

Reconocimiento del pacto protocolar y nuevo marco legal para las empresas familiares en el Código Civil

Eduardo M. Favier Dubois¹⁸⁸ y Lucía Spagnolo¹⁸⁹.

I. Síntesis

El nuevo código no incluye una legislación especial en materia de “empresa familiar”¹⁹⁰ pero, sin denominarlo, reconoce al “pacto protocolar” como contrato que da fuerza legal al “protocolo familiar” y le confiere importantes efectos: a) como causa legítima de negocios y transferencias patrimoniales; b) como “contrato asociativo” con plena validez y ejecutabilidad entre las partes y oponibilidad a terceros que lo hayan conocido; y c) como “contrato conexo” del contrato de sociedad o del contrato de adquisición de partes sociales, lo que permite que el incumplimiento del “pacto protocolar” autorice la resolución de aquellos.

Además, prevé una serie de modificaciones al marco legal de la empresa familiar en materia de fuerza legal al plan de sucesión, limitaciones a los parientes políticos, reducción de conflictos entre herederos, solución arbitral de diferencias y reducción de riesgos legales empresarios, todo lo que permite su mejor funcionamiento y continuidad¹⁹¹.

¹⁸⁸ Libertad 567, piso 9º, CABA, cod. C1012AAK, Tel. 011-43820973, Mail emfavierdubois@favierduboisSpagnolo.com

¹⁸⁹ Libertad 567, piso 9º, CABA, cod C1012AAK, Tel. 011-43820973, Mail: lspagnolo@favierduboisSpagnolo.com

¹⁹⁰ FAVIER DUBOIS (h), E.M. y MEDINA, Graciela “Empresa Familia. Proyecto de incorporación al Código Civil”, *Rev. De Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, Bs. As., año IV, n° 1, Enero-Febrero 2012, p. 4 y ss.

¹⁹¹ Ver la obra colectiva del IADEF (Director Favier Dubois), *La Empresa Familiar en el Código Civil y Comercial*, Ad-Hoc, Bs. As., 2015. También ver del coautor “Un nuevo marco legal para la Empresa Familiar en el Proyecto de Código Civil y Comercial”,

II.- Fundamentos

1.- El protocolo de la empresa familiar

1.1.- Concepto

El protocolo familiar es un acuerdo que regula las relaciones de una familia con la empresa de la que ésta es propietaria¹⁹².

En su variante formal, constituye un instrumento escrito, lo más completo y detallado posible, suscripto por todos los miembros de una familia que al mismo tiempo son socios de una empresa o tienen vocación de serlo¹⁹³, que delimita el marco de desarrollo y las reglas de actuación y relaciones entre la empresa familiar y su propiedad, sin que ello suponga interferir en la gestión de la empresa y su comunicación con terceros¹⁹⁴.

El Real Decreto Español 171/2007, en su art. 2º, define al protocolo familiar como “aquel conjunto de pactos suscriptos por los socios entres sí, o con terceros con los que guardan vínculos familiares, que afectan una sociedad no cotizada en la que tengan un interés común, en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre la familia, propiedad y empresa, que afectan a la entidad”.

Básicamente son funciones del protocolo las de regular los siguientes planos: a) las relaciones y límites entre la familia y la empresa; b) la profesionalización de la empresa; c) los intereses de la familia en la empresa; d) la sucesión en la gestión de la empresa; e) el mantenimiento familiar de la propiedad de la empresa y la sucesión en dicha propiedad.

Errepar, DSE, n° 300, tomo XXIV, Noviembre 2012, p. 1068 en coautoría con E. M. Favier Dubois (p).

¹⁹² Ver la obra colectiva del Instituto Argentino de la Empresa Familiar, Favier Dubois (h), E.M. (Director) “El protocolo de la empresa familiar. Elaboración. Cláusulas y Ejecución”, Ad-Hoc, Bs. As., 2011.

¹⁹³ REYES LOPEZ, María José (coord), *La empresa familiar; encrucijada de intereses personales y empresariales*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, p. 15; Ver nuestro trabajo “El protocolo de la empresa familiar como instrumento de prevención de conflictos”, en Errepar, DSE, n° 244, marzo 2008;

¹⁹⁴ CASADO, Fernando, “El compromiso del Instituto de la Empresa Familiar en la institucionalización del protocolo familiar en España”, en el libro *El protocolo Familiar. La experiencia de una década* de Joan M. Amat y Juan F. Corona (Editores), Colección del Instituto de la Empresa Familiar, Deusto, Barcelona, 2007, p. 9.

