

PROPUESTA PARA EL USO EFICIENTE DEL PROTOCOLO DE FAMILIA EN EL URUGUAY

POR INÉS PAYSSÉ TERRA¹

Sumario

El Protocolo de Familia es un acuerdo de partes por el cual se fijan reglas para el funcionamiento de la empresa familiar.

No se encuentra específicamente regulado por el derecho uruguayo, por lo que constituye un contrato atípico. Le son aplicables todas las normas de los contratos y está sujeto a todos los requisitos de validez de los mismos. Puede abarcar temas que interesan al Derecho Comercial, al Derecho de Familia, al Derecho Sucesorio, no pudiendo vulnerar la normativa de orden público de cada una de estas ramas del derecho. No podrá por lo tanto vulnerar las asignaciones forzosas ni la prohibición de celebrar pactos de sucesión futura.

Actualmente no es oponible ni a la sociedad ni a los terceros, salvo en la hipótesis de Protocolo de Familia suscrito únicamente por los accionistas de una sociedad anónima y que cumpla con los requisitos de oponibilidad de los acuerdos de sindicación.

Se propugna su regulación por el Derecho uruguayo, la posibilidad de que el mismo sea oponible a la sociedad y a los terceros en general mediante su inscripción en el Registro y el establecimiento de una excepción a la prohibición de celebrar pactos de sucesión futura para la transmisión de cuotas sociales o acciones en una empresa familiar a través del Protocolo de Familia.

¹ Integrante del Grupo de Investigación de Derecho Societario (GDS) de la Universidad de Montevideo-Uruguay.

1. Razón de ser del Protocolo de Familia (PF)

En el Uruguay, tal como sucede a nivel mundial, la mayor parte de las empresas son *empresas familiares*.

No existe en el Derecho Positivo Uruguayo una definición de empresa familiar.

Las definiciones elaboradas por la doctrina sobre empresa familiar giran en general en torno a la existencia de las siguientes características: 1) debe tratarse de una empresa; 2) esta empresa puede ser de tipo unipersonal o puede adoptar cualquier forma de sociedad comercial, incluso ser una sociedad de hecho; 3) la propiedad y la dirección de la misma deben estar a cargo mayoritariamente de una misma familia; 4) debe existir una intención de transmisión de la empresa a las próximas generaciones; 5) la empresa familiar no tiene por qué ser pequeña o mediana.

Las empresas familiares cuentan con varias ventajas como ser la existencia de intereses comunes, la confianza, la buena comunicación, la existencia de una autoridad reconocida, ventajas éstas que les permiten ser sumamente exitosas en sus inicios.

Sin embargo, tales ventajas se pueden convertir luego en desventajas o *trampas*²: se producen problemas para lograr la armonía y el trabajo en equipo, para determinar la asignación de dividendos, falta un liderazgo empresarial definido, se confunde el hecho de ser propietario y el de tener capacidad para dirigir, se confunden los flujos económicos de la empresa y la familia, se confunden los lazos de afecto propios de la familia con los lazos empresariales y se retrasa la sucesión.

Ello lleva a que las empresas familiares deban enfrentar una mayor vulnerabilidad y problemática en contraposición a las empresas no familiares.

Tales peculiaridades han llevado al impulso, especialmente en Estados Unidos³ y Europa⁴, de los llamados Protocolos de Familia.

2. Concepto y Características del Protocolo de Familia

El PF se propugna como elemento de prevención, el cual al ser suscrito en general en un momento de paz, previene even-

² Gallo, Miguel Ángel. *La empresa familiar: fortalezas y trampas*, Editorial Civitas, Madrid, 1995.

³ *Family agreement, family protocol*.

⁴ Especialmente en España.

tuales conflictos, regula situaciones de posible enfrentamiento e intenta armonizar empresa y familia logrando un equilibrio y teniendo en general como fin la armonía familiar.

