

EL PROTOCOLO DE FAMILIA COMO INSTRUMENTO PARA REGULAR LA EMPRESA FAMILIAR

Eugenio A. Rositto

SUMARIO:

La empresa familiar posee características y matices donde se visualizan conflictos especiales que requieren un estudio y análisis en particular.

La característica más importante de las empresas de familia es que exista una vocación de continuidad en la propiedad y gestión de la empresa que permita la incorporación de las sucesivas generaciones.

El aporte que intento realizar con esta ponencia procura plantear y afirmar algunos aspectos relevantes del protocolo de familia como instrumento jurídico apropiado para la conservación de la empresa, la prevención de conflictos y la sucesión de la empresa familiar vinculando el protocolo con otros instrumentos jurídicos que favorecen a la estructuración de la empresa familiar.

El protocolo familiar es un contrato plurilateral complejo, atípico, de naturaleza asociativa y organizacional con comunidad de fin entre las partes, carente de personalidad jurídica.

Hay un expreso reconocimiento de la libertad contractual dando un amplio campo a la autonomía de la voluntad y la creatividad de las partes para dar respuesta a las necesidades de la empresa familiar.

El protocolo debe tener en cuenta el interés de la empresa familiar y el interés social.



1. Concepto de empresa familiar y su importancia

La empresa familiar posee características y matices donde se visualizan conflictos especiales que requieren un estudio y análisis en particular.

La empresa familiar es un fenómeno en crecimiento que, en nuestro país, carece de un marco regulatorio propio, por lo que resulta de suma importancia fortalecerla en el ámbito jurídico.

Del total de las empresas que existen en nuestro país, el 90% son empresas familiares, mueven el 70% del empleo privado y generan el 68% del PBI. Sin embargo, apenas el 4% sobrevive a la tercera generación y apenas el 1% a la cuarta (Datos aportados por el Club Argentino de Negocios de Familia) ¹.

Podemos definir a la empresa familiar, como un tipo especial de sociedad que se conforma cuando una familia es propietaria y administradora de una empresa, y sus integrantes poseen vocación de continuidad y permanencia. La diferencia fundamental con otros tipos de empresas es que en la empresa familiar se presentan valores comunes entre los miembros de la familia que generan un mayor nivel de compromiso y fidelidad, sobre todo en tiempos difíciles ².

Algunas características de la empresa familiar son: La propiedad de la empresa está concentrada en un grupo familiar; a medida que se produce el tránsito generacional, la propiedad se divide en ramas o grupos de parentesco; algunos miembros del grupo familiar participan en el gobierno o, en su caso, en la gestión de la empresa; hay vocación de continuidad, de transmisión de valores empresariales propios de la familia, entre los principales rasgos.

La característica más importante, en la que coinciden la mayoría de los autores, es que exista una vocación de continuidad en la propiedad y gestión de la empresa que permita la incorporación de las sucesivas generaciones.

El aporte que intento realizar con esta ponencia procura plantear y afirmar algunos aspectos relevantes del protocolo de familia como instrumento jurídico apropiado para la conservación de la empresa, la prevención de conflictos y la sucesión de la empresa familiar vinculando el protocolo con otros instrumentos jurídicos que favorecen a la estructuración de la empresa familiar.

2. Elección del tipo social para la empresa de familia

La empresa familiar puede ser un emprendimiento personal, o puede organizarse bajo la estructura jurídica de una sociedad, sea cualquiera de los tipos que la Ley General de Sociedades establece recordando que los

¹ <http://www.canf.com.ar/index.php> Club Argentino de Negocios de Familia.

² Favier Dubois (h), Eduardo M., “La empresa familiar frente al derecho argentino. Hacia su reconocimiento doctrinario y sustentabilidad jurídica.” En el Derecho, tomo 236, 17/2/2010, N° 2.1, p.2.

cónyuges pueden formar parte de cualquier tipo de sociedad inclusive las Sociedades de la Sección IV.

Asimismo, podrán también adoptar el nuevo tipo social, la Sociedad por acciones simplificada, creada por la Ley 27.349 de apoyo al capital emprendedor.

Esta nueva ley y las modificaciones incorporadas a la Ley 19.550, por Ley 26.994 modifican el paradigma actual del derecho societario hacia una mayor libertad de los socios para auto regularse revalorizando el principio de la autonomía de la voluntad contractual y brindando herramientas para la empresa familiar.

La sociedad por acciones simplificadas, (denominadas SAS) tiene por objeto apoyar la actividad emprendedora en el país y su expansión a partir del fomento del capital emprendedor contribuyendo al desarrollo de distintas actividades productivas que favorecen al pequeño y mediano empresario.

