarifica que la participació s'ha de computar directament i indirectament, qüestió controvertida en la regulació anterior.

- La nova redacció de l'apartat 2 de l'article 75 de la Llei de l'IS estableix en termes similars, tot i que no pas idèntics als previstos en el règim de transparència fiscal, que el règim actual no s'aplicarà:

a les societats en les quals la totalitat dels socis siguin persones jurídiques que, alhora, no siguin societats patrimonials, o

a aquelles societats participades en més d'un 50% per una persona jurídica de dret públic, o

en els períodes impositius en els quals els valors representatius de la participació de la societat estiguessin admesos a negociació en algun dels mercats secundaris oficials de valors previstos en la Llei 24/1988, de 28 de juliol, del Mercat de Valors.

Perquè aquest règim sigui aplicable, les circumstàncies quant a l'actiu i a l'accionariat hauran de concórrer durant més de noranta dies de l'exercici social, i a aquests efectes no s'estableix cap regla especial per als supòsits que l'exercici social sigui inferior a l'any natural.

La base imposable d'aquest tipus d'entitats es divideix en dues parts: la base imposable general, el tipus de gravamen de la qual serà del 40%, i la part especial, que tributarà el 15%. Els criteris aplicables en la determinació de la base imposable seran els de l'IRPF. En relació amb les bases imposables negatives es fa una remissió a la Llei de l'IRPF i d'aquesta manera es limiten els terminis a quatre anys, tant per a la part especial com per a la part general.

El nou règim pretén que les rendes que haurien de tributar amb seu en persones físiques no acabin tributant com a societats, pel simple mecanisme d'interposar un instrument societari, sinó que, encara que hi hagi aquesta interposició, tributin de manera idèntica a la tributació que es produiria si la renda l'hagués obtingut una persona física.

La quota íntegra només es podrà minorar mitjançant l'aplicació de les deduccions per activitats econòmiques, deducció per rendes obtingudes a Ceuta i Melilla, deducció per donatius i deducció per inversió i despeses en béns d'interès cultural, com també la deducció per doble imposició.

La nova Llei estableix les normes i les regles per al trànsit d'aquelles societats que, estant sotmeses al suprimit règim de transparència fiscal, passin a sotmetre's, a partir de l'exercici 2003, al règim especial de societats patrimonials. En aquest sentit, estableix que: les bases imposables positives de societats transparents que corresponguin a períodes impositius en els quals hagi estat aplicat el règim esmentat, com també els altres conceptes pendents d'imputar que procedeixin d'aquests períodes impositius, s'imputaran d'acord amb les normes reguladores del règim de transparència fiscal vigents en aquells períodes.

En la transmissió d'accions i participacions en el capital de societats que hagin tingut la consideració de transparents en períodes impositius anteriors, el valor d'adquisició s'incrementarà en l'import dels beneficis socials obtinguts en aquests períodes, els quals, sense distribució efectiva, haurien estat imputats als socis com a rendes de les seves accions o participacions en el període de temps comprès entre l'adquisició i la transmissió.

Els dividends i participacions en beneficis d'aquestes societats que procedeixin de períodes impositius durant els quals la societat que els distribueix es trobés subjecta al règim de transparència fiscal no tributaran en l'IRPF ni en l'IS, ni estaran subjectes a retenció o ingrés a compte. L'import d'aquests dividends o participacions en beneficis no s'integrarà en el valor d'adquisició de les participacions esmentades; i en el supòsit que el soci hagués adquirit les accions o participacions amb

posterioritat a la imputació, l'import dels dividendes esmentats disminuirà el cost d'adquisició de la participació.

Les societats transparents que tinguin bases imposables negatives pendents de compensar podran optar de compensar-les, dins del termini que li quedés a la societat transparent, i en les condicions establertes en l'impost sobre societats²³³, amb la part general o especial de la base imposable positiva de la societat patrimonial.

Les deduccions per evitar la doble imposició interna i internacional, establertes en l'impost sobre societats, pendents de deduir per insuficiència de quota, podran deduir-se en els terminis establerts en la normativa esmentada.

En el règim transitori s'estableix la possibilitat que aquelles societats sotmeses al règim de transparència fiscal es puguin dissoldre, en la majoria dels casos sense cost fiscal, si no els interessés d'estar sotmeses al nou règim especial de societats patrimonials. Els beneficis fiscals que s'estableixen per possibilitar-ne la dissolució es basen en un ajornament de les plusvàlues que es posin de manifest en seu dels socis.

Pel que fa als socis de la societat que es dissol, el valor d'adquisició i de titularitat de les participacions en l'entitat augmentarà en l'import dels deutes adjudicats i es disminuirà en el dels crèdits i diner, o signe que el representi, adjudicats. Es poden produir tres situacions:

- Que el resultat de les operacions donés un saldo negatiu, cas en el qual aquest resultat es considerarà renda o guany patrimonial, i els elements adjudicats diferents dels crèdits i diner, o signe que el representi, es considerarà que tenen un valor d'adquisició igual a zero. Aquesta situació es donaria en el cas que s'hagués adquirit per un valor inferior al nominal.
- Que el resultat de les operacions descrites donés un saldo igual a zero, cas en el qual no hi haurà guany o pèrdua patrimonial i els elements adjudicats diferents dels crèdits i diner, o signe que el representi, es considerarà que tenen un valor d'adquisició igual a zero.
- Que el resultat de les operacions descrites donés un saldo positiu, cas en el qual no hi haurà guany o pèrdua patrimonial i el valor d'adquisició dels elements adjudicats diferents dels crèdits i diner, o signe que el representi, serà el que resulti de distribuir el resultat positiu entre ells, en funció del valor net comptable que resulti del balanç final de la liquidació de la societat.

Una societat que tributés fins al 31 de desembre de 2002 en règim de transparència fiscal, l'activitat de la qual era l'arrendament d'immobles però sense la infraestructura per considerar aquesta activitat com a operativa –personal a jornada completa i local associat a l'activitat–, el cost d'adquisició de la qual i la titularitat de la participació en la societat transparent que es dissol pugi a 15.000 unitats monetàries (um), si se li adjudiquen dos immobles els valors nets comptables dels quals són de 7.000 i de 3.000 um, i un deute de 2.000 um, el saldo comentat anteriorment pujarà a 17.000 um i tindrà signe positiu. Per tant, s'entendrà que no hi ha guany o pèrdua patrimonial per al soci per l'adjudicació, i els béns immobles adjudicats s'entendrà que tenen un valor d'adquisició d'11.900 i 5.100 um, resultat de distribuir l'esmentat saldo positiu entre ambdós immobles en funció del seu valor net comptable.

També, la dissolució de societats en règim de transparència està exempta de l'impost sobre transmissions patrimonials, en el concepte d'operacions societàries; tampoc tributarà en l'impost sobre l'increment del valor dels terrenys de naturalesa urbana i, a efectes de l'impost sobre societats, la societat que es dissol no meritara cap mena de renda, si bé aquest règim és transitori i només és aplicable durant l'any 2003.

D'altra banda, prèviament a la dissolució s'haurà d'analitzar la possibilitat de dotar la societat esmentada de l'estructura suficient perquè tributi en el règim general de l'impost sobre societats i que es compleixin els requisits per acollir-se a l'exempció fiscal en l'IP i en l'IS. A la resta dels supòsits és imprescindible analitzar cas per cas per determinar si convé la dissolució perquè és impossible de conèixer-ne a priori els avantatges. La naturalesa dels actius i la seva destinació final són claus per conèixer els avantatges de la dissolució.

²³³ Convé recordar que amb l'aprovació de la Llei 24/2001, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social, es va modificar l'article 23 de la Llei de l'IS i es va allargar el termini d'aplicació de les bases imposables negatives a quinze anys. De conformitat amb la disposició transitòria quarta de la Llei 24/2001 aquest termini també era aplicable per a les bases imposables negatives pendents de compensar a l'inici del primer període impositiu que comencés a partir de l'1 de gener de 2002.

²³⁴ Modificació introduïda en la disposició addicional onzena de la Llei 51/2002, de 27 de desembre, reguladora de les hisendes locals.

En conseqüència, podran acordar la dissolució i la liquidació les societats en les quals concorrin les circumstàncies següents:

- Que haguessin tingut la consideració de societats transparents en l'últim període impositiu, finalitzat amb anterioritat a l'1 de gener de 2003, o que reunissin en aquesta data els requisits per tenir la consideració esmentada, i que, en ambdós casos, la mantinguin fins la data en què acordin la dissolució.
- Que durant l'any 2003 adoptin vàlidament l'acord de dissolució amb liquidació i que realitzin amb posterioritat a l'acord, dins dels sis mesos posteriors a aquest termini, tots els actes o negocis jurídics necessaris, fins a la cancel·lació registral de la societat en liquidació. La dissolució amb liquidació d'aquestes societats estarà exempta de l'impost sobre transmissions patrimonials i actes jurídics documentats i no tributarà en l'impost sobre l'increment de valor dels terrenys de naturalesa urbana arran de les adjudicacions als socis d'immobles de naturalesa urbana. En la posterior transmissió dels immobles, s'entendrà que aquests varen ser adquirits en la data en què ho varen ser per la societat que s'extingeix.

A efectes de l'impost sobre societats, la societat que es dissol no tributarà cap mena de renda arran de l'atribució de béns o de drets als socis, persones físiques o jurídiques, residents en territori espanyol.

7.3.3. La participació del contribuent en la societat ha de ser, pel cap baix, del 5% individual,²³⁴ o del 20% conjuntament amb determinats familiars

La Llei de l'IP disposa que per poder beneficiar-se de l'exempció haurà de participar en el capital social de l'entitat en un percentatge mínim del 5%, de forma individual, o del 20% conjuntament amb determinats familiars.

Per al còmput del 20% es tindrà en compte el perímetre familiar consistent en el cònjuge, ascendents i descendents o col·laterals de segon grau, tingui origen el parentiu en la consanguinitat, en l'afinitat o en l'adopció.

El grau generacional podria definir-se com cadascun dels salts generacionals que hi ha entre les persones. Així doncs, el grau generacional entre un pare i un fill és d'un grau, entre germans és de dos graus –fill 1 - pare, un grau generacional i pare - fill 2, segon grau generacional–, s'ascendeix fins al tronc comú i es davalla fins arribar al familiar.

Un altre tipus de parentiu és el d'afinitat, que s'aplica als membres de la família que no tenen vincles de sang, però que es coneix com a família política –cònjuge–, i el d'adopció, el qual és aplicable als membres de la família que hi han entrat com a conseqüència d'un procés d'adopció. La DGT²³⁵ entén que en cas de dissolució del matrimoni –ja sigui per defunció o per divorci– desapareix el vincle d'afinitat. Així, estableix literalment: "L'afinitat és el parentiu que sorgeix amb els consanguinis del consort i això, per definició, exigeix la subsistència d'aquesta persona que serveix de nexa o d'enllaç per establir el parentiu i la desaparició de la qual –sigui física, en cas de mort; sigui jurídica, com a vincle amb el cònjuge, en cas de divorci– implica la desaparició jurídica immediata del parentiu."

Aquestes situacions de parentiu han de ser vigilades amb especial atenció perquè poden sorgir supòsits no desitjats. Imaginem una societat en la qual tres germans ostenten una participació del 4% cadascun i el quart germà ostenta el 12%; conjuntament ostenten un percentatge de participació del 24%, per la qual cosa, si es compleixen els altres requisits, les accions podrien quedar exemptes. En el supòsit que aquest últim germà finés i les accions fossin heretades proporcionalment per tres fills del finat, tots perdrien la possibilitat d'acollir-se a l'exempció per l'incompliment del requisit del percentatge mínim, atès que entre oncles i nebots el parentiu és de tercer grau.

²³⁵ DGT, 5 de juliol de 2001.

Un altre supòsit delicat consistiria en el cas d'un matrimoni que conjuntament ostentés un 20% de participació; en aquest supòsit, en dissoldre's el vincle d'unió i les accions es repartissin entre ambdós cònjuges, els percentatges haurien de computar-se individualment. En aquest supòsit només podria beneficiar-se de l'exempció el cònjuge que exercís funcions directives.

Respecte al percentatge de participació, haurà de ser ostentat de forma directa i no podrà ser tingut de forma indirecta per a l'aplicació de l'exempció. És a dir, suposem un accionista que posseeixi el 100% de la societat A, la qual, per la seva banda, ostenta el 98% de la societat B i el 2% restant l'ostenta el mateix accionista; solament seria susceptible, sempre que es complissin la resta de requisits, de quedar exempta en l'IP la participació que ostenta de la societat A; mai no podria quedar exempta en l'IP la participació directa en la societat B, malgrat que directament i indirectament n'ostenta el 100%.

Imaginem una família formada per Joan i Anna, els quals posseeixen respectivament el 16,5% i el 2,06% d'una companyia; Joan i Anna tenen dos fills, Pere i Antoni, que posseeixen el 2,06% de la companyia cadascun; Antoni està casat i té una filla. En aquest supòsit, en el còmput del percentatge de participació es tindrien en compte totes les accions que estan en poder de les parts descrites, prenent com a referència Joan. En resulta, per tant, un percentatge de participació del 22,68%.

Dos supòsits més que poden ser interessants de comentar abans de passar al següent apartat: l'usdefruit d'accions i les accions en autocartera.

Respecte a l'usdefruit d'accions hem d'indicar que consistiria a desgranar la propietat en dues parts: per una banda la possessió –nua propietat– i, per altra, el benefici de l'acció –usdefruit. Si bé en un immoble aquesta partició sembla més clara, en unes accions l'usdefruit podria manifestar-se de la forma següent: per al propietari no quedarien els drets polítics i per a l'usufructuari queda el dret econòmic –dividends. Però qui es queda amb l'exempció? Doncs bé, l'exempció solament resulta aplicable al propietari nu atès que és ell qui ostenta la condició de soci.

Un altre supòsit objecte d'anàlisi consisteix en l'autocartera, és a dir, quan la societat, per motius diversos, ha adquirit les pròpies accions, si bé la legislació imposa el límit del 10% del capital social; en el supòsit que s'excedeixi aquest percentatge, s'haurà de procedir a l'amortització fins al límit del 10% assenyalat. La qüestió objecte d'anàlisi en aquest punt consistiria en el còmput dels percentatges de participació. En aquest sentit, la Direcció General de Tributs²³⁶ ha manifestat que les accions en autocartera no han de ser considerades perquè suposen una minorització dels fons propis de l'entitat, la qual cosa és beneficiosa atès que incrementa el percentatge de participació dels accionistes en la societat.

²³⁶ DGT, 2 de juny de 1997.

7.3.4. El contribuent ha de realitzar funcions de direcció en la societat participada i ha de rebre, per aquest concepte, remuneracions que representin més del 50% de la totalitat dels seus rendiments del treball, empresarial o professional

Un altre dels requisits que ha de complir el titular de la participació és exercir funcions de direcció en la societat participada. En particular, la norma considera els càrrecs de president, director general, gerent, administrador, director de departament i conseller, sempre que aquests càrrecs impliquin una intervenció efectiva en les decisions de l'empresa i que es pugui presumir que qui els ostenta exerceix funcions de direcció.

No es tracta d'una llista tancada, sinó que la intervenció en la direcció de la societat haurà de poder ser provada mitjançant elements externs, com ara l'import de la retribució percebuda, la regulació estatutària, actes i certificats, assistència continuada a les deliberacions de l'òrgan d'administració, deixant constància de les intervencions efectuades i de les propostes realitzades. En tot cas, hi ha d'haver un apoderament adequat de les funcions de direcció, i aquestes han de ser exercides efectivament. L'Administració podrà, dins del període de prescripció, revisar si aquestes funcions eren exercides efectivament.

Amb relació a la remuneració percebuda per la intervenció en la direcció de la societat, ha de representar més del 50% de la totalitat dels seus rendiments nets del treball, personal, empresarial o professional. Aquest requisit pot ser complert pel qualsevol dels membres de la família; n'hi ha prou que un sol membre i accionista o participi compleixi aquest requisit.

Imaginem el supòsit que una família –pare, mare i tres fills– ostenta el 25% d'una societat i que solament un dels fills ostenta funcions directives en l'empresa, i que percep la retribució corresponent per aquest concepte. La participació ostentada per la resta de la família en podria quedar exempta.

La determinació del percentatge que representa la remuneració procedent de l'entitat participada respecte dels rendiments totals es farà de manera individual. Quan el contribuent participi en diverses entitats que reuneixin els requisits necessaris per a l'aplicació de l'exempció, aquestes remuneracions s'hauran de comparar amb la resta dels rendiments del treball, empresarials o professionals, però sense tenir en compte les percebudes per l'exercici de funcions de direcció en altres entitats susceptibles de quedar exemptes en l'IP; amb això s'aconsegueix de poder obtenir el benefici fiscal esmentat en diverses entitats a la vegada. La Llei 31/2002, de 30 de desembre, de mesures fiscals i administratives de la Generalitat, ha introduït referent a això un paràgraf clarificador.

En el supòsit que l'administrador de tres companyies –les societats A, B i C–, en les quals solament A i B compleixin els requisits per poder beneficiar-se de l'exempció en l'IP i de la reducció de l'ISD, es compararan les retribucions d'A amb les de C i les de B amb les de C.

La retribució pot ser tant dinerària com en espècie, si bé s'exclouen del càlcul els rendiments del capital mobiliari, els guanys patrimonials o les imputacions de bases imposables per entitats transparents. Aquests rendiments no procedeixen d'una activitat sinó que són conseqüència de la titularitat dels béns i drets esmentats.

7.3.5. Abast i moment de l'exempció

L'exempció s'aplica al valor de les participacions, determinada d'acord amb les regles de l'IP, a la part corresponent a la proporció entre els actius associats a una activitat empresarial o professional, menys l'import dels deutes associats a l'activitat i al patrimoni de l'entitat. El valor dels actius i dels deutes serà el que es dedueixi de la comptabilitat. El que es pretén evitar amb aquesta proporciolitat és deixar exclosos béns que d'altra banda no podrien quedar exempts.

Imaginem una societat determinada les accions de la qual no són negociades en mercats secundaris organitzats i que presenta el balanç següent, que als efectes d'aquest exemple hem mirat de simplificar al màxim:

Societat			
Actiu	Passiu		
Immobilitzat associat:	10.000.000	Capital social:	4.000.000
Immobilitzat no associat:	2.800.000	Reserva legal:	800.000
Existències associades:	8.300.000	Reserva voluntària:	10.200.000
Tresoreria associada:	1.200.000	Deutes associats:	5.000.000
Tresoreria no associada:	700.000	Deutes no associats:	3.000.000
Total actiu:	23.000.000	Total Passiu:	23.000.000

D'acord amb el que hem exposat fins ara, per determinar l'import susceptible de quedar exonerat per l'impost sobre el patrimoni s'haurà de procedir a minorar els elements d'actiu associats a la part corresponent als deutes que han estat considerats com a associats, comparant aquest import amb el valor del patrimoni net de la societat, és a dir, amb el valor dels fons propis. Tot això quedaria resumit en el quadre següent

Actiu net destinat		Determinació de l'exempció	
Immobilitzat associat:	10.000.000	Capital social:	4.000.000
Existències associades:	8.300.000	Reserva voluntària:	800.000
Tresoreria associada:	2.200.000	Deutes associats:	10.200.000
Total actiu:	19.500.000	Patrimoni net:	15.000.000
Deutes associats:	5.000.000	Import exempció:	(14.500.000/15.000.000) x 15.000.000
Diferència:	14.500.000	Resultat:	14.500.000
		%:	97 per 100

D'altra banda, ja hem explicat amb anterioritat la forma de valorar les participacions en el capital social d'entitats, tant si estan negociades en mercats secundaris com si no ho estan.

Tanmateix, i als únics efectes de determinar el valor de les accions cotitzades que podran beneficiar-se de l'exempció present, la norma de l'impost sobre el patrimoni solament fa referència a entitats que no cotitzin en borsa. Per això, i atès que les entitats negociadores en borsa també tenen dret a l'exempció, sembla raonable pensar que en quedarà exempt el valor de cotització corresponent a la proporció que, sobre el valor teòric comptable, els actius empresarials representen sobre el total.

Aquest mateix criteri s'aplica a les societats cotitzades. La DGT ha considerat que les participacions en entitats cotitzades, quan es compleixin els requisits per poder beneficiar-se de l'exempció, es valoraran pel valor teòric comptable, el qual servirà per determinar el percentatge dels actius associats o no a l'activitat.

Pel que fa al moment en què han de complir-se els requisits perquè l'exempció sigui aplicable, tant dels béns associats a activitats econòmiques com de les participacions en entitats, serà en el moment de tributar l'impost, és a dir, el 31 de desembre de cada any.

7.4. Bonificació en la base imposable de l'impost sobre successions i donacions per transmissió *mortis causa*

Els costos fiscals de transmissió de l'EF en cas de defunció s'han reduït els darrers anys. En aquest punt cal remarcar que el legislador català ha volgut afavorir el tractament fiscal de la transmissió modificant els requisits per a l'aplicació de la reducció.

Així doncs, la transmissió del patrimoni empresarial, si bé està subjecte a l'ISD, tanmateix es beneficia d'una bonificació del 95%, la qual cosa redueix a un 5% la valoració fiscal del patrimoni transmès i fa disminuir la tributació per aquest impost.

El legislador ha lligat l'aplicació de la bonificació als requisits de l'IP, als quals ens remetem. Tanmateix, a Catalunya, el legislador ha modificat alguns requisits i els ha deslligat d'aquells de l'IP.

L'estructura de la norma varia en el sentit que, en comptes de declarar la reducció del 95% de les participacions en entitats que estiguin exemptes per la Llei de l'IP, transcriu els requisits necessaris perquè la reducció sigui aplicable.

Respecte a la reducció prevista per als elements patrimonials associats a una empresa individual o a una activitat professional del causant i per als béns utilitzats en el desenvolupament de l'activitat empresarial o professional del cònjuge supervivent, quan aquest sigui adjudicatari dels béns no cal que aquests béns estiguin exempts d'IP.