Una función fundamental es la de constituir un instrumento para prevenir, gestionar y resolver conflictos entre los familiares-socios.

En todos los casos, constituye un acuerdo marco que debe prever su revisión y actualización.

Ahora bien, el protocolo importa sobre todo un “proceso” de comunicación intra-familiar y de reflexión sobre la empresa cuya fuerza como instrumento de cohesión y ordenamiento comienza al momento de su elaboración.

Dicho proceso es el que permite a una familia la búsqueda de su propia identidad como empresaria y de los elementos que permiten equilibrar dos realidades tan complejas y tan dinámicas como son la familia y la empresa en aras a la supervivencia de ella¹⁹⁵.

Además el protocolo implica un “plan” o un ejercicio de planificación donde se deben tener en cuenta los elementos familiares, jurídicos (mercantiles y civiles), económicos, fiscales y empresariales¹⁹⁶.

Una vez consensuado el protocolo, el mismo puede visualizarse como un código de conducta para la familia dentro de la empresa que, por un lado, fija los límites de separación entre una y otra y, por el otro, tiende a mantener la propiedad empresarial en el ámbito familiar¹⁹⁷.

1.2.- El valor del protocolo: La necesidad de un pacto legal

El protocolo ha sido definido, desde el punto de vista jurídico, como “un acuerdo entre accionistas familiares, titulares de bienes o derechos que desean gestionar de materia unitaria y preservar a la largo plazo, cuyo objeto es regular la organización corporativa y las relaciones profesionales y económicas entre la familia empresaria y la empresa familiar”¹⁹⁸.

¹⁹⁵ GALVEZ, Jose Luis, “Prólogo” al libro “El protocolo Familiar. La experiencia de una década” de Joan M. Amat y Juan F. Corona (Editores), Colección del Instituto de la Empresa Familiar, Deusto, Barcelona, 2007, p. 16.

¹⁹⁶ Casado, Fernando, op. cit., p. 10.

¹⁹⁷ Ver SANCHEZ CRESPO CASANOVA, Antonio J., “El protocolo familiar”, Sanchez-Crespo Abogados y Consultares, Madrid, 2009, ps. 34, 96/99 y 115.

¹⁹⁸ RODRIGUEZ APARICIO, J. A. y Torres, C. Agustín, “La empresa familiar y el derecho civil”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 12, 3ª época, mayo 1999, p. 44.

En Estados Unidos cabe asimilarlo a los “shareholders agreements” y viene a desempeñar en la organización jurídica de la sociedad familiar la misma función que el contrato base de la “joint venture”¹⁹⁹.

Ahora bien, para el derecho argentino el protocolo podrá tener o no fuerza jurídica en función de los alcances de sus cláusulas.

Como generalmente los protocolos se refieren a reglas generales de conducta de los integrantes de la familia respecto de la empresa, tienen el valor de un “pacto de caballeros” y su contenido solo obliga a los que lo suscriben desde un punto de vista moral, familiar o social.

Esto no es poco, pero no alcanza en caso de incumplimiento del protocolo que no pueda subsanarse por los mecanismos internos para decidir conflictos.

Es que para ser válido como un “contrato” y vincular a los firmantes en forma jurídica el protocolo debea contener conductas concretas y sanciones patrimoniales específicas, dando derecho a accionar judicialmente por cumplimiento o inejecución y a reclamar medidas cautelares.

En nuestro medio los protocolos no presentan esos contenidos y, en consecuencia, para darles valor legal hace falta formalizar un especial “pacto de socios” o “convenio de accionistas”²⁰⁰.

En otros términos, los contenidos programáticos y generales del protocolo familiar deben ser trasladados a un especial “pacto de socios” o “convenio de accionistas”, donde aparezcan descriptas conductas y obligaciones específicas de sujetos determinados, y se prevean concretas sanciones pecuniarias o patrimoniales por los incumplimientos.

A dicho pacto proponemos denominar “pacto protocolar”.

También el referido “pacto protocolar” podría estar inserto dentro del texto del protocolo, en un capítulo final destinado a su cumplimiento que prevea específicas conductas y concretas sanciones patrimoniales frente al incumplimiento.

