

DOCE TRAMPAS LEGALES PARA LAS EMPRESAS FAMILIARES.

Reglas para evitar que aparezca el “licántropo”.

POR EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (h) Y LUCIA SPAGNOLO

I.-PRESENTACION.

Las empresas familiares tienen grandes fortalezas y algunas debilidades¹.

En este trabajo vamos a referirnos solo a las debilidades.

Hay debilidades propias de todas las empresas familiares que resultan de la difícil coexistencia de un “sistema emocional”, como es el familiar, con un “sistema racional”, como es el empresario.

Entonces, las conductas, las decisiones y la “cultura empresarial”, o sea la forma en que se considera “correcto” hacer las cosas día a día, pueden verse influenciadas por lo emocional en perjuicio de lo racional, como pasa por ejemplo en materia de cargos en la empresa, trabajo de familiares y aplicación de los fondos generados por el negocio, lo que con el tiempo genera conflictos.

Ahora bien, en nuestro país, a esas debilidades generales se suma otra debilidad más: es la que deriva del “sistema legal” ya que las normas jurídicas aplicables a la familia, a la empresa y a la propiedad, consideradas en forma aislada y en el modo en que hoy son interpretadas por los tribunales, otorgan al pariente que no comparte las decisiones familiares el poder de destruir valor, tanto en la empresa como en la familia.

A ello se suma un grave aspecto cultural: la tendencia local a transgredir la ley sin mayores reparos que, en materia de empresa familiar, lleva a no cumplir el protocolo cuando éste existe².

O sea que el “sistema legal” argentino, alimentado por la cultura generalizadas del incumplimiento y unido a alguna circunstancia fáctica determinada, tiene la aptitud de convertir al familiar sanguíneo o político: hijo, sobrino, nieto, yerno, nuera, primo, tía, etc., en verdadero “licántropo”³ u “hombre lobo”.

Vale decir en una persona de apariencia normal (un familiar o tercero vinculado) que, bajo ciertas circunstancias externas (heredero, accionista, empleado,

¹ Sobre el tema de las Empresa Familiares remitimos, en general, a las obras colectivas del Instituto Argentino de la Empresa Familiar (IADEF), bajo dirección de Favier Dubois (h), E.M. tituladas “La Empresa Familiar. Encuadre general, marco legal e instrumentación”, Ed. Ad Hoc, Bs.As., 2010; “El Protocolo de la Empresa Familiar. Elaboración, cláusulas y ejecución”, Ed. Ad Hoc, Bs.As., 2011; y “Negociación, Mediación y Arbitraje en la Empresa Familiar”, Ed. Ad Hoc, Bs.As. 2012.

² Ver Favier Dubois (h), E.M. “Las empresas familiares en Argentina: Su distancia cultural y legal respecto del modelo español y los cambios en curso”, publicado en “abstract” en la obra “9th. Annual Family Enterprise Research Conference. Closing the Gap between Emerging and Developed Economics”, mayo 2013, Viña del Mar, Universidad del Desarrollo, Facultad de Economía y Negocios, Chile, nro. 13, pag.15 (puede verse completo en: www.uvm.edu) en co-autoría con Lucía Spagnolo.

³ Término de origen griego: “lýcos” lobo y “ánthrōpos” hombre. Nos parece útil la comparación ya que el hombre lobo es, de algún modo, una persona normal que en algún momento, víctima de circunstancias (sangre, luz de la luna), ataca y destruye por un instinto que no puede controlar a pesar de que lo intente.

vendedor, acreedor, etc.) y en situación de conflicto, se transforma y adquiere un enorme poder de destrucción (conferido por la ley).

Con tal alcance hacemos referencia a la existencia de “trampas legales” para las empresas familiares, o sea a ciertas normas legales que, acompañadas de una determinada situación fáctica producida en la empresa, en la familia o en la propiedad y en situación de conflicto, tienen el poder de crear un “licántropo” destructor de valor.

En este trabajo, y como aporte a la búsqueda de soluciones, ofrecemos un panorama de al menos doce trampas legales, no solo para las empresas familiares sin acuerdo sino, inclusive, para aquellas que ya han realizado un trabajo interno de acuerdo sobre familia, empresa y propiedad, incluyendo a las que tienen ya formalizado un “protocolo de empresa familiar”, a los efectos de procurar que tales trampas sean visualizadas y, en lo posible, evitadas.

También en este trabajo, y a los mismos fines de concientización de la familia empresaria y de sus asesores, se hace referencia a concretas herramientas legales⁴ que posibilitan evitar caer en las trampas o, en su caso, permiten eliminar o limitar sus efectos de modo que su ocurrencia no afecte la continuación de la empresa familiar.

II.-LAS DOCE TRAMPAS LEGALES:

Las doce trampas legales son:

- LA JUDICIALIZACIÓN DE LOS CONFLICTOS INTERNOS.**
- LA INGRATITUD DE LOS HIJOS EN EL ANTICIPO DE HERENCIA**
- EL INGRESO DE EX CÓNYUGES COMO SOCIOS**
- LOS DERECHOS DE LOS HEREDEROS A RECLAMAR Y PARTIR LA HERENCIA.**
- LA DESIGNACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES POR SIMPLE MAYORÍA EN LA SOCIEDAD FAMILIAR**
- LA LIQUIDACIÓN JUDICIAL DE SOCIEDADES EMPATADAS AL CINCUENTA POR CIENTO.**
- EL INGRESO COMO SOCIOS DE TERCEROS NO FAMILIARES**
- LA IMPOSIBILIDAD DE REINVERTIR TODAS LAS UTILIDADES EN LA EMPRESA Y LOS LÍMITES PARA PAGAR HONORARIOS A DIRECTORES.**
- EL INCUMPLIMIENTO VOLUNTARIO DEL PROTOCOLO.**
- LAS DEMANDAS POR EL TRABAJO INFORMAL DE PARIENTES.**
- EL PAGO DE ELEVADOS IMPUESTOS POR TRANSFERENCIAS DE PARTES SOCIALES.**
- LA PÉRDIDA DEL PATRIMONIO FAMILIAR, EN CASO DE INSOLVENCIA DE LA EMPRESA, POR CONFUSION PATRIMONIAL.**

⁴ Al respecto puede verse Favier Dubois (h), E.M. y Spagnolo, Lucía “Herramientas legales para la empresa familiar”, Editorial Ad Hoc, Bs.As., 2013.

PRIMERA TRAMPA: LA JUDICIALIZACIÓN DE LOS CONFLICTOS INTERNOS.

1.1.- LOS CONFLICTOS EN LA EMPRESA FAMILIAR.

En las empresas familiares es normal la existencia de visiones diferentes entre sus miembros con relación a cómo debe funcionar la empresa y en el grado de participación de cada uno en el trabajo y en los bienes y frutos de la empresa.

Tales visiones resultan, en general, de los diversos “modelos mentales” que existen entre las personas, lo que se replica en la familia.

Esto ocurre también entre hermanos ya que si bien cabe considerar que la herencia genética es similar, las experiencias vitales son bien diferentes en función del diverso “orden de nacimiento”⁵ (mayor, menor, del medio), género propio y de sus hermanos, o momento familiar de crianza (escasez, sacrificio o bonanza) que le tocó a cada uno.

A ello se suman otras experiencias de vida como la edad, la educación, los compañeros, los estudios, los trabajos, las influencias y la mayor o menor relación, dedicación o mandato de los padres respecto de cada uno.

También debe tenerse presente que la rivalidad es un componente natural de toda relación entre hermanos⁶.

Ni que decir de las relaciones de padres con hijos donde las diferencias generacionales afloran y son distintas las visiones de los “baby boomers”, respecto de las generaciones “X”, “Y” o “Z”, como así la educación recibida.

Por su parte, los primos, en tercera generación, pocas veces comparten una cotidianeidad cultural que les permita entenderse fácilmente, ni han vivenciado el sacrificio de los fundadores.

En todos los casos, tampoco los intereses coinciden ya que cada uno tiene los propios y el panorama se complica cuando algunos trabajan en la empresa y otros tienen sus propias actividades y medios de vida.

