



Biblioteca Central "Vicerrector Ricardo A. Podestá"
Repositorio Institucional

Inspiración e identidad en empresas familiares

protocolo como herramienta de organización

Año
2015

Autor
Molina Sandoval, Carlos

Este documento está disponible para su consulta y descarga en el portal on line de la Biblioteca Central "Vicerrector Ricardo Alberto Podestá", en el Repositorio Institucional de la **Universidad Nacional de Villa María**.

CITA SUGERIDA

Molina Sandoval, C. (2015). *Inspiración e identidad en empresas familiares*. Villa María: Universidad Nacional de Villa María



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

IV CONGRESO DE ADMINISTRACIÓN DEL CENTRO DE LA REPÚBLICA

“INSPIRACIÓN E IDENTIDAD PARA LA INTEGRACIÓN DE LAS ORGANIZACIONES”

VILLA MARIA - 12 Y 13 DE NOVIEMBRE DE 2015

INSPIRACIÓN E IDENTIDAD EN EMPRESAS FAMILIARES: PROTOCOLO COMO HERRAMIENTA DE ORGANIZACIÓN

DR. MOLINA SANDOVAL, CARLOS. AUTOR Y EXPOSITOR

INSPIRACIÓN E IDENTIDAD EN EMPRESAS FAMILIARES: PROTOCOLO COMO HERRAMIENTA DE ORGANIZACIÓN

SUMARIO: I. Introducción. II. Nociones conceptuales. III. Base contractual. IV. Alcances consensuados. V. Convenios para-societarios. VI. Alcances jurídicos de los convenios y el rol del directorio. VII. Sucesión en la empresa familiar. VIII. Identidad y valores de la empresa familiar. IX. Profesionalización de la administración. X. Política de préstamos. XI. Comité ejecutivo y disposición de activos. XII. Directores independientes. XIII. Trabajo de familiares en la empresa. XIV. Política de financiamiento, dividendos y resultados. XV. Transferencia de acciones y exclusión o de retiro de familiares. XVI. Órganos familiares y societarios. XVII. Resolución de conflictos. XVIII. Documentos complementarios al protocolo. 1. Reglamento. 1.1. Utilización. 1.2. Relación con el contrato social. 2. Fideicomiso de acciones. 2.1. Importancia. 2.2. Interpretación complementaria. 3. Donación. 4. Usufructo. 4.1. Utilización en la empresa familiar.

I. INTRODUCCIÓN.

El estudio de la organización jurídica de las empresas familiares reviste fundamental interés no sólo para quienes participan activamente en el marco de una empresa de estas características¹ (sea como director, accionista, empleado o simple familiar) sino especialmente para sus asesores profesionales que se enfrentan con una realidad fáctica similar a cualquier organización empresarial, pero con matices delicadamente especiales que justifican un estudio particular del tema². En efecto, pese a que la óptica de quien estudia una empresa familiar no debería variar mucho en su enfoque analítico con el de cualquier otra empresa, la empresa familiar tiene una serie de matices y conflictos especiales³ que requieren de una profundización significativa e incluso de un enfoque interdisciplinario que no se ve en otras disciplinas.

El valor familiar obviamente implícito en estas organizaciones (y sus naturales ramificaciones en sus especiales ventajas y desventajas) hace que muchas soluciones excedan lo societario o lo contractual para introducirse en aspectos familiares⁴, psicosociales, estratégicos, negociales, etc.. El mayor aporte que puede brindar el derecho a estos problemas radica en adaptar las soluciones legales a ciertas situaciones que muchas veces exceden lo jurídico. Para ello, se vale de herramientas y variantes legales (estatutos societarios, contratos parasocietarios, fideicomisos de administración y garantía, mandatos, testamentos, etc.) que –de manera parcial o total- pueden culminar en un protocolo familiar.

La presente contribución procura profundizar algunos aspectos que consideramos relevantes en orden a un adecuado encuadramiento del protocolo familiar (o de empresas familiares), aun cuando no tiene vocación de resolver todos los posibles puntos de conflicto que se pueden derivar de la dinámica de estos convenios. La selección de los tópicos a considerar en el presente no sólo se realiza en función de la teoría que puede estar implicada en las empresas familiares sino también en función de los problemas prácticos que plantean la implementación de los llamados protocolos.

II. NOCIONES CONCEPTUALES.

La falta de regulación jurídica de la empresa familiar en la legislación argentina, a diferencia de otros países, impide adoptar un criterio único para conceptualizar con exactitud estos acuerdos familiares, más allá que existe un cierto consenso doctrinario y profesional en su denominación de “protocolo” familiar o de empresas familiares. Se trata de una noción que, derivada de una fuerte

¹ Uno de los principales desafíos no sólo a nivel nacional sino de en la mayoría de los países consiste en tratar de definir los alcances concretos de la empresa familiar. Así se ha dicho que muchos esfuerzos se han focalizado en definir la empresa familiar para distinguirla de una “nonfamily firm” (SHARMA, Pramodita, *An overview of the field of Family Business studies: current status and direction for the future*, en: “Handbook of Research on Family Business” (edited by POUTZIOURIS, Panikkos Zata; SMYRNIOS, Kosmas X. y KLEIN, Sabine B.), Edward Elgar Publishing Limited, Massachusetts, 2006, p. 25).

² Se ha dicho que en general las empresas familiares tienden a tener una visión a largo plazo de los negocios. No hacen operaciones de medianoche. Ello significa que los dueños y administradores de la empresa familiar tienen una diferente mirada de sus empleados, clientes, de la comunidad, etc. El hecho de que sus dueños tengan el nombre en sus edificios los hace más conscientes de su rol en la comunidad y más celosos de su reputación (KETS DE VRIES, Manfred F.R., *The Dynamics of Family Controlled Firms: The Good and the Bad News*, Organizational Dynamics, vol. 21, N° 3, p. 60).

³ Finch enuncia como causales de las peculiaridades en los conflictos en empresas familiares la cuestión del doble rol en la familia y en la empresa, diferentes visiones del negocio, el rol de la sucesión y los celos, la pobre comunicación, la introducción de roles fulltime, entre muchísimos otros (FINCH, Nigel, *Identifying and Addressing the Causes of Conflict in Family Business*, Working Paper Series, The University of Sydney Business School, Australia, May 2005, p. 76).

⁴ Muchas veces el fundador debe decidir en orden a la sucesión de su compañía si prefiere contratar a un administrador profesional o deja el management a su sucesión (BURKART, Mike, PANUNZI, Fausto & SHLEIFER, Andrei, *Family Firms*, The Journal of Finance, 2003, vol. 58, p. 2167).

práctica profesional de “protocolizar” las empresas familiares, está asumiendo matices que permitirían incluirlos actualmente incluso en una suerte tipicidad social.

El protocolo familiar, según se ha señalado, es el documento en el que una familia propietaria de una empresa, por medio del consenso pone por escrito las reglas que van a regir la relación entre la familia, la empresa y la propiedad en el presente y en el futuro, es el que regula las relaciones entre los miembros de la familia y la empresa. Se trata de un mecanismo que trata de plantearse la titularidad, sucesión y gobierno de una empresa familiar y que puede llegar a afectar a las relaciones profesionales, económicas o incluso personales entre la familia y empresa⁵.

Muchos estudios aluden al protocolo como un “documento”⁶, “instrumento” o “reglamentación escrita”, pero sin enfatizar en su verdadero carácter contractual del mismo. Estos intentos conceptuales, sumamente correctos en el entorno en el cual se insertan los protocolos, procuran poner más énfasis en sus objetivos y ejes reglamentarios en los que se sustenta que en su verdadera naturaleza contractual del mismo. Más aún, cuando es común incorporar en este tipo de acuerdos algunas cláusulas meramente programáticas cuya única finalidad radica plasmar una suerte de “constitución familiar” que requiere de previsiones concretas de común acuerdo –e incluso mutantes en el tiempo- que terminen de definir una adecuada reglamentación de la dinámica de la empresa familiar (o incluso, la familia empresaria).

El artículo 2, inc. 1, del Real Decreto español 171 del 9 de Febrero de 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 a 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 la entidad”.

Por ello, se ha dicho que el protocolo familiar es una reglamentación escrita, lo más completa y detallada posible, suscripta por los miembros de una familia y accionistas de una empresa, que actúa como un mecanismo preventivo de conflictos⁷ o una suerte de “carta de navegación”⁸ para prevenir futuros conflictos.

III. BASE CONTRACTUAL.

La base contractual (y fundamentalmente el consenso familiar) de estos protocolos es innegable, más allá que en algunos casos podrán estructurarse o definirse bajo otras formas no necesariamente contractuales, tales como un legado o testamento (con ciertas cargas o con particularidades –fideicomiso testamentario-) o incluso –y más allá del debate generado en el derecho civil-declaraciones unilaterales (v.gr., ofertas a término e irrevocables, títulos valores, etc.) determinantes de los fines sustanciales de las empresas familiares.

Esta base contractual avanza, muchas veces, incluso en temas en los que el propio ordenamiento jurídico no permite su regulación contractual (muy común en temas conyugales, sucesorios o familiares), pero que principios humanos tan fuertes como el “valor de la palabra empeñada” o la “cohesión familiar de los miembros de la empresa” lo hacen “familiarmente obligatorio” e independiente de los verdaderos cauces jurídicos que pudieran desarrollarse en cada caso concreto.

Es así que esta esencia contractual es la que define inicialmente la naturaleza del protocolo familiar, más allá que –reiteramos- en muchos casos esta “reglamentación” podrá emplear algunas otras herramientas no necesariamente contractuales (v.gr., testamentos, legados, reconocimientos, etc.) o incluso contractuales, pero conexos a otros actos jurídicos (estatutos societarios, reglamentos sociales, convenios de accionistas, etc.).

Además de la base contractual o regulatoria del protocolo, en la noción de “protocolo” se encuentra implícita la idea de un plan o proceso⁹ con cierto grado de detalle y formalidad y que aglutina uniformemente varios actos o contratos conexos.

⁵ SOSA DE IRIGOYEN, María Susana, *El protocolo de empresa familiar. Antecedentes y bases para su redacción*, en: “La empresa familiar. Encuadre general, marco legal e instrumentación” (Favier Dubois, dir.), Ad-Hoc, Bs. As., 2010, p. 242.

⁶ El protocolo familiar “no es más que el documento básico en el que ésta [la empresa familiar] se cimienta, documento que además de contener esa normativa por la que se regulan las relaciones personales, profesionales y económicas entre la familia y la empresa, y entre éstas y la gerencia, tiene entre sus principales objetivos la preservación de la continuidad de la empresa familiar, ayudándola en su desarrollo” (ECHAIZ MORENO, Daniel, *El protocolo familiar*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Año XLIII, Núm. 127, Enero-Abril 2010, p. 122).

⁷ REYES LÓPEZ, María J. (coord.), *La empresa familiar. Encrucijada de intereses personales y empresariales*, Thomson-Aranzandi, Navarra, 2004, p. 15.

⁸ FAVIER DUBOIS (H), Eduardo, *El protocolo de la sociedad de familia y sus desafíos*, en: “X Congreso Argentino de Derecho Societario”, Fespresa, Córdoba, 2007, t. I, p. 517.

