

“UN NUEVO MARCO LEGAL PARA LA EMPRESA FAMILIAR EN EL PROYECTO DE CODIGO CIVIL Y COMERCIAL”.

Por Eduardo M. Favier Dubois (pater) y Eduardo M. Favier Dubois (h).

SUMARIO:

-Si bien el Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial no incluye una legislación especial en materia de empresa familiar, prevé una serie de modificaciones al régimen vigente en materia de contratos, sociedades, derecho de familia y sucesiones, de las que resulta un nuevo marco legal que es muy positivo para el funcionamiento y continuidad de la empresa familiar en tanto permite evitar conflictos y programar la sucesión con mayor sustento.

-En la nueva regulación se destacan, entre otros, la admisión del “pacto de herencia futura” para empresas familiares, el mayor valor legal del “protocolo de la empresa familiar”, la admisión de fideicomisos intrafamiliares, el fortalecimiento de las empresas familiares “informales”, la capacidad de los cónyuges para ser socios, el régimen patrimonial conyugal con separación de bienes, la reducción de la legítima y el fortalecimiento del régimen de indivisión forzosa.

1.-LA EMPRESA FAMILIAR.

Se considera que hay “empresa familiar”, más allá de las diversas definiciones, más o menos estrictas o amplias, cuando los integrantes de una familia dirigen, controlan y son propietarios de una empresa, la que constituye su medio de vida, y tienen la intención de mantener tal situación en el tiempo y con marcada identificación entre la suerte de la familia y de la empresa¹.

La empresa familiar tiene enorme importancia económica, social y moral reconocida en todo el mundo² y presenta grandes fortalezas que las hace más exitosas que las no familiares cuando están debidamente organizadas. Cuando ello no ocurre, presentan debilidades derivadas, principalmente de su informalidad, de la falta de profesionalización, de la falta de planeamiento de la sucesión, de la inexistencia de canales idóneos de comunicación y, fundamentalmente, de la confusión de límites, de fondos y de roles entre la familia y la empresa.

Todo ello crea la necesidad de acudir a procedimientos y herramientas que permitan brindarle una debida sustentabilidad de modo de posibilitar su continuación y evitar las altas tasas de mortalidad, principalmente al pasar a manos de las siguientes generaciones.

2.-SU MARCO LEGAL EN EL DERECHO PRIVADO ACTUAL.

Las debilidades apuntadas se agravan en la medida en que el derecho privado argentino actual, relativo a los contratos, las sociedades, la familia y las sucesiones, no implica un marco legislativo propicio para las empresas familiares, ni posee normas específicas que puedan dar sustento legal a su adecuado funcionamiento y a su continuación en el tiempo.

Ocurre que, aun cuando luego de un arduo trabajo con la ayuda de un consultor, la familia empresaria logre superar la confusión entre familia y empresa, estructurarse, profesionalizarse, crear sus órganos de gobierno empresarial (directorio) y familiar (consejo de familia), articular un plan de sucesión en la gestión y en la propiedad, y suscribir un acuerdo familiar o “protocolo de empresa familiar”³, tales progresos en los planos de la gestión y de la familia se verán dificultados en el área jurídica por la falta de un marco legal favorable y/o por la existencia de normativa restrictiva.

¹ Favier Dubois (h), Eduardo M. “La empresa familiar frente al derecho argentino. Hacia su reconocimiento doctrinario y sustentabilidad jurídica”, E.D. tomo 236, 17-2-10, pag.2, nro.2.1.. Ver también la doctrina publicada en la página web del Instituto Argentino de la Empresa Familiar: www.iadef.org

² Ver sobre el tema los siguientes aportes publicados en los últimos tiempos: “La empresa familiar. Encuadre general, marco legal e instrumentación”, director E.M.Favier Dubois (h), de Editorial Ad Hoc, Bs.As., 2010. También la obra colectiva titulada “Empresas de Familia. Aspectos Societarios, de familia y sucesiones, concursales y tributarios. Protocolo de familia”, dirigida por Gabriela Calcaterra y Adriana Krasnow, editada por La Ley, Buenos Aires, 2010. Además, pueden consultarse los siguientes trabajos: Medina, Graciela “Empresa Familiar”, La Ley, T.2010-E, ejemplar del 13-9-10, pag.1 y stes.; Alterini, Ignacio Ezequiel “El bien de familia frente a la empresa familiar” en La Ley, to. 2010-F, diario del 9-12-2010, pag. 1 y stes

³ Favier Dubois (h), E.M. (Director) “EL PROTOCOLO DE LA EMPRESA FAMILIAR. ELABORACION, CLÁUSULAS Y EJECUCIÓN”, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2011.

