

La redacción de las cláusulas del estatuto societario de la empresa familiar

Eduardo M. Favier Dubois (h.)

Sumario: 1. Introducción. 2. La empresa familiar. Sus valores y necesidades. 3. La empresa familiar frente al derecho societario. 4. La empresa familiar estructurada: el protocolo y su valor legal. 5. El procedimiento de estructuración societaria. 6. La elección del tipo social adecuado. 7. Las cláusulas estatutarias de estructuración: sus ventajas. 8. La autonomía estatutaria. 9. La cláusula estatutaria sobre el carácter de empresa familiar. 10. La prestación accesoria de suscribir el protocolo de la empresa familiar. 11. Demás cláusulas estatutarias de ejecución del protocolo. 12. Otros instrumentos para la estructuración jurídica de la empresa familiar. 13. Conclusiones.

1. Introducción

En el presente trabajo se consideran las diversas situaciones que la empresa familiar puede presentar frente al derecho societario, según asuma una estructura jurídica *informal*, *formal* u *organizada*.

Partiendo de la necesidad de organizar la empresa familiar desde la elaboración de un *protocolo familiar*, se analiza el modo de dar a sus estipulaciones efectos *institucionales*, o sea, que sean válidas no solo frente a los socios sino también respecto de la sociedad y los terceros.

A tales fines, se propone una estructuración societaria que contemple la adopción de un tipo social adecuado y la incorporación a los contratos y estatutos de diversas cláusulas admitidas por el ordenamiento legal y que permiten compatibilizar el régimen societario con las necesidades de la empresa familiar.

2. La empresa familiar. Sus valores y necesidades

Cabe aquí recordar que hay *empresa familiar* cuando los integrantes de una familia dirigen, controlan y son propietarios de una empresa que constituye su medio de vida, y tienen la inten-

ción de mantener tal situación en el tiempo y con marcada identificación entre la suerte de la familia y de la empresa¹.

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 comparte 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 empresa².

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, 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.

La empresa familiar tiene enorme importancia económica, social y moral, reconocida en todo el mundo³, y presenta grandes fortalezas, pero al mismo tiempo plantea muchas dificultades, derivadas principalmente de su falta de profesionalización, de la falta de planeamiento de la sucesión, de la inexistencia de canales idóneos de comunicación y de la confusión de límites entre familia y empresa. Todo ello crea la necesidad de acudir a procedimientos y herramientas que permitan brindarle una debida sustentabilidad en diversos planos: económico, psicológico-relacional y jurídico, de modo de permitir su continuación y evitar las altas tasas de mortalidad al pasar a las siguientes generaciones.

Dentro de este último plano, se ubica la relación de la empresa familiar con el derecho societario.

3. La empresa familiar frente al derecho societario

Desde el punto de vista de su regulación jurídica, la empresa familiar presenta al menos tres opciones legislativas⁴.

Una consiste en regular de una vez un *estatuto jurídico* de la empresa familiar que contenga una serie de previsiones específicas sobre sus múltiples materias jurídicas: derecho de sociedades, contratos, familia, sucesiones, derecho laboral, derecho fiscal, etcétera.

Otra consiste en la legislación de un tipo social específico sujeto a reglas propias⁵: *la sociedad de familia*.

1. FAVIER DUBOIS (H.), Eduardo M., "La empresa familiar frente al derecho argentino. Hacia su reconocimiento doctrinario y sustentabilidad jurídica", en *El Derecho*, tomo 236, 17/2/2010, n° 2.1., p. 2.

2. RODRÍGUEZ DÍAZ, Isabel, "La empresa familiar en el ámbito del derecho mercantil", en *Cuadernos Mercantiles*, Madrid, Edersa, 2000, n° 2, pp. 23-24; citado en MARTORELL ZULUETA, Purificación, "Empresa familiar y regímenes comunitarios", en REYES LÓPEZ, María J. (Coord.), *La empresa familiar: encrucijada de intereses personales y empresariales*, Navarra, Aranzadi, 2004, p. 76, nota 6.

3. Ver nota extendida en p. 54.

4. Seguimos lo expuesto en SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes, "Una aproximación jurídica a las empresas y sociedades familiares", en SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes (Coord.), *Régimen jurídico de la empresa familiar*, Navarra, Aranzadi, 2010, pp. 21 y ss.

5. Ver nota extendida en p. 54.

Una tercera posibilidad es la de atender por separado sus diversas problemáticas mediante normas puntuales.

Al respecto, la doctrina descarta la primera opción, señalando su poca utilidad y las dificultades frente a la gran variedad de empresas familiares.

Por su lado, tampoco se aconseja un tipo social propio, por entenderse que la figura estudiada carece de rasgos morfológicos y tipológicos específicos o al menos suficientes para definir jurídicamente un tipo especial de sociedad.

Cabe recordar que la creación de la *sociedad limitada nueva empresa* en España (SLNE, Ley 7/2003) se ha considerado un fracaso para contener la empresa familiar, dadas sus importantes limitaciones de socios y capital. Por ello, en algunas legislaciones, como es el caso de la española, se han buscado soluciones para problemas específicos, tales como introducir normas flexibilizadoras a las sociedades de capital, la publicidad de los protocolos familiares, determinadas ventajas tributarias, el *pacto de familia* para programar la sucesión en la propiedad como excepción a la prohibición de pactos sobre herencias futuras, y la admisión expresa de la inscripción de ciertas cláusulas favorables a la empresa familiar⁶.

