

## **LA EMPRESA FAMILIAR ORGANIZADA BAJO FORMA SOCIETARIA**

*Alicia Josefina Stratta  
María Victoria Stratta de David*

1. Las cuestiones jurídicas que suscitan las empresas familiares organizadas bajo forma societaria deben concebirse orgánicamente para superar las dificultades generadas por la superposición de vínculos de distinta índole entre iguales sujetos lo que implican aplicar normas de naturaleza diversa que exigen conciliación adecuada.

2. La organicidad no es sinónimo de creación de la "sociedad familiar" como tipo, sino de la adecuación legal de las instituciones implicadas de modo que se asegure la supervivencia de la empresa, sin desmedro de los derechos familiares o sucesorios de sus integrantes.

3. Aplicando el régimen vigente los Tribunales han preservado, frente a los reclamos de los legitimarios, la existencia de las sociedades formadas por el causante con aporte del futuro acervo hereditario cuando han funcionado empresarialmente como tales. Han protegido a los legitimarios cuando se presentan situaciones anómalas. Pero el actual ordenamiento requiere adecuaciones.

4. La doctrina societaria aboga por la modificación del régimen de las sociedades anónimas que simplifique la organización de las denominadas "sociedades cerradas", lo que favorecerá la regularidad funcional de la sociedad familiar.

5. La sistematización de las normas de disolución y liquidación por causa de muerte de las sociedades de personas y la correlación metodológica del régimen de estas, con las indivisiones hereditarias de la ley 14394, u otras que pudieran establecerse en el futuro, generará mayor seguridad para la supervivencia de las empresas familiares pequeñas y medianas.

6. La regulación de la situación del menor accionista o socio que se adecúe a la funcionalidad empresarial; una mayor disponibilidad en régimen patrimonial matrimonial que permita mejor organización de los emprendimientos entre esposos; la extensión de la libertad de testar del causante con la permisión algunos condicionamientos sobre el acervo y la admisión de ciertos pactos sobre herencias futuras son los ingredientes complementarios desde el derecho civil para posibilitar el funcionamiento competitivo y la perduración de la empresa familiar.

### **I. CONSIDERACIONES SOCIOECONOMICAS**

Las cuestiones suscitadas en empresas familiares societariamente organizadas fueron abordadas tradicionalmente por los estudiosos del derecho de familia y de las sucesiones, sin organicidad, porque en general constituyeron respuestas dadas por la doctrina o jurisprudencia en casos concretos por crisis producidas en la familia.

El divorcio, la muerte, o cualquier diferencia entre parientes que, a la vez son copropietarios, socios o accionistas de empresas familiares se trasladan a éstas y allí se mezclan los problemas personales con los económicos. La inseguridad que genera les dificulta la captación de inversiones y créditos.

Encontrar las soluciones resulta tarea compleja. En la calificación jurídica de los supuestos aparecen implicadas normas de diverso origen y calidad. Se mezclan las de la organización patrimonial, propias del derecho mercantil, con las que organizan el régimen patrimonial del matrimonio, o el de las sucesiones, instituciones en las que tienen preminencia principios de orden público.

Desde hace algún tiempo se advierte el intento de sistematización de la problemática enunciada, no solo por afán metodológico, sino principalmente por una suerte de redescubrimiento de la influencia que las empresas de esta índole tienen en la economía. Ello es lo que reflejan estadísticas que demuestran la importancia de las empresas familiares en los diversos países.

En ellas se lee que en España representan el 17% sobre las 1.000 primeras; en Inglaterra el 76% sobre las 8.000 primeras y en E.E.U.U. el 35% sobre las 500 primeras. En cuanto a su permanencia en el tiempo se anota que computando 30 años de antigüedad y considerando las 8.000 primeras de Inglaterra, las empresas familiares representan el 60% y el 19% está en la tercera generación; que tomando las primeras 750 empresas españolas, el 15% son familiares y el 8% ha alcanzado la tercera generación. Desde esta misma óptica, anota que en los E.E.U.U. sobre una muestra de 200 empresas familiares que eran tales en 1924, el 13% continuaban siéndolo 60 años después. En Francia, se comprobó que 2460 empresas que eran familiares en 1980, seguían siéndolo el 58% diez años después.<sup>1</sup>

En los E.E.U.U. el 90% de los 15.000.000 de empresas son familiares o han tenido origen familiar y generan casi el 40% del P.B.I. de ese país.<sup>2</sup>

En Francia existe actualmente una intensa preocupación por el tema, sobre el que se han realizados coloquios organizados por la Asociación Droit et Commerce; el Congreso de Notarios de Francia y también estudios doctrinarios. Así, el Profesor Vidal se pregunta /Puede la empresa sobrevivir al empresario?. Se calcula que en este país el 10% de los cierres empresariales se deben a problemas sucesorios, y así para el decenio próximo cabe prever la muerte de aproximadamente 60.000 empresarios familiares, lo que supondrá la pérdida de 1.000.000 de empleos.<sup>3</sup> En España se preve que antes del año 2.000 el 40% de las familiares cambiará de generación sin que se haya dilucidado orgánicamente quien se hará cargo de las mismas.<sup>4</sup>