En efecto, en su funcionamiento legal, las empresas familiares afrontan importantes contingencias societarias derivadas de considerar la ley al socio familiar como un “inversor”, lo que las lleva a gravosos conflictos⁴. También afrontan contingencias laborales y previsionales en la medida en que se considera administrativamente al familiar que trabaja como a un tercero “dependiente”, y contingencias fiscales, en tanto en muchos casos se pretende desde el Fisco gravar como “transmisión” lo que es una simple continuidad empresaria en el tiempo⁵.

La situación se agrava frente al supuesto de divorcio de algún socio familiar por el régimen patrimonial conyugal vigente de ganancialidad absoluta, el que puede convertir al ex cónyuge no familiar en socio de la empresa familiar, con los consecuentes problemas, y por la imposibilidad de pactar un régimen patrimonial para el matrimonio y/o para el eventual divorcio.

Por su parte, al momento de planificar o ejecutar el tránsito generacional en la gestión y en la sucesión en la propiedad, la normativa sucesoria aplicable solo aparece tutelando los intereses individuales de los sujetos integrantes de la familia, reputándolos como propietarios “herederos” con derechos de orden público a tomar inmediata posesión de su porción “legítima” de la herencia en especie y a exigir en cualquier tiempo la partición, sin atender a la existencia de la empresa familiar como tal, y a la necesidad de su tutela y continuidad.

Ello hace necesarias reformas legales que favorezcan el funcionamiento y continuidad de las empresas familiares, tanto en el ámbito “marco” del derecho de privado, como en el propio de la empresa familiar⁶.

Sin embargo, la necesidad de tales reformas no excluye la posibilidad de lograr, en el marco de la legislación actual, razonables estructuraciones jurídicas e interpretaciones jurisprudenciales tutelares⁷, pero siempre en un ámbito de dificultades e incertidumbres.

3.-EL PROYECTO DE CODIGO CIVIL Y COMERCIAL.

El 23 de febrero de 2011 el P.E. Nacional dictó el Decreto 191/2011 por el cuál creó una “Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los códigos civil y comercial de la nación”.

⁴ Favier Dubois (h), E.M. “Los conflictos societarios. Prevención, gestión y solución”, La Ley, tomo 2010-E, pag.675

⁵ Favier Dubois (h), Eduardo M. “La empresa familiar frente al derecho argentino. Hacia su reconocimiento doctrinario y sustentabilidad jurídica”, op.cít.

⁶ Favier Dubois (h), E.M. “Empresa Familia. Proyecto de incorporación al Código Civil”, Rev. De Derecho de Familia y de las Personas, Ed. La Ley, Bs.As., año IV, nro.1, Enero-Febrero 2012, pag.4 y stes.; y de ambos autores: “Reformas legales pendientes para la Empresa Familiar: Panorama y propuestas normativas”, Errepar, DSE, nro. 296, tomo XXIV, Julio 2012, pag.631.

⁷ Favier Dubois (h), E.M. “La empresa familiar: hacia su debida interpretación doctrinaria y estructuración jurídica”, Errepar, DSE, nro. 277, tomo XXII, diciembre 2010, pag.1301, en coautoría con Eduardo M. Favier Dubois (pater).

La Comisión se integró con dos ministros de la Corte Suprema, Dres. Ricardo Luis Lorenzetti y Elena Higton de Nolasco, y con la profesora y ex jueza de la Corte de Mendoza, Dra. Aída Kemermajer de Carlucci.

Como todos sabemos, los tres juristas se dividieron entre sí el trabajo y contaron con la colaboración de un nutrido grupo de noventa especialistas de las diversas ramas jurídicas, elaborando un Anteproyecto.

El mismo fue presentado al Poder Ejecutivo el 27 de marzo de 2012, organismo que por intermedio del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos practicó una revisión, realizó supresiones e introdujo algunas modificaciones dando lugar al texto de un Proyecto.

Dicho Proyecto fue remitido por el Poder Ejecutivo al Congreso por un Decreto que estableció un plazo de 30 días para la constitución de una Comisión Bicameral, y un plazo de 90 días para expedirse, el que vencería antes del término de las sesiones ordinarias el 30 de noviembre de 2012.

A su vez el Proyecto prevé una entrada en vigencia de la ley continente de un nuevo Código Civil y Comercial de la Nación a los seis meses de su sanción.

Cabe señalar, que el Proyecto reconoce como antecedentes cuatro diversos intentos de unificación y reforma integral de la legislación civil y comercial⁸.