199 GORTÁZAR, Carlos “Principales aspectos jurídicos y societarios del protocolo familiar”, en Amat, J.M. y CORONA, Juan F. (Editores), *El protocolo familiar. La experiencia de una década*, Deusto, Barcelona, 2007, p. 196.

200 Ver su desarrollo en la obra de FAVIER DUBOIS, E. M. (pater) y FAVIER DUBOIS, E. M. (hijo), *Derecho Societario para la Actuación Profesional*, Errepar, Bs. As., 2015, p. 339 y ss.

1.3.- El reconocimiento del “pacto protocolar” en el nuevo Código Civil

El art. 1010 del CCCN, en su segunda parte dice “Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros”.

Como se advierte, los pactos de herencia futura solo se admiten cuando forman parte o derivan de “pactos” previos o concomitantes que reúnen ciertos requisitos de objeto, contenido y personas.

Y tales requisitos son: a) objeto: deben referirse a una explotación productiva o a participaciones sociales de cualquier tipo, o sea ser propios de una empresa o sociedad; b) contenido: deben tener por objeto la conservación de la unidad de gestión o la prevención o solución de conflictos, o sea ser pactos “parasocietarios” sobre la gestión y las conductas; y c) personas: deben ser un “causante”, un “cónyuge” o al menos “legitimarios”, vale decir integrantes de una familia.

En consecuencia, los pactos a que se refiere el art. 1010 del CCCN por su ámbito, su contenido y sus participantes no son otros que los “pactos protocolares” que derivan del protocolo de la empresa familiar.

De ello resulta que el nuevo Código, sin nombrarlo, reconoce la existencia del protocolo de empresa familiar y de sus pactos legales de cumplimiento.

1.4.- Fortalecimiento legal de los “pactos”

Pero además de reconocer la existencia del “protocolo” y de los “pactos”consecuentes, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación aumenta el valor legal de los “pactos protocolares” en tanto les atribuye tres grandes efectos:

- a) Ser causa legítima de negocios y transferencias patrimoniales;

En efecto, de ahora en más es necesario que exista un pacto protocolar de empresa familiar para que pueda otorgarse y tener validez un “pacto de herencia futura” (art. 1010, segunda parte, CCCN).

Pero, además, la legitimidad de esa causa se proyecta hacia otros negocios que pueden derivar del protocolo, como es el caso de los fideicomisos de transferencia patrimonial en la empresa familiar.

b) Ser “contratos asociativos”.

Ello en tanto se refieren a la organización y a la participación en una empresa y no se trata de un contrato de sociedad (art. 1442)..

Como consecuencia tendrán plena validez y ejecutabilidad entre las partes (art. 1447) y podrá ser oponible a los terceros que lo hayan conocido (arg. arts. 157 CCCN y 22 LGS)

c) Ser “contratos conexos” (art.1073).

En tanto comparten la misma “causa” que el contrato de sociedad, si se trata de un socio fundador, o del contrato de adquisición de partes sociales, si se trata de un socio sobreviniente.

Ello permitirá que el incumplimiento del pacto protocolar autorice la resolución por incumplimiento del contrato social o del contrato de adquisición de partes sociales (art. 1075).

2.- Nuevo marco legal de la empresa familiar

Brindamos a continuación un panorama de las restantes mejoras en el marco legal de la empresa familiar lo que permite lograr mayor fortalecimiento y continuidad en el tiempo.

2.1.- Fuerza legal al plan de sucesión

El nuevo Código Civil y Comercial:

a) Como ya se señaló, admite el “pacto sobre herencia futura” (art. 1010), por el cuál, respetando las legítimas hereditarias, padres e hijos pueden acordar que se adjudique la empresa solo a quienes trabajan en ella, compensando con otros bienes a los demás herederos;

b) Amplía hasta un tercio el derecho a disponer sobre la herencia (art. 2445), con lo cual los padres puede premiar o dar mas poder en la empresa a los hijos que más aportan o que están más comprometidos con la misma;

c) Permite que sean “intrafamiliares” los fideicomisos de cumplimiento del protocolo, al admitir que el fiduciario sea también uno de los beneficiarios, lo que posibilita que, por ejemplo, sea fiduciaria y beneficiaria la madre (art. 1673), sin ingerencia de no familiares.

d) Mejora la indivisión forzosa (arts. 2330/2334).

e) Clarifica a los testamentos (arts. 2462/2531).

