

“EMPRESA FAMILIAR. PROYECTO DE INCORPORACION AL CODIGO CIVIL”

Por **GRACIELA MEDINA Y EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (H).**

PUBLICADO EN REVISTA DE DERECHO DE FAMILIA Y DE LAS PERSONAS, EDITORIAL LA LEY, BUENOS AIRES, AÑO IV • Nº 1 • ENERO/FEBRERO 2012, PAG.4 Y SIGUIENTES.

Sumario: 1. La Empresa Familiar.- 2. De la regulación normativa.- 3. Regulación específica.- 4. Concepto de empresa familiar. Importancia y necesidad de precisión legislativa. Texto Propyectado.

1. La Empresa Familiar

1.1. Su importancia y desafíos

La empresa familiar es uno de los ejes de la economía tanto Argentina, como mundial.

En Europa del total de empresas son familiares en: Italia el 99%, en Suiza el 88%, en Inglaterra el 76%, en España el 71%, en Colombia el 70% y en Chile el 65%, mientras que en Estados Unidos las sociedades de familia representan el 96% del total, producen el 50% del producto bruto interno y el 60% del empleo.

En Argentina se calcula que el 90 % de las empresas son familiares., lo que demuestra por si su importancia y la necesidad de fortalecerlas en su principal debilidad, que reside en que las empresas familiares no pasan a la segunda generación, es decir no superan la sucesión, (1) en gran medida por la imposibilidad de organizar la sucesión del fundador, el elevado sistema de legítima, la imposibilidad de contratos entre cónyuges, el impedimento absoluto pactar el régimen patrimonial matrimonial y el incompleto régimen de fideicomiso testamentario.

A estos inconvenientes hay que agregarle la carencia de normas societarias para las empresas familiares que contemplan sus conflictos específicos, esto genera multiplicidad de pleitos insolucionables con normas que ignoran la realidad familiar en la configuración empresarial¹

1.2. La necesidad de su regulación

A partir de la década de 1990 la Unión Europea advirtió la importancia económica que tenían las empresas familiares y el impacto negativo que se producía cuando éstas tenían que interrumpir su actividad debido a dificultades insuperables inherentes a sus transmisiones y recomendó a sus miembros, adoptar las medidas necesarias para facilitar la transmisión de las pequeñas y medianas empresas, con el fin de garantizar la supervivencia de las empresas y el mantenimiento de los puestos de trabajo correspondientes.

¹ Las investigaciones realizadas indican que un 70%, no pasa la segunda generación, y que del 30% que lo consigue, tan solo un 15% continúan activas en la tercera.

En el año 2008, la comisión europea dictó la iniciativa de “ley para las pequeñas empresas” o “Small Business Act” o “Pensar primero a pequeña escala” que aspira a mejorar la situación de las empresas familiares, con la elaboración de normas, que ayuden a afrontar los problemas que siguen obstaculizando su desarrollo.

En la Argentina no existe ningún tipo de regulación sobre la empresa familiar lo que contribuye a agudizar sus problemas.

La reforma integral del Código Civil y su unificación con el código Comercial, es la oportunidad de dotar al derecho privado de la normativa esencial sobre empresa familiar que contenga los principios generales sobre los que se articulan las restantes normas.

Consideramos que un Código dictado en el siglo XXI no puede omitir contemplar entre sus instituciones aquellas que dan sustento a la economía del país.

2. De la regulación normativa

La regulación de la empresa familiar debe ser específica y debe insertarse en un marco regulatorio propicio. A saber:

2.1. Marco regulatorio propicio

Para que la empresa familiar pueda desarrollarse armónicamente la legislación iusprivatista debe contener:

1. Facultad de elección del régimen patrimonial matrimonial.
2. Posibilidad de contratación entre cónyuges en el régimen de comunidad de bienes que seguirá siendo el mayoritario.
3. Libertad para la realización de pactos sobre herencia futura.
4. Disminución del sistema de legítima.
5. Fideicomiso testamentario.
6. Oponibilidad de los convenios de accionistas a la sociedad comercial cuando sean unánimes y se trate de una empresa familiar.
7. Derecho de salida del socio, por voluntad de éste o por voluntad de la mayoría, en las sociedades cerradas estableciendo pautas para la valuación y el reembolso de su capital.