Todo ello se ve agravado por las dificultades en las comunicaciones que en general la familia tiene, fundadas en gran parte al temor de hablar de temas espinoso como modo de evitar mayores conflictos, lo que como sabemos determina que cuando el tema aparece es mucho más destructivo.

Bajo estas pautas, existiendo visiones e intereses diferentes, como así ante la carencia de vías de comunicación adecuadas y de mecanismos para resolver las diferencias de opiniones, es muy probable que tales diferencias se agraven y terminen en conflictos⁷ con aptitud para producir un cisma en la empresa⁸. y que

⁵ Ver Kevin Leman y demás autores citados por Glikin, Leonardo en su excelente libro “Los hermanos en la empresa de familia. Una clave para la supervivencias de las PYMES”, Aretea Ediciones, Bs.As., 2014, pag.47 y stes.

⁶ Hapworth, William y Mada-Rattner Heilman, Joan “Mamá te quería más a ti. La rivalidad y la amistad entre hermanos”, Javier Vergara Editor, Bs.As., 1999, pag.11.-

⁷ Ver de Favier Dubois (h), E.M.“El conflicto societario-familiar: características, prevención y etapas para la construcción de la solución”, en la obra colectiva Favier Dubois (h), E.M. (Director) “Negociación, Mediación y Arbitraje en la Empresa Familiar”, Editorial Ad Hoc, Bs.As., 2012, pag. 701 y stes.

⁸ Gordon, Grant y Nicholson, Nigel “Familias en guerra. La gestión de los clásicos conflictos de los negocios familiares”, Ed. Deusto, Barcelona, 2008, pag.27.

tales conflictos precipiten, a falta de otros mecanismos, en los tribunales de justicia bajo la forma de demandas de unos contra otros, como única forma disponible de encauzamiento.

Puede ocurrir que exista un protocolo y que, inclusive, haya un Consejo de Familia para tramitar los conflictos pero que, las partes afectadas, no acudan al mismo o no acaten pacíficamente sus decisiones.

En tales condiciones, habrá “judicialización” del conflicto y esto es el primero y principal riesgo de las empresas familiares por su alto componente destructivo de valor.

1.2.-LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES.

Como regla, los procedimientos judiciales tienen actos preparatorios (intimaciones, actas, cartas documento), requieren demandas de un familiar contra los otros, exigen escritos formales con especificación de hechos y de pruebas, tienen duración impredecible y terminan en una sentencia donde hay ganadores y perdedores.

Tal judicialización del conflicto tiene aptitud para destruir a la empresa, para destruir la propiedad al vaciar de valor a aquella, y para destruir la familia.

¿Porque?

En primer lugar, porque cuando los conflictos se judicializan existe la necesidad de ciertos actos formales previos o contemporáneos que, en sí mismos, los agravan en forma de espiral y hacen más difícil frenarlos.

Hijos que deben demandar a los padres, cartas documento, actas notariales, diligencias en la sede de la empresa que perturban a socios, empleados, clientes y proveedores, necesidad de ir a los tribunales a declarar por parte de familiares y empleados, careos, etc.

En segundo lugar, porque la judicialización implica entrar en un camino por un tiempo indeterminado⁹ y durante el cual el pensamiento y las energías de los familiares estarán en el juicio y no en la empresa, perjudicando su funcionamiento. Además, los familiares se transforman en “litigantes” asumiendo una actitud que prolonga el conflicto: exceso de confianza, autoengaño, posiciones justicieras totalmente subjetivas, devaluación de las propuestas si bienes de la otra parte y cierto desinterés en terminar el juicio, entre otras emociones¹⁰.

En tercer lugar, porque someter el conflicto a los tribunales oficiales del Estado implica dar a publicidad la situación, describirla, acentuarla, ofrecer testigos, con la consecuente pérdida de la intimidad familiar ante la ventilación pública de los hechos los que muchas veces evidencia actitudes y conductas socialmente reprochables de alguno o de todos sus miembros.

Esto, que es molesto en ciudades grandes, se ve enormemente agravado en pueblos y comunidades pequeñas, donde todos se conocen y donde las intimidades familiares serán el comentario obligado.

⁹ Favier Dubois (h), Eduardo M. “El conflicto societario-familiar: características, prevención y etapas para la construcción de la solución”, en la obra colectiva Favier Dubois (h), E.M. (Director) “Negociación, Mediación y Arbitraje en la Empresa Familiar”, Editorial Ad Hoc, Bs.As., 2012, pag. 701 y stes.

¹⁰ Ver Codazzi, Santiago “Psicología del Litigio. Estudios del Comportamiento”, en La Ley, Actualidad, 20 de julio de 2013, pags. 1 a 4.

También la judicialización permitirá la intromisión de terceros, tales como veedores o interventores, en el funcionamiento empresarial con grave incertidumbre para el personal, proveedores y clientes.

En cuarto término, porque la judicialización conlleva un gran riesgo fiscal para las sociedades que poseen activos u operaciones no contabilizadas ni declaradas fiscalmente.

En tales supuestos, cuando entre los hechos del juicio aparecen infracciones impositivas, los tribunales tienen obligación de comunicarlas a las autoridades fiscales o de hacer directamente las denuncias penales respectivas.

Finalmente, los conflictos en sede judicial serán resueltos, hasta que no cambie la mentalidad de los jueces y puedan hacer una interpretación integradora y superadora, bajo las frías normas legales que tienden a atender más la posición individual del socio disidente como inversor y como heredero y no su calidad de integrante de una empresa familiar a la que se incorporó por una “causa” familiar¹¹.

1.3.-LA PREVENCIÓN.

¿Cómo prevenir estas situaciones?

Los mecanismos para prevenir estas situaciones son, en primer lugar, la instauración de procesos internos para gestionar la solución de las disputas y conflictos, los que pueden incluir negociaciones directas, intervención del Consejo de Familia, y la designación de directores independientes si se trata de temas propios de la gestión empresarial.

En segundo término, será necesaria la implementación en los contratos, testamentos y estatutos de cláusulas de mediación obligatoria, que podrá ser de personas respetadas por la familia o de profesionales, y de arbitraje privado, preferentemente en manos de tribunales institucionales¹².

Éstos mecanismos podrán proveer el apoyo de profesionales especializados y un ámbito de confidencialidad personal, patrimonial y fiscal para tratar los temas y solucionarlos, a lo que se suma la reducción de costos y tiempos y la posibilidad de que sean resueltos conforme la “equidad”¹³.

SEGUNDA TRAMPA: LA INGRATITUD DE LOS HIJOS EN EL ANTICIPO DE HERENCIA

¹¹ Ver Favier Dubois (h), E.M. “La ‘causa’ de la empresa familiar y la improcedencia de considerar al ‘socio familiar’ como un ‘inversionista’. Sus efectos sobre la interpretación de algunas reglas societarias” en la obra “XI Congreso Argentino de Derecho Societario y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Ed. Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Bs.As., 2010, tomo II, pag.5.

¹² Ver de Favier Dubois (p), E.M. y Favier Dubois (h), E.M. “Negociación, mediación y arbitraje en los conflictos societarios”. Errepar, DSE, nro.281, Tomo XXIII, abril 2011, pag. 381

¹³ Conforme con el art. 74, última parte, del Reglamento y Normas de Constitución del Tribunal Arbitral de la Empresa Familiar del IADEF, los árbitros al resolver “...valorarán los principios de tutela y continuación de la empresa familiar”, verlo en Favier Dubois (h), E.M. (Director), “Negociación, mediación y arbitraje en la empresa familiar”, ed. Ad Hoc, Bs.As., 2012, pag.959, y el comentario de Weigel Muñoz, Augusto y Zuanich, Pedro “El arbitraje. Opción necesaria en la empresa Familiar”, misma obra, pag. 851.

2.1. EL ANTICIPO DE HERENCIA.

En las empresas familiares es casi un lugar común la sucesión anticipada de todo o parte de la propiedad de la empresa (acciones o cuotas) de los fundadores a favor de sus hijos.

Las motivaciones son varias y van desde la evitación de los gastos y honorarios del juicio de sucesión el día que fallezca el fundador, hasta el reconocimiento, motivación y compromiso de los hijos que trabajan en la empresa, pasando por lograr una mejor planificación fiscal.

