

(Para Errepar, DSE, nro. 296, tomo XXIV, Julio 2012).

“Reformas legales pendientes para la empresa familiar: panorama y propuestas normativas”

Por : *EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (PATER) Y EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (H).*

1.-LA EMPRESA FAMILIAR Y SUS DESAFIOS.

Cabe aquí recordar que hay “empresa familiar” 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 empresa ¹

También se sostiene que la “empresa familiar” es “aquella en la que un grupo de personas pertenecientes a una o más generaciones, y unidas por vínculos familiares, comparten parcial o totalmente la propiedad de los medios instrumentales y la dirección de una empresa, produciéndose una comunicación entre los fines de la familia y de la empresa” ²

Y si bien no existe un concepto unívoco en la materia, es claro que la empresa familiar presenta al menos dos elementos objetivos y relacionados entre sí: la existencia de una familia o grupo familiar y la existencia de una empresa, elementos a los que se suma uno subjetivo: la intención de mantener la participación familiar en la empresa y de que ésta sea el sustento de la primera.

La empresa familiar tiene enorme importancia económica, social y moral reconocida en todo el mundo ³ y presenta grandes fortalezas pero, al mismo tiempo, posee debilidades,

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 Rodríguez Díaz, Isabel “La empresa familiar en el ámbito del derecho mercantil”, Cuadernos 2 Mercantiles, Edersa, Madrid, 2000, pags.23/24, citado por Martorell Zulueta, Purificación “Empresa Familiar y Regímenes Comunitarios” en Reyes Lopez, María José (Coordinadora) “La Empresa Familiar: Encrucijada de intereses personales y empresariales”, Ed. Aranzadi S.A., Navarra, 2004, pag.76, nota 6).-

³ 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, en la que participaron como co-autores de sucesivos capítulos: Tomás M. Araya, María Gabriela Brandám, Angél F. Cerávoló, Oscar D. Cesaretti, Marcelo de Hoz, Eduardo M. Favier Dubois (h), Viviana Fourcade, María Blanca Galimberti, Martín Giralt Font, Graciela Junqueira, Roberto M. Martín, Victoria S. Masri, Ricardo A. Nissen, Rodrigo N. Rosales Matienzo, Hugo E. Rossi, Candelaria Sandro, Susana Sosa de Irigoyen, Claudio D. Szarlat Dabul, Daniel R. Vítolo y Augusto Weigel Muñoz, 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.

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 lo que 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 al pasar a manos de las siguientes generaciones.

Además, pueden consultarse los siguientes trabajos: Medina, Graciela "Empresa Familiar", La Ley, T.2010-E, ejemplar del 13-9-10, pag.1 y stes.; y 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

2.-RIESGOS LEGALES.

Las debilidades apuntadas se agravan en la medida en que no existe ni un ámbito legislativo general propicio para las empresas familiares, ni tampoco normas específicas que puedan dar sustento legal a su adecuado funcionamiento y a su continuación en el tiempo.

Ocurre que aún cuando la familia empresaria logre superar la confusión entre familia y empresa, estructurarse, profesionalizarse, crear sus órganos de gobierno empresarial (directorío) 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”, tales progresos en los planos de la gestión y de la familia se verán dificultados en el área jurídica por la falta de normativa favorable y/o por la existencia de normativa restrictiva.

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

Por su parte, al momento de planificar o ejecutar el tránsito generacional en la gestión y la sucesión en la propiedad, la normativa 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 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 necesario que se encaren reformas jurídicas, tanto en el ámbito “marco” del derecho de familia y de las sociedades, como en el propio de la empresa familiar.

La necesidad de tales reformas no excluye la posibilidad de lograr, en el marco de la legislación actual, razonables estructuraciones jurídicas e interpretaciones jurisprudenciales tutelares⁴, pero siempre en un marco de dificultades.

⁴ 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).

3.-LA REFORMA DEL CODIGO CIVIL UNIFICADO EN TRÁMITE.

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

Hasta lo que se conoce en el presente, las normas actualmente proyectadas prevén las siguientes reformas favorables al marco general regulatorio de la empresa familiar:

La reducción de la legítima de los descendientes del 80% al 66% (art. 2445), lo que amplía en algo la porción disponible por el Fundador en su planificación de la transmisión de la propiedad en la empresa familiar⁵.

La posibilidad de los cónyuges de optar por un régimen de “separación patrimonial” en el matrimonio (art. 505 y conc.), reduciendo los problemas y conflictos que se presentan en los divorcios y fallecimientos con el ingreso como socio del ex conyuge en virtud del carácter “ganancial” de acciones o de partes sociales recibidas como frutos y de los dividendos societarios⁶.