En nuestro país no existe ni un estatuto jurídico, ni un tipo especial, ni tampoco medidas puntuales de sustentabilidad jurídica para la empresa familiar, debiendo juzgarse su situación bajo la normativa actual.

Sentado ello, y desde el punto de vista del derecho societario, la empresa familiar puede presentar tres estructuras básicas:

- 1) La de una empresa familiar *informal*, que se configura cuando se trata de una explotación unipersonal del *pater* (art. 1, C. Com.) o de una sociedad de hecho integrada por los familiares (art. 21, Ley 19550).
- 2) La de una empresa familiar *formal*, cuando se ha formalizado un contrato, adoptando un tipo social (arts. 4, 5, 7 y 11, Ley de Sociedades [en adelante, LS]) pero limitado a los contenidos estándar de los estatutos modelo.
- 3) La de una empresa familiar *organizada*, cuando a la instrumentación formal se agrega una reglamentación específica de las relaciones entre la familia y la empresa.

En el caso de una empresa familiar *informal*, se presentan los problemas de la confusión entre el patrimonio personal y el empresarial, de la responsabilidad personal sin limitaciones del

6. SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes, *op. cit.* (cfr. nota 4), pp. 22 y ss.

pater o de los socios de hecho, de la prohibición de invocar el contrato entre ellos y de la imposibilidad o graves limitaciones para la transmisión de las partes sociales entre vivos o *mortis causa* (arts. 22 a 26, LS). Las soluciones deberán canalizarse por la regularización de la sociedad de hecho (art. 22, LS) y/o por el aporte del fondo de comercio a una sociedad comercial típica (art. 44, LS).

Por su lado, en la empresa familiar *formal* pero no organizada rigen las reglas del tipo social, y los cónyuges (art. 27, LS) y menores (art. 28, LS) pueden ser socios con responsabilidad limitada. Sin embargo, la falta de organización y la ausencia de cláusulas especiales en los contratos o estatutos generan situaciones disvaliosas, por no ajustarse a las necesidades de la empresa familiar o por ser contrarias al orden societario general, que terminan generando y/o agravando los conflictos.

Entre tales situaciones o carencias, se destacan las siguientes: prohibición de dividendos anticipados (art. 68); limitación para auto financiación con reservas (art. 70); limitación para honorarios sin dividendos en la sociedad anónima (en adelante, SA) (art. 261); limitación en contrataciones de administradores con la sociedad (art. 271); administración promiscua de gerentes (art. 157, 2) y directores (art. 255); libre transmisión de cuotas y acciones a terceros; incorporación automática de herederos políticos (arts. 152 y 214); pesadas formalidades para las reuniones en la SA (arts. 237, 238 y 246); ausencia de normas prácticas para las reuniones en la SRL (art. 159); judicialización de los conflictos (art. 15); falta de límites a la información que puede requerir el socio (art. 55); rigorismo e incertidumbre para la valoración de las partes sociales (art. 13, inc. 5); virtual prohibición de ayudas familiares (arts. 1 y 58); imposibilidad o limitaciones para la exclusión o salida de socios (arts. 89, 91, 245); imposibilidad de designar directores *sine die* y de prever sucesores en los cargos (art. 257); revocación *ad nutum* de los cargos de directores y gerentes (arts. 157 y 256); imposibilidad de exigir nuevos aportes a los socios (arts. 151 y 188); disolución por muerte en sociedad de dos socios (art. 94, inc. 8); ausencia de acuerdos de accionistas y de pactos de sindicación de acciones; ausencia de reglamentación de diversas funciones internas y externas; etcétera.

Finalmente, aparece como tercera alternativa la de la empresa familiar *organizada* o *estructurada*, a la que nos referiremos en las secciones siguientes.

4. La empresa familiar estructurada: el protocolo y su valor legal

El medio mundialmente recomendado para estructurar una empresa familiar, cualquiera sea su forma jurídica, es el denominado *protocolo de la empresa familiar*.

Cabe aquí recordar que el protocolo familiar es una reglamentación escrita, lo más completa y detallada posible, suscripta por los miembros de una familia y socios de una empresa, que actúa como un mecanismo preventivo de conflictos⁷.

Básicamente, regula las relaciones entre la familia, la propiedad de la empresa y su gestión⁸. Es una suerte de carta de navegación para prevenir futuros conflictos. Constituye un acuerdo marco que debe prever su revisión y actualización.

El protocolo ha sido definido, desde el punto de vista jurídico, como:

[...] un acuerdo entre accionistas familiares, titulares de bienes o derechos que desean gestionar de manera unitaria y preservar a la largo plazo, cuyo objeto es regular la organización corporativa y las relaciones profesionales y económicas entre la familia empresaria y la empresa familiar⁹.

Cabe asimilarlo a los *shareholders' agreements* de Estados Unidos y viene a desempeñar en la organización jurídica de la sociedad familiar la misma función que el contrato base de la *joint venture*¹⁰.

Ahora bien, desde el punto de vista estrictamente técnico, resulta imposible atribuirle una naturaleza jurídica unitaria sobre la base de la variedad de contenidos y alcances de sus diversas cláusulas. Es por eso que se ha sostenido que el protocolo es un *instrumento jurídico incompleto*¹¹.

