



► EMPRESA FAMILIAR

MG A 53

MG **A** **53**
MONOGRAFÍAS AD HOC

Sociedad por acciones simplificada y empresa familiar

Eduardo M. Favier Dubois (h.)
Lucía Spagnolo

Sociedad por acciones simplificada y empresa familiar

Dos astros alineados

www.editorialadhoc.com

ADHOC

AD·HOC

**SOCIEDAD POR ACCIONES
SIMPLIFICADA Y EMPRESA FAMILIAR**

AD·HOC

**Eduardo M. Favier Dubois (h.)
Lucía Spagnolo**

MG A 53

MONOGRAFÍAS AD HOC

**Sociedad por acciones
simplificada
y empresa familiar**

Dos astros alineados

▶ **EMPRESA FAMILIAR**

AD·HOC

Primera edición
MARZO 2018

Eduardo M. Favier Dubois (h.).

Sociedad por acciones simplificada y empresa familiar:

Dos astros alineados / Eduardo M. Favier Dubois (h.);

Lucía Spagnolo

1ª ed. - Buenos Aires, Ad-Hoc, 2018.

94 p.; 12x18 cm. (Monografías. Empresa familiar; 53)

ISBN: 978-987-745-107-8

1. Empresas familiares. I. Spagnolo, Lucía. II. Título

CDD 346.066

DIRECCIÓN EDITORIAL

DR. RUBÉN O. VILLELA

© AD-HOC SRL

Viamonte 1450 · C1055ABB · Buenos Aires · Argentina

Tel./Fax (54 11) 4371 0778/6635 · 4372 6401

info@editorialadhoc.com

www.editorialadhoc.com

www.facebook.com/editorialadhoc

Impreso en la Argentina

Derechos reservados por la ley 11.723

Prohibida su reproducción total o parcial

ÍNDICE

<i>Presentación</i>	13
CAPÍTULO PRIMERO: La “sociedad por acciones simplificada”	15
1. <i>El camino hacia la “simplificación” de las sociedades</i>	15
2. <i>La Ley 27.349 de Emprendedores</i>	17
3. <i>La sociedad por acciones simplificada. Características</i>	19
3.1. <i>Concepto</i>	19
3.2. <i>Antecedentes</i>	19
3.3. <i>Normativa legal y fiscal</i>	20
3.4. <i>Carácter “revolucionario”</i>	20
3.5. <i>Finalidades</i>	21
3.6. <i>Ventajas sustantivas</i>	22
3.7. <i>Facilidades formales</i>	23
3.8. <i>Aceleración y simplificación de trámites</i>	24
3.9. <i>Régimen contable y fiscal</i>	25
4. <i>Reglas aplicables</i>	25
4.1. <i>Normas aplicables y orden de prelación</i>	25
4.2. <i>Mantenimiento legal de algunas reglas de las S.R.L.</i>	26

4.3. Aplicación necesaria de algunas reglas de las S.A.	26	3.3. Límites al elenco cerrado de socios . . .	41
4.4. Casos dudosos que conviene tratar expresamente en los estatutos, sea para incluirlos o excluirlos	27	3.3.1. El principio de no ingreso de terceros en la empresa familiar	41
4.5. Administrador de hecho.	28	3.3.2. El derecho a la libre transmisión de acciones y cuotas	42
4.6. Límites	28	3.4. Límites a la autofinanciación y al pago de honorarios sin distribuir dividendos	42
4.7. Fiscalización	29	3.4.1. La reinversión de utilidades en la empresa familiar.	42
4.8. Transformación de otras sociedades en S.A.S.	29	3.4.2. Las limitaciones societarias en materia de reservas y de honorarios	43
CAPÍTULO SEGUNDO: Las empresas familiares y el régimen societario	31	3.5. La gestión interna de los conflictos, fuera de los tribunales	44
1. <i>Las empresas familiares</i>	31	3.5.1. Los conflictos en la empresa familiar	44
1.1. Concepto	31	3.5.2. Los procedimientos judiciales	47
1.2. Importancia y valores	33	3.6. Límites al mantenimiento de la gestión unitaria	50
1.3. Debilidades.	34	3.6.1. El principio mayoritario en las sociedades.	50
2. <i>La empresa familiar como “sociedad”</i>	35	3.6.2. La falta de previsiones en los estatutos	50
2.1. Introducción.	35	3.7. Irrelevancia societaria de los pactos familiares.	51
2.2. La “causa” del contrato de sociedad vs. el “interés” en la empresa familiar	36	3.7.1. Los acuerdos familiares no escritos	51
3. <i>El derecho societario vs. la empresa familiar</i>	38		
3.1. El ADN de las empresas familiares.	38		
3.2. Contradicciones y limitaciones de la Ley General de Sociedades	40		

3.7.2. El “protocolo de la empresa familiar”	52
3.7.3. El valor del protocolo	54
3.8. Las alternativas para superar tales dificultades en la ley 19.550. Tipos sociales y cláusulas especiales	55
3.8.1. La elección del tipo social más adecuado a la empresa familiar . .	55
3.8.2. Inserción de cláusulas especiales en los estatutos	57
3.8.3. Otros instrumentos para la estructuración jurídica de la empresa familiar	64
CAPÍTULO TERCERO: Ventajas de la sociedad por acciones simplificada para la empresa familiar	67
1. Ventajas “generales” que brindan las S.A.S. . .	67
2. Ventajas “especiales” para una empresa familiar	68
3. Prohibición de transferencia de acciones por diez años. Otras limitaciones	69
3.1. Normativa y alcances	69
3.2. Otras previsiones	71
4. Incorporación del régimen de autofinanciación. Retribuciones	72
5. La solución amigable de conflictos y el arbitraje	72

5.1. Fundamentación	72
5.2. Otras reglamentaciones	73
6. El mantenimiento de la unidad en la gestión. .	74
7. Incorporación de acuerdos sociales con carácter obligatorio	76
7.1. Casos en los que hay protocolo de empresa familiar	76
7.2. La “prestación accesoria” de suscribir el protocolo	76
7.3. Otros acuerdos familiares	78
8. Cláusula sobre la pertenencia a una empresa familiar	78
Colofón	81
<i>Bibliografía de los autores sobre empresas familiares y temas vinculados</i>	83
I. Obras colectivas	83
II. Obras individuales	84
III. Artículos	85

PRESENTACIÓN

Las empresas familiares tienen gran importancia en lo económico, social y moral, no solo porque representan aproximadamente un 70% del total de las empresas, sino también por su mayor ocupación de mano de obra, su compromiso con el personal, con el medio ambiente y con proyectos a largo plazo, y por la transmisión de los valores de las familias a las empresas. Por tales razones se las protege y promueve en muchos países del mundo.

Sin embargo, uno de los problemas que deben enfrentar en la Argentina es el del “marco legal” ya que la Ley General de Sociedades 19.550 considera a los socios familiares como si fueran “inversores” y les impone formalidades legales internas que raramente se cumplen dado que se trata de miembros de una misma familia que trabajan en un marco de confianza y que actúan según sus propios acuerdos.

Esta brecha entre la ley formal y los acuerdos y prácticas familiares es muy peligrosa ya que, cuando hay un conflicto, autoriza a los familiares disconformes a invocar el incumplimiento de las formalidades y a llevar la cuestión a los tribunales originando múltiples e interminables juicios que, cualquiera sea su resultado, tienen la capacidad para destruir tanto a la familia como a la empresa.

Afortunadamente, en el año 2017 ha aparecido un nuevo tipo social, la “Sociedad por Acciones Simplificada”, cuya adopción por las empresas familiares ya existentes (por vía de transformación), así como por las nuevas a crearse, les brinda la posibilidad de trasladar los acuerdos y las prácticas

ADHOC

familiares a los estatutos y demás instrumentos societarios y, en consecuencia, reducir los conflictos internos y, eventualmente, ventilarlos en forma privada.

En este trabajo, dedicado a las familias empresarias y a sus asesores, se describen en un primer capítulo las características de este nuevo tipo social, en una segunda parte las necesidades de las empresas familiares y cómo la ley general de sociedades no las atiende y, en el tercer capítulo, se explica el modo en que la SAS puede ser convenientemente utilizada por las empresas familiares para brindarles seguridad jurídica.

Confiamos en que esta obra, que presentamos inspirados por una misión con la que desde hace tiempo estamos comprometidos, sea de utilidad para sus destinatarios y un aporte al fortalecimiento y continuidad en el tiempo de las empresas familiares.

CAPÍTULO PRIMERO
**LA “SOCIEDAD
POR ACCIONES SIMPLIFICADA”**

**I. El camino hacia
la “simplificación” de las sociedades**

El sistema societario argentino, desde la sanción en el año 1972 de la Ley de sociedades comerciales 19.550 hasta el presente, ha experimentado un largo y difícil camino, desde una gran estrictez hacia cierta libertad contractual, en un proceso que en forma paralela incluye a los denominados “contratos asociativos”.

Es así que algunos institutos, reglas y mecanismos legales que determinaron en el inicio su carácter netamente publicístico e institucional, en protección de los terceros y de los propios socios, fueron dejados de lado o se fueron minimizando por obra de sucesivas leyes de reformas.

Tal es el caso del sistema de publicidad registral, en cuanto a los efectos “negativos” de las inscripciones societarias, o sea el régimen de las sociedades no inscriptas (sociedades “de hecho” o “irregulares”), que pasó de la prohibición de invocar el contrato entre los socios y de la condena a la liquidación de la sociedad (ley 19.550 original), a permitir en la reforma del año 1983 la “regularización” adoptando un tipo previsto, y después a la posibilidad de invocar el contrato entre los socios dentro de la

“sociedad de la Sección IV” en la reforma del año 2015 (art. 22 según ley 26.994).

