

Título: El protocolo de la empresa familiar. Valor legal en Paraguay

Autor: Codas Frontanilla, Marcelo

Sumario:

Sumario: 1. El Protocolo de la Empresa Familiar. Concepto. 2. Proceso para su elaboración. 3. El valor legal del Protocolo. 4. Los pactos o convenios de sindicación de acciones. 5. Valor legal de los pactos de sindicación de acciones. 6. El protocolo familiar como pacto de sindicación de acciones. 7. La incorporación de los herederos al pacto de sindicación de acciones. 8. Valor legal del Protocolo Familiar en Paraguay.

Cita Online: PY/DOC/14/2020

1. El Protocolo de la Empresa Familiar. Concepto

El protocolo de la empresa familiar, denominado habitualmente Protocolo Familiar, es un acuerdo que regula las relaciones de una familia con la empresa de la que ésta es propietaria.

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, algunos o todos socios de una empresa⁽¹⁾, que delimita el marco de desarrollo, las reglas de actuación y las relaciones entre la empresa familiar y su propiedad, sin que ello suponga interferir en la gestión de la empresa y su comunicación con terceros⁽²⁾.

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 el protocolo regula 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.

Una de las funciones fundamentales del Protocolo 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, más allá de la firma del acuerdo, el Protocolo importa sobre todo un “proceso” de comunicación intrafamiliar y de reflexión sobre la empresa, cuya fuerza como instrumento de cohesión y ordenamiento comienza al momento de su elaboración.

Este 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 ella⁽³⁾.

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 empresariales⁽⁴⁾.

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 familiar⁽⁵⁾.

2. Proceso para su elaboración

Para elaborar el Protocolo, es muy importante el involucramiento de toda la familia. Esto implica la participación de aquellos miembros que trabajan en la empresa y aquellos que no. De esta manera, se garantiza el valor del proceso de elaboración del Protocolo que, en nuestra opinión, está por encima del documento en sí mismo.

Las reuniones familiares para la elaboración del Protocolo, en las que se intercambian opiniones, se abordan temas que nunca quisieron tocarse por temor a los enojos, se llegan a acuerdos, entre otros, son los aspectos más importantes y enriquecedores en lo que al Protocolo respecta.

La elaboración del Protocolo tiene, fundamentalmente, tres etapas. La primera es la de diagnóstico, que lleva adelante la familia con la ayuda del consultor y tiene por objeto evaluar la situación en la que se encuentra la empresa y la relación de la familia con ésta. Se definen cuáles son las necesidades más urgentes, para empezar el trabajo a partir de ellas.

Luego, se pasa a la segunda etapa. Esta consiste específicamente en la elaboración del documento y participan en ella todos los miembros de la familia aportando sus ideas, conforme se mencionó anteriormente. Esta etapa concluye con la suscripción del Protocolo Familiar por todos los miembros de la familia. La tercera etapa es la de implementación del Protocolo Familiar. Esta consiste en la incorporación del documento a la vida de la familia y de la empresa.

Es importante señalar que el éxito del Protocolo Familiar está en lograr que los integrantes de la familia participen de las reuniones de manera activa y aborden los temas con criterios abiertos. De esta manera se garantiza arribar a consensos sobre los diferentes temas tratados en beneficio de todas las partes.

Este proceso requiere del acompañamiento de un profesional externo, que oficie de facilitador para que el trabajo se realice en forma eficiente y rinda los frutos esperados.

3. El valor legal del Protocolo

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 largo plazo, cuyo objeto es regular la organización corporativa y las relaciones profesionales y económicas entre la familia empresaria y la empresa familiar” (6).

Partiendo de esta definición, puede asimilarse a los “shareholders agreements” de Estados Unidos y viene a desempeñar en la organización jurídica de la sociedad familiar la misma función que el contrato base de la “joint venture” (7).

El Protocolo podrá tener o no fuerza jurídica tanto en función de la voluntad de sus firmantes interpretada debidamente, como de su consistencia con el ordenamiento jurídico indisponible.

