

-Luces y Sombras de la protección a la Empresa Familiar:

Rodrigo Javier Martínez

I-Introducción:

Ante todo consideramos atinado esbozar un concepto de empresa familiar, en adelante E.F. Así podemos decir que ¹se considera que hay “empresa familiar”, ***cuando los integrantes de una familia dirigen, controlan y son propietarios de una empresa, la que constituye su medio de vida, y tienen la intención de mantener tal situación en el tiempo y con marcada identificación entre la suerte de la familia y de la empresa.***

Las E.F además, conforman el rubro de las denominadas Pequeñas y Medianas Empresas –PYMES-, configurando así un motor trascendental para nuestra economía nacional y provincial. Son entonces una usina de crecimiento fenomenal si cuentan con el suficiente apoyo y con las herramientas que garanticen su continuidad y viabilidad en el tiempo.

Y es que como dice Paladino², *“los países no se desarrollan solo con la inversión de las multinacionales, que son importantes. Las que dan sentido de más largo plazo a la inversión, instalan valores, se preocupan por la calidad de vida en los lugares en donde están invirtiendo, entre otras cosas, son más las familias que los accionistas”* de grandes corporaciones.

Así según los especialistas, las PYMES familiares en la Argentina alcanzan al 90% del total, y de acuerdo con el Club Argentino de Negocios de Familia (CANF), mueven el 70% del empleo privado y generan el 68% del PBI.

II- Nudo:

Ahora bien, no todo es color de rosas. Las E.F así como tienen un vasto potencial de crecimiento, cuentan con muchos obstáculos por superar. Y es que a los riesgos lógicos y hasta naturales de cualquier emprendimiento comercial debemos agregarle la complejísima trama de las relaciones familiares, lo que implica involucrar

¹ Favier Dubois (h), Eduardo M. “La empresa familiar frente al derecho argentino. Hacia su reconocimiento doctrinario y sustentabilidad jurídica”, E.D. tomo 236, 17-2-10, pag.2, nro.2.1.

² <https://www.cronista.com/pyme/herramientas/Lo-que-trasciende-es-la-familia-empresaria-20170518-0003.html>

en la ecuación no sólo criterios de rentabilidad y costos, sino también celos, enojos por alguna situación personal pasada o presente, parientes políticos que opinan, y un sin fin de cuestiones personales que necesariamente van a repercutir en el desarrollo empresarial de la familia.

Es que además de lograr rentabilidad y competitividad para sostenerse en el despiadado mercado actual, estas empresas deben preservar la unidad familiar para lograr sobrevivir en el tiempo y que la familia no se desintegre en el intento. Puede apreciarse así la titánica tarea que ello implica, particularmente en un país como la Argentina, donde las condiciones legales y económicas cambian constantemente.

De manera tal que son realmente muy pocas las que logran trascender. Aunque no hay estadísticas precisas, las investigaciones coinciden que el 65% muere en el traspaso hacia la segunda generación, un 25% muere antes de llegar a la tercera, solo el 9% llega a los nietos y únicamente el 1% alcanza la cuarta generación.

Todo ello nos lleva a tener que buscar y encontrar aquellas herramientas que permitan sortear estas cuestiones que atentan contra la supervivencia y continuidad de la empresa. Así es que a lo largo de estas breves líneas trataremos de exponer sucintamente (y sin la pretensión de que el presente sea un estudio largo y profundo del tema), algunos puntos que pueden resultar útiles para lograr la continuidad de estas empresas tan importantes para nuestro crecimiento como sociedad.

III- Las preguntas difíciles. Los pactos de herencia futura y el protocolo familiar:

¿Qué va a pasar cuando se muera el papá? ¿Quién se queda con la empresa? ¿Quién está capacitado para manejarla? ¿Por qué vos sí y yo no? ¿Y el hijo que vive en el extranjero? ¿Cómo nos vamos a organizar entre los hermanos cuando el papá no esté? Preguntas difíciles si las hay.

No es un tema para nada fácil. Sin embargo resulta fundamental que este debate se de en la familia. Y es que de lo contrario cuando el padre/fundado/socio de la empresa muere, “*deja el tendal*” y allí comienzan los conflictos, recelos y con seguridad, la muerte de la empresa familiar.

