

Título: Empresa familiar

Autor: Medina, Graciela

Publicado en: LA LEY 13/09/2010, 13/09/2010, 1 - LA LEY2010-E, 920

Cita: TR LALEY AR/DOC/4625/2010

Sumario: I. Introducción. II. Importancia económica de la empresa familiar. III. Concepto de empresa familiar. IV. Aspectos positivos y negativos de la empresa familiar. V. Soluciones en el ámbito de la Unión Europea. VI. Soluciones en Colombia. VII. Soluciones en el derecho sucesorio. Posibilidad de celebrar pactos sobre herencia futura en forma excepcional. "Pactos de familia". VIII. El Protocolo Familiar. IX. Conclusiones.

"El solapamiento entre la familia, el negocio y la propiedad no está siempre bien equilibrado. Las divergencias entre la multitud de agentes e intereses involucrados pueden causar conflictos, e incluso pueden poner en peligro la existencia de la compañía y la estabilidad de la familia. Los riesgos aumentan con las transferencias intergeneracionales ya que al pasar a la segunda generación crece la complejidad de la familia en su relación con el negocio. Además de la habitual gestión de las competencias empresariales, la composición especial de las empresas de familia requiere un tipo especial de gestión, que pretende reducir al mínimo las posibles tensiones, en particular en la familia y entre la familia y los aspectos del negocio".

I. Introducción

Antiguamente la familia era considerada fuente de producción y de consumo, ya que ella generaba bienes tanto para satisfacer las necesidades de sus integrantes como para la venta o intercambio. Con el advenimiento de la revolución industrial, se dejó de considerar a la familia como una fuente de creación de bienes y servicios, y se la relegó al consumo.

En este sentido, Castán Tobeñas señala que en la edad moderna la familia ha perdido también su carácter económico, pues la antigua producción doméstica —que hacía de la familia una especie de grupo cooperativo que trabajaba y explotaba en común el patrimonio familiar— ha cedido el puesto a la organización industrial. (1)

Hasta hace muy poco tiempo ninguna importancia se le daba a la familia como generadora de riquezas, y su relación con la economía venía dada solamente por la forma en que ésta afectaba en las relaciones de sus integrantes. Los estudios, tanto en las ciencias jurídicas como en las económicas, se limitaban a determinar: la influencia entre el divorcio y la falta de empleo, (2) la incidencia del desempleo en la violencia familiar, o la relación entre la quiebra y la estabilidad del matrimonio. (3)

Hoy podemos afirmar que la familia recupera su importancia económica como unidad de producción de bienes y servicios a través de la empresa familiar, de allí que resulta necesario un estudio interdisciplinario (4) de todos los elementos jurídicos relacionados con el derecho de familia y sucesiones, que favorezcan tanto a la constitución como a la gestión de las empresas familiares, para evitar que la elección inadecuada de las formas societarias organizativas o una incorrecta administración o una deficitaria liquidación, produzcan consecuencias negativas que impacten perjudicialmente tanto en las relaciones familiares como en las empresariales.

Consideramos que en una economía de mercado, la organización empresarial es la pieza clave puesto que, si no hay empresa, no hay creación de fuente de trabajo, ni de riquezas, y si éstas desaparecen, se produce la pérdida del empleo y aumenta la pobreza.

Por otra parte, estimamos que la pérdida de empleo y de riqueza económica es siempre lamentable, pero es más injusta cuando no se debe a las fuerzas del mercado sino a dificultades familiares que pudieron haber sido superadas mediante la utilización adecuada de las herramientas que provee el derecho de sociedades, de sucesión, de régimen patrimonial del matrimonio y el derecho fiscal, así como una especialización de los profesionales en este tema que en el derecho argentino se encuentra muy poco estudiado (5) y que necesariamente debe ser abordado interdisciplinariamente.

La incidencia que en el desarrollo de la economía está teniendo y tendrá en el futuro la empresa familiar, está fuera de toda duda, ya que la gran mayoría de las empresas en todos los países en los que se ha respetado la libertad de iniciativa son empresas familiares.

Estas empresas, como cualquier otra, sufren las crisis económicas que afectan al país, a la economía regional y a la mundial; pero además se ven afectadas por problemas de constitución, de funcionamiento y de sucesión, que están relacionados con su característica familiar. (6) Prueba de ello es que pocas empresas familiares logran sobrevivir a su creador y las investigaciones realizadas indican que un 70%, no pasa la segunda generación, y que del 30% que lo consigue, tan solo un 15% continúan activas en la tercera.

La estrecha relación que tienen las empresas familiares con el desarrollo económico del país en general y con la estabilidad económica de la familia en particular hace que resulte importante el conocimiento de su

problemática a fin de tratar de contribuir a superar sus dificultades para aumentar la tasa de supervivencia al pasar de una generación a la siguiente, y para evitar que los problemas familiares influyan negativamente en su constitución y desarrollo. (7)

El objeto del presente trabajo es, por un lado, establecer la importancia económica de la empresa familiar, dar su concepto, determinar cuáles son sus principales ventajas y cuáles sus desventajas; y por otra parte, precisar de qué forma en el derecho comparado se han tratado de superar las debilidades, definir cuáles son los instrumentos jurídicos que benefician su desarrollo y detenernos en el estudio del protocolo familiar.

II. Importancia económica de la empresa familiar

Para establecer la importancia económica de la empresa familiar, hay que tener en cuenta qué porcentaje representan en la cantidad de empresas de un mercado común, y de un país, y en el volumen económico del espacio regional y de cada economía nacional.

A nivel global un estudio de Harvard de 2001, determinó que las empresas familiares representan 2/3 del total mundial. (8)

Si tomamos en cuenta la Unión Europea podemos observar que en ella hay aproximadamente 17 millones de empresas familiares, (9) que emplean a 45 millones de personas, que el 75% de las empresas son familiares y que 25 de las 100 mayores empresas son de familia. Existen 200 empresas familiares dentro de las 1000 primeras Compañías europeas (con una cifra de ventas superior al billón de euros y más de 5 millones de empleo). Estas representan el 65% del PIB y del empleo europeo y su rentabilidad está por encima de la media del total de las empresas europeas. (10)

Según algunos estudios, en Estados Unidos las sociedades de familia representan el 96% del total, producen el 50% del producto bruto interno y el 60% del empleo (aproximadamente 10 millones de personas). Por otra parte, el 37% de los integrantes de la lista Fortune, son empresas familiares. (11)

Cabe señalar que la Fundación Norteamericana Pitcairn, comparó el resultado de 205 empresas familiares con 1800 no familiares, advirtiendo que por cada dólar invertido, las familiares obtuvieron a lo largo de los 90 un rendimiento medio anual del 22%, frente al 14,5% de las otras.

Los datos proporcionados por el Instituto de la Empresa Familiar indican que del total de empresas son familiares en: Italia el 99%, en Suiza el 88%, en Inglaterra el 76%, en España el 71%, en Colombia el 70% y en Chile el 65%. (12)

En España se estiman que existen 2,5 millones de empresas familiares, lo que supone un 65% de las empresas españolas, (13) que generan entre un 65% y 70% del Producto Bruto Interno (PIB) y aproximadamente un 75% del empleo, con cerca de 9 millones de trabajadores, de los cuales más de un millón y medio son autónomos. (14) Realizan el 59% de las exportaciones españolas. El total de su facturación equivale al 70% del PIB español. El 37% de las empresas españolas que facturan más de 1000 millones de euros son familiares nacionales. El 70 % de estas empresas cotiza en Bolsa. Representa el 30% de la capitalización bursátil, pero el 50% de las empresas españolas que cotizan en bolsa son familiares. (15)

Según un estudio titulado "La empresa familiar en Cataluña", elaborado recientemente por la Universidad Pompeu Fabra y la Universidad de Barcelona, el 66% de las empresas catalanas son familiares, las cuales generan el 57,1% del empleo privado y el 54,9% del volumen de ventas sobre el total de empresas. Sin embargo, el mismo estudio pone de relieve que sólo un 15% de este tipo de empresas llega a la tercera generación con una esperanza de vida de la mitad en comparación con las no familiares. (16)

III. Concepto de empresa familiar

1. Conceptos doctrinarios

Así como es clara la importancia económica de la empresa familiar, no lo es ni su concepto, ni sus características. En gran medida la dificultad para definir la empresa familiar reside en que en ella confluyen dos instituciones: la empresa y la familia, cuyos límites en ambos casos son muy imprecisos.