Estas sucesiones anticipadas se instrumentan generalmente mediante donaciones de cuotas y acciones, en muchos casos con reserva de usufructo a favor de los padres donantes.

Los problemas se plantean cuando por diversas circunstancias, como son el paso del tiempo, la influencia de los cónyuges, problemas económicos, diversas visiones, celos entre hermanos, etc., los hijos que recibieron las acciones entran en conflicto y no proceden de conformidad con la voluntad del padre donante o de acuerdo a lo establecido en el acuerdo o protocolo familiar sino que toman decisiones en interés propio utilizando el poder conferido por las cuotas y acciones donadas, llegando incluso a demandar judicialmente a su padre o a removerlo como director si tienen los votos suficientes.

También puede haber embargos de terceros acreedores del hijo propietario (piénsese en un accidente de tránsito) que hagan rematar las acciones, o el prematuro fallecimiento del hijo que hará pasar lo donado a sus propios herederos.

2.2.-LA DONACION CON RESERVA DE USUFRUCTO

Si bien las donaciones son revocables por ingratitud, la jurisprudencia es sumamente restrictiva entre ascendientes y descendientes, la causal debería ser grave y fundada, y requiere un juicio que puede durar muchos años¹⁴.

Por su parte, según el art. 218 de la ley de sociedades, los derechos de voto de las acciones donadas con reserva de usufructo corresponden al nudo propietario, o sea al hijo donatario y no al padre usufructuario, "salvo pacto en contrario".

En el punto, la doctrina tradicional ha sostenido que no puede conferirse el derecho de voto al usufructuario sin vaciar de contenido a la donación. No obstante, moderna doctrina entiende procedente conferir tal derecho al usufructuario¹⁵. De todos modos se trata de un tema controvertido que puede dar lugar a conflictos.

2.3.-PREVENCION

La prevención más importante estará en evitar este tipo de donaciones con reserva de usufructo o, de ser inevitables, reglamentar los derechos del padre usufructuario de modo que pueda votar, al menos en las asambleas ordinarias que son las que eligen directores y aprueban el balance.

¹⁴ Ver Giralt Font, Martín "Formas de mantener la propiedad de las acciones en la familia", en la obra colectiva "El Protocolo de la Empresa..." cit. Pag. 393.

¹⁵ Ver el fallo Sala F de la CNCom, in re "Macchi, Cecilia Laura c/ Merello de Macchi Angela Josefina y otros s/ Ordinario", del 02 de noviembre de 2010

Otra forma de anticipar la herencia sin la donación con usufructo está dada por la constitución de un fideicomiso de programación familiar con una cláusula de revocabilidad¹⁶.

TERCERA TRAMPA: EL INGRESO DE EX CÓNYUGES COMO SOCIOS

3.1.-EL MATRIMONIO DE LOS HIJOS.

La cuestión del rol de los parientes políticos en las empresas familiares es muy controvertida.

La tradición familiar tiende a excluirlos de todo manejo o injerencia en la empresa familiar e, inclusive, en los asuntos propios de la familia.

Hay desconfianza, se los considera “a priori” ajenos a los valores, aptitudes y tradiciones familiares.

Desde otro lado, pensando en la continuidad, resulta muy importante que el pariente político (yerno o nuera del fundador) se involucre con la familia, con la empresa y con sus valores y tradiciones en tanto, por un lado, tiene una enorme influencia sobre su cónyuge familiar. Y, por el otro, va a ser quien forme, como padre o madre, a la siguiente generación, quien deberá recibir el “testimonio” y hacerse cargo de seguir con la empresa.

Es por eso que, a nuestro juicio, lo ideal es conferir al pariente político un estatuto intermedio de integración afectiva y social plena a la familia e información sobre los valores y actividades de la empresa, pero sin incorporarlo al elenco de propietarios.

Ahora bien, cada vez es más frecuente que los matrimonios jóvenes, tarde o temprano, se disuelvan por divorcio o, en algunos casos, por fallecimiento imprevisto de uno de los cónyuges.

En tal situación, es posible que el cónyuge no familiar que se divorcie o que sobreviva al familiar, deje de tener intereses comunes con el resto de la familia, sea invadido de sentimientos de resentimiento ante los destratos recibidos y/o cambie totalmente su esfera de intereses ante una nueva pareja y/o nuevos hijos.

Frente a ello se presenta la situación de que, en muchos casos los hijos del fundador ya eran titulares de todo o parte de la propiedad de la empresa (acciones o cuotas) y el divorcio o muerte disuelven la sociedad conyugal imponiendo la necesidad de su liquidación.

3.2.-EL REGIMEN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

El matrimonio hace nacer entre los cónyuges a una “sociedad conyugal”, donde todos los bienes se presumen de ambos cónyuges por mitades, salvo los bienes adquiridos antes del matrimonio y los recibidos después por donación o herencia.

Rigen un sistema de comunidad diferida y de liquidación de la sociedad (arts. 1315, 1316 bis, etc. del c.c.).

¹⁶ Ver de Favier Dubois (p), E.M. y Favier Dubois (h), E.M “Los fideicomisos en la empresa familiar”, en ERREPAR, DSE, nro. 288, Tomo XXIII, noviembre 2011, pag. 1191

Si las cuotas o acciones fueron donadas al hijo antes o después de su matrimonio, serán bienes “propios” y, en consecuencia, el cónyuge no tendrán ningún derecho sobre ellas, pero sí tendrá derecho sobre sus “frutos”, que son siempre “gananciales” y en el caso de sociedades son los dividendos anuales.

Si esos dividendos no fueron repartidos sino que se capitalizaron, las nuevas acciones son “gananciales” y, sobre ellas, el cónyuge tiene derecho al 50%, debiéndosele adjudicar el 50% de las cuotas o acciones.

También para alguna doctrina, que no compartimos¹⁷, las reservas y los resultados no asignados correrían la misma suerte, teniendo el cónyuge un crédito contra la sociedad por la mitad de su importe.

Pero también puede ocurrir que la donación haya sido disfrazada como cesión o como aporte para aumento de capital sin prima y, en tal caso, si el familiar ya estaba casado, las cuotas o acciones serían bienes gananciales, con derecho del ex conyuge a la adjudicación del 50%.

Pero en el mejor de los casos, si se trataba de acciones o cuotas donadas y sin dividendos pendientes, al ser bienes propios del familiar el cónyuge, en caso de fallecimiento, es heredero forzoso por una porción igual a la de un hijo.

Y si no es un fallecimiento sino un divorcio y hay un hijo menor, el cónyuge podrá presentarse ejerciendo derechos en representación de su hijo.

En todas estas situaciones es posible que el ex cónyuge resentido pretenda ser incorporado como socio y, como tal, inicie una política de hostigamiento invocando los derechos que la ley de sociedades otorga al “inversor”, sea como venganza frente a los agravios sufridos y/o como modo de que se adquiere su parte social a un precio caprichoso.

Estos derechos incluyen las facultades de votar (políticos) y de percibir dividendos (económicos) y un derecho instrumental a poseer información sobre los negocios sociales.

De tal modo es posible que el ex conyuge en conflicto se presente de improviso a la sede social, acompañado por un escribano, un abogado y un contador, solicitando ver todos los libros y documentación social, requiriendo explicaciones sobre los negocios y amenazando con sucesivas comparecencias.

También es posible que inicie acciones judiciales de exhibición de libros, convocatoria a asambleas, impugnación de asambleas, y remoción de administradores y que pida la intervención judicial de la sociedad.

En algunos casos, puede ser que inicie denuncias fiscales o acciones penales por administración fraudulenta o evasión fiscal contra los administradores y socios.

Todas estas acciones causarán un impacto muy negativo sobre los propios socios, los empleados, los clientes y proveedores de la empresa, perjudicando el normal desarrollo de sus actividades.

3.3.-PREVENCION.

¿Existe alguna forma de prevenir estas situaciones?

Los mecanismos son varios y de diversos órdenes.

¹⁷ Ver de 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.

