

## LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN MATERIA DE EMPRESAS FAMILIARES. LÍMITES. CONTROL

*Ariel G. Dasso*

### SUMARIO:

Las novedades en materia de derecho civil, sucesorio y societario, han dotado a las Empresas Familiares de formidables instrumentos para organizarse y propender a una adecuada programación de la sucesión en la propiedad y gestión de los activos familiares. ¿Estatutos, Contratos constitutivos, Reglamentos, protocolos, fideicomisos y Contratos innominados ofrecen una gama de infinitas posibilidades Reconoce esta nueva autonomía de la voluntad límites en lo que hace a la eventual renuncia o restricción al ejercicio de derechos personalísimos? ¿Cuál será en rol de los Registros en estos casos?



La familia es una institución basilar de la organización humana. En sus diversas modalidades y manifestaciones, estructura las sociedades de todo Oriente y Occidente. Su rol en la vida comunitaria de cada región o país es diverso, así como las costumbres y las reglas escritas y tácitas que la rigen. No es del interés de este trabajo discurrir sociológicamente sobre el fenómeno sino tratar de entenderlo en su faz más ligada al derecho comercial: la familia como empresa.

Los estudios económicos más recientes han demostrado que la médula espinal del aparato productivo de la mayoría de los países radica en las familias. De hecho, constituyen un porcentaje muy elevado de la totalidad de las empresas activas, representando además un 80 % o más del PBI interno de nuestro País. Esta realidad se replica en forma más o menos pareja en todos los países de Europa, particularmente en España e Italia, en Sudamérica y México e incluso en los Estados Unidos, si bien con una participación algo menor en el porcentaje del PBI.

A la vez, resulta muy importante otro dato: del total de las empresas familiares generadas por la primera generación, sólo un 30 % pasan a la segunda, y

de éstas sólo un 10 % llegan a la tercera. En consecuencia, si su importancia para la salud productiva de una nación es relevante, es importante analizar las causas de esta defecación. En algunos casos, se deberá a causas de índole puramente económicas o negociales, externas a la empresa familiar o a la familia empresaria. Para este tipo de situaciones habrá que operar sobre las cuestiones puramente económico financieras del mercado particular en el que esas empresas se desarrollaron.

Pero en muchos casos advertimos que esta debacle se da de forma dramática cuando la empresa se deteriora o se pierde por otras razones, que no son las propias de un fracaso económico, que siempre es posible en el mundo de los negocios, sino por otras circunstancias que tienen que ver con la administración interna de cuestiones familiares que pueden ser previstas y analizadas y eventualmente reguladas de manera de proponer y propender a que, al menos desde el punto de vista de la concepción inicial de la empresa, o como resultado de una serie de estrategias, estas cuestiones tengan una solución que preserve los negocios y la vida familiar empresarial.

La empresa familiar en general tiene una voluntad de trascendencia que rebasa las expectativas especulativas de permanecer o salir de un determinado mercado si éste no se ha revelado como favorable para las proyecciones de rentabilidad esperadas o proyectadas. La empresa especulativa vive en torno a los resultados. Su principal objetivo y también responsabilidad es mantener la rentabilidad de la inversión de sus accionistas. No es éste el talante con el cual se manejan las empresas familiares. Éstas buscan trascender a la próxima generación. Otorgarles además de un medio de vida, una posición social, a partir del cual establecer una base de desarrollo personal, empresarial y social. Tienen un vínculo distinto con sus empleados, los consideran compañeros de viaje, se los capacita de manera diferente, y si los trata de manera más personal y menos distante. La empresa familiar tiene un compromiso muy particular con el entorno en el que vive, ya que en el lugar geográfico donde se desarrollan, por lo general, también reciben sus miembros. Esto hace que la relación con el medio ambiente y con la comunidad sea radicalmente distinta de aquellas que practican las empresas puramente especulativas.

Porque también es cierto que la empresa familiar presenta fuertes debilidades. Un fuerte liderazgo del fundador que, si bien por un lado es la fuerza generadora, el origen, la impronta, el nombre/marca de una empresa familiar, que marca el comienzo de una aventura empresarial, fuertemente enraizada con la historia personal de sus miembros fundadores, y de las raíces que traen de otros sitios para que plantarlas en el nuevo territorio. Es la impronta y el carácter de su fundador, el objetivo y los valores de una determinada familia. Éstas mismas características pueden volverse en contra del futuro de la compañía.

