

## EL PLAZO EN LOS PROTOCOLOS DE FAMILIA

POR PEDRO SÁNCHEZ HERRERO

### *Sumario*

1. El Protocolo de Familia debe ser analizado a la luz del principio de no perpetuidad de las relaciones obligacionales.

2. La comunicación del plazo del contrato principal no es una consecuencia necesaria de la accesoriedad cuando el contrato accesorio no tiene un plazo de extinción expreso.

3. No debe descartarse la inclusión de los contratos parasociales en la categoría de los contratos por tiempo indeterminado.

4. El principio de no perpetuidad de las relaciones obligacionales se aplica tanto a los contratos por tiempo indeterminado como a los contratos con un plazo excesivo e irrazonablemente extenso.

5. La aceptación de plazos de duración de 99 años en las sociedades comerciales no implica su validez en los contratos parasociales. Más aún en cuanto en éstos no se ofrece la posibilidad de retiro a través de la cesión, al modo en que existe en las sociedades de capital.

6. Es posible desistir unilateralmente de un Protocolo de Familia transcurrido un plazo razonable de vigencia del contrato y otorgando un plazo adecuado de preaviso, obrando con buena fe y evitando el abuso del derecho.

7. Un plazo extintivo irrazonablemente extenso en un Protocolo de Familia habilita la declaración de nulidad parcial de la cláusula.

## ***Fundamentación***

### **I. Introducción**

El contenido habitual de los Protocolos de Familia muestra que la voluntad de los contratantes es la de dar a este instrumento una vigencia que puede llegar a trascender, incluso, la vida de las propias partes. De esa forma, se logra la unidad de los integrantes de la empresa y la seguridad de su perduración en la familia. Esta loable motivación debe ser evaluada a la luz de nuestra normativa vigente, y desentrañar hasta qué término es lícito que el Protocolo de Familia rijan los derechos de los integrantes de la empresa familiar. En particular, nos proponemos analizar si, transcurrido un plazo razonable, una de las partes puede retirarse del pacto o si es forzoso su cumplimiento, por extenso que sea su plazo de vigencia.

No se nos escapa que el contenido de los Protocolos de Familia no se encuentra tipificado y que puede evidenciar desde una mera declaración de principios que identifican a la familia titular de la empresa, hasta un complejo sistema orgánico paralelo al social. Es por ello que advertimos que las conclusiones que se formularán pueden variar de acuerdo con el contenido que tenga, en concreto, el Protocolo de Familia del que se trate.

Sentado esto, se procurará tomar en consideración aquellos Protocolos de Familia en los que, básicamente, las partes contraigan obligaciones concretas y determinadas, particularmente respecto de la unificación del derecho de voto, de la limitación a la transmisibilidad de sus participaciones sociales, de una política de administración común u otras aristas habituales.

### **II. La tesis prevaleciente sobre los pactos parasociales**

Los Protocolos de Familia forman parte del grupo de los denominados contratos parasociales. La materia específica del plazo de estos contratos ha sido mayormente tratada en la doctrina avocada al estudio de los pactos de sindicación de acciones, de la cual nos hemos nutrido para esbozar la tesis que luego cuestionaremos.

Actualmente, es conteste la doctrina en considerar que el plazo del contrato parasocial no es un motivo, en sí mismo, de nulidad del pacto, postura cimentada por el célebre fallo

“Sánchez, Carlos J. contra Banco de Avellaneda S. A. y otros”<sup>1</sup>, a la cual adherimos.

Asimismo, predomina la idea de que ningún pacto parasocial carece de un plazo extintivo cierto, sea porque su término se extrae de su contenido, sea por su cualidad de contrato parasocial-accesorio. La especial vinculación del contrato accesorio (el pacto parasocial) con el contrato principal (el contrato social), la dependencia del primero respecto del segundo, llevan a la noción de que, de no mediar un plazo expreso, el contrato accesorio goza del mismo plazo que el principal<sup>2</sup>.