El Protocolo de Familia ha sido definido como *“Un conjunto de reglas fijadas por la familia en el seno de la asamblea familiar, que determinan aspectos relativos a la forma como se desarrollarán las relaciones entre la familia y los distintos órganos, las funciones que desarrollarán las instituciones, los procedimientos a seguir para llegar a un acuerdo en la toma de decisiones, los valores esenciales e intrínsecos de la familia y las estrategias que encauzarán el devenir empresarial.”*⁵

El PF debería tener un contenido amplio, abarcando todos los temas que pueden generar conflictos entre sus integrantes, y especialmente:

- a) Normas referidas a la permanencia de la empresa en manos de la familia: restricciones a la transferencia de las acciones o participaciones sociales, derecho de adquisición preferente para los miembros de la familia, valuación de acciones (sindicato de bloque);
- b) Fijación de políticas de financiación y distribución de dividendos;
- c) Determinación de qué miembro de la familia tendrá mayor injerencia que otros en la dirección de la empresa, o determinación de mantener la dirección de la empresa en manos de un empleado no familiar (sindicato de mando-de voto);
- d) Compromiso de los miembros de la familia de otorgar capitulaciones matrimoniales antes de contraer matrimonio, o en caso de ya estar casados, compromiso de realizar el trámite de separación judicial de bienes;
- e) Reglas para el caso de divorcio de los miembros de la familia;
- f) Reglas referidas a la Sucesión de la empresa: en qué momento se realizará, quiénes accederán a la propiedad de la empresa y de qué forma;
- g) Capacitación requerida a los miembros de la familia que pretendan desempeñarse en la empresa;
- h) Creación de un Consejo de Familia;
- i) Inclusión de la figura de un mediador o amigable componedor;

⁵ Urbina Galiano, Liza, González Lilián, Peralta Clarena. *La empresa familiar ante el derecho de sociedades*, Pontificia Universidad Javeriana.

- j) Métodos para la solución de conflictos;
- k) Préstamos a familiares;
- l) Temas que refieren a valores y filosofía de la familia de que se trate.

Surge de este detalle que existe una amplia variedad de temas que el PF podría abarcar.

El PF podrá incluir también sanciones para el caso de su incumplimiento y normas sobre la posibilidad de su modificación.

Parte de estos temas tendrán que ver con situaciones exclusivamente referidas a la empresa en sí misma, e interesan a la mayoría de las empresas, más allá de su carácter de empresa familiar o no familiar. Así los puntos a), b) y c) son temas normalmente tratados en las empresas a través de acuerdos de sindicación. En cambio, los restantes puntos refieren a las peculiaridades de las empresas familiares.

Al Derecho Comercial interesa en especial lo que tiene que ver con los puntos a), b) y c) referidos, al Derecho de Familia lo que tiene que ver con los puntos d) y e) y al Derecho Sucesorio el punto f), por lo que surge ya esbozada la necesidad de coordinar estas distintas ramas del derecho para poder regular legalmente este instrumento.

3. Calificación Legal del Protocolo de Familia

Así como no existe en el derecho positivo uruguayo una definición, ni una regulación específica de empresa familiar, tampoco existe una regulación específica sobre el Protocolo de Familia.

El Protocolo de Familia es un contrato atípico, un acuerdo de voluntades, que obliga a las partes firmantes como la ley misma (artículo 1291 del Código Civil y artículo 209 del Código de Comercio).

Es un contrato plurilateral, ya que pueden intervenir más de dos partes y existen prestaciones convergentes, la causa no es la ventaja o provecho que le procura una parte a la otra sino que existe un obrar conjunto en aras de un beneficio común. Es un contrato plurilateral asociativo, en contraposición al contrato de cambio, ya que existe una unión hacia un fin común. Es además un contrato de tracto sucesivo.

En el caso de que la empresa se organice como sociedad, podremos decir además que el PF será un contrato accesorio del contrato de sociedad, cualidad que hará además de este contrato,

un contrato comercial. Y nos preguntamos en este caso, ¿será el PF un convenio de sindicación?