Por nuestra parte, si bien siempre admitimos la posibilidad y conveniencia de unificar parcialmente las obligaciones y los contratos, no compartimos los proyectos unificadores en tanto, en sustancia, han implicado una tentativa de “comercialización” de las actuales relaciones regidas por el derecho civil al disponer una unificación “material” (mora, mandato oneroso, mutuo, presunción de solidaridad, responsabilidad casi objetiva, etc.), en desmedro de los sujetos no comerciantes, o sea de la gente común que se rige por otras reglas que las mercantiles, ajenas al “riesgo creado” y a la profesionalidad.

⁸ El primero fue el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, proveniente de la Cámara de Diputados de la Nación (año 1987), que fue preparado por una Comisión Honoraria que integraron los doctores Héctor Alegría, Atilio Anfbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, Miguel Carlos Araya, Francisco A. de la Vega, Horacio P. Fargosi, Sergio Le Pera y Ana Isabel Piaggi. Fue sancionado por ambas Cámaras (ley 24.032) y vetado por decreto presidencial (decreto 2719/91).- Más adelante, la denominada Comisión Federal de la Cámara de Diputados de la Nación elaboró, a su vez, otro proyecto de unificación, que fue sancionado por la Cámara de Diputados de la Nación el 3 de noviembre de 1993; la Comisión Honoraria redactora fue integrada por los doctores Héctor Alegría, Jorge Horacio Alterini, Miguel Carlos Araya, María Artieda de Duré, Alberto Mario Azpeitia, Enrique C. Banchio, Alberto J. Bueres, Osvaldo Camisar, Marcos M. Córdoba, Rafael Manóvil, Luis Moisset de Espanés, Jorge Mosset Iturraspe, Juan Carlos Palmero, Ana Isabel Piaggi, Efraín Hugo Richard, Néstor E. Solari, Félix Alberto Trigo Represas y Ernesto C. Wayar.- Un tercer proyecto, fue preparado a instancias del Poder Ejecutivo Nacional por una Comisión creada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional 468/92, cuyo texto fue remitido al Senado de la Nación, y publicado en el Diario de Asuntos Entrados del 13 de agosto de 1993; la Comisión Honoraria redactora estuvo compuesta por los doctores Augusto C. Belluscio, Salvador Darío Bergel, Aída R. Kemermajer de Carlucci, Sergio Le Pera, Julio César Rivera, Federico Videla Escalada y Eduardo A. Zannoni; Finalmente, en cuarto lugar, por decreto 685/95 se creó una Comisión integrada por los doctores Héctor Alegría, Atilio Anfbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman, la que elaboró un “Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio”, que fue elevado al Ministro de Justicia de la Nación el 18 de diciembre de 1998 y aprobado por la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados de la Nación.

Si bien el Proyecto ahora en análisis trata de tutelar a los sujetos no comerciantes por vía de la reglamentación de los “contratos de consumo”, no logra dar un adecuado tratamiento diferenciado y, en definitiva, importa un importante grado de comercialización del derecho civil.

4.-PRINCIPALES CONTENIDOS DEL PROYECTO.

En una apreciación muy global, cabe señalar que el Proyecto implica una reformulación general del Código Civil vigente, que se reemplaza por un total de 2.671 artículos.

En materia de derecho de familia el código implica una verdadera “revolución” en tanto introduce cuestiones tan novedosas y controvertidas como el “alquiler de vientres”.

En otras materias, como personas, actos y contratos, derechos reales y sucesiones, introduce reformas que, en muchos casos, incorporan jurisprudencia vigente o toman postura por una posición doctrinaria determinada.

Además, el Proyecto deroga al Código de Comercio vigente e incorpora algunas de sus materias a un texto unificado de Código Civil.

Es así que regula a la contabilidad, a la rendición de cuentas, a la representación comercial, a los contratos comerciales típicos, incorpora a los atípicos y a los contratos bancarios, introduce reglas generales en materia de títulos de crédito y regula el contrato de “arbitraje” y los contratos “de consumo”.

El Proyecto no toca a las leyes comerciales que reemplazaron a los libros tercero y cuarto del código de comercio, como son la ley de Navegación (ley 20.094) y la ley de Concursos y quiebras (ley 24.522), como tampoco a una serie de leyes “incorporadas” y “complementarias” del código derogado, las que se mantienen vigentes (vgr. Fondos de comercio, cheque, letra de cambio y pagaré, martilleros, defensa de la competencia, entidades financieras, etc.). Similar situación se presenta respecto de las leyes civiles complementarias.