3. Regulación específica

No basta con una legislación general que disminuya las legítimas, posibilite la libre contratación entre esposos, de posibilidades tanto de pactar el régimen patrimonial matrimonial, como de realizar pactos sucesorios. Estas son reformas generales que contribuyen a la inserción y desarrollo de las empresas familiares como a las economías individuales en tanto son sinónimo de libertad.

Además del marco general Es necesario que específicamente se regulen dentro del código civil a las empresas familiares al menos en tres aspectos básicos, cuales son:

- * Definición de empresa familiar
- * Regulación del protocolo familiar.
- * Inclusión de normas específicas en los pactos sucesorios sobre empresa familiar, siguiendo el modelo del Código de Cataluña o del código Italiano.

4. Concepto de empresa familiar. Importancia y necesidad de precisión legislativa. Texto proyectado

En gran medida la dificultad para definir la empresa familiar reside en que en ella confluyen dos instituciones: la empresa y la familia, cuyos límites en ambos casos son muy imprecisos.

La importancia de la definición de empresa familiar en el corpus iuris básico del derecho privado reside en que a partir de que se tiene una definición uniforme, se pueden realizar estadísticas seguras ya que las mediciones son siempre sobre un mismo objeto, se puede diseñar políticas públicas concernientes a un mismo objeto y por otra parte las medidas que tomen el gobierno nacional o provincial van a tener idéntico destino. También la definición va a ser importante para la tutela en los casos dudosos, para la aplicación de las normas sobre protocolo familiar y sobre sucesión en la empresa familiar.

En el texto proyectado se tiene en cuenta la definición la adoptada por el grupo de expertos elegidos por el Consejo de Europa en el año 2008 que ha sido largamente estudiada y es uniforme a todos los países europeos lo que permite una mejor comparación², pero se introducen algunos elementos para una mejor definición

Texto Proyectado

Artículo 1. Empresa Familiar. Concepto. Una empresa es familiar cualquiera que sea su tamaño o forma jurídica, sea unipersonal, sociedad de hecho, sociedad regular civil o comercial u otra, si:

1. La mayor parte del poder de decisión lo tiene la persona o personas físicas integrantes de una misma familia que han creado la empresa, o las personas físicas integrantes de una misma familia que han aportado el capital para su formación o sus cónyuges, padres o descendientes o los herederos directos de sus descendientes.

2. Al menos un representante de la familia participa formalmente en el gobierno de la empresa. La empresa unipersonal estará comprendida en este artículo si los integrantes de la familia colaboran en sus actividades y la misma sirve de sustento principal de la familia. Las sociedades que cotizan en bolsa entran en la definición de empresa familiar si las personas que las han creado o que han aportado el capital para su formación referidas en el punto 1, o sus padres, cónyuges o

² Une entreprise, quelle que soit sa taille, est une Entreprise familiale si: 1. La plus grande partie des pouvoirs de décision sont détenus par la ou les personnes physiques qui ont créé l'entreprise, ou par la ou les personnes physiques qui ont acquis le capital de l'entreprise, ou bien par leurs conjoints, parents ou enfants ou par les héritiers directs de leurs enfants. 2. La plus grande partie des pouvoirs de décision sont indirects ou directs. 3. Au moins un représentant de la famille ou de la parentèle participe formellement à la gouvernance de l'entreprise. 4. Les sociétés cotées en bourse entrent dans la définition de l'entreprise familiale si les personnes qui ont créé ou acquis l'entreprise (capital) ou bien leur famille ou leurs descendants détiennent 25 % des pouvoirs de décision sur base de leur capital. Igual definición en inglés: A firm, of any size, is a family business, if: 1. The majority of decision-making rights is in the possession of the natural person(s) who established the firm, or in the possession of the natural person(s) who has/have acquired the share capital of the firm, or in the possession of their spouses, parents, child or children's direct heirs. 2. The majority of decision-making rights are indirect or direct. 3. At least one representative of the family or kin is formally involved in the governance of the firm. 4. Listed companies meet the definition of family enterprise if the person who established or acquired the firm (share capital) or their families or descendants possess 25 per cent of the decision-making rights mandated by their share capital.