⁹ Haciendo énfasis en la noción de “proceso” la Asociación Madrileña de Empresas Familiares señala que “El protocolo familiar regula las relaciones de la familia empresaria y responde a la propia realidad tanto de la familia como de la empresa. Así, ha de ser la conclusión que se obtenga tras un trabajo en la familia, la empresa y la propiedad. Supone un proceso con componentes jurídicos, económicos y empresariales, pero sobre todo, es un proceso de trabajo psicológico y

Si bien algunas de las acepciones de la vigésimo segunda edición del Diccionario de la Real Academia Española se alude a “serie ordenada de escrituras matrices y otros documentos que un notario o escribano autoriza y custodia con ciertas formalidades” o a “plan escrito y detallado de un experimento científico, un ensayo clínico o una actuación médica”, en el avance de la edición vigésimo tercera se ha incorporado una quinta acepción que podría terminar de delimitar los alcances de los protocolos aquí estudiados: “conjunto de reglas que se establecen en el proceso de comunicación entre dos sistemas”.

En algún punto, el protocolo incluye una noción dinámica de planificación, la que mediante un conjunto de reglas escritas aglutinadas en un único instrumento (que consolida contratos y otros actos jurídicos relacionados), procura establecer un proceso de comunicación entre dos o más sistemas (familia y empresa).

IV. ALCANCES CONSENSUADOS.

Pese a las dificultades prácticas de determinar un concepto unívoco de protocolo, existiría consenso en que el protocolo familiar tiene como finalidad la planificación y reglamentación de la empresa familiar y, mediante esta regulación, anticiparse a los posibles conflictos que se derivan de problemas familiares o sucesores.

La redacción de un protocolo busca, en algún punto, cierta unificación instrumental (sea mediante un único acuerdo o de varios actos y convenciones que se unifican en la misma base documental) y especialmente simplificar el procedimiento de decisiones y comunicaciones entre la familia y la empresa, incluso de los accionistas, empleados y administradores de la misma.

Importa adaptar a las particulares circunstancias de una familia empresa los procesos de comunicación y resolución de cuestiones puntuales que se van planteando no sólo en el día a día sino también esporádicamente mediante el cambio de condiciones familiares (divorcios, sucesiones, enfermedades, etc.).

Toda finalidad regulatoria (en términos de familia, empresa y propiedad) busca planificar evitar los conflictos y prever, en algún punto, los principales puntos de conflictos cuando acaezcan las situaciones particulares. Esta finalidad tiene notable presencia y un alcance presente (pues busca reorganizar ciertas cuestiones importantes para la familia, v.gr., retribución de los directores, política de dividendos, solución de controversias, etc.), pero también tiene una visión de futuro (en orden a anticiparse a los posibles inconvenientes que puede atravesar una familia en particular).

El protocolo puede abarcar temas económicos y financieros (de hecho, son un aspecto muy importante), pero también abarca cuestiones personales y familiares (que van a tener incidencia en el adecuado crecimiento o mantención de la empresa familiar). Pero también puede prever –con una mirada adaptativa al cambio de circunstancias- los mecanismos de toma de decisiones de muchas de estas cuestiones económicas, personales y familiares.

V. CONVENIOS PARA-SOCIETARIOS.

Dentro de los matices esencialmente contractuales que se han analizado, cabe destacar que los protocolos son, en general, convenios parasocietarios¹⁰ (tipología que engloba acuerdos que pese a no ser celebrados dentro de los esquemas societarios clásicos, tienen como finalidad influir –en algún punto- en la sociedad), más allá que muchos elementos y mecanismos pautados exceden largamente la cuestión societaria.

Los convenios para-societarios¹¹ son una especie más amplia que las meras sindicaciones de acciones, convenios de votos o, incluso, que los acuerdos de accionistas, que incluyen una convención celebrada entre algunos u otros socios, incluso con personas que no son necesariamente socios, a los efectos de reglamentar algunas de las cuestiones societarias (también llamados *voting trust* en diversas normas de derecho norteamericano¹²).

emocional con la familia que, en ocasiones, no se tiene en cuenta en su justa medida, al presentarse el protocolo familiar como un documento normalizado que podríamos calificar como preparado para llevar”.

¹⁰ Vicent Chuliá indica que el protocolo familiar –equivalente al *shareholders agreement* de la *close corporation* en Estados Unidos- es un acuerdo entre accionistas familiares titulares de bienes y derechos que desean gestionar de manera unitaria, y preservar a largo plazo, cuyo objeto es regular la organización corporativa y las relaciones profesionales y económicas entre la familia y la empresa (VICENT CHULIÁ, Francisco, *Organización jurídica de la empresa familiar*, Revista de Derecho Patrimonial, Madrid, Aranzandi, N° 5, 2000-1, p. 38).

¹¹ Así también en el ordenamiento colombiano: GALIANO, Liza Urbina, Algunos aspectos jurídicos del protocolo de familia a la luz de la legislación colombiana, Vniversitas, diciembre, 2003, número 106, p. 791. GÓMEZ-BETANCOURT, Gonzalo Eduardo; LÓPEZ VERGARA, María Piedad y BETANCOURT RAMÍREZ, José Bernardo, *Estudio exploratorio sobre la influencia de la visión familiar y la visión patrimonial en el crecimiento en ventas de la empresa familiar colombiana*, Cuadernos Administración, Bogotá, Colombia, N° 39, julio/diciembre de 2009, p. 163.

¹² V.gr., en leyes modelos (A.B.A.-A.L.I. Model Bussines Corporation Act, sección 32), en la ley del Estado de Delaware (sección 218) y en la ley de New York (art. 6º, sección 621 *Mc. Kinney's New York Bussines Corporation Law*).

La idea de un convenio de esta naturaleza procura la decisión previa (y fuera de la estructura interna de la sociedad) sobre algunas cuestiones que los socios y familiares consideran como relevantes en el contexto del negocio familiar. El estatuto social no provee, en muchas ocasiones, de herramientas y soluciones compatibles con el especial entorno de la sociedad familiar e impide la previsión de ciertas cuestiones que en nada afectan a la dinámica de una sociedad cerrada.

La finalidad de estos acuerdos es variada y puede responder a motivaciones claramente diferentes, no sólo en orden a la eventual transferencia de las acciones (o incluso de activos relevantes de la sociedad), en las bases estratégicas del management¹³, en la política de financiamiento o en la forma de analizar, desarrollar y consensuar las decisiones societarias de la empresa familiar. Pero siempre en una clara tutela de principios familiares o empresarios que se consideran relevantes en el entorno económico de la empresa, en orden a evitar futuros inconvenientes jurídicos o interpretativos y desarrollar y reglamentar los procesos de comunicaciones formales entre la sociedad y los distintos grupos familiares o miembros de la familia.

La difusa noción del interés social¹⁴ permite sustentar, incluso, posiciones antagónicas en la gestión y en la administración financiera de la sociedad, ya que en protección o desmedro del interés social se pueden aprobar diversas –y hasta contradictorias– políticas de retribución de directores, de distribución de dividendos, de endeudamiento, etc..

En el esquema de los procedimientos o mecanismos comunicacionales (familia, empresa y empleados) surgen nuevos órganos extrasocietarios (órganos familiares, tales como el consejo de familia, asamblea de familia, etc.) que se estructuran como verdaderos convenios de accionistas que influyen o determinan las decisiones jurídicas y económicas más importantes de la sociedad.

Estos órganos protocolares suelen organizarse y adaptarse a las necesidades concretas de cada familia empresaria, estipulando los temas que deben ser tratados en cada ámbito (de una manera muy similar a los de la competencia de los órganos societarios), la periodicidad de las reuniones (semanales, mensuales, semestrales, etc.), esquemas de asistencia, quórum, deliberación, asistencia técnica, tiempos, convocatoria y notificaciones, valor vinculante de las mismas, sanciones (económicas o familiares) por el incumplimiento o inasistencia. En estos “senos parasocietarios” se deciden muchos de los aspectos económicos con incidencia familiar a los efectos de ser “formalizados” o “transmitidos” en los órganos societarios previstos por el estatuto.

Más allá del aspecto esencialmente dinámico y mutable del protocolo familiar, se trata –en algún punto– de un acuerdo reorganizacional de fundamental trascendencia en la vida societaria (fundacional del buen orden familiar) y que puede incluir cuestiones más estructurales tales como actas de asambleas (generales o especiales) de accionistas, modificaciones de estatutos sociales, redacción de reglamentos de funcionamiento de directorios y asambleas, transferencia de acciones, usufructos sobre acciones, testamentos, legados y adelantos de herencia, fideicomiso de bienes o acciones, etc..

Suele ser aconsejable que el protocolo tenga vocación de ser completo e incluir todos los puntos; pero muchas veces no logra esta deseada característica y se incluyen cuestiones parciales, aunque no por ello menos importantes. Incluso se prevén mecanismos o sistemas sobre los cuales el mismo protocolo podría completarse o modificarse de una manera más razonable y organizada.

VI. ALCANCES JURÍDICOS DE LOS CONVENIOS Y EL ROL DEL DIRECTORIO.

En la actualidad, la validez de los convenios de accionistas ha sido superada. Hoy no se controvierte que son lícitos. El desafío más moderno se sitúa en los límites de validez y en la oponibilidad de los convenios frente a terceros¹⁵, entre los que se incluye la misma sociedad, en orden al efecto relativo de los contratos (arg. art. 1195, Cód. Civ.).

Si la cuestión de los límites de legitimidad de los convenios de accionistas es relevante en materia societaria (y sobre este tema se han analizado muchos enfoques¹⁶) la cuestión en las empresas

Muy similar en la finalidad del *voting trust*, se encuentran los *voting agreement o shareholders agreements* (similares a los convenios típicos de sindicación de acciones). Cfr. HENN, Harry G., *Handbook of the law of corporations and other business enterprises*, St. Paul Minn., West Publishing Co., second edition, 1.970, p. 395.

¹³ Se considera que la cultura de las empresas familiares influye en el comportamiento estratégico y competitivo para mejorar la posición estratégica y competitiva de las empresas” (ESPARZA AGUILAR, José Luis y GARCIA PEREZ DE LEMA, Domingo, *La cultura de las empresas familiares turísticas mexicanas y su influencia en la gestión estratégica*, Cuadernos Administración, Bogotá, 2011, vol.24, n.42, p. 308).

¹⁴ Un desarrollo imperdible en el derecho italiano puede consultarse en: JAEGER, Pier Justo, *L'interesse sociale*, Giuffrè, Milano, 1.964. También, en relación al derecho argentino, MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *El difícil contorno del interés social*, ED, ejemplar del 23/10/2.001, p. 1.

¹⁵ ARAYA, Tomás M., *Convenios de accionistas y protocolo familiar: cumplimiento y oponibilidad*, en: “La empresa familiar. Encuadre general, marco legal e instrumentación” (Favier Dubois, dir.), Ad-Hoc, Bs. As., 2010, p. 332.

¹⁶ MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Sindicación de acciones. Contornos jurídicos de los acuerdos de accionistas*, Lexis-Nexis-Depalma, Bs. As., 2.003, p. 204. Ver también desde antaño en el derecho italiano a: OPPO, Giorgio, *Contratti parasociali*, Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1.942, p. 32, aunque puede compulsarse también la posición de COTTINO, Gastone, *Le convenzioni di voto nelle società commerciali*, Giuffrè, Milano, 1.958, p. 7. En el derecho español es clásica la

familiares se potencia ya que la problemática familiar (y especialmente el derecho civil de familia) se encuentra siempre relacionada con cuestiones de orden público que no son disponibles por las partes. Los intereses tutelados por la familia muchas veces no coinciden con la eficiencia que impone el manejo patrimonial y financiero de una empresa¹⁷; y en ocasiones el régimen jurídico prioriza la validez de ciertas pautas familiares por sobre las posibilidades contractuales de auto-organización.

