



TÍTULO

LA MEDIACIÓN EN LA SUCESIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR

AUTORA

María Pilar Marín Blesa

	Esta edición electrónica ha sido realizada en 2014
Tutor	Sonia González
Curso	Curso de Experto Universitario de Mediación Familiar, Asuntos Civiles y Mercantiles (2012/2013)
ISBN	978-84-7993-800-0
©	María Pilar Marín Blesa
©	De esta edición: Universidad Internacional de Andalucía
Fecha documento	2013



Reconocimiento-No comercial-Sin obras derivadas

Usted es libre de:

- Copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra.

Bajo las condiciones siguientes:

- **Reconocimiento.** Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciadore (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o apoyan el uso que hace de su obra).
 - **No comercial.** No puede utilizar esta obra para fines comerciales.
 - **Sin obras derivadas.** No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.
-
- *Al reutilizar o distribuir la obra, tiene que dejar bien claro los términos de la licencia de esta obra.*
 - *Alguna de estas condiciones puede no aplicarse si se obtiene el permiso del titular de los derechos de autor.*
 - *Nada en esta licencia menoscaba o restringe los derechos morales del autor.*

IDEAS GENERALES SOBRE LA EMPRESA FAMILIAR

Desde que el mundo es mundo, especialmente a partir del nacimiento de la economía capitalista la empresa familiar es un elemento fundamental de la actividad económica. Así se deduce claramente de su función en los ámbitos de creación de riqueza y empleo, como impulsoras de la actividad empresarial, capacidad para emprender y aportación a la innovación.

En sí misma considerada, es decir, en su identidad como empresa, tiene las mismas características que cualquier otra empresa. Por ello y aun cuando pueden ser varios los puntos de vista que se tomen para considerar a una empresa como familiar, **las características** para considerarla como tal se pueden reducir a los siguientes:

- Propiedad accionarial: la mayoría de las acciones con derecho a voto han de ser propiedad de la persona o personas de la familia que fundó la empresa, de la que la adquirió o de sus familiares directos.
- El control de la empresa está en el voto de los miembros de la misma.
- El gobierno o gestión de la empresa ha de estar en manos de al menos un representante de la familia o un pariente.
- En cuanto al derecho de voto se suele considerar empresa familiar si la persona que fundó o adquirió la misma o sus familiares o descendientes poseen el 25% de los derechos de voto a los que da derecho el capital social. En este punto se ha de destacar que aun cuando la familia no cuente con la mayoría de los votos, sin embargo, a través de su participación accionarial, ejerce o puede ejercer una influencia decisiva.

Desde otro punto de vista las características de la empresa familiar se pueden centrar en las siguientes, aun cuando algunas de ellas son o deben ser generales a todas las empresas:

- Calidad y servicio al cliente. Todas las empresas familiares tienen un elevado compromiso con la calidad, el servicio al cliente y la excelencia en sus productos y servicios, al que unen en muchos casos, el nombre familiar de generación en generación.
- Integridad. El nexo entre empresa y la familia, y la involucración de la familia desde la propiedad y en muchos casos en la gestión, hacen que el compromiso por la integridad y la ética asumido por la propia familia se traslade a la empresa como un valor superior.
- Compromiso social. Las empresas familiares están comprometidas en la creación de empleo estable y de calidad. Existen conocidos ejemplos de empresas familiares que contribuyen decisivamente en el desarrollo de su entorno territorial.
- Espíritu emprendedor. La empresa familiar es creativa y emprendedora siempre enfocada hacia un crecimiento estable, constante y en el largo plazo.
- Liderazgo. Las estadísticas demuestran la presencia de corporaciones familiares liderando los principales sectores productivos de todas las economías más desarrolladas del mundo.
- Innovación. El constante enfoque al crecimiento hace que la innovación sea un elemento fundamental para el desarrollo y mejora de los productos o servicios.
- Rentabilidad. De acuerdo con los datos que se desprenden de las comparativas de rentabilidad de las empresas familiares frente a las no familiares, fundamentalmente las que cotizan en mercados de valores, está demostrado que las empresas familiares son más rentables.

De todo esto se desprende que, frente a su consideración general que, como se dijo antes, no difiere de las características de cualquier otra empresa,

la diferencia esencial radica en su íntima conexión con un grupo familiar que posee una influencia directa en su gobierno y gestión.

Ello no obstante, lo que verdaderamente da a la empresa el carácter o condición de familiar es el tender a la continuidad generacional como objetivo estratégico de la empresa. Ello se basa en el deseo conjunto de fundadores y sucesores de mantener el control de la propiedad, el gobierno y la gestión de la empresa en manos de la familia. Es decir, frente a su consideración general que, como se dijo antes, no difiere de las características de cualquier otra empresa, la diferencia esencial radica en su íntima conexión con un grupo familiar que posee una influencia directa en su gobierno y gestión.

En definitiva **las claves** de la empresa familiar se centran en lo siguiente:

1.- Desde la perspectiva de la empresa, se trata de una empresa en la que con independencia del tamaño, grande, mediano o pequeño, confluyen ampliamente los valores de la familia propietaria con los de la empresa.

2.- Desde la perspectiva de la familia, la consecución de ligar emocionalmente a los hijos con la empresa en orden a favorecer la continuidad de la misma.

3.- Desde la perspectiva de la propiedad, tal y como se ha reflejado anteriormente, la familia ostenta un porcentaje de capital relevante para ejercer el control sobre las decisiones más importantes de la empresa.