Cualquiera sea el caso, se concluye que los pactos parasociales no deben ser cuestionados por la mayor o menor extensión de su plazo. En primer lugar, porque no existen normas prohibitivas en este sentido, por lo que se aplica el principio de reserva del artículo 19 de nuestra Carta Magna<sup>3</sup>. En segundo lugar, porque la Ley de Sociedades no ha fijado términos máximos de duración de las sociedades comerciales (contrato plurilateral) por excelencia y, como decíamos, principal respecto del pacto parasocial). Más aún, los usos y costumbres han consolidado la práctica de establecer un plazo de 99 años, lo que demuestra que el criterio seguido por Vélez Sarsfield en el Código Civil (en cuanto a restringir temporalmente los derechos de usar y gozar bienes con menoscabo del derecho de dominio pleno) no es trasladable al campo del derecho societario moderno<sup>4</sup>. Por último, se argumenta que muchos modos de instrumentar los pactos parasociales remiten a fórmulas legales que expresamente contemplan plazos notoriamente prolongados (verbigracia, e fideicomiso, la sociedad *holding*, el usufructo, etc.).

Esta elaboración cobra todavía mayor sentido en los Protocolos de Familia, cuya pretensión habitual –y razón de ser, en muchos casos– es la de perdurar tanto como lo haga la empresa y más allá de la subsistencia de sus ocasionales integrantes.

<sup>1</sup> C. N. Com., Sala C, 22 de septiembre de 1982, *La Ley*, 1983-B, p. 257.

<sup>2</sup> PEDROL, Antonio, *La Anónima actual y la sindicación de acciones*, Madrid Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p. 24; ROVIRA, Alfredo L., *Pacto de socios*, Buenos Aires, Astrea, 2006, p. 269; MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Sindicación de acciones*, Buenos Aires, Lexis-Nexis-Depalma, 2003, p. 87; SASOT BETES, Miguel A., SASOT, Miguel P., *Sociedades Anónimas. Acciones: bonos, debentures y obligaciones negociables*, Buenos Aires, Ábaco de Rodólf Depalma, 1985, p. 315.

<sup>3</sup> MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *ob. cit.*, p. 82.

<sup>4</sup> ROVIRA, Alfredo L., *ob. cit.*, p. 269.

### III. Nuestra opinión

Si bien comprendemos la utilidad y necesidad de los integrantes de una sociedad de familia de contar con un instrumento que los regule tanto tiempo como perdure su emprendimiento, debemos manifestar nuestros reparos a la tesis expuesta *supra*. La semilla de nuestras dudas fue plantada por el Dr. Zamenfeld, quien sugiriera la aplicación de la doctrina del fallo "Automóviles Saavedra S.A. contra Fiat Argentina S.A."<sup>5</sup> al supuesto en que no surgiera del pacto de sindicación de acciones un plazo determinado o determinable<sup>6</sup>.

Si bien este fallo discurría sobre un contrato de larga duración por tiempo indeterminado que contenía una cláusula expresa de rescisión unilateral, los principios que emanan de esta resolución se enmarcan dentro de una idea más amplia, aplicable a los contratos de larga duración en general. Según el fallo —y partiendo de la premisa de que en este tipo de contratos no debe confundirse la *estabilidad* con la *perpetuidad*— las relaciones obligacionales no pueden extenderse por un tiempo indefinido. Transcurrido un período razonable, el desistimiento unilateral debe ser una facultad de las partes aún cuando no se encuentre expresamente inserta, habida cuenta de que se trata de una *cláusula natural* de los contratos por tiempo indeterminado.

Esta premisa encontraría un primer escollo en los Protocolos de Familia ya que su carácter parasocial-accesorio nos inhibiría de referirnos a estos contratos como acuerdos por tiempo indeterminado. Aunque se encuentre omitido, su plazo surge del contrato principal: el contrato social.

Frente a esto, creemos apropiado poner en crisis esta noción tan arraigada según la cual el contrato principal comunica su plazo al contrato accesorio. Es obvio que éste no puede tener un plazo superior a aquél, pero ningún dispositivo legal nos obliga a considerar que todo contrato accesorio goza del mismo plazo que el contrato principal, salvo manifestación expresa en contrario. De hecho, es posible que el Protocolo de Familia actúe sobre diversas sociedades del grupo familiar, que pueden tener

<sup>5</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, 04 de agosto de 1988, "Automóviles Saavedra S.A. contra Fiat Argentina S.A.", *La Ley*, 1989-B, p. 1.