El CCCN incorpora varias normas relativas a la E.F, como son el pacto sobre herencia futura ahora admitido expresamente, la posibilidad de la indivisibilidad de los

bienes hereditarios y la atribución preferencial de establecimiento al cónyuge sobreviviente o a un heredero que haya participado en su formación.

Vamos a detenernos en el Art.1010 por ser a nuestro juicio la modificación más trascendente para la E.F. Dice: *“La herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares, excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición legal expresa.*

Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros”.

¿Qué quiere decir esto a grandes rasgos? **Que el dueño de una empresa o explotación productiva puede acordar quién o quiénes de sus herederos quiere que se haga cargo de la misma o adquiera sus participaciones sociales cuando él ya no esté. Siempre y cuando no afecte el porcentaje de legítima que les corresponda a los otros herederos.** No es un testamento, es un pacto entre vivos, consensuado y hablado entre todos. La validez de este pacto será evaluada luego cuando se abra la sucesión. Y recordemos también que el objeto del pacto no es la totalidad de los bienes hereditarios, **sino exclusivamente aquellos referidos a la empresa o explotación productiva.**

Este pacto tiene efecto traslativo desde la suscripción por sus otorgantes pero estando sujeta la materialización del mismo a partir de la apertura del sucesorio. Por lo demás, el futuro causante mantiene el dominio pleno de los bienes objeto del contrato/pacto y éstos constituyen prenda común de los acreedores.

Por último, resulta interesante comentar que los pactos que violaren la legítima son válidos aunque habilitan al damnificado a ejercer las acciones protectorias que correspondan. Y la compensación legítima por su parte, puede darse inclusive con bienes ajenos al caudal relicto, incluso en dinero.

Por otra parte, también resulta pertinente traer a colación una herramienta que puede ser muy útil para evitar conflictos en el día a día de la empresa, dividiendo concretamente las tareas y roles. Se trata del **protocolo familiar**.

El protocolo familiar es ³“*un acuerdo que regula las relaciones de una familia con la empresa de la que ésta es propietaria*”. ⁴“*Formalmente puede afirmarse que es un instrumento escrito, suscripto por todos los miembros de una familia que al mismo tiempo son socios de una empresa o tienen vocación de serlo*”. Puede verse así como una especie de código de conducta para la familia dentro de la empresa.

⁵El protocolo por tanto es el documento en el que una familia propietaria de una empresa, por medio del consenso, pone por escrito las reglas que van a regir la relación entre la familia, la empresa y la propiedad en el presente y en el futuro.”

Acá se puede establecer quién se va a hacer cargo de esto y quién de lo otro, cómo se distribuirán las tareas, los horarios, el pago a proveedores, etc. Es un instrumento que permite organizar la distribución de roles y tareas.

Ahora bien a priori, y como el Protocolo vendría a ser una especie de acuerdo marco o código de conducta intra-familiar, su contenido sólo obligaría a quienes lo suscribieron desde un punto de vista moral o ético. Si bien esto no es poco, no es suficiente para poder paliar las inconveniencias en casos de incumplimiento. Así entonces no quedaría más remedio que establecer en el protocolo cláusulas de conducta claras, con sus respectivas sanciones en caso de incumplimiento, dando derecho así a recurrir a la vía judicial por incumplimiento o inejecución.

Por lo demás, y como afirma Favier Dubois, los Protocolos Familiares pueden perfectamente encuadrarse dentro de la categoría de Contratos Asociativos (Art. 1442), y por tanto tendrán validez total y son oponibles a los terceros que lo hayan conocido. Y por último pero no por ello menos importante, son un caso de Contratos Conexos (Art.1073) con lo cual, al estar conectados al contrato de sociedad en caso de incumplimiento del mismo, se podrá solicitar la resolución por incumplimiento del contrato social o contrato de adquisición de participaciones sociales.