En nuestro país se ha manifestado el interés actual de transformar las empresas agropecuarias unipersonales en familiares como medio de evitar los minifundios, tomando como ejemplo que en la provincia de Buenos Aires, sobre un total de 75.000 establecimiento hay 47.500 con superficies menores a 200 hectáreas lo que significa que están fuera de escala para cualquier producción extensiva<sup>5</sup>. Cuantitativamente se calcula que existen casi 1.000.000 de empresas familiares.<sup>6</sup>

Otra observación socioeconómica está referida a la dimensión de estas empresas, de las que es común pensar que son de pequeño tamaño. El caso paradigmático

<sup>1</sup> Gallo, M. A. : "La empresa familiar ante el derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar" Ed. Civitas, Madrid, 1995 pág. 50.

<sup>2</sup> La Nación - Sección Empleos, 20/3/98

<sup>3</sup> García Cantero, G.: "Transmisión mortis causa de la empresa familiar" en "La empresa familiar ante el derecho.", cit. págs. 97 y ss.

<sup>4</sup> Ambito Financiero del 12/2/98, pág.7

<sup>5</sup> La Nación On Line-Campo-1997 en Internet

<sup>6</sup> La Nación - Sección Empleos, 20/3/98

es aquel en que el jefe de familia da entrada a su cónyuge y a sus hijos en su empresa nutriendo el fondo social con elementos patrimoniales afectados a negocio mercantil que antes explotaba como empresario individual. Ello trae como consecuencia una mayor cohesión económica de la familia y se trata de asegurar también que al fallecimiento continúe con normalidad el desarrollo de la empresa familiar procurando que no se vea afectada en su esencia por los cambios sobrevenidos en sus miembros.<sup>7</sup>

Sin embargo, las empresas familiares no se agotan en las pequeñas y medianas. Las grandes, también reconocen esta característica, generalmente porque se ha logrado la perdurabilidad de las generaciones en el emprendimiento inicial.<sup>8</sup> Son ejemplos mundialmente conocidos Rotschild, Ford, Getty, entre otros. También los conflictos familiares afectan las inversiones y el desarrollo de las de mayor volumen.<sup>9</sup>

En la Argentina, se nombran grupos como Macri, Pérez Companc, Bunge y Born, Mitre, Bulgheroni, Soldati u otros, de innegable origen familiar y de poder económico importante, aunque algunos de ellos se han desprendido últimamente de sus principales activos comerciales o industriales.

Lo expuesto justifica el interés en la supervivencia de estas empresas, una vez desaparecido su fundador. Por ello se han conocido estudios económicos, y algunos movimientos e instituciones, cuyo principal objetivo es lograr su profesionalización gerencial para despersonalizar la gestión empresaria separándola de los vínculos familiares.<sup>10</sup>

## II. SITUACION ACTUAL DE LAS CUESTIONES JURIDICAS

Este objetivo de política económica no cuenta con un régimen legal específico que permita su concreción. La aplicación del derecho común lleva en la práctica, en nuestro país, a la solución inversa por la vigencia de los principios de la legítima, la partición obligatoria, la liquidación de la sociedad conyugal, por solo nombrar los más salientes.

En el ambiente jurídico se plantean dos tendencias con respecto a estas organizaciones: la aplicación de las normas del derecho común, o la creación de la

---

<sup>7</sup> Garrido de Palma, en Preámbulo, cit, pág. 25 quien hace referencia que esta fue la posición tomada por Garigues en sus dictámenes.

<sup>8</sup> Gallo, M. A.: "La empresa familiar...", cit. pág. 50 y ss.

<sup>9</sup> Hace poco tiempo España se vio sorprendida por un conflicto familiar entre las Koplovitz que aparecieron en los diarios no por sus problemas matrimoniales sino por la venta de las acciones de FCC, sociedad de la que tenían el control, que finalmente adquirió una de las hermanas, pero mientras duró el conflicto se vio suspendida la cotización en bolsa. También los suplementos económicos se ocuparon de destacar la importancia de la solución del conflicto familiar que había impedido el credimiento del grupo Flex El País, Madrid, 21/6/98 Sección Negocios, pág. 5. La noticia periodística destaca que dicha empresa fue durante mucho tiempo líder en la producción de productos de descanso y que en los últimos dos años ha protagonizado una de las batallas familiares más duras - la de la familia Beteré -, "que ha afectado a la marcha de la compañía y ha puesto de manifiesto las dificultades de la sucesión en este tipo de empresas, donde muchas veces las líneas divisorias de gestión y propiedad se entremezclan, y en las que el paso de las generaciones complica el futuro del negocio".

<sup>10</sup> España tiene especial interés en la cuestión, habiéndose realizado en Alicante en diciembre de 1997 el I Congreso Nacional de la Empresa Familiar, cuyas conclusiones fueron recogidas por ABC, Madrid, del 27/11/97, pág. 73. En Internet pueden encontrarse una serie de consejos dados por un denominado Instituto Riojano de la empresa familiar con sede en Logroño.

sociedad familiar como tipo.<sup>11</sup> En todo caso la concreción del objetivo llevará a un cambio en la concepción del derecho de las sucesiones.