El protocolo no sólo establece las reglas intrínsecas del desarrollo de la actividad societaria (que no lo diferenciaría de cualquier convenio de accionista) sino que incluye la adecuada relación entre las pautas familiares (muchas veces impuestas por tradición o costumbre) y las pautas societarias (las que no pueden desconocer los principios societarios del ordenamiento legal). Así, el protocolo deberá contemplar reglas y disposiciones que permitan la separación entre la familia y la empresa, en orden a fortalecer los vínculos familiares y facilitar el crecimiento empresarial justificado por una administración ordenada.

El administrador societario, aún en una empresa familiar, debe actuar conforme el estándar del buen hombre de negocios¹⁸ de manera leal y conforme la confianza depositada en él (art. 59, LSC), pero siempre recordando que no es un garante del éxito empresarial¹⁹. Por ello, el protocolo familiar no podría establecer directrices o pautas que afecten el interés social (límite natural de los convenios de accionistas) o que obliguen al administrador a actuar de manera contraria a dicho estándar o de manera indiferente al daño al patrimonio societario²⁰.

Se discute, incluso, si puede acordarse un convenio con el directorio en el que se fijen las reglas de administración. Incluso cómo –y especialmente con quién– se debería pactar dicho acuerdo. Sería un contrasentido que la sociedad, representada por el directorio, suscriba un convenio con el mismo directorio; o incluso que un directorio saliente (por cuenta y orden de la sociedad) suscribiera un convenio con el directorio entrante.

Lo razonable es que, atento que el directorio suele ser designado por los accionistas para que actúen en beneficio de la sociedad –e indirectamente en su beneficio–, sean los mismos accionistas quienes celebren un acuerdo con el directorio a los fines de fijar la política de administración, financiamiento, marketing, etc. y en la medida que dichas reglas no importen una delegación de funciones, que la LSC no permite.

Es claro que si dicho convenio es suscripto por todos los accionistas (sin exclusión de minoritarios²¹ o externos, en el caso de grupos societarios) no podría aducirse un perjuicio concreto en

posición de: PEDROL, Antonio, *La Anónima Actual y la sindicación de acciones*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.969.

¹⁷ Este punto es profundizado por: BORNHOLDT, Werner, *Governanca na empresa familiar*, Porto Alegre, Bookman, 2005, p. 45.

¹⁸ Se trata de buscar pautas objetivas de razonabilidad que permitan construir un criterio válido para cada estructura societaria y por ello se llega un “standard general objetivo” de diligencia o prudencia, derivando así en una hipotética conducta que podríamos denominar la conducta de un “hombre prudente” en el derecho angloamericano (PROSSER, William L., *Law of Torts*, 4th Edition, Handbook Series, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, Marzo 1978, p. 150) o de un “buen padre de familia”, como lo definen el ordenamiento francés (art. 1137, Code Civ.) o el español (art. 1104, Código Civil).

¹⁹ DEIRDRE, Ahern, *Legislating for directors’ duty to exercise care, skill and diligence in ireland: a comparative perspective*, International Company and Commercial Law Review, 2010, p. 1165. El eje del trabajo se fundamenta en el deber de cuidado, prudencia y diligencia que cada director tiene con respecto a la sociedad en las circunstancias por una “persona razonable” teniendo no sólo el conocimiento y experiencia que debe esperarse razonablemente de una persona en la misma posición del director societario sino también el conocimiento puntual y específico que cada director tiene, ratificando en algún punto la regla estadounidense de la “business judgment rule”. Igualmente, y en comparación con los regímenes de Canadá, Australia y Nueva Zelanda señala que el concepto de “reasonably prudent person” no responde la pregunta de quién es razonable dejando, en cierto modo, la solución a un esquema circunstancial del caso. El razonamiento del trabajo es doble, pues postula el deber de lealtad y prudencia no sólo desde una pauta objetiva (objective standard) sino también desde una noción subjetiva, lo que –en su conjunto– denomina como “hybrid test”, ya que este examen no es enteramente objetivo, ni tampoco enteramente subjetivo. Este particular test resiste el análisis del costo-beneficio y apunta que en “Vrisakis v The Australian Securities Comisión” (1993, 11 A.C.S.R. 162 at. 212) se enfatizó que el mero hecho de que el directo participe en una conducta que conlleve un riesgo a los intereses de la compañía no necesariamente significa que haya fallado en un razonable ejercicio del deber de cuidado y diligencia. Este precedente ratifica, en cierto modo, la regla estadounidense de la “business judgment rule” en el cual deben balancearse los costos y beneficios. Paralelamente procura desentrañar el alcance de la noción “persona razonable” a través de sub-test (v.gr., en la s. 297 A (a) of Ireland’s Companies Act 1963), en la que se incluyen los conocimientos generales, el cuidado y la “experiencia” que s razonable esperar de una persona en dicha posición.

²⁰ La ley brasilera N° 6404 del 15.12.1976, en su art. 115 concreta la teoría del abuso del derecho al obligar al accionista a ejercer los suyos solo en interés de la compañía. El accionista, conforme a esta regla, debe ejercer el derecho de voto en interés de la sociedad, se considera abusivo el voto ejercido con el fin de causar daño a la compañía o a otros accionistas, o de obtener para sí o para otros, ventajas que no sean justas y de las que resulten o puedan resultar perjuicio para la sociedad o para otros accionistas. Se trata –como señala Fran Martins– de un principio saneador de posibles irregularidades en el ejercicio de voto y que puedan ser practicadas por los accionistas en general (MARTINS, Fran, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, Forense, Rio de Janeiro, 1.984, 2ª edição, vol. 2, t. I, p. 78).

²¹ MEYERHOF SALAMA, Bruno y MULLER PRADO, Viviane, *Protecao ao Accionista Minoritário no Brasil: Breve Histórico, Estrutura Legal e Evidencias Empíricas (no prelo)*, en: “Estudos em Memória de José Luis Saldanha Sanches, vol. 1 (Direito dPúblico e Europeu, Financas Públicas, Economía, Filosofía), Coimbra, Lisboa, 2011, p. 4, en donde

la celebración de un pacto con ciertas condiciones de administración. Lo que no podría hacerse, desde ninguna perspectiva, es la delegación de dichas decisiones en un órgano extrasocietario (consejo de familia, accionistas miembros o no de la familia, etc.) o que requiere un mecanismo de validación referido a la administración. Distinto sería el caso de que sean los accionistas quienes, frente a determinados y sensibles temas, se obliguen a celebrar una asamblea para tratar un determinado tema y -fruto de esta decisión- vincular el actuar de los directores²² o influir en sus deberes.

En la medida que las obligaciones pautadas con los accionistas no tengan como intención perjudicar a otros accionistas o a la sociedad o sean contrarias a pautas razonables de actuación, no existen problemas en su incorporación en el protocolo de empresas.

Igualmente, respecto de ciertas pautas de organización y procedimiento resulta aconsejable su incorporación no sólo en un documento privado (y parasocietario) sino también su traspolación en el reglamento o en el mismo estatuto. Estos mecanismos tienen la ventaja de ser plenamente vinculantes no sólo para los accionistas actuales (que suscribieron también el protocolo) sino también para nuevos accionistas que pudieran incorporarse a la empresa.

Más allá que un protocolo familiar podría establecer ciertos requisitos para ser director (ser familiar, que no haya más de ciertos directores familiares, que la presidencia sea ejercida bajo ciertas condiciones, límites de edad, de profesión, de duración, idiomas, títulos de postgrado, etc.), si dichos recaudos son impuestos en el estatuto o en el reglamento la delicada cuestión de la oponibilidad sería superada.

Es obvio que este reglamento debería ser decidido por la asamblea y no por el mismo directorio (ya que se trata, justamente, de condiciones para ser directores, lo que es competencia natural de la asamblea ordinaria). La natural desventaja de su incorporación en el estatuto o en el reglamento es que dichas cláusulas serán conocidas no sólo por los miembros de la familia empresaria sino también por terceros (trabajadores, fisco, etc.) a los que la familia no quisiera revelar dicha información.

VII. SUCESIÓN EN LA EMPRESA FAMILIAR.

La planificación de la sucesión en la empresa, no sólo de las acciones (tema discernido por el derecho sucesorio y de contenido fuertemente patrimonial) sino también de las líneas de mando (directores, gerentes, subgerentes, etc.) también debe ser un componente importante del protocolo²³.

La sucesión en la empresa familiar apunta no sólo a la continuidad de la empresa en sí sino también a la continuidad de los valores especiales predicables de una determina empresa familiar²⁴. Importa, en esencia, el desafío de cómo lograr el traspaso generacional²⁵ no sólo de un patrimonio (muchas veces significativo) sino también de la cultura y una especial forma de desarrollar las actividades (iniciativa, honestidad, comunicación, austeridad, discreción, etc.).

El ordenamiento sucesorio plantea muchos inconvenientes en orden a limitar o restringir los límites mediante los cuales el fundador de la empresa familiar (y su cónyuge, ya que muchas veces se trata de bienes gananciales) puede ordenar o planificar el traspaso patrimonial y en cómo asegurar el liderazgo²⁶ del sucesor. Temas delicados como la legítima (y sus consecuencias en acciones de colación, de reducción, desestimación de la personalidad societaria y cualquier medida tendiente a evitar un fraude a la legítima) y sus connotaciones derivadas del transcurso del tiempo llevan a evitar la deseable rigidez que podría esperarse en una adecuada planificación sucesoria (y el natural complemento entre el protocolo familiar y actos tales como testamentos o adelantos de herencia).

Por ello, el protocolo debe gozar de la flexibilidad suficiente para no afectar los ejes y factores indisponibles del derecho sucesorio, pero garantizar la subsistencia razonable de la empresa en función

evidencia que la reforma del año 1997 que derogó el derecho del accionista minoritario a la cláusula “tag along” (o venta conjunta) en caso de transferencia de control accionario de la compañía fue polémico.

²² As lo establece Llebot Majó con un matiz más general (LLEBOT MAJÓ, José Oriol, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 37).

²³ Señalan Pérez Marín y Fernández Esquinas que cuanto mayor es el grado de satisfacción del sucesor en lo referente a cuán cubiertas tiene sus necesidades personales, psicosociales y profesionales, tanto más probable es que viva la sucesión como una experiencia de índole positiva (PÉREZ-MARÍN, Marian y FERNÁNDEZ-ESQUINAS, Manuel, *Familia, Empresa y Juventud: Elementos para el estudio de la interacción intergeneracional en las empresas familiares*, Revista de Psicología Social Aplicada, Vol. 16, N° 3, 2008, 345).

²⁴ Se ha dicho que aquella expresión que las empresas familiares tienen “rostro humano” debe ser tomado literalmente: comparado con las otras empresas, la empresa familiar brinda una verdadera reflexión sobre el valor del fundador y de las personas que han pasado dicha generación (Thierry Lombard en el prólogo a la obra de KENYON-ROUVINEZ, Denise y WARD, John L., *Family Business. Key Issues*, Palgrave Mac Millan, New York, 2005, p. xv).