Así, en función del grado de vinculación jurídica que se otorgue, pueden apreciarse tres tipos de Protocolo (8):

- a) El “pacto de caballeros”, cuando su contenido solo obliga a los que lo suscriben desde un punto de vista moral, familiar o social.
- b) El protocolo “contractual”, que vincula a los firmantes jurídicamente, pudiéndose accionar judicialmente por cumplimiento o inejecución y reclamarse medidas cautelares.
- c) El protocolo “institucional”, cuando es posible oponer el mismo frente a terceros que no lo hayan suscripto.

En la práctica, para discernir entre un pacto de caballeros y un contrato, habrá que analizar frente a qué clase de protocolo se está y cuál fue la intención de las partes conforme a su texto expreso y frente al contenido implícito que resulte del contexto familiar al momento de la suscripción y de la ejecución, así como del marco legal.

De ello resulta que no todo protocolo vale como contrato, sino que, para ello, requiere de cláusulas concretas que establezcan obligaciones y sanciones jurídicas para el caso de incumplimiento.

En cuanto al Protocolo “institucional”, para configurarlo será necesario acudir a instrumentos jurídicos complementarios que puedan otorgarle eficacia frente a terceros.

También habrá que tener en cuenta los límites que, para el valor legal del protocolo, resultan de las normas indisponibles del ordenamiento jurídico (9), sin perjuicio de su eventual valor moral residual.

En nuestra opinión, el Protocolo Familiar en nuestro país, al no contar con una norma específica que se refiera al mismo, puede ser dotado de valor legal por medio del pacto de sindicación de acciones o acuerdo de accionistas.

4. Los pactos o convenios de sindicación de acciones

Se trata de la categoría más transitada entre los convenios privados que se firman entre los socios de una sociedad comercial.

Si bien existen múltiples definiciones, seguimos la del profesor hondureño Jorge Maradiaga que dice “Se trata de un contrato plurilateral de organización o asociativo, para-social, por el cual varios accionistas de una sociedad combinan la manera en que ejercerán su derecho a voto de modo de influir en la vida social según las directivas previamente establecidas por el grupo sindicado, y que por lo general, aunque no necesariamente, está ligado a la obligación de no transferir sus acciones, o en su caso cederlas a favor de otros sindicados, durante un determinado período” (10).

La sindicación de acciones es una especie del género “contratos parasocietarios”, constituye una variante de los convenios de voto, y su naturaleza es la de un “contrato plurilateral” de carácter “asociativo”, “accesorio” y “parasocial” (11).

Las ventajas de estos convenios es que permiten ejercer los derechos del socio en forma conjunta, preservar el elenco social, resguardar intereses de la mayoría y de la minoría de los socios, facilitar el desarrollo de las actividades sociales y, en algunos casos, garantizar la extinción de obligaciones pendientes entre los socios o con terceros.

En cuanto a las finalidades y contenidos de estos contratos, cabe señalar que responden principalmente a garantizar el sentido de las votaciones y el mantenimiento del elenco de socios, pudiendo sus cláusulas ser agrupadas en cuatro grandes categorías:

- a) Para el ejercicio conjunto del derecho de voto;
- b) De determinación de los contenidos de decisiones futuras;
- c) Para el mantenimiento del elenco de socios; y
- d) De control sobre la propiedad de la empresa.

5. Valor legal de los pactos de sindicación de acciones

Si bien durante mucho tiempo estos pactos resultaban de la práctica y se controvertía en doctrina su validez, su licitud fue reconocida expresamente por la jurisprudencia argentina en el caso “Sanchez c/ Banco Avellaneda” (12).

La doctrina actual es prácticamente unánime respecto de la licitud del pacto de sindicación de acciones.

No obstante, se reconoce como límite el “interés social”. Ello significa que, si un socio incumple votar conforme a lo pactado porque ello es contrario al interés social, no debe responder frente al sindicato por las penalidades convenidas.

También la doctrina y jurisprudencia predominantes entienden que estos pactos son inoponibles a la sociedad y a los terceros, por lo que el incumplimiento de lo pactado solo puede dar lugar a una indemnización de daños y perjuicios(13).

6. El protocolo familiar como pacto de sindicación de acciones

De lo hasta aquí referido resulta que el pacto de sindicación de acciones, firmado por todos los accionistas, puede ser el continente perfecto de la totalidad de las estipulaciones del protocolo familiar.