La Ley 16.060 de Sociedades Comerciales regula especialmente al convenio de sindicación en sede de sociedades anónimas⁶, artículo 331: “*Serán legítimos los convenios de accionistas sobre compra y venta de sus acciones, ejercicio de los derechos de preferencia y de voto o **cualquier otro objeto lícito.***”

La amplitud del posible objeto de los convenios de sindicación, así como el hecho de que los convenios de sindicación son (al igual que los PF) contratos plurilaterales, asociativos, de tracto sucesivo y accesorios, permite considerar al PF como convenio de sindicación, según el concepto del artículo 331 de la Ley 16.060.

Sin embargo, en el caso de que el PF esté suscrito no solo por los familiares socios, sino también por otros familiares no socios, como ser hijos, hermanos, sobrinos y otros parientes de los familiares socios, y la firma de estos familiares no socios actualmente, sea esencial para la efectividad del PF, no estaremos frente a un convenio de sindicación.

Así, puede darse el caso de una empresa familiar propiedad de dos hermanos, cuyos hijos no siendo actualmente socios, participan activamente de la dirección de la empresa, trabajan en la misma y necesariamente deben firmar el PF para que éste tenga sentido.

Consideramos que es de esencia de los convenios de sindicación que éstos sean suscritos por socios o accionistas de la sociedad en cuestión. En nuestra legislación el tenor de la ley es claro en lo que refiere a las sociedades anónimas: “*Serán legítimos los convenios de **accionistas...***” y luego “***Los accionistas contratantes...***”.

Podrá admitirse el caso de convenios de sindicación suscritos por no socios pero titulares de derechos de voto siguiendo a Alejandro Miller⁷, pero pensamos que en el caso de que el PF

⁶ En aplicación del artículo 16 y 20 del Código Civil se acepta también su validez para el caso de las sociedades personales, únicamente en lo que refiere a los dos primeros incisos del artículo 331 Ley 16.060. Véase Eva Holz, *Anuario de Derecho Comercial*, Tomo V, ps. 132 y 133.

⁷ “... entendemos que también tanto los acreedores prendarios como el usufructuario, o el arrendatario o el comodatario o el fiduciario o cualquier titular del voto en base a un negocio atributivo de tales derechos podrán conformar sindicatos de voto.” Miller, Alejandro. *Sociedades anónimas. Sindicación de Acciones*, p. 113.

sea suscrito por terceros que no sean titulares de derecho de voto, cuando es de esencia que estos terceros firmen el PF el cual debe alcanzar a toda la familia, no podremos calificar al PF de tales características como un convenio de sindicación.

La calificación del PF como convenio de sindicación o no tiene gran importancia práctica en cuanto a la posibilidad de su oponibilidad a la sociedad y a los terceros como veremos en los numerales 5) y 6) siguientes.

4. Validez del Protocolo de Familia

El PF es un contrato y como tal deberá respetar todas las normas de derecho privado aplicables a la validez de los contratos (capacidad, libre consentimiento, causa y objeto lícitos).

Dada la necesaria amplitud del PF, el cual regulará aspectos comerciales, aspectos familiares y sucesorios, será necesario considerar la normativa de orden público existente en el Derecho Comercial, Derecho de Familia y Derecho Sucesorio, normas que el PF no podrá contrariar de manera de no quedar afectado de nulidad.⁸

En el caso de PF que refieran a empresas organizadas como sociedades comerciales tampoco podrá vulnerarse lo establecido en el contrato de sociedad al cual acceden y no podrán ser contrarios al interés social, entendido éste como la maximización del valor de las acciones o partes sociales.⁹

5. Eficacia del Protocolo de Familia

Dado que el PF es un contrato, en principio obliga únicamente a las partes firmantes¹⁰, en función del principio de relatividad de los contratos. Es por lo tanto un contrato para-social, en el sentido de ser un contrato ajeno a la sociedad.¹¹

En el caso de PF celebrados entre socios o accionistas de una sociedad (y en su caso por los cónyuges pero solamente a

⁸ Artículo 8, Código Civil.

