

## **EL PROTOCOLO FAMILIAR**

*Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Escribanos de Capital Federal*

### **Síntesis del contenido**

Importancia y características de la Empresa Familiar. Concepto de Protocolo Familiar. Objetivo del Protocolo Familiar. Contenido del Protocolo Familiar. Posibles mecanismos de instrumentación del Protocolo Familiar. Posibles cuestionamientos respecto a la implementación del Protocolo Familiar. Conclusiones.

### **Desarrollo**

Gran parte de las empresas que existen hoy en el mercado son las llamadas empresas familiares, donde la complejidad se encuentra dada por la interacción entre los roles familiares y los roles empresariales. Al representar alrededor del setenta por ciento de las empresas que funcionan en nuestro país, y que desarrollan alrededor del setenta por ciento del producto bruto interno, nos detenemos hoy a investigar las causales por las cuales éstas tienden a desaparecer; ya que, por un lado, generalmente se superponen los roles que antes mencionamos y, por otro, nuestra legislación no posee régimen diferencial al de las sociedades de capital o grandes empresas. Nuestra preocupación se encuentra centrada en lograr que la empresa familiar permanezca en el tiempo y que, a pesar de la sucesión familiar, dicha empresa pueda seguir en marcha.

Se trata de empresas en las cuales la propiedad y la dirección se encuentran en manos de uno o más miembros de un mismo grupo familiar y existe intención de que la empresa siga en propiedad de la familia. Se dan una serie de características o circunstancias que permiten identificarlas, tales como la existencia de un grupo familiar que posea la mayoría de su capital social, que ejerza el control y gestione la misma y que haya una vocación de continuidad de la

actividad en el seno de dicho grupo familiar, incorporando a las generaciones posteriores.

Cuentan con una serie de dificultades propias, como son: la incorporación de socios externos; la venta de acciones propias; la carga financiera para la recompra de acciones familiares; los conflictos originados por mezclar propiedad del capital con capacidad de dirección; la posición de personas no calificadas en puestos directivos; las incoherencias retributivas entre familiares y no familiares; la no incorporación de nuevas tecnologías; las relaciones interfamiliares e intrafamiliares conflictivas; los distintos intereses entre partes de la familia; las dificultades de relación entre gestores y familiares.

Pero también se caracterizan por valerse de determinadas fortalezas, a saber: mayor grado de compromiso y dedicación con el negocio; mayor grado de autofinanciación y reinversión de beneficios; mejor orientación al mercado (forma particular de hacer las cosas); mayor vinculación con los clientes; comportamiento más entusiasta de los trabajadores (patriarca); afán de superación y capacidad de progreso por alta motivación del fundador; flexibilidad competitiva.

Con el fin de establecer las reglas básicas de la relación entre la empresa y la familia, tanto para los socios actuales como para las futuras generaciones, consideramos que es sumamente beneficioso establecer un protocolo familiar. Se trata de un documento donde se plasman los pactos suscriptos voluntariamente por los socios que guardan vínculos familiares, respecto de una sociedad no cotizada; y tiende a regular las relaciones familiares y empresariales que afectan a la entidad. Constituye una respuesta que ofrece la praxis jurídica para prevenir la problemática que plantea la titularidad, sucesión y gobierno de la empresa familiar.

Tiene como objetivo lograr una comunicación fluida y un consenso en la toma de decisiones, que facilita el relevo generacional. Pero debemos advertir que por sobre todo se trata de un *documento de la familia* que permite reflejar los valores, las tradiciones y los sentimientos de quienes los suscriben; por lo cual dicho acuerdo debe ser suscripto luego de haber elaborado un trabajo emocional, jurídico, psicológico y económico con la familia.

Se trataría como un verdadero código de conducta donde se establecen los objetivos y las reglas de funcionamiento de la empresa, así como la actuación de sus miembros, la participación de sus acciones sociales, la reglamentación a los accesos de los puestos de trabajo, la

retribución a los empleados familiares, el establecimiento de foros de comunicación familiares, así como las reglas de resolución de conflictos.

El contenido del protocolo familiar será de gran utilidad para todos aquellos que integran la empresa familiar, ya que sabrán de antemano todo lo relativo a ésta y a su funcionamiento.