Por otra parte, **los factores que determinan el éxito** de la empresa familiar y que deben por tanto ser explotados y adecuadamente gestionados pueden ser varios que se reducen a los siguientes, si bien es evidente que muchos de ellos son perfectamente aplicables al éxito de cualquier tipo de empresa aunque no sea familiar, pero en éste tipo de negocio se hacen más necesarios y en su caso, más visibles:

- La planificación a largo plazo
- La agilidad y flexibilidad mediante la concentración de la propiedad
- La estabilidad de los principios básicos y las líneas estratégicas fundamentales
- La responsabilidad social
- La alta calidad de servicio y bienes producidos
- Una política de recursos humanos personalizada

Por lo que se refiere a **los principales retos** a los que, por sus propias características y esencia más íntima, se enfrenta esencialmente en la actualidad la empresa familiar, se pueden reducir a los cinco siguientes:

- Continuidad generacional
- Incremento de dimensión
- Profesionalización
- Innovación tecnológica e industrial permanente
- Internacionalización

Por último, y dentro de esta introducción general a la materia de la empresa familiar, **las condiciones para preservar el carácter familiar** de las empresas se reducen a las siguientes:

- Planificación de la sucesión
- Atraer y retener directivos no familiares
- Renovar a los miembros más mayores frente a cierta reticencia natural e innata a retirarse
- Evitar los problemas financieros derivados del cambio generacional
- Garantizar la competencia del sucesor

IDEAS GENERALES SOBRE LA MEDIACION COMO METODO DE RESOLUCION DE CONFLICTOS

Ante todo conflicto han surgido y seguirán surgiendo diferentes formas de solucionarlo o intentar, al menos, solucionarlo. No hay tiempo para explicar

y explayarse sobre los distintos métodos de solución de conflictos, judiciales o extrajudiciales. Centrándonos en el curso que nos ha ocupado durante unos meses y para resumir la resolución de conflictos, podemos afirmar que un buen método será aquel que posea los beneficios de la negociación y el arbitraje y que a su vez, supla los inconvenientes de éstos.

La mediación que también podemos denominar **conciliación extrajudicial**, es aquél método de solución de conflictos en el cual las partes tienen la oportunidad de superar o componer de manera directa, rápida y económica sus diferencias susceptibles de transacción (ya que ésta es el límite legal de los conflictos a mediar), con la ayuda de un tercero neutral e imparcial, obteniendo de manera voluntaria un resultado gana-gana y sustituyendo de esta forma a muchos sistemas de resolución de conflictos en los que se llega siempre o casi siempre a un gana-pierde o, más aun, a un pierde-pierde.

De esta forma la mediación, a pesar de contar con la intervención de un tercero, se configura como un método autocompositivo, toda vez que son las mismas partes en conflicto las que lo compondrán con la ayuda o asistencia de dicho tercero, el cual, con el uso de técnicas especiales ha de procurar, profesionalmente, el avenimiento de las partes. Por ello se ha denominado también un sistema de negociación asistida.

Por ello, cabe resumir aquí **los beneficios** que tiene la mediación frente al procedimiento judicial, que fundamentalmente se traducen en la reducción de costes. ¿Qué costes? Los siguientes:

- Coste económico: es mucho más barato acudir a un mediador y establecer las bases de una resolución acordada que pagar los gastos de un procedimiento judicial contencioso.

- Coste de tiempo: aparte del tiempo que toma la preparación de un pleito, en los Juzgados se sabe cuándo se entra en un caso (momento de la presentación de la demanda), pero es totalmente imposible predecir cuánto va a durar hasta su archivo definitivo.

- Coste emocional: es, sin duda, el más difícil de soportar. Se puede tener el dinero suficiente para sufragar los gastos de un proceso, infinita paciencia hasta que se dicte sentencia y se cumpla la misma, pero un por graves y dificultosas que puedan ser las relaciones durante una mediación, nunca serán comparables al padecimiento que puede llegar a sufrirse dentro de la maquinaria judicial, que determina la participación de terceros que pueden enfrentar aún más a las partes, la posibilidad de manifestar sentimientos públicamente expresando cosas que en ningún caso querríamos que fueran de dominio público, y otras múltiples situaciones que pueden darse en un proceso judicial .

En este sentido, la mediación permite que sean las personas en conflicto quienes solucionen su propio problema. El tercero imparcial revestido de la figura de Juez conoce sólo lo que le cuentan y aun rigiéndose por principios de justicia, no deja de ser una persona ajena al conflicto y como tal, influenciable y por supuesto susceptible de equivocación. Frente a ello el acuerdo de mediación sale del deseo de las personas que forman parte del núcleo del conflicto y conocen todas y cada una de sus circunstancias, si bien cada cual tendrá su propia interpretación de las mismas. Pero el proceso de mediación permitirá que cada miembro del grupo en el que el conflicto se da escuche la opinión del otro y tiene la oportunidad de que los demás escuchen la suya.

Es más, a pesar de que el acuerdo pueda no ser total sino parcial, seguiría siendo un acuerdo más fácilmente aplicable ya que surge de la intención de quien tiene que cumplirlo. Y aun en el caso de no resultar acuerdo alguno, en la mayoría de los casos la mediación sirve para aclarar y definir posturas y, a veces, para acercar a las partes dentro incluso de un proceso judicial. Pues en todo caso si las partes no son capaces de llegar a un acuerdo, siempre queda disponible la vía judicial por lo que acudir a mediación no supone renunciar a la posibilidad de ir al Juzgado. De ahí también resulta la grandeza de la mediación: no es un procedimiento excluyente, sino alternativo o complementario.

ESPECIAL CONSIDERACION DE LA FIGURA DEL ABOGADO EN LA MEDIACIÓN

En mi condición de Letrada, considero importante dedicar en este punto del trabajo una especial consideración a la participación del abogado en mediación.