²⁵ Este traspaso generacional (léase, la “calidad de la sucesión en la empresa familiar”) se ve altamente afectado por las influencias “individuales” y “relacionales”. Cfr. HANDLER, Wendy C., *The succession in Family Business: A review of the research*, Family Business Review, vol. 7, N° 2, p. 283.

²⁶ Sin dudas, se aplica más que nunca en las empresas familiares el llamado “liderazgo adaptativo”. Ver, en este punto el interesante enfoque de: HEIFETZ, Ronald; GRASHOW, Alexander y LINSKY, Marty, *La práctica del liderazgo adaptativo*, Paidós, Bs. As., 2012.

de directrices jurídicas que lo permitan. En este contexto, devienen esencialmente complementarios del protocolo el fideicomiso de acciones (que permite reorganizar la distribución de las acciones y unificar el control societario en la gestión de las acciones de la empresa familiar, incorporando el bloqueo de transferencia y fijando procedimientos de incorporación a la sociedad), las donaciones de acciones (con eventuales reservas de usufructo, en los que también se planifiquen los distintos alcances que deberá tener no sólo la política de dividendos sino también los límites del eventual derecho de voto) y su división en clases de acciones (en función de las eventuales ramas familiares²⁷), los testamentos y legados (como forma no sólo de organizar la sucesión sino también de exteriorizar la eventual voluntad del fundador).

Este mismo documento debe incorporar elementos necesarios para determinar si la dirección de la sociedad (muchas veces en poder del fundador) debe pasar a sus descendientes o familiares y en qué momento es aconsejable hacerlo. También permiten señalar las condiciones de retiro del fundador²⁸ y cuál debe ser el rol del fundador no sólo una vez delegado el mando de la compañía, sino también en el período de transición.

El ordenamiento societario permite la renovación de directorios en forma escalonadas²⁹, como una forma de que los negocios y gestiones que lleve a cabo el directorio por la sociedad no se vean interrumpidas abruptamente por la incorporación de un nuevo director que debe previamente interiorizarse de los distintos aspectos internos y procesos administrativos³⁰. Ello supondría la sustitución en su función como presidente (eventualmente como vicepresidente) y luego como director, en orden a perfeccionar las habilidades de gestión de los sucesores en el mando.

Discutir y planificar estas cuestiones permiten eliminar los riesgos de que las circunstancias familiares o personales de sus miembros impidan una adecuada continuidad del negocio familiar. Esta planificación, incluso, permite anticipar los sucesos y habilitar una necesaria capacitación³¹ y

²⁷ Incluso hemos aceptado la posibilidad de establecer clases de acciones dentro de una misma sociedad en función de las distintas actividades que desarrolle la empresa. Ver: MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Tracking stocks (acciones "sectoriales") en sociedades anónimas*, LL, ejemplar del 30.5.2011, P. 1/9. En el régimen norteamericano se ha señalado que el uso de tracking stock para determinar la performance de cierta porción de activos societarios tiene ventajas económicas y fiscales sobre una distribución regular de dividendos. Vid.: SHEFFIELD, J. T. & ST CLAIR, B. M., *An Abecedarium on Alphabet Stock*, 66 Taxes (1988), p. 956; BORECK, Ch. A., *Corporate taxation's Square Peg: an analysis of possible solutions to the problems of characterizing "tracking stock" for tax purposes*, 43 Cath. U.L. Rev. 1107; PITTINGER, M. A., FISCHER, M. & JOHNSON, G. M., *Recent developments in Delaware Corporate Law*, 3 Del. L. Rev. (2000), p. 107; HASS, J. J., *Directorial fiduciary duties in a tracking stock equity structure: the need for a duty of fairness*, 94 Mich. L. Rev. (June, 1996), p. 2090. Así también en el derecho italiano: PORTALE, G. B., *Dal capitale 'assicurato' alle 'tracking stocks'*, Riv. Soc. - 2002 - p. 165.

²⁸ La edad del socio tiene fundamental relevancia a la hora de desarrollar las pautas de un protocolo. Ver en este punto: DAVIS, John A. y TAGIURI, Renato, *The influence of Life-Stage on Father-Son Work Relationships in Family Companies*, Family Business Review, vol. 2, N° 1, 1989, p. 47/74. La influencia entre los ciclos de vida de los padres e hijos que trabajan juntos es tan relevante que la calidad del trabajo familiar varía en función de los distintos niveles en la vida y puede tener efectos positivos o negativos en la naturaleza del trabajo en la compañía.

²⁹ En general, en la mayoría de los ordenamientos se han aceptado las renovaciones escalonadas (o "staggered directors"), con algunas excepciones como la regulación californiana (v.gr., Cal. Corp. Cod. § 301) o limitándolo a tres grupos (RMBCA § 8.06). En este punto se ha dicho que un directorio es "staggered" cuando la ley o el estatuto señalan que sólo una porción del directorio debe ser elegida cada año (COX, James, *Sum & substance of corporations*, Center for Creative Educational Services, Loyolas University Chicago, 1.980, third edition, p. 89).

Las razones que se invocan para aceptar el "staggered board" (y que se enfatizan justamente en la planificación de la "sucesión de mando" de la empresa familiar) son: (i) asegura la continuidad en el directorio año tras año, ya que no son renovados todos los directores de una vez; (ii) reduce el número de directores a elegir cada año, y la mayoría accionaria puede efectivamente anular la representación de la minoría en el directorio si existe votación acumulativa; (iii) es más dificultoso para los accionistas (sobre todo aquellos que tienen la mayoría de las acciones de la compañía) para reemplazar los miembros, porque sólo una porción podrá ser elegida cada año²⁹. Cfr. SALOMON, Lewis D. and PALMITER, Alan R., *Corporations. Examples and explanations*, 2nd. edition, Little, Brown and Company, p. 184. Ver también: "Stockholders Committee v. Erie Technological Products, Inc.", 248 F. Supp. 380 (W.D. Pa. 1.965).

Los límites, en este punto, estarían en la manipulación de este mecanismo de "renovación escolanada" para eludir el sistema de voto acumulativo, situación que no ha sido tratada suficientemente en el ordenamiento argentino (MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *El voto acumulativo en las sociedades comerciales*, Lexis-Nexis Depalma, Buenos Aires, 2.007, p. 289), pero que tuvo algunas repercusiones jurisprudenciales en Estados Unidos. Muestra de este desarrollo es el caso "Bohannon v. Corporation Commission" de la Suprema Corte de Arizona (313 P. 2d 379 (Ariz. 1.957), en la que se dijo que el escalonamiento está permitido siempre que tenga un mero efecto restrictivo del voto acumulativo, en tanto no destruyan enteramente el derecho. La Corte también dijo que el sistema de escalonamiento del directorio afianzaba la "corporate stability and continuity of experienced management. Cfr. CLARK, Charles Robert, *Corporate law*, Little, Brown and Company, 1.986, Second printing, p. 365.

³⁰ En muy interesante el enfoque de Geis respecto de que el escalonamiento del directorio relativiza la directa toma de control por parte de algún accionista de control, lo que tendría mayor énfasis en empresas familiares (GEIS, George, *Internal Poison Pills*, New York University Law Review 84.5 (2009), p. 1174).

³¹ Deirdre trae a colación el caso americano "Barnes v. Andrews" (432 A 2d 814, 822 de 1981) en el cual se dijo que si el director sentía que no tenía la suficiente experiencia negocial para calificar como un prudente director debía adquirir el conocimiento necesario o directamente rechazar el acto (DEIRDRE, *Legislating for directors' duty to exercise care, skill and diligence in ireland: a comparative perspective* cit., p. 1165).

desarrollo en orden al avance generacional³² dentro de la empresa y la participación ordenada de la familia en la gestión empresarial. El hecho de ser familiar, más aún en familias de cierta envergadura, no debería dar derechos a la participación en el management de la sociedad más allá de su participación como accionista con determinados porcentajes.

La suscripción de un protocolo en este sentido evita que minoritarios disconformes, muchas veces también familiares, accedan irrestrictamente al directorio mediante el voto acumulativo (art. 263, LSC) en orden a incorporarse personalmente como directores pese a no tener las condiciones profesionales para ello. No existirían óbices para que se acuerde que el directorio debe reunir ciertos requisitos profesionales y personales.

VIII. IDENTIDAD Y VALORES DE LA EMPRESA FAMILIAR.

Existe cierta uniformidad en que el protocolo debe tener ciertos elementos que exterioricen la identidad de la empresa familiar y brinden herramientas suficientes para garantizar dicha identidad familiar.

Aspectos tales como el pasado y presente de la familia y de la empresa (su historia) y los valores fundamentales de la empresa familiar suelen no tener relevancia jurídica inmediata, pero muchas veces son esos detalles lo que pueden definir el futuro de la empresa. La historia de la empresa familiar es significativa no sólo por el detalle concreto de sus orígenes sino porque en función del camino recorrido se marca un posible escenario futuro de la empresa; o –al menos- ciertas variantes de lo que podría ocurrir en el futuro. Brinda elementos para poder entender algunos comportamientos organizacionales y justifica el afianzamiento de los valores familiares de la empresa³³.

Muchos detalles que se incluyen en los antecedentes del protocolo fortalecen el orgullo y sentido de pertenencia familiar y explican las razones de ciertas particularidades de la gestión, administración e incluso financiamiento de la empresa en sí misma y –en muchos casos- de una original óptica empresarial. Favorece aspectos comunicacionales y potencia, en ciertos supuestos, las posibilidades de plantear un marketing fundado en valores empresarios.

Desde lo jurídico, el protocolo se transforma en un instrumento que permite delimitar más adecuadamente el ya difuso interés social; más aún en casos en que el protocolo es suscripto por todos los accionistas y miembros de la familia y en el que también participaron los miembros del directorio y la sindicatura. Paralelamente, se trata de un elemento que brinda algunos elementos interpretativos en orden a las distintas políticas y actividades³⁴ de la empresa y permite exteriorizar una intención común de los accionistas, directores y miembros de la familia, brindando pautas más seguras para el management societario.

Paralelamente, si bien existen ciertos valores que son comunes a todas las empresas (ética, honestidad, esfuerzo, solidaridad, etc.) suele haber otros que no necesariamente sean comunes a todas las empresas familiares. Por ello, en este punto la exteriorización concreta de ciertos valores empresarios específicos permite coadyuvar en un mayor entendimiento de la cultura empresarial y a comprender las razones y motivaciones de la implementación de ciertas políticas empresarias.

IX. PROFESIONALIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN.

En el protocolo debe determinarse las líneas generales de administración societaria y suele ser la excusa para desarrollar ciertos cambios en la organización³⁵. Así es usual que se fijen ciertas pautas concretas de actuación, en orden a la política de gastos de representación, recaudos de asistencia a reuniones de directorio (cuando todo o parte del directorio no resida en la sede social –gastos de hospedaje, traslados, etc-) y las pautas a establecerse en el estatuto para las reuniones a distancia, quórum mínimo, fechas, temarios, etc..

También suelen incluirse las directrices o líneas para la suscripción de cartas de indemnidad con el fin de proteger a los directores (familiares o no) en el normal desempeño de sus funciones. Se suelen suscribir anexos documentales con los modelos a suscribirse por los accionistas, miembros de la familia o aún terceros con suficiente solvencia. Por el tenor justamente familiar de una empresa de

³² GAMBEL, Edoardo L., *Il recambio generazionale nell'impresa familiare italiana. Un método per valutare e preparare gli eredi alla successione aziendale*, p. 35.

