

La obligación de suscribir el protocolo familiar como prestación accesoria del contrato de sociedad

Gabriela Silvina Calcaterra

Sumario

La finalidad del protocolo de cada empresa familiar es dotarla de una organización adecuada para garantizar la subsistencia de la empresa a través de las sucesivas generaciones en un clima de armonía familiar. Por ello, es necesario extremar los recaudos para garantizar el cumplimiento del protocolo de la empresa familiar por parte de todos los miembros de la familia empresaria para lo cual el contrato social puede incorporar como prestación accesoria la obligación de suscribir el protocolo familiar como condición para adquirir la calidad de socio o accionista.

La naturaleza asociativa del protocolo de la empresa familiar

El protocolo de la empresa familiar es un acuerdo formalizado por escrito que resulta de un proceso de comunicación en el que los principales actores de una empresa familiar acuerdan las reglas que regirán el funcionamiento de la empresa y los procesos de sucesión en la propiedad y en la gestión.

En el mismo, se pacta cuestiones relativas a la familia, a la sucesión y a la empresa, en este contrato que regula mucho más que materias directamente vinculadas a la órbita societaria, y adquiere la naturaleza de contrato asociativo de organización con comunidad de fin, por lo que queda alcanzado por la regulación del Capítulo 16 del Código Civil y Comercial de la Nación, bajo el título “Contratos asociativos” a partir del art. 1442 C.C.C.N. En tal sentido, el protocolo se rigen por este capítulo del Código y por las cláusulas del propio contrato (para cuya confección se reconoce la más amplia autonomía negocial, con los límites que le imponen las normas imperativas y de orden público propias de las materias reguladas en el protocolo, para dejar a salvo posibles futuros planteos de nulidad).

Los contratos asociativos, por expresa disposición legal, no crean personas jurídicas y por ende no se les aplican ni las normas de la ley general de sociedades ni las normas de los arts. 141 y ss. del Código Civil y Comercial de la Nación.

Las escasas normas que regulan los contratos asociativos (arts. 1442 a 1447 CCCN), nos aportan pautas generales muy útiles a la hora de debatir sobre la validez y oponibilidad del protocolo familiar.

En este sentido, el legislador ha dejado un amplio margen a la autonomía de la voluntad negocial, y se abocó a regular los aspectos esenciales del contrato asociativo, a saber:

- a) naturaleza jurídica, descartando toda posibilidad de que se los encuadre como sujetos de derecho, art. 1442 CCCN,
- b) régimen de nulidad (art. 1443 C.C.C.N.),
- c) libertad de forma (art. 1444 C.C.C.N.) y de contenido (art. 1446 C.C.C.N.),
- d) representación (art. 1445 C.C.C.N.) y
- e) oponibilidad entre las partes (art. 1447 C.C.C.N.) sin que sean necesaria su inscripción registral.

Uno de los temas que más interés ha despertado en torno al protocolo familiar es precisamente, el de discernir sobre la naturaleza jurídica de las reglas acordadas por los firmantes y en particular, el grado de eficacia y la posibilidad cierta de exigir el cumplimiento de las reglas plasmadas en este documento, a lo largo de toda la vida de la empresa familiar.

En este sentido, dado el carácter de contrato marco que presenta el protocolo familiar, puede contener cláusulas que revistan el carácter de mero pacto de caballeros, o cláusulas que sean relativas imponiendo a su vez la obligación de otorgar otros actos jurídicos para hacerlas efectivas (configurando obligaciones de hacer) o bien cláusulas de efectividad directa, que a la hora de garantizar su cumplimiento suelen ir acompañadas por la regulación de sanciones.

Es precisamente en lo que atañe a la necesidad de garantizar el efectivo cumplimiento de lo acordado, que debemos recurrir al art. 1443 CCCN, que expresamente dispone: “el incumplimiento de una (de las partes) no excusa el de las otras, excepto que la prestación de aquella que ha incumplido sea necesaria para la realización del objeto del contrato”.

El protocolo es un instrumento jurídico más o menos extenso cuyo contenido varía según la técnica empleada y la clase elegida, que cada familia empresaria elabora a su medida y de acuerdo a sus necesidades.

Como tal, constituye un convenio en el que cada familia empresaria define la visión de su empresa, la misión, los objetivos a cumplir, repasa y acuerda los valores compartidos que inspiran la cultura de la familia empresaria. En él se enuncia quiénes son los miembros de la familia, se elabora el genograma familiar y el organigrama empresarial. Como resultado de un extenso debate, se acuerda acerca sobre los requisitos para ingresar a la empresa, para permanecer en ella, criterios de valuación del desempeño, asignación de roles, políticas de remuneraciones y de dividendos, política de capacitación de familiares y personal, ayudas personales, seguros, sucesión en la gestión y en la propiedad, aspectos societarios específicos, grado de integración de los familiares políticos a la empresa, cuestiones de responsabilidad social empresarial, pautas para la negociación del conflictos, etc.