Anota Cámara, que ese derecho mantiene las estructuras del derecho romano, mientras que el de la empresa y el de los negocios está en constante expansión y con su dinámica evolución no consideran, ni por su naturaleza deben considerar, la muerte del socio o del empresario como tema propio.

El derecho sucesorio por su estructura clásica y por su regulación tradicional no concibe como objeto de la sucesión a una empresa mercantil. Recuerda Cámara que autores como Rojas Sastre o Puig Brutau han insistido en que las normas del derecho de las sucesiones formadas por sucesivas abstracciones y generalizaciones muy antiguas, conciente o inconcientemente presuponen en la herencia una infraestructura agraria. En términos de Bonfante, la familia es de acuerdo con la concepción clásica una familia campesina asentada sobre la tierra y viviendo en ella. El objeto de las sucesiones es una o varias fincas.<sup>12</sup>

Coordinar esta aparente antinomia es el desafío actual.

## 1. En el régimen societario

La sociedad de familia carece de tipo legal y tratamiento orgánico. Solo algunas disposiciones tienen en cuenta las relaciones familiares o el carácter de heredero, pero apuntando, en cada caso a una finalidad diferente.

Entre ellas pueden mencionarse las limitaciones a las sociedades entre cónyuges establecida en los arts. 27 y 29 que de acuerdo a la interpretación general se establecen como medio preventivo de violación del régimen de bienes en el matrimonio<sup>13</sup>, protección del patrimonio del menor de edad y del incapaz es el fundamento de la regulación contenida en los arts. 28 y 29, sobre cuyo alcance la doctrina no logra una interpretación uniforme.<sup>14</sup> La inhabilidad del cónyuge y los parientes mencionados en el art. 286 inc. 3 para ejercer la sindicatura privada se fundamenta en una objetiva razón de efectiva defensa de los intereses de los accionistas.

Solo en el tipo de las sociedades de personas mencionadas en el art. 90, ler. párrafo de la ley 19550 y de las S.R.L. se preve un régimen con pretensiones de organicidad para los supuestos sucesorios. Sin embargo, en el análisis concreto aparecen discrepancias y lagunas. Con relación a las primeras, la discusión se centra en la viabilidad técnica tanto en el derecho societario como en el sucesorio de la solución del art.90 2a. parte para los supuestos de pacto de continuación con los herederos.<sup>15</sup>

<sup>11</sup> Ejemplo de ello son las conclusiones de la Comisión 6 de las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Buenos Aires, 1991.

<sup>12</sup> Cámara, H.: "Efectos de la muerte del socio sobre la sociedad comercial" en "Las sociedades comerciales y la Transmisión Hereditaria" Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, págs. 19 y 20. Dice tomar la cita de Diez Picasso y Ponce Rey en un artículo publicado en la Revista de Derecho Mercantil N.96.

<sup>13</sup> Ver, Stratta, A. J.: "Nuevos enfoques sobre la validez de sociedades entre cónyuges" en R.D.C.0.Año V,1972 pág.787 y ss.

<sup>14</sup> Ver Guastavino, E.: "Cuestiones sucesorias en las leyes 19550 y 19551 de sociedades y concursos" en L.L.147-1064 y Stratta, Alicia Josefina: "La capacidad para formar sociedad" en L.L.1982-A,729 y ss.

<sup>15</sup> Las cuestiones centrales pueden verse en Guastavino, op. cit; Escutti, L.: "Receso, Exclusión y Muerte del

En cuanto a las S.R.L. la reforma introducida por la ley 22903, mejoró el texto anterior, y ha suscitado también interpretaciones críticas nacidas sobre todo de la falta de rigor técnico, método y coordinación con otros principios también modificados en esa oportunidad.<sup>16</sup>

Tomando en consideración ambas normativas en su conjunto puede observarse que a pesar de las menciones contenidas en diversas disposiciones legales (arts. 13 incs. 4 y 5; 90; 92 y 154) no existen pautas claras para la valuación de las cuotas en el supuesto de receso del heredero del socio, situación que es la que normalmente genera los reclamos por violación de la legítima, por lo que se aplica la jurisprudencia ya sentada durante la vigencia del Código de Comercio.<sup>17</sup>

Esta reseña muestra que no se puede hablar en el derecho mercantil de una "sociedad familiar" como tipo legal actual, sino que la calificación solo se realiza en función de las situaciones subjetivas socio económicas de los componentes y su modo de actuar.

## 2. En el derecho de familia y de las sucesiones

Desde esta perspectiva el objeto de análisis del mismo fenómeno es el de los efectos que produce la existencia de una sociedad en los derechos que acuerda el ordenamiento a los cónyuges y herederos, y de entre estos fundamentalmente a los legitimarios, del socio o accionista.

