

9th Family Enterprise Research Conference.
Mayo 16-19, 2013, Chile
Closing the gap between emerging and developed economies
First Paper Sesión Presentation. Nro. 13th

“LAS EMPRESAS FAMILIARES EN ARGENTINA: SU DISTANCIA CULTURAL Y LEGAL RESPECTO DEL MODELO ESPAÑOL Y LOS CAMBIOS EN CURSO”.

Por EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (H)¹ Y LUCIA SPAGNOLO².

ABSTRACT

I.-OBJETO: La pregunta de investigación se inspira en el lema de la FERC 2013 y consiste en determinar si hay o no una brecha en materia de empresas familiares entre las economías desarrolladas y las emergentes y, en su caso, en qué consiste la misma y que consecuencias derivan de ella.

A tales efectos se toma como base la situación de las empresas familiares de España y se la compara con la de Argentina.

Ello con fundamento, tanto en las similitudes históricas entre ambos países en materia de idioma, cultura, religión y ordenamiento jurídico³, como en sus diferencias actuales en materia de desarrollo económico ya que España pertenece al grupo de naciones desarrolladas de la Unión Europea, mientras que Argentina, como el resto de los países latinoamericanos, presenta aún una economía emergente.

A eso se suma la gran tutela que se hace de las empresas familiares en España⁴, a diferencia de lo que ocurre en Argentina y otros países del cono sur.

Las áreas de comparación fueron escogidas teniendo en cuenta dos aspectos claves del entorno de las empresas familiares como son el cultural y el legal, detectándose seis sectores donde se manifiestan con mayor intensidad las actuales diferencias.

Ellas son las que generan mayores riesgos para el éxito y la continuidad de las empresas familiares y las que, al mismo tiempo, imponen una agenda de trabajo para cerrar la brecha.

II.-RESULTADOS: De las investigaciones efectuadas resulta que la situación de las empresas familiares en Argentina, desde lo cultural y lo legal, es diferente y más riesgosa que la existente en España.

En efecto, Argentina presenta:

¹ Doctor (phd) en Derecho (Universidad de Buenos Aires). Presidente e Investigador del Instituto Argentino de la Empresa Familiar (www.favierduboisspagnolo.com).

² Abogada Especialista en Derecho Tributario (Universidad Austral). Investigadora del Instituto Argentino de la Empresa Familiar (www.favierduboisspagnolo.com)

³ El territorio de lo que hoy es Argentina perteneció al Reino de España hasta su independencia en 1816 y un 40% de su inmigración posterior fue española.

⁴ A nuestro juicio, la situación en España, desde el punto de vista social, económico, cultural y legal, es tan favorable a la empresa familiar que la consideramos un “modelo” de referencia para Argentina y los demás países latinoamericanos.

1.-Un menor grado de reconocimiento general y de valoración económica y social de las empresas familiares. A ello se suma la ausencia de estadísticas oficiales, lo que dificulta la postulación de políticas públicas tutelares.

2.-Una cultura que es muy tolerante con la transgresión y que fácilmente justifica el no cumplimiento de las normas y/o de los contrato, que tiende a la judicialización de los conflictos, que desconfía del arbitraje, que es afecta a la improvisación y refractaria a todo lo que es planificación a largo plazo.

3.-Un mercado poco desarrollado y una economía empresarial que es parcialmente informal, donde existe un porcentaje de activos y operaciones económicas no reflejados adecuadamente en los estados contables y financieros de las sociedades que son los que deberían ser utilizados para valorar la participación del socio.

4.-Una consultoría de empresas familiares poco desarrollada y difundida, con escasa formación o integración jurídica de los consultores, lo que genera mayores riesgos de incumplimiento de los pactos familiares por falta de uso de las herramientas legales.

5.-La existencia de normas legales restrictivas de la libre planificación de la sucesión en la propiedad y en la gestión de la empresa familiar, a lo que se suma la escasa difusión y utilización de los Protocolos de Empresa Familiar y la existencia de reglas e interpretaciones rígidas en materia societaria.

6.-Un tratamiento fiscal desfavorable que grava la transmisión gratuita de partes sociales entre miembros de la familia empresaria.