Es un instituto jurídico y económico híbrido que está conformado por instrumentos propios de las sociedades por acciones y de las sociedades de responsabilidad limitada, que pretende consagrar una estructura simple y de rápida puesta en marcha, para fomentar los emprendimientos de capital emprendedor³. La SAS como derecho vigente, tipo social flexible, democrático y liberal, que da ingreso a nuestro país a la modernidad en el Derecho de sociedades, marcando el presente suceso, un antes y después en nuestro derecho corporativo⁴.

Parece que la Sociedad por acciones simplificada es un marco jurídico apropiado para las sociedades cerradas de familia atento a que los socios tienen libertad para regular en el instrumento constitutivo la forma de negociación y transferencia de acciones; la prohibición de la transferencia de acciones por un tiempo limitado; la estructura orgánica de la sociedad; las funciones de cada administrador; la forma de convocatoria; se sesionar y de tomar decisiones de los órganos sociales; la asignación de los derechos correspondientes a cada clase de acciones, la posibilidad de ser unipersonal sin quedar sujeta a fiscalización permanente, la posibilidad de captar capitales mediante diversos tipos de acciones o por medio del “crowdfunding”, entre los principales aspectos.

Para la empresa familiar este nuevo tipo societario constituye una alternativa jurídica válida para que los socios convengan cláusulas estatutarias que más convengan a sus intereses y particularidades de su empresa.

³ Vitolo, Daniel Roque, Ley 27.349 Comentada, Thompson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2017.

⁴ Hadad, Lisandro, “La Sociedad por acciones simplificada y la llegada de la modernidad”, La Ley AR/DOC/1387/2017.

3. Protocolo de familia

3.1 Concepto y finalidad

Es un acuerdo marco de naturaleza jurídica compleja, que contiene elementos o pactos propios de distintos contratos y que sirve de norma a la que han de ajustarse otros pactos complementarios de carácter más concreto, firmado entre familiares socios de una empresa, actuales o previsibles en el futuro, con la finalidad de regular la organización y gestión de ella, así como las relaciones entre la familia, la empresa y sus propietarios, con el objeto de dar continuidad a la empresa, de manera eficaz y con éxito, tanto en la presente generación familiar como en las futuras.⁵

En él se dejan establecidos los valores fundacionales de la empresa, de la familia y las “reglas de convivencia”, abarcando toda posible situación que pueda acontecer durante la vida del ente y que puede llegar a ser foco de futuros conflictos. Es un contrato, pero también un código de conducta familiar y personal de los miembros de la familia.

El objeto primario del protocolo es la de fortalecer la empresa familiar neutralizando sus debilidades en sus cuatro planos: familiar, empresarial, patrimonial y jurídico.

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) ⁶.

Es un instrumento jurídico necesario para planificar la sucesión de la empresa familiar y la prevención de conflictos, pero no se agota solamente en dicho instrumento sino que se complementa con otras figuras o contratos a los efectos de lograr la planificación deseada.

En efecto, una vez confeccionado sus pactos deben trasladarse a diversos instrumentos legales como la inclusión de cláusulas en el estatuto, contrato social o reglamento, la previsión de prestaciones accesorias, los acuerdos de accionistas, testamentos, contrato de fideicomiso, pactos de herencia futura, determi-

⁵ Sosa de Irigoyen, Susana, “El protocolo de empresa familiar. Antecedentes y bases para su redacción. Fabier Dubois, Eduardo M. (h) Dir. Empresa familiar. Ed Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010.

⁶ Molina Sandoval, Carlos A. “Protocolo de empresas familiares”, LL 25/02/2013, AR/DOC/196/2013.

nados seguros, a los efectos de dar mayor fuerza jurídica posible respecto a su validez y oponibilidad.

3.2. El Protocolo familiar como contrato asociativo

El protocolo familiar es un contrato plurilateral complejo, atípico, de naturaleza asociativa y organizacional con comunidad de fin entre las partes, carente de personalidad jurídica y que complementa las reglas que la ley y los estatutos sociales regulan en la organización y funcionamiento de la sociedad y que busca garantizar la perdurabilidad de la empresa a través de las sucesivas generaciones.

Algunas de sus características importantes como contrato asociativo son:

La nulidad de un vínculo de una de las partes no afecta las restantes relaciones de las partes siempre que la nulidad permita continuar con la vigencia del contrato y no resulte esencial para el cumplimiento de su objeto (art. 1443 C.C. y C.).