<sup>6</sup> ZAMENFELD, Victor, "Acerca del plazo en el contrato de sindicación de acciones. Reflexiones a propósito del caso 'Bul'", *Doctrina Societaria Errepar*, n° 120, noviembre de 1997, Tomo IX, p. 520.

términos diferentes de duración o, incluso, sobre sociedades que aún no han nacido.

Por tanto, parece aventurado descartar sin más la inclusión del Protocolo de Familia dentro de los contratos por tiempo indeterminado, siempre, por supuesto, que no tenga un plazo de extinción expreso.

Aun si aceptáramos que todos los contratos parasociales tienen un plazo de duración, ello no obstaría a que propongamos la perentoriedad del vínculo que une a los contratantes. Creemos encontrar un hilo conductor entre los contratos de duración por tiempo indeterminado y los contratos con plazos excesivamente extensos<sup>7</sup>. La razón que da pie, en definitiva, a la tesis de la rescisión unilateral se encuentra en la no perpetuidad de los vínculos obligacionales, principio de acuerdo con el cual las relaciones creditorias no pueden durar indefinidamente.

Si bien es público y notorio que las sociedades por 99 años son aceptadas cotidianamente, ello no implica evadir su cuestionamiento<sup>8</sup>. A la luz del principio de no perpetuidad de las relaciones obligacionales, establecer un plazo de 99 años es un eufemismo de la infinitud del vínculo. Tal eufemismo es sorteable en las sociedades de capital, en las cuales el socio, en teoría, puede retirarse de la sociedad con la cesión de su participación en el mercado. Pero nada de ello sucede en otros tipos societarios.

Mucho más dudosa, es la legitimación de plazos de esa naturaleza en los contratos parasociales. Es claro que su accesoriidad para con el contrato de sociedad, y sus afinidades en cuanto a su naturaleza de contrato plurilateral-asociativo, nos imponen considerar las normas de la Ley de Sociedades, y la interpretación y aplicación que se ha hecho de las mismas. Pese a ello, el contrato parasocial no es el contrato social, y no está

<sup>7</sup> A pesar de la base fáctica sobre la cual resolvió, nuestro Tribunal Supremo relacionó ambas nociones al afirmar: "Claro que las partes podrían haber convenido un contrato de duración indefinida, o de una duración de 100 años, pero no lo han hecho porque estipulaciones de esta índole seguramente serían tachadas de abusivas o contrarias a los principios que se invocan para defender lo contrario" (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 04 de agosto de 1988, "Automóviles Saavedra S.A. contra Fiat Argentina S.A.", *La Ley*, 1989-B, p. 14).

<sup>8</sup> En este sentido, se ha postulado que una sociedad con tal plazo de vigencia importa una sociedad sin término (HALPERIN, Isaac, OTAEGUI, Julio C., *Sociedades Anónimas*, segunda edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Depalma, 1998, p. 104).

sometido ineluctablemente a las reglas de las sociedades comerciales. No debe subestimarse el hecho de que el pacto parasocial no ofrece una salida al modo de las sociedades de capital. Es decir, el socio (y sucesores universales, si se considera que éstos ocupan el lugar del causante en el contrato, cuestión también debatible) que se compromete por 99 años, no tiene manera de evadir el compromiso, salvo incurriendo en incumplimiento y sometiéndose a una acción de daños y perjuicios por parte del resto de los contratantes.

Los pactos parasociales no pueden ser perfeccionados de manera tal que supongan un compromiso vitalicio o excesivamente extenso para los contratantes. Esta línea es la que parece abrirse camino en la legislación comparada, en la cual se tiende a fijar plazos máximos de duración<sup>9</sup>. Es también la idea que manifiesta alguna doctrina, preocupada porque los pactos tengan un término de duración razonable y determinado<sup>10</sup>, restringiéndoselo al máximo legalmente posible en caso de un término excesivamente extenso que vicie su validez<sup>11</sup>. Esta idea, también, fue acogida por el Anteproyecto de Modificación a la Ley de Sociedades Comerciales del año 2003 (a cargo de los Dres. Anaya, Bergel y Etcheverry), que fija en 5 años el plazo de duración de los convenios parasociales.