En cuanto a las sociedades⁹, modifica a las categorías societarias derogando a las sociedades “civiles” y fortaleciendo a las sociedades irregulares y a las nulas por su forma, a todas las que incluye en una nueva categoría que puede denominarse de “sociedades informales” (sección IV del Capítulo I), con validez de los pactos y responsabilidad mancomunada.

Al respecto, reforma a la ley 19.550, cuyo nombre ahora será de “ley general de sociedades”, incorporando a la “sociedad anónima unipersonal”, tolerando en algún caso la unipersonalidad sobreviniente en otros tipos, facilitando la continuación social luego de la disolución y acrecentando las capacidades para ser socio.

⁹ Ver Vítolo, Daniel “Las reformas a la ley 19.550 de sociedades comerciales en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, Ed. Ad Hoc, Bs.As., 2012.-

También aplica a las sociedades las reglas y principios generales de las “personas jurídicas privadas” previstos en el cuerpo del código civil (arts.145 a 167).

A su vez, traslada los contratos asociativos, que hasta ahora están en la ley de sociedades, al cuerpo principal del nuevo código civil y comercial, regulando una parte general y suprimiendo toda referencia o exigencia de un objeto empresarial.

Para terminar esta introducción, y siempre en una visión meramente panorámica, cabe señalar, como principales carencias en materia comercial, que el Proyecto nada establece sobre el estatuto del empresario o del comerciante ni sobre la jurisdicción mercantil, suprime toda referencia “comercial” de su articulado, no regula con precisión al sujeto obligado a llevar contabilidad, y menciona pero omite regular al “Registro Público”, que ya no es más “de Comercio”, en sus aspectos sustantivos y generales como son los documentos inscribibles, los presupuestos de la inscripción, el control de legalidad y de homonimias, los efectos de las registraciones, la publicidad y las conexiones entre registros locales.

Tampoco prevé normativa de aplicación suficiente para atender las situaciones preexistentes cuando una institución es suprimida, como es el caso de las sociedades civiles que son derogadas por el Proyecto pero se ignora por cuáles normas se regirán las que hoy existen luego de la eventual vigencia del nuevo Código¹⁰.

5.-PANORAMA DEL PROYECTO RESPECTO DE LA EMPRESA FAMILIAR.

Si bien el proyecto de nuevo código no incluye una legislación especial en materia de empresa familiar que regule, por ejemplo, su reconocimiento, la definición legal, el principio de tutela y la reglamentación del protocolo de la empresa familiar con su publicidad y efectos, tal como en su momento reclamáramos¹¹, prevé una serie de modificaciones al régimen vigente en materia de contratos, sociedades, derecho de familia y sucesiones, de las que resulta, a nuestro juicio, un nuevo marco legal que es muy positivo para el mejor funcionamiento y continuidad de la empresa familiar y que analizaremos en los capítulos siguientes.

¹⁰ En principio serían las reglas de las sociedades “informales” de la Sección IV del Cap.I en tanto las sociedades civiles no responden a la tipicidad ni al objeto empresarial requeridos por el art. 1º de la ley de sociedades.

¹¹ Favier Dubois (h), E.M. y Medina, Graciela “Empresa Familia. Proyecto de incorporación al Código Civil”, Rev. De Derecho de Familia y de las Personas, Ed. La Ley, Bs.As., año IV, nro.1, Enero-Febrero 2012, pag.4 y stes.

6.-REGIMEN LEGAL DE LOS CONTRATOS.

6.1.-LA ADMISIÓN DEL PACTO SOBRE HERENCIA FUTURA CUANDO SE TRATA DE UNA EMPRESA FAMILIAR.

Esta es a nuestro juicio la modificación más trascendente para la empresa familiar en tanto permitirá la mejor programación de la sucesión en la propiedad de la empresa.

El art. 1010 del Proyecto, en su segundo párrafo y como excepción a la prohibición general de pactos sobre herencias futuras, establece. “Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de gestión empresaria o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros”.

El Proyecto atiende a la necesidad de facilitar la sucesión en la empresa familiar permitiendo al fundador transmitirla solo a los herederos con vocación de continuar la empresa, excluyendo a los demás.

El texto, que de algún modo coincide con una iniciativa nuestra en la materia¹², reconoce como antecedentes el “pacto de familia” de la ley Italiana del 14-2-2006, nro.55, art.2º, que introduce los arts. 678bis a octavo (similar a la francesa), y el art. 1056, segunda parte, del código civil español, reformado por la ley 7/2003.

6.2.-EL FORTALECIMIENTO DEL VALOR LEGAL DEL PROTOCOLO DE LA EMPRESA FAMILIAR.