Así, en función del grado de vinculación jurídica que se otorgue, pueden apreciarse tres tipos de cláusulas en los protocolos o, en su caso, tres clases diversas de protocolos¹²:

- a) El *pacto de caballeros*, cuando su contenido solo obliga a los que lo suscriben desde un punto de vista moral, familiar o social.
- b) El protocolo *contractual*, que vincula a los firmantes jurídicamente, pudiéndose accionar judicialmente por cumplimiento o inejecución y reclamarse medidas cau-

7. Ver nota extendida en p. 54.

8. El artículo 2, inciso 1, del Real Decreto español 171 del 9/2/2007 lo define como "el conjunto de pactos suscriptos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan una sociedad no cotizada en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre la familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad".

9. RODRÍGUEZ APARICIO, J. A. y TORRES, C. A., "La empresa familiar y el derecho civil", en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, nº 12, 3ª época, mayo 1999, p. 44.

10. GORTÁZAR, Carlos, "Principales aspectos jurídicos y societarios del protocolo familiar", en AMAT, J. M. y CORONA, J. F., *El protocolo familiar. La experiencia de una década*, Barcelona, Deusto, 2007, p. 196.

11. DIEZ SOTO, Carlos M., "El protocolo familiar: naturaleza y eficacia jurídica", en SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes (Coord.), *op. cit.* (cfr. nota 4), pp. 174 y ss.

12. GORTÁZAR, Carlos, *op. cit.* (cfr. nota 10), p. 197.

13. Ver FAVIER DUBOIS (H.), Eduardo M., “La contratación en la empresa familiar. El protocolo familiar y su valor legal”, en *Revista de los Contratos, los Consumidores y Derecho de la Competencia*, Buenos Aires, Legis, 2011, año 2, n° 1, p. 3.

14. ACHARÉS-DI ORIO, Federico, “El protocolo familiar. A propósito de la autonomía de la voluntad, sus límites y el contrato social”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, n° 240, pp. 1 y ss.

15. Ver FAVIER DUBOIS (H.), Eduardo M., “Cláusulas contractuales y pretensiones judiciales en los conflictos societarios en SRL. Estrategias a la luz de la jurisprudencia”, en NISSEN, Ricardo y otros, *Nuevas doctrinas judiciales en materia de sociedades comerciales*, Buenos Aires, Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2009, p. 65.

16. QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús, “El protocolo de las empresas familiares”, en CALCATERRA, Gabriela y KRASNOW, A. (Dirs.), *op. cit.* (cfr. nota 3), p. 572.

17. Ver nota extendida en p. 54.

18. Ver nota extendida en p. 55.

telares, lo que exige precisión jurídica y compatibilidad con el ordenamiento general.

- c) El protocolo *institucional*, cuando es posible oponer el mismo frente a terceros que no lo hayan suscripto, lo que exige traslación a instrumentos societarios.

En la práctica, para discernir entre un pacto de caballeros y un contrato habrá que analizar frente a qué clase de protocolo o cláusula se está y cuál fue la intención de las partes conforme a su texto expreso y frente al contenido implícito que resulte del contexto familiar al momento de la suscripción y de la ejecución y del marco legal¹³.

Sin embargo, en cuanto al protocolo *institucional*, para configurarlo será necesario, como se dijo, acudir a instrumentos jurídicos complementarios que puedan otorgarle eficacia frente a terceros. También habrá que tener en cuenta los límites que tienen el protocolo y/o sus cláusulas para su valor legal, resultante de las normas indisponibles del ordenamiento jurídico¹⁴, sin perjuicio de su valor moral residual.

Es por eso que, una vez elaborado, consensuado y suscripto el protocolo, se hace conveniente trasladarlo a diversos instrumentos jurídicos tales como los estatutos¹⁵, las prestaciones accesorias¹⁶ y los reglamentos¹⁷, de modo de ir dando la mayor fuerza jurídica posible (validez y oponibilidad) que cada previsión admita¹⁸, conforme se consigna en las secciones siguientes.

5. El procedimiento de estructuración societaria

Como se dijo, una vez elaborado el protocolo, se hace necesario trasladarlo a la esfera societaria de modo de darle valor *institucional*, esto es, frente a todos los socios, la sociedad y los terceros.

A tales fines, corresponderá analizar, en primer lugar, la adopción del tipo social más adecuado y, en segundo término, la incorporación al contrato o estatuto de las diversas cláusulas disponibles para la estructuración.

6. La elección del tipo social adecuado

Sobre la base de la prohibición que tienen los cónyuges de integrar sociedades que no sean con responsabilidad limitada, las

opciones sobre el tipo social adecuado se circunscriben a elegir entre la sociedad de responsabilidad limitada (en adelante, SRL) y la SA¹⁹.

Analizaremos a continuación las fortalezas y debilidades de cada uno de esos tipos, desde el punto de vista de su utilidad, para servir de cobertura societaria de la empresa familiar.

6.1. *Sociedad de responsabilidad limitada*

Pueden señalarse como fortalezas: se trata de un tipo social más personalista que el de la SA y con menor aplicación de normas imperativas; mayor flexibilidad documental; duración indefinida de cargos y limitaciones a la remoción; ausencia de publicidad contable; préstamos a los socios sin impuestos; cuotas suplementarias; exclusión de socio en ciertos casos; posibilidad de pactar ingreso o no ingreso de herederos y la posibilidad de comprar cuotas por la sociedad en derecho de preferencia.