En primer lugar es importante tener una buena relación con los parientes políticos y hacerlos participar en los valores y la visión de la empresa, como así darles cargos en el consejo de familiar.

En segundo término es importante un planeamiento legal para que las acciones y cuotas sean propias y no gananciales y para que no queden remanentes de ganancias sin distribuir que puedan considerarse gananciales.

A esos fines, es fundamental no hacer aparecer como compraventas o aportes, los actos de donación de acciones de padres a hijos, de modo que éstas mantengan su carácter de bienes propios.

Finalmente, será muy importante consignar en los estatutos cláusulas de derecho de preferencia para los socios que limiten el ingreso de ex cónyuges por adjudicación de cuotas o acciones en la liquidación de la sociedad conyugal o en la sucesión, estableciendo las pautas para su valoración y pago en dinero¹⁸.

CUARTA TRAMPA: LOS DERECHOS DE LOS HEREDEROS A RECLAMAR Y PARTIR LA HERENCIA.

4.1.-LA RESISTENCIA DE OTORGAR TESTAMENTO.

En lo cultural, nuestro país tiene una tradición reticente a la programación patrimonial a largo plazo o para después de la muerte, lo que obedece a diversos fundamentos entre los que se destacan, como principalmente invocados por los interesados, la negación de la propia muerte, los constantes cambios de la situación económica y de las reglas en el país, la falta de tiempo para ocuparse del tema, y la legítima hereditaria de los herederos forzosos que en el caso de los descendientes asciende al 80% con lo cual se percibe –erróneamente- que es poco lo que puede hacerse en la planificación.

En el mejor de los casos, puede ser que el fundador haya previsto una repartición de bienes luego de su muerte y que algunos hijos queden en la empresa y otros no, compensando sus valores con otros bienes, haciendo incluso anticipos de herencia, pero no testamento.

Sin embargo, ocurrido el fallecimiento, es posible que algunos de los herederos no acepten los designios del padre y pretendan bienes mayores o diferentes que los asignados, o deseen incorporarse a la empresa para gestionarla ellos o para hacer daño a los otros herederos.

4.2.-EL DERECHO SUCESORIO.

¹⁸ Ver Favier Dubois (h), E.M. “La redacción de las cláusulas del estatuto societario de la empresa familiar”, en Revista del Notariado, Bs.As., Nro. 907, Enero-Febrero-Marzo 2012, pag. 39 y stes.

En materia de sucesiones, la ley instituye a la legítima hereditaria, en cuya virtud si hay hijos el padre solo puede disponer libremente de un 20% de sus bienes, quedando comprendidos no solo los existentes a su muerte sino todos los dispuestos en vida en forma gratuita¹⁹. Se trata de una institución criticada pero defendida por la judicatura con vehemencia sosteniéndose su intangibilidad²⁰,

A ello se suman el régimen de transmisión ipso iure a los herederos forzosos (art. 3417 del código civil), el régimen de partición obligatoria y las normas sobre divisibilidad de las acciones (art. 3485 c.c.).²¹

Todas estas disposiciones emplazan a cada uno de los hijos, aun contrariando la voluntad del padre si no hubo testamento, en situación de “heredero” con derecho a reclamar su parte en la propiedad de la empresa familiar ingresando como socio y, en algunos casos, a pedir la entrega de bienes sociales en natura, lo que lleva a un sinnúmero de problemas, de incierta resolución, y a la clara destrucción de la empresa familiar.

4.3.-LA PREVENCIÓN.

En el caso, el instrumento fundamental es el testamento, porque en él el causante podrá disponer a favor de los hijos que lo merezcan el 20% que tiene disponible, podrá hacer una “partición por ascendiente” adjudicando a unos hijos la empresa y a otros bienes diferentes, y podrá imponer la “indivisión forzosa” de la empresa por el plazo de diez años.

Otros instrumentos para superar las rigideces de la legítima y del derecho de partición de bienes son los fideicomisos de programación familiar y los seguros de vida a favor de algunos herederos

QUINTA TRAMPA: LA DESIGNACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES POR SIMPLE MAYORÍA EN LA SOCIEDAD FAMILIAR

5.1.-LA UTILIZACIÓN DE ESTATUTOS TIPO

Es un hecho notorio que en la mayoría de los casos no se consignan en el contrato social ni en los estatutos, firmados por los socios e inscriptos en el Registro Público de Comercio, los acuerdos fundamentales y/o los presupuestos

¹⁹ Ver Favier Dubois (h), Eduardo M. (director) “Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria”, Ed. Ad Hoc. Bs.As. 1993.-

²⁰ Ver Lombarda-Reviriego “Las sociedades frente a la transmisión hereditaria” en Derecho Societario Argentino e Iberoamericano, Ed. Ad Hoc, Bs.As., 1995, tomo IV, pag. 529, donde sostienen que la intangibilidad de la legítima debe juzgarse con criterio restrictivo.

²¹ Ver Stratta, Alicia Josefina y Stratta de David, María Victoria “La empresa familiar organizada bajo forma societaria” en VII Congreso Argentino de D.Societario, UADE, Bs.As., 1998, tomo I, pag. 179.

fácticos y jurídicos de las relaciones entre ellos que constituyen la base de sus derechos y deberes y de los que dependen la sustentabilidad y estabilidad del negocio.

Entre dichos acuerdos es fundamental el relativo a la administración de la sociedad, donde normalmente solo se designa a los administradores iniciales, los que son fácilmente revocables por simple mayoría de socio.

Esto ocurre a veces por la falta de asesoramiento profesional al respecto y, en otras, por la intención de los fundadores de reducir los costos de la constitución evitando los mayores gastos de un asesoramiento especializado.

A ello se suele sumar la urgencia por redactar e inscribir el contrato social, de modo de obtener cuanto antes la personería jurídica, lo que hace aconsejable adoptar modelos generalizados y de fácil aprobación por la autoridad de contralor, modelos que son simples y no prevén tales materias: los estatutos tipo

En tales condiciones, resulta que ante un conflicto en la empresa familiar, o por el ingreso de herederos forzosos derivados del fallecimiento del socio fundador o de otro socio, cambian las mayorías y las opiniones, y el o los administradores designados por la familia para seguir el negocio son expulsados y reemplazados por otros, frustrando el plan de sucesión y el protocolo.

5.2.-EL PRINCIPIO MAYORITARIO EN LAS SOCIEDADES.

Conforme con la ley de sociedades, y a falta de disposición expresa en el estatuto, los administradores son elegidos y removidos por el principio mayoritario, o sea por la mayoría simple de los socios presentes, los que generalmente tienen tantos votos como acciones o cuotas poseen.

A su vez, en la sociedad anónima, los cargos de directores tienen plazo limitado a un máximo de tres años y, además, en cualquier momento pueden ser revocados por la mayoría “ad nutum”, o sea sin necesidad de invocar mal desempeño.

En tales condiciones, cualquier grupo de familiares que detente por cualquier razón la mayoría accionaria, puede hacerse de la administración de la sociedad y, desde ese puesto, frustrar el plan familiar de continuación o imponer por mayoría la liquidación de la sociedad.

5.3.-PREVENCIÓN.

La prevención debe lograrse mediante una estructuración societaria adecuada que permita separar el poder de administrar la sociedad de las decisiones de las mayorías.

A tales fines, algunos de los mecanismos adecuados son, en la SRL (que puede funcionar como sociedad “holding” de un grupo de sociedades anónimas operativas, la elección de gerentes como “condición” del contrato, que no pueden removerse por mayorías y, en las sociedades anónimas, la emisión y entrega al administrador designado de acciones con voto plural, o de una clase de acciones con derecho a designar al administrador.

También es posible colocar las acciones o cuotas en un fideicomiso societario e instruir al fiduciario sobre la persona del administrador a elegir.

SEXTA TRAMPA:

LA LIQUIDACIÓN JUDICIAL DE SOCIEDADES EMPATADAS AL CINCUENTA POR CIENTO.

6.1.-LAS SOCIEDADES DE DOS FAMILIARES EN FORMA IGUALITARIA

Se trata de un caso frecuente cuando dos hermanos heredan un negocio o lo reciben anticipadamente de manos del fundador²².