Para lograr dicho cometido debe tratar ciertos temas. Entre ellos: el por qué de ese protocolo; los valores comunes a mantener; la filosofía sobre los negocios familiares; el desafío como empresa y como familia; las formulaciones estratégicas: visión, misión, objetivos y estrategia; el Consejo de Familia; el directorio; los sistemas de dirección: de evaluación, de remuneración, de planeamiento y control; la transferencia de acciones; el criterio para el ingreso de nuevos familiares.

En general, los protocolos incluyen estos temas en sus distintas partes que pueden estar divididas del siguiente modo. En primer lugar el Preámbulo, donde se exponen las razones por las que se firma el documento y las expectativas de continuar con el negocio. Los artículos morales o "pacto de caballeros", que definen la filosofía familiar a partir de los orígenes de la empresa, misión, visión, valores y estrategia para sostener esa identidad a futuro. La regulación contractual, basada en artículos que establecen los distintos modos de interacción de los miembros de la familia, órganos de gobierno y demás puntos a cumplir por cada uno de los miembros de la familia empresaria. Por último, las modificaciones del estatuto, donde se establecen las correcciones que hará falta realizar en el estatuto, para que no entre contradicción con el protocolo familiar.

Dentro de la regulación contractual, y desde el punto de vista jurídico en el que nos estamos basando, es indispensable prever las cláusulas limitativas a la transmisibilidad a las participaciones sociales desde los distintos aspectos, a saber: la incorporación y el retiro de los miembros de la familia, entendiéndose el ingreso de los consanguíneos, su evaluación y remuneración, la posibilidad de ingreso a los parientes políticos y si pueden acceder a cargos o no, el retiro del miembro de la familia y la renuncia a la empresa, los requisitos cualitativos para el ingreso del familiar, entendiéndose por su formación y sus conocimientos. Los sistemas de remuneración que implementará la empresa y, por sobre todo, la planificación de la sucesión del representante legal de la empresa, así como la elección del posible sucesor.

También se deberá prever el plan de negocios y los órganos de funcionamiento. En el caso del Consejo de Familia, tienen que preverse los criterios para su conformación, el aseguramiento de la presencia efectiva de la minoría, el establecimiento de regímenes de mayoría agravada para determinados temas, la incorporación de parientes en las funciones laborales, y la posibilidad de acceso de terceros, que tengan conocimientos y capacitación requerida para el desarrollo de la sociedad. Otro tema indispensable es el que respecta a los modos de financiamiento de la empresa, ya que frente a la necesidad de financiamiento se podría contrariar el acceso de un inversor externo, con lo cual se produciría una desventaja económica para el desarrollo empresarial por cumplir con la formalidad familiar.

También encontramos en pugna las opciones de venta preferente de la participación societaria frente al principio de preservación de la familia. Una forma posible de prevención de este problema, sería la creación de fondos especiales destinados a la solución de conflictos. Debiendo preverse las opciones de salidas voluntarias para evitar que la empresa familiar se convierta en una "jaula de oro" para sus accionistas. Debiera detallarse también los modos de valoración de la participación social y sus revisiones periódicas; así como el régimen de multas y sanciones frente a los incumplimientos al pacto. También se pueden generar conflictos en el caso en que no se puedan distribuir dividendos, frente a la remuneración de los accionistas que trabajan en la empresa.

Al tratarse de un elemento flexible, se tendrán en cuenta las necesidades de cada una de las empresas y las necesidades cada una de las familias que las conforman. Dando siempre la opción a la solución del conflicto mediante un sistema de mediación y arbitraje obligatorios.

Sin perjuicio de contar con los órganos que establece la Ley de Sociedades Comerciales, el protocolo familiar puede crear el Consejo de Familia y las modificaciones necesarias para su preservación en el tiempo. Por otro lado, puede conformar una Junta de Parientes, integrada por toda la familia para que cada miembro manifieste sus inquietudes.

Respecto a la forma en que se instrumentará el protocolo familiar, podemos comenzar comentando lo preceptuado por el Real Decreto Español 171/2007, del 9 de febrero de este año; por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares.