El fuerte carácter personalista, el egocentrismo, la creencia de que solamente las cosas pueden hacerse de un modo, el cariz conservador del miembro fundador, el agotamiento de sus fuerzas físicas o mentales, pueden con el tiempo convertir a este proyecto en una rama de un árbol que se iba secando lentamente sin posibilidad de revivir.

Partiremos de la base que, a los efectos de adentrarnos en este ensayo, la familia que tiene una empresa, o más precisamente expresado, la empresa de la cual la familia es titular, “tiene negocio”. Es decir, tiene una actividad o conjunto de actividades rentable, con sus más y con sus menos, pero que, a priori, representa una manifestación de riqueza presente y futura que es capaz de proyectar sus resultados sobre los miembros de la familia, en grado tal de ser capaz de proveerle un medio de vida, una fuente de ingresos futuros, una reserva de valor, etc.

Sin embargo, muchas veces, el derrumbe de lo construido por los fundadores encuentra sus causas en motivos de otra índole, ajenos a la ecuación económico financiera. Es entonces que entendemos que no basta con la existencia de un negocio que se perciba como rentable y además perdurable en el tiempo, aunque claramente es un presupuesto. Sino que debe existir algo más, de naturaleza inmaterial, que de alguna manera condiciona el éxito futuro de la sucesión en el emprendimiento.

A esto lo llamaremos “Legado”, no entendido en el sentido jurídico, como acto de disposición de última voluntad, acto voluntario de programación de sucesión en algún bien en particular. Sino como un conjunto de “valores”, ideas fuerza, símbolos (no necesariamente marcarios), que configuran la esencia de la empresa familiar, en particular de “Esa” empresa familiar.

Ese legado se constituye a medida que la empresa y la familia se van desarrollando, pero no siempre existe como tal. Se requiere una serie de condiciones no sólo jurídicas, basadas en las leyes de familia y de parentesco, sino una “intención”, una voluntad, concurrente entre fundadores y sucesores para configurar el legado.

El otro dato sumamente relevante es que en la familia, y particularmente entre los padres fundadores y los herederos y o eventuales sucesores, exista un vínculo de naturaleza tal que le permita generar el vehículo a través del cual proceder a la transmisión desde el núcleo de conocimientos, emociones, voluntades, proyectos, que permitan que quienes continúan la vida de la empresa fundada por sus ancestros, noten al proyecto de una de una consistencia tal que permita al proyecto sostenerse y trascender en el tiempo. Esto es lo que podríamos llamar el legado. El legado es el conjunto de elementos empresarios emocionales, históricos, económicos, financieros, patrimoniales, socio políticos, que conforman ese activo inmaterial o intangible que tiene la empresa familiar que la distingue no sólo de las demás familias sino también de las demás empresas.

Y, además, debe ser de una naturaleza tal que pueda ser percibido por los sucesores, o al menos por una parte de ellos, como algo deseable, como un objeto a conseguir, como de alguna manera su propio deseo en el sentido psicológico del término. Y es que no siempre hay legado, a veces por la incapacidad de los padres fundadores de constituirse en verdaderos constituyentes de un testimonio deseable. Ese activo intangible puede no ser deseable para los herederos. No toda familia es un lecho de rosas. Y muchas veces los herederos poco quieren tener que ver con la historia de sus mayores ya sea por la vida personal de ellos, ya sea por la salud del vínculo establecido o simplemente son existencia, ya sea por razones políticas, sociales, por el tipo de empresa que llevaron adelante sus mayores, es decir los motivos son de los más diversos. La psicología, el análisis han proporcionado una serie de estudios que permiten entender, y a veces tratar estas cuestiones de manera tal de poder identificarlas y, llegado el caso, poder tratarlas a los fines de intentar determinar si existe un legado y si es posible su transmisión.

Las novedades anteriormente señaladas otorgan al fenómeno de la empresa familiar o a la familia que tiene empresas un variado menú de opciones para estructurar la posibilidad de una continuidad de la empresa conservando su identidad más allá del paso de las generaciones.

Estos instrumentos son el estatuto de la sociedad que ahora podrá adoptar además de los tipos tradicionales como es la S.R. L y la S.A., el nuevo formato de la Sociedad por Acciones Simplificada, que le permite encarar una múltiple variedad de objetos con una sola sociedad, además de tener la ventaja operativa de simpleza y velocidad de constitución y el Protocolo de Familia, que puede tener cláusulas de ejecutabilidad pactadas por sus miembros y le Contrato de fideicomiso.