También en materia de “contratos asociativos” los efectos de la inscripción antes requerida por los arts. 369 y 380 de la ley 19.550 (agrupación de colaboración y unión transitoria) y del art. 6° de la ley 26.005 (consorcios de cooperación), han sido minimizados a partir de su traslado a los arts. 1453 a 1478 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyCN), por aplicación de la regla del art. 1447 del mismo Código, que además admite el carácter “no societario” del negocio en participación (art. 1448).

En cuanto al régimen de “tipicidad” societaria, la inicial sanción de nulidad absoluta de la sociedad “atípica” (art. 17), sujeta a liquidación, desapareció con la ley 26.994, que ahora la admite en su existencia y continuidad como una sociedad de la enigmática “Sección IV” (nuevo art. 17).

En materia de contratos asociativos, también la tipicidad desapareció con la sanción del nuevo CCyCN y el reconocimiento expreso a la libertad en la materia (arts. 1442 y 1446).

En cuanto a los pactos de socios o convenios de “sindicación de acciones”, no fueron previstos por la ley 19.550 y habían sido materia de controversia en lo relativo a su validez interna hasta el fallo “Sánchez c/Banco Avellaneda”. Leyes posteriores reconocieron su existencia (23.696 y 26.831) y, en la actualidad, a partir del art. 1010, segunda parte, del CCyCN, no solo se reconoce su validez interna sino su legitimidad para ser causa de otros contratos y actos jurídicos, con la posibilidad de ser

oponibles como contratos asociativos (art. 1447) y de ser considerados contratos “conexos” al contrato de sociedad (art. 1073), con las implicancias que ello produce (art. 1075).

Finalmente, en lo que hace a la exigencia legal de dos socios para que se configure una sociedad, la ley 19.550 exigió la pluripersonalidad inicial (art. 1°) y sancionó la unipersonalidad sobreviniente con responsabilidad agravada y disolución (art. 94, inc. 8°). En cambio, la ley 26.994 admite expresamente la constitución de una “Sociedad Anónima Unipersonal” (SAU), y la unipersonalidad sobreviniente ya no es más causal de disolución (art. 94 bis). Posteriormente, la ley 27.290 deja de exigir pluralidad de directores y síndicos en la sociedad anónima unipersonal, quedando solo sujeta a la fiscalización permanente de la autoridad de contralor (art. 299, inc. 7°).

2. La Ley 27.349 de Emprendedores

También con un objetivo de simplificación, pero por otros caminos, en el año 2017 se sancionó la Ley 27.349 de Emprendedores.

El proyecto de ley no tuvo su origen en un área jurídica del Estado sino que fue producto de una propuesta inicial de la Asociación de Emprendedores, elevada al Ministerio de Producción que la modificó y con un trámite parlamentario afortunado que permitió sancionar un texto, perfectible, pero vigente al fin.

Esta ley se propone diversas finalidades.

En lo económico, fomentar a los emprendedores y a la creación de nuevas empresas mediante dos mecanismos para: *a)* superar trabas burocráticas, y *b)* superar las dificultades de financiación.

También tiene un impacto desde lo cultural ya que promueve que los jóvenes con ideas consigan financiación y creen empresas propias en lugar de buscar trabajo en relación de dependencia.

La ley no solo crea a la “sociedad por acciones simplificada”, a la que legisla en su tercer título, sino que en su primer título regula al “capital emprendedor”, a sus diversas instituciones, establece una desgravación fiscal para inversores y crea un fondo especial, el “Fondo Fiduciario para el Desarrollo del Capital Emprendedor”.¹ Asimismo prevé ayudas en concepto de “aportes no reembolsables” a organizaciones que trabajan como “incubadoras” de empresas.

En un segundo título regula la modalidad de financiamiento colectivo por Internet conocida como *crowdfunding*,² permitiendo emitir títulos a las S.A.S.³

Si bien sus propósitos son loables, ha recibido algunas críticas en el sentido de que no desgrava

¹ Recientemente modificado por el dec. 27/2018, art. 21.

² Véase de los autores: “El *crowdfunding*, o financiamiento colectivo por la web, frente al nuevo Código Civil”, en la obra colectiva *El derecho societario y de la empresa en el nuevo sistema de derecho privado*, t. 1, Universidad de Mendoza, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y Universidad Nacional de Cuyo, Facultad de Derecho, Mendoza, 2016, p. 439.

³ Recientemente reglamentado por la resol. CNV 717/18.

a los emprendedores sino a los que suministran capital.

3. La sociedad por acciones simplificada. Características

3.1. Concepto

La “Sociedad por Acciones Simplificada”, en adelante “S.A.S.”, es una sociedad comercial personalista pero por acciones que puede ser unipersonal y que combina la simplicidad de la S.R.L. con ventajas propias de la S.A., a las que suma flexibilidad y facilidades de constitución y actuación, bajos costos, posibilidad de acudir a la oferta pública de títulos valores, y que no está sujeta a ninguna fiscalización de la Inspección General de Justicia sino solo al control de legalidad del Registro Público de Comercio.⁴

3.2. Antecedentes

La ley argentina de sociedades por acciones simplificadas toma diversos elementos de las legislaciones de otros países. Así, por ejemplo, permite la “unipersonalidad” como la ley francesa, prohíbe las transferencias de acciones por un plazo y confiere libertad contractual como la ley colombiana de 2008, establece el uso de Tics como la ley de

⁴ FAVIER DUBOIS (h.), Eduardo M.: “La ‘sociedad por acciones simplificada’ y el sistema societario: cuatro preguntas y el ‘miedo a la libertad’”, *LL*, 2017-D, del 28/6/2017, pp. 1 y ss.

México de 2016, permite el objeto plural y reduce los costos, como la ley de Chile.

3.3. Normativa legal y fiscal

La S.A.S. está regulada por los arts. 33 a 62 de la Ley 27.349 de Emprendedores, con las modificaciones del dec. 27/18. También está regulada en la CABA por la Inspección General de Justicia, en tanto autoridad a cargo del Registro Público de Comercio, por la resol. gral. 6/17, modificada por la resol. gral. 8/17. Recientemente, el dec. 27/18 modificó el art. 39 admitiendo que puedan hacer oferta pública de títulos valores sin perder su condición de tales (art. 20).

Por su lado, el financiamiento colectivo por Internet, o *crowdfunding*, ha sido regulado por la resol. CNV 717/18.

Desde lo tributario, se ha dictado una resolución conjunta entre la IGJ (4/17) y la AFIP (4098E) para otorgar la CUIT.

En cuanto al régimen fiscal, la S.A.S. tiene hoy, luego de la reforma tributaria de la ley 27.430, el mismo tratamiento que la sociedad anónima.

3.4. Carácter “revolucionario”

Consideramos que para el derecho argentino la S.A.S. es un instituto “revolucionario” en los siguientes sentidos.

- *Privatiza*: al derecho de sociedades, al reducir las normas imperativas, acentuar la

autonomía de la voluntad y estar excluida del control de la Inspección General de Justicia.

- *Desjudicializa*: porque expresamente permite resolver los conflictos fuera de los tribunales si así se pacta en el estatuto.
- *Digitaliza*: porque permite la utilización de las nuevas tecnologías para la constitución y funcionamiento societario y, en la CABA, se impone desde el inicio la contabilidad digital (resol. gral. 6/17).
- *Es expansiva*: porque permite adoptar el tipo S.A.S. no solo a las nuevas sociedades a formarse sino también a todas las sociedades preexistentes que puedan transformarse en S.A.S. (véase 4.6 y 4.8).

3.5. Finalidades

La finalidad legal no ha sido otra que favorecer a los “emprendedores” de “garaje”, jóvenes “millennials” acostumbrados a actuar en el mundo digital, con grandes ideas pero sin recursos para armar una estructura y menos para financiar los proyectos. A esos fines la ley facilita la actividad de los emprendedores y la constitución y financiamiento de nuevas empresas.

Sin embargo, por sus características y utilización en otros países del mundo, la S.A.S. se presenta como muy conveniente para:

- Titularidad unipersonal de inmuebles.
- Operar como *holding* de otras sociedades.

- Ser la forma societaria de las empresas familiares, lo que analizaremos en profundidad en el capítulo III.

3.6. Ventajas sustantivas

- La principal ventaja es la libertad estatutaria, o sea que los socios pueden insertar en los estatutos las cláusulas que desean, con muy pocos límites.
- Admite el objeto plural, con actividades no vinculadas entre sí (art. 36, inc. 4º), pero la sociedad no queda obligada por actos extraños al objeto sino por los relacionados directa o indirectamente con él (art. 51).
- Permite pactar prestaciones accesorias por servicios de socios o terceros ya prestados o a prestarse, al valor que se determine (art. 42), quedando claro que cuando corresponda se aplica la Ley de Contrato de Trabajo (art. 62).
- La transferencia de acciones se rige exclusivamente por el estatuto, no se inscribe en el Registro Público sino en el Registro de Acciones que lleva la sociedad y el contrato puede limitar las transferencias o prohibirlas por diez años (art. 48).
- Los administradores pueden ser por plazo indeterminado, con un suplente si no hay órgano de fiscalización, debiendo inscribirse los cambios en el Registro Público (art. 50).
- Puede tener un solo administrador a pesar de que su capital supere los \$ 10.000.000.