D'aquesta manera la Generalitat de Catalunya desvincula la reducció del 95% de la legislació estatal i, en conseqüència, de l'exempció en l'IP.

Analitzant la regulació de la Llei de l'IP, concretament l'article 8.2.2 i els requisits aprovats per la Generalitat de Catalunya, s'observa que no hi ha diferències gaire significatives pel que fa al contingut.

Tanmateix, la bonificació és aplicable al cònjuge, descendents o adoptats, ascendents o adoptants, o als col·laterals fins al tercer grau del causant i se suprimeix, per tant, la limitació que imposava que solament es podien beneficiar de la reducció del 95% els ascendents, adoptants o col·laterals fins al tercer grau *en cas d'absència* de descendents o adoptats i s'accepta, fins i tot, les parelles de fet.

D'altra banda, es permet l'aplicació de les reduccions tant en el cas de plena o nua propietat com també pel que fa a qualsevol altre dret sobre els beneficis associats, a diferència de la normativa estatal, la qual solament contempla la reducció pel que fa al dret d'usdefruit.

El termini de manteniment obligatori dels béns i drets adquirits passa de deu a cinc anys, si bé el legislador exigeix el manteniment de la titularitat dels béns adquirits o subrogats amb un valor equivalent en el patrimoni de l'adquirent.²³⁷ Sembla que la normativa catalana pretén clarificar els dubtes sorgits pel que fa al manteniment dels propis elements rebuts o al seu valor, admetent que el requisit de manteniment no se centra tant en els béns mateixos i en els drets sinó en el seu valor, per la qual cosa sembla que únicament els actes de disposició o operacions societàries realitzades per l'hereu, amb la pretensió dolosa de disminuir el valor d'allò que s'ha adquirit, poden comportar la pèrdua de la reducció.

La DGT²³⁸ entén que es compleix el requisit de manteniment durant deu anys –cinc a Catalunya– exigint per l'article 20.2 c de la Llei 29/1987, de l'ISD, si es procedeix a alienar la participació en una entitat l'adquisició de la qual *mortis causa* va generar l'aplicació de la reducció del 95% en l'ISD, si es reinverteix l'import obtingut en la venda de forma immediata en accions d'una altra entitat "ja sigui per intercanvi de valors amb un parent o bé mitjançant subscripció en l'ampliació de capital d'aquesta última entitat"²³⁹.

²³⁷ Article 2.2 d, apartat setè de la Llei 21/2001, de 28 de desembre, de mesures fiscals i administratives.

²³⁸ DGT, 25 de març de 2002.

²³⁹ Malgrat que aquesta consulta pugui semblar flexible, s'hauria de confirmar en la pràctica la interpretació que donaria la Comunitat Autònoma, en el nostre cas Catalunya. Tot i la redacció tan poc afortunada, entenem que es pot interpretar que el consultant aportarà la seva participació juntament amb l'ostentada amb el seu parent a la societat beneficiària del canvi.

L'epígraf 1.3 f de la Resolució 2/1999 de la DGT, amb relació a la prohibició de realitzar actes de disposició i operacions societàries, estableix que: "No es pot atendre alguna petició rebuda en el sentit d'elaborar una llista d'actuacions prohibides per la Llei, sinó que s'haurà d'analitzar cada supòsit que es plantegi. Pel que fa a un dels supòsits més freqüents, com és el cas que els òrgans d'administració de les entitats en què participa el causahavent realitzen una sèrie d'operacions societàries acollides al règim especial de fusions, escissions, aportacions d'actius i intercanvi de valors, resultant d'aquestes operacions que, mantenint el valor d'adquisició, la titularitat s'ostenta no de les accions heretades sinó de les rebudes a canvi d'aquelles, si el valor d'adquisició es conserva i es compleixen els altres requisits previstos a l'article 20 de la Llei de l'impost sobre successions i donacions, el causahavent no perdria la reducció practicada."

La doctrina mantinguda per la DGT, així com per la redacció donada per la Generalitat en relació al requisit del manteniment sembla indicar que no es tracta d'un requisit d'una extrema rigidesa, sinó al contrari tot apunta que la voluntat del legislador és el manteniment del valor del rebut, tot i que en relació a aquest punt s'ha de ser molt prudent ja que el criteri de l'Administració, com s'ha demostrat en altres temes, pot canviar i la redacció de la norma en qualsevol cas no és clara.

7.4.1. Abast de l'aplicació de la reducció

Pel que fa a l'abast i al moment d'aquesta reducció als quals es refereixen els requisits, la norma legal, tret d'allò que fa referència als drets d'usdefruit, no conté disposicions específiques, si bé l'Administració tributària ha adoptat, a través de diverses consultes, el criteri de proporcionalitat.

En la normativa catalana la reducció s'aplicarà per la part que correspongui a la proporció existent entre els actius necessaris per a l'exercici de l'activitat empresarial o professional, minorats amb l'import dels deutes que se'n deriven, i el valor del patrimoni net de l'entitat. La normativa catalana advoca per la proporcionalitat –el mateix criteri que en l'exempció en l'IP–, mentre que la normativa estatal no fa cap referència sobre això.

No obstant això, i pel que fa a l'abast, segons la Resolució 2/1999 de la DGT la reducció del 95% s'aplica sobre el valor real –comprovat– de l'element, deduïdes les càrregues i els gravàmens que tingui aquest element, i la part proporcional dels deutes i de les despeses generals deduïbles.

La DGT s'ha manifestat, en dues consultes,²⁴⁰ en el sentit contrari i ha establert que el percentatge de reducció operarà sobre l'import que resulti exempt del valor dels elements de què es tracti.

Mereix un esment especial la reducció prevista per a les finques rústiques, aspecte que la legislació estatal no ha regulat, reducció que s'aplica a les finques rústiques de dedicació forestal que disposin d'un pla tècnic de gestió i de millora forestal aprovat pel Departament corresponent, amb l'obligació de manteniment durant cinc anys.

La Llei d'acompanyament modifica²⁴¹ el primer paràgraf de la lletra c de l'apartat 2 de l'article 20 de la Llei de l'ISD, i estén la reducció del 95% en la base imposable de l'impost als drets econòmics derivats de l'extinció del dret d'usdefruit en dos supòsits:

- Quan per motiu de la defunció es consolidi el ple domini en el cònjuge, descendents o adoptats.
- Quan aquests últims percebin els drets deguts a la finalització de l'usdefruit en forma de participacions en l'empresa, negoci o entitat afectada.

²⁴⁰ DGT, 11 de juny de 2001 i 9 de juliol de 2001.

²⁴¹ Article 3.1 de la Llei 53/2002, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i d'ordre social.

7.4.2. Moment al qual s'han de referir els requisits

Respecte al moment al qual s'han de referir els requisits, entenem que haurà de ser la data de defunció del causant.

Aquest criteri, si bé ja va ser sostingut per la DGT, en consultes del 26 de setembre de 1996 i del 14 d'octubre de 1997, ha estat corroborat en la Resolució 2/1999, la qual disposa que: "Quan la defunció ocorri en una data distinta al 31 de desembre (...), atès que les reduccions s'apliquen a la data de tributació de l'ISD, si en aquesta data es compleixen tots els requisits exigits per poder beneficiar-se de l'exempció en l'IP, es podran aplicar les reduccions en l'ISD ... Quant al requisit exigint per l'article 4, vuitè, 2 de la Llei 19/1991, que el subjecte passiu, per les funcions de direcció exercides, percebi una remuneració que representi més del 50% de la totalitat dels seus rendiments empresarials, professionals i de treball personal, s'haurà de tenir en compte els rendiments percebuts durant l'últim període comprès entre el primer dia de l'any i la data de defunció, que és el que coincideix amb l'exercici impositiu de l'impost sobre la renda de les persones físiques del causant."

El fet que el requisit de retribució s'hagi d'exigir en l'últim període impositiu de l'IRPF, és a dir, el comprès entre l'1 de gener anterior i la data de defunció, si bé a priori es podria pensar que donarà resultats lògics per haver disminuït totes les rendes proporcionalment, això pot produir distorsions. Per exemple, en el cas que la retribució es percebi en condició d'administrador de la societat participada –sense tenir una meritació periòdica– i se satisfaci amb posterioritat a la defunció, resultaria que en aquest període impositiu de l'IRPF no es compliria el requisit de retribució. Per tant, seria recomanable satisfer la retribució d'administradors a començament d'any.

La Llei de l'impost estableix que el pagament de les liquidacions girades com a conseqüència de la transmissió per herència, llegat o donació d'una empresa individual que exerceixi una activitat industrial, comercial, artesanal, agrícola o professional, o de participacions en entitats a les quals sigui aplicable l'exempció regulada en el punt 2 de l'apartat vuitè de l'article 4 de la Llei 19/1991, de 6 de juny, de l'impost sobre el patrimoni, podrà ajornar-se a petició del subjecte passiu, deduida abans d'expirar el termini de pagament o, si s'escau, el de presentació de l'autoliquidació, durant els cinc anys següents al dia en què acabi el termini per al pagament, amb obligació de constituir caució suficient i sense que procedeixi l'abonament d'interessos durant el període de l'ajornament. Acabat el termini de cinc anys, es podrà, amb les mateixes condicions i requisits, fraccionar el pagament en deu terminis trimestrals, amb el corresponent abonament de l'interès legal del diner durant el temps de fraccionament.

7.5. Reducció en la base imposable de l'impost sobre successions i donacions per transmissió *inter vius*

En aquest apartat ens fixarem en la transmissió lucrativa en vida d'una empresa individual, negoci professional i participacions en entitats, i ens centrarem en les donacions. El Codi civil defineix la donació com: "Un acte de llibertat pel qual una persona disposa gratuïtament d'una cosa en favor d'una altra, que l'accepta." Per tant, perquè hi pugui haver una donació hi ha d'haver gratuïtat, s'ha de produir un enriquiment en el patrimoni del donatari amb el consegüent empobriment del donant.

El benefici fiscal consisteix també en una bonificació del 95% sobre el valor de l'element transmès quan tingui per objecte un negoci o participacions en entitats, sempre que es compleixin els requisits de l'IP analitzats anteriorment.

Els destinataris del benefici fiscal són: el cònjuge, els descendents o adoptats i no és possible, a diferència de la transmissió *mortis causa*, estendre'l als ascendents, adoptants i col·laterals fins al tercer grau.

La norma regula de forma objectiva els requisits que han de concórrer en el donant perquè operi el benefici fiscal de la donació:

- Que el donant tingui 65 anys o més, o que es trobi en situació d'incapacitat permanent, en grau d'absoluta o de gran invalidesa.
- Que el donant deixi d'exercir funcions de direcció i de percebre remuneracions per l'exercici d'aquestes funcions des del moment de la transmissió. A aquests efectes no s'entendrà com a compresa entre les funcions de direcció la pertinença al consell d'administració –sense retribució.

Quant al donatari, haurà de mantenir allò que ha adquirit o haurà de tenir dret a l'exempció en l'IP durant els deu anys següents a la data de l'escriptura pública de la donació, tret que finís dins d'aquest termini. De la mateixa manera, no podrà realitzar actes de disposició o operacions societàries que, directament o indirectament, puguin produir una minorització substancial del valor de l'adquisició, en virtut del que hem comentat en seu de successions *mortis causa*.

7.5.1. Abast de la bonificació

La reducció del 95% per a les donacions s'aplica sobre la totalitat del valor net d'adquisició de l'empresa individual, negoci professional o participacions en entitats. El valor net d'adquisició es correspon amb el valor dels béns i drets minorats en l'import dels deutes derivats de l'activitat, sense que aquests deutes es puguin computar altra vegada a efectes de determinar la base imposable de l'ISD.

La LISD preveu, per a les transmissions lucratives *inter vius*, uns deutes que seran deduïbles del valor real dels béns per a la determinació de la base imposable. En aquest cas, solament seran deduïbles els que estiguessin garantits amb drets reals que recaiguin sobre els mateixos béns transmesos en el cas que l'adquirent hagi assumit fefaentment l'obligació de pagar el deute garantit. Aquests deutes que es tenen en compte per a la determinació de la base imposable no poden reduir, a la vegada, el valor d'adquisició de l'empresa individual, negoci professional i participacions en entitats sobre els quals sigui aplicada la bonificació del 95%.

7.5.2. Moment al qual s'han de referir els requisits

El moment en el qual s'han de complir els requisits és el de la donació; tanmateix, els dubtes han sorgit amb relació a quan s'entén complert el requisit de la percepció de retribucions per l'exercici de funcions executives. Si bé des que l'Administració tributària, mitjançant la Direcció General de Tributs, va publicar la Resolució 2/1999, va quedar establert que:

- El requisit del percentatge familiar de control s'ha de complir en el moment de la tributació de l'ISD –el dia en què es causi o se celebri l'acte o el contracte de donació–.
- En el requisit de remuneració, atès que en les donacions no s'interromp el període impositiu, per al còmput de la retribució s'haurà de tenir en compte l'últim període impositiu anterior –31 de desembre immediatament anterior a l'any en què s'hagi produït la donació–.

La LISD fa referència al manteniment d'allò adquirit durant deu anys, computats des de l'escriptura pública de donació, quan estableix els requisits imputables al donatari, si bé la norma substantiva no exigeix escriptura pública per a la validesa de la donació.

7.5.3 Especial incidència en la Llei 40/1998, de l'impost sobre la renda de les persones físiques

En virtut de la Llei 18/1991, antiga Llei de l'impost sobre la renda de les persones físiques, es considerava un increment patrimonial subjecte a l'impost la transmissió lucrativa *inter vius*, el subjecte passiu de la qual era el donant i la base era determinada per la diferència entre el valor de transmissió a efectes de l'ISD i el preu d'adquisició.

La promulgació de la Llei 40/1998 ha exonerat de tributació les transmissions lucratives *inter vius* de l'EF. D'aquesta manera s'ha aconseguit pal·liar un dels obstacles que, des del punt de vista fiscal, dificultava la transmissió de l'EF en la donació d'aquests tipus d'empreses. El tractament fiscal rebut s'ha equiparat a la transmissió *mortis causa*, la tributació de la qual ja va desaparèixer amb l'antiga Llei de l'IRPF.

La Llei de l'IRPF introdueix una especialitat en allò que es refereix als béns associats i necessaris per al desenvolupament d'una activitat econòmica, i s'exigeix que aquests elements patrimonials hagin estat associats al desenvolupament d'activitats empresarials i professionals ininterrompudament durant el termini mínim dels cinc anys anteriors a la transmissió lucrativa.

L'objecte d'aquest requisit és evitar els traspassos d'elements patrimonials personals al patrimoni empresarial i que la donació posterior quedi sense tributació.

L'exoneració de tributació té com a contrapartida que, en el supòsit que aquesta donació provoqui una pèrdua patrimonial en el donant, aquesta pèrdua no es pugui integrar si el donatari fa ús de la bonificació prevista en la Llei de l'ISD.

Un altre dels avantatges consisteix en el fet que el donatari se subroga en la posició del donant quant a la valoració dels béns donats i a la data d'adquisició històrica d'aquests béns.

La conservació de la data històrica d'adquisició podria produir la no tributació si el donant tingués prou antiguitat perquè fossin aplicables els coeficients de l'abatiment. Per això, podríem trobar-nos que el donant transmet una EF al seu fill, que el donatari únicament tributa sobre la base del 5% en l'ISD i aquest, a la vegada, i sempre i quan s'haguessin complert els requisits de l'aplicació de la

reducció, torna a transmetre-la al seu fill, mitjançant una donació, i que aquest darrer conservi la data d'adquisició de l'avi.

Si bé, lògicament en el supòsit que l'avi fes la donació directament al nét, podríem obtenir una mino-rització en la tributació en l'ISD, per la qual cosa només existiria la fiscalitat en la primera transmissió, i s'evitaria, d'aquesta manera, pagar dues vegades el mateix impost, malgrat que hi hagi una reducció.

De la mateixa manera, no podem oblidar que, pel que fa als coeficients d'abatiment previstos en l'antiga Llei de l'IRPF, i que la nova Llei manté com a transitoris, s'exigeix que es tracti de transmissió d'elements patrimonials no associats a activitats econòmiques, per la qual cosa sí serien aplicables en el cas d'accions o participacions de societats amb activitat empresarial.

Respecte als coeficients d'abatiment esmentats, l'exclusió d'elements associats a activitats econòmiques té l'origen en el fet que aquests elements tampoc no tenien dret a l'aplicació dels percentatges reductors abans de 1999. Ara bé, en el supòsit que un bé quedi deslligat de l'activitat econòmica durant un termini de tres anys abans de la transmissió, aquest bé podrà beneficiar-se dels esmentats coeficients d'abatiment .

7.6. Esquemes organitzatius fiscalment eficients i societats *holding*

Un cop analitzats els avantatges fiscals exempts, tant en l'IP com en l'ISD, la pregunta que es pot fer l'empresari seria com pot aprofitar tots aquests avantatges d'una forma eficient. Evidentment, no hi ha una sola resposta, de la mateixa manera que no hi ha dues situacions idèntiques.

En primer lloc hem de remarcar que cap situació no és inamovible i que jurídicament hi ha formes d'aconseguir una estructura eficient que ens permeti, no solament aprofitar-nos dels avantatges que, des del punt de vista fiscal, permet a les EF, sinó que també ens permeti de beneficiar-nos d'altres avantatges des del punt de vista empresarial i legal. Aquests canvis d'estructura, sempre que tinguin un motiu econòmic vàlid, no suposaran costos fiscals addicionals o, en qualsevol cas, aquests costos seran mínims.

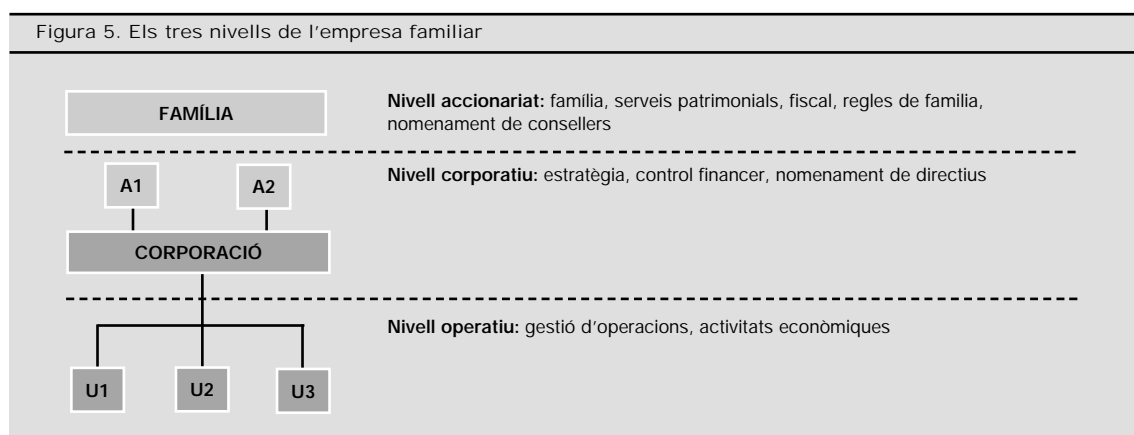
Una estructura idònia hauria de complir, pel cap baix, aquests requisits:

- Evitar que sigui aplicable el règim de societats patrimonials.
- Controlar la tributació dels socis de l'EF en l'IRPF, de tal manera que les rendes generades per la societat no tributessin a un tipus superior que en l'IS i que es compleixin els requisits de l'IP en matèria de "principal font de renda".
- La distribució sense cost fiscal de les rendes obtingudes per una societat per iniciar noves aventures empresarials sense arriscar el patrimoni ja creat.
- Separació de la gestió i del control, afavorint les tasques de control, de direcció i d'operativa empresarial.
- Unificació del control accionarial.

Una vegada analitzats els requisits per poder aplicar l'exempció de l'IP i la reducció de l'ISD, i seguint els principis establerts, l'estructura que compleix millor aquests requisits és l'estructura de *holding* o les societats de cartera de control.

Les societats *holding* són societats accionistes o particips d'altres societats, la funció de les quals és de societats tenidores; d'aquí el terme anglès *holding*. Aquestes societats s'utilitzen per ubicar l'estalvi procedent de societats operatives per tal de realitzar, després, noves inversions sense cost fiscal o amb el mínim possible. És una societat de societats; el *holding* familiar no és ni més ni menys que una societat tenidora d'accions en la qual els socis són persones físiques integrants d'una o més famílies, però no hi ha una dilució de participació en tercers aliens a aquestes famílies.

L'esquema bàsic podria consistir en l'estructura marcada per la teoria dels tres nivells, en la qual trobem el nivell accionarial, el corporatiu i l'operatiu:



Al nivell accionarial és on es marquen les regles del joc entre els membres de la família o famílies, si bé aquestes regles sovint no estan escrites i no són interpretades de la mateixa manera pels membres de la família, la qual cosa pot ocasionar problemes entre els accionistes. És habitual que els estatuts societaris siguin estandaritzats i que no recullin, sempre que sigui possible, les necessitats dels accionistes familiars.

En una estructura eficient, com ho és el *holding*, la participació de cada soci s'ha d'organitzar de tal manera que permeti optimitzar els fluxos de rendes i desinversions, minimitzant l'impacte dels impos-

tos directes. Aquesta estructura permetrà articular els òrgans de govern i els requisits que hauran d'acreditar-se per accedir als òrgans de govern. També permetrà establir les polítiques sobre la transmissió d'accions.

Al nivell corporatiu se situa la societat *holding* familiar, o corporació, o societat de cartera de control; de vegades en forma de dues societats que organitzen les grups –corporació industrial i corporació patrimonial–, titulars respectivament de participacions en les societats operatives industrials o comercials i en les de cartera i immobiliàries, formant dues estructures societàries diversificades, amb societats operatives que poden estar situades en diversos països.