De menos a más, en razón de su eficacia, prevé, en primer lugar, la mera constancia de la existencia de un protocolo, con referencia a

sus datos identificativos y no a su contenido, en el asiento de inscripción. En segundo término, el depósito del protocolo o parte de él, con ocasión de la presentación de las cuentas anuales, que exigirá su constancia en documento público y que en ningún caso podrá afectar a la organización de la sociedad según conste inscrita en el Registro Mercantil. El documento depositado deberá ser relevante sólo a efectos del buen gobierno de la sociedad familiar. Finalmente, prevé su inscripción de manera en que conste en el Registro Mercantil la escritura pública de elevación a público de los acuerdos sociales que contenga, en ejecución del protocolo y con mención expresa del mismo.

En nuestro país el protocolo familiar no se encuentra legislado aún, pero sin perjuicio de ello, podríamos comenzar a utilizarlo mediante distintos mecanismos.

Fundamentalmente nosotras propiciamos la creación del protocolo familiar consensuadamente por el fundador y todos los socios, instrumentados por escritura pública e inscripto como reglamento interno de la sociedad regularmente constituida; tal como dice nuestra Ley de Sociedades en la segunda parte de su artículo quinto, "...si el contrato constitutivo previese un reglamento, éste se inscribirá con idénticos recaudos...". Con lo que, la inscripción del protocolo familiar como reglamento de la sociedad trae una serie de beneficios para ella, para los socios y para los terceros, ya que al estar inscripto en el Registro Público de Comercio será oponible a los terceros desde el momento de su inscripción y podrá ser consultado en forma pública. Este protocolo familiar inscripto podría ser desventajoso para la sociedad, puesto que los terceros podrían tomar conocimiento de las situaciones familiares y empresariales que le afecten. Por ello entendemos que es uno de los modos, pero no el único.

Otra manera es poder insertar sus cláusulas en el estatuto de la sociedad. Podríamos lograrla mediante la limitación a la transmisibilidad de las cuotas teniendo en cuenta las cláusulas de agrado o aditamento; cláusulas de ejercicio del derecho de preferencia en la compra de las participaciones sociales; cláusulas en las que se requieran una política de la transmisión inter vivos o mortis causa, basadas exclusivamente en las razones de consanguinidad, plasmadas en el protocolo familiar. Y en cuanto a las asambleas, insertar cláusulas de agravamiento del quórum y de las mayorías para la decisión de determinados actos societarios donde se requiera la aprobación con una mayoría agravada a la prevista por la ley. Podría también plasmarse en el estatuto el modo de elección del directorio dentro de

las pautas familiares, así como su remuneración fija, variable o mixta, debiendo prever, en caso de renuncia o ausencia, su sucesión, sin que altere el orden público societario. Asimismo, podríamos incluir cláusulas referentes a la distribución de dividendos, haciendo referencia a las distintas opciones que puede prever el fundador, tales como la existencia de un dividendo mínimo para que no exista desventaja entre el accionista familiar y el director familiar con su remuneración asignada. Podríamos también insertar cláusulas contractuales de disolución anticipada de la empresa frente al incumplimiento de cualquiera de las cláusulas imprescindibles desde el orden moral, ético, familiar o legal.

Hasta ahora hemos visto dos posibles inserciones del protocolo familiar que traerían la oponibilidad frente a terceros por su propia registración, es decir, mediante la inscripción del reglamento o por medio de cláusulas obrantes en el estatuto. Sin embargo, podríamos encontrar distintas alternativas para determinadas situaciones, llámese la toma de decisiones a través de los pactos de sindicación, que permitiría el desarrollo del protocolo familiar en forma interna entre los miembros sin que los terceros tomaran conocimiento. Como contrapartida tenemos que no perdura en el tiempo, y que su incumplimiento no afecta la evolución de la empresa familiar.

Otra alternativa la encontraríamos frente a los tan mentados fideicomisos, puesto que nos permitiría la sustitución fideicomisaria como alternativa de situaciones de incapacidad de algún sucesor o bien para lograr el derecho al usufructo. Sin embargo, entendemos que uno de los objetivos del protocolo familiar es la solución de la sucesión empresarial, para lo cual, al transmitir la empresa en fideicomiso no podríamos delegar el cargo de director a uno de sus hijos, ya que al ser fiduciario no podría ser fideicomisario.