Al respecto, se advierte que el mismo contendrá, esencialmente, dos tipos de cláusulas.

En primer lugar, determinadas previsiones que deberán reiterarse en los estatutos y reglamentos inscriptos para tener oponibilidad frente a terceros. Ellas se referirán a las materias susceptibles de estar contenidas en esos instrumentos por su compatibilidad con el régimen societario, normalmente relativas a las formas y procedimientos en materia de: bloqueo de las acciones, funcionamiento de los diversos órganos, arbitraje, estructura del capital, clases de acciones, emisión de acciones sin voto o bonos de goce para compensar a directores salientes, etc.

En segundo término, existirán estipulaciones relativas a los contenidos de las decisiones que deberán adoptar los órganos societarios y a las modalidades de la gestión, adecuados a los valores de la empresa familiar.

Estas cláusulas valdrán, en principio, solo entre las partes firmantes y serán inoponibles a la sociedad y a los terceros.

7. La incorporación de los herederos al pacto de sindicación de acciones

Se presenta el problema de determinar si el protocolo familiar, que implica un pacto de sindicación de acciones, es vinculante para los herederos aún contra la voluntad de éstos.

Al respecto, corresponde partir de la base de que el pacto previó expresamente que sería obligatorio y vinculante para los herederos, quienes se considerarían incorporados la mismo.

Sentado ello, se advierte la existencia de una controversia doctrinaria sobre el punto.

Así, para calificada doctrina(14) y jurisprudencia(15), el pacto de sindicación de acciones no es transmisible a los herederos, por tratarse de un pacto “intuitu personae” excluido expresamente de la transmisión hereditaria por el art. 1195 del código civil.

En cambio, para otra línea doctrinal no menos calificada, los pactos de sindicación de acciones son transmitidos al heredero del accionista dada la “despersonalización” del socio derivada del tipo sociedad anónima y al no tratarse de obligaciones “inherentes a la

persona” (16).

Compartimos esta última tesis sobre la base de la necesaria relación entre la incorporación del heredero a la sociedad y su incorporación al pacto de sindicación de acciones, en tanto no sería posible que se considerara al contrato social “no personalista” para incluir al heredero y al sindicato “personalista” para excluirlo.

En rigor, en el sindicato no hay obligaciones “inherentes a las personas” en los términos de la excepción al art. 1195 del código civil, sino solo obligaciones en consideración al rol de accionista del causante en la sociedad, que es precisamente el rol que se transmite al heredero.

Ello se refuerza en el caso de una sociedad de familia donde resulta impensable que el heredero ingrese a la sociedad pero no quede obligado por el pacto a sujetarse a las reglas de la empresa familiar.

En el punto, un eventual conflicto entre el derecho societario y la tutela de la familia debería resolverse a favor de ésta última por ser la que posee salvaguarda constitucional (art. 14bis. C.N.).

8. Valor legal del Protocolo Familiar en Paraguay

Atendiendo la visión del Protocolo Familiar como contrato, la legislación paraguaya acoge la visión de Kelsen, y del punto de vista de la *lex contractus* y, al respecto, establece en el Artículo 715 del Código Civil que: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, y deben ser cumplidas de buena fe. Ellas obligan a lo que esté expresado, y a todas las consecuencias virtualmente comprendidas”.

En base a esta premisa de los contratos, el mismo cuerpo legal no deja de lado la posibilidad de establecer ya la correspondiente legitimidad para reclamar el cumplimiento. Es decir, la regla contractual trae aparejada consigo su rasgo de coercibilidad a través del artículo 725 (C.C.P.) que dice: “En los contratos bilaterales, el incumplimiento por una de las partes autoriza a la que no sea responsable de él, a pedir la ejecución del contrato, o su resolución con los daños e intereses, o ambas cosas. Demandada la resolución, ya no podrá pedirse el cumplimiento, pero después de reclamada éste podrá exigirse aquella”.

Los dos artículos mencionados son análogos a los artículos 1091 (Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos) y 1124 (La facultad de resolver las obligaciones se extiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos...) ambos del Código Civil Español.