- Libertad en primas de emisión y libertad en clases de acciones y de derechos (arts. 44 y 47),
- Reconoce los aportes irrevocables a cuenta de futuras emisiones sin capitalizar hasta por dos años (art. 45).
- Libertad para organizar la administración, gobierno y fiscalización, pudiendo tener gerentes o directores, reuniones o asambleas, o prever órganos con distintas funciones (art. 49).
- Permite la resolución amigable de conflictos y da la posibilidad expresa de acudir al arbitraje (art. 57).
- Puede ser una sociedad unipersonal sin quedar sujeta a fiscalización permanente.
- Tiene la posibilidad de captar capitales mediante diversos tipos de acciones o por medio del *crowdfunding*, o financiamiento masivo por Internet.

3.7. Facilidades formales

- El acto constitutivo puede ser por instrumento privado con firma certificada por el banco o el Registro Público, y también por medios digitales.
- El capital se divide en acciones y puede ser de solo dos salarios mínimos, vitales y móviles (\$ 19.000 desde el 1º/1/2018).
- Aumento del capital hasta el 50% sin publicidad ni inscripción (art. 44), pero remitiendo las resoluciones al Registro Público por medios digitales para comprobar el tracto.

- Inscripción en 24 horas si se utilizan los estatutos modelos que aprobarán los registros públicos. Cabe señalar que los estatutos modelos no son obligatorios y pueden constituirse S.A.S. mediante estatutos libremente redactados por los fundadores.
- No se exige edicto para convocar a las asambleas (art. 53) sino comunicación al último domicilio registrado (art. 53). Citación de administradores y envío de información por medios electrónicos. Reuniones de administradores y de socios pueden ser fuera de la sede social y por medios de comunicación simultánea (arts. 51 y 53).
- Autoconvocatoria de las reuniones de socios y de administradores, con asistencia del 100% y temario aprobado por la mayoría que fije el contrato (art. 49).
- Alcanza con que uno de los administradores tenga domicilio real en la Argentina (no la mayoría).
- Uso del protocolo notarial electrónico para estatutos, reformas y poderes (art. 59).

3.8. Aceleración y simplificación de trámites

- Obligación de las entidades financieras de abrir una cuenta bancaria con la presentación del contrato y de la CUIT (art. 60, i)
- Derecho a obtener la CUIT dentro de las 24 horas de presentado el trámite en la AFIP, gozando de 12 meses para probar el domicilio (art. 60, ii).

3.9. Régimen contable y fiscal

La S.A.S. deberá llevar los siguientes registros:

- a) Libro de actas; b) Libro de registro de acciones;
- c) Libro diario; d) Libro de inventario y balances.

Se puede solicitar reemplazar los registros por medios digitales y/o mediante la creación de una página web en donde se encuentren volcados la totalidad de los datos de dichos registros.

En la CABA la I.G.J. exige que los registros “nazcan” digitales (art. 51 de la resol. gral. 6/17).

El contenido y forma de los estados contables queda sujeto a la reglamentación de la AFIP.

Las S.A.S. tienen que confeccionar sus estados conforme con las normas contables profesionales vigentes y deberán presentarlos en formato pdf de acuerdo con el procedimiento que se describe en la resol. gral. AFIP 3077.

4. Reglas aplicables

4.1. Normas aplicables y orden de prelación

La S.A.S. se declara como un nuevo “tipo social”, pero no se aplica la ley de sociedades sino en forma “supletoria” y siempre que sus normas no contradigan su finalidad.

Como excepción, sí se aplica la ley de sociedades en materia de los derechos y deberes de los administradores, donde rigen las reglas de los gerentes de S.R.L., y en materia de liquidación.

O sea que las normas aplicables son:

- a) Lo previsto en el contrato social

- b) Si no hay nada previsto en el contrato, lo previsto en la ley de S.A.S.
- c) Si nada se previó sobre algún tema ni en el contrato social ni en la ley de S.A.S., se aplica la ley de sociedades 19.550 siempre y cuando la solución no sea contraria a la finalidad de las S.A.S.
- d) Siempre se aplicará la ley de sociedades para juzgar la responsabilidad de los administradores y para la liquidación social.

4.2. Mantenimiento legal de algunas reglas de las S.R.L.

La ley de S.A.S. mantiene algunas reglas de la S.R.L. en cuanto exige la publicación previa de edictos, la integración del 25% del capital y el saldo a dos años, la impugnación de la valuación de los aportes en especie por cinco años, la garantía de los socios por la integración de los aportes (art. 43), la responsabilidad del art. 157 de la L.G.S. para los administradores y el sistema de consultas a los socios para adoptar decisiones (art. 53).

4.3. Aplicación necesaria de algunas reglas de las S.A.

En todo lo relativo a la representación de capital por “acciones”: su emisión, circulación, registración en el libro y anotación de transferencias.

4.4. Casos dudosos que conviene tratar expresamente en los estatutos, sea para incluirlos o excluirlos

- Derecho de preferencia para la suscripción de nuevas acciones.
- Derecho de voto acumulativo.
- Derecho de receso.
- Exclusión de socio.
- Plazos para la impugnación de decisiones sociales.
- Decisiones en sociedades de dos socios.
- Beneficios de fundadores.
- Límites de participación del art. 31 de la L.G.S.
- Retiros de utilidades a cuenta de resultados.

En el punto, en caso de no haberse previsto nada al respecto, o de previsiones contractuales formalmente contrarias a soluciones de la ley de sociedades, considero que el corte del “nudo gordiano” debería pasar por la línea que separa a los derechos de los socios de los derechos de los terceros.

Toda norma pensada por el legislador para proteger exclusivamente al socio puede ser inmolada en el altar de la libertad contractual y dejar paso a lo que se convenga en contrario.

Recíprocamente, toda norma pensada en protección de los terceros acreedores sociales no puede ser contrariada por cláusula estatutaria alguna.

En los casos de omisión estatutaria, podrán aplicarse las reglas de la L.G.S. que protegen a los terceros pero no las que solo atienden a los intereses privados de los socios.

4.5. Administrador de hecho

La ley de S.A.S. establece la responsabilidad del administrador de hecho que se extiende a otros casos si tuvo actuación habitual (art. 52).

4.6. Límites

Una S.A.S. unipersonal no puede constituir ni participar en otra S.A.S. unipersonal (art. 34)

Solo pueden ser administradores de la S.A.S. personas humanas (art. 50).

No pueden ser S.A.S. las sociedades que

- sean de economía mixta o con participación estatal mayoritaria (art. 299, inc. 3º, L.G.S.);
- realicen operaciones de capitalización, ahorro o en cualquier forma requieran dinero o valores al público con promesa de prestaciones o beneficios futuros;
- exploten concesiones o servicios públicos (art. 299, inc. 4º);
- sean controlantes de o controladas por otra sociedad sujeta a fiscalización estatal permanente (art. 299, inc. 6º).

Si incurre en esas causales debe transformarse en un plazo de seis meses en un tipo de la ley 19.550, y los socios ínterin tendrán responsabilidad solidaria, ilimitada y subsidiaria.

En cambio, sí pueden ser S.A.S. las sociedades del art. 299 de la L.G.S. que

- hagan oferta pública de sus acciones o debentures (dec. 27/18);
- tengan un capital superior a \$10.000.000.⁵

⁵ A nuestro juicio es una incongruencia que viola el principio de dimensionalidad.

4.7. Fiscalización

A pesar de ser “sociedades por acciones” no está prevista la intervención de la autoridad de control societario (Inspección General de Justicia), sino solo de los “registros públicos” para inscribirlas, controlar las normas legales y reglamentarias, aprobar estatutos modelos, usar medios digitales y notificaciones electrónicas (art. 38).

Por ende, no debe pagar tasa anual de fiscalización ni presentar sus balances a la I.G.J.

4.8. Transformación de otras sociedades en S.A.S.

La ley permite a cualquier sociedad preexistente de la ley 19.550 transformarse en S.A.S. (art. 61), siempre que no se presente alguna de las incompatibilidades señaladas en 4.6.

LAS EMPRESAS FAMILIARES Y EL RÉGIMEN SOCIETARIO

1. Las empresas familiares

1.1. Concepto

Cabe aquí recordar 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 la de la empresa.⁶

También se sostiene que la “empresa familiar” es “aquella en la que un grupo de personas pertenecientes a una o más generaciones, y unidas por vínculos familiares, comparten parcial o totalmente la propiedad de los medios instrumentales y la dirección de una empresa, produciéndose una comunicación entre los fines de la familia y de la empresa”.⁷

⁶ FAVIER DUBOIS (h.), Eduardo M.: “La empresa familiar frente al derecho argentino. Hacia su reconocimiento doctrinario y sustentabilidad jurídica”, *ED*, 236-2, 17/2/2010, n° 2.1. Véase también la doctrina publicada en la página web del Instituto Argentino de la Empresa Familiar: www.iadef.org

⁷ RODRÍGUEZ DÍAZ, Isabel: “La empresa familiar en el ámbito del derecho mercantil”, *Cuadernos 2 Mercantiles*, Edersa, Madrid, 2000, pp. 23/24, citado por MARTORELL ZULUETA, Purificación: “Empresa familiar y regímenes comunitarios”, en REYES LÓPEZ, María José (coord.): *La empresa familiar*:

Y si bien no existe un concepto unívoco en la materia, es claro que la empresa familiar presenta al menos dos elementos objetivos y relacionados entre sí: la existencia de una familia o grupo familiar y la existencia de una empresa, elementos a los que se suma uno subjetivo: la intención de mantener la participación familiar en la empresa y de que esta sea el sustento de la primera.