Otra alternativa que se había esbozado en la Reunión de Institutos de Derecho Comercial, es la posibilidad de inserción de cláusulas en las que se contemple la indivisión forzosa prevista en los artículos 51 a 56 de la ley 14.394. En los que se establece que podrá imponerse a los herederos la indivisión de los bienes hereditarios por un plazo no mayor de diez años. Tratándose de un establecimiento comercial o industrial que constituya una unidad económica, el cónyuge supérstite que lo hubiere adquirido o formado en todo o en parte, podrá oponerse a la división del bien por un término máximo de diez años. Tratándose de una unidad económica donde existan menores, la indivisión podrá extenderse hasta que todos los herederos sean mayores de edad.

Otra modalidad sería a través de la designación de una albacea testamentaria. Pero, por otro lado, se permitiría preservar la empresa familiar a través de la posibilidad de la aceptación de la llamada "cautela socini". Mediante la cual se transmitiría el usufructo sobre la totalidad de los bienes que componen la herencia al cónyuge del causante, y la nuda propiedad a sus hijos por partes iguales; quienes pueden optar por rechazarla manifestando que se afecta la legítima, y cobrar sólo lo que ella establece, o consentir este gravamen, siendo premiados con la porción disponible en forma proporcional.

Frente a ello en nuestro país nos encontramos con un régimen de legítima totalmente desactualizado para los esquemas familiares actuales, con un porcentaje demasiado estricto. También existen detractores de la idea del protocolo familiar, por cuanto podrían suponer que la existencia del negocio societario implica una simulación o un fraude a la ley, por el simple hecho que afecta la legítima, por cuanto al poseer la familia todos los bienes dentro de una sociedad comercial familiar, los herederos recibirían participaciones sociales al momento de la sucesión; con lo cual lo obligarían a mantener un patrimonio sujeto a las reglas de administración, disposición y transmisión que contrarían las normas de protección de la legítima hereditaria (Despacho A XIII Jornadas de Derecho Civil). Sin embargo entendemos que sólo podría alegarse la inoponibilidad de la sociedad de acuerdo al artículo 54 de la Ley de Sociedades, cuando no existiera una unidad económica empresarial operativa, y sea meramente un recurso que encubra fines extrasocietarios.

Por otro lado, el derecho societario se contrapone con el derecho civil, pero en este caso, ambos se contraponen con la voluntad de las partes que componen la empresa familiar, puesto que en caso de que no hubiere conflicto entre la familia, es decir entre el fundador y sus herederos, éstos debieran celebrar los pactos que estimen necesarios para la mejor prosecución de la empresa familiar. Toda vez que ésta para ellos no es simplemente una explotación económica, sino que en la mayor parte de los casos se trata de una parte importante de las relaciones familiares, donde se mezclan los aspectos personales y familiares.

Por lo tanto, luego de todo lo expuesto y atento a la importancia que posee la empresa familiar en el desarrollo económico mundial, representando casi el setenta por ciento del producto bruto interno, otorgando el setenta por ciento de los puestos de trabajo o de la actividad privada, y en nuestro país, el noventa y cinco por ciento de

la comercialización; entendemos que es el momento en que debemos cuidar y proteger a las empresas de familia para que subsistan y se perpetúen en el tiempo, evitando la desaparición empresaria que muchas veces conlleva a la desaparición familiar. Por eso entendemos que a la empresa familiar debemos dotarla de todos los elementos que le permitan su desarrollo y su continuidad, teniendo como mira el objetivo final, que es su trascendencia más allá de la existencia misma del fundador. Para ello debemos desestructurar algunos conceptos jurídicos insertos en nuestros códigos, así como institutos que pueden contraponerse a la autonomía de la voluntad del fundador y su familia, quienes quieren disponer de sus afectos e intereses de una forma determinada. Por lo cual entendemos que el protocolo familiar es una herramienta en estado de gestación en nuestra doctrina, por lo que abogamos a que se fomente desde las distintas áreas su implementación, y que, de un modo interdisciplinario podamos proveerle al empresario las herramientas necesarias para que su empresa de familia pueda expandirse y, a su vez, trascender temporalmente.