descendientes, tienen el 25% de del poder de decisión sobre la base del capital. A los fines de este artículo se considera familia a la integrada por las personas a que se refieren los arts. ... (hoy serían los arts. 36 de la Ley 14.394 y 2953 del código civil, se podría ampliar)

Artículo 2. Alcances. En tanto la empresa familiar es considerada una institución de utilidad social sus actos de constitución, funcionamiento, transmisión de titularidades y continuación en el tiempo gozarán de un trato fiscal preferencial. Asimismo, en los casos dudosos o de conflicto normativo, los jueces interpretarán las normas legales y los contratos en sentido favorable a la empresa familiar y a su continuidad.

El protocolo de la empresa familiar. Necesidad de regulación legal

Antecedentes

El protocolo familiar es un acuerdo que regula las relaciones de una familia con la empresa de la que ésta es propietaria. En su variante formal, constituye un instrumento escrito, lo más completo y detallado posible, suscripto por todos los miembros de una familia que al mismo tiempo son socios de una empresa, ⁽³⁾ que delimita el marco de desarrollo y las reglas de actuación y relaciones entre la empresa familiar y su propiedad, sin que ello suponga interferir en la gestión de la empresa y su comunicación con terceros. ⁽⁴⁾ El Real Decreto Español 171/2007, en su art. 2º, define al protocolo familiar como “aquel conjunto de pactos suscriptos por los socios entres sí, o con terceros con los que guardan vínculos familiares, que afectan una sociedad no cotizada en la que tengan un interés común, en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre la familia, propiedad y empresa, que afectan a la entidad”. Básicamente son funciones del protocolo las de regular los siguientes planos: a. las relaciones y límites entre la familia y la empresa; b. la profesionalización de la empresa; c. los intereses de la familia en la empresa; d. la sucesión en la gestión de la empresa; e. el mantenimiento familiar de la propiedad de la empresa y la sucesión en dicha propiedad.

Una función fundamental es la de constituir un instrumento para prevenir, gestionar y resolver conflictos entre los familiares-socios. En todos los casos, constituye un acuerdo marco que debe prever su revisión y actualización.

Ahora bien, el protocolo importa sobre todo un “proceso” de comunicación intra-familiar y de reflexión sobre la empresa cuya fuerza como instrumento de cohesión y ordenamiento comienza al momento de su elaboración.

³ Reyes López, María José (coord.) “La empresa familiar; encrucijada de intereses personales y empresariales”, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, p. 15; Ver nuestro trabajo “El protocolo de la empresa familiar como instrumento de prevención de conflictos”, en Errepar, DSE, n° 244, marzo 2008; También en la obra colectiva de Favier Dubois (h.), E. M. (Director), titulada “La Empresa Familiar. Encuadre general, marco legal e instrumentación”, Ad Hoc, Buenos Aires, 2010, los trabajos de SOSA DE IRIGOYEN, María Susana, “El protocolo de empresa familiar. Antecedentes y bases para su redacción”, en p. 235 y ss.; MASRI, Victoria, “El protocolo familiar: valioso instrumento para la conservación de la empresa familiar” en p. 279 y ss.; y ROSALES MATIENZO, Rodrigo Nicolás, “Modelo de Protocolo Familiar”, en p. 369 y ss.

⁴ CASADO, Fernando, “El compromiso del Instituto de la Empresa Familiar en la institucionalización del protocolo familiar en España”, en el libro “El protocolo Familiar. La experiencia de una década” de Joan M. Amat y Juan F. Corona (Editores), Colección del Instituto de la Empresa Familiar, Deusto, Barcelona, 2007, p. 9.