Pero, al mismo tiempo, presenta como debilidades: su menor *status* comercial; la publicidad de las titularidades de cuotas en el Registro Público de Comercio, sin control por la sociedad de los ingresos y egresos de socios, prendas o embargos; limitaciones a la financiación externa; no cotiza cuotas en la bolsa; no puede emitir obligaciones negociables; no puede emitir cuotas preferidas; existe responsabilidad solidaria por los aportes de otros socios y hay límites a la cantidad de socios (50).

6.2. *Sociedad anónima*

Sus fortalezas son: su mejor *status* comercial; la confidencialidad de titularidades y el control de ingresos de socios, embargos y prendas; las posibilidades de mayor financiación externa; la limitación de responsabilidad por aporte propio; la ausencia de límite a la cantidad de socios; admite bonos de goce para fundadores por amortización de acciones y permite una mayor reglamentación formal.

Por su parte, se destacan como debilidades: es menos personalista; su pesada carga formal (libros, edictos, comunicaciones de asistencia, etc.); la unanimidad rigurosa en asambleas; la duración limitada de cargos y remoción *ad nutum* de los directores; el depósito de los balances (publicidad contable); impues-

19. No se descarta como opción la sociedad en comandita por acciones, en la medida en que un cónyuge fuera solidario y el otro comanditario; sin embargo, la responsabilidad ilimitada del socio solidario y la poco clara estructuración legal del tipo la hacen difícilmente aconsejable. Por su lado, si cabe descartar la sociedad civil (art. 1648, C. C.), ya que, si bien puede tener como objeto social uno que sea meramente extractivo, sin transformación (agropecuario, minero) profesional o de compraventa de inmuebles, los cónyuges carecen de capacidad para integrarla.

tos a los préstamos de socios; la fiscalización externa (IGJ: tasas, denuncias, art. 299, etc.); no puede participar en SRL; no hay exclusión de socios prevista y la compra de acciones por la propia sociedad se encuentra condicionada (art. 220).

6.3. Evaluación

Las fortalezas y debilidades de una y otra aparecen, en general, compensadas.

Para una empresa familiar en su primera generación y sin una complejidad especial, la SRL parece el tipo más adecuado por su carácter personalista y más económico²⁰.

Cuando la familia y la empresa crecen, la figura de la SA se ubica como mejor predispuesta.

Como se ve, el estado de la familia (primera, segunda o tercera generación) y de la empresa (fundación, crecimiento, estabilidad, expansión) determinará 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 SA presenta algunas ventajas al permitir mayores formalizaciones, pero, al mismo tiempo, carece de la posibilidad de garantizar la estabilidad del administrador, que sí la tiene la SRL²¹.

A su vez, la SRL aparece mejor preparada para resistir los conflictos internos²², mientras que la SA está mejor capacitada para crecer y actuar en el exterior²³.

Un formato mixto, y en muchos casos recomendable, es la creación de una SRL como *holding*²⁴ de una o más SA operativas²⁵, lo que implicará contar, al mismo tiempo, con las ventajas personalistas de la SRL para el manejo entre socios (por ejemplo, duración de gerentes por tiempo ilimitado) y con las ventajas financieras previstas para la SA (por ejemplo, acciones preferidas, emisión de obligaciones negociables, cotización bursátil).

7. Las cláusulas estatutarias de estructuración: sus ventajas

La incorporación de cláusulas estatutarias resulta sumamente ventajosa para la debida estructuración de la empresa familiar;

20. DE LA VEGA GARCÍA, Fernando L., "Formas societarias y empresa familiar", en SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes (Coord.), *op. cit.* (cfr. nota 4), pp. 38 y ss.

21. Según el maestro Julio Otaegui, solo en la SA del artículo 299, LS, existiría orden público societario, por lo que tanto la SRL como la SA cerrada serían aptas para la empresa familiar.

22. Ver nota extendida en p. 55.

23. SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes, "Estatutos sociales y pactos parasociales en sociedades familiares", en SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes (Coord.), *op. cit.* (cfr. nota 4), p. 44.

24. Ver FAVIER DUBOIS (H.), Eduardo M. y FAVIER DUBOIS (P.), E. M., "La sociedad *holding* y la sociedad filial en el derecho argentino", en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, tomo XXII, n° 276, noviembre 2010, p. 1189.

25. Ver CUESTA LÓPEZ, José V., *Mecanismos jurídicos para la defensa de la empresa familiar*, Valencia, Organismo Público Valenciano de Investigación, 2001, p. 46.

una vez inscriptas en el Registro Público de Comercio, gozarán de los siguientes efectos:

- Oponibilidad de todos los socios actuales a los futuros socios y a los administradores no socios.
- Presunción de validez y de exactitud, nacida de su inscripción (arts. 6 y 7, LS).
- Su eventual violación autoriza la promoción de la acción de nulidad de decisiones asamblearias (art. 251, LS).

También dichas cláusulas pueden prever la inscripción de reglamentos societarios (art. 5, segundo párrafo, LS), cuyos contenidos tendrían los mismos efectos.