No se trata de un tema de tamaño, ni debe la empresa familiar ser identificada con la pequeña y mediana empresa (PyME). Es que si bien el 90% de las PyMEs son empresas familiares y el 90% de las empresas familiares son PyMEs, muchas grandes empresas, incluidas empresas multinacionales (Walmart, Banco Santander, etc.), son empresas familiares.

Solo en Argentina, sobre las 19 empresas multinacionales de origen local, 13 de ellas son empresas familiares,⁸ lo que evidencia su volumen y significación.

Encrucijada de intereses personales y empresariales, Aranzadi, Navarra, 2004, p. 76, nota 6.

⁸ Grupo Techint (controlado por la familia Rocca); Arcor S.A. (controlada por la familia Pagani); IMPSA (controlada por la familia Pescarmona); Grupo Bagó (controlado por la familia Bagó); Molinos Río de la Plata S.A. (controlado por la familia Pérez Companc); Grupo Los Grobo (controlado por la familia Grobocopatel); Cresud S.A. (controlada por la familia Elsztain); Roemmers S.A. (controlada por la familia Roemmers); Iecsa S.A. (controlada por la familia Calcaterra); S.A. San Miguel (controlada por Luis Otero Monsegur y la familia Miguens); BGH (controlada por herederos de la familia Garfunkel); CLISA (controlada por la familia

1.2. Importancia y valores

La empresa familiar tiene enorme importancia económica, social y moral reconocida en todo el mundo.⁹

En tal sentido se afirma que los porcentajes de las empresas familiares sobre el total de empresas existentes son los siguientes: Italia 99%; EE.UU. 96%; Suiza 88%; Reino Unido 76%; España 71%; Portugal 70% y Colombia 68%, aun cuando las apreciaciones no coinciden entre los autores y las mediciones varían por año.¹⁰

Roggio); Grupo Plastar (controlada por la familia Strauss); y Bio Sidas S.A. (controlada por la familia Arguelles).

⁹ Véase sobre el tema los siguientes aportes publicados en los últimos tiempos: FAVIER DUBOIS (h.), Eduardo M. (dir.): *La empresa familiar. Encuadre general, marco legal e instrumentación*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, en la que participaron como coautores de sucesivos capítulos: Tomás M. Araya, María Gabriela Brandam, Ángel F. Cerávoló, Oscar D. Cesaretti, Marcelo de Hoz, Eduardo M. Favier Dubois (h), Viviana Fourcade, María Blanca Galimberti, Martín Giralt Font, Graciela Junqueira, Roberto M. Martín, Victoria S. Masri, Ricardo A. Nissen, Rodrigo N. Rosales Matienzo, Hugo E. Rossi, Candelaria Sandro, Susana Sosa de Irigoyen, Claudio D. Szarlat Dabul, Daniel R. Vítolo y Augusto Weigel Muñoz. También en CALCATERRA, Gabriela, y KRASNOW, Adriana (dirs.): *Empresas de familia. Aspectos societarios, de familia y sucesiones, concursales y tributarios. Protocolo de familia*, La Ley, Buenos Aires, 2010. Además, pueden consultarse los siguientes trabajos: MEDINA, Graciela: "Empresa familiar", *LL*, 2010-E, 1 y ss., ejemplar del 13/9/2010; y ALTERINI, Ignacio E.: "El bien de familia frente a la empresa familiar", *LL*, 2010-F, 1 y ss., diario del 9/12/2010.

¹⁰ Véase SERNA GÓMEZ, Humberto, y SUÁREZ ORTIZ, Edgar: *La empresa familiar. Estrategias y herramientas para sus sos-*

En la Argentina se considera que hay más de un millón de empresas familiares, las que representan el 80% del tejido empresarial, el 60% del PNB y el 70% de los puestos de trabajo del sector privado.

La importancia económica de las empresas familiares también radica en que resisten mejor las crisis generales, generan y mantienen muchos puestos de trabajo y pueden llevar adelante proyectos a largo plazo al no estar urgidas por la necesidad de ganancias inmediatas.

En lo social, las empresas familiares tienen mejores relaciones con el personal, con la comunidad donde se desempeñan y con el medio ambiente circundante.

Finalmente, en lo moral, la gran importancia de la empresa familiar radica en que congrega a las dos instituciones más valiosas de la sociedad humana: la familia, con sus valores de amor, protección, procreación y culturización, y la empresa, que es la gran generadora de bienes y servicios para atender las necesidades humanas.

1.3. Debilidades

Sin embargo, cuando las empresas familiares no están suficientemente estructuradas, presentan debilidades derivadas de la convivencia en su seno de dos subsistemas distintos: el “subsistema

tenibilidad y crecimiento, Temis, Bogotá, 2005, p. XIII y con otros datos MONREAL MARTÍNEZ, Juan, y otros: *La empresa familiar. Realidad económica y cultura empresarial*, Civitas, Madrid, 2002, p. 39.

familiar”, con sus valores afectivos, emocionales, de igualdad entre los hijos, de atención de necesidades y de protección de los débiles, con el “subsistema empresarial”, donde los valores son la productividad, la eficiencia, el rendimiento y los resultados económicos.

De tal difícil convivencia derivan gran cantidad de problemas entre los que se destacan, principalmente, la informalidad, la falta de profesionalización, la falta de planeamiento en el relevo generacional y sucesión en el liderazgo, la falta de planificación de la transferencia patrimonial, la inexistencia de canales idóneos de comunicación familiar y, fundamentalmente, una confusión de límites, de fondos y de roles entre la familia, la empresa y la propiedad.

Todo ello puede llevar a situaciones y conflictos insuperables que determinen la fracturación de la familia y/o la desaparición de la empresa.

A dichas debilidades se suma, en nuestro país, las contradicciones con el “marco legal”, según se verá en los apartados siguientes.

2. La empresa familiar como “sociedad”

2.1. Introducción

En su primer momento la empresa familiar puede ser un emprendimiento unipersonal del padre o de la madre pero luego, en la medida en que tenga dos o más propietarios (el cónyuge y/o los hijos) o que asuma una forma legal, la empresa familiar se convierte en una “sociedad” para

el derecho argentino, regida por la Ley General de Sociedades 19.550 en tanto se configuran los requisitos sustantivos del art. 1º de dicha ley.

De tal suerte la empresa familiar será en la mayoría de los casos, una sociedad “típica”, por asumir la forma de “sociedad colectiva”, “sociedad de responsabilidad limitada”, “sociedad anónima” o “sociedad en comandita por acciones”.

En otros casos, generalmente en sus primeros tiempos, cuando ya tiene pluralidad de socios, la empresa familiar no formalizada funcionará como una “sociedad de hecho” y estará regida por la Sección IV de la ley 19.550.

2.2. La “causa” del contrato de sociedad vs. el “interés” 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”.¹¹

Ahora bien, en el caso de una empresa familiar bajo forma societaria, las razones por las cuales una persona la constituye o se incorpora,

¹¹ BROSETA PONT, Manuel: *Manual de derecho mercantil*, Tecnos, Madrid, 1977, p. 164. Véase también GERMÁN, C. Daniel: *Objeto y causa de las sociedades comerciales*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1998, p. 117. Véase NISSEN, Ricardo A.: *Ley de Sociedades Comerciales*, t. 1, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2010, p. 727.

conforme con calificada doctrina,¹² son distintas de 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.
- 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.”¹³

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

¹² GALLO, Miguel Á., y AMAT, Joan M.: *Los secretos de las empresas familiares centenarias*, Deusto, Barcelona, 2003, p. 68.

¹³ *Ibidem*.

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 aquel con un estatuto particular derivado de su propia causa de incorporación y de su carácter de partícipe interesados en la buena marcha del negocio.¹⁴

Tal conclusión no implica considerar inaplicable el régimen societario al socio de la empresa familiar sino solo predicar, respecto de este, 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.

3. El derecho societario vs. la empresa familiar

3.1. El ADN de las empresas familiares

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.

¹⁴ OTERO LASTRES, José M.: “Junta general de accionistas de la sociedad anónima familiar”, en GARRIDO DE PALMA, Víctor M. (dir.): *La empresa familiar ante el derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*, Civitas, Madrid, 1995, p. 258.

A título de ejemplo señalamos los siguientes elementos:

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.
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.
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.
4. *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.
5. *Obligatoriedad de acuerdos 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.

3.2. Contradicciones y limitaciones de la Ley General de Sociedades

Contra ese ADN se presentan las normas internas de la Ley General de Sociedades 19.550, relativas a las relaciones de los socios entre sí y de los socios con la sociedad, que están pensadas para tutelar el interés del socio “inversor” que, como hemos visto, es distinto del interés del socio “familiar”.

En los capítulos siguientes analizaremos cada una de las contradicciones entre el régimen societario y los valores y necesidades de las empresas familiares.

3.3. Límites al elenco cerrado de socios

3.3.1. EL PRINCIPIO DE NO INGRESO DE TERCEROS EN LA EMPRESA FAMILIAR

Hemos señalado 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.

Sin embargo, como los estatutos de las sociedades familiares generalmente son estatutos “tipo” en ellos 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 socios en la S.R.L. y en la S.A.¹⁵ y, en tal caso, generarse

¹⁵ Véase de FAVIER-DUBOIS (p.), Eduardo M., y FAVIER DUBOIS (h.), Eduardo M.: “La incorporación de los herederos del

conflictos si se trata de un ingreso no aceptado por los demás.