En principio el Protocolo es un acuerdo marco de las relaciones familia, propiedad y empresa, con valor moral y, en algunos casos, con limitado valor legal entre parte, discutiéndose su obligatoriedad para los herederos¹³.

Como regla, el Protocolo no tiene valor frente a terceros, salvo que se incluyan sus previsiones en los estatutos o reglamentos societarios inscriptos, o en fideicomisos u otros contratos traslativos de la propiedad.

Siendo ello así, el Proyecto incrementa el valor legal del Protocolo entre partes y frente a terceros conforme a cuatro normativas.

¹² Ver de los autores “Reformas legales pendientes para la Empresa Familiar: Panorama y propuestas normativas”, Errepar, DSE, nro. 296, tomo XXIV, Julio 2012, pag.631.

¹³ Ver de los autores “Aspectos jurídicos del Protocolo de la Empresa Familiar” en Errepar, DSE, nro. 286, tomo XXIII, septiembre 2011, pag. 990.-

En primer lugar, por la recién citada admisión que el Proyecto hace del “pacto de herencia futura” en el art. 1010 del código civil, donde alude a “Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos...” lo que inequívocamente se refiere, aún sin nombrarlo, al protocolo de empresa familiar y, por ende, le da rango de contrato que incluye a disposiciones especiales con efectos entre partes y frente a terceros (ver 6.1).

En segundo término, el Protocolo debe ser incluido en la categoría de los “contratos asociativos” del art. 1442 y siguientes del nuevo código civil ya que es tanto “de colaboración” como “de organización” y también “participativo”, con una clara “comunidad de fin”: el funcionamiento y la continuidad de la empresa familiar.

Estos contratos tienen libertad de formas (art. 1444), de contenidos (art. 1446) y “producen efectos entre las partes” aunque no estén inscriptos (art. 1447).

En tercer lugar, por las normas sobre sociedades “informales” que permiten la invocación entre socios e inclusive la oponibilidad de las cláusulas frente a terceros que las conocían al contratar, respecto de contratos no inscriptos (arts. 22 y 23 de la ley de sociedades).

Finalmente, el art. 1024, contempla la extensión activa y pasiva de los efectos del contrato a los sucesores universales, salvo inherencia, incompatibilidad o prohibición, lo que autoriza a trasladar los efectos del protocolo a los herederos.

6.3.-LA POSIBILIDAD DE UN FIDEICOMISO SOCIETARIO INTEGRADO EXCLUSIVAMENTE POR MIEMBROS DE LA FAMILIA EMPRESARIA.

El fideicomiso accionario¹⁴ es sin lugar a dudas uno de los mejores instrumentos para la ejecución del protocolo de la empresa familiar en la medida que permite que las cláusulas y previsiones del Protocolo constituyan las “instrucciones” del fundador, como fiduciante, dadas al fiduciario ejecutor¹⁵.

Ahora bien, una de las mayores resistencias de la familia empresaria es cultural ya que no admite que un no familiar tenga tanto poder como el fiduciario de administrar las acciones, votar en las asambleas, elegir autoridades y disponer sobre honorarios y dividendos.

El art. 1671 del Proyecto establece que tanto el fiduciante, el fiduciario o el fideicomisario pueden ser beneficiarios.

¹⁴ Favier Dubois (h). E.M. “Fideicomiso y régimen societario. El fideicomiso sobre acciones de sociedad anónima”, La Ley tomo 2010-F, pag.842.

¹⁵ Ver de los autores “Los fideicomisos en la empresa familiar”, en ERREPAR, DSE, nro. 288, Tomo XXIII, noviembre 2011, pag. 1191 y también en “Revista de Derecho de Familia y de las Personas”, Ed. La Ley, año 3, número 10, pag. 13, Noviembre 2011

La cuestión zanja una discusión con la ley actual en la que la doctrina mayoritaria, que compartimos, entiende que el fiduciario no puede ser al mismo tiempo beneficiario, lo que ocurre generalmente en el fideicomiso financiero donde el acreedor bancario es fiduciario y beneficiario, por implicar necesario conflicto de intereses.

Sin embargo, en materia de empresas familiares nos parece que la reforma es buena¹⁶ ya que permitirá que, dentro del mismo grupo de la familia empresaria, uno de los herederos beneficiarios del plan de sucesión en la propiedad de la empresa, sea a la vez el fiduciario encargado de cumplir la manda del protocolo.