Además, la nueva legislación admite es una mayor flexibilidad en materia sucesoria, a través de modificaciones contenidas en el Código Civil y Comercial. A través de estas novedades, por ejemplo, el titular de la empresa familiar, aún en mi vida, puede realizar actos preparatorios para la sucesión, designando por ejemplo determinados herederos como continuadores de parte de la célula familiar que esté relacionado específicamente con la actividad empresarial, mientras que compensa a otros herederos con otros bienes que no lo están. Siempre respetando el principio de la legítima que nuestro caso no ha sufrido mayores modificaciones salvo la posibilidad de ampliar el porcentaje del acervo sucesorio que puede hacer adjudicado en vida mediante perdón que voy a hacer adjudicado por vía de disposición testamentaria

La posibilidad de introducir como reglamento los denominados “protocolos de familia”, que son verdaderos contratos reglamentarios que pueden ser dotado por los herederos y los integrantes de fuerza ejecutoria, se han en erigido como

la nueva vedette de la organización e familia empresaria, ya que a través de ellos si puede planificar no sólo quienes van a suceder en la propiedad y la gestión Y los originarios fundadores, sino incluso la posición de establecer como requisito previo determinadas aptitudes o capacidades de que cualifiquen a aquellos que pretenden tener vocación de continuidad en la vida empresaria.

Es decir que, a través de esta programación por vía contractual, los titulares de la empresa y de las propiedades de la empresa podrían e incluir o excluir a determinados sujetos convocación hereditaria en base a las condiciones personales que estos tengan para ser admitidos como continuadores en la propiedad de la empresa, de sus activos, o en la gestión.

Entre las ventajas se han señalado las siguientes tres: la posibilidad de mantener un elenco cerrado de socios, la posibilidad de autofinanciarse sin obligación de repartir dividendos, la posibilidad de asegurar la unidad de gestión, y la de establecer procedimientos internos de resolución de conflictos. Tal es la libertad que tiene el proyecto de empresa familiar que podría incluso admitirse un legado que contuviese algunas señales que podrían ir más allá de vida puramente económico/empresarial.

Así por ejemplo en el proceso de construcción de la identidad familiar el reconocimiento por parte de ellos de una determinada pertenencia a un país, una nacionalidad, una raza o una religión, los padres fundadores pueden entrever que la identidad de la empresa permanezca asociada a la continuación de estas prácticas de tipo social o personal que podrían hacer que determinados sujetos no estuvieran en condiciones de cumplir las reglas de familia.

La construcción de un legado se generará como un conjunto indisoluble de bienes y materiales, morales, estéticos, políticos, sociales, e inclusive religiosos, en algunos casos que designan y forman parte de la identidad familiar. Lo que algunos han dado en llamar el ADN de la empresa de familia. Y cada ADN, como en el caso de la persona humana, será distinto y distintivo, cada empresa familiar lo portará a su modo, lo incorporará a su actividad de manera propia.

Para asegurar que pase de una generación a la otra, puede ser estructurado en diferentes documentos constitutivos y reglamentarios de una vocación de continuidad del proyecto de empresa familiar hacia el futuro, pero que necesariamente deben ser el reflejo de hechos y condiciones concretas, gestadas por la familia.

En el proceso de redacción de estos documentos, seguirán volcando a los mismos determinadas condiciones y contenidos que deberán ser asumidos y respetados por los sucesores de manera de asegurarle al proyecto común esa identidad que se percibe como valiosa para garantizar un proceso sucesorio exitoso desde lo jurídico, pero también desde lo económico.

Por eso resulta entendible, razonable, incluso es recomendable que estos documentos que contengan una serie de condicionamientos, requisitos, mínimos legales, morales y personales a cumplir por parte de aquellos llamados a suceder a suceder en la vocación hereditaria.

No parece descaminado exigirle al sucesor o aquel que tenga vocación conseguir en el proyecto determinadas cualidades profesionales, e incluso la pertenencia familiar asegurada por un lazo de consanguinidad, o de afinidad determinado.

Puede exigirse determinada capacitación profesional, o incluso la necesidad de que tal o cual persona residan en algún ámbito físico temporal, durante cierto tiempo el año para asegurar que su presencia física en la gestión de los negocios de la empresa va a estar absolutamente garantizada.

En el proceso de expandir estos nuevos conocimientos en otros lugares incluso en otras costumbres, es llamativo empezar a entender cómo las empresas familiares son núcleos económicos de extremada potencia a pesar de que, a primera vista, las estructuras sociales de determinada sociedad puedan advertir no sé cómo más o menos evolucionadas desde el punto de vista de su entrecomillas abstracción a la modernidad y la globalización.