3.3.2. 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 sean libremente transmisibles, 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.

Y, aun si hay pacto, este no podría prohibir el ingreso de terceros.

3.4. Límites a la autofinanciación y al pago de honorarios sin distribuir dividendos

3.4.1. LA REINVERSIÓN 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

socio fallecido en las sociedades comerciales”, *DSE*, n° 293, t. XXIV, Errepar, abril 2012, p. 287

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.

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

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.

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 negocio

3.4.2. LAS LIMITACIONES SOCIETARIAS

EN MATERIA DE RESERVAS Y DE HONORARIOS

La Ley General 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, requiere que las reservas sean razonables y 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 S.R.L. requieren la mayoría necesaria para reformar el contrato (art. 70, segunda parte).

Por su parte, en las sociedades anónimas, el art. 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 y se opone a tales decisiones invocando la ley de sociedades.

3.5. La gestión interna de los conflictos, fuera de los tribunales

3.5.1. 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 aquella.

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”¹⁶ (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 hermanos.¹⁷

Ni qué 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”, así como la educación recibida.

¹⁶ Véase 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, Buenos Aires, 2014, pp. 47 y ss.

¹⁷ HAPWORTH, William; Hapworth, Mada, y RATTNER HEILMAN, Joan: *Mamá te quería más a ti. La rivalidad y la amistad entre hermanos*, Javier Vergara, Buenos Aires, 1999, p. 11.

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 espinosos como modo de evitar mayores conflictos, lo que como sabemos determina que cuando el tema aparece es mucho más destructivo.

Bajo estas pautas, al existir visiones e intereses diferentes, así como 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 conflictos¹⁸ con aptitud para producir un cisma en la empresa,¹⁹ y que 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.

¹⁸ Véase de FAVIER DUBOIS (h.), Eduardo M.: “El conflicto societario-familiar: características, prevención y etapas para la construcción de la solución”, en FAVIER DUBOIS (h.), Eduardo M. (dir.): *Negociación, mediación y arbitraje en la empresa familiar*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012, pp. 701 y ss.

¹⁹ GORDON, Grant, y NICHOLSON, Nigel: *Familias en guerra. La gestión de los clásicos conflictos de los negocios familiares*, Deusto, Barcelona, 2008, p. 27.

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 a él 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.

3.5.2. 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.

¿Por qué?

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 tribu-

nales a declarar por parte de familiares y empleados, careos, etcétera.

En segundo lugar, porque la judicialización implica entrar en un camino por un tiempo indeterminado²⁰ 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 vienen de la otra parte y cierto desinterés en terminar el juicio, entre otras emociones.²¹

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.

También la judicialización permitirá la introducción de terceros, tales como veedores o inter-

²⁰ FAVIER DUBOIS (h.): “El conflicto societario-familiar...”, cit., pp. 701 y ss.

²¹ Véase CODAZZI, Santiago: “Psicología del litigio. Estudios del comportamiento”, en *LL*, Actualidad, 20/7/2013, pp. 1 a 4.

ventores, 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” familiar.²²

²² Véase FAVIER DUBOIS (h.), Eduardo 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 *XI Congreso Argentino de Derecho Societario y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, t. II, Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires, 2010, p. 5.

3.6. Límites al mantenimiento de la gestión unitaria

3.6.1. 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 accidentalmente y por cualquier razón la mayoría en una asamblea o reunión de socios, 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.

3.6.2. LA FALTA DE PREVISIONES EN LOS ESTATUTOS

Es un hecho notorio que en la mayoría de los casos, se trate o no de empresas familiares, 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 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.

3.7. Irrelevancia societaria de los pactos familiares

3.7.1. LOS ACUERDOS FAMILIARES NO ESCRITOS

Hemos señalado que en la empresa familiar existen acuerdos sobre el trabajo de los parientes

en la empresa y sobre cómo deben hacerse las cosas que no están escritos sino que integran su “cultura”. Dichos acuerdos a veces incluyen 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.

Para el régimen legal tales pactos tienen solo valor “moral” y no pueden prevalecer frente a las exigencias formales de cada tipo social. También resulta claro que, a falta de unanimidad, en el régimen societario ni los socios ni los terceros (familiares no socios) pueden utilizar gratuitamente los bienes sociales y están prohibidos los actos gratuitos (arts. 1º y 58).²³

3.7.2. 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 esta es propietaria.

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

²³ Véase de FAVIER DUBOIS (h.), Eduardo M.: “Las garantías gratuitas prestadas por sociedades comerciales en operaciones bancarias”, en *Primer Congreso Argentino e Iberoamericano de Derecho Bancario y Quinto Congreso de Aspectos Jurídicos de Entidades Financieras*, t. I, Colegio de Abogados de Lomas de Zamora, Buenos Aires, 2007, p. 265.

familia que al mismo tiempo son socios de una empresa,²⁴ que delimita el marco de desarrollo y las reglas de actuación y relaciones entre la empresa familiar y su propiedad, sin que ello su ponga interferir en la gestión de la empresa y su comunicación con terceros.²⁵

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.

²⁴ REYES LÓPEZ, María José (coord.): *La empresa familiar; encrucijada de intereses personales y empresariales*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, p. 15. Véase nuestro trabajo “El protocolo de la empresa familiar como instrumento de prevención de conflictos”, en *DSE*, n° 244, Errepar, marzo 2008.

²⁵ CASADO, Fernando: “El compromiso del Instituto de la Empresa Familiar en la institucionalización del protocolo familiar en España”, en AMAT, Joan M., y CORONA, Juan F. (eds.): *El protocolo familiar. La experiencia de una década*, Colección del Instituto de la Empresa Familiar, Deusto, Barcelona, 2007, p. 9.

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.

3.7.3. EL VALOR DEL PROTOCOLO

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 técnico.²⁶

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 mismos, o asignado por los firmantes,

²⁶ SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes: “Estatutos sociales y pactos parasociales en sociedades familiares”, en SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes (coord.): *Régimen jurídico de la empresa familiar*, Aranzadi, Navarra, 2010, p. 55.

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.

3.8. Las alternativas para superar tales dificultades en la ley 19.550. Tipos sociales y cláusulas especiales

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 reducir las restricciones y aumentar la compatibilidad, las que analizaremos a continuación.

3.8.1. LA ELECCIÓN DEL TIPO SOCIAL

MÁS ADECUADO A LA EMPRESA FAMILIAR

Sobre la base de la amplia responsabilidad en las sociedades colectivas, las opciones sobre el

tipo social adecuado en el marco de la ley 19.550 se circunscriben a elegir entre la S.R.L. y la S.A.²⁷

Tras analizar las disposiciones legales se observa que las fortalezas y debilidades de una y otra aparecen, en general, compensadas para la empresa familiar.

Para una empresa familiar en su primera generación y sin una complejidad especial la S.R.L. parece el tipo más adecuado por su carácter personalista y más económico.²⁸

Cuando la familiar y la empresa crecen la figura de la S.A. se ubica como mejor predisputa.

Cómo se ve, el diverso estado de la familia (primera, segunda o tercera generación) y de la empresa (fundación, crecimiento, estabilidad, expansión) determinarán la conveniencia de adoptar uno u otro tipo.

Sin embargo, la clave radica en la estructuración interna que se establezca más allá del tipo social elegido, destacándose que la S.A. presenta algunas ventajas al permitir mayores formalizaciones pero, al mismo tiempo, carece de la posibilidad de garantizar la estabilidad del administrador

²⁷ No se descarta como opción a la sociedad en comandita por acciones, sin embargo la responsabilidad ilimitada del socio solidario y la poco clara estructuración legal del tipo la hacen difícilmente aconsejable.

²⁸ DE LA VEGA GARCÍA, Fernando L.: "Formas societarias y empresa familiar", en SÁNCHEZ RUIZ (coord.): ob. cit., pp. 38 y ss.

frente al principio mayoritario, que sí la tiene la S.R.L.²⁹

A su vez la S.R.L. aparece mejor preparada para resistir los conflictos internos³⁰ mientras que la S.A. está mejor capacitada para crecer y actuar en el exterior.³¹

3.8.2. INSERCIÓN DE CLÁUSULAS ESPECIALES EN LOS ESTATUTOS³²

Pasamos ahora revista a diversas cláusulas que pueden insertarse en los estatutos de las S.A. y/o S.R.L. que pueden ser consistentes con la empresa familiar y/o con el protocolo familiar, clasificadas según el área donde se ubican:

²⁹ Según el maestro Julio Otaegui, solo en la S.A. del art. 299 de la L.S. existiría orden público societario, por lo que tanto la S.R.L. como la S.A. cerrada serían aptas para la E.F., conforme opinión vertida.

³⁰ Téngase en cuenta que no está sujeta a fiscalización estatal (arts. 299 y 300, L.S.) y, en consecuencia, el poder del minoritario en conflicto no podrá acrecentarse por la intervención de la autoridad de contralor (denuncias, multas, concurrencia de inspectores, asambleas administrativas, pedidos judiciales de intervención y disolución, etc.). Véase de los autores "Los conflictos societarios en el ámbito de la Inspección General de Justicia", *DSE*, n° 269, t. XXII, Errepar, abril 2010, p. 340.

³¹ SÁNCHEZ RUIZ: "Estatutos sociales...", en SÁNCHEZ RUIZ (coord.): ob. cit., p. 44.