2.2.- Límites a los parientes políticos²⁰¹

El nuevo Código Civil y Comercial:

a) Permite el matrimonio “con separación de bienes” (art. 505), en opción que pueden utilizar los hijos del fundador, logrando que el cónyuge del socio familiar no tenga derecho a reclamar nada de la empresa en caso de conflicto;

b) En los matrimonios “por comunidad de ganancias” da carácter propio a los resultados capitalizados (491, tercer párrafo), lo que impedirá que el ex cónyuge del socio familiar pueda adquirir por tal circunstancia la calidad de socio e interferir en la empresa familiar, limitándose sus derechos a una recompensa.

c) En casos de divorcio o sucesión “atribuye preferentemente” la empresa al socio familiar (arts. 499 y 2380), ya que el juez debe conferirla a quienes participaron en su formación o a favor de quienes estén más capacitados para llevarla adelante.

2.3.- Reducción de conflictos entre herederos

El nuevo Código Civil y Comercial:

a) Limita el ingreso automático de herederos no deseados al exigir declaratoria de herederos en el caso de cuotas sociales de SRL como bienes registrables (art. 2337 CCCN) y en caso de acciones de S.A., en tanto títulos valores (art. 1815 CCCN), la intervención de heredero no es directa sino que requiere el previo dictado de medidas cautelares (art. 2327 CCCN).

b) Reduce las posibilidades de reclamar la propiedad ya donada a favor de un heredero, al impedir que otro heredero excluido pueda dejar sin efecto tales donaciones:

b1.) si las consintió cuando se hicieron (art. 2461) o

b.2) si pasaron diez años desde la entrega de los bienes (art. 2459) o

b.3) si se le abona en dinero su cuota de legítima (art. 2458), o

b.4) si se trata de “acciones” de sociedades anónimas o comanditas por acciones, ya que al ser “títulos valores” (arts. 226 LGS) se declaran excluidas

²⁰¹ Ver de FAVIER DUBOIS “La nueva regulación del matrimonio y el mantenimiento de los parientes políticos fuera de la propiedad de la empresa familiar”, en la obra colectiva del IADEF (Director Favier Dubois), *La Empresa Familiar en el Código Civil y Comercial*, Ad-Hoc, Bs. As., 2015, p. 101 y ss.

de los “bienes registrables” (art.1815) y, por ende, no sujetas a acción reipersecutoria (art. 2458).

2.4.- Solución arbitral de diferencias

El nuevo Código regula expresamente el “arbitraje institucional” (art. 1649), lo que permite que toda empresa familiar haga un pacto por el cuál los litigios entre familiares no se desarrollen ante los tribunales del estado, con confidencialidad y celeridad²⁰².

2.5.- Reducción de riesgos legales empresarios

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación reduce los riesgos legales de las empresas familiares al modificar el régimen de responsabilidad y capacidad de las sociedades en tanto:

a) Fortalece a las empresas familiares “simples” (Sección IV ley 19.550), con una nueva reglamentación por la cuál sus contratos son oponibles entre socios y frente a terceros que los conocieren, pueden ser titulares de bienes registrables, y los socios solo responden en forma mancomunada (o sea por cabeza) por las deudas sociales (ver supra Cap.III, 3);

b) Admite a la sociedad anonima unipersonal (art. 1º ley 19.550) como instrumento para reducir los riesgos en nuevos negocios de empresas familiares grandes o medianas; y

c) Da capacidad a los cónyuges, aún bajo comunidad de ganancias, para ser socios entre sí (art. 27 ley 19.550) en cualquier tipo societario, facilitando la constitución por el fundador con su cónyuge de empresas familiares informales y formales en todas sus formas²⁰³.

202 Ver sobre arbitraje societario su desarrollo en la obra de FAVIER DUBOIS, E. M. (pater) y FAVIER DUBOIS, E. M. (hijo), *Derecho Societario para la Actuación Profesional*, Errepar, Bs. As., 2015, p. 315 y ss.

203 Ver de FAVIER DUBOIS, “Panorama del Derecho Comercial en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, Nota introductoria de la obra de texto *Código Civil y Comercial de la Nación*, Erreius, Bs. As., 2014, ps. 35 a 83 y en *Código Civil y Comercial de la Nación. Aspectos relevantes para contadores*, Errepar, Bs. As., 2015, ps. 9 a 62..