III.-PERSPECTIVAS.-No obstante ello, desde hace unos años se advierte el inicio de un proceso de cambios hacia una mejor situación, en lo cultural, como resultado de un programa del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y de los trabajos internos del Instituto Argentino de la Empresa Familiar (IADEF) y, en lo legal, por la existencia de un Proyecto de Código Civil y Comercial en trámite que contempla normas favorables a la planificación en la empresa familiar.

DESARROLLOS.

1.-RECONOCIMIENTO Y POLITICAS PÚBLICAS.

En Argentina las empresas familiares no están suficientemente reconocidas en cuanto a sus particularidades, fortalezas y debilidades, por lo que su tratamiento se confunde generalmente con el dado a las pequeñas y medianas empresas (Pymes).

Tampoco existe una conciencia sobre su importancia económica, social y moral sino que son vistas solo como una realidad insoslayable que generalmente es fuente de dificultades empresariales y familiares.

Además, no hay estadísticas sobre la cantidad de empresas familiares, su localización geográfica, ramos de producción, grado de ocupación de mano de obra ni sobre sus aportes al producto bruto interno del país⁵.

⁵ Se sostiene que que hay más de un millón de empresas familiares en Argentina, las que representan el 80% del tejido empresarial, el 60% del PNB y el 70% de los puestos de trabajo del sector privado, pero se trata de estimaciones de consultoras sin base estadística seria o comprobable.

Todo ello dificulta la formulación de políticas públicas de apoyo, sea fiscal, crediticio o de capacitación.

En el punto, el panorama es muy distinto al de España, donde existe el Instituto de la Empresa Familiar⁶ como asociación constituida por las empresas familiares más importantes del país, con importante accionar sobre los organismos públicos en busca de tutelar a las empresas familiares, y con la creación de Cátedras universitarias para concientizar a estudiantes y profesionales.

Tales actividades ya han tenido importantes frutos legislativos (inscripción de protocolos, flexibilización societaria, pactos de familia y reducciones fiscales).

Asimismo, existen importantes relevamientos y estadísticas provenientes de cámaras de comercio y organismos locales y de organismos estatales de las ciudades, de las autonomías y de la Nación que permiten dirigir y evaluar las políticas públicas.

2.-CULTURA DE PLANIFICACION Y CUMPLIMIENTO.

Lamentablemente, Argentina tiene una tradición de tolerancia a la transgresión y de justificación fácil de los incumplimientos de leyes o contratos.

La misma se origina en la época de las leyes de Indias, que se acataban pero no se cumplían, y en el monopolio español sobre el comercio de Buenos Aires, que exigía como requisito de sustentabilidad económica de la colonia acudir al contrabando. Tal tolerancia de la infracción se mantuvo con las inmigraciones europeas donde el inmigrante se veía protegido aplicando sus propias reglas y no las locales, y no ha podido ser revertida hasta el presente.

Asimismo, hay una tendencia tradicional a prescindir de medios alternativos de solución y derivar los conflictos a resolución de los tribunales, desconfiando del arbitraje, cuyas decisiones finales también se judicializan mediante el pedido de nulidad del laudo arbitral.

Tampoco hay una cultura de planificación. Quizás por las diversas circunstancias históricas de cambio institucional permanente entre gobiernos civiles y militares, de cambio constante de reglas de juego luego de afianzada la democracia y de la permanente inflación e inestabilidad económica, se trabaja sobre el corto plazo y no hay planificación a largo plazo, sea patrimonial personal, familiar o empresaria. También hay cierta desconfianza cultural en utilizar los fideicomisos como instrumentos de planificación patrimonial, por considerarse complejos y sofisticados, a lo que se agrega que son relativamente costosos los servicios de los fiduciarios que se ofrecen en el mercado.

En España la situación es distinta y el acatamiento a la ley es generalizado, destacándose el progreso del arbitraje societario como fórmula para dirimir conflictos⁷ y la programación a largo plazo producto de la estabilidad económica e institucional de muchos años y de su participación en la Unión Europea.

3.-MERCADOS Y PRACTICAS CONTABLES.

En Argentina los mercados económicos están, en términos generales, poco desarrollados y hay muchos sectores de la economía que todavía se encuentran

⁶ <http://www.iefamiliar.com/web/es/>

⁷ Martínez-Moya Fernández, María “La resolución de conflictos en la empresa familiar. El arbitraje societario” en Sánchez Ruiz, Mercedes (Coordinadora), “Régimen jurídico de la empresa familiar”, Ed. Civitas – Thompson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2010, pag.203 y stes.

en una situación informal desde el punto de vista fiscal, a veces como un requisito para mantener su sustentabilidad económica.