De todos estos artículos podemos notar que ambos Códigos Civiles conciben a la voluntad privada como primer motor del derecho, la manifestación consensual de voluntades es “ley”, y como tal, ambos cuerpos legales, también junto con otras disposiciones de tenor similar brindan los instrumentos necesarios para demandar el cumplimiento e incluso resarcir los daños producidos por la parte en falta.

Es fundamental hacer notar que la legislación paraguaya, a través del Código Civil, se adhiere a los principios generales del derecho civil al establecer en el artículo 717 que: “Los efectos de los contratos se extienden activa y pasivamente a los sucesores universales, a no ser que las obligaciones que nacieren de ellos fueren inherentes a la persona, o resultare lo contrario de una disposición expresa de la ley, de una cláusula del contrato, o de su naturaleza misma. Los contratos no pueden oponerse a terceros ni ser invocados por ellos, salvo los casos previstos en la ley”.

Esta norma señala que los sucesores son responsables de las obligaciones que cargan o gravan el bien específicamente transmitido, pues la transmisión se efectúa “cum omni sua causa”, es decir, con todos los derechos y cargas que existían sobre el mismo.

En atención a dicho artículo podemos evidenciar sobre el tema que nos ocupa, que salvo las cláusulas personalísimas (ej. Obligaciones de hacer referidas a capacidades propias de la persona), los efectos del Protocolo Familiar firmado por los socios se extenderán a sus sucesores hasta que un nuevo acuerdo lo modifique.

Es fundamental mencionar que en el caso de que se decida participar de la suscripción del Protocolo Familiar a los futuros herederos que aun no son propietarios de las acciones, podría causar confusión o generar conflictos la existencia del artículo 697 del C.C.P. que dice: “No puede ser objeto de contrato la herencia futura”, éste artículo tiene como base al artículo 1.042 del Anteproyecto de Código Civil del Dr. Luis De Gásperi, por lo que para su correcta interpretación es importante ver su redacción original, la cual era en su parte pertinente: “...Es nulo el contrato por el cual una persona se obligue a transmitir o afectar en todo o en parte los bienes que adquiera en lo futuro” (17). Agreguemos además lo que expresa el jurista Dr. Miguel Angel Pangrazio: “La norma tiene su fundamento en principios éticos. Si se aceptara la comercialización de la herencia futura podría provocar esa permisión situaciones controvertidas en el seno de la familia; se iría contra el principio de seguridad jurídica y sería una forma de amenguar el patrimonio familiar(18)”.

Creemos, en base a lo mencionado, que mientras el Protocolo Familiar no sea un acto de disposición, comercialización ni transmisión de bienes, sino un contrato referido a la administración de esos bienes y fijación de reglas de crecimiento de la empresa, el mismo no debería

estar comprendido en el presupuesto del artículo antes mencionado, pues en ese caso y bajo esos límites no estaría en contra del principio de seguridad jurídica ni bajo ni un punto de vista amenguaría el patrimonio familiar. Recordemos por último la máxima jurídica “no hay nulidad sin perjuicio”. En este sentido, si un probable heredero firma el protocolo y por cuestiones varias no herede las acciones, su suscripción previa no perjudica a nadie, ni a él mismo ni a los demás socios.

De todas maneras, estimamos prudente la firma de los familiares mayores de edad sean o no socios en el presente, pues la suscripción con un serio y transparente proceso previo, brindará una profunda vinculación moral y ética que reforzará el compromiso.

Por todo lo manifestado, al comprobar que la legislación paraguaya, al igual que la española, da al contrato la fuerza de ley entre las partes, establece formas de hacer valer dicho derecho y asimismo prevé la continuidad de los efectos de los contratos sobre los sucesores, podemos concluir que el Protocolo Familiar puede tener valor legal en el Paraguay.