La posibilidad de los futuros cónyuges de formalizar “convenciones prenupciales” (art.446 y conc.), las que permitirán pactos relativos a la no inmexión de los parientes políticos en la empresa familiar, cuando esa sea la política de la familia empresaria, lo que también evitará conflictos.

Sin perjuicio de aplaudir tales reformas, por entender que son un paso importante hacia el mejoramiento del marco normativo general de la empresa familiar, queremos destacar en esta colaboración cuáles serían, a nuestro juicio, las reformas que todavía se encuentran pendientes y, en algunos casos proponer al debate textos concretos.

⁵ De todos modos la porción de la legítima sigue siendo alta, habiendo antes propuesto que solo alcance un 50%.

⁶ No obstante subsiste la herencia de un cónyuge sobre los bienes propios del otro conforme a los arts. 2433 y 2445.

4.-PANORAMA DE LAS REFORMAS NECESARIAS Y PENDIENTES.

A nuestro juicio son necesarias y se encuentran pendientes de incorporación legal normas jurídicas que tenga por objeto reconocer a la empresa familiar como tal, dar valor legal al protocolo familiar, facilitar la programación patrimonial sucesoria, flexibilizar el funcionamiento interno de las sociedades que instrumentan una empresa familiar, reconocer el trabajo de familiares en la empresa, reducir los costos fiscales y evitar los litigios penales dentro de la familia, según se señala a continuación.

En primer lugar, corresponde definir y reconocer a la empresa familiar desde lo legislativo e, igualmente, establecer normas de interpretación favorable.

En segundo término, debe reconocerse valor al “protocolo de la empresa familiar” y establecerse su relación con el orden societario, los terceros y su publicidad.

Además, en el marco contractual-sucesorio resulta indispensable la derogación de la prohibición de pactos sobre herencia futura cuando se trate de la planificación de la sucesión patrimonial en una empresa familiar, siguiendo el modelo del "pacto de familia" del derecho comparado.

También sería conveniente una aclaración legislativa en el sentido de que la incorporación de las acciones a un fideicomiso de programación patrimonial no se ve alterada por la muerte del fiduciante ni por la existencia de herederos forzosos, quienes deberán esperar hasta el vencimiento del plazo de extinción de éste para recibir las acciones.

Por su parte, en el plano societario, estimamos necesario consagrar la oponibilidad de los convenios de accionistas a la sociedad comercial cuando sean unánimes y se trate de una empresa familiar; la flexibilización de las relaciones internas de las sociedades SRL y SA, siguiendo el modelo de la Sociedad Anónima Simplificada de Colombia; y el derecho-obligación 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.

Desde lo laboral, resulta necesario el reconocimiento del "trabajo familiar" de parientes que se desempeñen en la empresa familiar y conformen una comunidad patrimonial, como excepción a la "relación laboral" prevista en el art. 23 de la LCT, y la ampliación de la no presunción de "socio-empleado" del art. 27 LCT a todos los parientes integrantes de la empresa familiar.

Por su parte, desde lo Fiscal hace falta la ampliación de la exención de la ley de impuesto a la transmisión gratuita de bienes de la Provincia de Buenos Aires (art. 106 inc.7º, según ley 14.200), a favor de todas las transmisiones de partes, cuotas o acciones en empresas familiares, cualesquiera sea su facturación anual, y tanto para el caso de transmisión mortis causa como el de transmisión entre vivos (donación, fideicomiso, etc.).

También sería buena una aclaración legal de que la muerte del socio en la sociedad de hecho familiar, si hay herederos forzosos que se incorporan y cualquiera sea el número de

socios o el carácter civil o comercial de la sociedad, no produce la disolución de la primera sino que continúa siendo la misma sociedad, sin tránsito patrimonial que pueda generar tributo alguno.

Finalmente, desde lo penal, es necesaria la ampliación de la exoneración de la acción, para perseguir los delitos de hurto, defraudación o daño entre parientes hoy prevista por el art. 185 del código penal, a todos los delitos patrimoniales como modo de evitar la escalada de los conflictos en la empresa familiar y las querellas entre padres e hijos.

5.-EL RECONOCIMIENTO LEGAL DE LA EMPRESA FAMILIAR.

5.1.-CONCEPTO.

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 adoptada por el grupo de expertos elegidos por el Consejo de Europa en el año 2008⁷ que ha sido largamente estudiada y es uniforme a todos los países europeos lo que permite una mejor comparación, pero se introducen algunos elementos para una mejor definición.