Mitjançant aquesta estructura de grups es poden aconseguir, entre altres coses, les següents finalitats:²⁴²

- Compartimentar els riscos.
- Permetre pactes empresarials amb tercers.
- Donar autonomia als diferents negocis.
- Augmentar l'equip directiu.
- Diversificar els negocis mitjançant la reinversió dels excedents financers.
- Centralitzar les funcions d'assessorament, finançament, marketing i d'altres.
- Aconseguir una fiscalitat més eficient, sobretot aprofitant el règim de neutralitat fiscal en les operacions regulades en el capítol VIII de la LIS –fusió, escissió, cessió de branca d'activitat, intercanvi de valors i aportació no dinerària especial– que consisteix en l'absència de tributació en l'impost sobre les plusvàlues generades, que solament tributaran si en el seu dia es produeix el fet imposable en el patrimoni de l'adquirent. No obstant això, per a l'aplicació del règim esmentat és menester que hi hagi uns motius econòmics vàlids, com ara la reestructuració o la racionalització de les activitats de les entitats que participen en l'operació²⁴³, i no tan sols per motius fiscals.

En el nivell operatiu hi ha les diferents societats operatives, amb objecte social consistent en activitats industrials o comercials, o de construcció immobiliària, si s'escau, controlades al 100% per les respectives corporacions, generalment en disposició de *pinta* perquè és la més eficient. Aquestes corporacions decidiran quan s'ha de constituir una nova societat mitjançant escissió, intercanvi de valors o altres procediments, per raó d'especialització d'activitat o territorial.

Imaginem un empresari que ostenta participacions en les companyies següents i que percep retribució en concepte de funcions directives en totes elles:

- Fabricació de Neveres, SA: 100%
- Multinacional, SA: 15%
- Promocions Urbanes, SA: 16
- Decoració i Construcció, SA: 17%

Les participacions ostentades per les companyies estarien exemptes i se'ls podria aplicar la reducció prevista tant en el supòsit de transmissió lucrativa *mortis causa i inter vius*, sempre que es complissin la resta de requisits, si bé podríem trobar una objecció a l'eficiència d'aquesta estructura: per una banda, les retribucions de totes les companyies les percep ell directament, amb el cost fiscal que això pot suposar en l'IRPF; i en el supòsit que una de les companyies decidís repartir un dividend, aquest s'imputaria directament en la seva renda.

A la taula següent es mostra la tributació en l'IRPF (2003) resultant de la percepció de dividends. Com a conseqüència de la no correcció de la doble imposició en persona física, es produeix un gravamen doble d'una mateixa renda, que per un costat ha tributat en la societat i per l'altre torna a tributar en el soci:

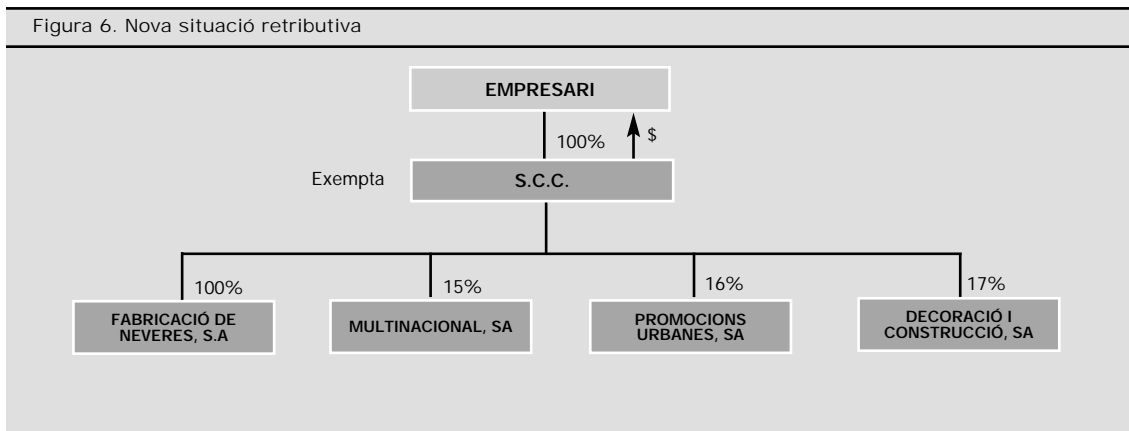
Base liquidable (Euros)	Tipus aplicable	Tipus resultant
25.800-45.000	37%	11,80%
45.000 en endavant	45%	23,00%

Ara plantegem un altre esquema: l'empresari ostenta el 100% de les accions de la companyia *holding* –societat de cartera de control–, la qual ostenta la participació de les companyies abans esmen-

²⁴² Assenyalades pel professor F. VICENT CHULIÀ. Revista de dret patrimonial, editorial Aranzadi, any 2000 - 2001, num. 5.

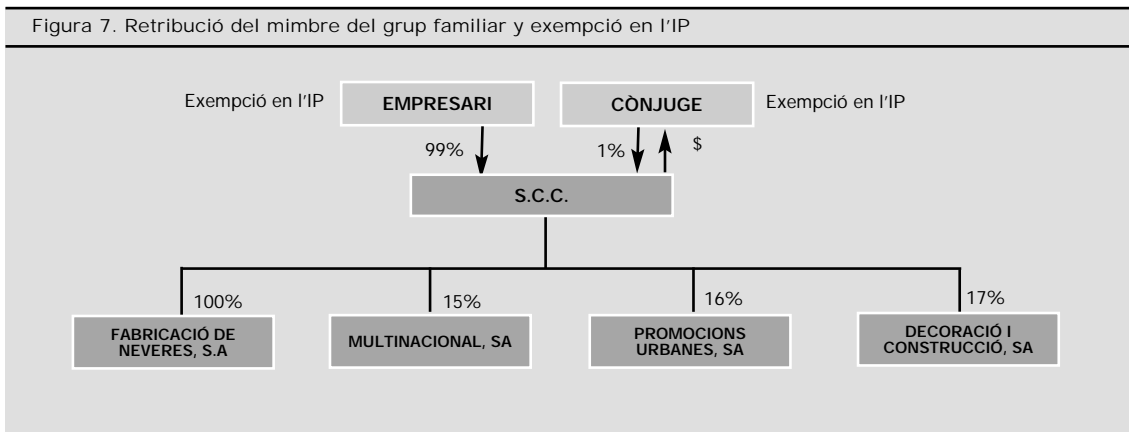
²⁴³ Article 110 de la LIS.

tades en els mateixos percentatges, si bé l'única retribució que percep l'empresari prové de la companyia *holding*.



En aquest supòsit, els avantatges que hi ha en aquesta nova estructura són, entre altres, el control de les retribucions a percebre per l'empresari i els fluxos dineraris necessaris en funció de les necessitats de noves inversions o de les participades, la concentració de la decisió empresarial. També permet acollir-se a la tributació de l'IS com a grup consolidat en les societats que participen almenys en un 90%, amb l'objectiu de compensar, en el seu cas, per tot el grup i de forma simultània, les pèrdues, deduccions i crèdits fiscals generats per alguna societat que l'integri. També aquesta estructura permet articular els òrgans de govern i les polítiques de transmissió d'accions.

Fins i tot es podria donar el cas que algun membre de la família, com ara la dona d'aquest empresari, participés en el *holding* i exercís i cobrés per les seves funcions directives, i que aquest empresari fos nomenat conseller d'una companyia, com podria ser Telefònica, de la qual no ostentés el percentatge mínim de participació requerit per beneficiar-se de l'exempció de l'IP, i que com a membre del consell percebés una retribució, amb la qual cosa, gràcies a la situació de la seva dona, la seva participació en el *holding* podria continuar quedant exempta en l'IP; també caldria que la dona ostentés un percentatge de participació a més a més d'exercir funcions directives.



7.7. Política retributiva de directius

En empreses en general i en alguna empresa familiar en particular és habitual l'incentiu dels treballadors mitjançant beneficis no dineraris: les denominades retribucions en espècie; des del punt de vista fiscal consisteixen en la utilització, consum o obtenció, per a fins particulars, de béns, drets o serveis de forma gratuïta o per un preu inferior al normal de mercat, encara que no suposin una despesa real per a qui les concedeixi.²⁴⁴

Hi ha diferents tipus de rendes en espècie. La llei estableix que aquestes rendes es valoraran pel seu valor normal de mercat,²⁴⁵ si bé hi ha rendes en espècie, les quals el legislador ha valorat de forma específica o ha establert els criteris de valoració perquè són les que habitualment les empreses ofereixen als seus treballadors, com ara l'habitatge, els vehicles automòbils, els préstecs amb interessos inferiors al legal del diner, els viatges, les primes d'assegurances, despeses d'estudis i manutenció de l'empleat o d'altres persones que hi estan lligades per vincles de parentiu, plans de pensions.

També hi ha un altre tipus de retribucions en espècie que no tenen la consideració de rendiment del treball per al legislador, si bé no deixen de ser formes de retribució en espècie, les quals, per un interès social, no tenen aquesta consideració; és el cas dels lliuraments d'accions o participacions als treballadors en actiu amb certs límits i requisits: les quantitats destinades a cursos de reciclatge i capacitació, la utilització de béns destinats als serveis socials i culturals, les primes satisfetes per l'empresa en virtut de contracte d'accident laboral o responsabilitat civil del treballador, les primes o quotes satisfetes a entitats asseguradores per a la cobertura de malalties, quan es compleixin certs límits i requisits.

Els supòsits regulats per la Llei de l'IRPF són els supòsits habituals de retribucions en espècie, però evidentment no es tracta d'una llista tancada i hi pot haver diferents formes de retribuir l'empleat que no sigui solament la retribució dinerària.

Ara bé, els sistemes tradicionals de retribució, basats en un salari fix –al marge d'objectius i de la situació econòmica– s'adapten malament al nou entorn competitiu, per la qual cosa de forma progressiva s'han anat introduint components variables com una part de la remuneració del directiu. El que es busca és un sistema de compensació basat en retribucions fixes –dineràries o en espècie–, retribucions variables a curt i a llarg termini.

Sobre la base d'això, hi ha retribucions variables indexades a la devolució de l'empresa, de moda a Espanya els darrers anys d'influència anglosaxona, les quals analitzarem amb més profunditat, com ara les opcions sobre accions o *stock options*, el lliurament d'accions i les *phantom shares*.

7.7.1. *Stock options*

Les opcions sobre accions s'instrumenten com una forma d'incentiu a l'empleat; es tracta d'utilitzar les accions de la pròpia empresa, de l'empresa dominant o de filials del grup com a incentiu per als empleats o per als directius. Aquesta forma de retribució no ha tingut gaire tradició a Espanya, a diferència d'altres països, especialment als Estats Units i al Regne Unit, on actualment hi ha implementades fórmules amb un règim fiscal especial per als supòsits, no ja de lliurament d'accions, sinó fins i tot de drets d'opció de compra sobre accions.

La idea d'incorporar com a accionistes els empleats busca dos objectius fonamentals: d'una banda la permanència en la companyia del beneficiari i, de l'altra, que contribueixi a fer créixer l'empresa.

²⁴⁴ Article 43.1 de la LIRPF.

²⁴⁵ Article 44.1 de la LIRPF.

Aquest sistema, reeixit als Estats Units, es posà de moda durant la bombolla de les societats dedicades a temes relacionats amb Internet. En aquesta mena d'empreses els projectes són costosos i no hi ha prou líquid per afrontar sous de personal qualificat. Una part important del pressupost d'aquest tipus de companyies es destina a publicitat, per la qual cosa la forma d'atraure el personal especialitzat pagant-li menys diners és mitjançant les opcions sobre accions; d'aquesta manera sembla que tothom hi guanya.

Els adeptes destaquen que el mecanisme d'*stock options* genera una major fidelització en els destinataris, sobretot si es compara amb altres sistemes de retribució vinculats als beneficis anuals, perquè solament es retribueix l'esforç que es manté durant un període de temps determinat. Els detractors subratllen que aquest sistema vincula perillosament l'actuació dels directius al preu de les accions, la qual cosa podria generar una OPA –oferta pública d'accions– amb l'únic objectiu d'exercir l'opció o de fer prevaler l'interès dels accionistes –*shareholders*– en lloc de vetllar per l'interès de l'empresa en la seva totalitat –*stakeholders*.²⁴⁶

Un dret d'opció sobre accions és un dret reconegut a canvi d'una contraprestació econòmica a un subjecte, en virtut del qual s'estipula la possibilitat o l'opció de comprar una acció en un determinat moment o període de temps al preu fixat per les parts.

D'aquesta manera, si un cop arribat el moment de l'exercici del dret el preu de mercat de l'acció sobre la qual posseeix l'opció de compra és superior al preu que es va estipular serà convenient exercir-lo, i no en cas contrari. Els directius solament exerciran les opcions si el valor de les accions en la borsa és superior al preu fix al qual tenen dret de comprar-les.

Respecte a la qualificació dels drets d'opció, en la mesura que es lliurin de forma gratuïta als empleats, o per un preu inferior al de mercat, opcions de compra negociables i per això susceptibles de ser alienades a tercers, el lliurament d'aquestes opcions constituirà una retribució en espècie de la feina.

Bàsicament, en la qualificació fiscal d'aquesta retribució incideixen els aspectes següents, tots ells analitzats en el document present:

- Moment de la meritació de la retribució en espècie.
- Valoració de la retribució en espècie.
- Aplicació de la corresponent reducció del 40% a la base de l'IRPF.

Moment de la meritació de la retribució en espècie

La meritació de la retribució en espècie dependrà de com es configuren els drets d'opció concedits per l'empresa a l'empleat o directiu, per les circumstàncies que han de concórrer perquè el dret pugui ser exercit i, d'altra banda, per la seva transmissivitat *inter vius* aquests condicionaments habitualment quedaran establerts en el pla d'opcions –*stock options plan*– de la companyia, pla que no és res més que un document en el qual s'estipulen les condicions –qui, com quan...– per accedir a aquesta forma de retribució.

La postura de la DGT, manifestada en les resolucions conegudes fins avui i relacionades amb la tributació d'un pla d'opcions sobre accions –consultes del 22 d'octubre de 1993, 2 de febrer de 1996, 11 d'abril de 1996, 5 de maig de 1999 i 13 de març de 2001– és la següent:

- Si l'opció és negociable i, per tant, susceptible de ser transmesa a tercers –situació poc probable en EF–, en el moment de la concessió del dret es merita la tributació en espècie.
- Si l'opció no és transmissible a tercers, la retribució en espècie es merita en el moment d'exercir-se l'opció. –La resposta, igual que les consultes, no fa referència a l'existència o no d'altres condicionants o limitacions per poder exercir el dret d'opció.
- Per al supòsit que es produís una liquidació per diferències del dret d'opció –retribució dinerària per diferència entre el valor de mercat de l'acció en la data de l'exercici i el preu d'exercici preestablert en la data de la concessió–, la meritació es produeix quan aquest import dinerari és exigible. Si l'exigibilitat està sotmesa a circumstàncies de naturalesa personal, la meritació de la retribució dinerària es produirà a partir del moment que aquestes circumstàncies ja no siguin vinculants per a l'exercici del dret.

²⁴⁶ Maria Blanca Galimberti, Una aproximació a la problemàtica de les *stock options*. *Leyesnet*, 2001.

Sembla que l'Administració considera que si el dret d'opció no és transmissible *inter vius* no té contingut econòmic cert i, en conseqüència, la concessió no comporta existència de retribució en espècie en aquest moment. Contràriament, si el dret d'opció és negociable, aleshores sí que té contingut econòmic i el seu lliurament constitueix una retribució en espècie en aquest moment.

Si el dret no té contingut econòmic en el moment de la concessió, solament es produeix trasllat de riquesa –retribució en espècie– a l'empleat si hi ha ús –exercici– del dret i, en aquest moment, es merita la tributació en espècie.

Sobre aquestes premisses cal fer les observacions següents:

- Es consideren com a drets que dificulten o que impossibiliten d'apreciar l'existència de contingut econòmic cert en el dret d'opció en el moment de la concessió aquells que resulten distants de l'evolució del mercat o del factor treball dels directius, com ara el manteniment de la relació laboral amb l'empresa, la sortida a borsa, la fusió amb una altra societat, l'obertura d'una sucursal, etcètera.
 - En tots ells s'aprecien circumstàncies de caràcter subjectiu, no prou separades de la voluntat personal de l'empleat o directiu, o de l'empresa, i, en conseqüència, difícilment predibles únicament segons paràmetres objectius econòmics de mercat, la qual cosa comporta que sigui difícil considerar l'existència de retribució en espècie en el moment de la concessió.
 - Això resulta de manera indubitable en el supòsit d'establir com a premissa per a l'exercici del dret d'opció el manteniment de la relació laboral del directiu o empleat de l'empresa.
- Es considera que el dret d'opció té contingut econòmic cert en la data de la concessió, en tot cas, a efectes de meritació de la retribució en espècie en els supòsits següents:
 - Si en la data de concessió del dret d'opció no s'estableix condició, premissa o necessària concurrència de cap mena de circumstància per al seu possible exercici, i si és transmissible el dret *inter vius*.
 - Si en la data de concessió del dret d'opció s'estableix la necessària concurrència de *circumstàncies objectives de mercat* o simplement un termini per al seu exercici, i si és transmissible el dret *inter vius*.
- La necessària concurrència de *circumstàncies objectives de mercat* o d'un termini per a l'exercici del dret d'opció és compatible amb la transmissibilitat del dret.
 - Contràriament, no té sentit real considerar la transmissibilitat del dret d'opció quan el seu exercici se sotmet a la concurrència de circumstàncies subjectives i, en particular, la del manteniment de la relació laboral del directiu o empleat amb l'empresa.
- S'ha de considerar que hi ha arguments raonables per interpretar que la retribució en espècie té contingut econòmic cert –tot i que pugui ser difícil de determinar– i, consegüentment, susceptible de produir-se la meritació, des del moment que el dret d'opció és exercible –data de consolidació del dret–, amb independència que s'exerceixi efectivament o no immediatament –*caeteris paribus* transmissibilitat *inter vius*; és a dir, sense tenir en compte aquest aspecte.
 - La DGT, en les resolucions esmentades anteriorment, es manifesta en el sentit de considerar que per a casos de no transmissibilitat dels drets d'opció solament l'exercici del dret comporta la retribució en espècie, però manté, tanmateix, la data de consolidació del dret com a referència per al còmput de la *irregularitat* del rendiment.
 - En conseqüència, aquesta última interpretació, en el cas que no coincideixin el moment de l'exercibilitat i el moment de l'exercici efectiu del dret d'opció, pot comportar un risc fiscal significatiu, en el sentit que l'increment de valor de les accions o participacions generat entre el moment de l'exercibilitat i el moment de l'exercici efectiu s'estaria qualificant com a guany patrimonial –que tributa, en general, al tipus fix del 15%– i no pas com a retribució en espècie del treball personal –i aleshores pot arribar a tributar al tipus marginal màxim del 45%, reduït si s'escau, en tot o en part, en un 40%.

Essent així, una postura de prudència aconsellaria de no emetre una opinió sense reserva sobre la base d'aquesta interpretació, discrepant amb la de la DGT.

²⁴⁷ El valor intrínsec resulta de la diferència entre el preu de comptat –spot– de l'acció i el preu d'exercici. És a dir: què guanyaria avui l'empleat si exercís l'opció? Sempre és positiu o zero, però mai negatiu.

El valor temporal, d'altra banda, mesura el grau d'incertesa respecte del valor de l'acció –subjacent– des del moment de la concessió fins a la data límit d'exercici. L'existència de valors addicionals que depenen del valor del subjacent en una data determinada fan minorar aquest valor intrínsec –per exemple, l'abast de paràmetres objectius elevats de mercat.

Valoració de la retribució en espècie

En la valoració d'aquest instrument financer conflueixen normalment els factors següents:

- Preu de l'acció subjacent –amb la qual es relaciona el dret d'opció– en la data d'exercici.
- El preu d'exercici.
- La volatilitat de l'acció subjacent.
- El tipus d'interès.
- Els dividendes que pugui percebre l'acció abans de la data d'exercici.
- El termini de temps que transcorre fins a la data d'exercici.
- L'existència de mercat per a la negociació del dret d'opció.
- Les restriccions a la lliure transmissibilitat.

Tot i ésser de gran complexitat, hi ha models que permeten valorar les opcions, especialment si el subjacent –les accions– correspon a una empresa cotitzada, basats en els anomenats valor intrínsec i valor temporal de les accions.²⁴⁷

Per aquesta especial complexitat, en tots els casos en què la retribució en espècie es merita en el moment de concessió del dret d'opció resultaria absolutament imprescindible que la valoració d'aquest dret la realitzés, si més no, un tercer expert independent mitjançant un informe valoratiu on s'especificuessin els mètodes utilitzats en la valoració.

Essent així, aquest valor constituirà la retribució en espècie i, d'altra banda, la base per realitzar el corresponent ingrés a compte, sense perjudici que, atesa la seva subjectivitat, aquest valor pugui ser qüestionat per una actuació inspectora eventual.

Reducció del 40%

Amb relació a l'aplicació de la reducció del 40%, hem d'indicar que en aquest sentit hi ha hagut una evolució legislativa important des de l'aprovació de la Llei 40/1998, de l'impost sobre la renda de les persones físiques; amb relació a la reducció prevista per als rendiments irregulars el règim ha quedat de la forma que detallarem tot seguit.

De la lectura de l'article 17.2 de la Llei de l'IRPF²⁴⁸ –segons la redacció donada per la Llei de reforma parcial de l'impost sobre la renda de les persones físiques, Llei 46/2002–, i a l'hora de calcular el rendiment net del treball, s'observa que no ens trobem en dos supòsits diferents als quals s'aplicaria, totalment o parcialment, la reducció del 40%:

- Quan estiguem en presència de rendiments que compleixin, necessàriament, un doble requisit: període de generació superior als dos anys i que no s'obtinguin de manera periòdica o recurrent.
- Respecte del primer component, s'entén que un rendiment comença a generar quan, de les condicions inicials o prèvies a l'obtenció dels rendiments –pacte, contracte, conveni col·lectiu, etcètera–, la percepció estigui condicionada al transcurs d'un nombre d'anys, independent de la forma de cobrament, o bé quan el rendiment percebut duu la seva causa en aquestes condicions inicials o prèvies.
- Respecte del segon component, a part de les dificultats a definir l'abast de les expressions *periòdica* o *recurrent*, en qualsevol cas la qualificació es fa en la data de l'atorgament o concessió de la retribució, o de la seva obtenció per l'empleat o directiu, no pas en un possible cobrament fraccionat posterior, un cop meritada, la qual té un tractament fiscal específic.