Por tales razones, en muchas empresas familiares hay un porcentaje de activos y de operaciones patrimoniales que no están reflejados adecuadamente en los estados contables y financieros de las sociedades.

A ello se suma la vigencia desde hace años de una norma legal que impide reflejar contablemente los efectos de la inflación⁸, la que en los últimos años ha ido escalando y hoy se estima en más de un 20% anual.

De la suma de tales factores resulta la existencia de infracciones contables y fiscales que son invocadas por los socios divergentes contra sus consocios y que potencian los conflictos con nuevas demandas y denuncias civiles y penales.

Asimismo, la falta de bases contables ciertas para valorar la parte social dificulta la solución del diferendo con el socio en conflicto cuando ella generalmente consiste en la compra de su participación por otro socio o por la propia sociedad.

En España, en cambio, el mercado tiene importante desarrollo, y en algunos casos toda la amplitud de la Unión Europea, no existe, como regla, informalidad fiscal y tampoco la inflación, por lo que los estados contables pueden ser base, cuando ello corresponda al método que debe ser utilizado, para la valuación de la empresa.

4.-EJERCICIO DE LA CONSULTORIA DE EMPRESAS FAMILIARES.

En Argentina, la “consultoría de empresas familiares” ésta poco difundida como actividad específica y se encuentra generalmente en manos de profesionales con formación de psicología, recursos humanos, gerenciamiento o derecho.-

Estos profesionales suelen desarrollar sus procesos con familias empresarias solo desde la óptica de su propia disciplina o de manera unipersonal o como una rama más entre otras actividades.

Ello trae como resultado, en el caso de los consultores de empresa familiar que no tienen formación jurídica, ni trabajan en red con abogados, que si bien los acuerdos familiares alcanzados tienen valor moral, se generan importantes riesgos de incumplimiento por la falta de utilización de herramientas jurídicas que garanticen la ejecución del acuerdo familiar, tales como los protocolos legales, estatutos societarios, reglamentos, fideicomisos y testamentos⁹.

En España, en cambio, la consultoría está integrada también por abogados en red o depende directamente de sus Despachos, disponiendo éstos, además, de mejores herramientas legales que en Argentina para dar seguridad jurídica a los acuerdos familiares.

5.-MARCO LEGAL.

⁸ Es el Decreto n/u N° 664/03 (B.O. 25-3-03), que modifica el texto del art. 4° del Decreto n/u 1269, disponiendo que “... los balances o estados contables que le sean presentados, deberán observar lo dispuesto por el art. 10 de la Ley N° 23.928 y sus modificaciones”, artículo que prohíbe la indexación y la actualización monetaria.

⁹ Ver Favier Dubois (h), Eduardo M. y Spagnolo, Lucia “Herramientas legales para la empresa familiar”, Ed. Ad Hoc, Bs.As., 2013.

En Argentina, al empresa familiar no está reconocida por el Derecho debiéndosele aplicar las normas comunes en materia de derecho de familia, derecho de sucesiones, sociedades y contratos¹⁰.

De ello resulta que el derecho de los miembros de una empresa familiar para efectuar de mutuo acuerdo una planificación que contemple el relevo en la administración y la transferencia de la propiedad se encuentra limitado por disposiciones que se consideran de “orden público” y cuya violación lleva a la nulidad del acto.

Entre ellas se destacan la prohibición expresa de “pactos sobre herencias futuras”(arts. 1175 y 1176 del código civil), que no exceptúa a la planificación en la empresa familiar, el régimen patrimonial del matrimonio (arts.1315, 1316 bis. etc. del código civil) donde se crea una sociedad de gananciales al 50% sobre todos los bienes adquiridos a título oneroso luego del casamiento y sobre los frutos de los bienes propios del otros cónyuge, y un derecho sucesorio que concede a los descendientes el derecho a reclamar una porción legítima que no puede ser inferior al 80% de los bienes del causante al fallecer y de los bienes de que haya dispuesto a título gratuito durante toda su vida¹¹.