⁹ Miller, obra citada, p. 145.

¹⁰ Y a sus herederos de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1292 del Código Civil.

¹¹ Hablamos de la sociedad para el caso de la empresa organizada como sociedad.

efectos de quedar obligados en caso de fallecimiento del socio, en tanto no quedan obligados por el artículo 1292 del Código Civil como los herederos), y/o por titulares del derecho de voto, el PF podrá ser considerado un convenio de sindicación y en caso de estar en presencia de una sociedad anónima y cumplirse acumulativamente los requisitos establecidos en el artículo 331 citado¹², el PF perderá su carácter para-social y podrá ser oponible a la sociedad y a los terceros.¹³

En el caso de PF celebrados entre familiares socios y no socios (que no sean titulares del derecho de voto), siendo esencial al mismo la suscripción de los familiares no socios, el PF no es un convenio de sindicación. En este caso siempre estaremos en presencia de un contrato para-social, con eficacia entre partes, ya que no existe actualmente posibilidad de inscribir el mismo y otorgarle eficacia frente a la sociedad y frente a terceros.

En ambas hipótesis la eficacia del PF podrá ser complementada con el otorgamiento de un testamento, de una partición entre vivos, de capitulaciones matrimoniales, de un convenio de sindicación (en el caso del PF que no admite ser calificado como tal) o incluso mediante su incorporación a los estatutos de la sociedad.

6. Cumplimiento del Protocolo de Familia

6.1 Partes Firmantes

El PF válido y eficaz de acuerdo a lo establecido en el numeral 4) anterior deberá ser cumplido por los firmantes.

Normalmente el PF incluirá sanciones para el caso de incumplimiento del mismo, las cuales obligarán a las partes firmantes.

¹² *"Estos convenios no tendrán efectos frente a terceros excepto cuando: a) se entregue a la sociedad un ejemplar con las firmas certificadas notarialmente, b) se inscriba un ejemplar en el Registro Nacional de Comercio, c) se anote en los títulos accionarios o se haga constar en el libro de Registro de Acciones Escriturales".*

¹³ En cuanto a la oponibilidad del convenio a la sociedad parte de la doctrina entiende que no es necesario el cumplimiento acumulativo de los tres requisitos, sino que será oponible a la sociedad mediante entrega a la misma de un ejemplar con firmas certificadas.

6.2. Sociedad

En principio el PF no será más que un mero acuerdo entre partes, y la sociedad no estará obligada a hacer cumplir ni a respetar el PF por lo que **sus disposiciones podrán dejarse de lado por Resolución de Asamblea y hasta por el actuar del Directorio.**

En el caso de empresas familiares organizadas como sociedades anónimas y de PF suscritos únicamente por los socios de la sociedad (incluyendo cónyuges y no socios titulares de derechos de voto), de cumplirse acumulativamente los requisitos señalados del artículo 331 de la Ley 16.060, el PF será oponible a la sociedad, la cual deberá velar por su cumplimiento.

6.3. Otros Terceros

En principio el PF no será oponible a terceros, salvo el caso de empresas organizadas como sociedades anónimas y de PF suscritos únicamente por los socios de la sociedad (incluyendo cónyuges y no socios titulares de derechos de voto), de cumplirse acumulativamente con los requisitos establecidos por el artículo 331 de la Ley 16.060.

7. *Importancia de la Oponibilidad del Protocolo de Familia a Terceros*

Si el PF logra ser oponible a la sociedad y a los terceros alcanzaría cabalmente el fin o fines buscados, ya que de lo contrario podrá ser dejado de lado fácilmente sin mayores consecuencias.

A pesar de que el PF puede tener un contenido moral que no interese a la sociedad ni a los terceros, y de que convenga mantener la confidencialidad de alguna de sus cláusulas, la mayor parte de sus disposiciones son de interés y/o afectan de alguna manera a la sociedad y también a los terceros.