³³ Es interesante la clasificación en base a valores que se realiza en: GARCÍA ALVAREZ, Ercilia y LÓPEZ SINTAS, Jordi, *A taxonomy of founder based on values: the root of family business heterogeneity*, *FAMILY BUSINESS REVIEW*, vol. 14, N° 3 (2001), p. 209/230.

³⁴ La importancia de este tema radica en que el “interés social” señala el sentido en el cual se deberá desarrollar la actividad social de la sociedad (RIPERT, Georges y ROBLOT, René, *Traité de Droit Commercial. Les sociétés commerciales*, bajo la dirección de Michel Germain, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 2002, 18ª ed., t. I, v. 2, p. 14).

³⁵ Sobre las distintas dimensiones del cambio y las teorías implícitas para la gestión del cambio ver el desarrollo de: SCHAVARSTEIN, Leonardo, *Diseño de organizaciones. Tensiones y paradojas*, Paidós, Bs. As., 3º reimp., 2007, p. 284.

estas características siempre es bueno que lo suscriban los miembros de la familia, en orden a ratificar y/o enfatizar el apoyo al directorio.

Es importante que dicho instrumento reglamente sistémicamente la relación entre cada uno de los directores y la línea ejecutiva. Muchas veces, el vínculo de directores no familiares con gerentes y empleados jerárquicos familiares (o incluso su contracara: directores familiares con gerentes no familiares) suele ser complejo³⁶ y requiere de reglas que brinden definición y seguridad (fundamentalmente a quienes no son familiares, que generalmente no conocen con exactitud los detalles del entramado familiar). El planteamiento de estos asuntos no sólo brinda transparencia al proceso de toma de decisiones sino que ratifica los naturales órdenes jerárquicos y las prioridades en la administración societaria en una empresa familiar. Se busca de esta forma simplificar las cuestiones internas societarias y lograr que la línea ejecutiva ponga foco en la gestión, evitando fundamentalmente los eventuales conflictos de interés³⁷.

También es fundamental el establecimiento de pautas que regulen la comunicación entre el directorio (o, a veces, la línea ejecutiva) y los accionistas (o incluso también accionistas no familiares). Las ventajas de un protocolo familiar no sólo se posicionan en un instrumento estático inmodificable sino fundamentalmente en el proceso; y en especial el proceso comunicacional de todos los interesados en la empresa familiar (en especial, accionistas, directores y empleados, familiares o no).

Una gran parte del éxito de un proceso de profesionalización de la empresa familiar (y de su directorio) reside en los procesos internos de comunicación. No sólo se requiere una cantidad sustancial de información económica, financiera, contable, fiscal, previsional, laboral, societaria, etc. que el directorio transmita a los accionistas y familiares sino también en su “calidad” (y en la forma de su exposición).

Es común que se prevean reuniones (semanales, quincenales, mensuales, trimestrales, semestrales, anuales, etc.) periódicas con los directores y gerentes de las distintas áreas (financiera, legal, comercial, marketing, producción, etc.) a los fines de complementar el cuadro de evolución de los negocios de la empresa. Es fundamental que estas reuniones sean ordenadas, con temarios concretos y detallados y en el que se analicen informes, memos y otra documentación previamente entregada a los accionistas o familiares para su análisis previo y eventuales pedidos aclaratorios para ser analizados.

En general, la información de evaluación deberá ser suficiente para poder analizar la gestión del directorio y líneas gerenciales, cash flow (mensuales, semestrales, actuales y –en su caso- proyectados), presupuestos (iniciales, modificaciones, revisiones, actualizaciones, etc.), segmentación de pasivos de corto plazo, planes estratégicos, que incluyan los aspectos comerciales, económicos y financieros que pudieran impactar en el negocio.

Incluso puede ser conveniente que en el instrumento se fijen las pautas de elección de la firma de auditoría (y los alcances del tipo de auditoría que se realizará) como así también los asesores legales que acompañarán a la empresa en las distintas aristas (societarias, impositivas, laborales, etc.).

X. POLÍTICA DE PRÉSTAMOS.

³⁶ En la literatura, las empresas familiares son reconocidas por su complejidad (Neubauer y Lank, 1998) y por las contradicciones existentes entre los sistemas de familia y empresa (Ward, 1987). Este vínculo entre emoción y objetividad ha llevado a que se investigue este tipo de empresas y se ha encontrado que las empresas familiares tienden a estar más en una posición defensiva que en una posición de prospección (analítica o de reacción), a diferencia de las empresas no familiares. Cfr. GÓMEZ-BETANCOURT, Gonzalo Eduardo; LÓPEZ VERGARA, María Piedad y BETANCOURT RAMÍREZ, José Bernardo, *Estudio exploratorio sobre la influencia de la visión familiar y la visión patrimonial en el crecimiento en ventas de la empresa familiar colombiana*, Cuadernos de la Administración Bogotá, Colombia, N° 39, julio/diciembre de 2009, p. 163.

³⁷ La cuestión del conflicto de intereses estaba contemplado en el derecho italiano desde el Código Civil del año 1942. Este precepto, como se admite en la Exposición de motivos, fue la fuente de nuestro art. 248, LSC. Con la reforma del año 2004 (mediante el decreto ley del 17 de enero de 2003 “aggiornato” por el decreto ley del 28 de diciembre de 2004) se mantuvo una similar orientación al originario art. 2373, *Codice Civile*, y el texto no presenta particulares innovaciones respecto del anterior texto legal y conserva la referencia al “voto determinante” y la “potencialidad de daño” (PASQUARIELLO, Caterina comentario al art. 2372 en: al art. 2372 en: “*I libri de le nuove leggi civili commentate. Il nuovo diritto delle società*” (A cura di Alberto MAFFEI ALBERTI), Cedam, Milano, 2005, vol. I (arts. 2325-2396), p. 493), reconociéndose en la relación del decreto delegado del 2003 que la norma del conflicto de intereses se conforme como una pauta interpretativa formada por la jurisprudencia (Cfr. WEIGMANN, *Luci e ombre del nuovo diritto azionario*, in *Società*, 2003, p. 374 cit. por ibidem).

En cierto modo, y como señala Galgano, se trata de una condición de la legitimación de voto, y que tiene cierta autonomía respecto de la legitimación de la impugnación (GALGANO, Francesco, *Diritto civile e commerciale. L'impresa e le società*, Padova, 2002, t. III, p. 202). En cierto modo, el presidente de la asamblea, tiene la facultad de inhibir el voto del socio. El conflicto de intereses se configura por la concurrencia de una marcada contraposición entre los intereses personales del socio y los intereses sociales, cuando por la lesión se daña a la sociedad (PASQUARIELLO en: “*I libri de le nuove leggi civili commentate. Il nuovo diritto delle società cit*”, p. 496).

Profundizamos en: MOLINA SANDOVAL, Carlos, *Accionistas con interés contrario al interés social*, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, N° 237, Julio/Agosto de 2009, p. 1.

En este punto (y más allá de su incorporación específica en otros instrumentos reglamentos, estatutos, usufructos, fideicomisos, etc., que pudieran dotar la reglamentación de mayor fuerza legal) es conveniente que se prevean las competencias y temas sobre los que deberá trabajar el directorio y sus limitaciones en orden a ciertos temas relevantes o sensibles para la empresa o sus accionistas.

Es sumamente importante dejar en claro no sólo que tipo de actos o actividades podrá realizar sino también qué órgano podrá autorizarlo o el procedimiento para su implementación. En determinadas empresas familiares, se suele limitar el endeudamiento de la empresa o el otorgamiento de garantías reales bajo ciertas pautas o índices específicos (incluso el consentimiento de la asamblea o de una clase de acciones) o cualquier acto que pudiera afectar a la empresa en un sentido financiero. Es común la prohibición de celebrar empréstitos que no sean destinados a capital de trabajo.

Se suele restringir el otorgamiento de préstamos a terceros no familiares, pero fundamentalmente regular especialmente los requisitos, justificativos y circunstancias, montos, moneda, tasa de interés, condiciones, etc. de “retiro de fondos” (en general, estructurados como mutuos, adelantos a cuenta de distribución de utilidades –en las sociedades que así lo permiten, art. 224, 2º párr., LSC, o incluso sin mayores detalles contables que “retiro de socios”).

Es aconsejable la concreta y detallada regulación de estas cuestiones, ya que su falta de previsión puede generar un interminable semillero de conflictos y problemas internos societarios o familiares. Además, la regulación de este delicado tema debe balancear adecuadamente no sólo los intereses familiares sino especialmente los intereses y fines de la sociedad, en orden al cumplimiento de los planes estratégicos oportunamente trazados. Desde lo familiar, suele ser conveniente que los lineamientos a determinarse tengan un sentido igualitario o proporcional, en orden a montos, tasas, oportunidades y demás cuestiones.

Incluso también la fijación de límites y criterios de realización para los gastos que accionistas o incluso familiares no accionistas puedan realizar por cuenta y orden de la sociedad (cuentas corrientes, tarjetas de crédito corporativas, etc.).

XI. COMITÉ EJECUTIVO Y DISPOSICIÓN DE ACTIVOS.

El protocolo puede prever la designación de un comité ejecutivo (o directamente prohibirlo), la prohibición de “impulsar” actos que pudieran afectar la estructura del capital social actual o futura (v.gr., aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos), siempre teniendo en cuenta que el aumento de capital social o la capitalización de los aportes irrevocables es competencia de la asamblea.

También podrían prohibirse la enajenación (venta, usufructo o fideicomiso) o gravamen (prender, hipoteca u otras formas) de activos productivos o, incluso, bienes de trabajo. En este orden, resulta corriente la prohibición de la utilización de los activos de la empresa para fines diversos a los societarios (v.gr., inmuebles, vehículos, servicios profesionales, etc.).

XII. DIRECTORES INDEPENDIENTES.

En la estructura del directorio, es común que se prevea que uno o varios de los directores sean independientes³⁸. En general, suele acordarse que al menos un tercio de los miembros del directorio deben revestir esa condición de independiente.

La normativa del mercado de capitales³⁹ o aún el derecho comparado⁴⁰ han establecido una serie de pautas para calificar al director como independiente. No obstante ello, parece lógico entender que un director para ser independiente no debe ser familiar o accionista⁴¹ (de la sociedad o de alguna de sus

³⁸ DeMott señala que según algunos estudios en Estados Unidos más de un tercio de las compañías abiertas son controladas por empresa familiares. DEMOTT, Deborah A., *Guests at the Table?: Independent Directors in Family-Influenced Public Companies*, 2007, available at: http://works.bepress.com/deborah_demott/1

³⁹ La Resolución General de la Comisión Nacional de Valores N° 516/2007 (del 11.10.2007) teniendo presente el dictado del Decreto N° 677/2001, aprobó como contenidos mínimos del Código de Gobierno Societario y entre esas recomendaciones determina los alcances de los directores independientes. Ver también sobre la reforma de la Ley de Mercado de Valores N° 26.831, los recientes trabajos: LUCIANI, Fernando J., *El rediseño del Mercado de Capitales. Los principios generales que trae la nueva ley*, Publicado en: Suplemento Especial Regulación del Mercado de Capitales 2012 (diciembre), p. 61; CARLINO, Bernardo P., *Ley 26.831 sobre mercado de capitales*, en el mismo suplemento, p. 29 y PAOLANTONIO, Martín E., *Opciones de diseño institucional en la ley del mercado de capitales*, p. 81.