Dicho proceso es el que permite a una familia la búsqueda de su propia identidad como empresaria y los elementos que permiten equilibrar dos realidades tan complejas y tan dinámicas como son la familia y la empresa en aras a la supervivencia de ella⁽⁵⁾. Además el protocolo implica un “plan” o un ejercicio de planificación donde se deben tener en cuenta los elementos familiares, jurídicos (mercantiles y civiles), económicos, fiscales y empresariales.

⁽⁶⁾ Una vez consensuado el protocolo, el mismo puede visualizarse como un código de conducta para la familia dentro de la empresa que, por un lado, fija los límites de separación entre una y otra y, por el otro, tiende a mantener la propiedad empresarial en el ámbito familiar ⁽⁷⁾ El protocolo ha sido definido, desde el punto de vista jurídico, como “un acuerdo entre accionistas familiares, titulares de bienes o derechos que desean gestionar de materia unitaria y preservar a largo plazo, cuyo objeto es regular la organización corporativa y las relaciones profesionales y económicas entre la familia empresaria y la empresa familiar” ⁽⁸⁾ Cabe asimilarlo a los “shareholders agreements” de Estados Unidos y viene a desempeñar en la organización jurídica de la sociedad familiar la misma función que el contrato base de la “Joint venture”. ⁽⁹⁾ El protocolo podrá tener o no fuerza jurídica tanto en función de la voluntad de sus firmantes interpretada debidamente, cuanto de su consistencia con el ordenamiento jurídico indisponible. Así, en función del grado de vinculación jurídica que se otorgue, pueden apreciarse tres tipos de protocolo ⁽¹⁰⁾:

- a. El “pacto de caballeros”, cuando su contenido solo obliga a los que lo suscriben desde un punto de vista moral, familiar o social.
- b. El protocolo “contractual”, que vincula a los firmantes jurídicamente pudiéndose accionar judicialmente por cumplimiento o inejecución y reclamarse medidas cautelares.
- c. El protocolo “institucional”, cuando es posible oponer el mismo frente a terceros que no lo hayan suscripto.

En la práctica, para discernir entre un pacto de caballeros y un contrato habrá que analizar frente a qué clase de protocolo se está y cuál fue la intención de las partes conforme a su texto expreso y frente al contenido implícito que resulte del contexto familiar al momento de la suscripción y de la ejecución y del marco legal. En cuanto al protocolo “institucional”, para configurarlo será necesario acudir a

⁵ GÁLVEZ, José Luis, “Prólogo” al libro “El protocolo Familiar. La experiencia de una década” de Joan M. Amat y Juan F. Corona (Editores), Colección del Instituto de la Empresa Familiar, Deusto, Barcelona, 2007, p. 16.

⁶ CASADO, Fernando, op. cit., p. 10.

⁷ Ver SÁNCHEZ CRESPO CASANOVA, Antonio J. “El protocolo familiar”, Sánchez-Crespo Abogados y Consultores, Madrid, 2009, pp. 34, 96/99 y 115.

⁸ RODRÍGUEZ APARICIO, J. A. y TORRES, C. Agustín, “La empresa familiar y el derecho civil”, en Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, n° 12, 3ª época, mayo 1999, p. 44.

⁹ GORTÁZAR, Carlos, “Principales aspectos jurídicos y societarios del protocolo familiar”, en Amat, J. M. y Corona, Juan F. (Editores), “El protocolo familiar. La experiencia de una década”, Deusto, Barcelona, 2007, p. 196.

¹⁰ GORTÁZAR, Carlos, op. cit., p. 197.

instrumentos jurídicos complementarios que puedan otorgarle eficacia frente a terceros. También habrá que tener en cuenta los límites que tiene el protocolo, para su valor legal, resultante de las normas indisponibles del ordenamiento jurídico, (11) sin perjuicio de su valor moral residual.¹¹¹²

Por tales motivos, se propone regular el protocolo como un acuerdo marco con disposiciones contractuales y obligatorias, a efectos de darle sustentabilidad jurídica, como así prever su posible oponibilidad a la sociedad bajo ciertas condiciones y con determinados efectos. También se proyecta la publicidad voluntaria de la existencia de dicho acuerdo mediante el simple expediente de su depósito en el registro mercantil y con efectos de mera información a terceros.