El derecho comercial español no solo ha regulado los PF sino que también les ha otorgado publicidad y efectos frente a terceros mediante su inscripción en el Registro Mercantil.¹⁴

¹⁴ En cumplimiento de lo establecido por la Ley 7/2003 de 1º de abril de 2003 de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, la cual estableció en su Disposición

Propugnamos que se regule el PF en nuestro derecho, siguiéndose el camino del derecho español y estableciéndose la posibilidad de que el PF sea oponible a la sociedad mediante un trámite sencillo, como ser la entrega a la sociedad de un ejemplar certificado y la posibilidad de darle además eficacia contra terceros, mediante la inscripción en el Registro Público de Comercio.

Decimos *posibilidad* ya que el PF no debería ser obligatorio y por lo tanto tampoco debería ser obligatoria su publicidad.

8. Protocolo de Familia y sucesión de la empresa

Uno de los problemas más graves que enfrentan las empresas familiares es el relativo a la sucesión.

Destacamos a dichos efectos la insuficiencia del testamento (y de la partición *inter vivos*) para regular este aspecto en la empresa familiar, y ello por su carácter esencialmente revocable, lo cual lleva a dos consecuencias lógicas: a) no es suficiente para regular potenciales situaciones de conflicto en período de paz, ya que en caso de conflicto se podrá revocar y modificar; b) no otorga seguridad a los terceros que buscan un mensaje de estabilidad y seguridad de parte de la empresa.

Por otro lado, la normativa de orden público que establece la prohibición de pactos de sucesión futura (artículo 1285 Código Civil)^{15 16} y las asignaciones forzosas constituyen grandes limitantes a los PF.

Esto ha llevado a que en el PF se establezcan cláusulas **que podrán ser objetadas en su validez por constituir pactos**

Final Segunda que reglamentariamente se establecerán las condiciones, forma y requisitos para la publicidad de los protocolos familiares, el Real Decreto 171/2007 de 9 de febrero de 2007 regula esta posibilidad estableciendo la **opción de inscribir en el Registro Mercantil español al PF**. Esta posibilidad permite la simple constancia de la existencia de un PF en el legajo de la Sociedad, o el depósito de una copia total o parcial del mismo.

¹⁵ Pactos (de carácter irrevocable por su naturaleza contractual) sobre la sucesión de un individuo aún vivo, quedando suspendido el nacimiento de los derechos otorgados hasta el día de fallecimiento del individuo. Incluyen pactos de institución, de renuncia y de disposición.

¹⁶ "Si nos preguntamos ahora, si se justifica en la actualidad, la prohibición aparentemente absoluta que surge del artículo 1285, Código Civil contestaré por mi parte negativamente", Irureta Goyena (h), José. *Derecho Sucesorio*, Tomo 1, p. 93.

de sucesión encubiertos o por vulnerar las asignaciones forzosas.

Podremos encontrarnos con cláusulas absolutamente nulas y con cláusulas *grises* que deberán ser objeto de estudio particular para determinar si se están violando disposiciones de orden público establecidas por el Derecho Sucesorio.

Así, se ha señalado la validez de las cláusulas que establecen el compromiso o la promesa de realizar una partición "*inter vivos*" por la cual se asignen las acciones o participaciones que aseguren el control al hijo que ya trabaja en ella. Este compromiso o promesa sería una mera declaración de voluntad que luego deberá ser ejecutada por otro documento (testamento, partición), por lo que no constituiría un pacto sucesorio. "*... nada puede obligar al empresario a instituir heredero a aquella persona concreta y, en caso de que efectivamente lo instituya heredero y realice una partición inter vivos a su favor, en cualquier momento podrá revocar el testamento o modificar el criterio particional. Todo ello sin perjuicio, evidentemente, de que en previsión de falta de cumplimiento de esta cláusula del protocolo, los estatutos prevean un derecho de adquisición preferente sobre las acciones o participaciones sociales a favor de algunos socios o por la sociedad.*"¹⁷