²⁴⁸ *Com a regla general, els rendiments íntegres es computaran en la seva totalitat, tret que sigui aplicable alguna de les següents reduccions:*

a) El 40% de reducció, en el cas de rendiments que tinguin un període de generació superior a dos anys i que no s'obtinguin de manera periòdica o recurrent, com també aquells que siguin qualificats reglamentàriament com a obtinguts de forma notòriament irregular en el temps.

El Còmput del període de generació, en el cas que aquests rendiments es cobrin de forma fraccionada, haurà de tenir en compte el nombre d'anys de fraccionament, en els terminis que s'estableixi reglamentàriament.

En el cas que els rendiments derivin de l'exercici d'opcions de compra sobre accions, la quantia del rendiment sobre la qual s'aplicaria la reducció del 40% no podrà superar l'import que resulti de multiplicar el salari mitjà anual del conjunt dels declarants en l'IRPF pel nombre d'anys de generació del rendiment. A aquests efectes, quan es tracti de rendiments obtinguts de forma notòriament irregular en el temps, s'agafaran cinc anys.

Reglamentàriament es fixarà la quantia del salari mitjà anual, tenint en compte les estadístiques de l'impost sobre el conjunt dels contribuents en els tres anys anteriors.

- En el cas que es tracti de rendiments d'opcions de compra sobre accions o participacions pels treballadors, la quantia sobre la qual s'ha d'aplicar la reducció del 40% no podrà superar l'import que resulti de multiplicar el salari mitjà anual del conjunt dels declarants pel nombre d'anys de generació del rendiment.²⁴⁹
- D'altra banda, no s'ha d'oblidar que, en qualsevol cas, quan els rendiments del treball amb un període de generació superior als dos anys es perceben de forma fraccionada, solament serà aplicable la reducció del 40%, en tot o en part, en cas que el quocient resultant de dividir el nombre d'anys de generació entre el nombre de períodes impositius de fraccionament sigui superior a dos.

Un supòsit típic de rendiment irregular consistiria, per exemple, en un treballador que fa cinc anys que treballa en una empresa, que és acomiadat i que percep una indemnització de 42.000 euros, essent la part exempta de 18.000 euros; a l'excés de la part subjecta i no exempta, 24.000 euros, li seria aplicable la reducció del 40%. En el supòsit que aquesta indemnització fos cobrada de forma fraccionada també seria aplicable la reducció del 40% atès que el quocient de nombre d'anys de generació –cinc anys– i el nombre d'anys de fraccionament –dos anys– és superior a 2.²⁵⁰

Adicionalment al que acabem d'exposar, i per al cas específic de concessió de drets d'opció sobre accions, el Reglament de l'IRPF, en l'article 10.3, assenyalava específicament que es considerarà rendiment del treball amb un període de generació superior a dos anys, i que no s'obté de forma periòdica o recurrent, el derivat de la concessió del dret d'opció de compra sobre accions o participacions als empleats o directius quan es compleixin simultàniament dues condicions:

- Que el dret d'opció solament es pugui exercir transcorreguts més de dos anys des de la concessió.
- Que el dret d'opció no es concedeixi anualment.

En els supòsits en què la meritació de la tributació es produeix en la data d'exercici del dret –o en la data de consolidació–, l'aplicació limitada del percentatge de reducció del 40% no presenta problemes addicionals a aquells que es poguessin presentar en qualsevol altre supòsit de fórmula retributiva amb període de generació plurianual.

Contràriament, sí que es presenten alguns dubtes en aquells supòsits en què la meritació de la tributació en espècie es produeix en el moment de la concessió del dret d'opció i es compleixin els requisits per poder aplicar la reducció.

Referent a això, de manera coherent amb el raonament exposat en l'apartat anterior, a efectes de l'aplicació limitada del percentatge del 40%, es podria considerar que el període de generació a tenir en compte és aquell que ve determinat pel temps transcorregut des del moment de la concessió dels drets d'opció fins al moment en què ja es poden exercir.

Qualsevol altra interpretació es fa difícil d'encaixar en les disposicions reglamentàries, o les buida de contingut.

D'altra banda, La DGT ha manifestat en repetides ocasions que el nombre d'anys de generació, en el supòsit que no sigui enter, no pot ser arrodonit.

En el supòsit que en un mateix exercici es percebes un incentiu en metàl·lic –per exemple un bo– i s'exercís l'opció de compra d'accions, tenint ambdós rendiments la consideració d'irregulars, d'acord amb l'article 17.2 de la LIRPF i 10.3 del RIRPF, s'haurà d'aplicar el que es preveu en aquests dos articles de forma separada. En aquest mateix sentit es manifesta la consulta de la DGT,²⁵¹ en el supòsit que en un mateix any s'exerceixin opcions concedides en anys diferents –i alterns entre si– i que compleixin els requisits exigits en l'article 10.3 del RIRPF. Per tant, en aquest supòsit el límit quantitatiu de la base de reducció s'haurà de calcular i aplicar de forma separada per a cada grup d'opcions.

S'hauria d'arribar a una conclusió diferent si en el mateix període s'exercissin, en dates diferents, opcions atorgades en un mateix any. En aquest sentit, la consulta esmentada estableix que el nombre d'anys de generació, als efectes de l'aplicació del límit de reducció, ha de ser el que es derivi de la data del primer exercici de les opcions de compra esmentades. Encara que la DGT no ho mani-

²⁴⁹ El salari mitjà anual del conjunt dels declarants de l'IRPF es va fixar, amb l'aprovació del Reial decret 594/2002, en 17.900 euros per als períodes impositius que s'iniciïn a partir de l'1 de gener de 2002. I en casos determinats es duplica el salari mitjà anual.

²⁵¹ DGT, 13 de març de 2001.

²⁵⁰ Nombre d'anys de generació (5) / nombre d'anys de fraccionament (2) = 2,5 > 2 –s'aplica el 40%.

festa expressament, sembla coherent amb el que hem exposat que el límit de la base de reducció s'hagi de calcular una sola vegada, com si es tractés d'un únic exercici d'opció de compra. Tot això sense perjudici que es pugui aplicar la reducció del 40% en els successius exercicis d'opció, en el supòsit que en els precedents no s'hagués esgotat el límit esmentat.

L'empresa familiar presenta unes característiques pròpies que plantegen dificultats per a l'establiment de plans d'opcions de compra sobre accions per als seus directius o empleats. En aquests plans el directiu o empleat adquireix la titularitat d'accions de la societat, la qual cosa el converteix en accionista de ple dret, excepte que:

- hi hagi un mercat on aquestes accions es puguin convertir en líquid, o
- les accions s'adquireixin per al manteniment en autocartera o amortització.

Això no obstant, aquesta segona via té el problema que no és deduïble el cost econòmic determinat per la diferència entre el valor de mercat de les accions en el moment que l'empresa les adquireix al directiu i el seu valor nominal.

Això fa que en un entorn familiar, on no sol ser habitual que el directiu o l'empleat formin part del grup d'accionistes i on no hi ha cap mercat que atorgui liquiditat a les accions, el cost econòmic no deduïble fiscalment esmentat en l'apartat anterior representi una dificultat difícil de defugir per a l'establiment de plans d'opcions sobre accions i, fins i tot, de plans d'accions.

Essent així, i sense perjudici de l'aplicació d'aquesta fórmula de retribució o de qualsevol altra, les alternatives que permeten fidelitzar el directiu o empleat a l'empresa, mantenint-lo aliè al grup d'accionistes, optimitzant no obstant això la fiscalitat de la seva retribució i no presentant problemes a l'hora de deduir el cost associat per a l'empresa, s'orientarien cap a esquemes de bons o retribucions variables, referenciades a l'evolució dels beneficis de l'empresa, al seu augment de valor o a qualsevol paràmetre econòmic que sigui objectivable; alternatives que permetin guanyar l'aplicació, almenys i encara que sigui de manera parcial, de la reducció del 40%.

7.7.2 Lliurament d'accions

Com ja hem indicat, entre les retribucions en espècie és habitual el lliurament d'accions; aquesta mena d'incentius busca la implicació del treballador en l'empresa. El legislador ha incentivat i regulat aquest tipus de retribució i ha declarat exempt, amb determinats requisits, el lliurament d'accions als treballadors.

La reforma recent ha modificat els límits per considerar exempta la retribució en espècie derivada del lliurament als treballadors en actiu d'accions o participacions de la pròpia empresa o de les empreses del grup de societats; el límit quantitatiu exempt s'unifica i augmenta fins a la quantitat de 12.000 euros anuals. Recordem que, amb la redacció vigent de l'article 43 de la Llei de l'IRPF, fins al 31 de desembre del 2002 el límit era de 3.005,06 euros anuals, o de 6.010,12 euros en els últims cinc anys.

Per tant, el lliurament d'accions o participacions en el capital d'empreses del grup no estarà subjecte a l'IRPF, si bé amb uns límits determinats.

El desenvolupament reglamentari de l'article 43 de la nova Llei de l'IRPF el trobem a l'article 42 del Reglament de l'IRPF.

Els requisits que han de concórrer perquè sigui aplicable la no-subjecció esmentada, d'una lectura conjunta dels anteriors articles referenciats, són els següents:

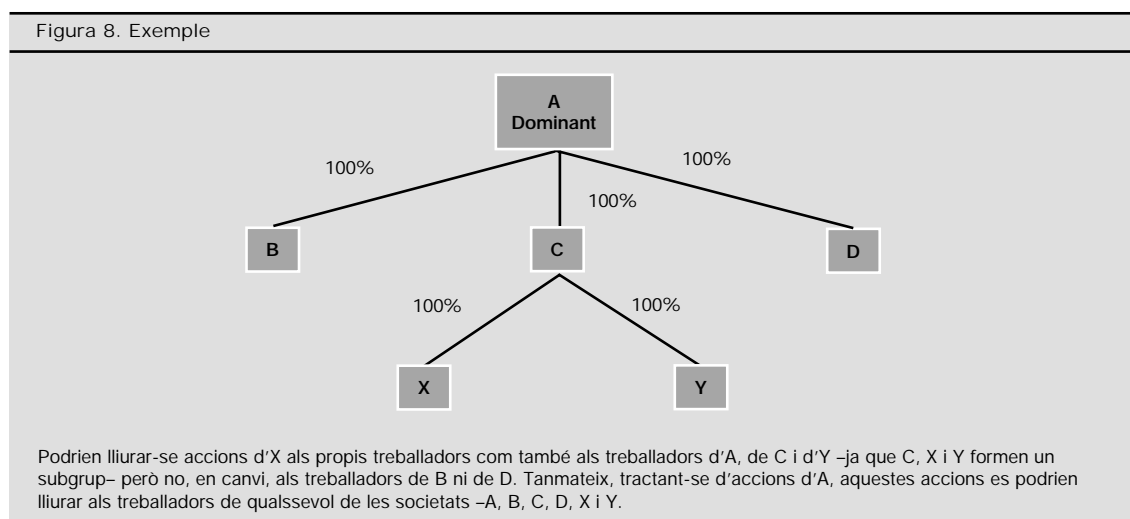
- Treballadors en actiu: s'ha de tractar de lliuraments d'accions o participacions a treballadors en actiu. Per tant, qualsevol lliurament d'accions o participacions a antics treballadors, jubilats, vidues, hereus, etcètera, constituirà íntegrament una remuneració en espècie.

- De forma gratuïta o per un preu inferior al normal de mercat: el lliurament s'ha de fer de manera gratuïta o per un preu inferior al de mercat, la qual cosa és evident perquè altrament no es produiria un rendiment del treball en espècie.
- Accions o participacions: es pot tractar, lògicament, tant d'accions d'una societat anònima com de participacions en una societat de responsabilitat limitada o entitat semblant. Tanmateix, i malgrat el que es pogués desprendre de la literalitat de la norma, segons ha establert la DGT²⁵² també es poden beneficiar d'exempció els lliuraments de drets d'opció de compra sobre accions. Serà més discutible, tanmateix, la inclusió d'un altre tipus de drets, com ara les obligacions emeses per l'empresa convertibles en accions, etcètera. El lliurament d'aquesta mena de drets constituirà, en qualsevol cas, remuneració en espècie.
- De la pròpia empresa o d'altres empreses del grup de societats: Perquè el lliurament d'accions o participacions no sigui considerat tributació en espècie aquestes accions o participacions han de ser de la pròpia empresa o bé d'altres empreses del grup de societats, entenent com a tal aquell en el qual concorrin les circumstàncies previstes en l'article 42 del Codi de Comerç.

També, segons el que preveu el Reglament de l'IRPF, perquè sigui aplicable la no-subjecció haurem d'estar en un des casos següents:

- Lliurament d'accions o participacions de la pròpia empresa on els treballadors presten serveis.
- Lliurament d'accions o participacions de la societat dominant del grup als treballadors de qualsevol de les societats que en formen part.
- Lliurament d'accions o participacions d'una societat del grup –que no sigui la societat dominant– als treballadors de les societats que formen part del mateix subgrup.

Mitjançant un exemple els supòsits segon i tercer anteriors resultaran molt més clars:



Finalment hem d'assenyalar que tant el lliurament d'accions o participacions d'una societat als seus treballadors com el lliurament d'aquestes accions o participacions en l'àmbit d'un grup o subgrup, segons estableix aquest precepte, podrà ser efectuat per la pròpia societat on presti serveis el treballador, com també per una altra societat pertanyent al grup o subgrup, o per l'ens públic, societat estatal o administració pública titular de les accions.

- Participació màxima: el lliurament d'accions no serà gravada en l'IRPF únicament si cadascun dels treballadors beneficiats, conjuntament amb els seus cònjuges i familiars fins al segon grau, no tenen "una participació directa o indirecta en la societat on presten serveis, o en qualsevol altra del grup, superior al 5%".
- Manteniment dels títols: el treballador haurà de mantenir els títols durant tres anys, com a mínim, la qual cosa implica que no en podrà disposar durant aquest termini. D'altra banda, s'estableix que l'incompliment d'aquest termini de tres anys "motivarà l'obligació de presentar una declaració - liquidació complementària, amb els interessos de demora corresponents, en el termini comprès entre la data d'incompliment del requisit i la finalització del termini reglamentari de declaració corresponent al període impositiu en el qual es produeixi aquest incompliment".

²⁵² DGT, 13 de març de 2001.

- Política retributiva de l'empresa o grup i finalitat del lliurament: el lliurament de les accions o participacions s'ha de fer "dintre de la política retributiva general de l'empresa o, si s'escau, del grup de societats i que contribueixi a la participació dels treballadors en l'empresa".

D'aquesta manera s'està ampliant clarament l'àmbit d'aplicació de la no-subjecció, ja que no caldrà que l'oferta es faci a tots els treballadors de les societats afectades, sempre que el lliurament d'accions o participacions es faci dintre d'una política general de l'empresa o, en el seu cas, del grup de societats.

Això no obstant, es poden plantejar problemes a l'hora de determinar quan es pot entendre que el lliurament d'accions o participacions a treballadors es fa en el marc d'una política retributiva general de l'empresa o del grup.

No queda clar si aquesta política s'ha d'haver materialitzat en algun tipus de document, o si el lliurament d'accions ha d'estar recollit en el conveni col·lectiu que sigui aplicable, o en els contractes concrets dels treballadors. Sí que se'n desprèn, tanmateix, un ànim de generalitat en el lliurament de les accions, en el sentit d'evitar que es tracti d'un lliurament aïllat a un determinat treballador com a cosa excepcional.

Tot això afegit a la necessària finalitat de contribuir a la participació dels treballadors en l'empresa, s'ha d'entendre que l'oferta s'ha de fer a tots els treballadors, o a un conjunt d'ells, si s'escau, que reuneixin una sèrie de condicions objectives –per exemple una mateixa antiguitat en l'empresa, una mateixa categoria professional, etcètera. En aquest cas, caldrà que en totes les societats del grup es lliurin accions o participacions en virtut dels mateixos criteris, dintre del que podria considerar-se una política retributiva comuna.

7.7.3. *Phantom Shares*

Una altra forma de retribució l'objectiu de la qual, igual que les *stock options*, és fidelitzar els empleats consisteix a establir uns paràmetres a través dels quals l'empleat percep una retribució en funció dels objectius marcats per la companyia. Aquesta forma de retribució el que ha de cercar és fidelitzar l'empleat i ha de ser prou atractiva per aconseguir la implicació del directiu. Un aspecte que es pot tenir en compte en el moment de pactar aquesta mena de retribució és que ha de ser prou alta econòmicament perquè sigui atractiva i prou baixa perquè, un cop meritada, no faci desistir el directiu de continuar a la companyia.

Als Estats Units aquests plans són molt habituals. Aquestes accions no existeixen físicament ni creen drets polítics sobre l'empresa, però sí que estableixen l'obligació de generar el mateix lucre que tindrien per a un accionista convencional –*stock appreciation rights*. És a dir, el beneficiari o titular d'aquests drets rebria una retribució igual a la dels accionistes, tant en forma de dividendes com en forma de plusvàlua per l'increment del valor de les accions. El principal avantatge per als propietaris de l'empresa és que no impliquen ampliacions de capital i, per tant, se n'evita la dilució –cosa que sí que passa en els plans d'*stock options* tradicionals– i, en el pitjor dels casos, l'entrada en el capital de socis *no desitjats*.

La implantació d'un pla d'accions fantasma exigeix fixar de forma clara els criteris per a l'ús de la fórmula. Atès que el preu de mercat de les accions no és conegut, com en el cas de les empreses cotitzades, cal comptar amb un valorador independent que, amb criteris objectius i clars, estableixi el valor de mercat de l'empresa i, a més a més, defineixi un model per actualitzar aquesta valoració en el temps. El model de valoració ha d'estar basat en principis generalment acceptats i ha de recollir la creació de valor. L'ideal és que l'equip assessor tingui continuïtat a mitjà termini, per tal d'evitar el canvi de criteris i no perjudicar l'acord establert. L'arbitratge d'un valor extrem garanteix la imparcialitat del valor utilitzat com a referència i ofereix a les parts implicades la confiança necessària en aquesta mena de retribucions.

Mitjançant les accions fantasma s'estableix la necessitat d'una estimació del valor de mercat de l'empresa de forma periòdica, el qual serveix com a vehicle operatiu òptim per a qualsevol pla de retribució que intenti unir la creació de valor amb la retribució variable de directius i/o empleats. En sentit estricte, aquest tipus de retribució funciona com un bo diferit en metàl·lic, el valor del qual es calcula en funció de la revaloració de l'acció. En la data de venciment, directius i/o empleats rebran en metàl·lic l'equivalent a l'augment de valor de l'empresa.

És freqüent de trobar organitzacions que, per intentar simplificar el procés, estableixen internament el valor de l'empresa aplicant una fórmula matemàtica; però lluny de facilitar el sistema, tenen el perill de desvirtuar-lo. Aquest és només un dels motius pels quals cada vegada la figura del valorador extern independent és més demandada en la implantació d'aquests sistemes. Un altre motiu molt actual és la pèrdua recent de popularitat dels *stock options plans* a causa de la baixada de les cotitzacions per l'evolució negativa de la borsa, la qual cosa ha provocat que els nombrosos beneficiaris d'aquest tipus de pla de remuneració estiguin patint el costat negatiu del risc, lligat irremediament a la borsa. Aquest desavantatge reforçaria la conveniència de l'opinió d'un valorador sobre el valor intrínsec de la companyia, la qual es veurà menys afectada per les variacions especulatives del mercat.

A partir de l'1 de gener de 2003, amb l'entrada en vigor de la reforma parcial de l'IRPF, aquest tipus de retribucions han vist millorar el tractament fiscal, atès que, sempre que es tracti de rendiments que tinguin un període de generació superior a dos anys i que no s'obtinguin de forma periòdica o recurrent, podran tenir una reducció del 40% sense cap mena de límit, tal com passava amb la legislació vigent fins al 31 de desembre de 2002. Per tant, aquest sistema és més avantatjós des d'un punt de vista fiscal que no pas les *stock options*.

Aquest tipus de retribució és, sens dubte, la forma més senzilla d'incentivar el treballador i, d'altra banda, no es vincula l'empleat amb l'accionariat de la companyia. En el quadre següent mostrem el tipus final aplicable en el supòsit que la retribució percebuda pugui reduir-se en el 40%.

Base liquidable (Euros)	Tipus aplicable sense reducció	Reducció del 40% al tipus aplicable
0-4.000	15%	9,00%
4.000-13.800	24%	14,40%
13.800-25.800	28%	16,80%
25.800-45.000	37%	22,20%
45.000 en endavant	45%	27,00%

7.8. Comentaris finals

Al llarg d'aquest capítol hem analitzat els beneficis fiscals de l'empresa familiar i hem pogut constatar que el legislador ha recollit un ventall ampli d'avantatges per a aquest tipus d'empreses. L'objectiu no és altre que reduir al mínim el cost del manteniment i de la transmissió de l'empresa a través de l'herència o la donació.

La finalitat d'aquests beneficis és incentivar la creació de riquesa per l'empresariat sense que això suposi un cost individual per a ells. Qualsevol política econòmica busca la creació de riquesa, i aquesta ha de venir, en gran part, de la iniciativa empresarial; l'estímul no pot veure's afectat per l'afany recaptador de l'Administració. En els darrers anys s'ha utilitzat a Espanya polítiques tributàries per incentivar l'economia i, com a conseqüència de l'Estat de les autonomies, les comunitats autònomes, en l'ús de la seva capacitat normativa, participen en aquestes polítiques incentivadores.