La multifacética realidad impide catalogar cuestiones, que pueden variar desde la calificación misma de las participaciones sociales o accionarias como propias o gananciales hasta el análisis del funcionamiento social para determinar la real existencia de una empresa que de sustento a la forma societaria.

Los derechos invocados por los legitimarios, que consideran normalmente violadas sus legítimas al encontrarse que su herencia está conformada por acciones, es lo que ha dado ocasión a los Tribunales de establecer las prerrogativas de aquellos frente a la existencia de la sociedad. Son los principios generales, los que permiten distinguir la regularidad en la transmisión, de las situaciones anómalas.

La transmisión de la calidad de accionista del causante al heredero se produce ipso jure (art. 3417 C.Civ). Este puede ejercer en forma inmediata los derechos que emergen de los títulos recibidos. A la vez, las acciones por su naturaleza son bienes divisibles, por lo cual en principio no integran la comunidad hereditaria (art. 3485 del C.Civ.) pudiendo cada heredero ejercitar directamente los derechos que surgen de los títulos en cuanto entren en posesión de la herencia sea de pleno derecho, sea por investidura judicial.

---

Socio", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978, pág. 83. Ponencia presentada por Lombardi y Salvatori Reviriego en "Las sociedades frente a la transmisión hereditaria", Ponencia presentada al VI Congreso Argentino de Derecho Societario" publicada en "Derecho Societario Argentino e Iberoamericano" Ed. Ad-Hoc, T. III, pág. 531. Ver también las opiniones vertidas en "Las sociedades frente a la transmisión hereditaria", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, por Cámara, pág. 22 y ss.; Acquarone, pág. 124; Nissen, pág. 91; Cesaretti, pág. 110

<sup>16</sup> Ver trabajos de Vitolo y Cesaretti, en "Las sociedades ante la transmisión hereditaria" ya citada.

<sup>17</sup> Ver trabajos de Vitolo y Favier Dubois (P) en "Las sociedades frente a la transmisión hereditaria" cit. y de Escutti, Ignacio A, en op. cit. pág. 534.

La muerte del accionista produce la transmisión de los deberes y derechos que comporta aquella calidad, pero carece de toda virtualidad modificativa de los derechos existentes. En suma, salvo que estuviera prevista alguna modificación estatutaria como consecuencia de la muerte de un accionista, lo que es atípico, no puede el heredero reclamar la disolución parcial o total de la sociedad con la consecuente liquidación.

Los conflictos no se configuran generalmente cuando existen en la herencia acciones que cotizan en bolsa porque la posibilidad de negociarlas en el mercado determina un precio de liquidez del bien recibido conforme al resultado de la explotación.

Tampoco aparecen en sociedades formadas por el causante para ejercitar una actividad efectiva, con terceros o con algunos de sus herederos, que opera realmente en la plaza. El tiempo y la forma de desarrollo de la actividad demuestran en estos casos que el modo de organización elegido lo fue en función del objeto desarrollado y no de la atribución de la herencia futura. Esto no excluye la aparición de otros conflictos generados por la modificación de la titularidad accionaria que lleva a la aparición grupos que planteen cuestiones societarias de índole diversa conforme al poder de decisión que tengan por el porcentaje de acciones recibidas. Estos resultan típicamente conflictos societarios aunque tengan por causa una transmisión hereditaria.

Cuando se habla de situaciones anómalas, en cambio, se alude a aquellos medios que se utilicen para desvirtuar los derechos de los herederos del socio mediante la utilización de instrumentos que desviados de la finalidad específica, llevan al desconocimiento de legítimos derechos de terceros.

Entre los instrumentos frecuentemente utilizados en forma desviada, aparece la formación de sociedades como intento de evadir los derechos que la ley le acuerda a los herederos forzosos, o la transmisión de acciones a un heredero o a terceros desconociendo los derechos de los legitimarios.

Una primera hipótesis de anomalía puede ser la constitución totalmente ficticia de una sociedad, o sea una simulación absoluta que se produce cuando no existió traspaso auténtico de bienes del futuro causante a la entidad societaria que creó, continuando aquel en la gestión de su patrimonio íntegro y percibiendo sus beneficios. Como ejemplo puede suceder que a la muerte del fundador el acervo hereditario aparece constituido por acciones de libre transmisión que han desaparecido del patrimonio del difunto por estar en poder de algunos hijos con exclusión de otros o de terceros. Esto implica la falta real de socios, en función del menoscabo de la legítima a herederos forzosos. Como consecuencia de la declaración de la simulación, desaparece el ente fantasma y se reintegran al acervo los bienes que aparecían simuladamente aportados.<sup>18</sup>