También es habitual que cuando los cónyuges constituyen una sociedad se atribuyan capital y votos en forma igualitaria, siguiendo las pautas de división por mitades de los bienes gananciales, propia de la sociedad conyugal.

Otros casos de sociedades al cincuenta por ciento se dan cuando hay un previo condominio igualitario sobre un inmueble que se aporta a una sociedad para su mejor explotación o ulterior venta.

Finalmente, cabe señalar que los problemas de las sociedades cincuenta y cincuenta también se presentan cuando no son dos socios sino dos grupos de socios que votan cada uno en forma unificada, como ocurre con las dos ramas de herederos de una empresa familiar.

Mientras todo va bien el sistema de igualdad es el mejor porque toda decisión es consensuada y, por ende, no hay perdedores que busquen frustrarla o incumplirla.

Cuando empiezan las desavenencias el tema se complica porque ninguna decisión tiene mayoría suficiente y, por ende, la sociedad cae en situaciones de “empate” de votos a favor y en contra que llevan a un “bloqueo” o “impasse” de las decisiones y a la consecuente paralización de las actividades sociales.

Téngase en cuenta, además, que en muchos casos no se trata de conflictos fundados en que un socio viola la ley y el otro quiere cumplirla, sino que son conflictos sobre los procedimientos a seguir, o sobre quienes cumplirán determinados roles, o simplemente emocionales pero respecto de dos posiciones que son ambas legales en sí mismas.

6.2.-EL EMPATE COMO CAUSA DE INTERVENCION Y LIQUIDACION DE LA EMPRESA FAMILIAR

La ley 19.550 nada prevé expresamente sobre el empate, exigiéndose que toda decisión social adoptada por asamblea o reunión de socios tenga “mayoría”, cualesquiera fuera el quorum exigido por el tipo social y decisión de que se trate,

²² Es uno de los mayores desafíos cuando se trata de estructurar a una empresa familiar. Ver la obra colectiva del Instituto Argentino de la Empresa Familiar (www.iadef.org) “Negociación, Mediación y Arbitraje en la Empresa Familiar”, Ed. Ad Hoc, Bs.As., 2012 y bibliografía allí citada.

destacándose que en primera convocatoria asamblearia siempre se exige quorum mayoritario (arts. 160, 243, 244 y conc. ley 19.550).

La primer solución jurisprudencial frente a la paralización del órgano de administración por empate que lleva a un bloqueo de decisiones, todo lo que implica un peligro grave para la sociedad y a veces una eventual “acefalía”, ha sido la intervención judicial prevista por el art. 113 y siguientes de la ley de sociedades²³.

Ahora bien, si la imposibilidad de decisiones continúa y se traslada al órgano de gobierno, se habrá plasmado una causal de disolución reconocida por la jurisprudencia y asimilada a la “imposibilidad sobreviniente de cumplir el objeto social” (art. 94 inc.4º de la ley 19.550)²⁴.

Ambas soluciones destruyen valor y terminan destruyendo a la empresa familiar.

6.3.-PREVENCION:

Por nuestra parte, consideramos que con el derecho vigente es posible establecer cláusulas contractuales, estatutarias o para-societarias, o mecanismos jurídicos para prevenir las situaciones de empate, “impasse” y parálisis societaria, como son los siguientes: a) el fideicomiso societario de desempate; b) la elección de gerentes en la SRL por todo el contrato; c) la elección de directores en la S.A. por clases de acciones; d) cláusulas de inexigibilidad de quorum para ciertas decisiones; e) cláusulas de desempate para ciertas decisiones; f) la compraventa forzosa de un socio al otro; g) la compraventa forzosa de ambos socios a un tercero; h) la escisión obligatoria no proporcional²⁵;

SEPTIMA TRAMPA: EL INGRESO COMO SOCIOS DE TERCEROS NO FAMILIARES

7.1.-EL PRINCIPIO DE NO INGRESO DE TERCEROS EN LA EMPRESA FAMILIAR.

Podemos afirmar que en el ADN de toda empresa familiar está el de ser refractaria al ingreso de terceros ajenos a la familia, tanto a la administración de la sociedad cuanto, con mayor énfasis, a la propiedad de la empresa.

Dicho principio es el que produce muchas veces problemas de financiación ante la imposibilidad de “abrir” el capital al mercado o de hacer ingresar a un tercero financista como socio.

²³ Ver C.N.Com. en autos “Malvica c/Prigmar”, 14-3-2012

²⁴ Ver C.N.Com., Sala A, “Viti, Blanca c/Melega, Alfredo”, 13-06-2003, IJ-XXXI-555; Sala C, “Pardo, Cecilia c/Ini, Eduardo”, 14-10-2009, IJ-XXXVII-627; Sala D, “Urtubey, Jorge E. y otro c/Anschutz, Jorge A. y otro”, 08-04-2008, IJ-XXVIII-783, entre otros.

²⁵ Ver de Favier Dubois (p), E.M. y Favier Dubois (h), E.M “Las sociedades al cincuenta por ciento: empate, paralización y liquidación. Instrumentos y acciones legales de prevención o superación”, Errepar, DSE, nro. 306, tomo XXV, mayo 2013, pag.451

Sin embargo, como los estatutos de las sociedades familiares generalmente son estatutos “tipo” en los mismos nada se prevé en materia de limitaciones al ingreso de terceros, lo que permite que un socio familiar despedido o necesitado venda sus acciones o cuotas a un tercero.

También puede acontecer que este socio familiar contraiga una deuda que no pueda pagar, o produzca un daño que no pueda reparar y, como consecuencia, un tercero remate sus acciones o cuotas y aparezca en la sociedad como socio el adquirente en la respectiva subasta.

Finalmente, si un socio familiar muere y nada prevé el contrato al respecto, pueden entrar automáticamente sus herederos como socios²⁶ y, en tal caso, generarse conflictos si se trata de un ingreso no aceptado por los demás.

7.2.-EL DERECHO A LA LIBRE TRANSMISIÓN DE ACCIONES Y CUOTAS.

Conforme con el art. 214 de la ley 19.550, “La transmisión de las acciones es libre”, no obstante el estatuto puede limitar la transmisibilidad siempre que no implique prohibición.

Por su parte, el art. 152 de la misma ley, para el caso de las S.R.L. dispone que las cuotas son libremente transmitibles, salvo disposición contraria del contrato.

Todo ello lleva a considerar que, si no hay pacto expreso, cualquiera de las transmisiones referidas precedentemente es posible e ingresarían terceros o herederos no deseados a la empresa familiar.

7.3.-LA PREVENCIÓN.

La prevención de estas situaciones dependerá de la inserción de cláusulas estatutarias que limiten las transferencias voluntarias de socios a terceros, que limiten el ingreso de adjudicatarios en el remate de cuotas o acciones y que limiten el ingreso de los herederos de alguno de los socios²⁷.

A tales efectos deberá acudirse a la instauración de un derecho de preferencia y será importante consignar cláusulas para la valuación y pago de las respectivas partes sociales si las adquiere la sociedad²⁸.

²⁶ Ver de Favier Dubois (p), E.M. y Favier Dubois (h), E.M “La incorporación de los herederos del socio fallecido en las sociedades comerciales”, Errepar, DSE, nro. 293, tomo XXIV, Abril 2012, pag. 287

²⁷ Ver Favier Dubois (h), E.M. “Cláusulas de limitación a la transmisibilidad de las acciones”, en Doctrina Societaria y concursal, Edit. Errepar, T II, pág. 248, agosto de 1989, y en la obra colectiva “Transferencias y negocios sobre acciones”, de Favier Dubois (director), Ed. Ad Hoc, Bs.As., 2007, pag.153.

²⁸ Ver de Favier Dubois (p), E.M. y Favier Dubois (h), E.M “La valuación de las acciones y participaciones en las sociedades cerradas. Marco legal, cláusulas contractuales y propuestas”, Errepar, DSE, nro.316, tomo XXVI, Marzo 2014, pag.281

Otro mecanismo complementario es el de los seguros de vida cruzados que permitirán, en caso de muerte de un socio, atender al menos los primeros reclamos patrimoniales de sus herederos en caso de impedírseles el ingreso²⁹.