Desde requerir conocimientos técnicos, artesanales, o profesionales determinada índole, hasta exigir condiciones de nacimiento en determinado pueblo, o el mantenimiento de algún status civil determinado: desde el condicionamiento a que sus ganancias sean reinvertidas exclusivamente en la empresa familiar, hasta la pretensión de relacionar la sucesión a ciertos rasgos de creencias religiosas o incluso ideológicas, de preferencia de género o incluso de orientación sexual.

Habitualmente la construcción de un legado se genera a partir del reconocimiento como familia de los titulares de la propiedad y del negocio. Esto implica el reconocimiento y la generación de un relato histórico familiar que remonta alguna generación anterior cuando no varías e implica la relación de vida de los antecesores, y las vicisitudes que los mismos se vieron obligados a atravesar para llegar a ser lo que hoy son. Y en el proceso, incluso se llega a aconsejar algunas actividades no estrictamente jurídicas sino más bien sociales y familiares, como la construcción de un relato histórico de la familia, el diseño de un árbol genealógico o familiar que reconozca las raíces y las ramas, el reconocimiento de la historia de los antecesores a través de algún acto concreto como el bautismo determinado pabellón de la compañía a nombre de los fundadores la instalación de un monumento, la construcción Y una estatua o un cuadro. Un homenaje.

Y en el proceso de construcción del relato familiar que va a formar parte del legado muchas veces la familia reconoce en esa historia determinados rasgos que quieren mantener y quieren preservar viniendo desde antiguo. En ellos podría estar incluido determinado tipo de condicionamientos que podrían ser

considerados como derechos personalísimos de los sucesores. Por ejemplo, consideremos la posibilidad que el protocolo de familia indicará que, gracias a determinada concepción religiosa, o a determinada pertenencia política, la familia superó los obstáculos que la vida y la historia le puso delante como podría ser la supervivencia del holocausto, el exilio tras la guerra civiles o las guerras mundiales.

Y no sería raro que las reglas del protocolo incluyeron como condicionamiento a los futuros sucesores mantener esta creencia religiosa, obligarse a practicarla, mantener la filiación política, condicionar su futuro personal a través de determinado tipo de unión familiar futura prohibir la concreción de un proyecto personal basado en otro tipo de familia. Es aquí donde nos preguntamos hasta dónde la enorme libertad contractual que consagra en nuestro Código Civil y Comercial para la redacción de estos protocolos y estos documentos que pueden ser incluso estatutos y reglamentos societarios, o condicionamientos en la concepción del derecho a suceder en la empresa familiar, no invaden la libertad y la capacidad de defender derechos personalísimos como es el derecho a la identidad, el derecho a casarme con quien quiero, el derecho a formar una familia con quien se me antoje, de mi propia religión o de otra, de mi propio género o de otro, de mi raza o de otra. ¿Podría el heredero forzoso en nuestro país lo es todavía, ser condenado a permanecer fuera del proyecto familiar por no acceder a estas condiciones establecidas en el protocolo? Uno podría decir que en realidad no renuncia su derecho personalísimo. Su derecho personalísimo sigue existiendo. Él puede casarse con quien quiera. Renuncia a un derecho patrimonial que es permanecer a la sociedad de familia, a participar de los beneficios patrimoniales derivados de la sucesión en la empresa. En nuestro derecho, tendría asegurada la compensación por la porción reservada por la legítima. En la medida que esta renuncia estuviera compensada por el respeto a esta porción, parece que, al menos, la cuestión patrimonial estaría zanjada. De todos modos, confieso cierta inquietud con relación al contenido de las restricciones cuando éstas pudieran sobrepasar lo estrictamente empresario. Puede ser razonable impedir el ingreso de un heredero que carezca de preparación técnica, a cambio de una compensación. Pero impedirle el ingreso por su color, su raza, su religión o su género, o peor, como consecuencia de decisiones personales posteriores, podría sobrepasar el orden público civil.

Otra inquietud llega al momento de considerar la registración de estos instrumentos ante la IGJ y el Registro Público, tanto en el caso de Estatutos y Contratos constitutivos y sus Reglamentos, como en caso de los fideicomisos que se constituyan a los efectos de llevar en acto la programación sucesoria empresarial. ¿Hasta qué punto llega el control de legalidad? Y el Registro no se atiene solamente al control formal, sino que toma en consideración si los instrumentos