8. La autonomía estatutaria²⁶

Nos referimos aquí a la posibilidad legal de que los fundadores de la SRL o SA y/o de que sus socios o accionistas introduzcan en el estatuto cláusulas para la estructuración de la empresa familiar no previstas expresamente en la LS.

Al respecto, consideramos que existe autonomía estatutaria sobre la base de que la propia ley ordena consignar en el instrumento de constitución²⁷:

- 8) Las cláusulas necesarias para que puedan establecerse con precisión los derechos y las obligaciones de los socios entre sí y respecto de terceros.
- 9) Las cláusulas atinentes al funcionamiento [...] de la sociedad.

Ello, a nuestro juicio, incluye la facultad de fijar mecanismos de funcionamiento de la empresa familiar.

Al respecto, destaca el profesor Richard que en el derecho societario hay solo dos límites a la generación de preceptos por la autonomía de la voluntad: uno general, vinculado a no afectar derechos de terceros, dentro del marco de los artículos 1195, 1197 y 1198 del Código Civil, y otro consistente en no afectar la tipicidad societaria, conforme con las previsiones del artículo 17, LS²⁸.

El mismo autor distingue tres tipos de normas legales organizativas: a) imperativas; b) dispositivas y c) interpretativas. Y destaca que solo las primeras imponen límites a la autonomía de la voluntad de los socios e incluso sostiene que las normas imperativas *implícitas* deben interpretarse restrictivamente²⁹.

26. Ver FAVIER DUBOIS (H.), Eduardo M., *op. cit.* (cfr. nota 15), en NISSEN, Ricardo y otros, *op. cit.* (cfr. nota 15), p. 65.

27. Artículo 11, incisos 8 y 9, Ley 19550.

28. RICHARD, Efraín H., "Libertad asociativa y autonomía estatutaria", en *X Congreso Argentino de Derecho Societario*, Córdoba, Fespresa, 2007, tomo I, p. 327.

29. *Ibidem*, p. 330.

30. Ver FAVIER DUBOIS (H.), Eduardo M. y FAVIER DUBOIS (P.), E. M., "Condiciones estatutarias para el desempeño del cargo de director de sociedad anónima", en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, tomo XXII, n° 279, febrero 2011, p. 141.

31. FRIDMAN, Susana A., "La autonomía de la voluntad en la determinación del contenido del contrato social", en *X Congreso Argentino de Derecho Societario*, Córdoba, Fespresa, 2007, tomo I, p. 253; TOM, Walter R., "El nuevo régimen societario argentino debe permitir la libertad asociativa respetando la autonomía de la voluntad", en *X Congreso Argentino de Derecho Societario*, Córdoba, Fespresa, 2007, tomo I, p. 341,

32. SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes, *op. cit.* (cfr. nota 23), pp. 59 y ss.

33. CESARETTI, Oscar: exposición [s/t].

34. Ver FAVIER DUBOIS (H.), Eduardo M. y FAVIER DUBOIS (P.), E. M., "La empresa familiar: hacia su debida interpretación doctrinaria y estructuración jurídica", en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, n° 277, tomo XXII, diciembre 2010, p. 1305.

35. Ver nota extendida en p. 55.

La moderna doctrina nacional que compartimos³⁰ es pacífica en cuanto a la posibilidad de incorporar cláusulas estatutarias basadas en la autonomía de la voluntad y con los límites señalados³¹.

Por su parte, en España, el Real Decreto 171/2007 ordenó al Registro Mercantil inscribir las siguientes cláusulas por considerarlas congruentes con el derecho societario: a) arbitraje societario; b) cláusulas penales; c) procedimientos de valoración de acciones; e) creación de órganos consultivos familiares³².

En consecuencia, cabe concluir que los socios poseen la facultad de introducir tales cláusulas, sea en el momento fundacional o con posterioridad, por vía de la reforma del estatuto y con las mayorías correspondientes.

9. La cláusula estatutaria sobre el carácter de empresa familiar

Para comenzar, juzgamos muy importante insertar una cláusula donde conste la condición de empresa familiar en el estatuto o contrato social³³, ya que ello implicará el reconocimiento de tal condición por todos los socios y, al mismo tiempo, la aplicación de criterios valorativos específicos.

Al respecto, ya hemos tenido oportunidad de señalar que, en nuestra opinión, ni la causa de constitución ni la causa de integración posterior a una empresa familiar instrumentada como sociedad se fundan en una mera inversión de capital efectuada con *fin de lucro*, sino que ambas causas se fundan en la pertenencia a la familia y consisten en el deseo de colaborar con la continuidad y el crecimiento de la empresa porque ello implica fortalecer al resguardo patrimonial de la familia³⁴.

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; debe considerarse a aquel con un estatuto particular derivado de su propia causa de incorporación y de su carácter de partícipe interesado en la buena marcha del negocio³⁵.

Tal circunstancia se proyecta sobre la admisibilidad legal e interpretación de ciertas cláusulas en materia de *razonabilidad de las reservas voluntarias, validez interna de los actos gratuitos de ayudas familiares, presunción de gratuidad de las ad-*

*quisiciones de acciones, obligatoriedad de ciertos procedimientos internos considerados como reglamentos de hecho y beneficio de competencia entre la sociedad y los socios*³⁶.

10. La prestación accesoria de suscribir el protocolo de la empresa familiar

Sabido es que el régimen legal de las SA 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*³⁷.

La normativa está contenida en el artículo 50 de la Ley 19550, 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 directorio³⁸.