Marcelo Cudas Frontanilla⁽¹⁹⁾

Citas:

- (1) Reyes Lopez, María Jose (coord). “La empresa familiar; encrucijada de intereses personales y empresariales”, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, p. 15; Ver nuestro trabajo “El protocolo de la empresa familiar como instrumento de prevención de conflictos”, en Errepar, DSE, nro. 244, marzo 2008.
- (2) 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, Ed. Deusto, Barcelona, 2007, p. 9.
- (3) Galvez, José 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, Ed. Deusto, Barcelona, 2007, p. 16.
- (4) Casado, Fernando, op. cit., p. 10.
- (5) Ver Sánchez Crespo Casanova, Antonio J. “El protocolo familiar”, Ed. Sánchez-Crespo Abogados y Consultores, Madrid, 2009, págs. 34, 96/99 y 115.
- (6) Rodríguez Aparicio, J.A. y Torres, C. Agustín. “La empresa familiar y el derecho civil”, en Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, num 12, 3ª época, mayo 1999, p. 44.
- (7) 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”, Ed. Deusto, Barcelona, 2007, p. 196.
- (8) Gortázar, Carlos, op. cit., p. 197.
- (9) Achares-Di Orío, Federico. “El protocolo familiar. A propósito de la autonomía de la voluntad, sus límites y el contrato social” en R.D.C.O., nro.240, p. 1 y sgtes.
- (10) Maradiaga, Jorge. “La sindicación de acciones”, Ed. Depalma, Bs.As., 1981, p. 6.
- (11) Molina Sandoval, Carlos A. “Sindicación de acciones”, Ed. Lexis Nexis, Depalma, Bs.As., 2003, p. 384.
- (12) La Ley 1983-B, p. 247.
- (13) Entre los muchos debates jurídicos sobre el tema de la sindicación de acciones pueden mencionarse también los relativos a la aplicabilidad de la excepción de incumplimiento y del pacto comisorio, a la posibilidad de que vincule a los administradores sociales, a la posibilidad de afectar el voto acumulativo y a la responsabilidad del sindicato por el voto nulo en la asamblea, entre otras cuestiones. Ver Carlos Molina Sandoval, “Sindicación de Acciones”, Ed. Lexis Nexis Depalma, Bs.As., 2003, págs. 383 a 395.
- (14) Anaya, Jaime. “La sindicación de acciones”. Ed. Academia Nacional de Derecho y C.S., Bs.As., 1997, p. 26; Roca, Eduardo “Acuerdos entre accionistas”, en ED del 7-9-01, Nro. 10.333, año XXXIX, pag.1 y stes.
- (15) Juz.Com.Nro.11, Sec.22, autos “Waroquiers, Juan Pedro y otro c/ Quintanilla, Dolores y otros s/ ordinario”, sentencia del 9-10-98 del Dr. Miguel Bargalló (en ED del 7-9-01, Nro.10.333, año XXXIX, pag.1 y stes.).
- (16) Rovira, Alfredo L. “Pactos de socios”. Ed. Astrea, Bs.As., 2006, p. 245 y autores citados en la nota 106 (Guastavino y Richard);

Molina Sandoval, Carlos A. "Sindicación de Acciones". Ed. Lexis Nexis, Depalma, Bs.As. 2003, p. 123; ver también la opinión favorable de Hugo Rossi en "Oponibilidad y cumplimiento en los convenios de sindicación de acciones", en Favier Dubois (h), E.M. (Director), "Negocios Parasocietarios", Ed. Ad Hoc, Bs.As., 1994, p. 47.

(17) De Gasperi, Luis. Anteproyecto de Código Civil Paraguayo. Ed. El Gráfico, 1964, p. 305.

(18) Pangrazio, Miguel Angel. Código Civil Paraguayo Comentado. Tomo III. Ediciones Cromos, Asunción, Paraguay, 1987, p. 831.

(19) Abogado. Egresado con honores de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Asunción. Cursó la Maestría en Derecho Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (Rca. Argentina). Docente universitario de carreras de grado. Socio del Estudio Codas. Consultor de Empresas Familiares. Expresidente del Instituto Paraguayo de Derecho Bancario y Societario. Director del Instituto Latinoamericano de la Empresa Familiar - Delegación Paraguay.

INFORMACIÓN RELACIONADA

VOCES

ACCION SOCIETARIA ~ ACCIONISTA ~ ACUERDO ~ DERECHOS DEL ACCIONISTA ~ EMPRESA ~ EMPRESARIO ~ HEREDERO ~ PROTOCOLIZACION ~ SINDICATO DE EMPRESA ~ SOCIEDAD ~