La participación del abogado en mediación ha de basarse en tres aspectos esenciales que de este modo configuran tres roles diferentes:

1.- La asesoría.- Dominado siempre por la prudencia como informadora de su actividad inicial (sin dejar de tenerla a lo largo de toda su participación) y, de esta forma, consiguiendo que su intervención no se transforme en un generador de más conflictos o de incremento de la conflictividad sino en solucionador del problema, el asesoramiento, consultoría o consejo, es el resultado del análisis profesional y responsable en el cual el abogado debería concretar la situación real del asunto confiado y la sugerencia de las mejores alternativas para obtener la solución efectiva del caso. Llegar a esta sugerencia no es fácil pues supone el estudio de posibilidades, proyecciones, relación entre las partes, necesidad de solución inmediata, costo-beneficio, tiempo, intereses, etc, y, una vez estudiado y valorado todas estas variables, se podrá aconsejar o sugerir con una posibilidad de error más reducida.

En este sentido un abogado, por su misma profesión, está habituado a los conflictos, lo que le lleva a desarrollar habilidades especiales, si bien en materia de mediación, ha de cuidar su formación y programación mental y de actitud – que no de aptitud -, para considerar la necesidad de capacitación responsable a través de auto y heteroformación en métodos alternativos de resolución de conflictos.

2.- Negociador/representante. Al ser el camino por el que se desarrolla la mediación una negociación que harán las partes, la función del abogado se amplía en el asesoramiento y consejo en la negociación. Y centrándonos en la mediación en el mundo de la empresa familiar hay que tener en cuenta que, si en otros ámbitos de la mediación es más que recomendable que la parte que

acude a una mediación lo haga siempre en compañía de un abogado que puede representarla o asesorarla durante el desarrollo de la misma, más todavía en materia de mediación en la empresa familiar, donde el abogado, incluso si es externo a la misma empresa y más si es interno, conoce los entresijos del mundo empresarial y los intereses en juego.

Por otra parte en el caso de llegarse a un acuerdo es recomendable la participación de un abogado en la mediación, puesto que sin la misma pueden llegarse a acuerdos inejecutables, irrealizables o con vacíos insubsanables. Los importantes efectos que pueden derivarse del acta que contiene el acuerdo de mediación o del documento en definitiva que recoja dichos acuerdos, aconsejan la participación de un abogado. Este debería redactar, observar, comentar, sugerir, criticar, etc. los términos del mismo.

Es buen momento ahora para hacer hincapié a nuevos enfoques en el ejercicio profesional, sobre todo mirándolo desde la perspectiva de la mediación, en cuanto que se debe desterrar la intención del abogado de beneficiar siempre a su cliente en los acuerdos de voluntad. Un acuerdo desequilibrado tiende más al incumplimiento que uno acordado sobre la base del “gana-gana”, pues la intención del acuerdo es que se cumpla, de ambos lados.

3.- Mediador o conciliador. Carácter del abogado en la mediación que sería recomendable extender a todos los ámbitos del ejercicio profesional, de tal manera que la actuación del abogado debe siempre procurar reducir los niveles e tensión, agresividad, revancha, etc, de sus clientes, conciliando desde el inicio de la relación profesional.

Asimismo, el conocimiento jurídico que posee el abogado y su relación con los conflictos y la negociación mejoran notablemente sus aptitudes para mediar, sobre todo en esta materia del mundo empresarial en la que, por su profesión, asisten de la manera más adecuada a las partes en la mediación.

La conclusión de todo ello es que la necesaria vinculación de los abogados con la mediación o conciliación extrajudicial debe tratarse como un asunto de responsabilidad social, dado el importante y delicado papel que

ejercen los abogados en la sociedad; como un asunto de responsabilidad profesional, por el servicio y las necesidades de los clientes; y como un asunto de interés y conveniencia personal, esto último por razones obvias.

LOS SINGULARES CONFLICTOS DE LA EMPRESA FAMILIAR

La empresa familiar tiene una problemática específica derivada de la compleja situación que se produce por la interrelación de tres círculos de intereses: familia, propiedad y empresa. La interrelación de estos tres ámbitos, con sus propias normas, valores y estructuras de organización, hace que pueda haber todo un entramado de relaciones personales.

Si los intereses en todos estos ámbitos son compatibles, la empresa familiar no resultará afectada; si, por el contrario, y como es frecuente, los intereses afectivos, económicos, familiares y personales son divergentes, nacerán tensiones que deteriorarán las relaciones entre sus miembros y afectarán sin duda, la marcha del negocio familiar.

Los dos ámbitos en los que se mueve la empresa familiar, familia y empresa determinan que aparezcan discursos, intereses, problemas y vías para hacerles frente que son diferentes. En definitiva surgen de la conjunción y convivencia de estos dos ámbitos conflictos que son singulares por sus características, desarrollo y por la posible solución a los mismos.

Estos problemas y conflictos pueden ser muy variados, pero en este trabajo nos vamos a centrar en **la conflictividad a que puede dar lugar la sucesión en la empresa familiar.** La sucesión puede darse en la gestión o en la propiedad y es una de las fuentes principales de conflicto en la empresa familiar, pudiendo dar lugar incluso a la desaparición de la empresa o su transmisión a terceros si no se prevé y se gestiona a tiempo y por el procedimiento adecuado.

La posibilidad de situaciones de controversia en la empresa familiar aumenta cuando las sucesivas generaciones acceden a un ámbito u otro del negocio familiar en la primera generación: Cuando el fundador es el único miembro de la familia que trabaja en la empresa, difícilmente pueden surgir conflictos con los otros miembros de la familia. En esta primera etapa y en general el fundador es el propietario y gestor de su propia empresa y además, crea un sentido de pertenencia a un grupo familiar formado, habitualmente, por su pareja y sus hijos en el cual el poder del fundador es acentuado.