³² FAVIER DUBOIS (h.), Eduardo M.: "Cláusulas contractuales y pretensiones judiciales en los conflictos societarios en S.R.L. Estrategias a la luz de la jurisprudencia", en *Nuevas doctrinas judiciales en materia de sociedades comerciales*, Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires, 2009, p. 65.

a) La empresa, la familia y sus valores

Cláusula sobre el carácter de empresa familiar de la sociedad comercial de que se trate.³³

b) Relaciones y límites entre familia y empresa

- Constituciones de reservas estatutarias para la financiación de la sociedad (art. 63, inc. 2º, II, b).³⁴
- Criterios para el reparto de dividendos (arts. 68 y 234, inc. 1º).
- Reservas estatutarias con fines de ayudas familiares fijadas por reglamento (art. 63, inc. 2º, II, b).
- Previsión de reglamento sobre contratos (préstamos) de administradores y socios con la sociedad y pacto del beneficio de competencia (art. 271).
- Previsión de un reglamento sobre el uso de bienes sociales (art. 271).
- Previsión de un reglamento sobre el trabajo de familiares en la empresa (art. 23, L.C.T.).³⁵

³³ Véase *infra*, Capítulo Tercero, apart. 8.

³⁴ FAVIER DUBOIS (h.), Eduardo M.: “La financiación de la empresa familiar y sus resultados contables frente a la liquidación de la sociedad conyugal”, *LL*, 2010-C, 1225 y ss.

³⁵ Véase MARINELLI, José L.: *Reglamentos internos de las sociedades comerciales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, p. 105.

c) Reglas de administración y buen gobierno

- Condiciones requeridas para ser director o gerente (arts. 157 y 256).³⁶
- Funciones diferenciadas del directorio o la gerencia (arts. 157 y 274).
- Fijación de los honorarios de directores y gerentes (arts. 71 y 261).
- Previsión de reglamento sobre funcionamiento del directorio o de la gerencia (arts. 5º, 157 y 260).³⁷
- Sometimiento de ciertas decisiones del directorio o gerencia a la asamblea (art. 234, inc. 1º).
- Previsión de un reglamento sobre funcionamiento de la asamblea o del órgano de gobierno (arts. 5º, 159 y 233).³⁸
- Mayorías agravadas o reducidas para ciertas decisiones en interés familiar o personal de los familiares (arts. 160, 243 y 244).³⁹

³⁶ Véase FAVIER-DUBOIS (p.), Eduardo M., y FAVIER DUBOIS (h.), Eduardo M.: “Condiciones estatutarias para el desempeño del cargo de director de sociedad anónima”, *DSE*, n° 279, t. XXII, Errepar, febrero 2011, p. 141.

³⁷ FAVIER DUBOIS (h.), Eduardo M., y FAVIER-DUBOIS (p.), Eduardo M.: “El reglamento del directorio en la sociedad anónima”, *DSE*, n° 271, t. XXII, Errepar, julio 2010, p. 704.

³⁸ FAVIER DUBOIS (h.), Eduardo M., y FAVIER-DUBOIS (p.), Eduardo M.: “La convocatoria a asamblea de sociedad anónima a pedido de un socio”, *DSE*, n° 274, t. XXII, Errepar, septiembre 2010, p. 977.

³⁹ FAVIER DUBOIS (h.), Eduardo M., y FAVIER-DUBOIS (p.), Eduardo M.: “Resoluciones sociales en la S.R.L. los problemas del modo de deliberar, *quorum*, mayorías y el voto del minoritario”, *DSE*, n° 264, t. XXI, Errepar, noviembre 2009, p. 1217.

- Previsión de una reglamentación del funcionamiento de la sindicatura y del consejo de vigilancia (arts. 5º, 281 y 284).
- Reglamentación del derecho de información del socio para evitar conflictos e interferencias (art. 55).⁴⁰
- Mecanismos de desempate y de manejo del *impasse* en las sociedades de hermanos con iguales tenencias (50 y 50) (arts. 160, 243 y 244).

d) Manejo de las comunicaciones y relaciones personales

- Creación de un comité o consejo consultivo que cumpla la misión del Consejo de Familia, con funciones de dictamen previo necesario pero no vinculante.⁴¹

⁴⁰ FAVIER DUBOIS (h.), Eduardo M., y FAVIER-DUBOIS (p.), Eduardo M.: “El derecho de información del socio y el examen de los libros sociales: funcionamiento, alcances y límites”, *DSE*, n° 273, t. XXII, Errepar, agosto 2010, p. 821.

⁴¹ En España, el Real Decreto 17/2007 admite la inscripción de una cláusula de creación de un Comité Consultivo, con funciones de asesoramiento, como modo de dar cabida a un órgano familiar. Véase VERDÚ CANETE, María José: “Estructura orgánica de la sociedad familiar”, en SANCHEZ RUIZ (coord.): ob. cit., p. 95. Véase en nuestro país ARECHA, Martín: “Órganos societarios voluntarios no típicos (utilidad en el funcionamiento y la resolución de conflictos en las sociedades, particularmente en las de familia)”, en *XI Congreso Argentino de Derecho Societario. VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, t. I, Fidas, Buenos Aires, 2010, pp. 49 y ss.

- Previsión de notificaciones personales adicionales y previas a las asambleas de S.A. (art. 237).
- Reglamentación de la utilización de medios informáticos para las comunicaciones entre los socios (TICS) (arts. 159 y 237).

e) Distribución y mantenimiento de la propiedad en manos de la familia

- Limitaciones a la transferencia de acciones o cuotas de modo de evitar el ingreso de no familiares (arts. 153 y 214).⁴²
- Cláusulas de acompañamiento o de arrastre en los casos de transferencias de acciones o cuotas (arts. 153 y 214).
- Criterios y sistemas para la determinación previa del valor de las acciones o cuotas en caso de transferencia o adquisición por la sociedad (arts. 13, 92 y 245).⁴³

⁴² Véase CUESTA LÓPEZ, José V.: *Mecanismos jurídicos para la defensa de la empresa familiar*, Organismo Público Valenciano de Investigación, Valencia, 2001, pp. 89 y ss. Véase también FAVIER DUBOIS (h.), Eduardo M.: “Cláusulas de limitación a la transmisibilidad de las acciones”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, t. II, Errepar, agosto de 1989, p. 248, y en FAVIER DUBOIS (h.), Eduardo M. (dir.): *Transferencias y negocios sobre acciones*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, p. 153.

⁴³ FAVIER DUBOIS (h.), Eduardo M., y FAVIER-DUBOIS (p.), Eduardo M.: “El cómputo del último balance de ejercicio a los efectos de la determinación del valor real de las acciones en caso de transferencia voluntaria”, *DSE*, n° 259, t. XXI, Errepar, junio 2009, p. 643.

- Cláusulas que autorizan la salida voluntaria de socios bajo ciertas condiciones financieras (art. 89).
- Compra por la sociedad de sus propias acciones o cuotas, con o sin aumento de capital (arts. 153 y 220).⁴⁴

f) El proceso de sucesión en la propiedad y en la gestión

- Duración indeterminada del cargo de gerente como condición del contrato para programar la sucesión en la gestión en la S.R.L. e independizarla de la sucesión en la propiedad (art. 157, *in fine*).
- Cláusulas que reglamenten la incorporación de los herederos (arts. 155 y 209).
- Cláusulas de no incorporación de herederos de modo de evitar el ingreso de parientes políticos o el aumento desproporcionado de los socios familiares, al adquirir su parte los otros socios y/o la sociedad, pudiendo financiarse con un sistema de seguros cruzados (arts. 89 y 155).⁴⁵

- Diversas clases de acciones por ramas familiares para la sucesión en la propiedad en la S.A. (art. 207).
- Amortización de acciones y emisión de bonos de goce para directores que se retiren en la S.A. (arts. 223 y 228).
- Beneficios para los fundadores (art. 185).
- Reglamentación del usufructo y condominio de acciones o cuotas por parte de donatarios y herederos (arts. 156, 207 y 218).

g) Conflictos, ejecución e interpretación

- Mecanismos para detectar, gestionar y solucionar conflictos entre los socios y entre estos y la sociedad.⁴⁶
- Condicionamientos a la calidad de socio para ser apoderado de socios en las asambleas (art. 239, L.S.).
- Cláusula arbitral para dirimir conflictos (arts. 75, resol. gral. IGJ 7/05, y 38, dec. 677/01).⁴⁷
- Cláusulas penales por determinados incumplimientos (art. 11, inc. 8º).⁴⁸

⁴⁴ Véase FAVIER DUBOIS (h.), Eduardo M., y FAVIER-DUBOIS (p.), Eduardo M.: “La compra de propias cuotas por la S.R.L., la demanda y el derecho de información del socio en un caso judicial”, *DSE*, n° 265, t. XXI, Errepar, diciembre 2009, p. 1317.

⁴⁵ GLIKIN, Leonardo J., y HERS, Liliana I.: “Buy-sell agreement (convenios de compraventa de participación societaria *mortis causa*)”, en *XI Congreso Argentino de Derecho Societario. VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, t. II, Fidas, Buenos Aires, 2010, pp. 133 y ss.

⁴⁶ FAVIER DUBOIS (h.), Eduardo M.: “Los conflictos societarios. Prevención, gestión y solución”, *LL*, 2010-E, 675. Véase también *Negociación, mediación y arbitraje en la empresa familiar*, cit.