5.2.-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 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.

⁷ Ver 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., en co-autoría con Graciela Medina, trabajo que se sigue en parte de esta colaboración.

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 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.....

ARTICULO 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.

6.-LA REGULACION DEL PROTOCOLO DE EMPRESA FAMILIAR.

6.1. Antecedentes

Como es sabido, 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, suscrito por todos los miembros de una familia que al mismo tiempo son socios de una empresa⁸, 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 terceros⁹.

El Real Decreto Español 171/2007, en su art. 2º, define al protocolo familiar como “aquél conjunto de pactos suscritos por los socios entre 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 y de la familia; 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.

8 Reyes Lopez, María Jose (coord) “La empresa familiar; encrucijada de intereses personales y empresariales”, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, pag. 15; Ver nuestro trabajo “El protocolo de la empresa familiar como instrumento de prevención de conflictos”, en Errepar, DSE, nro. 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”, Ed. Ad Hoc, Bs.As., 2010, los trabajos de María Susana Sosa de Irigoyen “El protocolo de empresa familiar. Antecedentes y bases para su redacción”, en pag. 235 y stes; Victoria Masrí “El protocolo familiar: valioso instrumento para la conservación de la empresa familiar” en pag. 279 y stes; y Rodrigo Nicolas Rosales Matienzo “Modelo de Protocolo Familiar”, en pag. 369 y stes.

9 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, Ed.Deusto, Barcelona, 2007, pag.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 ella¹⁰.

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 empresariales¹¹.

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 familiar¹².

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 manera 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”¹³.

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”¹⁴.

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 protocolo¹⁵:

El “pacto de caballeros”, cuando su contenido solo obliga a los que lo suscriben desde un punto de vista moral, familiar o social.

10 Galvez, Jose 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, Ed.Deusto, Barcelona, 2007, pag.16.

11 Casado, Fernando, op.cít., pag. 10.

12 Ver Sanchez Crespo Casanova, Antonio J. “El protocolo familiar”, Ed. Sanchez-Crespo Abogados y Consultores, Madrid, 2009, pags. 34, 96/99 y 115.

13 Rodriguez Aparicio, J.A. y Torres, C.Agustín “La empresa familiar y el derecho civil”, en Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, num.12, 3ª época, mayo 1999, pag. 44.

14 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”, Ed. Deusto, Barcelona, 2007, pag.196.

15 Gortázar, Carlos, op.cít., pag. 197.

El protocolo “contractual”, que vincula a los firmantes jurídicamente pudiéndose accionar judicialmente por cumplimiento o inexecución y reclamarse medidas cautelares.

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 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 jurídico¹⁶, sin perjuicio de su valor moral residual.

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.

6.2. Texto proyectado.

ARTICULO 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.

16 Achaes-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., nro.240, pag. 1 y stes.

ARTICULO 2: FORMA Y PRUEBA. Regirán, respecto del protocolo, las reglas generales sobre forma y prueba de los contratos.

ARTICULO 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, los incumplimientos 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. Los 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.

ARTICULO 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 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 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;

ARTICULO 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.

ARTICULO 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.

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

7.-ADMISIÓN DEL PACTO SUCESORIO O DE LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA ASIMÉTRICA.

7.1.-SISTEMAS.

Este 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.

Teniendo en cuenta las soluciones del derecho comparado, se establece un sistema dual y optativo, que prevé tanto la transmisión en vida por contrato (pacto de familia) como la mortis causa (por testamento).

En ambos casos se compensa a los herederos excluidos pero no se le entregan partes de la empresa familiar sino solo efectivo u otros bienes, incluso de los herederos beneficiarios y/o de la propia empresa.

7.2.-FUENTES LEGALES.

Las fuentes del texto proyectado son 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.

A.-ITALIA

La ley Italiana establece una suerte de donación o anticipo de herencia con conformidad del cónyuge y consentimiento de los demás herederos a quienes se les abona el importe de la legítima en efectivo, no pudiendo haber acciones de colación o reducción¹⁷.

El texto del código civil es el siguiente:

PACTO DE FAMILIA:

768 BIS. Concepto: Es pacto de familia el contrato mediante el cual, en forma compatible con las disposiciones en materia de empresa familiar (art.230 bis) y con respeto de las diferentes tipologías societarias, el emprendedor transfiere, en todo o en parte, la hacienda, y el titular de participaciones societarias transfiere, en todo o parte, la propia cuota, a uno o más descendientes.