En suma, se trata de un contrato complejo, de naturaleza asociativa y organizacional que busca garantizar la perdurabilidad de la empresa a través de las sucesivas generaciones.

La necesidad de garantizar el cumplimiento de lo acordado

Evidentemente es esencial para garantizar la eficacia y eficiencia del protocolo, que cada uno de los firmantes y también de quienes en el futuro se vayan a incorporar a la empresa o a la familia, cumpla lo acordado, pues de ello depende que se realice el objeto del contrato.

Volviendo sobre lo normado en el art. 1443 CCCN, nos preguntamos si acaso el incumplimiento de uno excusa el de los demás de cumplir lo acordado.

Más allá de lo que reza el art. 1443 C.C.C.N., nuestra respuesta debe ser negativa, puesto que excusar el incumplimiento con un incumplimiento contraría la intención tenida por todas las partes al contratar. Ese no puede ser el efecto legal que se confiere a esa conducta, a pesar de lo que parece decir el art. 1443 C.C.C.N. dado que el artículo claramente apunta a garantizar el cumplimiento del objeto del contrato y no su fracaso.

Es así como volviendo sobre la pauta general establecida en el art. 2 CCCN, nos motivamos a interpretar la ley teniendo en cuenta sus palabras, pero también sus finalidades y los principios y los valores jurídicos de modo coherente con todo el ordenamiento remitiéndonos tácitamente al art. 1061 CCCN (sustitutivo de los arts. 1197/8 CC) que dispone que “el contrato debe interpretarse conforme la intención común de las partes y al principio de buena fe” y al art. 1063 C.C.C.N. que aplica las reglas establecidas para interpretar el contrato, a las conductas, signos y expresiones no verbales con los que el consentimiento se manifiesta”, expresiones que se producen invariable-

mente en las empresas familiares donde la superposición de dos sistemas de comunicación: el familiar y el empresarial, llevan a una subjetividad única e irrepetible que si bien en algunos aspectos en motivo de conflictos, enriquece con sus particularidades, la cantidad de elementos disponibles para interpretar inexcusablemente lo que cada una de las partes y todas en su conjunto han querido expresar en su protocolo.

Luego, por el carácter de contrato de organización que regula los aspectos familiares y empresariales, actuales y proyectados hacia la sucesión en la gestión y en la propiedad, rige aquí más que en ningún otro contrato la regla de la interpretación contextual que aporta el art. 1064 CCCN según el cual “las cláusulas del contrato se interpretan las unas por medio de las otras y atribuyéndoseles el sentido apropiado al conjunto del acto”.

Finalmente, “si hay dudas sobre la eficacia del contrato, o de alguna de sus cláusulas, debe interpretarse en el sentido de darles efecto. Si esto resulta de varias interpretaciones posibles, corresponde entenderlos con el alcance más adecuado al objeto del contrato” (art. 1066 CCCN). Y Así volvemos al criterio de dar preeminencia al objeto del contrato.

Y el objeto sin dudas se realiza, a partir de dar adecuada protección a la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del propio sujeto (art. 1067 CCCN).

El protocolo tiene en todos los casos, la finalidad de garantizar la perdurabilidad de la empresa y la armonía familiar. Es el resultado de un proceso de negociación real entre los miembros de la familia empresaria quienes arriban a los capítulos finales mostrando una cantidad de conductas, signos, expresiones no verbales y por supuesto verbales, a través de las cuales cada uno de los firmantes haya manifestado su intención y su voluntad inequívocas.

El cumplimiento de este contrato por parte de todos es un elemento esencial para cada empresa familiar.

Si alguno no cumple, no debe inferirse que tal incumplimiento acarree la extinción del contrato o su ineficacia. Muy por el contrario, si se pactaron sanciones, se aplicarán las sanciones y si no se pactaron, deberá abrirse un proceso de negociación que permita retomar el cauce normal.

Por ello es fundamental asegurarnos de que el contrato produzca efectos no sólo para quienes participaron de su redacción originaria sino para todos los que se incorporen a la empresa en el futuro.

Si quienes ingresan a la empresa lo hacen como sucesores de los firmantes 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.C.N.).

Pero para garantizar que todos los futuros miembros de la empresa familiar asuman la obligación de cumplir las obligaciones personales establecidas en el mismo y para que el protocolo sea vinculante para quienes se incorporan a la empresa de manera originaria y no derivada (por ejemplo, suscribiendo un aumento de capital) necesitamos alguna otra herramienta jurídica que nos asegure el cumplimiento.

La obligación de suscribir el protocolo familiar como prestación accesoria contenida en el contrato de sociedad

Todos aquellos que vayan a verse afectados por la aplicación del protocolo familiar deberán suscribirlo. En este sentido, el protocolo incluye un contrato parasocial y por ende, dentro del mismo protocolo y en el contrato o estatuto societario deberá preverse como prestación accesoria (art. 50 LGS) la obligación de suscribirlo como condición para poder acceder al carácter de socio o accionista de la empresa familiar.