Existen diferentes definiciones de empresa familiar, que coinciden en afirmar que ésta existe cuando gran parte del capital y de la administración de la hacienda operativa se encuentran en manos de integrantes de una familia. En este sentido se sostiene que:

"Empresa familiar es aquella en la que la familia posee una participación accionaria suficiente para ejercer el control y/o tiene suficiente representación en los órganos de gobierno corporativo, pudiendo o no intervenir en la gestión del día a día. Además de todo lo anterior, la familia debe haber dado pruebas explícitas de que piensa traspasar la propiedad y sus valores empresariales a la siguiente generación. (17)

En Colombia ha sido definida como aquella en donde existe entre dos o más socios un parentesco de consanguinidad hasta el segundo grado (padre, madre, hijos y hermanos) o único civil (padre o madre adoptante o hijo adoptivo), o están unidos entre sí matrimonialmente, siempre y cuando los socios así relacionados ejerzan sobre la sociedad un control económico, financiero o administrativo. [\(18\)](#)

En nuestro país se ha definido a la empresa familiar como aquella empresa en donde la mayoría accionaria se concentra en los miembros de una misma familia. [\(19\)](#)

Por su parte, Favier Dubois (h.), uno de los doctrinarios patrios que más atención ha dedicado al tema señala que se trata de una empresa, cualquiera sea su forma jurídica, que es de propiedad, conducida o controlada por un grupo familiar que hace de ella su medio de vida.

A dichos elementos objetivos podría sumársele uno subjetivo: la intención de mantener la participación familiar en la empresa y de que ésta sea el sustento de la primera. [\(20\)](#)

Por nuestra parte, no consideramos que sea necesario que los miembros de la sociedad hagan de ella su forma de vida para considerar a la empresa como familiar, ya que éste no es un rasgo distintivo, porque tanto hay empresa familiar cuando ésta constituya la fuente primordial de ingreso de sus miembros, como cuando la empresa sólo sea una de las maneras de obtener recursos, pues los problemas y beneficios que caracterizan a la organización empresarial familiar igual se presentarán.

En definitiva, hay empresa familiar cuando una parte esencial de su propiedad está en manos de una o varias familias, cuyos miembros intervienen de forma decisiva en la administración y dirección del negocio. Existe por lo tanto una estrecha relación entre propiedad y gestión o dicho de otro modo, entre la vida de la empresa y la vida de la familia.

Estamos convencidos que la empresa no se define por su tamaño, ya que puede ser una empresa individual o una sociedad de envergadura internacional en la cual el capital se mantiene concentrado mayoritariamente en las manos de los miembros de una familia. [\(21\)](#)

Tampoco se define por su forma: porque tanto puede ser empresa familiar un pequeño fondo de comercio, como cualquier sociedad comercial, incluyendo los grupos societarios.

La empresa familiar se define por la cualidad de las personas que detentan la propiedad de derechos directos (empresa individual) o indirectos (sociedades comerciales) que les confiere el poder de dirección empresarial. [\(22\)](#)

Las principales características de las empresas familiares son:

a) Que una o más familias tengan una participación importante (normalmente la mayoría) del capital social de la sociedad familiar.

b) Que la familia ejerza un control de la empresa.

c) Que algún miembro de la familia participe en la gestión de empresa.

d) Que exista una vocación de continuidad y permanencia en la propiedad y gestión de la misma, incorporando a las siguientes generaciones. [\(23\)](#)

2. Concepto erróneo

Así como pueden existir dudas sobre el concepto de empresa familiar, hay en cambio una plena certeza sobre lo que constituye un concepto errado de la misma. En este sentido, afirmamos que no se debe construir una empresa familiar con la intención de que sea el futuro refugio donde los miembros de la familia que estén menos capacitados, o lo que es peor, sean humanamente menos virtuosos, ostenten el poder. Aparte de la falta de responsabilidad social de esta forma de pensar, si esta situación se promoviera o se permitiera, se llegaría con certeza a dar cumplimiento al dicho expuesto en el título, de que "la primera generación hace una empresa familiar, la segunda generación la debilita y la tercera la entierra".

3. Concepto de la Comisión Europea

Hasta acá hemos analizado el concepto de empresa familiar desde un punto de vista doctrinario. A continuación trataremos el concepto de la Comisión Europea.

Este es importante porque es un concepto unificado, al que se llegó después de años de elaboración. Su importancia reside en que a partir de que se tiene una definición uniforme, las estadísticas son más seguras, ya que las mediciones son siempre sobre un mismo objeto, y por otra parte las medidas que tomen los gobiernos estatales o nacionales van a tener idéntico destino.

La Comisión Europea creó en el año 2007 un grupo de expertos en empresas familiares. [\(24\)](#) Estos han

definido a la empresa familiar como: [\(25\)](#)

Una empresa, cualquiera que sea su tamaño si:

1) La mayor parte del poder de decisión lo tiene la persona o personas físicas que han creado la empresa, o las personas físicas que han aportado el capital para su formación o sus cónyuges, padres o descendientes o los herederos directos de sus descendientes.

2) Al menos un representante de la familia participa formalmente en el gobierno de la empresa.

3) Las sociedades que cotizan en bolsa entran en la definición de empresa familiar si las personas que las han creado o que han aportado el capital para su formación, o sus padres, cónyuges o descendientes, tienen el 25% del poder de decisión sobre la base del capital. [\(26\)](#)

Por otra parte, han recomendado a los estados adoptar esta definición, que es la que la Comisión utiliza cuando recomienda los programas para las empresas familiares.

IV. Aspectos positivos y negativos de la empresa familiar

Para poder dar respuestas jurídicas eficaces es preciso tener en claro cuáles son los aspectos positivos de este tipo de empresa que hacen que tenga tanta importancia económica y, al mismo tiempo, detectar sus puntos negativos, que les impiden lograr un óptimo desarrollo. A saber:

Fortalezas de las empresas familiares:

a) Valores comunes: Los miembros de una familia suelen tener los mismos valores, por lo cual es más fácil construir la cultura organizacional de la empresa y mantener su homogeneización.

b) Compromiso: El compromiso de los miembros de una familia va a ser siempre mayor en este tipo de empresas, debido a que no sólo se construye una empresa sino también el futuro de las próximas generaciones de la familia en cuestión.

c) Lealtad: Los fuertes lazos familiares generan una lealtad más fuerte, sobre todo en tiempos difíciles.

d) Estabilidad: Los miembros de la familia trabajan para ellos mismos, por lo tanto poseen una estabilidad laboral mayor que en otros tipos de empresa.

e) Costos menores en tiempos difíciles: los miembros de la familia son más propensos a aceptar remuneraciones menores por el bien de la empresa que empleados contratados. [\(27\)](#)

Entre las debilidades de las empresas familiares se encuentran:

a) Resistencia al ingreso de socios no familiares. Es habitual que los directivos familiares se resistan a que parte del capital pase a manos de terceros (esta injerencia de "extraños" se considera como un fracaso de la familia; y si algún miembro de la familia quiere vender su participación, se le mira como un desertor o, peor aun, traidor).

b) Bajo valor de mercado de las participaciones societarias. A las empresas familiares tampoco les resulta fácil encontrar un tercero que quiera comprar una participación que habitualmente será minoritaria, salvo que viniera asociada con una relación comercial con la que hubiese suficiente sinergia como para beneficiar a ambas partes.

c) Maduración del negocio, crisis estructural. Es frecuente oír las frases que se leen después del título "el abuelo la funda, los hijos la debilitan y los nietos la entierran".

Si bien la frase anterior encierra a muchas situaciones reales, muchas veces la culpa hay que buscarla en los errores cometidos por los miembros de la primera generación, en la última etapa de la empresa.

d) Falta de una clara asignación de tareas y responsabilidades. Esto se da cuando el reparto de las tareas ejecutivas de los familiares no está claramente definido, porque todos se consideran dueños; así muchas veces cada directivo familiar se inventa su cargo, responsabilidad y relaciones con los demás, incluso en algunos casos, cada uno genera su propio sistema de información controlando todos a todos. Estas intromisiones generan roces, tanto en la empresa como en la familia, ello se da más en la segunda generación empresarial, es decir, cuando los hermanos dirigen la empresa. Al principio las decisiones eran tomadas por el creador que tenía el poder absoluto, cuando el padre muere o abandona la dirección de la empresa, las decisiones que antes estaban concentradas en el fundador deben ser consensuadas entre los hermanos, quienes no están preparados para hacerlo.

e) Confusión de caja. Muchas veces se utilizan los fondos de la caja empresarial para gastos extrasocietarios, como por ejemplo se pagan con ellos viajes de especialización de los hijos al exterior o se utilizan tarjetas empresariales para realizar las compras de supermercado de uno de los miembros de la familia.

f) Falta de incentivos en materia de remuneraciones. Normalmente las remuneraciones se fijan de acuerdo a la capacidad y la dedicación al trabajo. En las empresas familiares no hay evaluación de desempeño ni de competencia, por ende los sueldos no son determinados ni por la capacidad, ni por la dedicación, ni tampoco por la remuneración de mercado, esto desalienta a los miembros más capaces o más trabajadores que por el hecho de ser familiares ganan igual que quienes no trabajan tanto.