En l'actualitat, una forma de poder beneficiar-se dels avantatges que la legislació tributària ofereix a l'empresa familiar és mitjançant la interposició d'una societat de cartera de control o holding a les societats operatives. En l'estructura proposada s'aconsegueix regular aspectes que en un altre tipus d'estructures corporatives seria més complicat i poc eficient. També es pot obtenir una optimització fiscal per als socis de membre de la família i per a les pròpies societats que conformen el grup.

Amb relació als sistemes de retribució analitzats, els quals no tenen altra pretensió que fidelitzar els empleats, o un grup selecte d'aquests, no són més que un acord entre empresa i empleat perquè tots dos surtin beneficiats d'una manera imaginativa i diferent que el simple pagament d'un salari ja pactat d'entrada, la qual cosa permet al treballador d'implicar-se d'una forma més directa en el creixement de l'empresa.

Ara bé, sempre que a l'empresa no hi hagi els controls suficients, aquests sistemes retributius poden ser perjudicials per a la pròpia empresa. Posem el cas dels últims escàndols financers ocorreguts recentment als Estats Units. Pensem que normalment els beneficiaris d'aquestes formes de retribució són els encarregats de presentar els resultats davant de la junta d'accionistes i que tenen prou poder a l'empresa per maquillar el balanç de la companyia, perquè al capdavant la comptabilitat no és més que una llei i, com a tal, està sotmesa a interpretacions; fins i tot, malgrat que hi pugui haver controls externs, aquests controls es poden corrompre per mirar de millorar el propi compte de resultats.

L'Informe Aldama recomana que les remuneracions consistents en lliurament d'accions de la societat o societats del grup, opcions sobre accions o referències al valor de l'acció haurien de limitar-se als consellers executius o interns. També, i per bé de la transparència, es recomana que a la remuneració i al cost de l'alta direcció, juntament amb el nombre i la identificació dels càrrecs que la componen, s'inclogui, conjuntament, l'informe anual, desglossant els conceptes a què corresponen: salari en metàl·lic i en espècie, opcions sobre accions, bons, fons de pensions, provisions per indemnitzacions i altres compensacions que hi pugués haver.

Un aspecte important que assenyalava l'Informe Olivencia és la revisió periòdica de les polítiques retributives per tal d'assegurar l'adequació de l'import i l'estructura a les responsabilitats, riscos i tasques, i que han d'ajustar-se a les circumstàncies particulars de cada companyia.

El disseny d'una política retributiva òptima no és senzill, ja que són molts els objectius a complir: ser competitiva, adequada als objectius de l'empresa, transparent, motivadora, etcètera. La retribució d'un directiu ha de compensar el valor afegit que aquest aporta a l'empresa.

L'estructura retributiva ha de ser específica en tots els casos i ha de tenir en compte la situació de l'empresa en el mercat i els objectius que persegueixi amb caràcter prioritari per als seus directius. Tot això porta a plantejar-se el concepte de *retribució a la carta*, integrat per les diferents formes de

retribució existents: fixes, diferides, per resultats o en funció del valor de les accions, però en qualsevol cas ha de satisfer ambdues parts perquè pugui acomplir els objectius marcats.

Des de la publicació de la Llei 40/1998, de 9 de desembre, de l'impost sobre la renda de les persones físiques, el legislador ha anat fent voltes en el tractament fiscal de les retribucions esmentades, la qual cosa fa que assessorar sobre això sigui complex, especialment si tenim en compte que aquestes formes de retribució es pacten a mitjà i a llarg termini.

Els efectes fiscals d'aquestes retribucions han de tenir-se en compte en el moment que l'empresa decideixi utilitzar un sistema o un altre per incentivar els seus empleats, però s'ha de tenir en compte que des de 1999 hi ha hagut tres tractaments diferents per als sistemes retributius esmentats.

8 El Protocol familiar

Jorge Alberto Rodríguez
Soci de Cuatrecases

8.1. Introducció

Sens dubte, hi deu haver hagut pocs temes en els últims anys a Catalunya (i a Espanya) entre consultors, assessors, professionals i empresaris dels quals s'hagi parlat més que de l'empresa familiar (EF) en general i del Protocol familiar (PF) en particular. Tanmateix, encara hi ha poca literatura que des d'un punt de vista professional i tècnic tracti d'explicar quin és l'origen del que s'ha anomenat PF, com pot ser definit, quina naturalesa i quina eficàcia jurídica té, quin pot ser-ne el contingut i com s'aborda el seu procés de creació i de redacció.

Els insegurs passos inicials en l'aplicació d'una tècnica que fins fa pocs anys era desconeguda a Espanya, la saturació d'esdeveniments en què, amb fortuna i profunditat diverses, es plantejava la qüestió, l'escepticisme proclamat per alguns professionals -injustificat, sota el nostre punt de vista- sobre la bondat jurídica del PF i els seus efectes, han general alguns dubtes sobre la conveniència de subscriure un PF. Doncs bé, és evident que el PF no és la panacea de l'EF, però la trajectòria d'aquests últims anys ha demostrat que quan s'hi arriba, mitjançant un procés correcte, contribueix d'una manera molt important a l'harmonia familiar i a la continuïtat de l'empresa.

La tasca de l'Institut de l'Empresa Familiar (IEF), en pro de la consecució dels seus objectius, es va concentrar en un primer moment, de manera gairebé prioritària, a temperar la seriosa amenaça a la pervivència de les EF que representava la legislació fiscal aplicable a principis dels anys noranta. Un empresari podia arribar a pagar, aleshores, fins a un 70% dels ingressos que obtingués de la seva EF entre l'Impost sobre el patrimoni (IP) i l'Impost sobre la renda de les persones físiques (IRPF). A més, en cas que es morís l'empresari, els hereus havien de pagar un Impost sobre successions de fins al 34% sobre el valor real de l'EF en cas que fossin fills o nés, i tipus superiors com més llunyà era el parentiu.

El Reial decret 2481/1994, que reglamentava els requisits necessaris per exonerar de tributació en l'IP els béns i drets necessaris per a l'exercici d'una activitat empresarial i el Reial decret Llei 7/1996 que, complint també un requisits determinats, bonificava un 95% la base imposable de l'ISD en la transmissió per causa de mort d'EF a favor del cònjuge i fills, van constituir-ne dos objectius fonamentals.

La regulació de les mesures fiscals de suport a l'EF, en un conglomerat de disposicions legals disperses i de rang divers, ha portat com a conseqüència que el concepte d'EF sigui avui a Espanya un concepte pragmàtic, però eficaç, que s'ha de compondre recorrent a diversos lleis i reglaments i que, sens dubte, permet a Espanya presentar un dels entorns tributaris més atractius i favorables a la tinença i transmissió d'EF en el context de la Unió Europea.

Aquests han estat passos imprescindibles i de gran transcendència per assegurar, des del punt de vista patrimonial, la continuïtat de les EF, però no han estat els únics.

L'apogeu que ha experimentat l'economia espanyola en els anys noranta, i per part de les EF en particular, la tasca divulgadora de l'IEF i l'impuls del procés legislatiu en les mesures fiscals de suport, van tenir com a conseqüència que institucions i professionals del dret comencessin a aplicar tècniques jurídiques específiques que emparessin, d'una banda, l'aplicació dels beneficis fiscals oferts per l'ordenament i, d'altra, l'estabilitat jurídica de les relacions entre els membres de famílies empresàries entre si i d'aquestes amb l'EF.

D'entre aquestes tècniques destaca especialment la d'implantació del Protocol familiar, document marc i constituent que regula les relacions entre la família i l'empresa (Reconegut a la nostra normativa, per primera vegada, a la disposició final segona, punt 3, de la Llei 7/2003, d'1 d'abril, de la societat limitada Nova Empresa).

D'altra banda, la difusió del coneixement de les relacions internes entre els membres de les famílies empresàries, portada a terme per consultors prestigiosos procedents fonamentals dels EUA, va tenir com a conseqüència l'estudi i el desenvolupament aplicats de diverses eines jurídiques: els estatuts socials corporatius, veritable instruments de control de les relacions polítiques, econòmiques i de govern entre els socis familiars; els testaments de l'empresari i de la resta de familiars; els contractes matrimonials, reguladors del règim econòmic aplicable al matrimoni i de mesures protectores del

patrimoni familiar en cas de separació o de divorci; com també disposicions tutelars de la persona i del patrimoni de menors i d'incapacitats.

No fa gaire més d'un any es va plantejar, fins i tot, la conveniència de publicar una llei paraigua o llei global en què tingués cabuda una definició de l'estatut o del marc de l'EF. Fent-se ressò d'aquesta sol·licitud, el Senat va aprovar, la constitució d'una Comissió que elaborés un informe de totes aquelles matèries que podrien ser susceptibles d'una regulació jurídica específica.

L'informe elaborat per la Comissió del Senat, publicat el 23 de novembre de 2001 en el Butlletí de les Corts Generals (Senat), descarta la promulgació d'un estatut jurídic de l'EF per diverses raons: que els precedents d'aquesta tècnica legislativa no havien aportat a Espanya novetats ni millores tècniques sinó una mera reordenació (vegeu l'Estatut del contribuent), i per la constatació del fet que si l'EF té la importància quantitativa que se li atribueix (s'ha dit que a Espanya representen entre el 65% i el 80% del total d'empreses, les quals són el 65% del PIB i que generen entre el 65% i el 70% de l'ocupació existent), més aviat caldria pensar a promulgar un estatut de l'empresa no familiar, que en seria l'excepció.

D'altra banda, la gran diversitat d'EF que hi ha i que van de la microempresa a la multinacional, passant per les PIME, en uns casos de forma individual i en uns altres de forma societària, farien un pijama massa ample que podria posar en perill, per la complexitat tècnica de regular un camp d'aplicació tan extens, els suposats beneficis a obtenir per les EF.

Malgrat que descarti la fórmula jurídica de l'estatut, la Comissió proposa en les seves conclusions: (i) recomanar a les administracions públiques l'adopció de mesures d'informació i de comunicació per al desenvolupament i la millora de la gestió de l'EF, com també l'adopció de formes societàries com a fórmula que coopera a la seva continuïtat i al seu creixement; (ii) recomanar a les EF l'adopció d'un protocol familiar com a acord que delimiti el marc de desenvolupament i les regles d'actuació entre la mateixa EF i la seva propietat²⁵³; (iii) obrir el Registre mercantil a aquells aspectes del Protocol familiar que afectin terceres persones (el Govern espanyol ha estat ja expressament habilitat per fer-ho (disposició final segona, punt 3 de la Llei 7/2003, d'1 d'abril, de la societat limitada Nova Empresa); (iv) recomanar que es puguin identificar les societats familiars en el trànsit mercantil, afegint-hi la lletra F; (v) crear sistemes d'arbitratge o de mediació de conflictes família/empresa; (vi) analitzar i reconsiderar el tractament legal de les accions sense vot perquè permetin al grup familiar el manteniment del control empresarial en els diferents supòsits de finançament del creixement i accés al mercat de capitals; (vii) difondre el coneixement de la normativa tributària específica, com també fomentar la suficiència dels fons propis de les EF, el seu accés al mercat internacional i proporcionar les facilitats necessàries per realitzar activitats d'I+D; i (viii) analitzar i considerar els canvis necessaris per millorar i aclarir la legislació vigent sobre afiliació dels administradors de les EF familiars a la Seguretat Social.

Algunes d'aquestes recomanacions sembla que els legisladors les han descartades, com l'afegit de la lletra F a la identificació de les EF; quant a unes altres, com la de les accions sense vot, s'han iniciat treballs prelegislatius; i algunes altres ja són realitat o estan en vies de ser-ho, com ara les facilitats per realitzar activitats d'I+D o suports concrets institucionals al finançament del creixement i a l'accés a mercats internacionals.

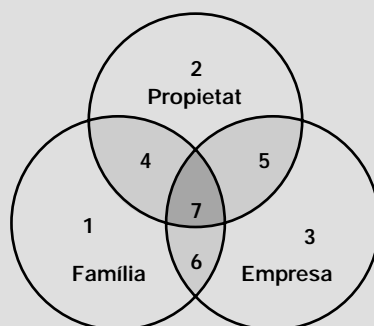
²⁵³ La Recomanació de la Comissió Europea, de 7 de desembre de 1994, invita els estats membres a adoptar les mesures més adequades a fi de completar el seu marc jurídic, fiscal i administratiu per tal de sensibilitzar l'empresari pel que fa als problemes de transmissió i d'aquesta manera animar-lo a preparar aquesta operació en vida, com també oferir-li els instruments adequats per portar-la a terme en un entorn tributari atractiu. D'entre aquests instruments, es recomana especialment el Protocol familiar.

8.2. Els mètodes d'anàlisi sistemàtica de l'EF

Des del punt de vista de la consultoria i la pràctica professional, l'estudi de l'EF és, també en la pràctica comparada, relativament recent. El seu estudi com a sistema va néixer amb uns quants articles independents publicats als EUA en les dècades dels seixanta i setanta, en què es tractaven alguns problemes comuns que semblaven entorpir el trajecte de les EF: nepotisme, rivalitat entre generacions i germans, direcció familiar poc professional. Lansberg²⁵⁴ assenyala que el model conceptual subjacent sostenia que l'EF consta, en realitat, de dos subsistemes interconnectats: la família i l'empresa. Els problemes sorgeixen perquè unes mateixes persones han de complir comeses en els dos "cercles" -

Posteriorment, Tagiuri i Davis, van elaborar, en la dècada dels vuitanta i arran dels seus treballs a Harvard, un model de dos sistemes en virtut del qual hi hauria d'haver una distinció neta entre el subsistema de propietat i el de direcció dins del cercle de l'empresa, fonamentant-se en l'experiència que els dilemes més importants en aquestes organitzacions es relacionen més amb la distinció entre propietaris i gestors que amb la relació entre la família i el negoci en general.

Figura 9. Teoria dels tres cercles

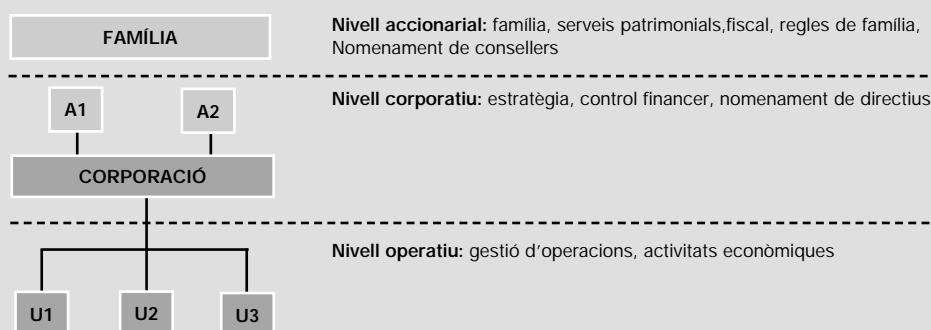


Les persones que només tinguin un punt de connexió amb l'organització se situaran en els sectors externs, mentre que els que en tinguin més d'un cauran dins de dos o dins dels tres cercles alhora²⁵⁵.

El model dels tres cercles, que conserva avui tota la seva vigència, és una eina extraordinària per comprendre la font dels conflictes interpersonals, els diferents rols assumits pels familiars i externs, propietaris i gestors, les lluites pels dividends o el procés de successió.

L'altre gran instrument jurídic d'anàlisi, de gran valor perquè també comporta importants conseqüències per a l'organització jurídica de l'EF, és el de la teoria de distinció dels nivells: l'accionarial, el corporatiu i l'operatiu.

Figura 10. Els tres nivells de l'empresa familiar



En el nivell anomenat "accionarial" es produeix l'organització dels membres de la família que alhora són accionistes. Aquest nivell constitueix la base de l'EF i, juntament amb aquesta, constitueix l'organització de la societat familiar en la seva etapa inicial.

Quan l'advocat pren contacte amb la societat familiar, generalment aquesta ja té una mínima organització per mitjà de vincles que lliguen els seus socis i accionistes; però aquesta organització pot tenir algunes deficiències. Pot ser que la forma societària adoptada no sigui la més adequada, o que els estatuts de la societat familiar siguin uns estatuts estàndards no adaptats a les necessitats dels accionistes familiars. És freqüent constatar que els interlocutors en aquest tipus de processos acostumen inicialment a tenir un coneixement escàs o nul de l'abast de les clàusules estatutàries de la seva societat familiar. En aquest nivell cal clarificar, també, el règim civil dels propietaris i determinar si estan casats en règim econòmic de separació o comunitat (amb conseqüències molt diferents en un i en l'altre), com també el règim que hagi de regir la successió, si s'escau.

Amb l'assessorament corresponent: a) Els familiars/accionistes o socis han d'estudiar les alternatives d'organització jurídica que se'ls plantegen, amb una atenció especial al compliment dels requisits que la legislació fiscal exigeix per obtenir els beneficis fiscals de protecció a l'EF. La participació de cada soci s'ha d'organitzar de manera que permeti optimitzar els fluxos de rendes i desinversions, minimitzant l'impacte dels impostos directes (IRPF sobre dividendes i plusvàlues; IP sobre el valor de la participació i Impost sobre l'herència o donació de la participació); b) El titular actual de la participació ha d'examinar les conseqüències que es derivin de qui obtindrà les rendes de la societat familiar i la resta de fluxos econòmics entre els membres del grup familiar i l'EF (qui i quant cobra en concepte de dividend per ser accionista, quant per formar part dels òrgans de govern i quant per l'exercici de funcions de direcció o laborals); c) El grup familiar haurà de decidir com s'articulen els òrgans de govern (bàsicament Consell de Família, Junta d'Accionistes o Socis, Consell d'Administració), quins requisits han de reunir les persones que s'hi incorporin i com es nomenaran i avaluaran els principals executius de l'EF; d) Hi tenen cabuda en el nivell accionarial els acords i les polítiques sobre transmissió de la participació, que assegurin la línia de consanguinitat mitjançant el testament i amb clàusules de restricció a la lliure transmissibilitat que es disposin en els Estatuts.

En l'àmbit corporatiu se situa la societat holding familiar o "corporació", de vegades en forma de dues societats, que organitzen les dues grans divisions, corporació industrial i corporació patrimonial, titulars, respectivament, de participacions en les societats operatives industrials o comercials, i en les de cartera i les immobiliàries, que formen dos grups de societats diversificats, amb societats operatives que poden estar situades en diversos països.

Mitjançant aquesta estructura de grups es poden aconseguir, entre d'altres, les finalitats següents²⁵⁶: 1a) compartimentar els riscos; 2a) permetre les associacions empresarials amb tercers; 3a) donar autonomia a la gestió dels diferents negocis; 4a) augmentar l'equip directiu; 5a) diversificar els negocis mitjançant la reinversió dels excedents financers; 6a) aconseguir economies en la centralització de funcions d'assessorament, finançament, màrqueting i d'altres; 7a) aconseguir una fiscalitat més eficient, sobretot aprofitant les últimes reformes en l'Impost sobre societats, en especial el règim de "neutralitat fiscal" en les operacions regulades en el capítol VIII de les LIS (fusió, escissió, cessió de branca d'activitat i canvi de valors), que consisteix en l'absència de meritació de l'Impost sobre les plusvàlues generades, que només tributaran si arribat el moment es produeix el fet imposable en el patrimoni de l'adquirent.

En l'àmbit operatiu, es troben les diferents societats operatives, amb objecte social consistent en activitats industrials o comercials, o de construcció immobiliària, si escau, controlades al cent per cent per les seves corporacions respectives, generalment en disposició de "pinta", perquè és la més

²⁵⁴ GERSICK, DAVIS, HAMPTON. Empresas Familiares. Generación a generación. Mc Graw Hill. 1997

²⁵⁶ Assenyalades pel professor F. VICENT CHULIÀ. Revista de Derecho Patrimonial. Editorial Aranzadi. Any 2000-1. Número 5.

²⁵⁵ El fet d'especificar diversos papers i subsistemes permet dividir les interaccions tan complexes dins de l'empresa familiar i, a més, facilita veure el que succeeix i per què. Per exemple, les lluites familiars per la política de dividendes o el planejament de la successió es poden entendre des d'una nova perspectiva, si tenim en compte el lloc que ocupa cada participant en el model de tres cercles. Un individu del sector 4 (membre de família/propietari/no empleat) possiblement voldrà augmentar els dividendes, pensant que això és un premi legítim perquè pertany a la família i un rendiment raonable pel fet de ser propietari. Per contra, una persona del sector 6 (membre de família/empleat/no propietari) voldrà suspendre els dividendes per reinvertir-los en una expansió, la qual significarà més bones oportunitats de progrés professional. Potser aquests dos individus són, a més a més, germans -de personalitat i d'estil semblants i amb un fort vincle emocional- que no acaben d'entendre per què discrepen en aquesta qüestió. Gersick, Davis, Hampton, Lansberg, ob. cit. pàg. 7.

eficient. Aquestes decidiran quan s'ha de constituir una nova societat, mitjançant escissió, canvi de valors o altres procediments, per raó d'especialització d'activitat o territorial.

Tenint en compte els dos mètodes d'anàlisi i, quan calgui, pressuposant un treball essencial previ o simultani d'assessors especialistes en dinàmica familiar, s'estarà en disposició d'abordar el procés d'implantació del Protocol familiar.