La Comisión Europea¹⁸ ha recomendado cuestionar la sabiduría de la prohibición de pactos de sucesión futura, los cuales son un obstáculo a la validez de algunas cláusulas del PF y a la planificación de la sucesión en las empresas familiares y el derecho italiano ha seguido esta última recomendación regulando el llamado "*patto di famiglia*"¹⁹ por el cual "*el empresario realiza una especie de sucesión anticipada y autónoma de los bienes objeto del contrato*".²⁰

En definitiva, proponemos que el derecho uruguayo –reconociendo la importancia que el PF puede tener para aumentar la supervivencia de las empresas familiares– regule el PF, establezca la posibilidad de su oponibilidad a la sociedad mediante

¹⁷ Juan Egea Fernández, obra citada.

¹⁸ Foro Europeo sobre la Transmisión de Empresas, 1997, Lille.

¹⁹ "*Contrato por el cual un empresario transfiere total o parcialmente la empresa, o el titular de participaciones sociales transfiere total o parcialmente sus acciones o cuotas a uno o más descendientes*", "Il Patto di Famiglia nel Diritto Internazionale Privato", Domenico Damascelli, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Anno 43, N° 3, Luglio-Settembre 2007.

²⁰ Domenico Daascelli, obra citada.

un trámite sencillo y a terceros mediante su inscripción en el Registro, y establezca la excepción a la prohibición de celebrar pactos de sucesión futura para el caso de transmisión de cuotas sociales o acciones en una empresa familiar a través del PF.

Bibliografía

- Barbeito, Susana; Guillen, Eduardo; Martínez, Manuel; Domínguez, Gerardo. "Visión europea del proceso de sucesión en la empresa familiar", *Boletín Económico del ICE* N° 2821, del 25 al 31 de octubre de 2004.
- Fernández, Joan Egea. *Protocolo Familiar y pactos sucesorios*, Facultad de Derecho, Universidad Pompeu Fabra.
- Galimberti, María Blanca. "Conflictos societarios en empresas de familia: su prevención y previsión" [en línea] Disponible en: www.galimbertiabogados.com
- Gallo, Miguel Ángel. *La empresa familiar: fortalezas y trampas*, Editorial Civitas, Madrid, 1995.
- Gallo, M. A.; Sveen, J. "Internationalizing the family business: facilitating and restraining forces", *Family Business Review*, 1991.
- Garrido de Palma, Victor Manuel. *La empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1995.
- Gortázar Lorente, Carlos. "Derecho y empresa familiar: el protocolo y sus instrumentos de desarrollo". Ponencia a les *XII Jornades de Dret Catalá a Tossa*.
- Holz, Eva. "Convenios de Sindicación", *Anuario de Derecho Comercial*, Tomo 5:
- Irureta Goyena, José (h). *Derecho Sucesorio*, Tomo 1.
- Millar, Alejandro. *Sociedades anónimas. Sindicación de Acciones*.
- Pérez, Fadón. *La empresa familiar. Fiscalidad, organización y protocolo familiar*, Valencia de 2005.
- Pérez Giménez, Aranzardi María Teresa. "El protocolo de familia como instrumento de estabilización para la familia empresaria", *Revista de Sentencias*, España.

Prieto, Juan Manuel. “¿Qué son los Protocolos de Familia?” Conferencia Institucional Supersociedades, octubre de 2007.

Rubinsztejn, Gustavo; Benelli, Anahir. *Los órganos de gobierno en la empresa familiar*, Universidad ORT.

Urbina Galiano, Liza; González, Lilián; Peralta, Clarena. *La empresa familiar ante el derecho de sociedades*, Pontificia Universidad Javeriana, Colombia.

Urbina Galiano, Liza. *Algunos aspectos jurídicos del Protocolo de Familia a la luz de la legislación colombiana*. Universitas, Pontificia Universidad Javeriana, Colombia.