

“SOCIO INVERSOR Vs. SOCIO FAMILIAR”. **LA DIVERSIDAD DE “CAUSA”, EL “ADN”, Y LA VALIDEZ** **DE LOS ACUERDOS EN LA EMPRESA FAMILIAR**

Eduardo M. Favier Dubois y Lucia Spagnolo

I. SUMARIO:

- Mientras que la “causa” del contrato de sociedad es el fin de lucro de un socio “inversor” al que la ley busca proteger en sus derechos políticos y económicos, la “causa” de incorporación y permanencia en una “empresa familiar” es diversa y múltiple por lo que los derechos del “socio familiar” no deben juzgarse por reglas societarias sino por las vinculadas al mantenimiento de la unidad de la gestión, la evitación de conflictos y el fortalecimiento y la continuidad de la empresa en el tiempo.

- El ADN de la empresa familiar impone un férreo control del elenco de socios, la autofinanciación, el no reparto de utilidades, la no judicialización de conflictos, el mantenimiento de la unidad de gestión y la obligatoriedad de los acuerdos familiares, formales e informales. Dicho material genético se encuentra en contradicción con algunas reglas del régimen societario.

- Los acuerdos familiares, y en particular las cláusulas del “protocolo de empresa familiar”, pueden ser válidamente incorporados a las estructuras societarias aun cuando contravengan algunas disposiciones del régimen societario en la medida en que se ajusten a la “causa” de la empresa familiar, que cabe admitir en nuestro derecho a la luz de los arts. 3º de la ley 19.550 y 1010, segunda parte, del CCCN, y mientras no afecten derechos de terceros.

II. Desarrollos

A. Introducción dialogada

(Toc, suenan golpes en la puerta blindada de la fábrica).

- ¿Quién es?

-Soy Nazareno Flores.

- ¡Hermano, qué sorpresa!, soy Juan, ¿no estabas en España?

-Sí, pero volví hace una semana. ¿Puedo entrar?

-Por supuesto. ¿Venís solo?

-No, vengo con un escribano, un abogado y un contador.

-Pero ¿qué es lo que quieren, hermano?

-Queremos ver los libros de la empresa.

-Pero ¿no quedamos que a vos te tocaba el Departamento de Mar del Plata?

-Si, pero desde que murió Papá soy socio de la empresa y quiero ejercer mis derechos...

-Eh.eh...no están acá. Los tiene el contador en su estudio. ¿Podes volver otro día?¹

B. Fundamentos

1. La “causa” en la empresa familiar.

La causa del contrato de sociedad ha sido conceptualizada como “el ejercicio en común de una o más actividades económicas para, en base a las aportaciones, obtener un lucro que sea repartible entre los socios”².

Ahora bien, en el caso de una empresa familiar bajo forma societaria, las razones por las cuales una persona la constituye o se incorpora, conforme con calificada doctrina³, son distintas a la “causa” societaria referida, y de muy diversa índole, a saber:

- Ofrecer una oportunidad a los hijos
- Conservar la herencia y el legado familiar
- Mantener unida a la familiar
- Crear ventajas económicas y riqueza y garantizar la seguridad económica de la familia

¹ Inspirado en el “cuento legal” titulado “Nazareno”. Puede verse el texto completo en <http://www.favierduboisspagnolo.com/cuentos/sabes-a-quien-estas-criando/#more-3961>

² Broseta Pont, Manuel “Manual de Derecho Mercantil”, Ed. Tecnos, Madrid, 1977, pag. 164. Ver también Germán, C. Daniel “Objeto y causa de las sociedades comerciales”, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1998, pag.117. Ver NISSEN, Ricardo, Ley de Sociedades Comerciales, 3ra. edición, ed. Astrea, Bs. As. 2010, tomo 1, pág. 727.

³ Gallo, Miguel Angel y Amat, Joan M. “Los secretos de las empresas familiares centenarias”, Ed.Deusto, Barcelona, 2003, pág. 68.-

- Asegurar el mantenimiento de una fuente de ingresos y de proyectos personales tras su retirada.