Texto proyectado:

Artículo 1: Concepto: El “protocolo” es un acuerdo de voluntades, o conjunto de acuerdos, de los socios de una empresa familiar entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares, que tiene por objeto establecer tanto un código de conducta como un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones, ambos tendientes a gestionar de materia unitaria y preservar a la largo plazo la organización corporativa y las relaciones profesionales y económicas entre la familia empresaria y la empresa familiar. Los acuerdos parciales, circunscriptos a un tema o materia particular, que objetivamente persigan similar finalidad serán regidos por las mismas normas en cuanto sean compatibles.

Artículo 2: Forma y Prueba: Regirán, respecto del protocolo, las reglas generales sobre forma y prueba de los contratos.

Artículo 3: Obligatoriedad. Las disposiciones contenidas en el “protocolo”, en cuanto importen obligaciones contractuales, obligan a sus otorgantes y pueden ser exigidas judicialmente a los mismos salvo que se opongan expresamente a normas legales de rango superior. En este último supuesto, podrán dar lugar a daños y perjuicios según el caso. En lo demás, las reglas del protocolo tendrán solo valor moral pero podrán ser idóneas para interpretar las obligaciones contractuales allí contenidas. Las obligaciones contraídas en el protocolo de la empresa familiar se transmiten a los herederos en la medida en que reciban la titularidad o derechos sobre las partes sociales, cuotas o acciones del causante.

Artículo 4: Contenidos: A los fines del artículo anterior, y sin perjuicio de la validez de otras cláusulas, se declaran contractualmente exigibles las cláusulas del protocolo de la empresa familiar que prevean lo siguiente: procedimientos para valorar la empresa o las partes sociales; el derecho de exclusión con causa de los socios; el derecho de separación voluntaria del socio disidente; la autocartera para

¹¹ ACHARES-DI ORIO, Federico “El protocolo familiar. A propósito de la autonomía de la voluntad, sus límites y el contrato social” en R.D.C.O., n° 240, p. 1 y ss.

adquirir la parte del socio excluido o retirado; el pago en cuotas del haber del socio excluido, retirado o de los herederos del fallecido mientras se^{13 14}compense la demora; la no incorporación de determinados herederos o rama familiar: los procedimientos de mediación y arbitraje de equidad para resolver disputas; y las cláusulas penales para sancionar incumplimientos.

Artículo 5: Efectos Societarios: El protocolo no producirá efectos en el ámbito societario debiendo a tal fin acudirse a los instrumentos, publicidades e inscripciones previstos por el régimen legal respectivo. No obstante, si su texto constare en escritura pública o instrumento privado certificado y fuera transcripto, total o parcialmente, en los libros sociales y notificado fehacientemente a todos los socios, el ejercicio del derecho de voto por los socios firmantes del protocolo, en violación de cláusulas transcritas que no se opongan expresamente a normas legales de rango superior, y que condicionaren tal derecho, podrá impedir el cómputo de dicho voto y/o dar lugar a la nulidad de las decisiones sociales respectivas a ejercer conforme al ordenamiento vigente.

Artículo 6: Publicidad: Las partes podrán optar por dar publicidad registral al texto del protocolo, en todo y en parte, siempre que el mismo haya sido otorgado por la mayoría de los socios, constare en escritura pública o instrumento privado certificado, y que tal publicidad haya sido dispuesta en el propio protocolo. La publicidad se

cumplirá mediante el depósito de un ejemplar del instrumento respectivo en el Registro Mercantil correspondiente al domicilio social, con efectos meramente informativos para terceros, quienes podrán consultarlo libremente. Las posteriores modificaciones deberán depositarse con idénticos recaudos de modo de mantener actualizada la publicidad.

Artículo 7: Interpretación. En la interpretación de las cláusulas del protocolo los jueces privilegiarán el interés en la continuidad de la empresa familiar.