De tal modo, al no exigirse la inmixinión de un tercero no familiar en la propiedad fiduciaria, las posibilidades de aceptación de este fideicomiso por la familia son mucho mayores, además del abaratamiento de los costos.

Por otra parte, el eventual conflicto de intereses puede ser debidamente controlado por los restantes beneficiarios familiares no fiduciarios.

6.4.-LA RATIFICACIÓN DE LA PROCEDENCIA DEL ARBITRAJE PARA DIRIMIR LOS CONFLICTOS EN LAS CUESTIONES PATRIMONIALES DE FAMILIA.

El Proyecto regula al “contrato de arbitraje” en sus arts. 1649 a 1665, y entre las controversias excluidas del arbitraje incluye expresamente a “...las cuestiones no patrimoniales de familia...” (art. 1651).

De ello se sigue que las “cuestiones patrimoniales de familia” como es todo lo referente a la empresa familiar y a las relaciones familia, propiedad y negocio, pueden expresamente ser sometidas a arbitraje, lo que refuerza la validez de las cláusulas arbitrales para resolver conflictos en la empresa familiar y la conveniencia del mecanismo del arbitraje que pueden poseer grandes ventajas sobre el judicial en materia de agilidad, confidencialidad y especialidad¹⁷.

7.-DERECHO SOCIETARIO.

7.1.-EL FORTALECIMIENTO DEL ESTATUTO LEGAL DE LAS SOCIEDADES FAMILIARES “INFORMALES”.

El Proyecto cambia fundamentalmente el régimen de la “empresa familiar informal”, o sea el que aquella que, por falta de profesionalización, no acudió a instrumentarse como

¹⁶ Se trata de una opinión de la Dra. Graciela Medina a la que adherimos.

¹⁷ Ver Favier Dubois (h), E.M. (Director) “NEGOCIACION, MEDIACION Y ARBITRAJE EN LA EMPRESA FAMILIAR”, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2012.

una sociedad “típica” (SRL, S.A., etc.) y, por ende, se rige hoy por las reglas de las “sociedades de hecho” (arts. 21 a 26 ley 19.550).

El Proyecto modifica tales artículos para crear una nueva categoría societaria a la que denomina “de la Sección IV”, y que se corresponde al concepto de “sociedades informales” y agrupa, en una misma regulación, a las que hoy son las “sociedades civiles”, las “sociedad de hecho o irregulares” y las sociedades “nulas o anulables por atipicidad o falta de requisitos formales”.

Pues bien, a diferencia de lo que hoy ocurre con la ley 19.550, en el Proyecto el contrato sí puede ser invocado entre los socios y sus cláusulas pueden oponerse contra los terceros que las conocían al contratar, incluso respecto de quién representa a la sociedad, todo lo que evita conflictos entre los socios y también con terceros.

También la sociedad podrá adquirir bienes registrales a su nombre, por un acto de reconocimiento de todos los socios, permitiendo separar los bienes personales de los bienes afectados a la empresa familiar.

Además, y esto es muy importante, salvo pacto expreso o que se trate de una sociedad “colectiva” que no pudo inscribirse, la responsabilidad de los socios por las deudas de la sociedad no es solidaria e ilimitada como ahora, sino que pasa a ser mancomunada y dividida en partes iguales.

Finalmente, el pedido de disolución de un socio no opera si hay plazo pactado y si no hay, opera recién a los noventa días pero permite a los restantes continuar con la sociedad pagando la parte social a los salientes, todo lo que garantiza la continuidad.

7.2.-LA CAPACIDAD DE LOS CONYUGES PARA SER SOCIOS.

El proyecto supera a la limitación de la ley actual, que solo permite a los cónyuges ser socios de sociedades en las que tengan responsabilidad limitada, y los autoriza a integrar cualquier tipo de sociedad, incluyendo a las informales de la Sección IV recién referidas (nuevo art. 27 L.S.).

Vale decir, desaparece la actual contingencia de que a una sociedad “comercial de hecho” entre marido y mujer, o con hijos y nueras, se la repute como nula y se le exija la liquidación y/o se le impida la “regularización”.

8.-DERECHO DE FAMILIA.

8.1.-LA OPCIÓN POR EL RÉGIMEN PATRIMONIAL CONYUGAL DE SEPARACIÓN DE BIENES.

Como una excepción al régimen general y supletorio de “comunidad de ganancias”, que es similar al actual, el Proyecto posibilita a los cónyuges optar por un régimen patrimonial de separación de bienes (arts. 505 y stes.).

Tal opción se puede hacer por convención matrimonial (art. 446 inc.d-), en el acta del matrimonio (art. 420 inc. J-), o por convención modificatoria después de un año de matrimonio (art. 449).