g) Conflictos emocionales entre familiares e influencias de familiares externos a la empresa. Cuando la empresa está constituida por miembros de una familia, es común que los problemas familiares, las murmuraciones y chismes, las rivalidades personales, los celos y la influencia de familiares externos, como cuñados, yernos y nueras, perjudiquen la buena marcha del negocio

Limitaciones de la empresa familiar
En materia financiera
Dificultad de incorporación de socios externos
Dificultad para la venta de acciones propias
Carga financiera para la recompra de acciones familiares
En materia de gestión
Posibles conflictos por entremezclar la propiedad del capital con la capacidad profesional para dirigir: <ul style="list-style-type: none"> • Personas no cualificadas en puestos de responsabilidad directiva. • Incoherencias retributivas entre familiares y no familiares
Falta de cumplimiento de leyes económicas <ul style="list-style-type: none"> • Confusión de la empresa con el concepto de una gran familia
Limitaciones a la incorporación de nuevas tecnologías. <ul style="list-style-type: none"> • Concepto de gestión continuista
En General
Factores generadores de situaciones críticas:
Relaciones interfamiliares e intrafamiliares
Distintos intereses entre accionistas
Dificultades de relación entre gestores y familiares

Las fortalezas y debilidades de las empresas familiares tienen directa relación con los sectores de la actividad económica en los que se inserta, así vemos que muy pocas de estas sociedades se dan en sectores como en la construcción naval, la metalurgia, el petróleo, los neumáticos y el vidrio, mientras que, por el contrario, son mayoritarios en:

— Sectores en los que la fuerza de las ventajas competitivas se basa en un elevado y permanente compromiso con una postura ideológica, una tradición, unos particulares activos inmovilizados o un patrimonio considerado como "histórico" por la familia.

— Sectores en los que las ventajas competitivas tienen una importante relación con algún conocimiento, habilidad o actitud que se transmite más naturalmente de padres a hijos y por vía de experiencia, y que deben empezar a ser adquiridos pronto en la vida.

— Sectores más relacionados con la producción de bienes de consumo que con la de bienes de capital, o con la producción de servicios que requieren frecuentes e importantes innovaciones tecnológicas.

— Sectores en los que, dentro de una intensa internacionalización, la importancia de las marcas locales continúa siendo muy elevada.

— Sectores en los que el proceso de internacionalización de una empresa se realiza más por medio de exportaciones que a través de inversiones directas en el extranjero.

V. Soluciones en el ámbito de la Unión Europea

Hasta acá hemos descripto qué es una empresa familiar, sus problemas y ventajas a nivel doctrinario. A continuación vamos a describir someramente cuál es la política que ha adoptado la Unión Europea con respecto a ella, para luego reseñar las medidas adoptadas en países como Colombia.

1) La resolución Número 1069 de 1994

En la década de los 90 la Comunidad Económica Europea advirtió la importancia económica que tenían las empresas familiares y el impacto negativo que se producía cuando éstas tenían que interrumpir su actividad debido a dificultades insuperables inherentes a su transmisión.

A fin de evitar que dichas liquidaciones produzcan consecuencias no queridas en el tejido económico de las empresas, como así también para sus acreedores y trabajadores, se dictaron diversas resoluciones. Entre ellas, la más importante es la resolución 1069/94 "Sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas".

En los considerandos de la resolución 1069/94 se describen las dificultades de las empresas familiares, entre ellos se menciona que uno de los obstáculos para el éxito de la transmisión es la dificultad que experimentan los sucesores para financiar las compensaciones a los coherederos salientes y que debería disponerse de instrumentos de financiación adecuados en todos los estados.

Otra de las dificultades que se pone a relieve, es que en la mayoría de los casos la sociedad de personas queda disuelta al fallecer uno de sus socios, salvo que el contrato disponga otra cosa. Por otro lado se señala que los actos unilaterales de un socio pueden estar en desacuerdo con otro contrato de la sociedad y que las legislaciones no indican qué disposición prevalece; tal discordancia pueda crear, al fallecer un socio que esté en esa situación, un conflicto que ponga en peligro la continuidad de la sociedad e incluso provocar su liquidación.

En la citada resolución se destaca que al fallecer uno de los socios de una sociedad de personas o el empresario individual, en la mayoría de los Estados miembros, los coherederos están obligados a decidir por unanimidad sobre el futuro de la empresa; que, por consiguiente, la vida de la empresa puede correr peligro por la simple voluntad de bloqueo de uno de los herederos.

Por otro lado, se advierte que la exigencia del pago inmediato de los derechos de sucesión o donación puede obligar a los herederos de la empresa a realizar una parte de los activos a vender toda la empresa, o incluso proceder a su liquidación.

Por estas consideraciones, la Unión Europea recomendó a sus miembros, adoptar las medidas necesarias para facilitar la transmisión de las pequeñas y medianas empresas, con el fin de garantizar la supervivencia de las empresas y el mantenimiento de los puestos de trabajo correspondientes. [\(28\)](#) Entre otras cosas, se invitó a los estados miembros a dar información adecuada, crear un entorno financiero y particularmente adoptar las medidas más eficientes a fin de completar su marco jurídico, fiscal y administrativo.

2) La década del 2000-10 en la política Europea con respecto a Empresas de Familia

En la última década, la empresa familiar, ha sido destinataria de múltiples esfuerzos en el ámbito de la Unión Europea, los cuales deben ser tenidos en cuenta cuando se piensa en la empresa familiar argentina.

Hay que aclarar que la política europea a la que aludiremos no está dirigida solamente a la empresa de familia, sino a éstas y a las PyME, pero como las empresas de familia en general son PyMES, se ven beneficiadas de esas estrategias, las que —insistimos—, resulta conveniente conocer a fin de tomar en consideración a la hora de adoptar medidas que beneficien la actividad empresarial familiar argentina.

En el año 2000 se adoptó en Portugal, concretamente en Feira, la Carta Europea de la Pequeña Empresa. [\(29\)](#) En ella se reconoció que las empresas de familia constituyen el motor de la innovación y la creación de empleo en Europa. Debido a su tamaño, son muy sensibles a los cambios industriales y al entorno en el que operan, de ahí que, durante el Consejo Europeo de Feira (Portugal), celebrado los días 19 y 20 de junio de 2000, los Jefes de Estado o de Gobierno, junto con la Comisión Europea, señalaron la necesidad de facilitar su desarrollo.

En este orden de ideas, los Jefes de Estado o de Gobierno, junto con la Comisión Europea, reconocieron la capacidad dinámica de la pequeña empresa, en particular en lo que se refiere a la prestación de nuevos servicios, la creación de empleo y el desarrollo social y regional. Asimismo, destacaron la importancia del espíritu empresarial y la necesidad de evitar que se penalicen determinados fracasos. También estuvieron de acuerdo en la validez de ciertos valores, como el conocimiento, la dedicación y la flexibilidad de la nueva economía.

En la carta se estipuló la necesidad de estudiar soluciones encaminadas a representar a la pequeña empresa en el seno de los Estados miembros y de la Unión Europea.

Por otra parte se decidió que a fin de mejorar la coordinación entre las políticas nacionales y comunitarias,

se realizarían evaluaciones con vistas a mejorar los resultados de las pequeñas empresas ("Cada año, en primavera, se publicará un informe sobre la aplicación de la Carta"). (30)

Deben destacarse las conclusiones del Consejo Europeo de Primavera de 2006, (31) entre ellas las que se subraya la necesidad de reducir los tiempos y costos necesarios para crear una empresa familiar. Siguiendo esta indicación, muchos Estados han incorporado ventanillas únicas para el registro de empresas en aras de disminuir los plazos y los precios necesarios para organizar una empresa familiar.

En el año 2007 La Comisión Europea creó un grupo de expertos en empresas familiares. (32) Estos, por una parte, definieron a la empresa familiar y por otra parte realizaron los trabajos preparatorios que permitieron el dictado de la "small business act".

Siguiendo las conclusiones del Grupo de expertos, en el año 2008, la comisión europea dictó la iniciativa de "ley para la pequeñas empresas" o "Small Business Act" o "Pensar primero a pequeña escala".

El principal objetivo de esta iniciativa fue que las empresas familiares encontraran en la UE y en los países que la componen el entorno más propicio posible. (33)

La "Small Business Act" o "pensar primero a pequeña escala" no es ni una ley ni un proyecto de ley. La propia comisión europea señaló que la denominación "act" es una denominación simbólica, que tiene como objeto tratar de subrayar la importancia del tema y el compromiso de los estados para con la iniciativa.

La iniciativa "Small Business Act" aspira a mejorar el enfoque político global con respecto al espíritu empresarial, a fin de fijar irreversiblemente el principio de "pensar primero a pequeña escala" en la formulación de políticas, desde la elaboración de normas, hasta los servicios públicos, y promover el crecimiento de las PyME ayudándolas a afrontar los problemas que siguen obstaculizando su desarrollo.