Las causas que pueden generar el conflicto son diversas. A veces es el mismo fundador el que plantea el problema a la hora de delegar su puesto o en el momento de designar un sucesor y las luchas de poderes a que ello puede dar lugar. Otras veces es la distribución que se hace o se proyecta hacer la que genera el conflicto. Todo ello aumenta cuando las siguientes generaciones se incorporan al negocio, puesto que al aumentar el número de miembros surgen más opiniones e intereses y es más amplia la distancia con el origen y el germen que dio lugar al nacimiento de la empresa familiar.

Especial atención merece el sentir del propio empresario que puede sufrir una intensa lucha emocional pues saber delegar implica confiar y dar el relevo al frente de la empresa implica confiar enormemente. El empresario debe también a incluir en su formación el sentirse tranquilo tras el relevo y por ello la sucesión en la empresa no es cuestión que pueda improvisarse ni hacerse única y exclusivamente por el amor o el cariño hacia una persona, sino que debe afrontarse desde el punto de vista de dejar la creación en las mejores manos que pueden ser las de un profesional no familiar.

Todo ello afectará a la familia y viceversa, es decir, afectará al negocio familiar, provocando con ello dificultades en la buena marcha de las relaciones familiares que a su vez, repercutirá en la buena marcha del funcionamiento actual y futuro de la empresa familiar teniendo en cuenta además que la gestión del negocio está en manos mayoritariamente de las mismas personas que componen la familia y por tanto, se ven afectados por las tensiones derivadas del ámbito familiar.

Recientemente un sondeo de sobre la edad de los máximos dirigentes de las empresas familiares mostraba que casi un 45% no tenía plan de sucesión alguno. Esto significa sinónimo de incertidumbre sobre el futuro de la empresa.

Por ello es necesario afrontar, con previsión si es posible, las hipotéticas situaciones conflictivas que pudieran generarse por la interacción de los dos ámbitos, el empresarial y el familiar. Es decir, la sucesión es algo que debe planificarse con tiempo y abordarse en las circunstancias más idóneas, las cuales no deben simplemente esperarse sino que deben perseguirse y crearse.

Concretando, la conflictividad en materia sucesoria se centra en dos circunstancias que la empresa familiar tiene que afrontar: el reemplazo del líder y la transmisión de la propiedad. Sin embargo, en ambos casos, muchos y variados son los problemas específicos. Enlazando con lo anterior, la sucesión no es un hecho, sino un proceso, en muchos casos muy largo y por ello es necesaria su planificación. La formación de la siguiente generación, la identificación de un líder o líderes, la planificación patrimonial, la organización familiar para la debida comunicación entre generaciones y definir las normas básicas consensuadas entre todos los interesados. A veces puede ser necesario lo que se ha venido llamando “podar el árbol familiar”, con el fin de no diluir en exceso la propiedad o con el fin de evitar cierto descontrol, desde la transmisión a la persona idónea, lo que supondría estar siempre en una especie de primera generación, a la adquisición de las participaciones o acciones de otros miembros.

En cualquier caso, es conveniente realizar reuniones familiares donde haya cierto debate sobre la empresa de la familia, dando a conocer su estado a los miembros pasivos e incluso a las generaciones que vienen, posibilitando su asistencia a los jóvenes a partir de determinada edad. No siempre es fácil la transmisión, más bien suele ser compleja. De esta forma el Consejo de Familia y las reuniones familiares que abarquen a todos los miembros a partir de una edad, bien trazadas resulta totalmente positivo, así como un buen diseño en la

aplicación de resultados, con estudiadas distribuciones de dividendos bien combinadas y el establecimiento de las denominadas oficinas familiares pueden dar como resultado un mejor entendimiento. También puede ser efectivo la introducción de consejeros independientes o, en su caso, la constitución de un órgano asesor distinto al propio de administración si se da con las personas adecuadas y que verdaderamente sean independientes. Es igual de importante la formación de las futuras generaciones ya que no deben crearse puestos de trabajo ficticios para introducir en ellos a personas de la familia. Los puestos de trabajo han de requerir un perfil establecido de antemano y por necesidades de la empresa y a él han de acceder los más idóneos, sean o no de la familia.

Asimismo el protocolo, el pacto, el convenio, entre los miembros de la familia propietaria de la empresa ha cobrado en los últimos años un auge especial, quizás apoyado por organizaciones empresariales y otras que han nacido al amparo de las propias empresas familiares, en muchos casos acompañados por cátedras especiales sobre la misma.

Independientemente de un estudio más detallado del protocolo a continuación hay que partir de la base de que la sola concienciación de los miembros de la familia y de sus sucesores acerca de dotarse de unas reglas para la convivencia entre la familia y la empresa, regulando a su vez aquellos aspectos puntuales de mayor calado en la problemática de la empresa familiar, puede resultar verdaderamente positivo si además se añaden fórmulas para la resolución de los posibles conflictos.

Y a estos efectos para terminar este apartado general de la tipología conflictiva en la empresa familiar, y en especial la producida por la sucesión en la empresa, considero apropiado citar el siguiente comentario, no por algo ácido real como la vida misma, que hace algunos años hizo José Manuel Lara, Presidente de Planeta, que entonces tenía 63 años, cuando dijo: *“Tras los 70, ser presidente sólo sirve para que te saquen en procesión”*

LA MEDIACION EN LA EMPRESA FAMILIAR

La existencia de controversias y conflictos en la empresa familiar, a raíz de las interferencias que causan las diferencias entre intereses personales y empresariales, a veces viene provocado por la ausencia de un régimen regulador de las relaciones entre los miembros de la familia que participan del trabajo empresarial. Por ello, en las últimas décadas las empresas familiares recurren a instrumentos y herramientas que favorecen gestionar positivamente los intereses de los miembros de cada uno de los ámbitos coexistentes en la organización empresarial/familiar.