⁴⁰ En la última recomendación formulada por la NYSE se ha requerido que las sociedades cotizadas tengan una mayoría de directores independientes (Documento presentado por la New York Stock Exchange del 6.6.2002).

⁴¹ Se ha dicho que un director que es dominado y controlado por una persona interesada (interés concreto) no es considerado independiente a esos efectos. La decisión de elegir a un director (y no a otros) no genera una necesaria “gratitud” sobre quien decide, pero si esta designación tiene implicancias financieras (como por ejemplo constituir un empleo full time) si genera un gratitud que afecta la independencia (DALLEY, Paula J., *Shareholder (and Director) Fiduciary Duties and Shareholder Activism*, Houston Business & Tax Law Journal, vol. 8, 2008, p. 333). Por ello, Eisenberg ha aclarado que este interés se define usualmente como un interés financiero no compartido por los otros accionistas (EISENBERG, Melvin A., *The Duty of Good Faith in Corporate Law*, Delaware Journal L., vo. 31, N° 1, 2006, p. 27).

controlantes o controladas), no debe estar vinculado en relación de dependencia (o haber renunciado recientemente a los efectos de asumir la posición de director) y no percibir honorarios profesionales u otras retribuciones de la sociedad, del directorio o de los accionistas (v.gr., asesores profesionales, consultores, proveedores, etc.).

Este director deberá cumplir ciertos requisitos de capacitación y habilidad profesional que se establezcan al efecto (v.gr., tener conocimientos en el rubro en el que se conducirá, experiencia en el segmento, etc.) y sólo podrá ser removido por justa causa o por un número de accionistas que supere un cierto porcentaje que abarque el interés de la mayoría de los grupos de accionistas o eventuales clases de acciones que existan.

Es claro que su función será la de velar por el interés societario, pero siempre tratando de armonizar los intereses individuales (y familiares) con los intereses de la sociedad⁴², en su sentido empresario y con criterios razonables y concretos.

En este punto, su posición apuntará al análisis de las situaciones en las que pudieran existir conflictos de interés entre los accionistas, directores o familiares con la sociedad. Su análisis deberá ser objetivo y valorando especialmente la situación de provecho societario (más allá de las particulares situaciones individuales de cada uno de los miembros de la empresa familiar). Por ello, es razonable que dictamine sobre los contratos a ser celebrados por la sociedad y los accionistas, directores o familiares (tratando de que estos sean de pleno conocimiento de todos los involucrados y que sean realizado en condiciones de mercado), sobre la propuesta de honorarios del directorio⁴³ (en orden a la facturación de la sociedad y la dedicación personal del directorio), sobre la política de costos de representación y cualquier otra política de financiamiento societaria (sea mediante capital, emisiones de deuda, etc.⁴⁴), sobre los conflictos de interés que pudieran existir con los directores, accionistas o familiares⁴⁵.

Incluso existen cláusulas en los protocolos que permite que, a requerimiento de algún accionista (que detente algún porcentaje mínimo del capital social), deba emitir una opinión escrita y fundada sobre la incorporación de un familiar a cargos gerenciales o directivos.

XIII. TRABAJO DE FAMILIARES EN LA EMPRESA.

Es importante que el protocolo especifique no sólo el rol de los familiares en la empresa sino que detalle las condiciones del trabajo de familiares como empleados de la empresa. También es conveniente que se determine el régimen de sucesión y retiro en los cargos de gestión de la empresa familiar (en especial, presidente, directorio y cargos gerenciales estratégicos).

El protocolo debería pautar el régimen de incorporación de familiares, terceros y sucesores a la dirección y gerenciamiento de la empresa. En general, los requisitos suelen hacer énfasis en la idoneidad, habilidad y capacidad técnica y profesional necesaria para ocupar ciertos cargos. Suele establecerse que el proceso de selección sea realizado por consultoras especializadas en recursos humanos y en selección de personal y –en el supuesto que el candidato sea un familiar- deberá contar con la aceptación de ciertos directores o líneas familiares (v.gr., clases de acciones, directores designados por la clase, etc.).

⁴² Si bien el capítulo 4 de la obra de Clark se refiere a los conflictos de intereses (*Introduction to conflicts of interest*), puede advertirse que su desarrollo está más focalizado en el funcionamiento del directorio. Ello, además, resulta evidente si se tienen en cuenta las diferencias existentes con el régimen societario de raigambre continental y las facultades del directorio (CLARK, Charles Robert, *Corporate law*, Little, Brown and Company, 1.986, Second printing, p. 141).

⁴³ Se ha señalado que el rol del director independiente es crucial en aquellas áreas en que puede involucrarse un potencial conflicto de intereses entre los administradores y los accionistas: designación de gerentes, pago de los administradores societarios y la auditoría de la compañía. Cfr. Commission of the European Communities, *Report on application by the Member States of the EU of the Commission. Recommendation on the rol of non-executive or supervisory directors of listed companies and on the committees of the (supervisory) board*, Brussels, 13.3.2007.

⁴⁴ El problema del financiamiento de la empresa familiar no es sólo local. Así se ha dicho que “es sabido que la empresa familiar de Brasil enfrenta problemas típicos en su capitalización adecuada y en la capacidad de sustentar un proyecto de gran inversión” (GONCALVES, J. Sérgio R. C., *As empresas familiares no Brasil*, *Rev. Adm. Empres.*, 2000, Sao Paulo, vol.40, n.1, p. 11).

⁴⁵ El art. 115, ley 6404 del 15 de diciembre de 1976, señala que el accionista debe ejercer el derecho de voto en el interés de la compañía. El fundamento del dispositivo en cierto modo procura la tutela de las minorías, pues los ampara sobre posibles abusos practicados por los accionistas que traigan beneficios para ellos. No obstante es una norma de interés general para los accionistas, incluso los mayoritarios y procura evitar ciertos privilegios para ciertos grupos accionistas (MARTINS, Fran, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, Forense, Rio de Janeiro, 1.984, 2ª edição, vol. 2, t. I, p. 76). La ley brasilera entiende el ejercicio de voto abusivo como aquel que tiene por finalidad causar un daño a la compañía o a otros accionistas (tanto mayoritarios como minoritarios), aun cuando los minoritarios sólo respondan por los daños causados si su voto coadyuvó para prevalecer la posición en la asamblea y permite de ese modo transformarse en un principio saneador de posibles irregularidades. Por otro lado, tutela los fines sociales ya que no está permitido recibir buenos resultados en detrimentos de los demás o de los intereses sociales. La enumeración del art. 115 es meramente enunciativa y no taxativa y lo que procura evitar es el beneficio individual de ciertos accionistas.

Obviamente que en el proceso de selección se deben priorizar los intereses de la empresa, en función de los antecedentes y trayectoria dentro de la compañía. En general, se prohíbe la generación de posiciones (gerenciales, jefaturas, etc.) innecesarias que no existan y que puedan generar conflictos internos con otros empleados no familiares. Es el empleado (familiar o no) el que debe adaptarse a la empresa y no la empresa, aunque sea familiar, la que debe adaptarse a la familia, aun en sus cargos gerenciales a la empresa. No resulta aconsejable la generación de posiciones ficticias para familiares.

Para familiares, y por los inconvenientes que pueden generarse con relación a otros cargos, suelen fijarse ciertos condicionantes, tales como edades mínimas para posiciones gerenciales, antigüedad y experiencia en el segmento empresario (o –al menos- en la posición a desarrollar-), ciertos títulos de grado y postgrado (especializaciones, maestrías, etc.) en universidades o escuelas de negocios con reconocido prestigio. Incluso, algunos requisitos podría ser endurecidos o flexibilizados según el grado de parentesco, el número de familiares que se incorporen o el porcentaje accionario que detenten.

Es común, aunque no excluyente, que se prohíba la incorporación de cónyuges, concubinos o parientes políticos (suegros, primos, etc.) a las gerencias o cargos jerárquicos; o que la excepción a esta prohibición deba decidirse por acuerdo unánime de todos los accionistas o familiares.

Resulta aconsejable, según el perfil de la empresa y las distintas necesidades de la evolución de los negocios societarios, que el directorio o la gerencia diseñen un plan de capacitación y entrenamiento para familiares de los accionistas y directivos de ciertas edades (en general, en etapa de formación profesional), donde se enfatizará una formación interna dentro de la compañía en las distintas áreas y sectores de la empresa (financiero, comercial, producción, administrativo, legal, etc.). Este plan de capacitación podrá, incluso, ser una condición necesaria para la incorporación en la empresa.

En algunos casos, un adecuado protocolo debería regular la pérdida del carácter de familiar de algún directivo, gerente, empleado, accionista. Es claro que la pérdida de dicha condición (por divorcio, impugnación de paternidad, muerte, etc.) no importa necesariamente la pérdida de su situación de accionista (salvo algunos supuestos vinculado con las sucesiones o divorcios); mucho menos la automática pérdida de la condición de director o empleado.

Sin perjuicio de ello, marca un cambio sustancial en las reglas de juego de la sociedad familiar y fundamentalmente la necesidad de reglas de convivencia, armonización o salida de ciertos accionistas, empleados o directores. La posibilidad de planear dichas circunstancias evita situaciones conflictivas y permite dotar esta cuestión, ya naturalmente conflictiva, de ciertas pautas objetivas o previsibles en orden a la solución de esta cuestión.

Existen cuestiones de valuación, de financiación (o dilación en el tiempo de la compra de las acciones) o incluso laborales que deben evaluarse en cada caso concreto para evitar inconveniente mayores.

XIV. POLÍTICA DE FINANCIAMIENTO, DIVIDENDOS Y RESULTADOS.

Es sumamente relevante que los accionistas, familiares y demás interesados en la empresa familiar acuerden la política de financiamiento y de dividendos. En general, y en función del art. 70, LSC, se acepta que la estructura de distribución de dividendos (y su contracara, de constitución de reservas) debe ser razonable y responder a pautas de una prudente administración y eficiencia financiera. Por ello, es aconsejable que se pauten los extremos o las condiciones concretas sobre los cuales se deben distribuir dividendo (y si éstos serán en efectivo, acciones u otros bienes) o incluso resultados no asignados acumulados⁴⁶.

Dichas reglas deben tener en cuenta no sólo las necesidades financieras y de capital de trabajo sino que también deberán evaluar el costo de retención de utilidades (frente a otras alternativas de financiamiento). Es relevante que el directorio proponga un plan de participación en las ganancias exclusivamente destinado a los accionistas no ejecutivos y que procure retribuir a los accionistas que no trabajan en la sociedad. Naturalmente que este plan podrá ajustarse, renovarse, modificarse teniendo en cuenta los intereses de los accionistas, el de la sociedad y la opción más eficiente desde una adecuada planificación tributaria.