En definitiva, es nuestro parecer que el principio de no perpetuidad de las relaciones obligacionales es aplicable a los Protocolos de Familia, sea éste por tiempo indeterminado, sea por tener fijado un plazo extenso de duración<sup>12</sup>. Si en el contrato se fija un plazo, o éste se extrae del término del contrato social al cual accede, el principio de no perpetuidad ingresa en consideración si cualquiera de ellos es excesivamente prolongado. Si, en cambio, el contrato fuera considerado por tiempo indeterminado,

<sup>9</sup> Así, en Italia, el artículo 2341 bis del Código Civil dispuso un término de duración de 5 años; en Uruguay, el artículo 331 de la Ley de Sociedades Comerciales n° 16.060 fijó un plazo de 15 años; en Estados Unidos la *Model Business Corporation Act* estableció un término de duración de 10 años para los *voting trust* (sección 7.30) y los *shareholder's agreements* (Sección 7.32. b).

<sup>10</sup> VERON, Alberto V., *Tratado de las sociedades anónimas*, Tomo II, Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 248.

<sup>11</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho Societario*, Tomo 5, Buenos Aires, Heliasta, 1997, p. 444.

<sup>12</sup> En igual sentido, mas respecto de los sindicatos de voto: PÉREZ MORIONES, Aránzazu, *Los sindicatos de voto para la Junta General de Sociedad Anónima*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1996, p. 400.

también se aplica el principio de no perpetuidad, en virtud de la doctrina emanada del fallo "Saavedra". En ambos supuestos, el contratante podrá retirarse del contrato transcurrido un período razonable, sin necesidad de incurrir en incumplimiento de sus obligaciones<sup>13</sup>.

#### IV. Efectos de la tesis propuesta

De aceptarse la tesis sostenida *supra*, analicemos las consecuencias de la misma.

Sin perjuicio de reunir bajo el principio de no perpetuidad a todos los Protocolos de Familia, debemos efectuar una distinción. Cuando analizamos un contrato de duración por tiempo indeterminado, la cuestión se resuelve analizando la forma y circunstancias en que se ha ejercido la facultad extintiva unilateral. Es decir, no debe indagarse la legitimidad del plazo, sino sólo la conducta rescisoria de los contratantes.

En este sentido, recordemos que en el fallo "Saavedra" se estableció la doctrina de los *dos tiempos* que deben ser respetados para no considerar abusivo el desistimiento. El primero de ellos refiere a que la rescisión debe producirse en un plazo tal que le conceda la oportunidad al contratante de amortizar su inversión y obtener un lucro razonable. El segundo tiempo refiere al preaviso que debe conceder el contratante que rescinde, a los efectos de no producir un daño y permitir al rescindido reacomodar su situación.

Con respecto al primero, al hablar de *amortizar la inversión* y de *lucro razonable*, parecerían fórmulas mucho más cercanas a contratos bilaterales al estilo de la concesión, el *franchising*, el contrato de distribución, etc., que a los Protocolos de Familia. Estos contratos tienen un fin asociativo, en el cual las partes se reúnen para obtener un fin común. Por tanto, se debe efectuar

<sup>13</sup> En tal sentido, Rovira abre la posibilidad del retiro cuando expresa: "En función de lo expuesto, no se advierte cuál puede ser el fundamento para criticar pactos de voto que duren noventa y nueve años, en concordancia con el plazo fijado de duración de la sociedad a la cual se refieran. Por otra parte, si tal plazo se considerara excesivo, lejos de ser causal de nulidad del pacto, podría justificar el derecho de los sindicatos a renunciar a él: es, en suma, el argumento que subyace en las legislaciones comparadas que imponen plazos prorrogables, con derecho de retirarse en caso de disconformidad" (ROVIRA, Alfredo L., *ob. cit.*, p. 270).

un análisis integral de los términos contractuales, del objeto, del contenido económico involucrado (si lo tiene y es mensurable) y, fundamentalmente, de la causa que convinieron los socios, y que motivara su asociación. De allí, podrá extraerse la razonabilidad del plazo de vigencia transcurrido que pueda dar lugar al retiro del contratante, a la luz de principios generales tales como la prohibición del abuso del derecho (artículo 1071 Código Civil) y la buena fe (artículo 1198 CC). Vale traer a colación en este sentido que el artículo 1739 CC, determina que los socios de una sociedad civil constituida por tiempo indeterminado tienen la facultad de retirarse en cualquier momento, siempre que su renuncia no sea de mala fe o intempestiva.