Desde esta perspectiva la mediación debe ser contemplada como una “institución preventiva”, en el sentido de que facilita los medios y proporciona los cauces adecuados para sentar las bases suficientes dirigidas a evitar el conflicto o, en el caso de que se dé, preestablecer las vías por las cuales a priori debe resolverse el mismo.

Esto por lo que se refiere a la conflictividad general nacida del entramado empresa/familia, como en el caso especial de la sucesión y “entrega” de la empresa a las sucesivas generaciones, en cuanto que pueden preverse con anterioridad las vías por las cuales va a producirse dicha sucesión (independientemente del cumplimiento de las formalidades exigidas por las leyes) así como los criterios de solución acordados a través de ¿por qué no? de un sistema de mediación.

En este punto hay que dedicar especial atención a varios instrumentos dirigidos a estas finalidades: El Protocolo Familiar, la Asamblea o Familiar y el Consejo de Familia.

El Protocolo familiar

Puede definirse como el acuerdo entre accionistas familiares titulares de bienes o derechos que desean gestionar de manera unitaria y preservarlos en el tiempo, regulando la organización corporativa y las relaciones profesionales y económicas entre la familia y la empresa.

Se configura de esta manera como el instrumento más adecuado para: delimitar el acceso de los miembros de la familia a la empresa; establecer los puestos de responsabilidad, tanto en la gestión como en el gobierno de la misma; definir las políticas de dividendos activos y pasivos y la política de financiación en relación con los miembros de la familia; la creación de fondos internos de autofinanciación para resolver situaciones puntuales de necesidades; regular la transmisión de acciones; definir a los interlocutores a nivel del grupo familiar con los gestores de la empresa; determinar la información a suministrar a los grupos familiares, creación de la asamblea y el consejo familiar y, en general, prever la sucesión de los fundadores de la empresa.

Es además un negocio jurídico en tanto en cuanto la voluntad de las partes es autorregular unas normas de comportamiento para regir la relación empresa-familia y en base a una declaración de voluntad establecer los efectos jurídicos que dicho comportamiento quiere lograr con el objetivo de asegurar la continuidad, el control societario y la unidad de gestión de la empresa propiedad de la familia. Como características de este negocio jurídico destacan las siguientes:

- Es un negocio jurídico de derecho patrimonial mixto con una causa única: conservar la empresa familiar. Esta patrimonialidad de la relación jurídica es la característica diferenciadora del contrato de otras figuras jurídicas en torno a un mero acuerdo de voluntades.
- Es un negocio jurídico atípico, ya que no responde a un contrato especialmente regulado por el derecho aunque le son aplicables las normas legales de carácter imperativo.
- Es un negocio jurídico consensual, es decir, se perfecciona por el mero consentimiento, siendo esta nota muy importante por cuanto es fruto de la negociación entre las partes contratantes – los socios familiares-.
- Es un negocio jurídico de carácter asociativo en base a una estructura de total reciprocidad entre las prestaciones, es decir, las partes declarantes no se enfrentan entre sí por tener intereses contrapuestos sin que sus declaraciones de voluntad son

coincidentes e iguales y tienden a unir esfuerzos para un fin común: la continuidad de la empresa familiar.

- Es un negocio jurídico de tracto sucesivo, es decir, está destinado a desplegar efectos reiterados y escalonados durante el periodo de tiempo necesario y en su caso, indefinidamente.
- Es un negocio jurídico plurilateral en cuanto a su contenido.
- Será además un negocio jurídico solemne o no solemne según se eleve o no a escritura pública.

Por lo que se refiere a su contenido, éste dependerá de las necesidades concretas de cada empresa familiar y sus peculiaridades, pero genéricamente debería cubrir al menos los siguientes contenidos:

- Prólogo.- Herencia e historia de la empresa y familia. Identificación “genética”.
- Filosofía de la familia.- valores familiares y empresariales que van a imperar e intentar transmitirse. Cultura empresarial.
- Clase de empresa familiar.- Límites a su naturaleza, abierta a extraños, cotización o no, etc.
- Política de recursos humanos.- A fin de evitar confusión entre ser propietario y tener capacidad directa de gestión empresarial. Política retributiva.
- Derechos de separación.- Para dar solución a posible problemática derivada del hecho de la separación de algún socio.
- Causas de exclusión.- Con fórmula precisa y concreta.
- Las prestaciones accesorias.- Distintas de las aportaciones de capital.
- Derechos de información.- Así como estos derechos en las sociedades mercantiles tradicionales están bastante limitados, se aconseja en la familiar buscar fórmulas para evitar conflictos innecesarios, así por ejemplo conceder un derecho de información ampliado al cabeza de cada grupo familiar.
- Política de distribución de dividendos.- Estableciendo criterios razonables de dividendos según la situación y/o empleo de los miembros de la familia.

- Restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones y participaciones por actos intervivos.- Tema importante, así por ejemplo estableciendo derechos especiales de adquisición preferente, la empresa puede protegerse de la entrada de personas ajenas.

La Asamblea Familiar es el órgano familiar por excelencia pues reúne a todos los miembros de la familia. Su función esencial es velar por la unidad y la comunicación entre los miembros de la familia. Es el que prevé las bases del Protocolo familiar acordadas de forma consensuada. Y aunque no hay una fórmula para su configuración incluye a todos los miembros de la familia a partir de una determinada edad, trabajen o no en la sociedad familiar y puede llegar a contar con los familiares políticos y hasta de asesores externos. De entre ellos salen los miembros del Consejo de Familia.