A su vez, “para los hijos de los fundadores, la decisión de incorporarse a la empresa familiar responde a diferentes razones utilitarias, emotivas o profesionales, como una deuda moral con los padres, la ilusión de continuar un proyecto iniciado por sus progenitores, la posibilidad de seguir una carrera profesional más atractiva en la empresa familiar, luchar por algo que es propio, por una empresa de la que se es propietario, la ilusión de trabajar junto a las personas a las que más se ama.⁴

De lo señalado precedentemente resulta claramente que ni la causa de constitución ni la causa de integración posterior a una empresa familiar se fundan en una mera inversión de capital efectuada con “fin de lucro”, sino que ambas causas se fundan en la pertenencia a la familia y consisten en el deseo de colaborar con la continuidad y el crecimiento de la empresa porque ello implica fortalecer al resguardo patrimonial de la familia.

Ello impide considerar al “socio familiar” como un mero “inversor”, dotado de determinados derechos patrimoniales individuales e inalienables, fundados en sus aportaciones y en su finalidad contractual, sino que debe considerarse a aquél con un estatuto particular derivado de su propia causa de incorporación y de su carácter de partícipe interesados en la buena marcha del negocio⁵.

Tal conclusión no implica considerar inaplicable el régimen societario al socio de la empresa familiar sino solo predicar, respecto de éste, una interpretación diversa e integradora de la normativa societaria con la familiar y con los principios que tutelan a la familia y a la empresa.

2. El “ADN” de la empresa familiar.

Las empresas familiares tienen un “ADN”, una cultura, una forma de ser y de actuar, ciertas normas internas, prácticas y valores no escritos a cuyo cumplimiento vinculan emocionalmente su funcionamiento y su continuidad en el tiempo.

Al exponer cada elemento principal de dicha composición genética observaremos que choca con las reglas societarias según se consigna seguidamente.

⁴ Gallo, Miguel Angel y Amat, Joan M. “Los secretos de las empresas familiares centenarias”, op. cit. p. 68.-

⁵ 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, Víctor Manuel (Director), Madrid, 1995, p.258).

2.1. “Férreo control del elenco de socios”: La empresa familiar no admite que su propiedad pueda pasar a terceros ni a “parientes políticos”, debiendo quedar siempre en manos de los parientes “sanguíneos” que trabajen y/o estén comprometidos con la empresa.

En cambio, la ley 19.550 prohíbe prohibir la transferencia de acciones (arts. 214 y 152).

2.2. “Autofinanciación y no reparto de dividendos”: La empresa familiar destina todos sus resultados positivos para su autofinanciamiento, nunca distribuye dividendos y solo retribuye a los familiares que trabajan en ella mediante honorarios y sueldos.

En cambio, la ley 19.550 limita o prohíbe las reservas y/o los honorarios que restrinjan los repartos de utilidades (arts. 66 inc. 3, 70 segunda parte y 261).

2.3. “Solución interna de conflictos”: En la empresa familiar es necesario que los conflictos entre parientes puedan ser gestionados y ventilados en forma privada y extrajudicial, de modo de preservar la unión familiar y confidencialidad, y que el socio disconforme sea apartado a tiempo para no generar mayores daños.

En cambio, la ley 19.550 manda judicializar todo conflicto (art. 15) y los litigios destruyen familia y empresa.

2.4. “Mantenimiento de la unidad de la gestión”: En la empresa familiar la administración debe mantenerse de modo invariable en el tiempo conforme lo dispuesto por la familia, es jerarquizada, generalmente a cargo del fundador o del hijo mayor, las decisiones de administración y de gobierno se adoptan de manera rápida e informal y los procedimientos internos no están formalizados.

En cambio, la ley 19.550 impone al principio mayoritario por el cual cualquier mayoría, aún accidental, puede cambiar a los administradores (arts. arts. 66 inc. 3, 70 segunda parte y 261).

2.5. “Obligatoriedad de acuerdos y usos familiares”: En la empresa familiar existen acuerdos no escritos sobre el trabajo de los parientes y sobre cómo deben hacerse las cosas, que deben ser respetados y cumplidos por los familiares. También suele aceptarse que los bienes sociales (inmuebles, rodados) sean utilizados como si fueran propios por los miembros de la familia sin formalidad ni contraprestación alguna y son comunes los préstamos y ayudas familiares en condiciones magnánimas o sin obligación de devolución. Además, en algunos casos, hay acuerdos escritos o se ha redactado un “protocolo de empresa familiar” para regular las relaciones entre empresa, familia y propiedad.