El mismo artículo 50, en su inciso primero, 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 accesoria 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 muerte, los obligará a cumplir con la suscripción del protocolo y, por ende, los sujetará a las normas del mismo³⁹.

Si bien está discutida la posibilidad adicional de incluir también como prestación accesoria el debido *cumplimiento* del protocolo⁴⁰, 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 cláusulas determinadas del mismo con contenidos específicos.

11. Demás cláusulas estatutarias de ejecución del protocolo⁴¹

A continuación, haremos referencia sobre la posibilidad de insertar cláusulas estatutarias que sean consistentes con el protocolo de la empresa familiar. También, sobre la posibilidad de

36. Ver FAVIER DUBOIS (H.), Eduardo M. y FAVIER DUBOIS (P.), E. M., *op. cit.* (cfr. nota 33), pp. 1305-1310.

37. FAVIER DUBOIS (H.), Eduardo M., "Las prestaciones accesorias. Perspectiva, actualidad y prospección de un valioso instituto", en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Abeledo-Perrot, año 24, tomo 1991-B, p. 90, § 1.6.

38. Ver VÍTOLO, Daniel R., *Aportes, capital social e infracapitalización en las sociedades comerciales*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2010, p. 226.

39. DIEZ SOTO, Carlos M., *op. cit.* (cfr. nota 11), p. 181.

40. SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes, *op. cit.* (cfr. nota 23), pp. 52 y ss.

41. FAVIER DUBOIS (H.), Eduardo M., *op. cit.* (cfr. nota 15), en NISSEN, Ricardo y otros, *op. cit.* (cfr. nota 15), p. 65.

prever diversos *reglamentos societarios* que se sujetarán a la pertinente inscripción (art. 5, LS).

A tal efecto, siguiendo el orden de las temáticas que son generalmente desarrolladas en los textos de los protocolos familiares, formularemos algunas propuestas que entendemos de utilidad para ser receptadas, en todo o en parte, según las circunstancias de cada caso.

11.1. *La empresa, la familia y sus valores*

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

11.2. *Relaciones y límites entre familia y empresa*

- Constituciones de reservas estatutarias para la financiación de la sociedad (art. 63, inc. 2, II, b)⁴².
- Criterios para el reparto de dividendos (arts. 68 y 234, inc. 1).
- Reservas estatutarias con fines de ayudas familiares, fijadas por reglamento (art. 63, inc. 2, 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, Ley de Contrato de Trabajo)⁴³.

42. FAVIER DUBOIS (H.), Eduardo M., "La financiación de la empresa familiar y sus resultados contables frente a la liquidación de la sociedad conyugal", en *La Ley*, tomo 2010-C, pp. 1225 y ss.

43. Ver MARINELLI, José L., *op. cit.* (cfr. nota 17), p. 105.

44. FAVIER DUBOIS (H.), Eduardo M. y FAVIER DUBOIS (P.), E. M., *op. cit.* (cfr. nota 29), p. 141.

45. FAVIER DUBOIS (H.), Eduardo M. y FAVIER DUBOIS (P.), E. M., "El reglamento del directorio en la sociedad anónima", en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, tomo 22, n° 271, julio 2010, p. 704.

11.3. *Reglas de administración y buen gobierno*

- Condiciones requeridas para ser director o gerente (arts. 157 y 256)⁴⁴.
- 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. 5, 157 y 260)⁴⁵.

- Sometimiento de ciertas decisiones del directorio o gerencia a la asamblea (art. 234, inc. 1).
- Previsión de un reglamento sobre funcionamiento de la asamblea o del órgano de gobierno (arts. 5, 159 y 233)⁴⁶.
- Mayorías agravadas o reducidas para ciertas decisiones en interés familiar o personal de los familiares (arts. 160, 243 y 244)⁴⁷.
- Previsión de una reglamentación del funcionamiento de la sindicatura y del consejo de vigilancia (arts. 5, 281 y 284).
- Reglamentación del derecho de información del socio para evitar conflictos e interferencias (art. 55)⁴⁸.
- Mecanismos de desempate y de manejo del *impasse* en las sociedades de hermanos con iguales tenencias –50 y 50– (arts. 160, 243 y 244).

11.4. 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 vinculante⁴⁹.
- Previsión de notificaciones personales adicionales y previas a las asambleas de SA (art. 237).
- Reglamentación de la utilización de medios informáticos para las comunicaciones entre los socios –TICS– (arts. 159 y 237).

11.5. 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)⁵⁰.
- 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)⁵¹.
- Cláusulas que autorizan la salida voluntaria de socios bajo ciertas condiciones financieras (art. 89).

46. FAVIER DUBOIS (H.), Eduardo M. y FAVIER DUBOIS (P.), E. M., “La convocatoria a asamblea de sociedad anónima a pedido de un socio”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, tomo 22, n° 274, septiembre 2010, p. 977.

47. FAVIER DUBOIS (H.), Eduardo M. y FAVIER DUBOIS (P.), E. M., “Resoluciones sociales en la SRL. Los problemas del modo de deliberar, quórum, mayorías y el voto del minoritario”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, tomo 21, n° 264, noviembre 2009, p. 1217.

48. FAVIER DUBOIS (H.), Eduardo M. y FAVIER DUBOIS (P.), E. M., “El derecho de información del socio y el examen de los libros sociales: funcionamiento, alcances y límites”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, tomo 22, n° 273, agosto 2010, p. 821.