⁴⁷ FAVIER DUBOIS (h.), Eduardo M., y FAVIER-DUBOIS (p.), Eduardo M.: “Negociación, mediación y arbitraje en los conflictos societarios”, *DSE*, n° 281, t. XXIII, Errepar, abril 2011, p. 381.

⁴⁸ Admitidas expresamente por el Real Decreto 171/2007 de España.

- Causales de exclusión de socios por conducta en cualquier tipo social y reglamentación del derecho de defensa (arts. 89 y 91).⁴⁹
- Creación de una prestación accesoria consistente en suscribir y/o cumplir el protocolo que sea obligatoria para los nuevos adquirentes de las acciones y con exclusión del socio para el caso de incumplimiento (art. 50).⁵⁰
- Cláusula de cómo interpretar las cláusulas del estatuto y reglamentos (art. 11, inc. 8º).

3.8.3. OTROS INSTRUMENTOS PARA LA ESTRUCTURACIÓN JURÍDICA DE LA EMPRESA FAMILIAR

Las limitaciones y restricciones propias de la Ley General de Sociedades, disimuladas pero no superadas por la elección del tipo social y por la inserción de cláusulas especiales, han dado lugar a una serie de instrumentos contractuales tendientes a superarlas o, al menos, a reducir sus impactos sobre las empresas familiares.

Es así que existe, además de las herramientas societarias, 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

⁴⁹ FAVIER DUBOIS (h.), Eduardo M., y FAVIER-DUBOIS (p.), Eduardo M.: “La exclusión de socios en la sociedad anónima”, *DSE*, n° 282, t. XXIII, Errepar, mayo 2011, p. 504.

⁵⁰ Véase *infra*, Capítulo Tercero, apart. 7.2.

seguros de vida, todos para reforzar la validez y el cumplimiento de los pactos sociales.

No obstante y, como se señaló, subsisten importantes brechas entre la empresa familiar y el sistema societario de la ley 19.550 con aptitud para generar conflictos e inseguridades.



VENTAJAS DE LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA PARA LA EMPRESA FAMILIAR

Analizada la brecha entre “empresa familiar” y Ley General de Sociedades 19.550, veremos en este capítulo cómo la sanción de la ley 27.349, que creó a la “sociedad por acciones simplificada”, permite eliminar esa brecha si se aprovechan sus grandes ventajas.

I. Ventajas “generales” que brindan las S.A.S.

Ya hemos señalado que la S.A.S. presenta, en general y para cualquier usuario, una serie de ventajas y facilidades comparativas respecto de los otros tipos sociales que han sido mencionadas en el Capítulo Primero.

Reiteramos aquí las ventajas que nos parecen más relevantes:

- No paga tasa anual ni debe presentar sus balances a la autoridad de contralor (Inspección General de Justicia).
- Aunque el capital exceda los \$10.000.000 o haga oferta pública de acciones por vía de *crowdfunding*, no está sujeta a las reglas ni a la fiscalización permanente del art. 299 de la L.G.S.
- Pueden ser unipersonal sin quedar sometida a las reglas ni al control de la autoridad de aplicación (I.G.J.).

- Puede realizar asambleas sin publicar edictos aunque no sean unánimes.
- Puede optar por tener una gerencia o un directorio, y ser dirigida por un gerente o por un presidente.
- Puede tener acciones con distintos derechos y sin voto, así como reconocer distintos beneficios por iguales aportes y viceversa.
- Puede manejar su contabilidad y su gestión interna por medios totalmente digitales, incorporando la “revolución informática” a los procesos interiores de la sociedad y a las reuniones de administradores y de socios.
- Tiene gran libertad para incorporar a sus estatutos las cláusulas relativas a los derechos de los socios y a sus relaciones con la sociedad, con el único límite de no afectar a terceros.
- En consecuencia, puede incorporar al “pacto de socios” o “convenio de sindicación de acciones” dentro de las cláusulas del estatuto y darle carácter de obligatorio y oponible, incluyendo las cláusulas “tag alone” y “drag alone” y el propio “plan de empresa”.

2. Ventajas “especiales” para una empresa familiar

Corresponde ahora señalar algunas ventajas adicionales que la empresa familiar podrá obtener sea si se “constituye” como S.A.S., o sea si

se “transforma” en S.A.S. abandonando su tipo societario actual.

Estas ventajas son congruentes con el ADN de las empresas familiares y apuntarán directamente a su fortalecimiento y continuación en el tiempo.

Destacamos las siguientes:

- Prohibición de transferencia de acciones por diez años.
- 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.

Dichas ventajas se desarrollarán en los apartados siguientes.

3. Prohibición de transferencia de acciones por diez años. Otras limitaciones

3.1. Normativa y alcances

El art. 48 de la ley 27.349 de Apoyo al Capital Emprendedor, en su segunda parte, dispone: “El instrumento constitutivo podrá estipular la prohibición de la transferencia de las acciones o de alguna de sus clases, siempre que la vigencia de la restricción no exceda del plazo máximo de diez (10) años, contados a partir de la emisión. Este plazo podrá ser prorrogado por períodos adicionales no mayores de diez (10) años, siempre que la respec-

tiva decisión se adopte por el voto favorable de la totalidad del capital social.

Las restricciones o prohibiciones a las que están sujetas las acciones deberán registrarse en el Libro de Registro de Acciones. En las acciones cartulares deberán transcribirse, además, en los correspondientes títulos accionarios. Tratándose de acciones escriturales, dichas restricciones deberán constar en los comprobantes que se emitan.

Toda negociación o transferencia de acciones que no se ajuste a lo previsto en el instrumento constitutivo es de ningún valor.

Esta ventaja es fundamental para lograr el control del elenco social evitando el ingreso indeseado de socios, sea por vía de venta o donación de otro socio, sea por vía de herencia, liquidación de sociedad conyugal o remate.

Entendemos que la prohibición, en la medida en que esté expresamente incorporada a los estatutos e inscrita en el Registro Público de Comercio, es oponible a los terceros.

En consecuencia, estos no podrán ingresar a la sociedad por diez años, ni aun en caso de muerte, divorcio o remate, siendo sus derechos similares a los de los acreedores del socio en la sociedad colectiva (art. 57, párr. 1º, L.G.S.) pero solo durante el plazo pactado, produciéndose el ingreso con posterioridad.

Ahora bien, el estatuto puede incorporar al mismo tiempo el derecho de preferencia, para una vez vencidos los diez años, para fortalecer el impedimento del ingreso de socios no deseados.

En tal caso es fundamental prever un mecanismo o pautas para la valoración de las acciones y, sobre todo, una forma de pagar el precio en forma financiada de modo de no afectar gravemente la caja social o las economías de los otros socios.

3.2. Otras previsiones

Para los casos de derecho de preferencia es interesante prever la compra por la sociedad de sus propias acciones o cuotas, con o sin aumento de capital (comp. arts. 153 y 220, L.G.S.) .

También el estatuto podrá disponer condiciones para ser socio, como por ejemplo ser descendiente sanguíneo del fundador, limitación que se justifica mientras se trate de una empresa familiar.

Es muy importante, frente a la prohibición de transferencia, que el estatuto prevea la autorización para la salida voluntaria de socios bajo ciertas condiciones financieras.

En cuanto al mantenimiento del poder del “pater”, en los casos de donaciones de acciones a sus hijos, podrá hacerse con “reserva de usufructo” en favor del donante, quien podrá retener, inclusive, todos los derechos políticos como derivación de la gran flexibilidad estatutaria de la S.A.S.

Finalmente, es posible incorporar una cláusula de exclusión del socio que permita separar al familiar en conflicto por aplicación del art. 91 de la L.G.S. a la S.A.S., reglamentando los casos de “justa causa” vinculados al funcionamiento de la empresa familiar.

4. Incorporación del régimen de autofinanciación. Retribuciones

Como dijimos, es del ADN de la empresa familiar reinvertir sus ganancias en el negocio, lo que lleva a no repartir dividendos y a retribuir a los familiares que trabajan en la administración de la empresa con honorarios.

Ello exige establecer en los estatutos cuáles serán los criterios para disponer de los resultados, sea por vía de reservas, de aumentos de capital o de distribución, pudiéndose tener en cuenta, al respecto, las relaciones entre activos corrientes y pasivos corrientes.

También será importante dejar establecidas las pautas para los honorarios de directores y gerentes y para las demás retribuciones.

5. La solución amigable de conflictos y el arbitraje

5.1. Fundamentación

El art. 57 de la ley 27.349 dispone: “En caso que se suscitaren conflictos, los socios, los administradores y, en su caso, los miembros del órgano de fiscalización, procurarán solucionar amigablemente el diferendo, controversia o reclamo que surja entre ellos con motivo del funcionamiento de la S.A.S. y el desarrollo de sus actividades, pudiendo preverse en el instrumento constitutivo un sistema de resolución de conflictos mediante la intervención de árbitros”.

Esta cláusula es fundamental y hace al ADN de la empresa familiar que necesita, en primer lugar, poder gestionar sus conflictos dentro del ámbito familiar y privado, por medio del Consejo de Familia u otro órgano competente.

En segundo término, si el conflicto no puede solucionarse por negociación, mediación o buenos oficios, deberá ser enviado al arbitraje.

Es que es fundamental mantener los conflictos fuera de los tribunales tanto por privacidad como por contingencias fiscales como por impactos internos y externos que pueden llevar a su destrucción.