768.TER. FORMA: Bajo pena de nulidad, el contrato debe ser hecho por acto público.

768.QUARTER. PARTICIPACIONES: En el contrato deben participar además el cónyuge y todos aquellos que sean legitimarios en el momento de abrirse la sucesión del patrimonio del emprendedor.

Los destinatarios de la hacienda o de las participaciones societarias deben liquidar a los otros participantes del contrato, mientras éstos no hayan renunciado en todo o en parte, el pago de una suma correspondiente al valor de la cuota prevista en el art. 536 y siguientes (el valor de la legítima); Los contratantes pueden convenir que la liquidación, en todo o en parte, sean en especie.

Los bienes asignados en el mismo contrato a los otros participantes no destinatarios de la hacienda, según el valor atribuido en el contrato, son imputables a la cuota de legítima de ellos; La asignación puede ser dispuesta también por un contrato posterior que sea expresamente declarado conexo al primero con tal que intervengan los mismos sujetos que participaron en el primer contrato o aquellos que los hubieran sustituido.

Cuanto recibieran del contrato no está sujeto a colación o a reducción.

768. QUINTO. VICIOS DEL CONSENTIMIENTO: El pacto puede ser impugnado por los participantes en los términos del art. 1427 y siguientes.(error, violencia y dolo)

La acción se prescribe en el término de un año.

¹⁷ De Stefanis, Cinzia y Quercia, Antonio "Associazione in partecipazione e impresa familiare", Ed. Maggioli Editore, Dogana, San Marino, 2009, pag.134.

768 SEXTO. SITUACION DE TERCEROS. A la apertura de la sucesión del empresario, el conyuge y los otros legitimarios que no hayan participado en el contrato pueden reclamar a los beneficiarios del contrato el mismo pago de la suma prevista en el segundo párrafo del art. 768 quarter, incrementado por los intereses legales.

La inobservancia de las disposiciones del primer párrafo constituye motivo de impugnación en los términos del art. 768 quinto.

768. SEPTIMO. RESCISION. El contrato puede ser rescindido o modificado por las mismas personas que han concluído el pacto de familia, en el modo siguiente:

1.-Mediante un contrato distinto, con las mismas características y los mismos presupuestos del presente capítulo.

2.-Mediante receso, si está expresamente previsto en el mismo contrato y, necesariamente, mediante declaración dirigida a los otros contratantes certificada por escribano.

768. OCTAVO. CONTROVERSIAS. Las controversias derivadas de las disposiciones del presente capítulo son derivadas preliminarmente a uno de los organismos de conciliación previstos en el art. 38 del decreto legislativo del 17-1-2003, nro.5.

B.-ESPAÑA.

La ley española prevé el caso del testamento¹⁸ donde se hacer una partición por ascendiente a favor de algunos herederos, mejorados, y se permite que a los restantes se les pague con fondos extrahereditarios (de los otros herederos), como así un diferimiento del pago hasta por cinco años (de modo de permitir que se pague con fondos generados por la propia sociedad: leveraged buy out).

El texto es el siguiente:

ARTICULO 1056, 2º DEL CODIGO CIVIL.

“El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas, podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados.

A tal efecto no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono en efectivo extrahereditario y establecer por el testador o

¹⁸ Vigil Fernandez, Carlos “Atribuciones de empresas a un único sucesor”, en la obra colectiva “Planificación Patrimonial y Sucesoria”, Mario Carregal (Director), Ed. Heliasta, Bs.As., 2012, pag.283.

por el contador-partidor por él designado, aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador;

Podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones.

Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia.

No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del art. 844.-(no requiere aprobación por los herederos ni judicial)”.

7.3.-TEXTO PROPUESTO:

ARTICULO 1. FORMAS. En la empresa familiar, el titular de todo o parte de la empresa o fondo de comercio, o de participaciones societarias de cualquier tipo, en atención a la conservación de la unidad de la gestión de la empresa o en interés de la familia, podrá transmitirlos a uno o más de sus descendientes, con exclusión de los restantes, por contrato de “pacto de familia” o por testamento.

ARTICULO 2. PACTO DE FAMILIA.

El contrato de “pacto de familia”, bajo pena de nulidad, debe ser hecho por escritura pública y en el mismo deben participar, además del titular de los bienes y de sus descendientes beneficiarios, el cónyuge y todos aquellos que vayan a ser legitimarios en el momento de abrirse la sucesión del patrimonio del transmitente.