49. Ver nota extendida en p. 55.

50. Ver nota extendida en p. 55.

51. FAVIER DUBOIS (H.), Eduardo M. y FAVIER DUBOIS (P.), E. 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”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, tomo 21, n° 259, junio 2009, p. 643.

- Compra por la sociedad de sus propias acciones o cuotas, con o sin aumento de capital (arts. 153 y 220)⁵².

11.6. *El proceso de sucesión en la propiedad y en la gestión*

52. Ver FAVIER DUBOIS (H.), Eduardo M. y FAVIER DUBOIS (P.), E. M., “La compra de propias cuotas por la SRL, la demanda y el derecho de información del socio en un caso judicial”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, tomo 21, n° 265, diciembre 2009, p. 1317.

53. GLIKIN, Leonardo J. y HERS, L. 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*, Buenos Aires, Fidas, 2010, tomo II, pp. 133 y ss.

54. FAVIER DUBOIS (H.), Eduardo M., “Los conflictos societarios. Prevención, gestión y solución”, en *La Ley*, tomo 2010-E, p. 675.

55. FAVIER DUBOIS (H.), Eduardo M. y FAVIER DUBOIS (P.), E. M., “Negociación, mediación y arbitraje en los conflictos societarios”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, tomo 23, n° 281, abril 2011, p. 381.

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

57. Ver nota extendida en p. 55.

- Duración indeterminada del cargo de gerente como condición del contrato para programar la sucesión en la gestión en la SRL e independizarla de la sucesión en la propiedad (art. 157 *in fine*).
- Cláusulas que reglamentan 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, adquiriendo su parte los otros socios y/o la sociedad, pudiendo financiarse con un sistema de seguros cruzados (arts. 89 y 155)⁵³.
- Diversas clases de acciones por ramas familiares para la sucesión en la propiedad en la SA (art. 207).
- Amortización de acciones y emisión de bonos de goce para directores que se retiren en la SA (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).

11.7. *Conflictos, ejecución e interpretación*

- Mecanismos para detectar, gestionar y solucionar conflictos entre los socios y entre estos y la sociedad⁵⁴.
- Cláusula arbitral para dirimir conflictos (art. 75, Resolución General 7/05 IGJ, y art. 38, Decreto 677/01)⁵⁵.
- Cláusulas penales por determinados incumplimientos (art. 11, inc. 8)⁵⁶.
- Causales de exclusión de socios por conducta en cualquier tipo social y reglamentación del derecho de defensa (arts. 89 y 91)⁵⁷.
- 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).

- Cláusula de cómo interpretar las cláusulas del estatuto y reglamentos (art. 11, inc. 8).

12. Otros instrumentos para la estructuración jurídica de la empresa familiar

Además del protocolo de la empresa familiar y de la debida estructuración societaria mediante la adopción del tipo adecuado y las cláusulas estatutarias y reglamentos pertinentes, cabe mencionar la existencia de otros instrumentos jurídicos de sustentabilidad de la empresa familiar, como son los acuerdos de accionistas⁵⁸, los testamentos, los fideicomisos⁵⁹ y/o los seguros.

13. Conclusiones

Siempre a título de propuestas interpretativas, sujetas a la dialéctica de las ideas, proponemos las siguientes conclusiones:

- 1) Frente a la enorme trascendencia de la empresa familiar en todo el mundo, aparecen debilidades que deben ser atendidas mediante el uso de ciertos instrumentos y herramientas, entre los que se cuenta el régimen societario.
- 2) A los fines de la sustentabilidad societaria de una empresa familiar, resulta necesario no solo pasar de una empresa familiar *informal* (individual o sociedad de hecho) a una empresa *formalizada* (sociedad regular), sino además dotar a esta última de una debida *estructuración*.
- 3) La *estructuración* de una empresa familiar comienza con la elaboración de un *protocolo*, pero requiere además, a nivel societario, la adopción de un tipo social adecuado y la inserción de determinadas cláusulas estatutarias.
- 4) Los tipos sociales adecuados para la empresa familiar son la SRL y la SA, con ventajas y desventajas entre sí que se equiparan funcionalmente, y su elección dependerá en cada caso del grado de desarrollo de la familia y de la empresa y de sus perspectivas futuras.
- 5) La inserción de cláusulas no previstas expresamente por el ordenamiento societario en los contratos y estatutos resulta plenamente válida mientras no se afecten requisitos esenciales del tipo social de que se trate.

58. Ver FAVIER DUBOIS (H.), Eduardo M. y CESARETTI, O. D., "El pacto de sindicación de acciones como instrumento del protocolo de la sociedad de familia", en *Jornadas Nacionales de Derecho Societario en Homenaje al Profesor Enrique M. Butty*, Buenos Aires, Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2007, pp. 405 y ss.

59. Ver FAVIER DUBOIS (H.), Eduardo M., "Fideicomiso y régimen societario. El fideicomiso sobre acciones de sociedad anónima", en *La Ley*, tomo 2010-F, p. 842.