En cada caso deberá establecerse la necesidad de opiniones fundadas de directores y gerentes de finanzas (en función del plan de negocios o los flujos de fondo proyectados), la exteriorización de las

⁴⁶ Siguiendo a Miller y Modigliani se puede decir que la política de dividendos es irrelevante en los mercados de capitales perfectos (MILLER, Merton H. y MODIGLIANI, Franco, *Dividend policy, growth and the valuation of shares*, Journal of Business, Vol. 34, Oct. 1961, n° 4, p. 411), pero –como acota López Tili- en las sociedades cerradas, inmersas en mercados poco desarrollados e imperfectos, la negociación de las acciones se torna considerablemente más compleja. Por lo que en estos casos, el dividendo será la forma más satisfactoria de retribuir el capital invertido por el accionista. Pese a ello –agrega- podría alguien sostener que no es obligatorio repartir dividendos y que, en consecuencia, resultaría más conveniente financiarse con los mal llamados “recursos propios” (recordemos que ellos no pertenecen a la sociedad sino a los accionistas), por resultar más barato que solicitar un préstamo por el que habría que pagar intereses. Cfr. LÓPEZ TILLI, Alejandro, *Financiamiento de la empresa*, Astrea, Bs. As., 2010, p. 20.

distintas tasas de interés, plazo de reembolso, garantías, etc., y que respeten especialmente la “creación de valor” como principio fundamental en una adecuada administración societaria y financiera.

Paralelamente, deberá determinar las pautas de la realización de aumento de capital social (eventualmente el tipo de aportes a realizarse), capitalización de pasivos o incluso de aportes irrevocables. Dichas pautas deben tender a evitar que mediante dichos acuerdos se afecte especialmente los derechos de los accionistas (familiares o no familiares) y por ello, se requiere de una adecuada justificación que permite una razonable explicación a los accionistas y demás interesados.

Complementando las condiciones de un eventual aumento de capital, debe preverse especialmente la prima de emisión de acciones. Es necesario que se fijen pautas concretas para la determinación del valor de la prima cuando no exista acuerdo unánime entre todos los accionistas. Algunos protocolos familiares la determinan directamente en función de las distintas fórmulas de cálculo (mejor beneficio operativo en función de los últimos estados contables, mejor valor patrimonial proporcional (VPP), etc.).

En algunos casos los protocolos prevén pautas jurídicas o económicas sobre las cuales el accionista tendrá derecho al mantenimiento de su proporción en las participaciones societarias. Debe preverse (y re-analizarse cuando sea necesario) un adecuado equilibrio entre el esfuerzo económico del accionista (derecho de suscripción preferente), la no obstaculización de las necesidades de financiamiento de la sociedad y la participación relativa de cada accionista en la sociedad.

XV. TRANSFERENCIA DE ACCIONES Y EXCLUSIÓN O DE RETIRO DE FAMILIARES.

La transmisión de acciones y derechos societarios es quizás uno de las cuestiones más delicadas en la estructuración de una empresa familiar. La “familiaridad” de una empresa depende en algún punto de sus socios y la intención de mantener la sociedad como un patrimonio de cierta permanencia en la familia. Por ello, es sumamente relevante que los accionistas y miembros de la familia planifiquen el mecanismo de transferencia de las acciones, no sólo entre vivos (sea entre miembros de una misma familia o no) o incluso a título gratuito (por donaciones o anticipos de herencia).

Es común que en la planificación de un protocolo familiar se prevean varias “clases de acciones” (o porcentajes de acciones que no necesariamente respondan a una clase específica) que estén relacionadas con alguna rama o grupo familiar o que –mediante esta clasificación- procuren iniciar justamente una determinada rama familiar.

Es claro que para estructurar una clase de acciones se requiere de una modificación del estatuto social, más allá que los accionistas pueden pactar en el protocolo los derechos personales que juzguen conveniente a sus intereses. En general, los convenios suelen establecer que cualquier cesión (venta, permuta, donación, etc.) de acciones debe cumplir con mecanismos puntuales.

No suele ser igual el régimen de transferencia cuando se enajena a un miembro de la familia (o que ya es accionista de la sociedad) que cuando se venda a un tercero. Si la venta se realiza dentro de la familia es conveniente priorizar los intereses de cada grupo o rama familiar y que exista un ofrecimiento (generalmente fehaciente) a los mismos miembros de cada grupo de las acciones en venta por un determinado tiempo (indicando cantidad y número de acciones, precio, condiciones de venta, moneda, forma de pago, etc.). Este ofrecimiento suele brindar un derecho de preferencia dentro de la misma rama familiar y de no ser ejercido (total o parcialmente) se suele dar preferencia a otros grupos familiares (a veces proporcionalmente y otras veces en un determinado cronograma prefijado por los accionistas).

Estas cuestiones no debieran ser aplicadas cuando se trata de donaciones u otras transferencias que no importen una enajenación a título oneroso (algún tipo de fideicomiso en garantía o testamentario).

Incluso se pueden prever algunas cuestiones cuando no se venden sólo algunas acciones de una determina rama familiar y se venden todas las acciones pertenecientes a un mismo grupo familiar (esto es, cuando una rama de la familia decide “salir” de la sociedad).

Si se enajena a un tercero es conveniente no sólo pactar las cuestiones societarias corrientes (precio, datos, oferta, plazos, forma de pago, moneda, etc.) sino fundamentalmente el conocimiento por parte del tercero del protocolo y de todos los acuerdos que puedan existir por parte de los familiares.

Adicionalmente, sería prudente que se acuerden pautas concretas sobre las donaciones, usufructo sobre acciones, dividendos y sucesiones, pero especialmente la adquisición de acciones por parte de los cónyuges de los accionistas o directores.

Recientemente se ha aceptado, en el seno de la sociedad anónima, la posibilidad de que un accionista sea excluido de la sociedad, siempre que exista pacto expreso en este sentido. La exclusión, por ello, podría establecerse como un mecanismo de organización familiar, siempre que respete ciertos principios básicos del derecho societario.

XVI. ÓRGANOS FAMILIARES Y SOCIETARIOS.

Es común que aún en un entorno societario se prevean órganos extrasocietarios, que procuren una adecuada implementación del protocolo. Muchas de las cuestiones que no se prevén en el protocolo o que no pueden ser resueltas por los participantes del protocolo suelen delegarse en un consejo de personas que suele llamarse consejo familiar o de asuntos familiares, siempre con la idea de que su decisión sea obligatoria, vinculante y no discutible por los familiares.

Algunos protocolos definen al “Consejo de Familia” como un “órgano encargado de velar por la familia y tutelar sus derechos y obligaciones en relación con este protocolo familiar, perpetuando la filosofía y tradiciones y coordinando las relaciones entre la familia empresaria y la empresa familiar. El consejo de familia asegurará que los principios y normas del protocolo se cumplan con el mayor consenso posible. El Consejo debe impulsar la aplicación de las normas del protocolo y proponer la modificación y adaptación de las mismas”.

Si bien se generan algunas dudas sobre la validez de la existencia de este órgano parasocietario, cabe señalar que no es estrictamente un órgano (pues la teoría orgánica no reviste aplicación en este caso) y que la vinculación es sólo respecto de los accionistas y no estrictamente de la sociedad o sus administradores (ya que la sociedad o sus administradores tienen ciertos límites en su obligatoriedad en este tipo de convenios). Tiene la ventaja de ser un ámbito de toma de decisiones más reservados y privado, pero que –como órgano de toma de decisiones que importa– podría generar alguna responsabilidad para quienes tomen dichas decisiones.

Usualmente, se suelen designar los miembros familiares (o incluso no familiares) más relevantes y son los mismos miembros de la familia quienes lo designan y se establece un mecanismo de toma de decisiones muy similar a los verdaderos órganos societarios (directorio, asamblea, sindicatura, etc.). En general, cualquier accionista o miembro de la familia puede convocar para tratar ciertos temas, fijándose al efecto una reunión para tratar el tema.

Los temas a discutirse son variados, pero en general suelen incluirse aquellas cuestiones de política de la empresa y de la familia que resulten sensibles y requieren un debate profundo fuera del ámbito societario. Se pueden incluir en su seno la opinión de consultores y profesionales independientes y la decisión deberá ser el fruto de una profunda reflexión sobre la cuestión.

XVII. RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

El matiz esencialmente preventivo de un protocolo⁴⁷ impone, asimismo, también algunas condiciones concretas en orden a la solución de problemas internos (e incluso externos) de los accionistas, de los miembros de la familia o incluso con terceros.

La culminación de un protocolo deviene luego de un proceso, en el que intervienen los distintos interesados y miembros de la familia, sobre la base de comunicación y especialmente “oralidad” entre las partes. Por ello, es conveniente prever mediaciones previas⁴⁸, con plazos, temarios y asistencia técnica. Dichas mediación deberán cumplir con ciertas pautas concretas y en caso de no solución, determinar otros mecanismos de solución de controversias, según la gravedad del conflicto.

El arbitraje societario puede ser una alternativa válida, siempre entendiendo que la exteriorización de un conflicto en forma judicial suele ser muy inconveniente para las partes.

XVIII. DOCUMENTOS COMPLEMENTARIOS AL PROTOCOLO.

1. Reglamento.

1.1. Utilización.

No cabe reiterar en este punto las cuestiones vinculadas con el órgano competente para dictar el reglamento y otros detalles prácticos.

Cabe señalar que al igual que el contrato constitutivo o su modificación, el reglamento -para su oponibilidad frente a terceros- debe inscribirse con similares requisitos. Esta exigencia no afecta la validez del reglamento entre los socios. Incluso en ciertas circunstancias los socios prefieren no inscribirlo y mantenerlo en secreto.

⁴⁷ FABIER DUBOIS (H), Eduardo M., *El protocolo de la empresa familiar como instrumento de prevención de conflictos*, DSE N° 244, Errepar, Marzo 2008, p. 171.

⁴⁸ Más que cualquier otra, la mediación es una alternativa verbal; todo es oral, salvo la parte escrita en el que los intervinientes dejan constancia del acuerdo. Cfr. CLAY, Thomas, *La parole, l'écrit et l'image dans les modes alternatifs de règlement des conflits*, publicado en: “La parole, l'écrit et l'image en justice: quelle procédure au XXI^e siècle” (textes réunis par Simone Gaboriua et Hélène Pauliar), Édition Première édition, Éditeur Presses Universitaires de Limoges, París, 2011, p. 65.

La posibilidad de reglamento es válida en todos los tipos societarios. En las sociedades irregulares o de hecho, el reglamento no podrá invocarse entre los socios ni frente a terceros (arg. art. 23, 2º párr., LSC).

1.2. Relación con el contrato social.

No están claros los límites en cuanto a lo que puede incluirse en el reglamento. El art. 11, LSC, impone los requisitos que deben obrar en el contrato social, pero nada señala sobre la posibilidad de reglamentar especial y concretamente dichos recaudos en el reglamento.

Las prestaciones accesorias si bien deben estar previstas en el contrato social (art. 50, LSC), su detalle y procedimiento puede estar previsto en el reglamento.

La idea que parece surgir de la inteligencia del sistema es que en el contrato social deben estar las normas fundamentales y el reglamento puede, valga la redundancia, reglamentar cada cuestión en particular. Pero ello no tiene una sólida base normativa.

El reglamento, sin embargo, no puede contradecir lo señalado por el contrato social. En caso de contradicción, parece lógico dar preeminencia al contrato social, aunque cabría diferenciar en cada caso concreto.