Esta opción, que convendría sea incluida como una obligación de los integrantes de la familia empresaria en una cláusula del protocolo tal como es frecuente en España, impedirá que el cónyuge no familiar que se divorcie pueda ingresar como socio, recibir acciones o tener derechos patrimoniales contra la empresa familiar¹⁸, lo que evitará una gran cantidad de conflictos contribuyendo a la paz en la empresa familiar.

Asimismo, en caso de fallecimiento del cónyuge familiar, el no familiar no recibirá nada como socio de la sociedad conyugal, sin perjuicio de que recibirá de los bienes propios una parte igual a la de sus hijos (art. 2433).

8.2.-LA ADMISIÓN DE LOS CONTRATOS ENTRE CONYUGES AUN EN EL REGIMEN DE COMUNIDAD DE GANANCIAS.

Al no haberse reeditado las disposiciones que prohíben los contratos entre cónyuges en el actual código civil (art. 1358 y conc.), el Proyecto admite que cualquier contrato pueda ser celebrado entre cónyuges, incluyendo compraventa y donación.

Ello permite una mayor planificación patrimonial dentro de la familia empresaria con positivas repercusiones en la programación de la sucesión patrimonial sobre la empresa familiar.

8.3.-LAS MODIFICACIONES EN LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

En el Proyecto el régimen del “bien de familia” de la ley 14.394 es derogado y reemplazado íntegramente por los arts. 244 a 256 del código civil.

¹⁸ Ver Favier Dubois (h). E.M. “La financiación de la Empresa Familiar y sus resultados contables frente a la liquidación de la sociedad conyugal”, La Ley t.2010-C, pag. 1225 y stes.

La modificación, respecto de la empresa familiar, importa limitaciones y ampliaciones.

En cuanto a las limitaciones desaparece la protección del inmueble que sea solo “de sustento” de la familia (el negocio), ya que solo se protege al “inmueble destinado a vivienda” (art.244).

Sin embargo, como se prevé la inembargabilidad de “los frutos” indispensables para satisfacer las necesidades de los beneficiarios (art. 251), debe entenderse subsistente un destino “mixto” del inmueble, lo que se refuerza por la protección expresa del inmueble rural “que no exceda de la unidad económica” (art. 256).

En lo que se refiere a las ampliaciones, se destacan la posibilidad de “subrogación real” al transmitirse la afectación a la vivienda adquirida por sustitución y a los importes por indemnización o precio (art. 248), como así que en la quiebra no puede pedir el remate el síndico sino solo los acreedores anteriores y el remanente se entrega al fallido (art. 249 inc. d).

9.-DERECHO DE SUCESIONES.

9.1.-LA REDUCCIÓN DE LA PORCIÓN DE LA LEGÍTIMA HEREDITARIA Y LOS LÍMITES A LA ACCION DE REDUCCIÓN EN DONACIONES.

La porción legítima de los herederos forzosos se reduce en el Proyecto pasando de 4/5 a 2/3 en el caso de descendientes (art. 2445), vale decir que se aumenta la porción disponible del testador que pasa a ser un tercio de los bienes con los cuales puede favorecer la propiedad de aquellos herederos con vocación de continuar la empresa familiar, ampliando los márgenes de la programación de la sucesión.

Cabe señalar que de los 2/3 indisponibles el causante puede disponer que 1/3 se aplique como mejora estricta a descendientes o ascendientes con incapacidad (art. 2448).

Si bien el Proyecto toma partida por los efectos reipersecutorios sobre adquirentes de bienes registrales en el caso de donaciones que afectaren la legítima, admite que pueda desinteresarse al legitimario satisfaciendo en dinero la cuota legítima (art.2458) y dispone una prescripción adquisitiva de la acción de reducción si poseyeron la cosa donada durante diez años desde la adquisición de la posesión (art. 2459).

Finalmente, el art. 2461, sobre transmisión de bienes a los legitimarios, establece que los legitimarios que consintieron la enajenación no pueden reclamar la imputación y la colación del excedente.

9.2.-EL REFUERZO DEL REGIMEN DE INDIVISION FORZOSA HEREDITARIA

El Proyecto mantiene en líneas generales al régimen de la ley 14.394 en la materia, incorporándolo a los arts. 2330 a 2334 del código civil, pero además refuerza el sistema de la siguiente forma:

clarifica los bienes que pueden ser objeto de indivisión por diez años, o hasta la mayoría de edad si hay hijos menores, por el testador incluyendo expresamente a las “parte sociales, cuotas o acciones de la sociedad de la cual es principal socio o accionista” (art. 2330 inc. c).