Como se señaló, la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor expresamente prevé la posibilidad de gestionar y resolver las controversias por medios extrajudiciales en normativa que, al ser posterior al Código Civil y Comercial de la Nación, no se ve afectada por el límite del art. 1661 b de dicho Código, aun cuando el estatuto de la S.A.S. pueda considerarse un “contrato por adhesión” frente a un nuevo socio que se incorpora.

5.2. Otras reglamentaciones

También pueden reglamentarse las impugnaciones a las decisiones sociales en forma diversa a la del art. 251 de la L.G.S. estableciendo otros plazos y otras consecuencias y remitiéndolas a un tribunal arbitral.

Igualmente puede reglamentarse el derecho de información del socio, para que no obstaculice el funcionamiento social, así como admitirse expre-

samente la “aprobación de la propia gestión” con efectos intrasocietarios y sin que afecte la situación de terceros.

Un tema fundamental es el del “empate” en empresas familiares donde hay dos ramas con el 50% cada una. Para ello son fundamentales las cláusulas que incorporan mecanismos de desempate, sea en el órgano de administración o sea en el órgano de gobierno.⁵¹

6. El mantenimiento de la unidad en la gestión

La S.A.S. permite incorporar cláusulas que permitan mantener la administración de la sociedad conforme a los intereses familiares.

En cuanto a la persona del administrador, sin perjuicio de exigir que sea una “persona humana” la ley 27.349 permite que el estatuto fije libremente la duración de los cargos de los administradores, lo que posibilita que sean elegidos sin plazo de terminación, o que se establezca un sistema de suplencias, o que se prevea que al cesar una persona (v. gr., el padre), el administrador será otra determinada (v. gr., uno de los hijos).

También el estatuto puede establecer las condiciones requeridas para ser administrador al

⁵¹ Véase FAVIER DUBOIS (h.), Eduardo M., y FAVIER-DUBOIS (p.), Eduardo M.: “Las sociedades al cincuenta por ciento: empate, paralización y liquidación. Instrumentos y acciones legales de prevención o superación”, *DSE*, n° 306, t. XXV, Errepar, mayo 2013, p. 451.

imponer la pertenencia a la familia o a una rama familiar.

En lo que se refiere a los órganos de la administración, la ley permite elegir libremente su nombre y funcionamiento. Es así que la S.A.S. familiar podrá tener “gerencia” o “directorío” y ser dirigida por un “gerente” o por un “presidente” o, lisa y llanamente, por un “administrador”, reglamentando libremente la organización cuando se trate de un órgano colegiado, donde puede ser muy importante establecer “funciones diferenciadas”. También podrá denominar al órgano de administración como “Consejo de Administración” o de cualquier otra forma.

En materia de remoción, puede pactarse que no pueda hacerse por mayoría, sino que requiera “justa causa”, lo que garantiza la permanencia del administrador frente a las decisiones circunstanciales.

También podrá asegurarse la no remoción por mayoría del administrador mediante algún sistema de acciones con voto plural o de “clases de acciones” o de “veto” del fundador.

Adicionalmente, puede incorporarse algún órgano con un carácter “consultivo” o con “derecho de veto”, como puede ser el “Consejo de Familia”, propio de las estructuraciones familiares.

Es importante también, la posibilidad de profesionalizar la gestión y de incorporar algunas reglas de “Gobierno Corporativo”, así como reglas y códigos de ética en materia de *Compliance*.

7. Incorporación de acuerdos sociales con carácter obligatorio

7.1. Casos en los que hay protocolo de empresa familiar

Dada la flexibilidad estatutaria y el principio de libertad, es posible que el estatuto de la S.A.S. incorpore diversas cláusulas del protocolo de la empresa familiar y, de tal modo, ellas se hagan obligatorias para los socios y oponibles a los terceros, mientras no vulneren la normativa de la S.A.S. (véase Capítulo Primero, apart. 4.1).

En consecuencia el estatuto podrá trasladar algunos de los contenidos del protocolo de empresa familiar que, básicamente, se refieran a las siguientes temáticas:

- Historia y valores de la familia y de la empresa.
- Trabajo de familiares en la empresa.
- Relaciones entre sueldos y dividendos.
- Profesionalización de la administración.
- Regulación de los flujos de fondos.
- Gestión de la familia.
- Consejo de familia y *family office*.
- Plan de sucesión en el liderazgo.
- Plan de transmisión de la propiedad.
- Sanciones y ejecución.

7.2. La “prestación accesorias” de suscribir el protocolo

Como una opción de menor fuerza pero que puede interesar por la confidencialidad, puede

incorporarse, en lugar de cláusulas de protocolo, la obligación de suscribirlo.

Cabe recordar al respecto que el régimen legal de las sociedades anónimas expresamente admite la posibilidad de “prestaciones accesorias”, con sus características de potestativas, admisibles en toda sociedad regular, no integrantes del capital, fundadas en el contrato social, con objeto preciso que veda las prestaciones dinerarias y con una naturaleza jurídica que se ha definido como de “cuasi aportes”.⁵²

La normativa está contenida en el art. 50 de la ley 19.550 que establece que la transmisión de las acciones a las que las prestaciones accesorias sean conexas requerirá, además de su nominatividad (hoy general), la conformidad del directorio.⁵³

El mismo art. 50, en su inc. 1º, impone al contrato social precisar las sanciones a aplicar al socio en caso de incumplimiento de la prestación.

En dicho ámbito, entendemos que resulta posible pactar en los estatutos sociales una prestación accesorias por la cual todos los socios se obligan a “suscribir” el protocolo de la empresa familiar.

De tal suerte, el ingreso de nuevos socios, por vía de transmisión entre vivos o por causa de muer-

⁵² FAVIER-DUBOIS (p.), Eduardo M. :“Las prestaciones accesorias. Perspectiva, actualidad y prospección de un valioso instituto”, en *RDCO*, Año 24, t. 1991-B, p. 90, n° 1.6.

⁵³ Véase Vítolo, Daniel R.: *Aportes, capital social e infracapitalización en las sociedades comerciales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 226.

te, los obligará a cumplir con la suscripción del protocolo y, por ende, los sujetará a sus normas.⁵⁴

Si bien está discutida la posibilidad adicional de incluir también como prestación accesoria el debido “cumplimiento” del protocolo,⁵⁵ entendemos que las objeciones deben ceder siempre que el protocolo se encuentre a disposición de los socios en la sede social y se haga una puntual remisión a sus cláusulas determinadas con contenidos específicos.

7.3. Otros acuerdos familiares

Cuando no hay protocolo, otros acuerdos familiares pueden ser incorporados a los estatutos de la S.A.S., por ejemplo las reglas para el trabajo de familiares en la empresa, el uso por los familiares de los bienes sociales y los préstamos o ayudas familiares, materias que siempre plantean importantes conflictos.

8. Cláusula sobre la pertenencia a una empresa familiar

Finalmente, juzgamos muy importante insertar una cláusula donde conste la condición de empresa familiar en el estatuto o contrato social,⁵⁶

⁵⁴ DIEZ SOTO, Carlos M.: “El protocolo familiar: naturaleza y eficacia jurídica”, en SÁNCHEZ RUIZ (coord.): ob. cit., p. 181.

⁵⁵ SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes: “Estatutos sociales y pactos parasociales en sociedades familiares”, en SÁNCHEZ RUIZ (coord.): ob. cit., pp. 52 y ss.

⁵⁶ Es la opinión del Dr. Oscar Cesaretti, la que compartimos.

en tanto ello implicará reconocimiento de tal condición por todos los socios y, al mismo tiempo, la aplicación de criterios valorativos específicos en la interpretación correspondiente.

Tal circunstancia se proyecta sobre la cuestión de la normativa supletoria aplicable donde habrá que juzgar si una norma supletoria de la ley 19.550 es o no compatible con el carácter de empresa familiar de la sociedad.

Al respecto, una cláusula recomendable podría ser la siguiente:

“La presente sociedad se regirá por lo establecido en el presente estatuto y disposiciones complementarias. En lo que no esté previsto, regirán las disposiciones de la ley 27.349. Las disposiciones de la Ley General de Sociedades 19.550 solo se aplicarán en los siguientes casos: *a*) cuando en el presente estatuto se haga expresa remisión a ellas; *b*) para juzgar la responsabilidad de los administradores y la liquidación; *c*) en los casos no previstos siempre que sus disposiciones se concilien con la ley 27.349, con lo establecido en el estatuto y con el carácter de empresa familiar de la sociedad”.

COLOFÓN

Una gran oportunidad ha aparecido en el mundo de las empresas familiares.

Se trata de la “sociedad por acciones simplificada”, la nueva estrella del derecho societario.

Como se dijo, es un tipo societario originalmente pensado para las necesidades de los emprendedores “millenials”, digitales y “de garaje” pero que, al permitir una enorme libertad en materia de relaciones de los socios entre sí y respecto de la sociedad, tiene capacidad para atender otras finalidades.

Entre ella aparece el mundo de las empresas familiares, con sus complejas relaciones humanas, empresarias y legales, las que exigen la elaboración de un “traje a medida” y su adecuada contención bajo la forma de sociedad comercial siendo la S.A.S. el tipo social ideal para ello.

Hacemos votos para que las familias empresarias, alentadas por sus asesores, adopten este nuevo tipo social y puedan transitar, con la mayor seguridad, un camino de fortalecimiento y continuidad.

En definitiva se trata de un momento en que la nueva estrella de la S.A.S. y el viejo mundo de las empresas familiares están alineados en el espacio. ¡Aprovechémoslo!