Con respecto al tiempo de preaviso, también deberá analizarse cada Protocolo de Familia en concreto. Si bien se han elaborado algunas pautas<sup>14</sup>, lo fundamental es tomar en consideración que el deber de preavisar es una derivación del principio general de la buena fe (artículo 1198 CC), que prohíbe los comportamientos intempestivos y sorpresivos, contrarios a la confianza y cooperación propias de una relación contractual de esta naturaleza<sup>15</sup>. El preaviso debe ser suficiente para que el contratante pueda adoptar las medidas necesarias para proteger sus intereses ante la extinción del contrato<sup>16</sup>, o la continuidad sin el integrante que se ha retirado<sup>17</sup>.

En su lugar, ante un plazo determinado (por ser fijado en el contrato o por remisión al del contrato social) se debe inicialmente establecer la validez o invalidez del mismo. Si su excesiva prolongación, considerada a la luz de la no perpetuidad de las relaciones obligacionales, lleva a la conclusión de formular su nulidad, cabe indagarse sobre los efectos de la misma. En este

<sup>14</sup> Lorenzetti refiere algunas de ellas: 1. A mayor tiempo de duración del contrato corresponde mayor plazo de preaviso; 2. Cuanto mayor sea la magnitud de la empresa, mayor plazo de preaviso; 3. El preaviso debe ser tal que permita al rescindido "reacomodarse" en su negocio (LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, Tomo I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1997, p. 567).

<sup>15</sup> PITA, Enrique M., PITA, Juan M. *Código de Comercio. Comentado y anotado*, Adolfo A. N. Rouillon (director), Tomo II, Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 743.

<sup>16</sup> KLEIN, Michele, *El desistimiento unilateral del contrato*, Madrid, Civitas, 1997, p. 191.

<sup>17</sup> En este sentido, el Anteproyecto de Modificación a la Ley de Sociedades Comerciales del año 2003 (a cargo de los Dres. Anaya, Bergel y Etcheverry), dispone que en los supuestos de indeterminación del plazo de un contrato parasocial, las partes pueden *receder* con un preaviso de 6 meses.



sentido, en principio, es postulable la aplicación del artículo 1039 CC, esto es, la nulidad parcial del contrato, manteniéndose la vigencia del resto de las disposiciones del acto. Cabrá, entonces, a quien toque, dirimir la cuestión determinar si el plazo transcurrido desde el comienzo de vigencia del contrato es suficiente para permitir el retiro del contratante o no.

## V. Reflexión final

Es claro que la tesis que se sostiene atenta contra la idea de mantener cohesionado un grupo familiar por décadas o generaciones. Sin embargo, frente a esa anhelada unidad o cohesión también debemos contemplar la situación del socio que, por hallarse en minoría, se encuentra sometido *in eternum* a la porción mayoritaria de la familia.

Son ciertas las bondades del Protocolo de Familia como instrumento armonizador del grupo, pero también lo es que el paso de los años puede erosionar la confianza y la unidad que los familiares tenían inicialmente. Pensemos, por ejemplo, que en el Protocolo de Familia se puede prever un pacto de voto sobre la designación de los administradores, o la dirección que debe tomar el desarrollo de la empresa, o sobre la política de distribución de dividendos, o muchísimas otras decisiones que adoptará la mayoría en el Protocolo de Familia y que le impondrá al familiar minoritario (quien no podrá hacer uso de su voto en la sociedad en forma distinta a lo resuelto en el contrato parasocial, so pena de responder por los daños y perjuicios).

Si bien los pactos se firman para ser cumplidos y son ley para las partes, no es ilógico exigir la renovación de tamaño compromiso transcurrido un plazo razonable, lo que hace a esa supuesta cohesión y unidad de objetivos que debe primar a la hora de celebrar un Protocolo de Familia.