Esta iniciativa tiene diez principios que pretende guiar la formulación y ejecución de políticas, tanto a escala de UE como de los Estados miembros. Los diez puntos esenciales para aportar valor añadido a escala de la UE, crear condiciones de competencia equitativas para las empresas familiares y mejorar el marco jurídico y administrativo de la UE, son:

1. Establecer un marco en el que los empresarios y las empresas familiares puedan prosperar y en el que se recompense el espíritu empresarial
2. Garantizar que los empresarios honestos que hayan hecho frente a una quiebra tengan rápidamente una segunda oportunidad
3. Elaborar normas conforme al principio de "pensar primero a pequeña escala"
4. Hacer a las administraciones públicas permeables a las necesidades de las PyME
5. Adaptar los instrumentos de los poderes públicos a las necesidades de la PyME: facilitar la participación de las PyME en la contratación pública y utilizar mejor las posibilidades de ayuda estatal ofrecidas a las PyME
6. Facilitar el acceso de las PyME a la financiación y desarrollar un marco jurídico y empresarial que propicie la puntualidad de los pagos en las transacciones comerciales
7. Ayudar a las PyME a beneficiarse más de las oportunidades que ofrece el mercado único
8. Promover la actualización de las cualificaciones en las PyME y toda forma de innovación
9. Permitir que las PyME conviertan los desafíos medioambientales en oportunidades
10. Animar y ayudar a las PYME a beneficiarse del crecimiento de los mercados

En el año 2009 la comisión europea emitió un documento que da cuenta de qué manera se cumplió durante el primer año de vigencia. (34)

Durante el primer año lo más importante fue que la comisión adoptó dos de las proposiciones legislativas ligadas con las Small Business Act. (SBA). En este sentido, en julio del 2008, ha adoptado un reglamento general de exención por categoría que permite a los gobiernos sostener más fácilmente a las empresas familiares.

Por otra parte, el primero de junio del 2009 entró en vigor la proposición sobre la reducción de impuestos de IVA.

Pero a nuestro juicio lo más importante fue la adopción de un test de empresas familiares o test de la pequeña y mediana empresa que tiene como objeto evaluar las proposiciones legislativas y políticas sobre las empresas familiares.

Si nuestro país se decidiera a adoptar una política a pequeño y mediano plazo sobre empresas familiares,

sería muy útil la práctica de este test. (35)

VI. Soluciones en Colombia

En Colombia (36) desde hace al menos 6 años se ha prestado particular atención a las sociedades familiares. Así entre el año 2006 y 2007 las Superintendencias Financiera y de Sociedades de Colombia crearon dependencias especializadas en sociedades de familia. Por otra parte, en el año 2008, la Superintendencia de Sociedades desarrolló la "Encuesta Nacional de Gobierno Corporativo y Responsabilidad Social Empresarial" con el propósito de diagnosticar el estado del Gobierno Corporativo de las sociedades cerradas en Colombia. Para el efecto, fueron convocadas de forma directa las 23.499 sociedades activas registradas en la base de datos de la Superintendencia, de las cuales 7.414 voluntariamente diligenciaron y remitieron la encuesta. Dada la abundancia de la información, representativa de la realidad empresarial colombiana, fue posible realizar un diagnóstico preciso del desarrollo de las prácticas de Gobierno Corporativo Empresarial Colombiano. Luego se constituyó un grupo de trabajo, que compuso una guía que contiene 36 medidas; (37) el diseño de cada medida no es el resultado de un ejercicio meramente teórico por parte de un panel de expertos sino, más bien, es la propuesta concertada de un equipo interdisciplinario que buscó disminuir la frecuencia y el impacto de ciertas situaciones que, de acuerdo con mediciones concretas y cuantificadas, habían sido identificadas como perjudiciales para el desarrollo ordenado y adecuado de las sociedades cerradas y de familia en Colombia.

Esta aproximación busca darle un valor adicional y demostrable al empresario que adopte estas medidas: no sólo debe esperar un aumento de la rentabilidad de su compañía, sino también podrá confiar en que, al adoptarlas, estará mitigando los factores de riesgo que han sido diagnosticados como de mayor incidencia en las sociedades cerradas y de familia en nuestro país.

VII. Soluciones en el derecho sucesorio. Posibilidad de celebrar pactos sobre herencia futura en forma excepcional. "Pactos de familia"

1) Los pactos sucesorios en España

Los pactos sucesorios constituyen una forma de ordenar la transmisión sucesoria que existe desde antiguo y que ha sido aggiornada en la actualidad por las legislaciones de algunas comunidades españolas, entre ellas Navarra, (38) Vizcaya, (39) Aragón, (40) Baleares (41) y Galicia (42) y Cataluña.

La modernización de los pactos sucesorios permite una transmisión sucesoria de la empresa familiar con menores complicaciones de las ya vistas.

Cabe poner de relieve las diferencias entre los pactos sucesorios y los testamentos como instrumentos jurídicos para disponer la herencia del causante y así determinar las ventajas que brindan los primeros a la sucesión de las empresas familiares. A los fines de realizar esta distinción, vamos a tomar en cuenta el ordenamiento de Cataluña. A saber:

En primer lugar, hay que tener muy claro que el testamento es un acto unilateral y personalísimo, en el que únicamente concurre la voluntad del otorgante. Por el contrario, los pactos sucesorios son un contrato y como tal, requieren el consenso de los firmantes, lo que implica un acuerdo de voluntades, que no existe en el testamento.

En segundo lugar, el testamento es revocable sin más, es decir, un empresario puede disponer su sucesión en testamento y al día siguiente volver al notario y cambiar su voluntad. Sin embargo, el pacto sucesorio sólo se puede modificar y resolver mediante acuerdo de los otorgantes realizado en escritura pública o cuando concurran las causas tasadas en la ley.

Tanto en el testamento como en los pactos sucesorios el designado beneficiario no adquiere derecho alguno hasta que se produce la muerte del causante.

El pacto sucesorio pueden otorgarlo padre y madre que acuerdan entre ellos que la herencia sea para uno o unos hijos determinados, aunque no tengan el consentimiento de éstos, y más adelante, si las circunstancias lo aconsejan, pueden convenir un nuevo pacto sucesorio para instituir a otro hijo o a otra persona. Los cónyuges también podrían pactar que ante un eventual cese de la convivencia o ruptura del matrimonio que la empresa familiar sea para los hijos que hayan tenido en común. En este sentido, es importante tener presente que la nulidad, separación matrimonial y el divorcio o el cese de la convivencia en una pareja de hecho, no altera los efectos del pacto sucesorio, salvo que así se haya previsto o bien cuando el pacto contenga estipulaciones en favor del cónyuge.

El pacto sucesorio también puede otorgarlo un empresario y su hijo que gestiona la empresa (o aquél más idóneo para gestionarla en el futuro), lo que contribuye a que el designado pueda implicarse en la gestión del negocio con la confianza y motivación de saber que accederá a la propiedad del negocio de aquello por lo que

está trabajando.

El pacto sucesorio también pueden otorgarlo varios hermanos que comparten la propiedad de una compañía para convenir quién será el sucesor y de esta forma evitar que se disperse la propiedad del negocio.

A la vista queda que pueden ser varios los escenarios en los que se plantee la conveniencia de firmar un pacto sucesorio, que se trata por tanto de un instrumento que puede prestar un gran servicio al empresario que desea abordar con éxito la sucesión del patrimonio familiar.

A continuación describiremos sucintamente el régimen de pactos sucesorios de Cataluña porque es el más moderno.

Pactos sucesorios en el Código Catalán. [\(43\)](#)

El régimen de los pactos sucesorios es, sin duda, la innovación más importante relacionada con la empresa familiar que presenta la reciente reforma al Código de sucesiones Catalán.

La nueva ley otorga al empresario un instrumento jurídico que puede ayudarle a ordenar la transmisión del patrimonio familiar: el llamado "pacto sucesorio", que consiste en un contrato por el cual las partes acuerdan instituir heredero, y/o realizar atribuciones particulares de la herencia de cualquiera de ellas.

Los pactos sucesorios no son nuevos en el derecho de Cataluña, ya que desde siempre este orden jurídico ha conocido tradicionalmente los pactos sucesorios en forma de donación universal o heredamiento. Estos pactos estaban destinados a la transmisión intergeneracional de los patrimonios familiares, de base típicamente agraria, por medio de la institución de heredero único, pactada en convenciones matrimoniales. Con la estructura anterior eran muy poco usados ya que no respondían al tráfico negocial actual. La reforma adecua los pactos sucesorios de manera tal que puedan ser usados por los empresarios familiares a fin de ordenar la transmisión sucesoria de la empresa.