- 6) Se propone la inserción en el contrato social o estatuto de una cláusula estatutaria que declare que se trata de una empresa familiar, como así la instauración de una *prestación accesoria* que consista en la *obligación de hacer* de suscribir el protocolo de la empresa familiar.
- 7) También se propone la inserción, según el caso, de alguna o algunas de una serie de cláusulas estatutarias referidas a las relaciones y límites entre la familia y la empresa, al buen gobierno, a las comunicaciones, al mantenimiento de la propiedad en la familia, a la sucesión en la gestión y en la propiedad, y al manejo de los conflictos, todas congruentes con el ordenamiento jurídico societario vigente.

Notas extendidas

3. Ver 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*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2010 (participaron como coautores de sucesivos capítulos Tomás M. Araya, María G. Brandám, Ángel F. Cerávol, Oscar D. Cesaretti, Marcelo De Hoz, Eduardo M. Favier Dubois [h.], Viviana Fourcade, María B. 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); CALCATERRA, Gabriela y KRASNOW, A. (Dirs.), *Empresas de familia. Aspectos societarios, de familia y sucesiones, concursales y tributarios. Protocolo de familia*, Buenos Aires, La Ley, 2010, 688 pp. (con la coautoría de María G. Anonni, Gabriela Calcaterra, Santiago Dodero, Adriana Krasnow, Jesús Quijano González, Victoria Schiro y Gloria Torresi; corresponde a investigaciones realizadas en el seno de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario). Además, pueden consultarse los siguientes trabajos: MEDINA, Graciela, “Empresa familiar”, en *La Ley*, 13/9/2010, pp. 1 y ss. (tomo 2010-E); ALTERINI, Ignacio E., “El bien de familia frente a la empresa familiar”, en *La Ley*, 9/12/2010, pp. 1 y ss. (tomo 2010-F).

5. Ningún país del mundo lo ha hecho. En Italia, la *empresa de familia*, regulada por el artículo 230 bis del Código Civil, no es más que una empresa individual del padre, donde trabajan los familiares bajo normas diversas al contrato de trabajo, con derecho a participar en utilidades, decisiones extraordinarias y en el producido de la venta del establecimiento. Ver DE STEFANIS, Cintia y QUIERCIA, A., *Associazione in partecipazione e impresa familiare*, San Marino, Maggioli Editore, 2009, pp. 45 y ss.

7. REYES LÓPEZ, María J. (Coord.), *op. cit.* (cfr. nota 2), p. 15. Ver nuestro trabajo “El protocolo de la empresa familiar como instrumento de prevención de conflictos”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, tomo 20, n° 244, marzo 2008, pp. 171-181. Ver también SOSA DE IRIGOYEN, María S., “El protocolo de empresa familiar. Antecedentes y bases para su redacción”, en FAVIER DUBOIS (H.), Eduardo M. (Dir.), *op. cit.* (cfr. nota 3), pp. 235 y ss. MASRI, Victoria, “El protocolo familiar: valioso instrumento para la conservación de la empresa familiar”, en FAVIER DUBOIS (H.), Eduardo M. (Dir.), *op. cit.* (cfr. nota 3), pp. 279 y ss. ROSALES MATIENZO, Rodrigo N., “Modelo de protocolo familiar”, en FAVIER DUBOIS (H.), Eduardo M. (Dir.), *op. cit.* (cfr. nota 3), pp. 369 y ss.

17. Ver MARINELLI, José L., *Reglamentos internos de las sociedades anónimas. Teoría y práctica*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007, pp. 19 y ss. El autor cita una definición más breve,

de Zaldívar (ZALDÍVAR, Enrique, “Los reglamentos internos de las sociedades comerciales”, en *La Ley*, tomo 1981-D, p. 979). La obra de José Luis Marinelli, que cuenta con un lúcido prólogo de Hugo Enrique Rossi, tiene el gran mérito de haber reinstalado el tema de los reglamentos en nuestro medio.

18. Ver SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, Antonio J., *El protocolo familiar. Una aproximación práctica a su preparación y ejecución*, Madrid, Sánchez-Crespo Abogados y Consultores, Madrid, 2009, pp. 145 y ss.

22. Téngase en cuenta que no está sujeta a fiscalización estatal (arts. 299 y 300, LS) 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.). Ver FAVIER DUBOIS (H.), Eduardo M. y FAVIER DUBOIS (P.), E. M., “Los conflictos societarios en el ámbito de la Inspección General de Justicia”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, tomo XXII, n° 269, abril 2010, p. 340.

35. OTERO LASTRES, J. 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*, Madrid, 1995, p. 258.

49. 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. Ver VERDÚ CAÑETE, María J., “Estructura orgánica de la sociedad familiar”, en SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes (Coord.), *op. cit.* (cfr. nota 4), p. 95. Ver 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*, Buenos Aires, Fidas, 2010, tomo I, pp. 49 y ss.

50. Ver CUESTA LÓPEZ, José V., *op. cit.* (cfr. nota 25), pp. 89 y ss. Ver también FAVIER DUBOIS (H.), Eduardo M., “Cláusulas de limitación a la transmisibilidad de las acciones”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, tomo 2, agosto de 1989, p. 248 (y en FAVIER DUBOIS [H.], Eduardo M. [Dir.], *Transferencias y negocios sobre acciones*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007, p. 153).

57. FAVIER DUBOIS (H.), Eduardo M. y FAVIER DUBOIS (P.), E. M., “La exclusión de socios en la sociedad anónima”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, tomo 23, n° 282, mayo 2011, p. 504.