El art. 50 LGS es una norma muchas veces olvidada que cobra vida frente a la vigencia de un protocolo familiar. Se trata de un instituto que ha despertado poco interés en la doctrina nacional. Esta norma, nacida en el derecho alemán, buscaba solucionar los problemas prácticos que planteaba la prestación de servicios personales y la situación de las sociedades de productores, entre otras (Exposición de Motivos Ley de Sociedades Comercial, capítulo I, sección VI, N° 9).

En nuestro régimen legal, las prestaciones accesorias constituyen claras obligaciones de naturaleza societaria asumidas por los socios que dan un carácter personalista a la sociedad en cuyo contrato aparece.²⁷⁵ Sin dudas han sido pensadas para fortalecer el cumplimiento del objeto social a través de prestaciones personales de los socios que sin perder la propiedad de sus bienes o aportando su talento o esfuerzo, contribuyen a garantizar y mejorar el cumplimiento del objeto social.

Entendemos que en la medida en que esta prestación no se aparte de los recaudos legales, debe tener preeminencia la contribución al objeto social, sobre las características de prestación que solemos darles y de ese modo interpretar el alcance del art. 50 L.G.S. de manera amplia habilitando el uso de este instituto para garantizar la efectividad del protocolo de la empresa familiar.

²⁷⁵ HALPERÍN, Isaac, *Sociedades de responsabilidad limitada*...., p. 118.

En este sentido, nada procura la realización del objeto social de una empresa familiar más que su protocolo.

Si la prestación accesoria puede consistir en un servicio personal, entonces cualquier obligación de hacer que contribuya al objeto social será legítima para configurar una prestación accesoria y la firma del protocolo lo es.

Lo importante es que no consista en un aporte de capital ni sea dineraria. Halperín sostenía que pueden conjugar prestaciones de la más diversa especie y forman parte constitutiva del fondo de comercio. En ese camino podemos aceptar que la obligación de suscribir el protocolo funcione como una prestación accesoria, cualquiera sea el tipo societario elegido para organizar la empresa familiar.

Más allá de los fundamentos históricos por los que se incorporó esta norma, lo cierto es que en todos los instrumentos constitutivos de una sociedad puede pactarse que todos los socios efectúen prestaciones accesorias precisando su contenido, duración, modalidad, retribución y sanciones en caso de incumplimiento (aunque el art. 50 inc 1., no dice que todas estas estipulaciones sean imperativas ni hagan a la validez de la prestación. No dice “deberá estipularse”... sino “se estipulará” lo que si establece imperativamente es que “deben” diferenciarse claramente de los aportes, que “no pueden” ser en dinero, que “sólo” pueden modificarse de acuerdo con lo convenido o en su defecto, con la conformidad de los obligados y de la mayoría requerida para la reforma del contrato y que cuando sean conexas a cuotas de SRL sólo pueden cederse con la conformidad de la mayoría necesaria para modificar el capital social y si fueran conexas a acciones se requiere la conformidad del directorio.

De esta manera la ley societaria nos aporta un instrumento que permite crear la obligación de todo futuro integrante de la sociedad familiar, de suscribir el protocolo familiar como condición para adquirir el carácter de socio o accionista, a la vez que (sin perjuicio de la vigencia de las cláusulas limitativas a la libre transmisibilidad de cuotas y acciones) permite limitar la salida del socio obligado a su cumplimiento a menos que quien ingrese a la sociedad en su lugar, cumpla los mismos requisitos.

Contenido de la cláusula

La obligación de suscribir el protocolo de la empresa familiar, plasmada como prestación accesoria, es un condicionante admitido por la ley, para que el tercero (familiar o no) se incorpore a la sociedad y juntamente con las cláusulas limitativas a la libre disponibilidad de cuotas y acciones (arts. 153 y 154 y 214 L.G.S.) serán la garantía de mantenimiento del carácter familiar de la empresa a través de toda la vida de la familia y de la empresa.

Para que tenga validez como prestación accesorias, esta cláusula se incorporará al contrato societario con un contenido preciso, por todo el plazo de duración de la sociedad, deberá suscribirse ante el representante de la sociedad, por parte de quien pretende formalizar su incorporación a la sociedad. Esta prestación será gratuita y se establecerá como condición que quien no esté dispuesto a cumplirla no podrá adquirir el carácter de socio o lo perderá.

Obviamente es diversa de los aportes, no es una obligación dineraria sino de hacer y no integrará nunca el capital social.

Esta cláusula establecerá que todos los socios o accionistas de la sociedad deberán suscribir el protocolo familiar, creando una obligación de hacer que subsiste durante toda la vigencia del contrato social, cuyo incumplimiento obsta a la posibilidad de adquirir la condición de socio o accionista. Es una carga gratuita, ya que nada impide que la cláusula no disponga precio o retribución.²⁷⁶

Esta prestación accesorias, sin dudas configura un requisito para adquirir la condición de socio, por lo que la sanción, en caso de incumplimiento, podrá ser la exclusión o la no incorporación como miembro de la sociedad.

²⁷⁶ HALPERÍN Isaac, *Sociedades anónimas* ..., p. 215