En la reforma sucesoria en Cataluña, los pactos sucesorios sólo pueden celebrarse con el cónyuge o conviviente, con la familia de éste o con la familia propia, dentro de un cierto grado de parentesco por consanguinidad o afinidad. Esta regla tiene en cuenta el mayor riesgo de los contratos sucesorios entre no familiares, pero a la vez es suficientemente abierta para amparar los pactos que a veces se estipulan con ocasión de la transmisión de empresas familiares, en los que pueden llegar a intervenir varias generaciones de parientes en línea recta y otros miembros de la familia extensa. En consecuencia, los pactos sucesorios no pueden otorgarse con socios que no guardan vínculo de parentesco entre sí.

La restricción legal en cuanto al grupo de personas que pueden convenir pactos sucesorios no rige para ser favorecido, esto permite que se pacte que la empresa será transmitida a cualquier tercero.

En cuanto al contenido del pacto sucesorio, hay que tener presente que puede designar heredero o realizar asignaciones de elementos concretos de la herencia (las acciones de la empresa familiar, inmuebles...). También puede imponer cargas al favorecido, como por ejemplo el cuidado y atención a alguno de los otorgantes y terceros, así como condiciones como podría ser por ejemplo designar al hijo beneficiario del negocio familiar siempre y cuando ostente el cargo de administrador de la compañía.

Incluso puede hacerse constar que el pacto se otorga con la finalidad de mantener y dar continuidad a la empresa familiar o la transmisión indivisa de un establecimiento profesional. También se admite expresamente la posibilidad de incluir en la escritura de pacto sucesorio otros pactos familiares y sociales o estipulaciones sobre la empresa familiar que hasta ahora se contenían en el protocolo familiar.

Así como se encuentran limitados quienes pueden formar pactos sucesorios, en cuanto a los beneficiarios, la ley no pone límite alguno y pueden serlo los propios otorgantes o terceros, sean o no familiares.

En definitiva, la restricción legal en cuanto al grupo de personas que pueden convenir pactos sucesorios no rige para ser favorecido.

Por otra parte, los pactos pueden contener disposiciones a favor de terceras personas, pero éstas no adquieren ningún derecho hasta la muerte del causante.

De esta forma se permite, por ejemplo, que el padre y la madre pacten, entre ellos dos, que la herencia (Ej. que la empresa familiar) sea para un o unos hijos determinados, aunque no tengan el consentimiento de éstos, y, más adelante, si las circunstancias lo aconsejan, convenir un nuevo pacto sucesorio para instituir a otro hijo o a otra persona.

En cuanto a la forma de dejarlos sin efecto, los pactos pueden revocarse por indignidad del favorecido, por las causas pactadas expresamente en el contrato, por incumplimiento de cargas, por imposibilidad de cumplimiento de la finalidad esencial o por un cambio sustancial, sobrevenido e imprevisible de las

circunstancias fundamentales. [\(44\)](#)

2) Los pactos sucesorios en Italia

En el año 2006 Italia modificó su legislación admitiendo una modalidad de pactos sobre herencia futura denominados "pactos de familia", dando validez excepcional a los contratos sobre herencia futura para disponer de la empresa familiar. [\(45\)](#)

La posibilidad de disponer de bienes y transmitirlos en vida por causa de muerte se introduce en el Código como una excepción a la regla general de la nulidad de los pactos sobre la sucesión futura que sigue proclamando el artículo 458.

Después de la reforma de 2006, los nuevos apartados segundo a octavo del artículo 768 del Código establecen el régimen jurídico para el "patto di famiglia" que se define como el contrato mediante el cual el empresario transfiere, en todo o en parte, su patrimonio empresarial (lázienda) o mediante el cual el titular de participaciones societarias transfiere, en todo o en parte, la propia cuota a uno o más descendientes; siempre con respeto a las normas sobre empresa familiar y a los distintos tipos de sociedad (artículo 768-bis). [\(46\)](#)

VIII. El Protocolo Familiar

Hemos visto que gran parte de las limitaciones a que están sometidas las empresas familiares tienen su origen en cuestiones relacionadas con las diferentes relaciones que han de establecerse entre los actores de su propiedad y de su gestión.

Los instrumentos genéricos de estas relaciones en cualquier empresa son los que regulan los acuerdos estatutarios, que son insuficientes para regular todos los aspectos que inciden en la vida de la empresa familiar: acceso y salida de los familiares al gobierno y a la propiedad de la empresa, sucesión, formación de los futuros directivos, pactos intrafamiliares, valores éticos, fórmulas para la resolución de conflictos, etc.

En el desarrollo y expansión de la empresa familiar conviene que estos aspectos hayan sido acordados antes de que puedan surgir las discrepancias y, en este sentido, el denominado Protocolo Familiar (PF) se muestra como el instrumento más adecuado, de allí la importancia de su estudio.

En una primera aproximación al Protocolo Familiar cabe considerarlo como un acuerdo marco entre los miembros de la familia que regula:

- a) Las relaciones económicas y profesionales entre los miembros de la familia que ostentan la condición de socios y la propia empresa.
- b) La gestión y organización de la empresa.

Para garantizar la eficacia del PF es fundamental que éste cuente con el consenso de todos los familiares, siendo también conveniente que se adopte en un momento pacífico, tanto desde el punto de vista familiar como del empresarial.

La experiencia demuestra que el PF resulta un instrumento eficaz para la prevención de conflictos, por eso es muy conveniente redactarlo anticipándose a los posibles problemas que pudieran surgir.

El proceso de elaboración del PF exige la colaboración de todos los miembros implicados y que, entre ellos, se realicen todos los debates necesarios sobre los temas a incluir en el mismo, ya que este proceso de discusión y posterior consenso hasta llegar al acuerdo final es clave para su eficaz funcionamiento.

Además, con el fin de adaptarlo a los cambios tanto familiares como empresariales que se vayan produciendo a lo largo de los años, es conveniente revisarlo periódicamente para mantener así su vigencia. Por lo tanto, un PF ha de tener, de un lado, la vocación de permanencia en el tiempo y, de otro, el compromiso de revisarlo periódicamente.

En resumen, el PF debe ser un instrumento vivo, que sirva de norma para guiar las actuaciones familiares en la empresa y que, a su vez, sea capaz de contribuir a la solución de las eventuales incidencias que se produzcan en el seno de la familia, y que estén relacionadas con la unidad productiva.

1. Contenido

El contenido de un PF puede ser tan amplio y complejo como la familia y la empresa lo requieran. Sin perjuicio del modelo de PF que se recoge en el anexo, la estructura más habitual es la siguiente:

A) Introducción

En ella se pueden incluir, y es bastante habitual hacerlo, consideraciones sobre el fundador y el origen de la empresa, la filosofía de la misma, el ámbito de sus actividades, el arraigo de la empresa en un determinado lugar, etc.

B) Pactos sociales o estatutarios

Son aquellos que pueden incorporarse a los estatutos sociales. Tienen naturaleza institucional o societaria y, entre otros, podríamos citar los referidos al régimen jurídico de las acciones o participaciones sociales, las mayorías exigibles para la adopción de acuerdos tanto en el Consejo de Administración como en la Junta General, los posibles acuerdos sobre agrupación de voto, los criterios para establecer la composición del Consejo de Administración, etc.

C) Pactos parasociales o extraestatutarios

Son aquellos que no es posible incorporar a los estatutos sociales, pero que es aconsejable establecer para regular las relaciones entre la familia y la empresa estableciendo, por ejemplo, normas que regulen la incorporación de los familiares a la empresa, así como las funciones que vayan a desarrollar en la misma y su retribución. También es importante pactar la salida de los miembros de la familia de la empresa y la cualificación exigible al sucesor del fundador y a los familiares que trabajen en ésta.

Asimismo, hay que señalar la posibilidad de incluir cláusulas penales, en los términos previstos en la legislación civil, que sancionen el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el protocolo. Igualmente, es deseable que se pacten la duración del protocolo y el procedimiento que debe seguirse para su revisión.

D) Organos de carácter familiar

También es recomendable establecer los criterios de organización, composición y funcionamiento de los denominados órganos familiares, a los que nos hemos referido anteriormente, y que son la Junta de Familia, el Consejo Familiar y los comités de seguimiento del PF, de seguimiento de la formación de los miembros más jóvenes de la familia y de retribuciones.

E) Cláusula de cierre

Finalmente, el PF suele contener una cláusula de cierre, de carácter meramente protocolario, denominada la cláusula "con gratitud", en la que se expresa el agradecimiento de la familia a los fundadores de la empresa y a todos aquellos que han hecho posible el éxito de la misma.

2. Ejemplo concreto de protocolo de familia

Como en nuestro derecho, los protocolos familiares son prácticamente desconocidos, vamos a poner un ejemplo de un protocolo familiar real a fin de poder entender sus alcances. El protocolo que relataremos es el de la empresa Repostería Martínez, que cuenta con cuatro generaciones en España y que tiene una trayectoria bastante similar a numerosas empresas familiares argentinas, por lo que puede considerarse representativa de las mismas.