OCTAVA TRAMPA: LA IMPOSIBILIDAD DE REINVERTIR TODAS LAS UTILIDADES EN LA EMPRESA Y LOS LÍMITES PARA PAGAR HONORARIOS A LOS DIRECTORES.

8.1.-LA REINVERSION DE UTILIDADES EN LA EMPRESA FAMILIAR.

Se ha señalado como característica de la empresa familiar el hecho de que los beneficios son reinvertidos en la propia empresa y en el propio crecimiento ya que no tienen, en su inmensa mayoría, accionistas a los que tengan que proporcionar una determinada rentabilidad, lo que las hace más ágiles en el proceso de tomar decisiones estratégicas. Esto es una importante ventaja para lograr un crecimiento sólido, una oportunidad con la que no cuentan otras empresas que tienen entre sus principales objetivos facilitar una rentabilidad.³⁰

Vale decir que constituye una característica fundamental de esta clase de sociedades su política de reinversión de utilidades para que la empresa siga creciendo³¹, lo que constituye una constante cuando la empresa familiar está principalmente integrada por propietarios de las acciones que trabajan en la misma³²

Es que el objetivo de mantener el control de la empresa, junto con la aversión al riesgo que puede predominar en la empresa familiar, motivan una preferencia por la autofinanciación frente a las ampliaciones de capital o al endeudamiento. O sea que la retención y reinversión de beneficios es su fuente de financiación primordial.³³

²⁹ Szarlat Dabul, Claudio "Los seguros cruzados para financiar la adquisición a los herederos", en "El Protocolo de la Empresa Familiar. Elaboración, cláusulas y ejecución", Buenos Aires, Ad Hoc, 2011, pag. 507.

³⁰ Casado, Fernando, Director del Instituto de la Empresa Familiar, en el "Prólogo" a la obra de Gallo, Miguel Angel y Amat, Joan M. "Los secretos de las empresas familiares centenarias", Ed. Deusto, Barcelona, 2002, pag.10.-

³¹ Reyes Lopez, María Jose "Economía del Matrimonio y Empresa Familiar", en Reyes Lopez, María José (Coordinadora) "La Empresa Familiar: Encrucijada de intereses personales y empresariales", Ed. Aranzadi S.A., Navarra, 2004, pag.168).-

³² Cuesta Lopez, José Valeriano "Mecanismos jurídicos para la defensa de la Empresa Familiar", ed. OPVI, Organismo Público Valenciano de Investigación, Valencia, 2001, pag.32.

³³ Quijano Gonzalez, Jesús "Aspectos jurídico-mercantiles de la empresa familiar: la empresa familiar con forma de sociedad mercantil" en la obra colectiva "Manual de la Empresa Familiar", Juan Corona (Editor), Ed. Deusto, Barcelona, 2005, pags.149, 150 y 163).

Tal política de retención de resultados es congruente con el hecho de que los socios de una empresa familiar no son meros “inversores” de capital sino partícipes interesados en la buena marcha del negocio³⁴

8.2.-LAS LIMITACIONES SOCIETARIAS EN MATERIA DE RESERVAS Y DE HONORARIOS.

La ley de sociedades exige para retener resultados por vía de “reservas” que sus razones estén explicadas clara y circunstanciadamente en la memoria (art. 66 inc.3º).

Asimismo, que las reservas sean razonables, respondan a una prudente administración. Además, en las sociedades anónimas deben hacerse con el voto de la mayoría de acciones con derecho a voto si exceden al capital y las reservas legales, y en las SRL requieren la mayoría necesaria para reformar el contrato (art. 70, segunda parte).

Por su parte, en las sociedades anónimas, el artículo 261 de la ley 19.550 dispone que los honorarios de los directores no pueden exceder el 25% de las ganancias y que si no se distribuyen ganancias no pueden superar el 5%, salvo el caso de comisiones especiales o de funciones técnico administrativas en remuneraciones aprobadas por la asamblea como punto especial del orden del día.

Esto plantea el problema legal de no poder hacer reservas sin una puntual justificación y de no poder abonar honorarios suficientes si no hay reparto de dividendos, lo que se manifiesta principalmente cuando hay un socio disidente o en conflicto.

8.3.-PREVENCIÓN.

La solución en estos casos está en la redacción de los estatutos.

Éstos deben contemplar la validez de reservas “estatutarias” estableciendo en qué condiciones podrán retenerse o distribuirse los resultados entre los socios (art. 11 inc. 7º), y establecer un sistema de remuneración del directorio sin necesidad de que se pronuncie la asamblea (art. 261, primera parte).

NOVENA TRAMPA: EL INCUMPLIMIENTO VOLUNTARIO DEL PROTOCOLO.

9.1.-EL VALOR MORAL DEL PROTOCOLO FAMILIAR.

El protocolo familiar es un acuerdo que regula las relaciones de una familia con la empresa de la que ésta es propietaria.

En su variante formal, constituye un instrumento escrito, lo más completo y detallado posible, suscripto por todos los miembros de una familia que al mismo

³⁴ Otero Lastres, J.M. “Junta general de accionistas de la sociedad anónima familiar”, en la obra colectiva “La empresa familiar ante el derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar”, Garrido de Palma, Victor Manuel (Director), Madrid, 1995, p.258.

tiempo son socios de una empresa³⁵, 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 terceros³⁶.

Básicamente son funciones del protocolo las de regular los siguientes planos: a) las relaciones y límites entre la familia y la empresa; b) la profesionalización de la empresa; c) los intereses de la familia en la empresa; d) la sucesión en la gestión de la empresa; e) el mantenimiento familiar de la propiedad de la empresa y la sucesión en dicha propiedad

Ahora bien, el protocolo, como acuerdo familiar, está sujeto a diversas y comunes contingencias que van, desde la pérdida de la voluntad de cumplir lo acordado por parte de los propios firmantes, por peleas, cambio de situación o arrepentimientos, hasta el ingreso de familiares o terceros ajenos al pacto.

Ténganse en cuenta, al efecto, los cambios fácticos y jurídicos que, sobre familia-empresa y propiedad, imponen el paso del tiempo y acontecimientos tales como el divorcio, las nuevas nupcias, el nacimiento de nuevos herederos, la mudanza al extranjero, las adopciones, las enfermedades, la incapacidad, las adicciones, el retiro, la quiebra, o el fallecimiento del fundador o de cualquier familiar propietario o heredero.

9.2.-EL PROTOCOLO COMO “PACTO DE CABALLEROS”

En principio, el protocolo importa solo un “pacto de caballeros” en tanto su contenido solo obliga a los que lo suscriben desde un punto de vista moral, familiar o social.

Al respecto se sostiene que el cumplimiento del protocolo como “obligación” requiere la precisa determinación de las conductas exigidas, lo que no suele ocurrir con los protocolos donde los contenidos son heterogéneos y, en la mayoría de los casos, contienen previsiones privadas, de carácter ético, pero no obligacionales en sentido técnico³⁷.

Es que para tener fuerza jurídica y para poder ser ejecutado en forma forzosa ante los tribunales es necesario que los deberes y comportamientos previstos en el protocolo sean determinados y tengan en sí mismo, o asignado por los firmantes, un valor patrimonial que les dé carácter de “obligación jurídica” en los términos del art. 495 del código civil y su doctrina, de modo de ser exigibles según el art. 505 del mismo código.

Sobre tales bases, solo podrían aplicarse al familiar incumplidor sanciones morales o familiares, y siempre que lo hubiera firmado oportunamente.

35 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;

36 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.

37 Sanchez Ruiz, Mercedes, op.cít. pag.55.-

9.3.-PREVENCIÓN

En la materia, existen algunos mecanismos de prevención.

En primer lugar, uno tendiente a que todos los integrantes de la empresa familiar, incluyendo los que se incorporan posteriormente, tengan la obligación de firmar el protocolo y de suscribir también sus modificaciones.

Se trata de la “prestación accesoria” de suscribir el protocolo que puede consignarse en el estatuto de la sociedad, cualquiera sea su tipo³⁸.