## Bibliografía

- AZPIRI, Jorge Osvaldo, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, t. C, "Sociedad de familia", La Ley, Bs. As., 1979.
- DODERO, Santiago, *El secreto de las empresas familiares exitosas*, El Ateneo. Bs. As., 2002.
- DUCOS, María Marta y ULLOA DE PORRUA, Elisa, *Empresa familiar agropecuaria*, Eudeba. Bs. As., 2003.
- GALIMBERTI, María Blanca, *Cuestiones actuales de derecho societario*, "Empresa de familia. Sobrevivencia y rol en el siglo XXI". Errepar. Bs. As., 2005.
- "Revista Notarial 950". "9º Congreso Notarial Español", ps. 395 a 397. 2005.
- STRATTA, Alicia Josefina y STRATTA DE DAVID, María Victoria, *La sociedad comercial ante el tercer milenio* Tomo I, "La empresa familiar organizada bajo forma societaria, Ediciones UADE, Bs. As., 1998.
- THORNTON, Ricardo, *La empresa familiar agropecuaria en la era postmoderna*, De los Cuatro Vientos, Bs. As., 2005.



- VERON, Alberto Víctor, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, t. C, “Sociedad anónima de familia en formación”, *La Ley*, Bs. As., 1979.
- VITOLLO, Daniel Roque, *Derecho societario y de la empresa*, t. I, “V Congreso de Derecho Societario”, “Sociedades anónimas cerradas y empresa familiar”, *Advocatus*, Cba., 1992.

### Jornadas informativas

- “XIII Jornadas de Derecho Civil”
- “Reunión de Institutos de Derecho Comercial”
- “Taller de trabajo Propymes”, dictado en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires el 30 de Junio de 2007 por Carlos Kaplun.

### Páginas de Internet

- <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/familia/RD171-07.htm>
- <http://www.efamiliar.org/articulo/47/>
- [http://www.lasprovincias.es/valencia/prensa/20061112/economia/empresas-familiares-podran-inscribir\\_20061112.html](http://www.lasprovincias.es/valencia/prensa/20061112/economia/empresas-familiares-podran-inscribir_20061112.html)
- [http://www.cincodias.com/articulo/opinion/Pactos/familia/cdscdi/20070402cdscdiopi\\_5/Tes/](http://www.cincodias.com/articulo/opinion/Pactos/familia/cdscdi/20070402cdscdiopi_5/Tes/)
- [http://prensa.iefamiliar.com/show\\_release.html?id=338](http://prensa.iefamiliar.com/show_release.html?id=338)
- [www.argentacomunicacion.es/archivos/12-04-07-17-57-102.doc](http://www.argentacomunicacion.es/archivos/12-04-07-17-57-102.doc)
- [http://www.laempresafamiliar.com/rincon\\_del\\_experto/articulos\\_juridicos/view.php?ID=9](http://www.laempresafamiliar.com/rincon_del_experto/articulos_juridicos/view.php?ID=9)
- empresas familiares, Legar FB
- <http://ar.news.yahoo.com/s/24052007/44/n-business-empresas-familiares-preocupadas-sucesi-xf3-n.html>
- [http://www.dinero.com/wf\\_InfoArticulo.aspx?idArt=29586](http://www.dinero.com/wf_InfoArticulo.aspx?idArt=29586)
- <http://www.portalbioceanico.com.ar>
- <http://www.laempresafamiliar.com/abc/definicion9.html>
- <http://www.todomediacion.com/?q=node/62>
- <http://www.infomipyme.com/Docs/GT/Offline/inicioempresa/empfam.htm>
- [http://www.astureco.com/articulos.php?modulo=ver\\_articulo&id=17](http://www.astureco.com/articulos.php?modulo=ver_articulo&id=17)
- <http://www.bufeteconesa.com/espanol/r1.php?sent=1&nrev=108&ncap=7>

- <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/200703-654648645654.html>
- [http://www.laempresafamiliar.com/guies/guia\\_pyme.html](http://www.laempresafamiliar.com/guies/guia_pyme.html)
- <http://canales.elcomerciodigital.com/empresa/experto/060326.htm>
- <http://www.cincodias.com/articulo/opinion/publicidad/protocolos/familiares>
- [http://prensa.iefamiliar.com/view\\_manager.html?root=372,511](http://prensa.iefamiliar.com/view_manager.html?root=372,511)
- <http://civil.udg.edu/tossa/2004/textos/pon/2/cgl.htm>