El fundador de Repostería Martínez al iniciar el negocio, en la localidad de Burgos en la década de los años 50, como una panadería chica en una localidad pobre de un país, que también era pobre, se apoyó en el resto de la familia para que le ayuden en su desarrollo y logró en dos generaciones pasar a ser una empresa importante a nivel nacional y con proyecciones a nivel internacional. Los descendientes se fueron incorporando a una edad muy temprana, y actualmente la empresa incorporó a toda la segunda generación y a tres miembros de la tercera generación.

Los miembros de la empresa, en julio de 1994, realizaron un protocolo familiar y entre sus puntos más significativos se pactó: [\(47\)](#)

1. De los miembros se seguirá como principal criterio que sean personas trabajadoras, cumplidoras, en las que se pueda depositar confianza.

2. Se espera de ellos que acepten sin suspicacias el trabajo que se les asigna en razón de sus cualidades, sin presentar problemas, porque otros miembros de la familia lleven a cabo trabajos diferentes.

3. A la hora de incorporarse no se discriminará en razón de los estudios, aunque éstos se tendrán en cuenta en la asignación de responsabilidades.

4. La incorporación a la compañía está reservada a las personas consanguíneas, no a sus cónyuges.

5. Se considera obligatorio para los que desean incorporarse después de terminados sus estudios universitarios, que trabajen de dos a tres años en otra empresa. Se ayudará a que se encuentre dicho trabajo.

6. Una vez incorporados se prefiere que, en la compañía, los miembros de la tercera generación no trabajen a las órdenes de su padre o madre, sino a las de otro miembro de la segunda generación o de un directivo no familiar.

7. Se considera muy importante la discreción de las personas incorporadas en cuanto a comentar, fuera del

lugar adecuado, las características y modos de trabajar de sus superiores, sin llevar a casa los problemas personales que ven, o piensan que existen, en la compañía.

8. La remuneración de la tercera generación será una remuneración de mercado, dentro de los sistemas establecidos en la empresa.

9. Tanto los miembros de la tercera generación como sus padres estarán plenamente informados de cuál es su situación en el trabajo y el resultado de la evaluación de sus capacidades.

10. Existirá un comité de protocolo formado por algún miembro del consejo de administración y personas externas a la familia, que cuidará especialmente de la incorporación, evaluación, promoción, remuneración y, en su caso, jubilación de los miembros de la familia.

11. En la promoción de los miembros de la familia no se otorgará el nivel de directivo hasta tener un mínimo de tres años de antigüedad en la compañía.

12. Los miembros de la familia no gozarán de privilegios especiales sobre directivos no familiares de un mismo nivel. (48)

3. Eficacia jurídica de los pactos que pueden incluirse en el Protocolo Familiar

Dentro de la variedad de pactos posibles, hay que señalar que no todos tendrán la misma eficacia jurídica y así, junto a pactos inscribibles en el Registro de Comercio con eficacia frente a terceros, coexistirán otros que sólo pueden tener la eficacia de un contrato entre los firmantes, e incluso pactos carentes de cualquier eficacia legal y cuya validez se limita a la mera fuerza moral, lo que significa que su incumplimiento no podrá exigirse ante instancia judicial alguna. Entre estos últimos están aquellos referidos a los valores éticos que se pretende que presidan la actividad de la empresa o la conducta de los familiares y directivos, como aquellos que regulen un aspecto de que no se puede pactar en una legislación determinada.

A continuación se describen brevemente los pactos que entrañan eficacia frente a terceros y aquellos otros cuya eficacia, de carácter contractual, se limita a las partes firmantes.

3.1. Pactos con eficacia frente a terceros. Utilidad de los Estatutos Sociales

Estos pactos son aquellos que pueden incluirse en los Estatutos Sociales de la empresa, no obstante los socios pueden establecer los pactos que estimen convenientes siempre que éstos no sean contrarios a la ley o a los principios inspiradores del tipo social elegido (Es lo que se conoce como principio de autonomía de la voluntad).

Partiendo de estas premisas, los Estatutos Sociales pueden recoger la mayoría de los pactos a los que antes nos hemos referido con el objetivo de garantizar los fines perseguidos por el PF. Podríamos señalar, entre otros, los siguientes:

a) Los que regulan el régimen jurídico de las acciones o participaciones sociales

- Cláusulas de autorización previa por parte de la sociedad para la admisión de nuevos socios. Es indispensable que los Estatutos Sociales especifiquen las causas por las cuales se puede denegar esta autorización.

- Cláusulas que establezcan un derecho de adquisición preferente a favor de los socios, o de la sociedad, y que evitarían la entrada de socios no deseados.

- Cláusulas que limiten la transmisión voluntaria "inter vivos" de las participaciones sociales, conforme al artículo 30 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

- Cláusulas que modulen el régimen legal del usufructo de acciones o participaciones sociales. De conformidad con la ley, el usufructuario sólo tiene atribuidos los derechos económicos, pero mediante acuerdo estatutario también se le pueden atribuir derechos políticos, como por ejemplo el derecho de voto.

- Cláusulas que permitan emitir acciones o participaciones sin voto siempre que su valor nominal no supere la mitad del capital social desembolsado. Así se salvaguarda, para determinados socios, el derecho al dividendo anual mínimo fijado en los Estatutos Sociales, pero excluyéndoles del derecho al voto y, en consecuencia, del poder de decisión.

b) Los que establecen el régimen de funcionamiento de los órganos sociales:

- Cláusulas que regulen el acceso tanto al Consejo de Administración como a los cargos de Presidente, Vicepresidente, Consejero Delegado o, en su caso, a la Comisión Ejecutiva. En estas cláusulas pueden establecerse requisitos tales como la posesión de porcentajes mínimos de capital, determinada antigüedad como socio, u otras características personales y/o profesionales referidas a la edad, la experiencia profesional, la

titulación académica, etc.

- Cláusulas que refuercen las mayorías legales exigidas para la adopción de determinados acuerdos de la sociedad.

- Cláusulas que establezcan un órgano específico, distinto de la Junta y del órgano de administración, bajo la denominación de 'Consejo de Familia' o similar, con funciones de supervisión o consulta.

c) Otros tipos de pactos

- Cláusulas que fijen las condiciones para que si la sociedad perdiese su carácter familiar, pueda exigirse por los interesados la supresión de aquellas referencias contenidas en los estatutos sociales o, en la misma denominación social, relativas al carácter familiar de la misma o que sean identificativas de la familia o de algunos de sus miembros.

- Cláusulas por las que las partes sometan a arbitraje de Derecho, la solución extrajudicial de controversias de naturaleza societaria, bien entre los socios entre sí, entre éstos y la sociedad o con sus cargos y auditores.

3.2. Pactos con eficacia contractual limitada a las partes firmantes. Acuerdos extraestatutarios

Este tipo de pactos obedece a dos razones: bien a la imposibilidad legal de inscribirlos en el Registro Mercantil, o bien al deseo de los socios de no darles publicidad.

Entre ellos se pueden citar los siguientes:

a) Los que regulan la sindicación (o agrupación) de acciones a efectos de voto en el sentido de unificar el voto de todos los sindicados (agrupados), bien para todos los asuntos que puedan tratarse en la Junta General o sólo para algunos de ellos.

Si la agrupación se realiza con el fin de mantener el control de la sociedad, se denomina "sindicato de mando" y si, por el contrario, la agrupación tiene por objeto la defensa de los intereses de los socios minoritarios frente a la mayoría de control se denomina "sindicato de defensa".

Si la agrupación tiene por objeto establecer limitaciones para la transmisión de acciones o participaciones entre los firmantes del pacto, estaremos ante el denominado "sindicato de bloqueo". Este fin puede conseguirse mediante el establecimiento de cláusulas que introduzcan un derecho de adquisición preferente a favor de los miembros del sindicato que obliguen a contar con la autorización previa de éste para poder realizar la transmisión.

b) Otro tipo de acuerdo extraestatutario es aquél que tiene por objeto la constitución de un condominio (copropiedad) sobre un paquete de acciones o participaciones sociales, conforme a lo establecido en el artículo 400 del Código Civil.

El propio acuerdo debe establecer las normas de funcionamiento del condominio y designar a un representante del mismo. Esta figura tiene la ventaja de que, de plantearse problemas en el seno del condominio, su resolución se circunscribiría al mismo en tanto que a los órganos de gobierno de la sociedad sólo llegaría la posición adoptada conforme a las reglas de funcionamiento del mismo.

De todo lo anteriormente expuesto, se desprende que la esencia del PF es el acuerdo entre los ámbitos familiar y empresarial, en cuanto a las normas que deben regular dichas relaciones.