8.3. Concepte i naturalesa del Protocol familiar

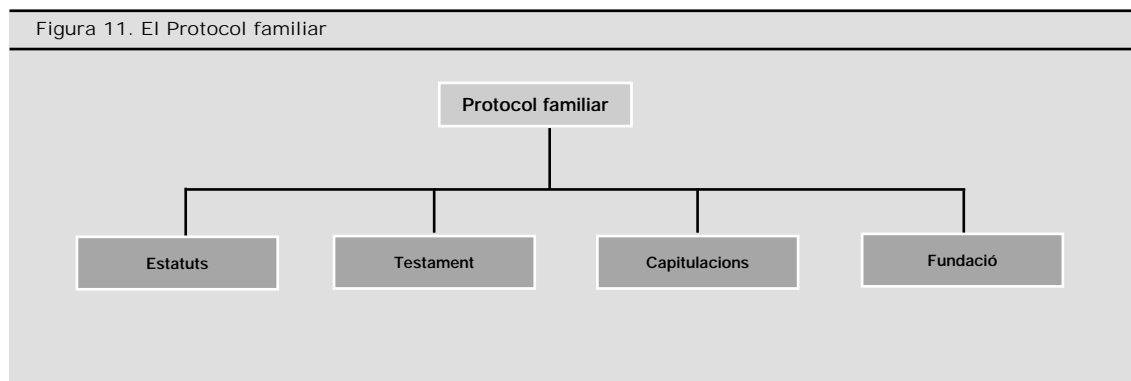
El Protocol familiar –equivalent al *shareholders agreement* de la Close Corporation en los EEUU²⁵⁷– pot ser definit com “un acord entre accionistes familiars titulars de béns o drets que vulguin gestionar de manera unitària i preservar a llarg termini, l’objecte del qual és regular l’organització corporativa i les relacions professionals i econòmiques entre la família i l’empresa o el patrimoni”.

El Protocol familiar pot presentar diferents graus d’obligatorietat. Pot tenir caràcter purament moral, de pacte entre cavallers -que en aquest cas és, a més, generalment entre germans- o constituir un veritable contracte, que origina drets i obligacions entre les parts. Però, dins del segon supòsit, pot tenir un abast purament intern, amb força obligacional entre les parts o, per contra, pot contenir estipulacions que siguin eficaces davant de tercers: en especial, les que es publiquen mitjançant la seva incorporació a estatuts socials de la societat o societats que s’inscriuen en el Registre Mercantil.

El professor Vicent Chuliá considera que el Protocol familiar té, en l’organització jurídica de la societat familiar, la mateixa funció que el contracte base en la *joint venture*, tant la contractual que es dota d’una societat-òrgan al servei de la unió d’empreses com la que adopta la forma de *joint venture* corporativa, mitjançant la constitució d’una filial comuna, sotmesa al control conjunt de les diverses empreses (individuals o societàries) unides en el contracte de base (tant si es reputa concentrativa com si es reputa cooperativa a l’efecte del dret de defensa de la competència). Si en el cas de la *joint venture* es pot afirmar que la societat comuna és utilitzada com a forma d’organització tècnica d’una aliança entre empreses, en el cas de la societat familiar, la societat anònima o limitada familiar, o capçalera del grup familiar és, també, una tècnica d’organització de l’empresa familiar, i totes i cadascuna de les seves normes legals i clàusules estatutàries han de ser interpretades en funció de la convivència harmònica entre les exigències i els valors de la família i de l’empresa, i no solament com una mera “tècnica d’organització de l’empresa”, que és com apareixen en la regulació positiva.

L’organització de l’empresa familiar, a partir del Protocol familiar, apareix com un complex de negocis jurídics i de contractes o, dit d’una altra manera, com un negoci complex, en què el Protocol familiar, com a negoci bàsic i constituent, integra negocis jurídics típics de naturalesa diversa creant figures a mida, les quals són utilitzades per construir l’edifici general de la societat familiar.

Figura 11. El Protocol familiar

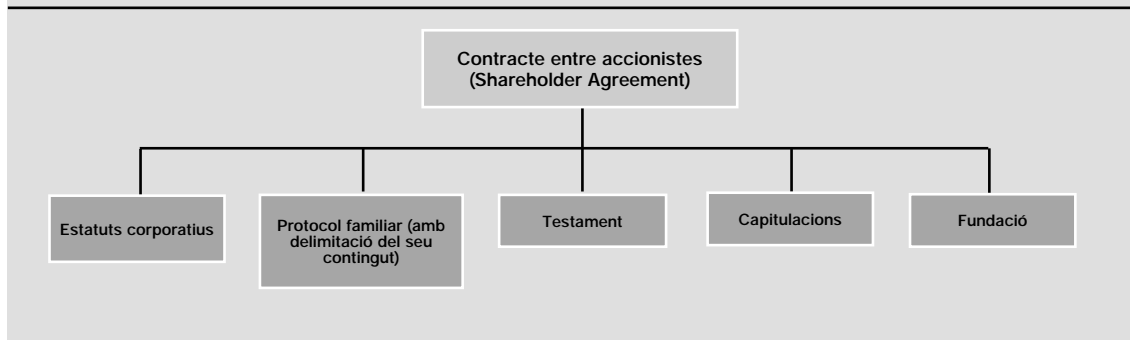


²⁵⁷ “Els tribunals van reconèixer la validesa de la Close Corporation a partir de la sentència *Wabash R.R. v. American Refrigerador Transit Co.* (Tribunal Federal 8^o Districte, 1925, 7 F. 335): era vàlid el pacte segons el qual les tres empreses de ferrocarril membres d’una *joint venture* es podien distribuir el benefici social en proporció al transport efectuat i no al capital aportat, és a dir, “to be partners among themselves but shareholders as to the rest of the world”. Vegeu Puig Brutau: “Una aproximació a la societat anònima familiar”, a *Medio siglo de estudios jurídicos, Biblioteca Jurídica Cuatrecasas / Tirant lo Blanch*, 1997, pàg. 437 i ss (pàg. 439 sobre el paper històric de la Close Corporation en l’organització jurídica de les *Joint Ventures*, que no és l’objecte del nostre estudi, remetem a la tesi de Pauleau, Christine: “Incidencia del derecho en la creación y el funcionamiento de las *Joint Ventures*”, *pendent de lectura a la Universitat Pompeu Fabra* (apud notes 83 a 115).

Com exposa aquesta autora, després del cas *Jackson v. Hooper* (1910) que va recollir la doctrina “*incorporation terminates joint venture*”, és a dir, que una vegada constituïda la Corporation ja no podia subsistir un contracte d’unió d’empresa base que modifiqués el règim legal d’aquella, es va reconèixer la doctrina *Wabash*, és a dir, la validesa de tots dos negocis jurídics o “*legal tools*” i la prevalència entre parts del contracte base de *joint venture* (sentències *De Boy v. Harris*, 1955 i *Granik v. Perry*, 1969); i més endavant l’*American Bar Association* en el *Revised Model Business Corporation Act (1984)* ja va incorporar un *Close Corporation Supplement* que proposa als Estats adoptar una normativa comuna per a aquestes societats. Es tracta d’un precedent de la societat anònima simplificada regulada en els anys noranta als països europeus. En el cas de la societat familiar és generalment el Protocol familiar el contracte base que moralitza la societat o les societats de capitals creades”. FRANCISCO VICENT CHULIÁ, *ob. cit.* pàg. 33.

En algunes ocasions, fonamentalment en EF en tercera i quarta generació (accionariat menys concentrat, diversitat de branques familiars amb necessitats diferents entre els seus membres, més importància dels òrgans de govern i de l'estructura corporativa) l'acord de base s'instrumenta per mitjà d'un contracte entre els accionistes familiars (*shareholding agreement*) la regulació del qual remet als instruments de desenvolupament corresponents. En aquest cas, el PF se circumscriu a la regulació de qüestions més directament relacionades amb l'àmbit emocional i familiar (valors i tradicions a preservar, visió de l'EF, accés a l'EF de membres de família, Consell de Família, mecanismes d'elecció de Consellers, finances de la família, etc.).

Figura 12. El contracte entre accionistes



8.4. Contingut del Protocol familiar

El contingut del Protocol familiar pot presentar una gran varietat. Certament, el contingut del PF en una empresa que afronta el canvi de primera a segona generació presentarà diferències amb aquella que es trobi en segona o en tercera. En el primer cas, tindran un gran pes les qüestions de relleu generacional, de transmissió i repartiment de propietat entre els fills o de liquiditat per al fundador i el seu cònjuge en cas de retirada d'aquest. En el segon, seran més destacats els aspectes com ara l'accés de familiars al treball a l'EF, el lideratge, la política de repartiment de dividends, el borsí i el govern corporatiu.

Això no obstant, un possible esquema del contingut del Protocol que intenti adaptar-se a un patró comú podria ser el següent²⁵⁸:

Les parts: Són les persones que constitueixen el "grup familiar", és a dir, els accionistes familiars. En principi, el fundador o fundadors i tots els seus descendents per naturalesa o adopció, que siguin al seu torn titulars d'accions o participacions de la societat familiar o de la societat capçalera del grup familiar. El grup familiar generalment estarà format per diverses branques familiars (per exemple, els tres fills del matrimoni, amb els seus respectius descendents per naturalesa i adopció, i els primers seran els caps de branca familiar).

Normalment es preveuen també mecanismes d'adhesió per part de les noves generacions, fins i tot es poden plantejar com a condició per adquirir la condició de soci de l'EF.

Com a principi general de gairebé totes les famílies accionistes adopten l'acord que els membres del grup familiar contraguin matrimoni en règim de separació de béns i pactin en capitulacions matrimonials que, en tot cas i a l'extinció del matrimoni, les accions i participacions quedaran en propietat del cònjuge membre del grup familiar, i s'obligarà a disposar en testament que les accions i les participacions de la societat familiar quan es mori passin a membres de la família, als quals se'ls imposarà com a càrrega l'obligació de complir les normes del Protocol familiar.

L'objecte del PF: està constituït per totes les accions i participacions de les societats del grup. Junament amb aquestes es pot regular l'estatut jurídic de béns concrets, com determinats immobles o alguns drets de propietat intel·lectual no aportats a les societats (una patent, una marca), que poden quedar sotmesos a copropietat o cotitularitat. En aquest últim cas convé dotar aquesta comunitat de regles "funcionals" que permetin una gestió dinàmica i impedeixin els inconvenients de la proindivisió.

Història del negoci familiar: convindrà que el redactin els membres del grup familiar, normalment el fundador o els familiars més propers a ell, i se'n destacaran els fets més significatius que han servit per consolidar valors familiars. Entre aquests valors destaquen la cultura i les tradicions de la família, la visió del negoci, l'adopció de decisions per mitjà de consens, llevat que un sector mantingui una actitud irreconciliable amb la majoria, cas en el qual haurà de procedir a adquirir les accions o participacions d'aquell; la professionalitat i la solidaritat de la direcció per lideratge i la transparència comptable i informativa.

Els òrgans de govern i la direcció: es contempla el Consell de Família, al qual ja ens hem referit i que pot estar integrat pels caps de branca familiars acompanyats d'un altre membre de la família en qui concorrin determinats requisits, i té per finalitat assegurar la bona convivència familiar i aplicar els principis i les normes que contingui el Protocol familiar. Se li assignen competències importants, en especial en relació amb el Consell d'Administració de la societat familiar; la designació del Comitè

²⁵⁸ Alternativament al contingut que es presenta, el professor Miguel Angel Gallo, proposa el següent: "El contingut d'un protocol familiar depèn molt de l'EF concreta de què es tracti, com també de les peculiaritats de la família propietària. Tanmateix, els següents 'capítols' s'haurien de tenir en compte per a la preparació d'un protocol familiar complet:
- Els valors a transmetre
- Tipus d'EF que es vol ser
- Què es pot esperar de l'EF
- Quan cal deixar de ser EF
- La feina
- La propietat
- Òrgans de govern".

de Nomenaments i la redacció dels estatuts de la Fundació Privada, si s'escau. Pot tenir un president i un secretari, i es recomana que no siguin els principals executius de l'empresa. La Junta de Socis i el Consell d'Administració es contemplen en el Protocol familiar, encara que la seva regulació legal l'estableix la Llei reguladora del tipus social corresponent. En relació amb el segon s'estableix: 1) la seva composició, un membre de cada branca familiar més un nombre de consellers externs igual a la meitat per defecte dels consellers familiars més el director general de l'empresa; i 2) els requisits per ser nomenat. També es pot regular en aquest capítol el nomenament i els requisits del director general o del cap executiu principal de l'EF. És importantíssima la tasca de formació de l'accionista en aquests apartats i no crear òrgans de govern redundants o integrats per les mateixes persones.

Treball i formació: Sota aquest títol o un altre de semblant s'ha de regular necessàriament la possibilitat d'accés dels membres de la família a llocs de treball de l'empresa familiar, sempre que compleixin determinats requisits: necessitat del lloc de treball, titulació, preparació en un període previ de formació en una altra empresa, contractació mitjançant proposta de la Direcció General i aprovació per part del Consell d'Administració amb l'opinió favorable del Comitè de Nomenaments. El Consell de Família vetllarà per la formació i l'orientació professional dels membres joves de la família i administrarà fons de l'empresa per al finançament de programes educatius per a aquells.

Drets econòmics: s'estableixen en aquest capítol els principis generals de la política econòmica del grup familiar en relació amb l'empresa: retribució adequada del capital (que els membres del grup familiar no depenguin exclusivament dels recursos econòmics de l'empresa, sinó que tinguin altres fonts d'ingressos); que no s'obligui a ningú a mantenir la seva participació a l'empresa si no l'interessa; creació d'una fundació per a fins d'interès general; política fiscal comuna dels membres del grup familiar. Pel que fa a la política de dividendes, se sol establir un dividend mínim obligatori, tret que hi hagi pèrdues d'exercicis anteriors sense compensar o que tots els membres del grup familiar votin en contra de la retribució. Es pacta la valoració cada cert temps de les participacions socials i la creació d'un mercat intrafamiliar per fer possible el dret de separació voluntària de la societat i l'obtenció de liquiditat, mitjançant sol·licituds d'amortització d'accions o participacions, si bé el Consell d'Administració podrà limitar o suprimir l'amortització quan concorrin raons econòmiques que els justifiquin. Es preveu, arribat el cas, la cotització en mercats de valors organitzat.

Conducta empresarial i compromís social: Sota aquest epígraf o un altre de similar s'estableix una normativa mínima: es rebutja la concessió de garanties pels socis a favor de l'empresa i de préstecs excessius d'aquests a aquella; i es regulen la utilització del nom comercial i les marques del grup familiar, les característiques de la fundació privada, si és el cas, la política de retribucions envers els directius i els empleats, el foment del grup familiar, la investigació i el desenvolupament, i el medi ambient.

Clàusules d'ordre: Sota aquest epígraf o uns altres es preveu l'adopció de l'estructura jurídica més adequada per al grup; que els dubtes d'interpretació els dilucidarà el Consell de Família, si s'escau amb un dictamen previ de professional independent de prestigi reconegut. Es preveu el règim de modificacions i d'addicions al Protocol familiar, amb un règim de votació envoltat de cauteles, que exigeix que la proposta sigui aprovada per més de dos terços dels vots totals del grup familiar, i la seva derogació, pel 80% d'aquells. Es pacta la *vis atractiva* de l'estatut familiar o la seva exclusivitat davant de qualsevol altre pacte anterior o posterior, quan en el segon cas no constitueixi formalment una modificació del Protocol. Per acabar, es pacta l'adopció jurídica als canvis legislatius i la integració de les clàusules que esdevinguin ineficaces i, si s'escau, l'arbitratge.

8.5. Instruments jurídics de desenvolupament del Protocol familiar

Com ja hem comentat abans, els instruments jurídics de desenvolupament d'un PF són normalment els Estatuts corporatius, el testament i les capitulacions matrimonials.

Dels Estatuts corporatius i els pactes entre accionistes familiars es tracta extensament en altres capítols d'aquest llibre.

En les capitulacions matrimonials, els cònjuges o els qui es casaran aviat, estipulen en escriptura pública autoritzada per notari el règim econòmic que volen que regeixi el seu matrimoni (de separació de béns, de comunitat o de guanys o un altre "a la carta"), o modifiquen en alguna mesura el que ja existia. També, tal com està previst en el Codi de família català, poden contenir disposicions aplicables en el cas d'una ruptura de la relació conjugal, i aleshores s'estableixen estipulacions pel que fa a l'ús i gaudi de l'habitatge conjugal, pactes sobre la pensió compensatòria i el seu càlcul, repartiment de béns comuns i uns altres de contingut semblant. La doctrina civilista debat avui sobre la possibilitat d'excloure en el règim de separació la compensació per desequilibri econòmic prevista en l'article 41 del Codi de família, per bé que a l'espera que la jurisprudència es pronunciï sobre això, nosaltres en defensem la possibilitat.

No hi pot haver pactes que atemptin contra la llei, l'ordre públic o la igualtat de drets entre el cònjuges.

Una figura d'arrelada tradició a Catalunya, tot i que poc utilitzada actualment, l'heretament, també s'atorga en escriptura pública de capitulacions matrimonials i suposa una institució contractual d'hereu (dels cònjuges entre si o a favors dels fills amb diverses modalitats), que de vegades permet assegurar la continuïtat de l'EF i els drets dels fundadors en cas de cessió en vida del patrimoni als fills²⁵⁹.

Perquè les capitulacions matrimonials tinguin eficàcia davant de tercers (Hisenda, creditors, hereus) s'ha d'inscriure en el Registre Civil corresponent al lloc del matrimoni.

Pel que fa a la transmissió per causa de mort de l'EF, cal dir que la successió a l'EF té dues vessants, el relleu en la direcció i el canvi en la propietat. Totes dues tenen gran transcendència per a la continuïtat de l'empresa. La designació del nou gestor no resol per si mateixa el problema de la successió. La nova estructura de propietat de l'empresa condiciona notablement el seu futur, i exigeix un mínim consens entre els nous titulars de l'empresa perquè els gestors puguin desenvolupar la seva comesa. Per això, l'atorgament de testament no solament ha de ser la forma en què l'empresari declara qui es repartirà el patrimoni quan es mori, ha de ser també el moment de fixar un nou marc estable de propietat que assecuri la pervivència de l'empresa, a part del repartiment més equitatiu de la resta del seu patrimoni.

Atesa la diversitat de situacions personals i familiars que poden concórrer en la successió patrimonial en el si d'una família empresària, no és possible enunciar normes de caràcter general que garanteixin la finalitat comentada abans. Cal enumerar, però, certes pautes en l'atorgament del testament que, generalment, han tingut èxit. Ens referirem a aquestes pautes tot seguit, sense afany dogmàtic sinó amb ànim de propiciar la reflexió sobre la continuïtat de les empreses familiars.

²⁵⁹ Sobre aquesta qüestió, Juan José López Burniol ha destacat en diversos estudis la utilitat i la vigència de l'heretament i de les capitulacions matrimonials com a instruments jurídics idonis per regular la conservació i la transmissió del patrimoni familiar. Vegeu, per exemple, el seu discurs d'ingrés a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya sota el títol La "resurrecció" dels capítols matrimonials

8.5.1. Organitzar adequadament el patrimoni i les relacions familiars

El patrimoni de l'empresari pot estar format per una diversitat de béns i d'empreses, el repartiment dels quals podria resultar molt complex. No ens cansarem d'insistir en la necessitat d'organitzar els grups d'empreses de la manera més raonable, sota corporacions que reuneixen totes les participacions de la família. Aquest tipus d'estructures, a més de proporcionar molts avantatges per al funcionament de les empreses i la seva relació amb els socis o la família, presta un últim servei a l'empresari, la senzillesa i la claredat per materialitzar la transmissió als seus successors de tot allò que constitueix l'empresa o, fins i tot, el seu patrimoni. Però no solament es tracta de considerar els elements patrimonials, sinó també les relacions que hi ha entre els membres de la família i, molt especialment, l'existència d'un Protocol familiar que les disposicions testamentàries haurien de respectar tant sí com no. L'empresari que ha impulsat la signatura del protocol o s'hi ha adherit, té en el testament un instrument immillorable per potenciar el seu valor. Coordinar les disposicions testamentàries amb les clàusules del protocol o exigir als successors que s'hi adhereixin, constitueixen exigències absolutes del testament empresarial.

8.5.2. Limitar l'usdefruit sobre accions

La legislació societària actual estableix (com es desenvolupa àmpliament en un altre capítol del llibre) un règim de l'usdefruit d'accions o participacions socials que atorga a l'usufructuari no solament el dret a percebre els dividendes que es distribueixin durant l'usdefruit, sinó també, entre d'altres, el dret a percebre la part corresponent de les reserves generades durant aquest usdefruit. Aquesta regulació fa que quan conclou l'usdefruit, el nus propietari hagi de compensar a qui fins aleshores ha estat usufructuari o, si s'escau, als hereus d'aquest, pels beneficis no distribuïts per l'empresa. Aquesta obligació (i) pot sumir el nus propietari en una situació d'il·liquiditat (tot i que si no disposa d'efectiu pot lliurar accions a canvi); (ii) pot resultar costosa des d'un punt de vista fiscal quan l'usdefruit és vitalici, ja que queda exclosa de l'empara de la bonificació del 95% en l'Impost sobre successions aplicable a la transmissió de l'empresa familiar; i (iii) pot constituir un focus clar de conflictes quan els hereus de l'usufructuari vitalici són diferents del nus propietari. Per aquesta raó convindria delimitar, en el testament o en el títol constitutiu de l'usdefruit, el contingut d'aquest tipus de drets, de manera que el nus propietari no tingués l'obligació de compensar a l'usufructuari per les reserves constituïdes durant el període d'usdefruit que no han estat distribuïdes.

8.5.3. La substitució fideicomissària pot ser una figura molt interessant en alguns casos

Mitjançant la utilització d'aquesta figura, es designa al patrimoni hereditari un camí amb dues etapes, en primer lloc el fiduciari i, posteriorment, l'hereu fideicomissari. Això permet que, amb designació de la destinació final del patrimoni, aquest aprofiti durant el temps que es consideri oportú una persona intermèdia, el fiduciari. Aquesta figura, a més d'atraure en alguns casos menys tributació que unes altres usades amb la mateixa finalitat, com l'usdefruit, permet controlar el trànsit de la titularitat o el control de l'empresa familiar en situacions especials, com ara la defunció primerenca d'un dels cònjuges o l'assignació del control de l'empresa (per exemple, en mans dels successors que gestionen l'empresa), sense alterar de manera definitiva l'equilibri patrimonial entre els successors o les seves branques familiars respectives. És un instrument tradicional per transmetre un determinat patrimoni a menors i a incapacitats.