También pueden configurarse supuestos simulación relativa. Ejemplificando

---

<sup>18</sup> El desarrollo puede verse en Méndez Costa, M.J.: "Legítima y sociedades de familia" en L.L. 1979-D, págs. 241/43; Medina, G.: "El fraude a la legítima hereditaria a través de la constitución de sociedades" en J.A. Sección Doctrina, 1983-I, pág. 702 y Medina, G.: "Fraude a la legítima hereditaria" en "Revista de Derecho Privado y Comunitario" N.4, "Fraudes" Ed. Rubinzal, Santa Fe, 1993, pág. 125 y ss. La calificación de simulación absoluta fue aplicada judicialmente para declarar la ineficacia de la aparente transmisión de un inmueble a una sociedad formada por terceros en perjuicio de la legitimaria (C.N.Civ. Sala B, 10/8/72 in re Candiani c/ Cooke en L.L. T.151, con nota de L. Sojo)

uno, la constitución de una sociedad, que cumpla actividad empresarial, distribuya beneficios conforme a los aportes, pero en la que la contribución de los hijos accionistas haya sido efectuada por el padre con fondos personales suyos. Aparecen así cláusulas que no son sinceras, no suficientes para configurar la simulación de la sociedad pero sí para disimular una donación bajo la forma de aporte, lo que permitiría acumular las acciones de simulación y colación.<sup>19</sup>

Por calificar de fraudulenta la operatoria, también se ha salvaguardado la legítima de los herederos forzosos burlada por anomalías societarias, partiendo de que el fraude es "todo artificio, maquinación, o astucia tendiente a eludir un interés legítimo de terceros o a obtener un resultado contrario a derecho bajo la apariencia de legalidad".<sup>20</sup> Es un apartamiento del comportamiento pedispuesto pretendiendo lograr el objetivo que la ley prohíbe u otro análogo, o impidiendo la satisfacción del acreedor, lo que conlleva la configuración de un daño. En todos los casos aparece la existencia de un acto, en principio lícito, que sirve de cobertura para eludir la prohibición legal.<sup>21</sup>

Supone la conjunción de estos tres elementos: una regla obligatoria a la que quiere escapar el defraudador; una intención fraudulenta que es mala fe, voluntad conciente y deliberada de buscar un resultado ilícito y la existencia de un medio desviado para sustraerse al cumplimiento de la regla obligatoria, que puede traducirse en herir habilmente su ejecución.<sup>22</sup>

Específicamente, en el fraude en la constitución de una sociedad se revelan dos facetas. El fraude como noción genérica y la formación de la sociedad como modo de interponer un sujeto distinto en una relación jurídica sirviendo a un fin fraudulento cual es violar la legítima hereditaria respecto de herederos forzosos. La sociedad resulta así un simple instrumento, al que se recurrió con esta finalidad, como pudo recurrirse a otros.<sup>23</sup>

En todo caso, es una interposición real, no simulada, en el sentido que los derechos se transmiten realmente al nuevo sujeto, que efectivamente los detenta. Lo particular es que esta interposición, por ser fraudulenta, no produce los efectos buscados por las partes. O sea que, cuando se utiliza una sociedad como sujeto interpuesto, la constitución es válida en las relaciones internas de los socios, pero es inoponible a los terceros, entre los que se cuentan los herederos forzosos, cuando importe defraudar sus derechos.<sup>24</sup>

Es así que la existencia de una sociedad entre familiares, o entre estos y terceros,

<sup>19</sup> Méndez Costa, M.J.: "Legítima y sociedades de familia", cit. pág.245.

<sup>20</sup> Medina, G.: "Fraude a la legítima hereditaria", cit. pág.123, con cita de De los Mozos.

<sup>21</sup> Méndez Costa, M. J.: "Fraude entre cónyuges", en "Derecho de Familia Patrimonial", Revista de Derecho Privado y Comunitario", N.12, Ed. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 1996, pág.246 y doctrina citada en notas 17 a 21

<sup>22</sup> Méndez Costa, M.J.: "Fraude entre cónyuges" cit. pág.245/6, notas 21/22

<sup>23</sup> Zannoni, E.: "La desestimación de la personalidad societaria - Disregard y una aplicación en la defensa de la intangibilidad de la legítima hereditaria" en L.L. 1978-B, 200. Ver también "El fraude a la legítima hereditaria en las sociedades" en "Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, págs. 37 a 46

<sup>24</sup> Zannoni, E.: "La desestimación..." cit.págs.200/1. Esta calificación fue utilizada, con igual solución final aunque con distinta factura técnica para lograr la recomposición de los derechos de los herederos forzosos por la C.N.Com. Sala A, el 27/2/78 in re Astesiano c/Gianina S.C.A. en L.L. 1978-B, con nota de Zannoni y por la C.Ap.Concepción del Uruguay el 9/2/79 in re Morrogh Bernard c/Grave de Peralta en L.L. 1979-D,236 con nota de Méndez Costa.

no puede ser calificada apriorísticamente de fraudulenta. Serán las circunstancias de cada caso las que lo revelen, por lo que no puede desconocerse la existencia de la personalidad jurídica sin la comprobación de la comisión de un fraude legal.<sup>25</sup> Por ello, quien lo invoca, tiene la carga de probar que existe un pacto encubierto de adelanto de herencia; que constituye solamente un receptáculo de bienes improductivos que no ha desarrollado una actividad empresaria<sup>26</sup>, o por lo menos, que la actividad desarrollada es en definitiva la misma que realizaba el causante en forma individual antes de constituirla.