Es imposible desarrollar un formulario de protocolos familiares, puesto que éstos se elaboran a la medida de las características concretas de ambos ámbitos. No obstante, sí pueden establecerse la estructura básica y las pautas a seguir en la redacción de un PF y eso es lo que se recoge bajo el título "Modelo para la redacción de un protocolo familiar". ⁽⁴⁹⁾

El proceso que las familias pasan para preparar, por ejemplo, un protocolo familiar, es más importante que el propio resultado. Es durante este proceso que las familias empresarias deben hacer un esfuerzo para identificar y hacer explícitos y transferibles a la generación siguiente y otras partes interesadas las principales razones de su propio compromiso con el negocio, la filosofía que inspira la familia en su relación con el control de la empresa; los objetivos perseguidos por la familia y el negocio, y las normas que rigen la relación entre la familia y el negocio.

IX. Conclusiones:

El solapamiento entre la familia, el negocio y la propiedad no está siempre bien equilibrado. Las divergencias entre la multitud de agentes e intereses involucrados pueden causar conflictos, e incluso pueden poner en peligro la existencia de la compañía y la estabilidad de la familia. Los riesgos aumentan con las transferencias intergeneracionales, ya que al pasar a la segunda generación crece la complejidad de la familia en su relación con el negocio.

Además de la habitual gestión de las competencias empresariales, la composición especial de las empresas de familia requiere un tipo especial de gestión, que pretende reducir al mínimo las posibles tensiones, en particular en la familia y entre la familia y los aspectos del negocio.

Este se logra mediante la formulación de acuerdos familiares. Múltiples son las formas jurídicas de realizarlos, entre ellas se destacan los pactos sobre herencia futura, las indivisiones sucesorias, y los protocolos familiares.

Aun en nuestro país, que goza de inmensas limitaciones en orden a la transmisión de los bienes para después de la muerte e imposibilidad de pacto sobre el régimen patrimonial matrimonial, existe una amplia gama de herramientas para los miembros de una empresa familiar para prevenir o superar sus problemas específicos.

Sin embargo, se advierte por un lado una falta de sensibilización de las empresas familiares sobre la importancia de esta cuestión y, por otro, una escasa preocupación de la doctrina jurídica argentina en el estudio de la temática.

Ello indica la necesidad de realizar más esfuerzos para difundir información y desarrollar investigaciones interdisciplinarias, tanto sobre la problemática específica de la empresa familiar como de las herramientas jurídicas existentes para aprovechar al máximo su potencialidad.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723).

(1) CASTAN TOBEÑAS, José, "Derecho Civil Español Común - Derecho de Familia", Instituto editorial Reus S.A. Madrid, 1960. p. 31.

(2) COSTLEY WHITE, Tim, asegura que "las dificultades financieras son frecuentemente la causa o la consecuencia de la ruptura del matrimonio", citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída en "Primeras aproximaciones al tema insolvencia y régimen de bienes en el matrimonio", Acad. Nac. de Derecho, 2001, 385.

(3) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, afirma que: los estados de insolvencia de los pequeños empresarios, suelen provocar verdaderos desastres familiares, por eso aborda el tema en su estudio en "Primeras aproximaciones al tema insolvencia y régimen de bienes en el matrimonio". Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Abril 2002, La Ley N° 39.

(4) "Los llamados 'operadores del derecho' no están acostumbrados a abordar los temas inter-disciplinariamente: el especialista en derecho concursal se preocupa y estudia la ley que regula este proceso; por su parte, el especialista en derecho de familia se desentiende del régimen concursal. JUNYENT BAS, Francisco, "Relaciones entre la sociedad conyugal y la sociedad comercial entre esposos. Situación de ambas sociedades ante el concurso preventivo y la quiebra, en Derechos patrimoniales". Estudio en homenaje al profesor emérito Dr. Efraín, Hugo Richard, t. II, p. 1036, Ad Hoc, Buenos Aires, 2001.

(5) Los juristas argentinos poco se han ocupado del estudio global de la empresa familiar sólo lo han hecho cuando la empresa familiar se encuentra en crisis por la interacción con el sistema sucesorio o con el régimen patrimonial matrimonial. Por ejemplo, MEDINA, Graciela "Fraude a la legítima hereditaria" en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 4 Fraudes, Rubinzal Culzoni año 1993. p. 149 y ss., los autores comercialistas pretenden dar una solución al tema tratado con la pura aplicación de la inoponibilidad societaria previstas en el art. 54 de la Ley de Sociedades. Entre ellos BUTTY, Enrique M., "La inoponibilidad de la persona jurídica por violación de la legítima", y FAVIER DUBOIS, Eduardo y BARGALLO, Miguel Federico, "Los derechos de los terceros como límite a los efectos de la inoponibilidad", ambas monografías en "Las Sociedades comerciales y la transmisión hereditaria", Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, pp. 47 y 77. Ley de Sociedades.

(6) Con respecto a los problemas de sucesión se puede consultar CAMARA, Héctor, "Efecto de la muerte del socio sobre la sociedad comercial en las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria", Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 20. FORNIELES, Jorge, "La protección de la legítima acogidas al impuesto sustitutivo de la herencia", ED, 31-1044; BUSSO, Eduardo, "Algunos aspectos de la protección de la legítima", en ED, 12-817; SOJO, LORENZO, "Las sociedades de familia y las disposiciones sobre la herencia", LA LEY, 151-4; AZPIRI, Jorge Osvaldo, "Sociedades de familia", LA LEY, 1979-C, 1130; ZANNONI, Eduardo, "La desestimación de la personalidad societaria —disregard— y una aplicación en defensa de la intangibilidad de la legítima hereditaria", LA LEY, 1978-B, 195; FARINA, Juan M., "La legítima de los herederos forzosos y la teoría de la penetración de la sociedad", comentario a un fallo en Zeus, año VI, mayo de 1980, N° 1482, t. 20; MENDEZ COSTA, María Josefa, "Legítima y sociedades de familia", en LA LEY, 1979-D, 237, MEDINA, Graciela, "El fraude a la legítima hereditaria a través de la constitución de sociedades", en JA, 1983-I-699, "Las sociedades frente a la transmisión hereditaria", en Temas de Derecho Privado III, ciclo de mesas redondas organizado por el Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.B.A. y editado por el Colegio de Escribanos de la Capital Federal, que se llevó a cabo durante el año 1990; ZANNONI, "Fraude a la legítima hereditaria...", p. 35; BUTTY, y FAVIER DUBOIS y BARGALLO.

(7) En Febrero del año 2010, se organizó en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA) la "Primera Jornada Interdisciplinaria sobre Empresas Familiares" la que, bajo la dirección conjunta del presidente del IAEF, Eduardo M. Favier Doubois (h.) y del Director del Departamento de Derecho Económico y Empresarial de la mencionada casa de estudios, Daniel Roque Vítolo. Entre las conclusiones de dicha jornada se destacan las siguientes:

- La empresa familiar constituye una institución de marcada importancia ética, social y económica, con enormes fortalezas pero también, con algunas debilidades propias.

- Para procurar su continuidad en el tiempo resulta conveniente instalar una "cultura propiciatoria" y arbitrar instrumentos y mecanismos tanto de sustentabilidad económica, psicológica y jurídica como de prevención de conflictos, para lo cual resulta necesaria la colaboración de profesionales de diversas áreas.

- Dentro de tales instrumentos se destaca el "protocolo de la sociedad de familia" que consiste en un documento escrito que reglamenta las relaciones de los integrantes de la familia con la gestión de la empresa y con la propiedad de ésta, cuya finalidad es procurar un adecuado equilibrio entre el interés familiar y el interés social en recíproco beneficio.

(8) CASADO, Fernando, "La empresa Familiar y la clave del éxito en su evolución", Instituto de la empresa familiar. Sitges, 5 de Julio de 2007. www.iefamiliar.com.

(9) Algunos datos importantes y actualizados se pueden encontrar en el documento de trabajo de la comisión europea, Bruxelles, 15.12.2009, COM(2009) 680 final. "Rapport sur la mise en œuvre du SBA".

(10) Un importante estudio de las empresas familiares, puede encontrarse en "Overview of Family Business Relevant Issues. Contract N° 30-CE-0164021/00-51. Final Report", Viena, 2008.

(11) TAPIES LLORET, Joseph, "De empresa familiar a familia empresaria". Ediciones Deusto. www.e-deusto.com/buscadorempresarial (código 8442).

(12) DANIES LACOUTURE, Rodolfo, "Sociedades de familia en Colombia, año 2005". Bogotá, Mayo de 2006.

(13) TAPIES LLORET, Joseph, "De empresa familiar a familia empresaria".

(14) Ministerio de Economía, Secretaría de estado de energía, desarrollo industrial y de la pequeña y mediana empresa de España, "Guía para la pequeña y mediana empresa familiar".

(15) CASADO, Fernando, "La empresa familiar y la clave del éxito en su evolución" Instituto de la empresa familiar. Sitges, 5 de Julio de 2007. www.iefamiliar.com.

(16) GORTAZAR LORENTE, Carlos. "Derecho y empresa familiar: el protocolo y sus instrumentos de desarrollo", Ponencia en las "XIII Jornadas de Dret Catalá a Tossa".