Permite que el pacto de indivisión de los herederos por diez años pueda ser renovado por igual plazo (art.2331)

Da derecho de oponerse a la partición del establecimiento o de las partes sociales al cónyuge supérstite que ha adquirido o constituido en todo o en parte al establecimiento o es principal socio de la sociedad, salvo que se le adjudique (art. 2332).

Da derecho de oposición a la partición del establecimiento al heredero que hubiere participado activamente en la explotación de la empresa (art. 2333).

Impide a los acreedores de los coherederos ejecutar el bien indiviso ni una porción ideal, pudiéndose cobrar solo sobre las utilidades (art. 2334), a diferencia de los acreedores del causante.

9.3.-LAS MEJORAS EN MATERIA DE PARTICION HEREDITARIA.

El art. 2411 del Proyecto permite la “partición por ascendientes” también por medio de donación y no solo por testamento, lo que se reglamenta en los arts. 2415 a 2420.

Por su parte, en materia de procedimientos de partición, cuando se trata de un establecimiento, el cónyuge sobreviviente o el heredero que hubieran participado en su formación, pueden pedir la atribución preferencial en la partición con cargo de pagar el saldo.

También pueden pedir la preferencia en el caso de sociedad si no afecta las disposiciones legales o las cláusulas estatutarias (art. 2380).

Además, puede pedirse la atribución preferente por el cónyuge o heredero respecto del local de uso profesional y de las cosas muebles de la explotación rural donde hubiera participado (art. 2381 inc. b y c), lo que ayuda a tutelar la continuación de la “empresa familiar profesional” y de la “empresa familiar agropecuaria”.

Agregase que, cuando varios interesados pidan la adjudicación preferencial, el juez tendrá en cuenta “la aptitud” para continuar la explotación y la importancia de su “participación personal” en la actividad (art.2382), lo que implica también posibilitar la continuación de la empresa familiar.

Finalmente, el art. 2347 permite al testador designar al administrador de la sucesión y el modo de su reemplazo, lo que también refuerza las facultades del causante para programar la ejecución de la sucesión.

10.-CONCLUSIONES.

Siempre a título de propuestas interpretativas, sujetas a la dialéctica del pensamiento¹⁹, sobre todo en una materia novedosa como es la del contenido del Proyecto de Código Civil y Comercial, formulamos a modo de síntesis las siguientes conclusiones:

1.-El adecuado funcionamiento y la continuidad en el tiempo de las empresas familiares requieren, además de un trabajo de sustentación en los ámbitos de la empresa y la familia, un marco jurídico adecuado que brinde seguridad a los acuerdos.

2.-Si bien el Proyecto de Código Civil y Comercial en trámite no regula expresamente a la empresa familiar en cuanto a su reconocimiento, definición conceptual y principio de protección, como así tampoco sobre los efectos y publicidad del “protocolo de empresa familiar”, contiene una serie de normas que configuran un marco legislativo favorable.

3.-En materia de contratos se destacan la admisión del “pacto de herencia futura” cuando se trata de una empresa familiar, el fortalecimiento del valor legal del “Protocolo” y la admisión de fideicomisos que, al ser el fiduciario también beneficiario, permiten ser instrumentados con la exclusiva participación de integrantes de la familia. A ello se suma la ratificación del arbitraje como instrumento idóneo para dirimir los conflictos familiares patrimoniales.

4.-En el ámbito societario, el Proyecto favorece el estatuto legal de las empresas familiares “informales” en materia de valor de los pactos internos, capacidad para bienes registrales y limitación de responsabilidad, además de admitir la capacidad de los cónyuges para constituir cualquier tipo social formal o informal.

5.-En lo que hace al derecho de familia, el Proyecto admite la opción por un régimen patrimonial con “separación de bienes” y la celebración de cualquier contrato entre cónyuges, inclusive bajo el régimen ganancial. La regulación que reemplaza al “bien de familia” no admite expresamente la tutela del inmueble de “sustento” familiar pero sí posibilita un destino “mixto”, reforzando la tutela ante terceros.

6.-Finalmente, en cuestiones sucesorias, el nuevo código acrecienta las posibilidades de planificación al reducir el porcentaje de la legítima de los herederos forzosos, limitar los efectos de la acción de reducción, dar mas fuerza a la indivisión forzosa hereditaria y mejorar el ámbito de las particiones sucesorias.

¹⁹ Se agradecerán comentarios al correo: emfavierdubois@favierduboisspagnolo.com

FINIS CORONAT OPUS