La comprobación del fraude puede habilitar la aplicación de la teoría del disregard o levantamiento del velo de la personería, tomando como punto de partida la existencia de una causa ilícita en la constitución de la sociedad o en su actuación posterior. Esto exige, conforme al art. 54 que se haya perseguido una finalidad extrasocietaria, cual es la de dar cobertura societaria a una herencia futura violando los derechos de los herederos forzosos y generando que los efectos de la constitución o actuación de la sociedad resulten inoponibles para el perjudicado.<sup>27</sup>

En conclusión, la jurisprudencia protege a las empresas organizadas bajo forma societaria que funcionan como tales, e impide la utilización esta última como instrumento para burlar los derechos de los legitimarios.

### III. PROPUESTAS

#### 1. Consideraciones fenomenológicas

La descripción de la forma en que operan estas sociedades es útil para idear reformas posibles, que no necesariamente resulten excluyentes entre sí, sino posibles de usarse conjunta o diversamente.

Se parte de la base que, para que exista empresa familiar, la gestión y decisión en ella han de depender de una o más familias y existen vínculos familiares entre quienes disponen del poder de control sobre las decisiones empresariales y la gestión del negocio, de forma que la unidad de dirección en el ejercicio de la actividad empresarial se asegura, precisamente, a través de esos vínculos.<sup>28</sup> La calificación no se deduce ni de la ley, ni de la denominación, solo se descubre cuando se analiza la titularidad accionaria.<sup>29</sup>

---

<sup>25</sup> En las Jornadas de Derecho Civil en Homenaje a la Dra. Méndez Costa, ya citadas, se concluyó en que "la desestimación de las formas societarias es viable para la defensa de la legítima cuando dichas formas han sido empleadas desviadamente a fin de soslayar las normas imperativa que amparan al heredero legítimo. La procedencia o improcedencia de esa desestimación depende de las circunstancias de cada caso que deben ser apreciadas por su gravedad y con el criterio de utilidad. Adquieren especial relevancia los derechos de terceros, la efectiva existencia de una explotación empresarial, el interés de su conservación y las eventuales desventajas resultantes de su desintegración" (Doctrina Judicial - 1991-1, pág. 479).

<sup>26</sup> Losicer, J.A.: "La personalidad societaria de las llamadas sociedades de familia ante la sucesión del socio" en "Las sociedades y la transmisión hereditaria", cit. págs. 73/4

<sup>27</sup> Butty, E. M.: "La inoponibilidad de la persona jurídica por violación de la legítima" en "Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria", cit. págs. 53/54

<sup>28</sup> Garrido de Palma, en "Preámbulo", cit. pág. 26

<sup>29</sup> Otero Latres, J. M.: "Breves reflexiones sobre la sociedad anónima familiar" en "La empresa familiar ante el Derecho...", cit. pág. 257



Esta situación la incluye entre las sociedades cerradas. Cada socio la considera como cosa propia y le interesa quienes son sus integrantes, El estatuto recoge esta tendencia, en ocasiones, limitando la transmisibilidad de las acciones dentro de la permisión legal.

Por el número de componentes una sociedad familiar es normalmente pequeña, sin que esto implique juzgar el volumen de su capital, de sus negocios o la cantidad de dependientes.<sup>30</sup> Esta situación puede perderse cuando aparecen realidades más complejas como las sociedades de segunda o sucesivas generaciones en las que el grado de parentesco se difumina y entran a tener más importancia ciertos grupos constituyendo una sociedad familiar con sentido más amplio.<sup>31</sup>

Los socios en la sociedad familiar son auténticos partícipes interesados en su marcha, y no la miran como un mero instrumento de inversión. Esto les crea una situación de iliquidez, en cuanto pueden convertir su participación fácilmente en dinero y de incertidumbre en cuanto a la valoración, ya que por no poseer un precio de mercado, no conoce con exactitud su valor.

En la conformación ocurre normalmente, que más que un aportante existe un dueño que aporta todo su patrimonio a una sociedad y tiene como contrapartida prácticamente la totalidad del paquete accionario, apareciendo una ínfima minoría, al menos inicialmente, para justificar los requisitos de existencia de la sociedad. Como consecuencia no se persigue repartir el lucro, que pertenece a este virtual accionista único; ni existe voluntad de organizarse, ni de despersonalizar el manejo patrimonial de los bienes que tenía el aportante.<sup>32</sup>

Las decisiones asamblearias, cuando no hay conflictos, normalmente se producen de facto, sin la presencia física de los socios. En el acta de la Asamblea no se refleja la realidad porque los accionistas no concurren, sino que se aparenta que existió la reunión y aquellos solamente firman. Son generalmente asambleas unánimes<sup>33</sup>, y en muchos casos no se respetan los plazos legalmente establecidos para ser realizados. Este modo de actuar las coloca en situación de irregularidad funcional, con relación al tipo legal.