³ Ver la obra colectiva del Instituto Argentino de la Empresa Familiar, Favier Dubois (Director). “El protocolo de la empresa familiar. Elaboración, cláusulas y ejecución. Ad-Hoc, Bs. As, 2011. En

⁴ Reyes López, María José. “La empresa familiar. Encrucijada de intereses personales y empresariales”. Thomson-Aranzadi. Navarra, 2004.

⁵ Sosa de Irigoyen, María Susana. “El protocolo de empresa familiar. Antecedentes y bases para su redacción”, en *La empresa familiar. Encuadre general, marco legal e implementación*. Ad-Hoc, Bs. As, 2010.

II-b: El problema de la oponibilidad de los pactos:

Podemos afirmar que estos pactos de herencia futura referidos son también pactos parasocietarios. Y es que si bien el problema de la validez de estos pactos inter partes ya ha sido superado, todavía nos queda el aspecto externo de la cuestión. Así se pregunta Garrigues si “*¿Existe comunicabilidad o incomunicabilidad de ese pacto frente a la sociedad? Ése es el aspecto del problema que tiene mayor importancia*”.

Hay quienes han pretendido encontrar una solución mediante la incorporación del Pacto al instrumento donde consta el Estatuto, y así registrando el Estatuto el Pacto también quedaría registrado y sería oponible erga omnes. Sin embargo y como dice Romero, ⁶“*Nuestro Registro sólo publicita aquello que tiene vocación publicitaria. No todo lo que va a parar al Legajo tiene publicidad erga omnes. Ello así porque quien consulta en el Registro no va en busca de un tesoro perdido, sino de aquello a lo que la ley le otorga vocación publicitaria... Si todo lo que va a parar al Legajo contara con fuerza publicitaria entonces los Registros se convertirían en una usina de incertidumbre*”.

De manera tal entonces que coincidimos con la opinión de Romero y proponemos la implementación de un Registro para dotar así a estos pactos de verdadera eficacia operativa y oponibilidad. ¿Y es que de lo contrario de qué serviría un hermoso pacto entre partes si luego no puede ser opuesto al resto de los socios?

III- Desenlace: Conclusiones. La insuficiencia de lo jurídico. La necesidad de políticas públicas:

Estamos convencidos que si bien la planificación sucesoria, la anticipación a los potenciales conflictos, el adecuado asesoramiento y la mejor de las voluntades en el seno familiar resultan herramientas útiles para garantizar la supervivencia de una E.F, no son suficientes. No alcanza. Es que ¿de qué sirve un plan magistral si la empresa no obtiene rentabilidad? ¿O si las cargas impositivas y laborales hacen inviable la incorporación de los hijos? En definitiva, si realmente queremos brindar un eficaz blindaje protectorio e impulsar el crecimiento de nuestras PYMES familiares es necesario que se establezcan políticas más globales, y esas políticas necesariamente deben provenir del Sector Público.

⁶ Romero, Raúl J. “Contrato parasocietario sobre herencia futura”. IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Libro de Ponencias. Tomo III. Pág 1559 y ots.

Así las cosas es ineludible a todas luces que debe plantearse el debate impositivo y laboral en la República Argentina, y los operadores jurídicos no podemos ser ajenos al tema. Sino que debemos propiciarlo y luchar por ello. Las cargas impositivas, laborales y los altísimos costos fijos que una E.F debe soportar la hacen prácticamente inviable en el tiempo. Si a todo ello le sumamos los problemas familiares que ya expusimos, el resultado es un cóctel imposible de digerir.

En conclusión, no estaríamos descubriendo nada si decimos que las E.F son la espina dorsal de nuestro país. No sólo hacen que la economía crezca, sino que también instalan ciertos valores éticos en la manera de hacer negocios que lamentablemente hoy están en peligro de extinción. Pero para que nuestras consideraciones respecto a estas empresas no queden solo en palabras bonitas y políticamente correctas, resulta por demás necesario pasar a la acción. Y para ello es clave a nuestro criterio que se encaren políticas públicas de alto impacto. Necesariamente deben implementarse medidas que ayuden a disminuir los costos fijos, los litigios y cargas laborales de costos astronómicos que desvirtúan y desmotivan todo tipo de iniciativa privada.