8.5.4. Donar l'empresa familiar quan concorrin les condicions adequades

Sota unes condicions determinades, que normalment haurien de concórrer sempre a l'empresa familiar, la donació de les accions o participacions socials representatives d'aquesta gaudeix d'un bonificació del 95% en l'Impost sobre successions i donacions. A part de constituir un pas en la successió de l'empresa familiar, aquest tipus de donació té la particularitat que els beneficiaris adquireixen unes accions o participacions socials amb el mateix cost d'adquisició i antiguitat que tenien per al donant. Això pot representar l'aplicació dels coeficients de reducció del guany patrimonial si aquests beneficiaris venguessin més endavant (passat 10 anys com a mínim) l'empresa o part d'aquest, la qual cosa els pot deixar fins i tot exempts de tota tributació. Les donacions poden establir clàusules de reversió en cas de premorir el donatari al donant i clàusules de revocació per a determinats supòsits i condicions suspensives i resolutòries.

8.5.5. Establir el règim dels pro indivisos

Sovint es pot observar com les comunitats hereditàries o els béns en pro indiviso són font de conflictes entre els cohereus. I encara que no hi hagi aquests conflictes, no és difícil contemplar com aquests béns són administrats deficientment per causa de com arribar a resultar de difícil el fet de reunir o de comptar amb la voluntat de tots els condominis. Tot això repercuteix en perjudici del valor del patrimoni compartit, sense comptar l'efecte que les desavinences que es puguin generar sobre aquest. La millor manera d'evitar aquestes conseqüències és establir en el mateix testament, d'una manera clara i pràctica, un règim d'administració i de disposició dels béns que quedin en pro indivis (o en comunitat hereditària de tipus germànic), compaginant les exigències d'una gestió àgil amb la garantia dels interessos de tots els copropietaris.

8.5.6. El pitjor és heretar diners

Sembla tot un contrasentit però l'explicació és clara: els diners no tenen cost d'adquisició. Quan a un hereu se li adjudiquen elements patrimonials diferents dels diners, l'impost successori corresponent és un cost més alt d'adquisició d'aquest bé. Per tant, el guany patrimonial que es podria derivar de la seva transmissió posterior sempre estarà minvada per l'import de l'impost pagat en l'adquisició. Per contra, si el que es rep són diners, no és factible atribuir-los com a cost d'adquisició l'impost successori meritat i, per tant, qualsevol revaloració o rendiment que se'n derivi estarà absolutament subjecte a tributació, sense descomptar el que va costar adquirir aquests diners.

8.5.7. Evitar discussions

No es infreqüent veure com sorgeixen els conflictes entre els hereus quan arriba el moment de la partició de l'herència. Per reduir al màxim la possibilitat de conflicte, el testador hauria de deixar expressades clarament algunes indicacions, com ara la designació de la persona que administrarà els béns fins que es produeixi la partició, el nomenament, si s'escau, de marmessors i, fins i tot, el

de mitjancers o àrbitres per si sorgeix algun tipus de divergència. Encara més, es pot deixar ja expressat el repartiment detallat dels béns que constitueixen l'herència i els llegats o, si s'escau, de les persones que hauran de realitzar la partició.

8.5.8. Revisió periòdica de les disposicions testamentàries

El patrimoni de l'empresari és una cosa dinàmica. És a dir, normalment, hi entren i en surten elements amb certa freqüència. A més, alguns dels elements del patrimoni de l'empresari, com la mateixa EF, canvien constantment de valor. Així mateix, també les circumstàncies familiars i personals són canviant. No és el mateix atorgar testament quan s'està solter que quan ja es tenen néts. Tampoc no és el mateix atorgar testament als quaranta anys que als seixanta anys, i encara menys quan la situació personal dels successors va evolucionant o canviant al llarg del temps. No sembla gaire raonable pensar que atorgar testament és una cosa que es fa una vegada a la vida. En poc o en molt, l'empresari hauria de reajustar periòdicament les seves disposicions testamentàries al llarg de la seva vida.

Figura 13. Estatuts corporatius, capitulacions matrimonials i disposicions testamentàries

ESTATUTS CORPORATIUS	
DENOMINACIÓ, OBJECTE, DOMICILI I DURADA DE LA SOCIETAT	Règim legal i definicions Denominació Objecte social Domicili social Durada i inici d'activitats
CAPITAL SOCIAL I ACCIONS	Capital social Augment i reducció de capital Llibre registre de socis Transmissió de les participacions Transmissió de participacions indirectes
ELS ÒRGANS SOCIALS	La Junta General Convocatòria i classes de Junta General Assistència i representació Mesa de la Junta General Assumptes, votacions i formalització dels acords L'Administració Social Funcionament del Consell d'Administració Facultats de l'Administració Social
COMPTE ANUALS	Exercici social i comptes anuals Dret d'examen de la comptabilitat Distribució de dividends
DISSOLUCIÓ I LIQUIDACIÓ	Causes de dissolució Liquidació de la societat Reactivació de la societat dissolta
DISPOSICIONS GENERALS	Fur Prohibició d'ocupar càrrecs

CAPITULACIONS MATRIMONIALS

DOCUMENT NOTARIAL

RÈGIM ECONÒMIC INICIAL

RÈGIM DE SEPARACIÓ

Crèdit compensatori per desequilibri econòmic
Compensació de patrimonis inicials
Donacions entre cònjuges

RÈGIM DE BENEFICIARIS

Enquadrament temporal
Patrimonis inicials
Configuració dels béns privatis i beneficiaris
Accions i participacions socials
Administració i gestió
Dissolució i liquidació

USDEFRUI TS

SEPARACIÓ I DIVORCI

Ús habitatge habitual
Pensió compensatòria
Béns en proindivís

INSCRIPCIÓ EN EL REGISTRE
CIVIL I EN ALTRES REGISTRES
QUE CORRESPONGUIN

POLÍTICA TESTAMENTÀRIA

COORDINACIÓ DE LA RESTA DE DOCUMENTS QUE FORMEN
PART DE L'ARQUITECTURA

DISTINCIÓ ENTRE EL PATRIMONI NO EMPRESARIAL
I EL PATRIMONI EMPRESARIAL

SITUACIÓ DEL CÒNJUGE VIDU: DISPOSICIONS
EFICIENTS

Règim econòmic
Atribucions legals
Llegat habitatge habitual i efectes
Usdefruit
Fideicomis
Posició en el Consell de Confiança

INSTITUCIÓ A FAVOR DE FILLS

SUBSTITUCIÓ VULGAR, PUPIL·LAR, EXEMPLAR I FIDEICOMISSÀRIA

Legítimes
Alternatives a la institució "per parts iguals"
Nus propietat i fideicomis
Administració de béns

SUBSTITUCIÓ PREVENTIVA DE RESIDU I
FIDEICOMIS DE RESIDU

TUTORS

CONSELL DE CONFIANÇA (marmessors)

MEMÒRIES TESTAMENTÀRIES

Missió
Composició
Retribució
Funcionament

CAUTELA SOCINI I CAUTELES DE PROHIBICIÓ
D'IMPUGNACIONS

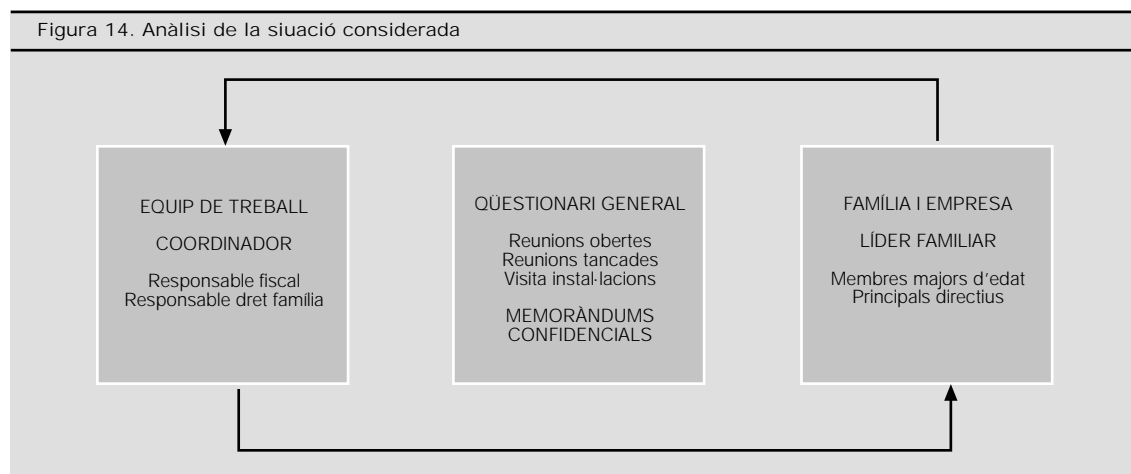
REVOCACIÓ DE TESTAMENTS ANTERIORS

8.6. Metodologia de treball

Fins ara hem comentat el concepte, la naturalesa i el contingut del PF. Ens hem referit també a la teoria dels tres cercles i a la dels tres nivells com a instruments adequats d'anàlisi de la problemàtica en presència a l'EF. Ens falta referir-nos a la metodologia per implementar-lo, fonamentada, com els epígrafs anteriors, en la nostra pràctica professional.

El punt d'arrencada sol ser el contacte personal amb les persones de la família que sol·liciten assessorament sobre el procés, normalment el fundador sol o amb algun dels seus fills o un dels germans a la societat de germans. Com que l'EF és una entitat de gran complexitat, és freqüent que altres professionals que estiguin intervenint professionalment en algun sector dels cercles (especialistes en harmonia familiar, en recursos humans o en finances, per exemple) recomanin la intervenció d'especialistes en estructures familiars i PF. La problemàtica que afecta l'EF és interdisciplinària i requereix especialistes concrets per a cada cas.

Una vegada produïda la presentació i acordada la proposta de serveis i honoraris, que inclou l'equip de treball format pels professionals especialistes que es requereixi, es procedeix a l'anàlisi de la situació considerada (teoria dels tres nivells). Analitzada, des d'aquest punt de vista, la família i l'empresa, es porta a terme un diagnòstic que el presenta en un quadre de necessitats. Es concerta un pla de treball i un calendari de reunions. Les reunions poden ser obertes, amb intervenció de totes les branques familiars, o tancades o privades amb determinats membres o grups de la família per permetre la màxima participació i sinceritat.



A les reunions es fan enquestes personalitzades a tots els membres de la família majors d'edat, el resultat de les quals és un informe amb les preferències majoritàries de la família sobre les qüestions que s'hi hagin tractat. Amb tot això, l'equip de treball redacta i presenta a la família un primer esborrany del text del Protocol familiar, els resultats d'opinió i una proposta amb el disseny corporatiu i tributari. Després, es continua amb un cicle de negociació i de recerca del consens familiar fins que s'arriba a trobar.

Segueix la fase d'implantació i desenvolupament dels instruments jurídics. En aquesta fase es procedeix a la signatura solemne del Protocol familiar, a la redacció privadament dels testaments i de les capitulacions matrimonials, si s'escau. També a la redacció i a la inscripció en el Registre Mercantil dels Estatuts socials corporatius, a la reestructuració societària si és necessària (fusions, escissions, etc.) i a la redacció de poders i del Reglament del Consell d'Administració.

Per assegurar l'eficàcia del Protocol familiar, és imprescindible que durant els dos primers anys algú agafi la responsabilitat de posar en marxa i fer que funcionin els òrgans de govern familiar. És aconsellable també que es facin una o diverses lectures crítiques del Protocol familiar (per exemple, una cada sis mesos) i, si convé, que s'ajusti o es modifiqui el seu contingut, com també que el professional responsable del procés assessor i tuteli la posada en marxa del nou escenari familiar.

8.7. Reflexions i consideracions finals

La importància del Protocol familiar s'ha de mesurar tant per la qualitat del procés que se segueix per a la seva implantació com pel document final en si mateix. L'especialista pot oferir propostes que poden no portar-se mai a la pràctica per la presència de tensions o de factors emocionals que no han tingut la consideració deguda. La família ha de tenir un procés essencial previ o simultani de presa de consciència del procés seguit i dels hàbits de participació. Quan es detecten problemes emocionals d'importància cal recomanar la intervenció d'un especialista en dinàmica familiar.

El seguiment d'uns mètodes d'anàlisi correctes i la consideració de la problemàtica que envolta l'EF com una problemàtica interdisciplinària, en la qual, quan sigui oportú, poden i hi han d'intervenir de forma coordinada diferents especialistes, la recerca tenaç del diàleg i del consens per mitjà de la creació de fòrums de participació familiar, la regulació de l'accés de membres de la família al treball a l'EF, la transparència en la informació per part dels gestors, la representació en els òrgans de govern de totes les branques familiars en proporció a la seva participació a l'EF i una política adequada de dividendes, ens semblen qüestions indispensables a desenvolupar i a plasmar en el Protocol familiar.

La "democratització" de l'EF per mitjà de la representació de les branques familiars, de la informació a l'accionista no gestor, la intervenció d'externs en els òrgans de govern i, sobretot, la formació del soci en el coneixement de l'EF i en el seguiment dels seus objectius són pressupòsits bàsics per al seu bon govern.

Igual que en les grans empreses cotitzades es busca la constitució de "nuclis durs accionaris" que assegurin el desenvolupament de la seva estratègia i la continuïtat del seu equip directiu, a les empreses familiars és essencial que sàpiguen reunir la família propietària a l'entorn del projecte d'empresa. Per aconseguir-ho pot ser molt valuosa la implantació del Protocol familiar i l'adopció d'una política d'informació adequada.

9 Recapitulació

Francisco Vicent Chuliá

Soci de Cuatrecasas

Catedràtic de Dret Mercantil de la Universitat de València

9.1. Introducció

El *corporate governance* –que cal traduir per *bon govern de les societats*, amb aquell qualificatiu positiu, millor que no pas *govern corporatiu*, que és un americanisme– és la resposta a la demanda social de normes adients per afrontar:

- 1) Els riscos econòmics de la globalització, de la desregulació, de la liberalització i de les inversions en noves tecnologies.
- 2) Els riscos jurídics generats per la pol·lució legislativa i la legislació tuitiva d'interessos socials, que augmenten la responsabilitat de les empreses i dels seus directius.
- 3) La ruptura entre l'ètica social proclamada i practicada efectivament, a causa de la feblesa de les institucions jurídiques –societat, comptabilitat, auditoria, mercat de valors–, la qual retrau les inversions i frena el desenvolupament econòmic i social.

En molts països diverses entitats públiques i privades han patrocinat la redacció de codis ètics o autoreguladors per tal de millorar l'organització corporativa i financera de les societats cotitzades. A Europa s'han publicat trenta-cinc codis de bon govern, als quals ara cal afegir l'important Informe de la Comissió Jaap Winter, publicat el 4 de novembre de 2002.

Aquests codis poden millorar l'organització corporativa i financera de les empreses familiars en forma de societats mercantils de capital. El legislador pot convertir en normes imperatives les recomanacions dels codis de bon govern, especialment en el cas de les societats cotitzades, com fa la Proposta de codi de societats mercantils de la Comissió General de Codificació, publicada el 6 de novembre de 2002. En cas de societats familiars, que són una manifestació de societat tancada –*close corporation*–, sembla preferible la via de l'autoregulació. Per aquesta raó no sembla necessària una llei especial sobre l'estatut de l'empresa familiar.

El *bon govern de les societats* tracta fonamentalment de la composició i del funcionament de l'òrgan d'administració. Resulta recomanable que l'acord de socis bàsic, els estatuts socials i el reglament del consell d'administració regulin punts com ara el calendari de sessions, convocatòria, composició, deures i drets, incompatibilitats i conflictes d'interès, organització de les sessions, delegació de facultats i retribució. Destaca la conveniència de designar consellers independents o externs, no vinculats als socis de control ni a les funcions directives de l'empresa, i comissions delegades internes, formades per consellers independents, sobretot les d'auditoria, nomenaments, retribucions i de control del compliment de les normes legals i de les regles del bon govern. En aquests punts s'ha de tenir en compte la diferència de regulació legal segons que s'adopti la forma de societat anònima o de societat de responsabilitat limitada.

El bon govern de les societats és concebut com un sistema equilibrat de relacions entre administradors, directius, socis i creditors, per tal de protegir tots els interessats en l'empresa. En el cas de la societat familiar cal afegir-hi les relacions entre família i empresa, dues institucions bàsiques, per tal d'harmonitzar els principis d'ambdues, de vegades antagònics. Si l'empresa no satisfà les necessitats de la família –liquiditat, desinversió, col·locació dels fills– l'empresa familiar fracassarà. Però les sol·licituds de la família no poden contradir les exigències de l'empresa: lideratge, autofinançament, gestió professional.

Per últim, el bon govern pot servir als administradors per exercir el càrrec sense incórrer en responsabilitat. L'adopció de la forma de consell d'administració, organitzat en comissions, els procediments fixats pel Codi de bon govern, com ara la regulació del dret d'informació i d'accés dels consellers a les dependències, documentació i persones de l'empresa, les cartes amb instruccions als directius i les cartes de descàrrec d'aquests, el procediment o test de la *diligència pròpia* dels negocis, que permet decisions arriscades que no siguin negligents –*business judgment rule* dels tribunals nord-americans, aplicable en el nostre dret–, el compliment de les mesures preventives comptables –valoracions, provisions d'actiu i de passiu–, el recordatori dels deures en cas de dificultats financeres –de sol·licitar la dissolució de la societat o reestructuració alternativa, d'intentar a temps un conveni concursal extrajudicial, etcètera. I la contractació d'una pòlissa d'assegurança de responsabilitat civil d'administradors i directius –D&O– per bé que en la pràctica contenen nombroses exclusions de riscos.

9.2. Estatut –concepte– de l'empresa familiar

És difícil definir el concepte d'empresa familiar, perquè inclou dos conceptes amplis i indeterminats *empresa i família*– i no hi ha una definició legal, malgrat que la noció d'empresa familiar és present en la realitat econòmica, en la legislació fiscal i de foment de les PIME i en la jurisprudència, que recull una especial problemàtica i fa una aplicació de les normes jurídiques de vegades adaptada a la situació *familiar* en la qual sorgeixen els conflictes.

Empresa és un terme *plurívoc* que conté diversos conceptes, simultanis o alternatius. Quan parlem d'empresa familiar ens referim a l'empresa-subjecte. La naturalesa del seu titular en determina la forma d'organització jurídica, com a *empresa individual* o *empresa persona jurídica*, o, en concret, societat familiar –generalment de capital–. En ambdós casos hi pot haver una relació entre una empresa-subjecte i una família o grup familiar. L'organització de les decisions i de l'estructura financera en el cas de l'empresa individual familiar ve donada pel règim econòmic matrimonial regulat en el codi civil i en algunes legislacions civils autonòmiques. És el règim que preval per a les *microempreses*, siguin comercials, agràries, artesanes o dedicades a d'altres activitats. La legislació no resol satisfactòriament els problemes que planteja l'organització de l'empresa individual familiar. És preferible que l'empresa-subjecte adopti la forma de societat, i sobretot de societat de capital, en la qual els socis no responen dels deutes socials.

L'Informe de la Ponència d'Estudi per a la Problemàtica de l'Empresa Familiar, constituïda en el si de la Comissió d'Hisenda del Senat, publicat el 12 de novembre de 2001, desaconsella, per raons tècniques i de complexitat del contingut, la promulgació d'una llei sobre l'estatut jurídic de l'empresa familiar i, en canvi, fa un seguit de recomanacions adreçades als poders públics i dues de fonamentals a les empreses familiars: l'adopció de la forma de societat i la formalització d'un protocol familiar, i en concreta diversos aspectes del contingut.

La societat familiar és aquella societat –generalment en forma de societat de capital– sota el control d'una família o grup familiar –generalment definit en el protocol familiar, tant per la conveniència d'excloure'n els *parents polítics* o per afinitat– com per evitar els problemes de remetre el concepte de família a la legislació.

És difícil definir què és una família o grup familiar en la nostra legislació vigent, ateses les diferències que hi ha entre la família basada en el matrimoni a la família basada en la parella de fet –que també és una relació jurídica regulada legalment.

Malgrat que l'article 39.1 de la Constitució ordena que "els poders públics assegurin la protecció social, econòmica i jurídica de la família", no en dóna cap definició, i el Tribunal Constitucional, després de moltes sentències que han rebutjat la qualificació de família a les relacions no matrimonials, en la Sentència 222/1992 –Ple–, d'11 de desembre de 1992, afirma que l'article 39.1 no discrimina entre família matrimonial i no matrimonial –amb un únic vot particular.

No és fàcil esbrinar en la legislació ordinària un concepte determinat de família. La legislació autonòmica sobre parelles de fet està dividida: Les lleis catalana, aragonesa, valenciana i madrilenya ometen qualsevol referència a la família i es refereixen a "altres formes d'unió de caràcter estable" mentre les de Navarra i de Balears acullen una concepció més ampla de la família. D'altra banda, potser fóra el premi a l'esforç per criar fills la raó per la qual l'article 39 de la Constitució promet ajut a la família. L'empresa familiar seria la unitat estable de producció que serveix per mantenir una família, en les seves successives generacions –tal com Posner ha explicat el règim econòmic matrimonial.

En la legislació fiscal, per al reconeixement de l'exempció, l'article 4, vuitè, 2, de la Llei de l'impost sobre el patrimoni exigeix que la participació social del subjecte passiu sigui almenys del 5% individual o del 20% "conjuntament amb el seu cònjuge, ascendents, descendents o col·laterals de segon grau, bé tingui el parentesc l'origen en la consanguinitat, en l'afinitat o en l'adopció" –és a dir, s'estén als avis i néts, germans i cunyats; i inclou els dos cònjuges, sense fills. L'article 22.2 c de la Llei de l'impost sobre successions i donacions acull aquest concepte de família. Les lleis autonòmiques en

aquestes matèries presenten especialitats sorprenents, com ara l'exclusió del benefici del còmput conjunt del 20% per als afins, o de les societats cotitzades –lleis balear i de Castella-Lleó, respectivament. El concepte de família depèn, doncs, de la legislació concreta aplicable i, a més, del territori autonòmic concret.