Cuando muere uno de los socios importa el tipo social, por la mayor facilidad de receder en las sociedades de personas que en las de capital. Los herederos, en general, se consideran dueños, no de las participaciones, sino de los bienes físicos que integran el patrimonio social.

## 2. Una nueva concepción del derecho de las sociedades comerciales

Este es el sub-título un reciente artículo de Jean Paillusseau en el que refiere el contenido de un informe que el Senador Philippe Marini presentó al Primer Ministro de Francia.<sup>34</sup>

<sup>30</sup> Otero Lastres J.M., "Junta General de Accionistas", cit. pág.257/8.

<sup>31</sup> Fernández-Tresguerres García, A: "La transmisión de participaciones...", cit. pág. 196.

<sup>32</sup> Sojo, L.: "Las sociedades de familia y las disposiciones sobre la herencia" en L.L. 151-4

<sup>33</sup> Otero Lastres, J.M. : "Junta General de Accionistas", cit. págs.258 , 261/2.

<sup>34</sup> "La modernización del derecho de las sociedades comerciales. Una nueva concepción del derecho de las sociedades comerciales" en L.L. 15/10/97.

En apretada síntesis opina que la ley francesa de 1966 se ha desactualizado, entre otras razones por el "exceso de detalles minuciosos en la organización de las sociedades y el exceso de reglas imperativas". Frente a ello la tendencia cultural actual es la de "acrecentar la parte de libertad permitida a los "usuarios" del derecho en la organización de sus "negocios" particularmente para los operadores económicos. Este espacio de libertad contractual es necesario para permitirles adaptar sus empresas a los cambios económicos y sociales que se producen en el mundo actual".

Por ello propone actualizar las estructuras societarias simplificándolas y dándole mayor libertad a los accionistas para organizarse, dado que la rigidez del derecho constituye un freno a la libertad de empresa. La flexibilización, a la vez, permite adecuarse mejor a la realidad de cada sociedad mejorando las modalidades de gestión y tomando en cuenta los pactos entre accionistas. Esta libertad encuentra sus límites en intereses de ciertos terceros como los contratantes de la sociedad, por lo que es necesaria una estructura mínima inherente a noción de sociedad, por lo que la norma legal actúa subsidiariamente.

El punto que llama a reflexión es que el informe rechaza la idea que el interés social es el de la empresa considerada como un agente económico autónomo que persigue fines propios distinto del de los accionistas, asalariados, acreedores, proveedores o clientes, pero que corresponden a su interés común que es el de asegurar la prosperidad y la continuidad de la empresa.

Marini opina, en cambio, que "la primera razón de ser de toda sociedad es el enriquecimiento de sus accionistas" y se pregunta si "el interés social, que se considera que trasciende el de los accionistas no se ha convertido en la coartada de un nuevo despotismo ilustrado". Sin embargo, en todo caso debe garantizarse la seguridad jurídica de los asalariados, los acreedores y los clientes. Este límite daría el equilibrio para componer los intereses en juego.

Propone la extensión de una forma simplificada de sociedad anónima, que acercándose sociedad simplificada<sup>35</sup>, concebida para empresas grandes y de inversión, tiene la ventaja de proporcionar un modo de gerencia que resulte adecuado a la pequeña y mediana empresa, sea sociedad unipersonal o con pluralidad de accionistas.

Entre las previsiones posibles que aparecen en este informe y que podrían facilitar el funcionamiento de las sociedades de familia aparece la de previsiones más amplias para el derecho de retiro de los accionistas; prever el derecho de exclusión de socios; las cláusulas de aceptación de nuevos socios; mantener la obligatoriedad de las asambleas solamente para los casos de la aprobación de las cuentas anuales y, mientras que para tomar otras decisiones bastaría la consulta escrita o el consentimiento unánime expresado en un acta; que el estatuto pueda fijar el quorum y las mayorías y reforzar las funciones de la Sindicatura asegurando su independencia.

---

<sup>35</sup> Sobre este tema pueden verse entre las publicaciones recientes, Gagliardo, M.: "Hacia una flexibilización de la sociedad anónima. Filiales comunes y sociedad anónima simplificada" en L.L. Supl. 3/5/96"; Daigré, J. J.; Le Blanc, H. y Gerry, D.: "La sociedad por acciones simplificada" Traducido por Luis Alejandro Estoup en RCDO, Depalma, Año 29-Enero-Dic.1996 N. 169/174,pág. 53.; Bakmas,I: "Sociedades anónimas cerradas" en L.L.Supl. 11/4/97, pág.3.

### 3. El cambio de visión del derecho civil

En Jornadas de la especialidad se ha concluido en que "para proveer una solución adecuada e idónea a los conflictos que puedan presentarse en las empresas familiares estructuradas bajo la forma de sociedad anónima sería conveniente flexibilizar el régimen legal actual mediante la conformación de un subtipo de sociedad anónima "cerrada" o "de familia" compatible con las específicas relaciones familiares, y que admita, por ejemplo, la resolución parcial del contrato, el retiro voluntario y otros. Esto coadyuvaría a mitigar la problemática vinculada tanto con el conflicto familiar empresario como con el derivado de la protección de la legítima hereditaria"<sup>36</sup>.