El transmitente y/o sus descendientes beneficiarios, según se convenga, deben abonar a los otros participantes del contrato una suma equivalente al valor de su cuota de legítima que sea proporcional al valor de los bienes transmitidos; Los contratantes pueden convenir que la liquidación de ese valor, en todo o en parte, sea en especie y con bienes del transmitente o de los beneficiarios.

Los bienes o fondos asignados en el mismo contrato a los otros participantes no destinatarios de la hacienda, según el valor atribuido en el contrato, son imputables a la cuota de legítima de ellos; La asignación puede ser dispuesta también por un contrato posterior que sea expresamente declarado conexo al primero con tal que intervengan los mismos sujetos que participaron en el primer contrato o aquellos que los hubieran sustituido.

Los bienes o fondos que recibieran todas las partes del contrato no están sujetos a las acciones de colación o de reducción.

El contrato puede ser rescindido o modificado por las mismas personas que han concluido el pacto de familia.

El contrato solo puede ser impugnado por vicios en la voluntad dentro del plazo de un año.

Al momento de la apertura de la sucesión del transmitente, en caso de existan otros legitimarios que no hayan participado en el contrato, éstos pueden reclamar a los beneficiarios del contrato, o a la sucesión, el mismo pago de la suma que recibieron los participantes, más los intereses legales.

Similar reclamo podrá hacer el cónyuge, por los derechos que le competan, al momento de la liquidación de la sociedad conyugal.

El incumplimiento de tales pagos constituye motivo para la impugnación del contrato en el plazo de un año.

ARTICULO 3: TESTAMENTO

En la transmisión por testamento puede disponerse que se pague en efectivo la legítima de los herederos que no son beneficiarios de la transmisión de la empresa, fondo de comercio o participaciones sociales.

A tal efecto no será necesario que exista efectivo suficiente en la acervo hereditario para el pago, siendo posible realizarlo con efectivo extrahereditario. Podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones.

ARTICULO 4: DIFERIMIENTO DE LOS PAGOS.

Tanto en el caso de transmisión por pacto de familia como por testamento, el transmitente o testador puede disponer que el pago a los otros legitimarios se efectúe en cuotas y durante un plazo no mayor a cinco años desde el contrato o desde el fallecimiento, debiendo compensarse la tardanza con los respectivos intereses legales.

Si no se hubiere establecido el diferimiento del pago, cualquier legitimario podrá exigir su parte de inmediato.

8.-CONCLUSIONES.

Como síntesis de los temas desarrollados precedentemente, y a título de propuestas sujetas a la dialéctica del pensamiento¹⁹, formulamos las siguientes conclusiones:

1.-En nuestro país la empresa familiar no está reconocida ni protegida por la legislación ya que las normas legales aplicables solo tutelan los intereses individuales de los sujetos integrantes de la familia, reputándolos ora como socios “inversores”, ora como propietarios “herederos”, ora como “dependientes”, sin atender a la existencia de la empresa familiar como tal, y a la necesidad de su tutela y continuidad.

2.-La reducción de la legítima hereditaria, el régimen de separación patrimonial de bienes de los cónyuges y la admisión de las convenciones prenupciales, contenidos en el actual Proyecto de Código Civil unificado con el de Comercio, constituyen institutos que favorecen el marco normativo de las empresas familiares.

3.-No obstante, entendemos que existen pendientes muchas otras reformas legales necesarias para la debida tutela de la empresa familiar pudiendo mencionarse, entre ellas, la flexibilización del funcionamiento interno de las sociedades que instrumentan una empresa familiar, el trabajo de familiares en la empresa sin aplicar la Ley de Contrato de Trabajo, la reducción de los costos fiscales por la continuidad empresaria y la despenalización de temas patrimoniales dentro de la familia empresaria.

4.-En particular se proponen al debate concretos textos normativos para: a) Introducir el concepto de empresa familiar y establecer una regla de preferencia fiscal e interpretación favorable a su funcionamiento y continuidad; b) Definir al “protocolo de la empresa familiar”, disponiendo su obligatoriedad interna, los casos de vinculación para la sociedad y su publicidad voluntaria e informativa; c) Dar validez, en forma dual y optativa, tanto a los pactos en vida sobre herencia futura como a las disposiciones testamentarias que permitan la transmisión asimétrica de la empresa solo a uno o más herederos pero no a todos, compensando a los excluidos con efectivo u otros bienes, incluso bienes de los herederos beneficiarios y/o de la propia empresa, pero no partes sociales.

FINIS CORONAT OPUS

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