Por su parte, el derecho de sociedades (ley 19.550) presenta algunas normas muy rígidas en materia de relaciones internas entre los socios, como la exigencia de valor real para adquirir las acciones de otro socio (art. 13 inc. 5º), la prohibición de anticipos de ganancias (art. 68), las exigencias para las reservas voluntarias (art.70) y el condicionamiento de los honorarios de directores al reparto de ganancias en la sociedad anónima (art. 261), además de exigencias formales excesivas para las empresas de familia y el desconocimiento de la obligatoriedad de los pactos para-societarios respecto de la sociedad, a lo que se suman interpretaciones rígidas que solo ven en el socio a un inversor y no a un familiar.

Finalmente, el “Protocolo de Empresa Familiar” no está previsto por la legislación, está muy poco difundido su uso, y no puede ser publicitado registralmente.

Es muy distinto el caso de España donde, en materia de planificación patrimonial, la ley posibilita que en el testamento¹² pueda hacerse una partición por ascendiente a favor de algunos herederos, mejorados, y se permite que a los restantes que quedan afuera se les pague su parte con fondos extra-hereditarios (de los otros herederos), como así admite un diferimiento de dicho pago hasta por cinco años, de modo de permitir que se pague con fondos generados por la propia sociedad: “leveraged buy out” (art. 1056, 2º, código civil).

Por su parte, el Real Decreto Español 171/2007, en su art. 2º, prevé y 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

¹⁰ Favier Dubois (h), E.M. “La empresa familiar frente al derecho argentino. Hacia su reconocimiento doctrinario y sustentabilidad jurídica”, El Derecho, T. 236, 17-2-10, pag.1 y stes.

¹¹ Ver Orlando, Olga “La legítima y sus modos de protección”, Ed.Abeledo Perrot, Bs.As.2009, pag. 278; Favier Dubois (h), Eduardo M. (director) “Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria”, Ed. Ad Hoc. Bs.As. 1993.-

¹² 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.

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” y el Real Decreto 171/2007 regula tres formas de publicidad mediante la incorporación del Protocolo al Registro Mercantil¹³.

Finalmente, en materia de flexibilización societaria se destacan, por un lado, la creación de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, incorporada en el año 2003 (hoy art.434 y stes. LSC)¹⁴, y las reformas al Reglamento del Registro Mercantil dispuestas por el citado Decreto 171/2007 admitiendo expresamente la inscripción de cláusulas penales, y de cláusulas estatutarias que prevean la determinación previa del valor razonable de las acciones o participaciones sociales, el arbitraje, la venta conjunta de acciones o participaciones, la creación de un Comité Consultivo, órganos honoríficos, la representación en la junta general, y prestaciones accesorias sin valor económico¹⁵.

6.-TRATAMIENTO FISCAL.

En Argentina la empresa familiar como tal no está reconocida tampoco por el Derecho Fiscal. En consecuencia no tiene ninguna ventaja impositiva.

Por el contrario, ya hay dos provincias, la de Buenos Aires y la de Entre Ríos¹⁶, que han puesto en vigencia un impuesto a la “Transmisión gratuita de bienes”, que presume la gratuidad de toda transferencia de partes sociales entre parientes, sea entre vivos o mortis causa, y le aplica una tasa impositiva del 4% al 21,95%¹⁷.

En el punto, si bien existe una exención para las transmisiones entre parientes que mantengan la calidad de socios por cinco años, lo que podría aplicarse a la empresa familiar¹⁸, la misma tiene una base patrimonial muy baja¹⁹ y solo funciona en las transferencias por causa de muerte pero no en las entre vivos, por lo que la mayoría de las empresas familiares deberán abonar igualmente el impuesto.

Adicionalmente, hay criterios gravosos de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) que consideran que si en una sociedad de hecho fallece un socio, tal sociedad se disuelve y la continuidad del negocio que hagan los otros socios con los herederos importa una nueva sociedad a la que se le transfieren los bienes de la primera y debe pagar impuestos por eso.

¹³ Corona, Juan y Telliez Roca, Julio “El protocolo familiar”, en Corona Juan (ed), “Empresa familiar: aspectos jurídicos y económicos”, Ed. Deusto, Barcelona, 2011, pag.826.

¹⁴ Se trata de un tipo social muy básico y flexible que, no obstante, fracasó como intento de tipificar a la empresa familiar por sus limitaciones.