No obstante la presente distinción muchas empresas acostumbran a fusionar en un solo órgano la Asamblea Familiar y el Consejo de Familia que integraría de todas maneras, a todas las generaciones y ramas de la familia.

El Consejo de Familia. Tiene como misión básica encauzar de la manera más eficaz las relaciones entre la familia y la empresa aunque sus decisiones no suelen tener carácter vinculante para ésta última. De este Consejo forman parte, con carácter general, el fundador o fundadores y representantes de las diferentes ramas familiares, no siendo requisito necesario el que trabajen activamente en la empresa. No es, por tanto, un órgano del que participen todos los miembros de la familia, sino aquellos que ostentan la representación de su correspondiente rama o estirpe familiar.

Como su principal función es la de favorecer la coordinación empresa-familia, es frecuente que tome la iniciativa en la realización del protocolo familiar y en la supervisión de su cumplimiento. Asimismo, el Consejo ayuda a formular recomendaciones de mejora del protocolo familiar y finalmente, llevar a cabo su revisión. Se ocupa además de formular las propuestas de los representantes de la familia en los órganos de dirección y administración de la empresa, sin perjuicio de que su nombramiento efectivo sea competencia, en su caso, de la Junta General. Asimismo, puede desarrollar labores de

mediación en la solución de conflictos generados entre los miembros de la familia, procurando, en todo caso, que las relaciones familiares no sólo no supongan un obstáculo a un mejor desarrollo de los objetivos empresariales sino que contribuyan a potenciar el mismo. En cuanto órgano que defiende los intereses de la familia en relación con la empresa ha de preocuparse no de aquellos familiares que efectivamente trabajan en ella, sino también de aquellos miembros que, si bien no desempeñan una labor profesional en la empresa, tienen intereses directos en el desarrollo de la misma.

ESPECIAL ESTUDIO DE LA MEDIACION EN LOS CONFLICTOS SURGIDOS EN LA SUCESION DE LA EMPRESA FAMILIAR

Ante la diversidad de problemática que puede surgir en el ámbito de la empresa familiar, se ha de identificar el modelo de mediación más adecuado para afrontar este tipo de conflictos. La mediación puede ser el instrumento adecuado para sumar esfuerzos entre los miembros de la familia en orden a armonizar las relaciones entre los diferentes sistemas o círculos de interés y sobre todo y por lo que aquí especialmente nos ocupa, para ayudar a la continuidad del negocio familiar superando las posibles crisis que surjan. A través de la mediación y las comunicaciones que conlleva se puede facilitar el diálogo entre los miembros en conflicto y crear espacios de comunicación en un plano de igualdad y equidad para finalmente poder llegar a pactos sobre el conflicto y mantener relaciones duraderas entre las partes en disputa.

Damos por sentado en este punto del trabajo los elementos comunes a todo proceso de mediación y su concepto general así como los principios que rigen el trabajo del mediador. Pero sí es interesante poner de relieve todos aquellos elementos que pueden confluir en cualquier conflicto:

1.- Las personas en conflicto, distinguiendo protagonistas principales y secundarios, minimizando el protagonismo de personajes secundarios y maximizando el de las personas que son los verdaderos protagonistas del conflicto y por tanto, en su momento, de su solución. En este punto, el

mediador debe recabar información suficiente sobre las personas que pueden estar en un segundo plano, así por ejemplo, un asesor externo, pero que pueden interferir en el proceso de mediación y beneficiar o perjudicar las vías de comunicación y entendimiento.

2.- El poder entre las personas enfrentadas, es decir, la capacidad de influencia de los protagonistas entre sí, para observar si es o no pronunciado. Suele ocurrir que en las empresas de primera generación el poder suele concentrarse en el fundador y todo gira en torno a él, mientras que en las de segunda o tercera generación el poder está más descentralizado y las tareas más definidas, ofreciendo círculos de poder diversificados según la estructura más o menos compleja de la empresa.

3.- Las percepciones del conflicto.- La forma de percibir o interpretar el mismo por las partes afectadas que dependerá del lugar desde el que se perciba el conflicto: círculo de influencia, familia, gestión, propiedad o bien varios de ellos interrelacionados en cuyo caso la percepción será lógicamente más amplia al contar con mayores fuentes de información.

4.- Emociones y sentimientos. Es determinante en cuanto que pueden incluso hacer imposible la intervención del mediador ya que pueden impedir que salgan a la luz los verdaderos intereses de las partes enfrentadas.

5.- Las actitudes mostradas antes y durante el conflicto y la mediación, es decir, la disposición de las personas implicadas ante la búsqueda de solución de forma conjunta, pudiendo incluso hacer poco recomendable la mediación según las actitudes mostradas por las partes en conflicto.

6.- Las posiciones manifestadas por los implicados en el conflicto, que hagan poco recomendable la mediación ya que algunas posiciones excesivamente rígidas pueden dar lugar a demasiadas concesiones en la negociación.

7.- Los intereses y las necesidades. Es necesario posicionar a cada persona dentro del círculo familiar de la propiedad y gestión de la empresa, distinguiendo los intereses del fundador preocupado por la sucesión y transmisión del negocio respetando los principios y valores que lo crearon, de los intereses de generaciones posteriores que buscan a lo mejor hacerse un lugar para satisfacer sus propios intereses o necesidades.

8.- Los valores y los principios de cada empresa familiar, que han de ser respetados como elementos culturales e ideológicos que justifican el comportamiento de las personas enfrentadas y que ambas partes en conflicto deben conocer y reconocer.