Respecto de su forma, poseen libertad de formas de los contratos conforme lo establece el arts. 1444 y 1015 del C.C. y C.

En este tipo de contrato asociativo ante el incumplimiento de unas de las partes en donde las partes procuran un objetivo común y donde no hay una vinculación recíproca entre las prestaciones, que una parte no cumpla no implica que el contrato pueda ser extinguido por cualquiera de las otras, por ello las partes deben continuar con el cumplimiento del contrato sin perjuicio de las sanciones para el incumplidor que se hayan pactado (sanciones económicas o familiares por incumplimiento o inasistencia a una reunión, por ejemplo).

Respecto de su contenido, y conforme lo establecido por el art. 1446 C.C. y C. existe autonomía de la voluntad en la configuración de estos contratos asociativos.

Hay un expreso reconocimiento de la libertad contractual en la materia abre un amplio campo a la autonomía de la voluntad y la creatividad de las partes para dar respuesta a sus necesidades y conveniencias, con lo cual las figuras legislativamente consagradas quedan solamente como una posibilidad para cuando aquellas desean ahorrar costos de transacción en la celebración de los contratos ⁷.

Hoy hablamos de contratos nominados o innominados, y conforme al artículo 970 C.C. y C. dichos contratos se regirán por la voluntad de las partes, las normas generales sobre contratos y obligaciones, los usos y prácticas del lugar

⁷ Cracogna, Dante. “Los contratos asociativos en el proyectado Código Civil y Comercial: Un avance respecto a la situación actual. XII Congreso Argentino de Derecho Societario, Buenos Aires, 2013, p. 415.

de celebración y las disposiciones correspondientes a los contratos nominados afines que son compatibles y se adecuan a su finalidad.

Es fundamental que el contrato produzca efectos para quienes participaron de su redacción original y para todos los que se incorporen posteriormente a la empresa.

Los sucesores de los firmantes del contrato originarios, las obligaciones asumidas por éstos serán obligatorias también para ellos en la medida en que no se hayan asumido obligaciones de carácter personal (art. 1024 C.C. y C.).

3.3. Contenido del protocolo

El protocolo debe intentar regular todos los aspectos de una empresa familiar y suele incluir tres categorías de normas: a) normas vinculantes, en cuya redacción debemos considerar el derecho aplicable y en particular el alcance las normas imperativas que regulan la materia a fin de elaborar las disposiciones del protocolo dentro del marco de la autonomía negocial; b) pactos de caballeros, que responden a los valores, principios y cultura de la empresa familiar aun cuando carezcan de sanciones o de contenido jurídico concreto y c) normas que formalizan obligaciones de hacer, pues para hacer efectivas requieren ser complementadas por ciertos negocios jurídicos aún no celebrados⁸.

En la primera categoría de normas vinculantes están las de actuación y definición del ámbito de aplicación del protocolo, con especificación de su alcance personal, temporal y material; pautas para el gobierno, administración y representación; las reglas relativas a la composición y competencia de los órganos de la empresa familiar (consejo de familia, asamblea familiar, etc.), integración del comité de nombramientos, pautas sobre ejercicio del derecho de propiedad sobre bienes de la empresa, derechos y deberes económicos y políticos de los socios; criterios para la transmisión de las participaciones societarias y para la transferencia de bienes de la familia; criterio de valuación de la empresa y forma de pago de las participaciones societarias en caso de muerte, retiro o receso, requisitos para el ingreso de familiares consanguíneos, afines, políticos y terceros a la empresa; incorporación de familiares, terceros y sucesores a la dirección y gerenciamiento de la empresa, condiciones de promoción, formación y orientación profesional, políticas de remuneraciones, de dividendos y de ayudas económicas a familiares y al personal; previsión de un reglamento sobre el tra-

⁸ Calcaterra, Gabriela. “La autonomía de la voluntad en la planificación de la empresa a través de un protocolo familiar”, Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia. Marzo 2019. Abeledo-Perrot.

bajo de familiares en la empresa, reglamentación de la utilización de medios informáticos para las comunicaciones entre socios, cláusulas que reglamenten la incorporación de los herederos, cláusulas que limiten la transferencia de acciones o cuotas de modo de evitar el ingreso de no familiares, sanciones; métodos alternativos de solución de conflictos; lugar de residencia; calidad y orientación de la educación de los hijos; transferencia de acciones, etc.

En segundo lugar, los pactos de caballeros, mencionamos temas como reconocimiento de los fundadores (historia de la empresa familiar), valores y principios que caracterizan la cultura de la empresa, objetivos, forma de liderar el proceso de sucesión en la gestión; normas de conducta; pautas para la mejor comunicación entre los familiares, etc.