De esto se infiere que de producirse estas reformas en el derecho societario, habría un principio de coordinación. No obstante ello, el derecho de familia y el sucesorio podrían actualizarse aportando lo suyo.

Tomando en cuenta la etapa fundacional de una empresa familiar o su desenvolvimiento es necesaria una legislación más inequívoca y más realista de la gestión de los bienes de los menores. El afán proteccionista lleva la mayor parte de las veces a que se prefieran inversiones en depósitos de dinero en bancos oficiales antes que generar una actividad productiva. Las reformas introducidas por la ley 23264 al Código Civil no permiten una conclusión clara y precisa del modo de gestión lo que puede entorpecer no solamente la disposición de participaciones sociales, sino también la toma de decisiones de la sociedad.<sup>37</sup>

La manera en que quede definido el debate sobre la gestión patrimonial de los bienes conyugales influirá en la posibilidad de ampliar las posibilidades de integración de sociedades entre cónyuges o entre estos y terceros. Los límites y fundamentos de las posiciones exceden este estudio.

Normalmente se intenta buscar la solución a los problemas que generan las sucesiones proponiendo reformas que aumenten la porción disponible del causante, o instituyan la mejora<sup>38</sup>. Sin descartar esta posibilidad, que, en definitiva, para mantener la unidad patrimonial se limitan los derechos de algunos herederos. De allí que parece preferible lograr las soluciones sin desmedro del principio de igualdad, por lo que el remedio podría consistir en ampliar el poder del causante imponiendo indivisiones temporarias por vías directas e indirectas.

Hay ejemplos de las primeras en el Código Civil y la ley 14394, que pueden adecuarse en mayores tiempos y para empresas de más envergadura que las que supone esta legislación vigente. El aprovechamiento del fideicomiso como modo de lograr este efecto, y su armonización con el derecho sucesorio actual, es un camino a transitar y que reconoce dilatada trayectoria en otros países.<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> Conclusiones de las "Jornadas de Dercho Civil, Familia y Sucesiones" en Homenaje a la Dra. Ma. Josefa Méndez Costa".

<sup>37</sup> Sobre el régimen actual puede verse Highton, E. y Lambois, S.: "El patrimonio de los hijos sometidos a patria potestad" en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, N. 12, pág. 155 y ss.

<sup>38</sup> Jornadas en honor de la Dra. Méndez Costa ya citadas

<sup>39</sup> Ver entre otros Guastavino, E.: "Fideicomiso, Leasing, Letras hipotecarias" en L.L. 1995-E, 1064; Hernández, L. y García de Ghigolino, S.: "La sustitución fideicomisaria y el fideicomiso testamentario" en L.L. 1997-A, pág. 953 y ss.; Ruiz Moreno H.: "La creación de un Trust en New York y sus efectos con relación a los herederos argentinos" en E.D. 105-901

establecimiento de un fideicomiso con relación a las acciones permite, entre otras ventajas, mantener una administración profesional ajena a los herederos eliminando uno de los factores de conflicto más comunes.

Otro instrumento útil es la permisión de un mayor número de pactos sobre herencias futuras que los actualmente admitidos por la legislación argentina. Nuestro derecho, fundado en el romano, los prohíbe como principio (arts. 1175/6 del C.Civ.), pero no obstante hay algunos permitidos (arts. 1805 y 3604; 3514 y ss. C.Civ. y otros supuestos). Los fundamentos de la prohibición son variados, y distintos según se refieran a la contratación sobre la propia sucesión o la de un tercero.

Muchas legislaciones los permiten con distintas variantes, y dentro de nuestra doctrina las opiniones sobre su conveniencia o inconveniencia son variadas. Guastavino, que es quien ha realizado el mayor y más profundo estudio de la cuestión observa que en general los autores se han limitado a reproducir las normas legales, sin abrir juicio crítico. Rescata la opinión permisiva de Lafaille que en su curso de contratos de 1927 sostuvo que ninguno de los motivos de la prohibición son decisivos, y que los pactos permiten muchos arreglos que facilitan la explotación de los bienes e impiden para el futuro desacuerdos de familia, y sin que menoscabe la libertad del otorgante puede valerse de todas las defensas que amparan la voluntad negocial, concluyendo en que no se trata de un problema de lógica abstracta sino de idiosincracia de cada país.<sup>40</sup>

Esta permisión facilitaría la validez de numerosos pactos organizativos, como los convenios de sindicación de acciones entre el causante y sus legitimarios, que realizados hoy, pueden ser impugnados luego del fallecimiento del causante por condicionamiento de la legítima. Con la solución apuntada, el peligro desaparece.

#### IV. CONCLUSION

Ante la importancia actual del tema, entendemos que el análisis y las propuestas de solución pueden ser muchas, por lo que el presente solo pretende ser un informe para el debate.

---

<sup>40</sup> Guastavino, E.: "Pactos sobre herencias futuras" Ediar, Buenos Aires, 1968, págs. 258 yss.