(17) TAPIES LLORET, Joseph, "De empresa familiar a familia empresaria" Ediciones Deusto. www.e-deusto.com/buscadorempresarial (código 8442).

(18) Guía Colombiana de Gobierno Corporativo para Sociedades Cerradas y de Familia, Superintendencia de Sociedades. Septiembre 2009, p. 7.

(19) "Empresas Familiares", www.portalpymes.mendoza.gov.ar.

(20) FAVIER DUBOIS, Eduardo, "El protocolo de la empresa familiar como instrumento de prevención de conflictos", www.fabierduboisagnolo.com. p. 1 "El protocolo de la sociedad de familia y sus desafíos" en "X Congreso argentino de D. Societario", Ed. Despresa, Córdoba, 2007, t. I, p. 517.

(21) LE NABASQUE, Herbé - BOUSSIER, Francis - RICHEN, François, "La Transmission de l'entreprise familiale" Dalloz, Paris 1992, p. 31 y ss.

(22) BAUER, M., "Rapport aux états généraux de la Transmission des entreprises", Montpellier, ed. 1990, p. 30 y ss.

(23) GORTAZAR LORENTE, Carlos, "Derecho y empresa familiar: el protocolo y sus instrumentos de desarrollo", Ponencia en las "XIII Jornadas de Dret Catalá a Tossa".

(24) Overview of family business relevant issues. Expert group on family business.

(25) Después de más de diez años de discusiones y debates, el 27 de Marzo 2007 en la Asamblea General GEEF del grupo de expertos en empresa familiar se llegó a un acuerdo histórico: el consenso en una definición de empresa familiar. La definición llega en un buen momento en el proceso político en la UE. Aprovechando el impulso del Presidente de la Comisión, José Manuel Barroso, con su participación en el aniversario del GEEF en Lisboa, la creación del 'grupo de expertos' de empresa familiar y la puesta en marcha de un estudio realizado por la Comisión Europea, esta definición ayudará estratégicamente al GEEF para convertirse en el punto de referencia natural para la formulación de la política europea en esta materia.

(26) Una característica típica de las compañías cotizadas es la fragmentación de su propiedad. El mayor accionista (o bloque de accionistas) en muchas ocasiones tiene menos del 50% de los derechos de voto. En dichas compañías un accionista (o bloque de accionistas) puede ejercer influencia decisiva sobre aspectos fundamentales de gobierno corporativo sin tener la mayoría de los votos. El punto cuarto de la definición se

refiere a empresas en las que la familia no cuenta con la mayoría de los votos pero que, a través de su participación accionarial, puede ejercer influencia decisiva.

(27) "Empresas Familiares", www.portalpymes.mendoza.gov.ar.

(28) Uno de los artículos más importantes de la resolución es el artículo 4to que específicamente señala. Que es conveniente permitir una preparación adecuada de la transmisión, ofreciendo a los empresarios los instrumentos apropiados. Con este fin, se invita a los Estados miembros a: a) prever un derecho de transformación de las empresas que les permita pasar, teniendo en cuenta los derechos de los socios y de terceros, de una forma jurídica a otra, sin disolución ni creación de una nueva entidad; b) permitir que las pequeñas y medianas empresas se organicen en forma de sociedad anónima con un número muy limitado de accionistas, simplificando su creación y gestión con respecto a las de las sociedades anónimas cuyas acciones se hallan ampliamente repartidas entre el público; c) permitir la creación de la sociedad anónima con un solo socio, con arreglo a lo establecido en el artículo 6 de la Directiva 89/667/CEE del Consejo (1) (duodécima Directiva).

(29) La Unión Europea ha reconocido la importancia de la pequeña empresa a través de la adopción de la Carta Europea de la Pequeña Empresa por parte del Consejo de Asuntos Generales, en Lisboa, el 13 de junio de 2000 y la aprobación de dicha Carta con ocasión del Consejo Europeo de Feira, celebrado los días 19 y 20 de junio de ese mismo año.

(30) Adherentes y candidatos participan en dicho proceso desde la primavera de 2002. Tras la adopción de la Carta por parte de los países adherentes y candidatos en Maribor (Eslovenia) el 23 de abril de 2002, se inició el proceso también en otras zonas geográficas. Los países de los Balcanes Occidentales (Albania, Bosnia y Herzegovina, Croacia, la antigua república yugoslava de Macedonia, y Serbia y Montenegro) adoptaron la Carta en Salónica (Grecia) en junio de 2003. En 2004, dichos países iniciaron su primer ciclo del proceso de aplicación, al que se sumó luego Moldova.

(31) Hasta el momento se viene cumpliendo lo acordado en Feira de informar sobre el cumplimiento de la Carta Europea, todos los años en Primavera.

(32) Overview of family business relevant issues. Expert group on family business.

(33) El valor de la palabra "act" ha llevado a que muchos hispanoparlantes la traduzcan como "ley de las empresas familiares" o "ley de la pequeña empresa". Esta traducción es incorrecta ya que sólo es una "iniciativa".

(34) Bruxelles 15.12.2009 Document de travail de la comisión. Rapport sur la mise en oeuvre de Small Business Act.

(35) Por ejemplo en febrero del 2009 sobre la base del test PME la comisión ha propuesto quitar a las empresas familiares constituidas en microempresas la obligación de respetar las reglas contables. Determinando que los Estados miembros debían ser libres para adoptar un sistema contable más adecuado a las microempresas. Con esta medida más de 5,4 millones de microempresas podrían verse beneficiadas de un sistema más adaptado a sus necesidades, y para la economía europea esto representaría una economía de 6,3 millones de euros.

(36) "Guía Colombiana de Gobierno, Corporativo para Sociedades Cerradas y de Familia" Documento elaborado por el Comité Interinstitucional liderado por la Superintendencia de Sociedades de la Cámara de Comercio de Bogotá y Confercámaras, septiembre 2009.

(37) El grupo de trabajo estaba compuesto por representantes de la Cámara de Comercio de Bogotá, de la Corporación Andina de Fomento, la Superintendencia Financiera de Colombia, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, la Asociación Nacional de Industriales, la Bolsa de Valores de Colombia, Sociedades Bolívar, Cementos Argos, Gobernante Consultantes y Suárez & Asociados.

(38) En el derecho navarro, los pactos sucesorios se recogen en el Fuero Nuevo (Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la compilación del derecho civil foral de Navarra) en los arts. 172 a 183 se permite que se otorguen pactos sucesorios tanto a título universal como particular.

(39) En el derecho vasco, la sucesión contractual se contempla en la Ley 3/1992 de derecho civil foral del País para Vizcaya, en los arts. 74 a 83 y, para Guipúzcoa, en los arts. 179 a 188. En ambos supuestos, caben los pactos sucesorios tanto a título universal como a título particular.

(40) En el derecho aragonés los pactos sucesorios se recogen la sucesión paccionada, en el Título II, de la Ley 1/1999, en los arts. 62 a 89.

(41) En el derecho balear también se conocen los pactos sucesorios, los cuales deben contener la institución de heredero, por lo que también son conocidos como heretaments. La regulación de los mismos aparece reflejada en los arts. 72 a 77 de la Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares aprobada por Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre.

(42) En Galicia la ley regula los pactos sucesorios en los arts. 209 a 227. Distinguiendo los pactos sucesorios de mejora y los de apartación. Los pactos sucesorios de mejora (art. 214) son aquellos pactos que más se asemejan a los pactos sucesorios de atribución particular, por cuanto suponen la atribución de bienes concretos, si bien se diferencian en el sujeto beneficiado por ellos ya que, en el derecho gallego, debe ser necesariamente un

descendiente y no, en cambio, como es posible en el derecho catalán, un tercero ajeno a la familia.

(43) El Libro IV del Código civil Catalán fue reformado en julio del 2008 y que entró en vigor el 1 enero de 2009.

(44) SOLANES, María Ysas, "Pactos sucesorios" en "Derecho de Sucesiones vigente en Cataluña", 2ª ed., Valencia, 2008, Tirant Lo Blanch, p. 184 y ss.

(45) MARTINEZ MARTINEZ, María, "Admisión de Pactos de Familia en Derecho Italiano después de la reforma del código civil" en 2006. Legge 14 febbraio 2006, n. 55 recante "Modifichie al codice civile in materia de patto di famiglia". (GU N.50 DEL 1-3-2006).

(46) Referencias interesantes sobre la nueva regulación del pacto de familia se encuentran en www.fondazioneIucapacioli.it, www.filodiritto.com, www.civile.it.

(47) El desarrollo de la empresa puede consultarse en GALLO, Miguel Angel, "La sucesión en la empresa familiar" ob. cit., pp. 182-183.

(48) GALLO, Miguel Angel, "La sucesión en la empresa familiar", pp. 184 y 185.

(49) España ha organizado una Guía o modelo de Protocolo tanto a Nivel Nacional como en las diferentes comunidades.