Otro mecanismo consiste en dar al protocolo fuerza de contrato en su redacción, para que sea asimilable a un “convenio de accionistas” o “pacto de socios”, ejecutable entre partes³⁹.

Finalmente, otra opción consiste en trasladar los contenidos del protocolo a diversos instrumentos con fuerza legal como son las cláusulas de los estatutos societarios -incluyendo la posibilidad de excluir a los socios por incumplimiento-, reglamentos, testamentos y fideicomisos de acciones.

DECIMA TRAMPA: LAS DEMANDAS POR EL TRABAJO INFORMAL DE PARIENTES.

10.1.-CÓMO SE CUBREN LOS PUESTOS DE TRABAJO EN LA EMPRESA FAMILIAR.

Generalmente, los puestos de trabajo en la empresa familiar se cubren con criterios emocionales favoreciendo a los parientes del fundador: hermanos, primos, hijos, nueras, nietos y sobrinos.

En tales casos no siempre se aprecia la capacidad sino la confianza nacida del vínculo familiar.

También hay ocasiones que, por motivos emocionales o ante exigencias de algún familiar, se da trabajo sin que exista una estricta vacante a parientes o, inclusive a amigos íntimos de éstos, novios o parejas.

En estos casos, y con fundamento en el propio vínculo familiar o amical, existe la práctica de no registrar formalmente tales empleos, o de hacerlo con remuneraciones inferiores a las reales.

Pues bien, un día llega el conflicto, el contratado es despedido o se retira ofendido, y al poco tiempo aparece una demanda laboral, que si la antigüedad es muy importante puede hacer tambalear las finanzas de la empresa, además de

³⁸ Ver de Favier Dubois (p), E.M. y Favier Dubois (h), E.M “Las “prestaciones accesorias” como instrumento para dar fuerza legal al protocolo familiar”, Errepar, DSE, nro.319, tomo XXVI, Junio 2014

³⁹ Ver Favier Dubois (p), E.M. y Favier Dubois (h), E.M “Sindicación de acciones y convenios privados entre los socios. Valor legal y necesaria implementación”, Errepar, DSE, nro. 304, tomo XXV, Marzo 2013, pag. 215. También Favier Dubois (h), E.M. y Cesaretti, Oscar “El pacto de sindicación de acciones como instrumento del protocolo de la sociedad de familia”, en el libro “Jornadas Nacionales de Derecho Societario en Homenaje al Profesor Enrique M.Buty”, Bs.As., 2007, Ed. Por FPIYDCJ y FJM, pag.405 y sstes;

provocar conflictos de quien recomendó al pariente-amigo con el resto de la familia.

10.2.-LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO.

La normativa de la ley de contrato de trabajo considera al trabajo de los integrantes de la familia en la empresa, mientras exista subordinación, como comprendido en la presunción de relación laboral del art. 23 LCT, sin considerar si se trata de socios o de familiares que colaboran con causa "familiar" y tienen un sustento independiente.⁴⁰

Solo se exceptúa el caso de sociedades de familia entre padres e hijos si estos son también socios (art. 27 LCT), en norma oponible a los organismos de seguridad social.⁴¹

De ello resulta que todo familiar o amigo que trabaje en la empresa familiar será considerado legalmente como un empleado en relación de dependencia, con derecho a los haberes, indemnizaciones y multas de ley, como así que en caso de empleo no registrado o registrado en forma insuficiente, también serán responsables personalmente todos los directores de la sociedad por incumplimiento de sus deberes.

10.3.-PREVENCIÓN.

Es claro que la prevención comienza por evitar tales contrataciones o por registrarlas debidamente asumiendo la empresa sus mayores costos.

Un modo que facilita la evitación está dado por el debate y la inclusión del tema del ingreso de parientes a trabajar en la empresa en el protocolo de la empresa familiar⁴² y por su oportuna traslación a un reglamento societario⁴³.

En dicho tema debe incluirse la obligación de la sociedad de registrar a los familiares empleados o la de no registrarlos asumiendo la contingencia.

Si bien en el punto compartimos la doctrina que sostiene que no hay vínculo laboral obligatorio cuando no hay "extraneidad" entre el empleador (empresa familiar) y el empleado (pariente que trabaja)⁴⁴, lo cierto es que la mayoría de los tribunales laborales no la aplica hasta el presente.

Finalmente, la responsabilidad de los administradores frente al empleado por infracciones laborales pueden ser reducidas aplicando el régimen de "funciones diferenciadas" que admite la S.A. y la S.R.L. y, en su mérito, designando a uno solo de los administradores con las responsabilidades de tal área⁴⁵.

⁴⁰ Ver sobre trabajo benévolo: Segú, Gustavo R. "El trabajo benévolo y el voluntariado social. Una aproximación" en Errepar, DEL, t.XX, pag.1144, Dic.06.-

⁴¹ C.N.Trab. Sala IV, 31-5-84, "Pont, Antonio y Pont, Francisco", LL DT 1984-B, pag.1263; DJ 1985-1, pag.254.

⁴² Ver Cesaretti, María "Pautas para el trabajo de familiares como empleados de la empresa" en la obra colectiva "El Protocolo de la Empresa...", cit., pag. 235.

⁴³ Ver Ragazzi, Guillermo y Marinelli, Jose Luis "El reglamento societario interno y su empleo en la empresa familiar", en la obra colectiva "El Protocolo de la Empresa...", cit. Pag. 565.

⁴⁴ Ver Garobbio, Carlos E. y David, Marcelo A. "Las relaciones laborales en la empresa familiar", en la obra colectiva "El Protocolo de la Empresa...", cit., pag. 241.

⁴⁵ Ver de Favier Dubois (p), E.M. y Favier Dubois (h), E.M "Mecanismos para la limitación de la responsabilidad de los directores de sociedades anónimas", Errepar, DSE, nro. 298, Tomo XXIV, Septiembre 2012, pag. 823

UNDÉCIMA TRAMPA:

EL PAGO DE ELEVADOS IMPUESTOS POR TRANSFERENCIAS DE PARTES SOCIALES

11.1.-LAS TRANSFERENCIAS DE PARTES SOCIALES EN LA EMPRESA FAMILIAR.

Constituye un hecho frecuente que las cuotas y acciones que integran el capital de la sociedad que explota una empresa familiar sean transferidos de padres a hijos en forma parcial y/o total durante la vida de los primeros, como una suerte de anticipo de herencia o para reconocer trabajos o fomentar compromisos.

Ocurre que, por lo general, tales transferencias se hacen sin considerar los aspectos fiscales y terminan generando importantes obligaciones tributarias.

11.2.-LOS IMPUESTOS A LA TRANSMISIÓN DE CUOTAS Y ACCIONES.

En primer lugar, corresponde mencionar al impuesto a la transmisión gratuita de bienes, ya fue sancionado y está vigente en la Provincia de Buenos Aires⁴⁶ y en la Provincia de Entre Ríos⁴⁷, el que grava toda transmisión entre dos partes donde haya gratuidad para ambas partes, o sea la inexistencia de ventajas a cambio de lo que dan o de lo que reciben, sea por operaciones entre vivos o mortis causa.

Ahora bien, en la Provincia de Buenos Aires, si bien la ley reconoce por primera vez a la “empresa familiar” en el ordenamiento local, lo hace para aplicarle un impuesto que no existía y con una exención que no es tal ya que no funciona para las transmisiones entre vivos y tiene un piso bajo, lo que deja dentro del impuesto a una gran cantidad de empresas familiares.

Dicha ley impositiva provincial presenta al menos tres características que hacen más gravosa su aplicación: a) grava bienes ubicados fuera de la Provincia de Buenos Aires; b) grava bienes de propiedad de sociedades domiciliadas en otras jurisdicciones; y c) crea causales de extensión del plazo de prescripción de la acción fiscal cuando se trata de materias propias del código civil.

En segundo término, cabe recordar que por ley 26.893 se modificó la ley del Impuesto a las Ganancias, derogándose la anterior exención de ganancias para las transferencias de acciones y cuotas sociales⁴⁸, y se incluyó como base imponible del Impuesto a las Ganancias a las transferencias de acciones y cuotas que no cotizan en bolsa y a las distribuciones de utilidades de las empresas, ley que fue reglamentada por el Decreto 2334/14. Los resultados quedan alcanzados con una alícuota de 15%.