9.- El problema. El centro de la mediación, los hechos y el conocimiento de la cuestión a resolver, para lo cual puede ser conveniente examinar posibles soluciones a otras crisis anteriores.

Conviene no olvidar en este punto que nos movemos en el ámbito económico y empresarial, es decir, que hay que analizar el proceso sin perder esa perspectiva empresarial: ha de buscarse el máximo beneficio para la vida de la empresa y para que alcance el fin último para el que fue fundada. Todo ello sin olvidar la especificidad del ámbito familiar, buscando siempre que la familia y su devenir no perjudique a la empresa de su propiedad y que la empresa no quiebre la armonía familiar.

En relación a lo que se acaba de exponer las particularidades del procedimiento de mediación en la empresa familiar, en relación con el que se puede desarrollar en otros ámbitos, se encuentran, de una parte, en la realización de unas entrevistas individuales con distintos miembros de la familia empresaria o terceros ajenos a la familia, gestores del negocio, a los efectos de identificar la situación planteada y, en su caso, si el conflicto es o no mediable. Por otra parte, y a diferencia de lo que sucede con otros ámbitos en los que incide la mediación, en la empresa familiar, también, deben determinarse las personas que van a participar en el procedimiento de mediación. Así como en los conflictos matrimoniales, las partes están plenamente identificadas, en la empresa familiar, por el contrario, según cual sea la situación que se plantee, los sujetos que participarán del procedimiento de mediación pueden variar. No es lo mismo un conflicto puntual que atañe a unos sujetos en concreto, que la planificación de la sucesión en la empresa familiar; por consiguiente, también las personas que intervendrán en la mediación, variarán según el caso.

Entrando en la mediación propiamente dicha, habría que distinguir dos fases fundamentales:

Primera.- Fase preparatoria de la mediación. En ella intervienen las partes en conflicto, con abogados si fuese necesario y la persona mediadora. Se hace la propuesta de mediación, todas las partes en conflicto asumen en cierta medida el papel de mediador, exponiendo las reglas generales del proceso (voluntariedad, buena fe, confidencialidad ...) y se diseñan los temas a tratar que todos consideren relevantes. Acordado por todos estas materias y el objeto del proceso se firma el acta de inicio de la mediación y se acuerdan asimismo los honorarios a pagar al mediador.

Segunda.- Fase principal de la mediación. Incluye.

- la presentación de la persona mediadora con las explicaciones pertinentes sobre el objetivo de la mediación y sus caracteres, así como el papel de los abogados participantes en su caso y el alcance del acuerdo al que se llegue.
- Presentación por las partes en conflicto, exponiendo los antecedentes del mismo y como les afecta. Se suele recabar información y antecedentes de la empresa y si falta, el mediador puede obtenerla mediante preguntas abiertas. Se elabora así una radiografía del conflicto situando a cada parte del proceso dentro del conocido Diagrama de círculos de Tagiuri y Davis (familia-propiedad-gestión del negocio) e identificar la tipología de la empresa según el papel que juega el fundador, complejidad de la estructura y familia, etc.
- Entrevistas y reuniones privadas o conjuntas según se estime conveniente a la naturaleza del conflicto, identificando los temas a tratar, obstáculos a la comunicación ya ala buena marcha del negocio familiar.
- Comunicación entre las partes en conflicto, en la que el mediador facilitará el diálogo utilizando las técnicas propias de la mediación creando un ambiente propicio para valorar las posibles alternativas a la solución del conflicto. De todo ello surgirán los intereses y necesidades reales, asentados en la base de las posiciones manifestadas.

- Como consecuencia de lo anterior se generan opciones o alternativas reales y viables por todas las partes tendentes a resolver el conflicto, llegándose a la elección de la propuesta más operativa y que pueda llegar a cerrar un acuerdo que sea ejecutable de forma realista, beneficioso para las partes y duradero en el tiempo puesto que todos están dispuestos a aceptarlo de buena fe.
- Por último se llega a la negociación y formalización de acuerdo o, en su caso, de los acuerdos parciales con firma de todos los participantes y de la persona mediadora y, si no fuera posible, se plantearían los posibles pasos a dar en el futuro.

En todo este proceso el mediador se configura como un tercero neutral, ajeno a la empresa y a la familia, que genera confianza entre las partes para que cada una de ellas exprese su versión de la situación que se está tratando. Conocidos los hechos y relatados desde la particular visión de cada participante, la persona mediadora ha de favorecer que todos lleguen a fijar sus puntos de divergencia o diferencias para propiciar que sean ellos mismos los que generen las soluciones que más les convengan en atención a los intereses expuestos y con el objetivo de llegar a acuerdos adoptados en común.

En el caso de que existan, lo cual es frecuente y conveniente, terceros ajenos a la familia, bien sean gestores externos o asesores propios de la empresa, la labor del mediador no es ajena ni aislada de la de éstos pues la estrecha colaboración entre todos es necesaria, pues sus tareas se complementan. El mediador favorece la comunicación entre los miembros de la familia empresaria y el llegar a acuerdos que, esos sí, serán revisados y formalizados por los consultores o asesores externos a la empresa. De ahí el especial apartado dedicado en este trabajo al abogado como mediador: tanto si ejerce como tal como si colabora con los mediadores, ha de tenerse una especial preparación que conlleva una predisposición para el desarrollo de esta parcela de su profesión.