2. Fideicomiso de acciones.

2.1. Importancia.

El fideicomiso de acciones (e incluso de otros bienes que pueden ser usados⁴⁹ por la empresa familiar) es, sin dudas y por su asidua utilización, el documento complementario del protocolo familiar que reviste más importancia. Su extrema flexibilidad (dúctil a cualquier negocio o acto jurídico), su fuerte matiz contractual (pero con una proyección desde sus efectos que se deriva de la configuración del dominio fiduciario) y su gran practicidad y agilidad a la hora de su implementación hacen que las empresas familiares hayan recurrido al fideicomiso de acciones para estructurar un adecuado gobierno de la sociedad.

Profundizar la figura del fideicomiso, y más específicamente la del fideicomiso societario, excedería los fines de este comentario. No obstante cabe señalar que el fideicomiso de acciones permite diseñar, incluso, una porción significativa del “traje” que deberá vestir el protocolo familiar. En efecto, mediante el fideicomiso de acciones se pueden fijar pautas al fiduciario (que actuará por cuenta y orden del beneficiario⁵⁰), sobre las políticas administrativas, financieras, económicas, contables y comerciales de la empresa.

Es usual que en el seno del fideicomiso se suelen anticipar algunos temas relevantes a los fines de buscar el consenso necesario que requiere. El mismo fideicomiso de acciones puede ser el vehículo adecuado para organizar los mecanismos y procedimientos necesarios para el tratamiento de tópicos, mayorías, formalidades, conflictos de interés, notificaciones, resolución de conflictos⁵¹, etc.

En el fideicomiso de acciones se pueden establecer los límites a la transmisión de las acciones y todos los mecanismos para su ofrecimiento a los miembros de un mismo grupo familiar, a los miembros de una misma sociedad o incluso a terceros. El mismo fideicomiso puede –asimismo- prever las formas de valuación de las distintas acciones (flujo de fondos descontados, valor patrimonial proporcional o alguna variable específica que pudiera tomar en cuenta los intangibles que pueda haber generado la compañía⁵²), el perfil de los profesionales que realizarán la valuación, los tiempos y costos y cualquier otra consideración relacionada con la eventual transferencia.

Más allá de su eventual eficacia real (cuestión sobre la que no existe un pleno acuerdo doctrinario) el mismo fideicomiso puede prever sanciones económicas y otros apercibimientos que constriñan a los participantes del mismo (fiduciante, fiduciario, beneficiario y fideicomisario) en caso de incumplimiento a las pautas del protocolo familiar. Dichas sanciones pueden consistir no sólo en una

⁴⁹ Así también se ha reconocido como primer origen del *trust angloamericano* el antiguo *use*, en las que el antiguo terrateniente inglés ponía sus tierras “en uso” para lograr diversos fines, lícitos o incluso fraudulentos (KEETON, George W., *The law of trusts*, Sir Isaac Pitman & Sons, Ltd. Ninth edition, London, 1.968, p. 21).

⁵⁰ HOOD, Parker, *What is so special about being a fiduciary?*, en: “Edinburgh Law Review”, vol 4, N° 3, 2.000, p. 143.

⁵¹ PAOLANTONIO, Martín Esteban, *Fideicomiso sobre acciones*, en: “Negocios parasocietarios” (Favier Dubois (h), Eduardo M., dir.), Ad-Hoc, 2ª edic., Bs. As., 1.999, p. 282, con cita sobre las situaciones de *deadlock* y las alternativas para su superación de: DOTTI, Vittorio, *Cláusula relative ad adquisito parziali di pacchetti azionari*, en: “Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento” (ed. A cargo de Bonelli, Franco y De André, Mauro), Giuffrè, Milán, 1.990, p. 219.

⁵² Un desarrollo sencillo de las distintas formas puede verse en: TAPIA, Gustavo (coord.), *Valuación de empresas. Un enfoque práctico y dinámico* (Tapia, Gustavo; Aire, Carlos; de Jesús, Mauro; Perossa, Mario y Roubly, Hernán, autores), Comicon, Bs. As., 2012, p. 59-73

multa sino también en retención de dividendos, no participación en reuniones de beneficiarios, suspensión de derecho de suscripción preferente o derecho de acrecer, etc.

2.2. Interpretación complementaria.

La complementariedad que debe existir entre el fideicomiso de acciones y el protocolo debe ser coherente y autosuficiente (evitando contradicciones que puedan impedir la natural aplicación del mismo). En algún punto, podrían analizarse bajo la órbita de los contratos conexos, teoría que ya ha adquirido carta de ciudadanía en la República Argentina y que ha generado un fuerte impacto en la interpretación y ejecución contractual.

El fideicomiso, aún el testamentario y como cualquier acto jurídico, deberá respetar la legítima y ser interpretado conforme las normas del derecho sucesorio tratando de respetar aquellas normas de orden público que no puedan ser dejadas de lado por las partes.

3. Donación.

Se trata de uno de los actos más comunes en la organización de los patrimonios familiares, en orden a preservar las perspectivas futuras de la empresa familiar. Dicha donación suele ir acompañada (o no) de un usufructo (con las particularidades que se desarrollarán más adelante) y suele responder a distintas motivaciones (incentivo para integrar al donatario a la empresa, comprometiéndolo con su crecimiento, reconocimiento al donatario por su esfuerzo al servicio de la empresa, anticipo de herencia, motivos personales, cuestiones impositivas, etc.⁵³).

Debe determinarse, en lo concreto, no sólo el tipo de donación que se realizará (donación plena, con reserva de usufructo, remuneratoria, con cargo etc.) sino cuál es la estructura familiar y el entorno económico y personal en el que se insertará la donación (legítima, legados, colaciones, reducciones, revocatorias, etc.).

A tenor de lo previsto por el art. 1795, Cód. Civ., no es menester que la aceptación de la donación sea hecha en el mismo momento del acto, pudiendo ser realizada luego del fallecimiento del donante. Obviamente, que dicha donación requerirá del asentimiento del cónyuge (art. 1277, Cód. Civ.) en el caso que las acciones sean gananciales. Iguales reflexiones se aplican para la sociedad de responsabilidad limitada.

Con respecto a la mejora, se ha dicho que si el donante quisiera beneficiar con la donación a alguno de sus herederos legitimarios, imputándola a la porción disponible, de manera tal que los beneficiarios de la donación no tuvieran que colacionar oportunamente su valor (hasta el límite de la porción disponible) sería conveniente -para mayor seguridad atento la discrepancias doctrinarias⁵⁴ y especialmente si se tratara de patrimonios importantes- que se hiciera tal imputación en el mismo contrato de donación (art. 1805, Cód. Civ.) y además se acordara la dispensa de colación por testamento (art. 3484, Cód. Civ.)⁵⁵.

4. Usufructo.

4.1. Utilización en la empresa familiar.

En la planificación de la dinámica interna de un ente societario con miras a futuro, y especialmente en orden a procurar un traspaso ordenado del capital societario a los sucesores, herederos o quienes deban seguir con la propiedad de la empresa familiar, el usufructo de acciones (e incluso de otros bienes) cumple un papel fundamental. En efecto, permite lograr la planificación de la sucesión en vida, pero reservando algunos (o muchos) derechos relevantes que mantienen el usufructuario vinculado a la sociedad. En general, son los socios fundadores (o accionistas familiares) quienes adelantan el traspaso accionario a sus hijos o herederos (nudos propietarios), reservándose algunos derechos como usufructuarios.

Más allá de la posibilidad de segmentar estos derechos (derivados del desmembramiento entre la nuda propiedad y el goce del producido de las acciones), lo verdaderamente interesante de esta alternativa es que “permite” en algún punto una adecuada convivencia entre dos o más generaciones en el mismo seno societario. Pero dicho “convivencia” no sólo se cristaliza en un “pacto de caballeros”⁵⁶

⁵³ GIRALT FONT, Martín, *Donación de acciones*, en: “La empresa familiar. Encuadre general, marco legal e instrumentación” (Favier Dubois, dir.), Ad-Hoc, Bs. As., 2010, p. 147.

⁵⁴ SOLARI COSTA, Osvaldo, *Donación o cesión gratuita de cuotas de S.R.L. y de acciones de S.A.*, DSC, t. [XIX], Errepar, Bs. As., 2007, p. 237; BELLUSCIO, Augusto C., *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 9, Astrea, Bs. As., 1986, p. 193.

⁵⁵ GIRALT FONT, *Donación de acciones* cit., p. 153.

⁵⁶ Se ha señalado que el “protocolo familiar” debe respetar varios valores, a saber: (i) Libertad: todos los miembros de la familia implicados en la empresa deberán tener la libertad suficiente para expresar su pensamiento en las asambleas

(raíz propia del protocolo familiar) sino que tiene efectos reales que, en algún punto, son oponibles a la sociedad e incluso a terceros.

familiares. Ninguna persona deberá tener preferencias sobre otra a la hora de dar oportunidades para expresar lo que se desea. También es importante tener claro que en ninguna circunstancia debe haber presiones y todos deben sentirlo de esta forma, pues lo que se busca es el bien para todos. (ii) Pacto de honor: el protocolo familiar debe ser un pacto de honor, un pacto de caballeros entre quienes lo firman. Este compromiso debe estar basado en el amor y en la confraternidad de la familia. Cada implicado deberá apoyar los términos convenidos, y si al pasar el tiempo no está de acuerdo con algunos de ellos, presentará su propuesta cuando la asamblea dé lugar a los foros de modificaciones o enmiendas al protocolo. Entretanto tomará una actitud de respeto y en ningún momento hará comentarios o mostrará actitudes que estropeen los esfuerzos del resto de miembros por lograr más políticas sanas y de beneficio conjunto. Este pacto de honor es un compromiso con todos los participantes, con la familia y con la empresa; por lo tanto, todos deben concientizarse con anticipación de esta responsabilidad que se asume y encararla con seriedad y madurez. (iii) Valores de la familia: Si bien es cierto que los valores que se fomentan varían de familia a familia, cada una de éstas posee al menos algunos que son los que la mantienen integrada y favorecen las buenas relaciones. Estos valores claves deben ser aprovechados para darle fuerza a la familia frente a las variables que se manejan en la empresa. Debe haber en todas las personas adultas una permanente preocupación por enseñar y transmitir buenas costumbres, creencias valiosas y valores de orden superior. Una familia que obre con este proceder estará en condiciones de preparar un protocolo y de ponerlo en marcha con más probabilidades de éxito. (iv) Relación intrafamiliar: Es indispensable que al comenzar el proceso de elaboración del protocolo la familia tenga un ambiente de armonía que lo facilite. La primera asamblea puede ser el medio a través del cual se palpe la condición del clima existente. De no haber condiciones adecuadas es recomendable empezar con expertos profesionales la mejora de la relación intrafamiliar, aunque esto implique el retraso en la iniciación del manifiesto. El protocolo no debe desarrollarse en momentos en que se está en conflictos de poder. Por el contrario, hay que aprovechar los períodos de unidad familiar y empresarial, y si éstas no existen, lograrlas primero, pues el protocolo no es para hacer desaparecer los conflictos sino para que no se produzcan. Debe prepararse y desarrollarse cuando aún no han surgido problemas graves en el sistema empresa-familia y no debe esperarse a que estos aparezcan y tomen fuerza para poder arrancar. Cfr. LOZANO POZO, Melquicedec, *El protocolo en las empresas de propiedad familiar*, Estudios Gerenciales, vol.16 no.74 Cali Jan./Mar. 2000, p. 234.