La funcionalidad de la SAS en las empresas familiares

Por qué la sociedad por acciones simplificada es el vehículo jurídico más adecuado para dar fuerza al protocolo de familia.

Por Leonardo Correa Rodríguez.

La figura de los acuerdos de accionistas, los protocolos de familia o las simples reglas de conducta con efectos jurídicos presenta elementos interesantes desde su importancia y desde su implementación. Es importante señalar que los acuerdos de accionistas no son lo mismo que un protocolo: los primeros sirven para asegurar el cumplimiento de los segundos.

Los acuerdos de accionistas o socios son «aquellos acuerdos bilaterales o plurilaterales entre accionistas, que tienen por objeto regular al margen de los estatutos sociales el ejercicio de sus derechos, relaciones e intereses mediante reglas relacionadas, entre otras, con el control y la administración de la sociedad» (Mejía, 2014).

Aunque parecidos, los protocolos de familia no son sinónimos de acuerdos de accionistas, pues se entienden como acuerdos de supervivencia que no solo abarcan a la empresa familiar sino a sus miembros de forma personal. Como explican Sánchez-Crespo y Sánchez (2002), son un acuerdo marco, firmado entre familiares socios de una misma empresa, que regula su organización y gestión, así como las relaciones económicas y profesionales entre la familia, la propiedad y la empresa, con la finalidad de darles continuidad a través de las siguientes generaciones.

El protocolo depende del interés de los partícipes en su consagración y validez. Con el nacimiento de la sociedad por acciones simplificada (SAS) y el regreso a la teoría del contrato de sociedad (Morgestein, 2010), la integración del protocolo de familia en los estatutos adquiere una validez jurídica y fáctica más trascendental.

Los protocolos se convierten en una herramienta de perdurabilidad necesaria

desde todos los ámbitos: el económico de los propios integrantes y el de la estructura económica del país, de clientes, proveedores y trabajadores. Ante estas necesidades, las legislaciones deberían ser más activas frente a estos acuerdos y tipos de empresa, sin abusar de la libertad empresarial y contractual de los ciudadanos.

La SAS: libertad para fijar las reglas de juego

De la SAS, el profesor Leonardo Espinosa (2010) indica que «se puede caracterizar como híbrida, en tanto recoge la libertad contractual de las sociedades de personas, con la limitación de responsabilidad de las sociedades de capitales». Es un fenómeno jurídico que permite a los socios, casi en su totalidad, establecer las reglas de juego en los estatutos: la forma de administración, las reglas especiales de participación y de toma de decisiones, entre otras, lo que devuelve el concepto de contrato a la figura de las sociedades.

Este tipo de sociedad permite adoptar reglas acordes con las propias necesidades y no las de una norma pensada para sociedades con pluralidad de dueños y economías de escala más amplias. Esto no quiere decir que la SAS sea solo para pymes: quiere decir que son los socios quienes establecen sus condiciones, gracias al «carácter eminentemente supletivo de la mayoría de las disposiciones de la Ley, elemento determinante para catalogarla como el tipo societario defensor de la autonomía de la voluntad de los comerciantes» (Espinosa, 2010).

¿Por qué no otros tipos societarios?

En un breve análisis de los tipos de sociedades (limitadas, anónimas, en comandita y colectivas) descartamos primero las colectivas y las comanditas, por el grado de responsabilidad de todos sus socios en el caso de la colectiva y de los socios gestores en el caso de las comanditas.

La visión clásica sostiene que una persona se asocia con otra para unir esfuerzos y obtener mayores utilidades. Messineo (1979) describe la sociedad como un «acto colectivo» en el que convergen bienes y actividades para un fin común, y Alonso (2010) caracteriza el derecho de sociedades como el de las agrupaciones de personas constituidas contractualmente para la promoción de fines comunes. Sin embargo, la realidad económica actual invita a una visión más pragmática:

constituir una sociedad no es solo unir esfuerzos, sino limitar la responsabilidad de los partícipes, que asumen el riesgo de perder lo invertido pero no su patrimonio personal o familiar.

La sociedad limitada. Parte del concepto de responsabilidad limitada: según el artículo 353 del Código de Comercio, los socios responden hasta el monto de sus aportes. Sin embargo, el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo establece la responsabilidad solidaria de los socios por las obligaciones laborales, y el artículo 794 del Estatuto Tributario los hace responsables de las obligaciones tributarias insolutas de la sociedad. Así, la «responsabilidad limitada» se desnaturaliza: el patrimonio personal del socio puede responder cuando una actividad realizada con honestidad, pero con mala suerte, no funcione. Esto explica su poco uso y la transformación de muchas limitadas en SAS (Superintendencia de Sociedades, 2015).

La sociedad anónima. Requiere al menos cinco socios, lo que en una familia puede obligar a vincular personas sin vocación de serlo. Debe contar además con revisor fiscal por obligación (artículos 203 a 217 del Código de Comercio y Ley 43 de 1990) y con junta directiva de tres principales y tres suplentes, lo que implica gastos y estructuras que no siempre tienen relación real con el negocio. La responsabilidad de sus socios sí está limitada al valor de sus acciones, pero es la ley, y no las partes, la que establece las reglas de juego.

La SAS como vehículo del protocolo de familia

En la SAS, la libertad para definir el sistema de administración y representación legal es consecuente con las necesidades de las empresas de familia, que buscan prevenir controversias familiares y la pérdida del capital. Una sociedad de familia constituida como SAS puede incluir en sus estatutos acuerdos personalizados, como el número de miembros de la junta directiva o del consejo de familia, sin limitarse a lo que la ley establece para las anónimas.

A medida que la familia crece (dos personas que tienen hijos, que a su vez se casan y tienen hijos), las reglas fijadas por la ley pueden volverse un obstáculo. En cambio, con el protocolo o los acuerdos de accionistas incorporados a los estatutos de una SAS se pueden tener acuerdos claros y ejecutables sobre formas especiales de voto, participación en la gestión del negocio e incluso la vida patrimonial de los

socios en sus relaciones familiares internas, como las capitulaciones matrimoniales y la liquidación de sociedades conyugales.

La SAS es además el mecanismo con mejor perspectiva si se tienen en cuenta prohibiciones como la del artículo 396 del Código de Comercio, que exige para la sociedad anónima una mayoría calificada para adquirir sus propias acciones. Esa limitación impediría en las empresas de familia establecer mecanismos de venta de acciones con un derecho de preferencia particular, que permitan a la sociedad readquirirlas o venderlas a personas con calidades especiales.

La Superintendencia de Sociedades, en el concepto 220-000840 del 8 de enero de 2015, señaló que la Ley 1258 de 2008 «se caracteriza por su gran flexibilidad», pues permite definir con amplitud en los estatutos la organización y el funcionamiento de la sociedad. Esto confirma su calidad de vehículo idóneo para las sociedades de familia, incluida la posibilidad de una junta directiva diseñada a la medida, muy útil en la segunda generación, la de los hermanos, donde abundan los administradores.

En línea con las recomendaciones de *Los dilemas de la empresa familiar* (Pavón, 2010), la junta directiva o el consejo de familia puede establecerse como una institución que solo funcione a la muerte o el retiro del socio fundador, permitiéndole no ceder la toma de decisiones mientras siga al frente.

En conclusión, la sociedad por acciones simplificada, en comunión con un protocolo de familia, permite establecer reglas en las que participen todos los miembros de la sociedad, con estabilidad jurídica y en claro respeto de la equidad y la igualdad en la administración y la toma de decisiones, pilares fundamentales para su conservación.