Finalmente, las reglas donde se ubican las obligaciones de hacer, consistentes en otorgar actos jurídicos formales indispensables para que la finalidad compartida se cumpla. Entre los instrumentos que acompañan un protocolo familiar en la formalización de una planificación sucesoria podemos mencionar: fideicomisos, mandatos, usufructos, indivisiones forzosas, adopción del régimen de separación de bienes en caso de matrimonio, modificaciones al contrato social o estatuto, contratación de seguros, etc.

El protocolo debe tener en cuenta el interés de la empresa familiar y el interés social.

3.4. ¿Cuáles son los límites del Protocolo de familia?

Junto a los beneficios que otorga la elaboración de un protocolo familiar, es necesario conocer también los límites al mismo ya que la autonomía de la voluntad no puede extenderse al punto de llegar a afectar normas inderogables del ordenamiento contractual y societario vigente.

Este tipo de contrato se ubica en la categoría de contratos paritarios, en los que rige la libertad de contratación establecida en el art. 958 C.C. y C. en que las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la Ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.

El único límite a la autonomía en materia negocial está dado por las normas legales imperativas, sea que tutelen intereses generales (inspiradas en el orden público, la moral o las buenas costumbres) o intereses particulares.

Hoy con el Código Civil y Comercial nos encontramos con una cierta atenuación en la aplicación de las normas imperativas en pos de un mayor grado de libertad sea en el ámbito del derecho de familia (Convenciones matrimoniales, régimen de separación de bienes, contratos entre cónyuges, etc.), en el derecho

sucesorio (testamentos, pacto sobre herencia futura, donaciones, etc.) y en el derecho societario.

En el Derecho Societario el análisis de la autonomía de la voluntad es un tema ampliamente debatido en doctrina, el cual no profundizaremos en el presente trabajo, no obstante, entendemos que, en el caso que la empresa de familia asuma una estructura societaria, visualizamos en el derecho societario, una tendencia a la flexibilización y autonomía de la voluntad negocial.

Si bien con el nuevo tipo social (Sociedad por acciones simplificada) hay una simplificación en materia societaria, ello, no necesariamente implica un mayor reconocimiento de la autonomía de la voluntad a la hora de la configuración del contrato social atento a su regulación y la imperatividad de la Ley general de sociedades en su aplicación supletoria.

En el Derecho Societario no existen normas de orden público, solo algunas normas imperativas. Ello por cuanto el derecho societario regula relaciones entre particulares de contenido patrimonial, que nada tiene que ver con el interés general⁹. Dichas normas imperativas en la ley societaria se orientan a proteger derechos de terceros y de los socios. No es materia del presente trabajo pero la doctrina societaria se interroga acerca la existencia y efectos de las normas imperativas en el Derecho Societario moderno.

Para implementar un mayor reconocimiento de la autonomía privada en materia societaria, debería promoverse una cierta autorregulación, en donde se produzca una atenuación o reducción de aplicación de normas imperativas en el Derecho Societario.

4. El Anteproyecto de Reforma al Código civil y Comercial de la Nación (Decreto 182/2018) y las empresas de Familia

El proyecto de reformas al Código civil y comercial de la Nación hace referencia a las empresas de familia en el caso de su consolidación, continuidad y el traspaso generacional.

El proyecto reemplaza el art. 1010 C.C. y C. e incorpora los arts. 1010 bis, ter y quater C.C. y C. Se introduce el protocolo familiar y lo define como *“un acuerdo de voluntades, o conjunto de acuerdos, que los titulares de una explotación productiva familiar celebran entre sí o con terceros con los que guardan*

⁹ Matta y Trejo, “Normatividad societaria, orden público e impugnación de decisiones asamblearias” en I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa- V Congreso Argentino de Derecho Societario, t. II, p. 345.

vínculos familiares. El protocolo puede tener por objeto establecer un código de conducta o un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones, con la finalidad de gestionar de materia unitaria y preservar a largo plazo la organización corporativa y las relaciones profesionales y económicas entre la familia y la explotación productiva. Puede incluir, además, disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros herederos. En la interpretación de las cláusulas del protocolo los jueces privilegiarán el interés en la continuidad de la explotación productiva familiar”.

Con la presente propuesta de reforma al Código Civil y Comercial se reconocería de un modo más claro el denominado protocolo de la empresa familiar dando mayor certeza al conjunto de herramientas e instrumentos jurídicos que se aplican para la empresa familiar regulando la herencia futura, el protocolo, su contenido y efectos, como también la interpretación de sus cláusulas.