En cambio, la ley 19.550 prohíbe los actos gratuitos y solo admite la vigencia de “reglamentos” formales, aprobados por los órganos competentes, y que mantengan el fin de lucro (arts. 5° y 251).

3. El protocolo de la empresa 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 tiempo son socios de una empresa⁶, 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 terceros⁷.

Básicamente son funciones del protocolo las de regular los siguientes planes: 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.

En cuanto al valor del protocolo familiar, en principio, el mismo 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

⁶ Reyes López, María José (coord.) “La empresa familiar; encrucijada de intereses personales y empresariales”, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, p. 15; Ver nuestro trabajo “El protocolo de la empresa familiar como instrumento de prevención de conflictos”, en Errepar, DSE, nro. 244, marzo 2008;

⁷ 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, p. 9.

mayoría de los casos, contienen previsiones privadas, de carácter ético, pero no obligacionales en sentido técnico⁸.

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 código civil y comercial de la Nación.

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

En consecuencia, si una conducta cumple con el protocolo familiar pero no se ajusta a la ley o al estatuto, no tiene valor legal y puede ser sancionada, tal como acontece cuando el familiar en conflicto invoca al régimen societario para incumplir los pactos familiares.

4. Instrumentos para la incorporación de los pactos de la empresa familiar a las estructuras societarias y contractuales.

Frente al esquema restrictivo para la empresa familiar que presenta la ley general de sociedades, se han arbitrado algunas soluciones, dentro de las posibilidades que da dicha ley y dentro de las que brinda el Código Civil y Comercial, de modo de incorporar los pactos familiares reducciones restricciones y aumentando la compatibilidad.

Entre ellas se destacan, principalmente, la elección del tipo social adecuado, la inserción de cláusulas estatutarias personalistas y especiales, y el dictado de reglamentos internos que contemplen las relaciones entre los familiares y la empresa.

Además de las herramientas societarias, existe todo un repertorio de mecanismos legales, notablemente mejorados por el Código Civil y Comercial de la Nación, como son los testamentos, pactos de herencia futura, fideicomisos societarios, pactos de socios, matrimonios por separación de bienes, usufructos, donaciones consentidas y seguros de vida, todos para reforzar la validez y el cumplimiento de los pactos sociales.

Por último, la irrupción del nuevo tipo societario de “Sociedad por Acciones Simplificada” implica un instrumento inmejorable para armonizar el ADN de la empresa familiar con el régimen societario, en tanto la SAS permite pactar, entre otras ventajas, las siguientes:

- Prohibición de transferencia de acciones por diez años.

⁸ Sánchez Ruiz, Mercedes, op. cit. p. 55.

- Admisión de la “autofinanciación” y de los honorarios sin dividendos.
- Resolución extrajudicial de los conflictos.
- Mantenimiento en el tiempo de la unidad de la gestión.
- Incorporación de los acuerdos sociales y del “protocolo familiar” a los estatutos.

5. Colofón

En definitiva, corresponde afirmar que, aun cuando contravengan algunas disposiciones del régimen societario, los acuerdos familiares, y en particular las cláusulas del “protocolo familiar”, pueden ser válidamente incorporados a las estructuras societarias en la medida en que se ajusten a la “causa” de la empresa familiar, que cabe admitir en nuestro derecho a la luz del art. 3º de la ley 19.550 y del art. 1010, segunda parte, del CCCN.

En efecto, si la propia ley admite la posibilidad de que negocios sin fin de lucro se incorporen a su estructura, con más razón deben admitirse las empresas familiares con su diversidad de causa y finalidades específicas.

Por otra parte, el art. 1010, segunda parte, del CCCN, confiere expreso reconocimiento como causa legítima de los contratos entre parientes, en el marco de una empresa familiar, a la que tenga por objeto “mantener la unidad de la gestión” y la “prevención de conflictos”, lo que valida suficientemente todo apartamiento el régimen societario.

Ello, claro está, mientras los pactos familiares no afecten los derechos de terceros.