En materia de sucesiones se puede prever la misma en todos los pasos de prevención de conflictos o posibles soluciones a los que pudieran surgir a través de los medios estudiados, como incluso puede establecerse la

mediación específicamente para ello en el testamento. La cláusula testamentaria de sometimiento a mediación de los futuros problemas que pudieran surgir contribuye a que en su día, los interesados salgan de su rígida posición y comprendan los intereses de los demás e incluso los propios y las desventajas de las vías contenciosas, y todo esto aún cuando el porcentaje de éxito es fácil que no sea del cien por cien.

Queda por analizar como ultimo punto la eficacia de los acuerdos resultantes de la mediación, especialmente los relativos a la sucesión. Damos por sentado el conocimiento de la regulación sucesoria en el ámbito civil y sus formalidades en el derecho español, es decir, la formas de testamento, la imposibilidad de testamentos conjuntos (con las salvedades de las legislaciones forales), la no validez de pactos sucesorios o de renuncia o aceptación de herencia futura, etc., así como el entramado fiscal que supone toda sucesión en el sistema tributario español con las absolutamente inconstitucionales diferencias según de dónde sea el sujeto que motiva la apertura de la sucesión. Desde aquí invoco la IGUALDAD para todos los españoles, con independencia de la vecindad civil que ostenten.

Sentado lo anterior cabe señalar que la eficacia jurídica de los pactos en mediación está estrechamente relacionada con el tipo de acuerdo celebrado, de tal modo que algunos de ellos tendrán eficacia interpartes, mientras que otros producirán efectos frente a terceros. En todo caso, deberán tenerse en cuenta los requisitos de forma que los distintos acuerdos requieren. Si del protocolo familiar se deriva que el fundador distribuye la propiedad de la empresa de un modo concreto, será necesario que éste otorgue el testamento correspondiente, pues de lo contrario, el negocio jurídico de disposición mortis causa se considerará nulo (o inexistente) por la falta de la concurrencia de los requisitos que su carácter solemne requiere.

En esta misma línea, si lo que se persigue es que los acuerdos resultantes de la mediación tengan carácter ejecutivo, será preciso que, además de la firma del protocolo, se cumplan con las formalidades que el ordenamiento jurídico establece a tal efecto, que en el ámbito civil y mercantil, se recogen en el artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Ello en materia

de sucesión es difícil pero siempre pueden llegarse a pactos intervivos que de alguna manera influyan en la posterior transmisión de la empresa.

En este punto y a modo de conclusión, es interesante acercarse al derecho comparado y a una posible evolución de la regulación de esta materia, la gran mayoría de los estados prohíben los pactos sobre la futura sucesión, en cuanto los mismos tienden a violar la legítima hereditaria.

Así, y como de ejemplo en la comunidad europea no la aceptan Italia, Francia, Bélgica, España y Luxemburgo. Se oyen voces tendentes a que se debería pensar en la posibilidad de autorizarlos, ya que esta prohibición complica innecesariamente la correcta gestión del patrimonio.

La Comisión Europea tiene como objetivo, a estos efectos, lograr que el empresario disponga de una autonomía más amplia a la hora de decidir cómo quiere planear la sucesión de su empresa para mantenerla en el seno familiar. Es aquí donde la disposición en vida de derechos sucesorios sobre la empresa que potencie que el sucesor se involucre desde aquel mismo momento, adquiere un protagonismo destacado. Es así como ha otorgado diferentes recomendaciones con el objetivo de cumplir con dichos propósitos. La Recomendación de la Comisión 94/1069/CE, del 7 de diciembre de 1994, sobre transmisión de las pequeñas y medianas empresas, precedida por la Decisión 89/490 y 93/379, se refiere a los temas que deben ser tratados a efectos de lograr éxito en la sucesión de las pequeñas empresas. En concreto reconoce las siguientes realidades:

- Necesidad de introducir en la legislación nacional cuando no se haya resuelto la posible contradicción entre el contrato de sociedad y las disposiciones testamentarias o las donaciones, una disposición que establezca que el contrato de sociedad prevalece sobre los actos unilaterales de uno de los socios.
- Mejora del entorno jurídico, fiscal ya administrativo de las empresas.
- Resguardo societario en las empresas de menor envergadura ya que los esfuerzos orientados a sensibilizar, informar y formar al empresario para que prepare en vida eficazmente su sucesión contribuirá al aumento de las posibilidades de éxito de la transmisión.

- Dificultad que experimentan los sucesores para financiar las compensaciones a los coherederos salientes, debiéndose disponer de instrumentos de financiación adecuados en todos los Estados miembros para alcanzar el éxito de la transmisión.
- Necesidad de cambio en la forma jurídica de la empresa para preparar la transmisión adoptando la forma más adecuada para el éxito de dicha operación ya que las empresas no disponen en todos los Estados miembros de un derecho de transformación que les permita cambiar su forma jurídica sin proceder a su disolución y a la creación de una nueva entidad.

Frente a las realidades existentes en materia, la Comisión formula las siguientes recomendaciones:

- Crear un entorno financiero favorable al éxito de la transmisión.
- Sensibilizar al empresario con respecto a los problemas de la transmisión y animarle a preparar esta operación en vida.
- Garantizar el éxito de la transmisión familiar, evitando que los impuestos que gravan la sucesión y la donación pongan en peligro la supervivencia de la empresa.
- Alentar con medidas fiscales al empresario a transmitir su empresa mediante venta o a través de su compra por los asalariados, principalmente cuando no haya sucesor en la familia.
- Aplicar el principio de neutralidad fiscal a las operaciones de preparación de la transmisión, como la aportación de activos, la fusión, la escisión y el canje de participaciones sociales.
- Ofrecer a los herederos la posibilidad de escalonar o aplazar el pago de los derechos de donación o sucesión, siempre y cuando prosigan la actividad de la empresa, y conceder exenciones de intereses.