En la misma ley, adicionalmente, se incluye dentro del Impuesto a las Ganancias la distribución de dividendos o utilidades, en dinero o en especie, que aprueben las asambleas de socios y accionistas, pasando a estar gravadas con una tasa del 10%.

⁴⁶ 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.

⁴⁷ 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.

⁴⁸ Conf. Arts. 2º inc.1º y 20 inc.K y W ley de impuesto a las ganancias, conforme art. 42 del Dec.1344/98.

11.3.-PREVENCIÓN.

En estos casos la prevención consiste en una adecuada planificación fiscal que permita, dentro de las opciones lícitas que el ordenamiento societario y tributario conceden, elegir la menos gravosa para la empresa familiar⁴⁹.

Dicha planificación puede incluir la consideración del momento adecuado para la transferencia a la luz de la situación contable de la sociedad y la constitución de un fideicomiso accionario cuya estructura no importe considerar operada una “transmisión”⁵⁰.

DUODÉCIMA TRAMPA: LA PÉRDIDA DEL PATRIMONIO FAMILIAR, EN CASO DE INSOLVENCIA DE LA EMPRESA, POR CONFUSION PATRIMONIAL.

12.1.-FALTA DE LIMITES ENTRE BIENES Y DEUDAS DE LA EMPRESA FAMILIAR Y DE LOS SOCIOS.

En las empresas familiares hay razones históricas por las cuales los bienes afectados a la producción pueden estar todavía en cabeza del fundador o de algún pariente y no de la sociedad comercial que los explota, como cuando el negocio se inició en forma unipersonal y luego se formó la sociedad sin aportarse el inmueble. También puede ocurrir que bienes (inmuebles, rodados, etc.) que han sido adquiridos para el uso personal de los socios lo hayan sido con dinero y en nombre de la sociedad, generalmente por motivos contables o fiscales.

Igualmente es posible que los dividendos correspondientes a los socios se mantengan en el flujo de fondos de la sociedad pero con ellos se adquieran bienes para aquellos pero a nombre de ésta.

Por otra parte, algunos socios, principalmente el fundador y/o los que son administradores, se ven en muchos casos compelidos a dar fianzas y avales personales por los créditos y obligaciones tomadas por la sociedad y que, en otros casos, sea la sociedad la que avala obligaciones personales de los socios (alquiler, préstamos personales, etc.).

Es también posible que personal que trabaja o presta servicios a favor de los socios aparezca en la nómina de la sociedad.

En algunos casos, y buscándose reducir riesgos, se ponen la explotación empresarial y algunos bienes a nombre de una sociedad y otros bienes de la familia a nombre de otra, pero ambos bienes se utilizan conjuntamente para el negocio.

⁴⁹ Ver de Favier Dubois (p), E.M. y Favier Dubois (h), E.M “La programación patrimonial sucesoria frente al impuesto a la transmisión gratuita de bienes: herramientas y recursos”, Errepar, DSE, nro. 307, tomo XXV, junio 2013, pag. 567

⁵⁰ Ver el Informe Técnico 035/11, de la Gerencia de Técnica Tributaria de ARBA del 21-7.11, contestando la consulta de una escribana, estableció que los aportes fiduciarios realizados a los fideicomisos no se encuentran dentro del ámbito de imposición del Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes

Finalmente, es frecuente que los socios retiren fondos de la sociedad para satisfacer sus necesidades personales, con imputación a su cuenta particular o que, inversamente, formalicen préstamos a la sociedad para atender necesidades del giro, con imputación a la misma cuenta.

Con este contexto patrimonial, puede ocurrir que un socio familiar entre personalmente en cesación de pagos, por sus deudas particulares, o que sea la propia empresa familiar la que caiga en insolvencia al volverse deficitaria la explotación del negocio⁵¹.

12.2.-LOS DERECHOS DE LOS ACREEDORES Y EL RÉGIMEN CONCURSAL.

En tales casos la ley da a los acreedores el derecho de embargar y ejecutar bienes de su deudor y, de existir, de sus garantes o avalistas, hasta la total satisfacción de la deuda (art. 505 del código civil).

Ello podría dar como resultado que se pierdan bienes sociales por deudas individuales de los socios avaladas por la sociedad.

Además, en caso de no ser suficientes los bienes del deudor, la ley les autoriza a pedir la quiebra y, dentro de la quiebra, al inicio de acciones de responsabilidad contra terceros, al inicio de acciones de ineficacia respecto de bienes que hubieran sido transferidos en perjuicio de los acreedores, y al inicio de acciones de extensión de quiebra contra otro sujeto (persona física o sociedad) en el caso de haber habido “confusión patrimonial inescindible”, lo que para la doctrina predominante implica al actuación promiscua utilizando recursos, personal y activos y comprometiendo pasivos, frente a terceros (arts. 83, 119, 173 y 161 inc. 3º de la ley 24.522 de concursos y quiebras).

En tales supuestos, existe el riesgo que por deudas individuales de los socios la sociedad caiga en quiebra, o que por quiebra de la sociedad los propios socios caigan en quiebra, perdiéndose no solo el patrimonio de la empresa familiar sino el personal de los socios.

12.3.-PREVENCIÓN.

Es claro que la prevención fundamental pasa por el protocolo y que en el mismo se establezcan pautas para la separación de bienes y deudas sociales respecto de los bienes y deudas individuales de los socios, como así respecto de los préstamos, retiros, avales y garantías recíprocos⁵².

Al mismo tiempo, para su traslado al campo legal puede acudirse a un reglamento societario.

En todos los casos corresponderá hacer una planificación patrimonial adecuada condicionándose la co-existencia de sociedades operativas, con riesgo empresario, y sociedades patrimoniales, solo tenedoras de bienes, a que las

⁵¹ Molina Sandoval, Carlos “La Empresa Familiar frente al concurso”, La Ley, 2013, C, diario del 10-5-13, pag. 1 y stes.

⁵² Ver Cesaretti, María “Otras pautas para los préstamos a socios y familiares y uso de bienes sociales”, en la obra colectiva “El Protocolo de la Empresa...”, cít. Pag. 285.

relaciones entre ellas sean independientes, o sea conforme con reglas de mercado y no contaminadas por los vínculos entre sus controlantes⁵³.

Un elemento interesante para evitar que los eventuales embargos puedan afectar la continuidad de la empresa consiste en el armado de un “fideicomiso de caja” que preserve legalmente las cuentas a cobrar y las cuentas a pagar, dejando a favor de los acreedores los otros bienes⁵⁴.

Finalmente, la canalización de los bienes de la familia que no están en la empresa familiar hacia un “Family Office”, permitirá completar la prevención de los riesgos⁵⁵.

COLOFON

Como reflexión final cabe formular la siguiente.

En toda empresa familiar, por la diversidad entre el sistema emocional y el empresarial pueden aparecer conflictos y, en tal caso, es el propio sistema legal quien se encarga de agravarlos con “trampas legales” que fomentan la aparición de un pariente o tercero que, cual un verdadero “licántropo”, se convierte en un destructor de valor.

Es responsabilidad de los propios familiares y de sus asesores establecer las condiciones necesarias para que ese “licántropo” nunca sea creado.

⁵³ Ver sobre el tema Favier Dubois (h), E.M. y Spagnolo, Lucia “Herramientas legales para el empresario frente a la insolvencia”, Edit. Ad Hoc, Bs.As., 2014.

⁵⁴ Ver de Favier Dubois (p), E.M. y Favier Dubois (h), E.M “Fideicomiso de protección de la caja de la empresa. Fundamento legal, ventajas y límites”, Errepar, DSE, nro. 312, tomo XXV, Noviembre 2013, pag. 1207

⁵⁵ Szarlat Dabul, Claudio Daniel “Family Office. La importancia de tener Family Office en la empresa familiar y en la familia” en la obra colectiva “Negociación, Mediación y Arbitraje en la Empresa...” op.cít., pag. 61.