9.3. Govern estable de l'empresa familiar

Tot i reconeixent la relativitat i la flexibilitat de les regles del bon govern de les societats, hi ha directius o principis que són generalment apropiats, com ara els plans de formació dels nous consellers en les seves obligacions legals, el coneixement de les regles del bon govern i de la seva empresa.

Hi ha un àmbit de competència pròpia de la legislació sobre societats que està experimentant grans canvis, tant als Estats Units –on destaca la Llei Sarbanes-Oxley, de 25 de juliol de 2002, com a Europa i, especialment, a Espanya, amb el debat sobre com ha de ser la legislació futura en aquesta matèria per tal d'harmonitzar la iniciativa de la proposta de Codi de societats mercantils amb la del reforçament del Codi Olivencia, amb les conclusions de la Comissió Aldama. Són dues vies d'institucionalització del bon govern alternatives, amb la legislació i amb l'autoregulació.

Els estatuts socials i el reglament del consell d'administració han de regular essencialment el dret individual d'informació i d'examen dels administradors i la seva retribució. També han de regular el funcionament, la composició, els drets i deures dels consellers, la incompatibilitats i els conflictes d'interès, l'organització de les sessions i les delegacions de funcions. És molt recomanable el nomenament de consellers independents, és a dir, no vinculats als socis de control ni a la direcció. Per a la descentralització de poders, en lloc de càrrecs individuals cal crear comissions delegades internes de control, amb majoria de consellers independents; sobretot quatre: auditoria, nomenaments, retribucions i control de compliment de normes. Poden simplificar-se i reduir-se a dues: nomenaments-retribucions i auditoria-control.

En la societat familiar s'han de crear uns òrgans específics, que serviran de fòrums d'informació i de debat per als familiars. La junta de família té caràcter informatiu i no decisor i inclou tots els membres de la família a partir d'una determinada edat, treballin o no a l'empresa. El consell de família és l'òrgan que agrupa tots els familiars socis i pren decisions relatives a les relacions entre la família i l'empresa: política de contractació de familiars, normes de successió, conciliació en conflictes entre membres de la família, entre altres. El consell assessor està constituït per experts independents amb provada capacitat professional i bon coneixement de la societat familiar, i ha de fer una tasca consultiva, d'orientació i de consell.

En la vida real de les societats familiars sembla que les deficiències comprovades en el funcionament dels consells d'administració espanyols són més greus, com és la dedicació molt escassa. A més, malgrat que la Llei de societats anònimes només dediqui un article als deures dels administradors, aquests deures són nombrosos i rigorosos, i en destaca els deures d'informar-se, d'investigar i de vigilar. La Llei de societats anònimes també regula molt deficientment els conflictes d'interessos entre l'administrador o soci i la societat en la contractació entre el soci i la societat en la junta general. Per aquesta raó han de ser les normes de bon govern, inserides als estatuts socials o al reglament del consell d'administració les que han de regular aquests deures amb normes que detallin el funcionament i les competències del consell. Cal regular la informació periòdica que ha de donar la comissió de compliment al consell. També cal resoldre amb una regulació expressa l'alternativa entre la creació d'un president executiu –que és alhora director general o apoderat general de la societat i executor dels acords del consell– i la separació entre el president del consell i el director general, amb els sistemes de control que els informes sobre bon govern consideren aconsellables. Igualment important és regular i augmentar les funcions del secretari –i sotssecretaris– per donar-li la competència de prestar assessorament jurídic a la societat. També calen regles concretes sobre l'accés dels consellers a la documentació, sobre retribució dels administradors i sobre procediments a seguir per tal de no incórrer en responsabilitat, especialment greu en el cas que no promoguin la dissolució oportuna de la societat si concorre una causa de dissolució obligatòria.

9.4. Pactes entre accionistes i familiars

Entre els tipus socials regulats en la legislació espanyola, el més adient per organitzar la societat familiar és la societat de responsabilitat limitada, per la seva flexibilitat, a la qual la més recent legislació hi ha afegit un procediment més ràpid de constitució.

Els pactes estatutaris i els parasocials permeten organitzar millor la societat familiar, adaptant-la a les característiques del cas concret. Els estatuts socials tenen un contingut necessari i institucional, és a dir, aplicable a tots els socis. Els pactes estatutaris més característics de la societat familiar són els propis de tota societat *tancada*, com ara els que regulen les restriccions a la transmissibilitat de les accions o participacions socials, peça fonamental per tal d'impedir que s'hi puguin introduir persones que no hi són admeses en el protocol familiar; la venda conjunta d'accions i participacions; l'usdefruit d'accions i participacions amb finalitats patrimonials i d'organització; la separació i exclusió de socis; els pactes per facilitar la desinversió, i l'obtenció de liquiditat per als socis. També hi sol haver pactes relatius a l'organització i funcionament de la societat familiar, entre els quals destaquen els que regulen les prestacions accessòries, de donar, fer o abstenir-se de fer, que contribueixen a la personalització de la societat, les accions privilegiades i les participacions desiguals en drets, les clàusules delimitadores de l'accés al càrrec d' administrador o de membre del consell d'administració; i els pactes sobre distribució de dividendes. A diferència dels pactes estatutaris, que publica el Registre Mercantil, els pactes parasocials, inclosos dintre del protocol familiar o en document separat, no són encara oposables als tercers, sinó que només són eficaços entre els socis que els han signat.

9.5. Finançament (i crisi) de l'empresa familiar

El finançament de l'empresa familiar presenta característiques pròpies. Un estudi comparatiu amb les societats cotitzades ens les mostra amb ràtios d'endeutament i de fons propis semblants, tret d'una proporció inferior del capital social en el conjunt dels fons propis. Presenten peculiaritats en el finançament amb recursos o fons propis, com ara el recurs a les institucions de capital-risc –SCR i FCR– i d'inversió col·lectiva especialitzades en valors no negociables –SIM i FIM. La societat familiar havia estat reticent a cotitzar en borsa pel temor del grup familiar a perdre el control de la societat i a la major disciplina del mercat de valors. Però recentment ha vist aquí la possibilitat d'adquirir la necessària dimensió internacional.

El finançament de l'empresa familiar amb recursos aliens o a crèdit es fa mitjançant: arrendament financer, *lease-back* –aquest, sense els beneficis fiscals del primer–, *renting*, *factoring* o cessió de crèdits, *confirming* o contracte del deutor d'una sèrie de factures amb una entitat de crèdit pel qual aquesta entitat s'encarrega de pagar-les. Els préstecs participatius es caracteritzen per la retribució amb interès variable, en funció de l'evolució de l'empresa –familiar– prestatària, la qual, a més, hi pot afegir un interès fix, i per la postergació de rang, darrere de tots els crèdits ordinaris; i pot computar-se com a fons propis o patrimoni comptable, evitant així l'obligació de reducció de capital social o de dissolució de la societat –articles 163 i 260.1 quart de la LSA.

La crisi econòmica de l'empresa familiar s'anuncia quan concorren certs indicadors, que moltes vegades no són degudament atesos. Hi ha una normativa preventiva de la crisi, en primer lloc en la legislació de societats de capital, que protegeix la integritat del capital social obligant a la reestructuració financera com a alternativa a la dissolució obligatòria, davant de determinades circumstàncies, sobretot quan el patrimoni comptable queda per sota de la meitat del capital social –encara no és insolvència, però s'hi acostava. Si els administradors no promouen la dissolució o l'alternativa reestructuració financera de la societat, responen solidàriament amb ella de tots els deutes socials. És una responsabilitat preconcursal –preventiva d'insolvència – i gravíssima.

La societat familiar pot ser patrimonialment solvent i, tanmateix, patir una manca de liquiditat –*insolvència financera*–, que obligarà els administradors a demanar la suspensió de pagaments. En cas de crisi de solvència i de funcionament, cal elaborar un pla de negoci per tal de redreçar l'empresa. Amb aquest pla de negoci és possible negociar amb els creditors un conveni concursal extrajudicial, per tal que, de forma immediata i discreta, i sense que aquells hagin de proveir els crèdits, es trobi una solució a la crisi i s'elimini la situació d'insolvència. Es tracta d'una operació difícil perquè el dret vigent no impedeix que, iniciada la negociació, qualsevol creditor no sol·liciti la declaració de fallida.

La solució última són els procediments concursals, preferentment la suspensió de pagaments, que reestructura el passiu de l'empresa familiar ajustant-lo a la seva capacitat de generació de recursos, mitjançant un conveni amb els creditors. La solució final és la fallida declarada judicialment a sol·licitud dels creditors o del propi deutor. En la pràctica, a causa dels costos que origina la suspensió de pagaments, aquesta s'aplica més a les grans empreses, mentre les petites, entre elles moltes de familiars, s'acullen a la fallida voluntària.

9.6. La tributació de les empreses familiars

Des de 1994 la legislació fiscal s'ha fet ressò de la necessitat de protegir les empreses familiars, sobretot en la tributació anual sobre el seu valor –impost sobre el patrimoni– i en la successió, per mort del titular, de l'empresa o de les accions o participacions socials. A partir de 1997, amb la cessió de tributs a les comunitats autònomes, l'Estat cedeix també alguns aspectes de la legislació fiscal –Llei 14/1996 modificada per la Llei 21/2001.

En l'impost sobre el patrimoni estan exempts de tributació els béns i drets utilitzats per persones físiques per realitzar una activitat empresarial o professional que el subjecte exerceixi de forma habitual, personal i directa, com també les participacions que les persones físiques posseeixin en societats que no tinguin com a activitat principal la gestió d'un patrimoni mobiliari o immobiliari, sota determinats requisits: societat operativa, que no tributi en règim de transparència fiscal, participació mínima del 5% individual o del 20% conjunta amb parents fins al segon grau col·lateral, exercint funcions de direcció amb remuneració superior al 50% de la totalitat dels rendiments del treball, empresarials o professionals.

L'impost sobre successions i donacions té una bonificació del 95 % en les mateixes societats exemptes de l'IP, per bé que la legislació catalana ho desvincula d'aquesta circumstància i introdueix altres variacions respecte de la normativa estatal – col·laterals fins al tercer grau, termini de manteniment de 5 anys en lloc de 10 anys - L'exempció s'aplica també a les donacions de persones de més de 65 anys o amb incapacitat permanent que deixin d'exercir funcions de direcció i sempre que el donatari mantingui els béns o participacions socials deu anys. Això aconsella preparar una estructura idònia per a la planificació fiscal. Per últim, tenen interès les novetats per a l'empresa familiar previstes en la Llei de l'impost sobre la renda de les persones físiques, sobretot per a les societats patrimonials, Llei que suprimirà el règim de transparència per a societats amb ingressos procedents d'activitats professionals, artístiques o esportives.

9.7. El Protocol familiar

El Protocol familiar és un instrument del bon govern de les societats. És l'eina que els experts en gestió d'empreses i els advocats han aportat a la praxi per tal de fer viable l'harmonització entre els valors i les funcions de dues institucions bàsiques de la societat, com son l'empresa i la família, mitjançant la institució jurídica de la societat de capital.

Es l'aplicació del bon govern de les societats a unes empreses on existien moltes males practiques –nepotisme, rivalitat entre generacions, direcció familiar poc professional– i moltes relacions de conflicte d'interessos i relacions d'agència, que els experts nord-americans han explicat amb la teoria dels tres cercles d'interessos: propietat, família i empresa, i la teoria dels tres nivells:

- 1) Nivell accionarial –relatiu als socis familiars–, on es plantegen importants aspectes per a la maximització fiscal i de presa de consciència pels socis dels seus drets.
- 2) Nivell corporatiu –organització corporativa i financera de la societat familiar holding, a vegades dividida en *corporació industrial* i *corporació patrimonial*.
- 3) Nivell operatiu –gestió d'activitats econòmiques de les empreses del grup familiar, en forma de societats unipersonals, on hi ha la majoria dels llocs de treball.

El Protocol familiar fa la funció d'acord de socis o *shareholders agreement*, que caracteritza la *close corporation*. Pot tenir un valor purament moral –molt vinculant entre familiars– o adoptar la forma expressa d'un contracte. Potser haurà de tenir un contingut distint segons que l'empresa familiar es trobi en la primera generació o en les generacions successives. És el contracte marc o constituent que serveix per emmarcar un complex negociador: estatuts socials, testament, capitulacions, fundació familiar.

El contingut habitual del Protocol familiar inclou: la història de l'empresa familiar; els valors familiars i empresarials assumits; les parts o signants del protocol i qui en poden ser –excloent-ne, si de cas, els familiars polítics–; el reforçament dels drets econòmics dels socis i de les relacions econòmiques entre empresa i família –cap garantia de l'empresa pels familiars, assegurament de distribució de dividends, porta oberta als familiars per entrar i sortir de la societat, òrgans de la família en les seves relacions amb la societat: junta de família, consell de família, consell assessor–; pactes parasocials complementaris dels estatuts socials, quan no siguin inscrivibles o hagin de quedar en secret, treball i formació –reserva de llocs de directiu i requisits per a accedir-hi, fons dedicats a la formació dels familiars amb aquella finalitat–; conducta empresarial i compromís social –amb el medi ambient, recerca i desenvolupament, etcètera–; i clàusules d'ordre –estructura que adoptarà el grup de societats familiar, interpretació i resolució dels dubtes a càrrec del consell de família, previ dictamen de professionals de reconegut prestigi, règim de modificació del protocol–.

En el desenvolupament del Protocol tenen gran importància el testament i les capitulacions matri-moniales. En la redacció del testament cal seguir unes pautes com ara: organitzar adequadament el patrimoni i les relacions familiars, limitar l'usdefruit sobre accions o participacions, fer servir la substitució fideicomissària quan calgui, fer donació de l'empresa familiar en les circumstàncies adequades, regular els proindivisos, preveure que l'herència no tingui diners, evitar disputes i revisar periòdicament les disposicions testamentàries. Per últim, és molt important parar atenció a la metodologia de treball per tal de dur a terme la negociació i redacció exitosa del Protocol.

10 Decàleg

Un decàleg per a les empreses familiars (no cotitzades)

Raimon Segura de Lassaletta

Soci de Cuatrecasas

Professor associat de dret mercantil. ESADE

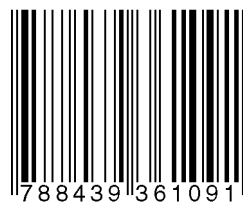
1. Societat Mercantil de responsabilitat limitada:
L'empresa familiar haurà d'adoptar la forma de societat mercantil de responsabilitat limitada (generalment, SL).
2. Consell d'Administració:
L'Administració de la societat s'haurà de confiar a un conseller, la mida i la regulació interna del qual hauran de propiciar que sigui professional, eficaç i participatiu; a aquest efecte, i tret que hi hagi causa justificada, es designaran un o més consellers independents.
3. Assessorament jurídic:
El secretari del Consell haurà de ser un advocat, que assumirà les funcions de lletrat assessor i tindrà cura que s'implantin en la societat -raonablement i en funció de les seves característiques- les recomanacions i els principis sobre bon govern generalment acceptats.
4. Comissió d'auditoria:
Si la societat està obligada a auditar-se, es constituirà, si més no, una Comissió d'Auditoria, amb la participació d'un o més consellers independents.
5. Conflictes d'interessos:
Es regularan, en els Estatuts socials, les situacions de conflictes d'interessos que es puguin plantejar a la Junta General i al Consell d'Administració.
6. Remuneració de mercat:
La remuneració dels consellers i la dels membres de la família amb responsabilitats directives serà "de mercat" i transparent, i, en part, vinculada als resultats.
7. Propietat i gestió:
La gestió de la societat s'encomanarà als professionals, que, degudament seleccionats i avaluats, acreditin més preparació, competència i honorabilitat, i se separaran, si és precís, la propietat i la gestió. Amb aquesta finalitat, s'haurà de disposar d'un assessorament extern i independent.
8. Protocol familiar:
Els socis familiars subscriuran un Protocol familiar en el qual es regularan, entre altres aspectes: (i) els valors i els objectius de la família propietària; (ii) la política d'ocupació i de retribució dels familiars; (iii) els programes implantats per a la formació dels familiars empleats; (iv) la política de dividendes; i (v) fórmules per dotar de liquiditat el capital social, si s'escau.
9. Fòrums de participació de la família:
Els Estatuts socials es redactaran atenent i encaminant la idiosincràsia de la família o les famílies propietàries i els seus objectius, incloent-hi, si s'escau, l'existència i les funcions de la Junta de família, el Consell de família i el Consell Assessor.
10. Plans de negoci:
La societat redactarà i respectarà plans de negocis successius, amb el propòsit de crear valor per a l'accionista a llarg termini, de manera harmònica amb els interessos dels seus empleats i, en general, de la comunitat en la qual actua.

Bibliografia

- E. de AGUIAR, *Beneficios fiscales en la empresa familiar: patrimonio y sucesiones*, de la *Colección Estudios e Informes "La Caixa"*, núm. 13, Barcelona: Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, 1998.
- R. BONARDELL LENZANO i R. CABANAS TREJO, "Separación y exclusión de los socios en la Sociedad de Responsabilidad Limitada", *RdS*, núm. 12, Ed. Aranzadi, 1998.
- F. CERDÁ ALBERO, *Responsabilidad civil de los administradores sociales: ¿solos ante el peligro?*. Un análisis jurisprudencial (1990-2000), *Indret* 1/2001, (<http://www.indret.com>), sub "Acción social de responsabilidad, 1".
- F. CERDÁ ALBERO, *Relaciones y colisiones entre signos distintivos prioritarios y denominaciones sociales. En especial, signos nominales y denominaciones subjetivas*, *Revista General de Derecho* 1996, núm. 621.
- G. CORBETTA, *Le imprese familiari. Caratteri originali, varietà e condizioni di sviluppo*, Milán, 1995.
- J. EGEA FERNÁNDEZ, *Comentari a l'article 4 Llei 10/1998, en Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella, i a la Llei de Situacions Convivencials d'Ajuda Mutua*.
- L. FERNÁNDEZ DEL POZO i G. HERRERO MORO "El precio en las cláusulas restrictivas de la libre transmisibilidad de acciones o participaciones". *Estudios de Derecho Mercantil*. 1a ed., 1994, Ed. Civitas.
- GALIMBERTI, MARIA BLANCA *Una aproximación a la problemática en torno a las stock options*. *Leyesnet*, 2001.
- GERSICK, DAVIS, HAMPTON. *Empresas Familiares. Generación a generación*. Mc Graw Hill. 1997.
- I. LANSBERG. "Los sucesores en la Empresa Familiar.", capítol 12, *Estructuras de Gobierno y procesos para la continuidad*.
- P. LEACH, "La Empresa Familiar", *Colección Management*, Ediciones Granica, 1999.
- J.O. LLEBOT MAJO, "Los deberes de los administradores de la Sociedad Anónima", *Estudios de Derecho Mercantil*, Ed. Civitas, 1a ed., 1996.
- M. MARTÍN CASALS, *Comentari a l'article 3 Llei 10/1998, en Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella, i a la Llei de Situacions Convivencials d'Ajuda Mutua*.
- A. MENÉNDEZ, "Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles: Régimen Jurídico de la Sociedad Limitada. Disposiciones generales", Tomo XIV, volumen 1 A, Ed. Civitas, 1a ed., 1999.
- MORANT VIDAL, JESÚS. *El capital riesgo como instrumento de financiación de las pequeñas y medianas empresas*. (www.noticias.juridicas.com). 2002
- J.M^a MUÑOZ PAREDES, "La información de los Consejeros en la Sociedad Anónima", Ed. Aranzadi, 1a ed., 1999.
- M^a J. PEÑAS MOYANO, *Las prestaciones accesorias en la Sociedad Anónima*, *RdS*, Ed. Aranzadi, núm. 7, 1996.
- A. PÉREZ MORIONES, "Los Sindicatos de voto para la Junta General de Sociedad Anónima", *Biblioteca Jurídica Cuatrecasas*, Ed. Tirant lo Blanch, 1a ed., 1996.
- I. RODRÍGUEZ DÍAZ, "La empresa familiar en el ámbito del derecho Mercantil" *Cuadernos Mercantiles EDESA*, 2000.
- V. SALAS FUMÁS. "El Gobierno de la Empresa", *Colección de Estudios Económicos de La Caixa*, núm. 29, 2002.
- J.R. SALELLES CLIMENT, "El funcionamiento del Consejo de Administración", *Estudios de Derecho Mercantil*, Ed. Civitas, 1a ed., 1995.
- P. SALVADOR CODERCH i J.A. RUIZ GARCÍA, *Comentari a l'article 1 CF, en Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella, i a la Llei de Situacions Convivencials d'Ajuda Mutua* (dir. J. Egea/J. Ferrer), Madrid, Tecnos, 2000.
- K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 3a ed., Colonia-Berlín-Bonn-Múnich: Carl Heymann, 1997.
- R. SEGURA DE LASSALETTA, «El estatuto del consejero en el marco del Informe Olivencia», *Revista del Poder Judicial*, núm. 57, 1er. trimestre 2000.
- R. SEGURA DE LASSALETTA, "La Sociedad familiar: Aspectos legales y órganos de gobierno", *Manual de la Empresa Familiar*. Cinco Días. Ed. 2001.
- R. URÍA, A. MENÉNDEZ, J.L. IGLESIAS PRADA, *Curso de Derecho Mercantil I*, Ed. Civitas, 1a ed. 1999, capítol 49.
- F. VICENT CHULIÁ, «Organización jurídica de la sociedad familiar», *Revista de Derecho patrimonial*, Ed. Aranzadi, año 2000-1, Núm. 5

- F. VICENT CHULIÀ, *Introducción al Derecho mercantil*, 15ª ed., Tirant lo Blanch, València, 2002, pàg. 371, i Oriol Llebot Majó, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1996.
- F. VICENT CHULIÀ, *Organización jurídica de la sociedad familiar, en Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Madrid: McGraw-Hill, 2002, vol. V.
- F. VICENT CHULIÀ, "Organización Jurídica de la Sociedad Familiar". *Revista de Derecho Patrimonial*. Año 2001. Núm. 5.

ISBN 84-393-6109-2



9 788439 361091