¹⁵ Sanchez Crespo Casanova, Antonio J. “El protocolo familiar”, Ed. Sanchez-Crespo, Madrid, 2009, pag.124 y stes.

¹⁶ La Legislatura de la Provincia de Entre Ríos sancionó la ley 10197 (BO: 24/1/2013) a través de la cual se establece en el territorio provincial un impuesto a la transmisión gratuita de bienes, entre vivos y mortis causa.

¹⁷ Ley 14.044 de la Provincia de Buenos Aires, que sustituye al art. 183 de la ley 13.688 y reglamenta el impuesto en los arts.91 a 120 y ley 14.200 con vigencia desde el 1 de enero de 2011.

¹⁸ El art. 106 inc. 7º exime del impuesto a “La transmisión por causa de muerte de una empresa, cualquiera sea su forma de organización, incluidas las explotaciones unipersonales, cuyos ingresos totales facturados obtenidos en el período fiscal anterior no excedan el monto establecido en la Ley Impositiva, cuando se produjere a favor del cónyuge, ascendientes y/o descendientes, incluidos hijos adoptivos, o los cónyuges de los mencionados, y los mismos mantengan la explotación efectiva de la misma durante los cinco (5) años siguientes al fallecimiento del causante, excepto que falleciese el adquirente dentro de este plazo. En caso contrario los mismos deberán pagar el impuesto reliquidado por los años que falten para gozar de la exención”.

¹⁹ No haber facturado más de \$ 30.000.000 el último año.

En cambio, en España el art. 20.2.c) de la ley 29/1987 contempla la posibilidad de que los herederos reduzcan la base imponible del ISD en el 95% del valor de la empresa del causante o, en su caso, de la participación de éste en el capital de la sociedad que desarrolla la actividad económica, cuando se trata de una empresa familiar y si se mantiene por diez años²⁰.

7.-LOS CAMBIOS QUE SE VISUALIZAN

No obstante la difícil situación descripta, desde hace unos años se advierte el inicio de un proceso de cambio hacia una mejor situación.

En lo cultural se observa un creciente reconocimiento de las empresas familiares, y de sus valores económicos y sociales, en áreas públicas y de profesionales, como así, una manifiesta preocupación por la formación de los consultores de empresa familiar, debiendo destacarse, desde la ayuda internacional, la actuación del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) que ejecutó un importante programa de supervivencia y competitividad de las empresas familiares de la Región Centro del país²¹, y desde los esfuerzos locales, las tareas del Instituto Argentino de la Empresa Familiar (IADEF)²² con sus seminarios, cursos, ateneos, investigaciones y libros publicados.

Por su lado, existe en el plano legal y con trámite parlamentario, una importante reforma legislativa denominada “Proyecto de Código Civil y Comercial”, que unifica a los códigos existentes y mejora la situación jurídica de las empresas familiares al admitir la validez del “pacto de familia”, la opción del matrimonio con separación de bienes y la reducción de la legítima hereditaria, entre otras medidas²³.

Por todo ello, entendemos que la situación actual es compleja, diferente y con mayores riesgos que en los países desarrollados, en particular España, pero que se vislumbra el comienzo del camino hacia un mejor futuro para las empresas familiares en Argentina.

Buenos Aires, 16 de Abril de 2013.

²⁰ Navarro Egea, Mercedes “Tratamiento fiscal de las empresas familiares en la ley del ISD”, en Sanchez Ruiz, Mercedes (Coordinadora), “Régimen jurídico de la empresa familiar”, Ed. Citivas – Thompson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2010, pag.229.

²¹ Verlo en la página “www.21.edu.ar/descargas/ef/publicacion_empresas_familiares.pdf”

²² Puede consultarse la página:www.iadef.org y las siguientes obras colectivas de investigadores del IADEF: “Empresa Familiar. Encuadre general, marco legal e instrumentación”, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 2010; “El protocolo de la empresa Familiar. Elaboración, cláusulas y ejecución”, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 2011; y Negociación, Mediación y Arbitraje en la Empresa Familiar”, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 2012.

²³ Ver Favier Dubois (h), Eduardo M. “Un nuevo marco legal para la Empresa Familiar en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, Errepar, DSE, nro.300, tomo XXIV, Noviembre 2012, pag. 1068 en coautoría con E.M. Favier Dubois (p).