

ALGUNOS ASPECTOS JURÍDICOS DEL PROTOCOLO DE FAMILIA A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

*Liza Urbina Galiano**

RESUMEN

En el presente artículo, la autora se refiere al *protocolo de familia*, uno de los aspectos relevantes para el estudio de la empresa familiar, figura de especial importancia en la economía colombiana. El marco de análisis se circunscribe a aspectos como el concepto de protocolo de familia, naturaleza jurídica del protocolo, elementos esenciales del protocolo, características del protocolo, relación entre el protocolo y los estatutos, límites, oponibilidad de las normas consagradas en el protocolo de familia y contenido del protocolo.

Palabras clave: protocolo de familia, empresa familiar, sociedades comerciales, sociedades de familia.

ABSTRACT

In this paper, the author refers to the family protocol, an important aspect in the study of family entrepreneurship, figure of special relevance in the Colombian economy. This paper refers to aspects like the concept of “family protocol”, legal concept of “family protocol”, essential elements, characteristics of “family protocol”,

Fecha de recepción: 14 de octubre de 2003

* Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Especialista en derecho comercial y en derecho de sociedades de la misma universidad. Diplomada en derecho de los negocios internacionales (*U.S and colombian legal systems*) por American University y la Pontificia Universidad Javeriana. Profesora de derecho civil (obligaciones) en la Facultad de Derecho de La Universidad de La Sabana. Consultora privada.

relationship between the protocol and the entrepreneurship by-laws, limits, oppose at third parthies and content of the protocol.

Key words: *family protocol, family entrepreneurship, commercial companies, family partnerships.*

SUMARIO

1. IMPORTANCIA DEL TEMA
2. NOCIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR
 - 2.1. Dificultad del tema
 - 2.2. Aproximación a una definición
 - 2.3. Incidencia de la empresa familiar en el contexto macroeconómico
3. ESTUDIO LEGAL DEL PROTOCOLO DE FAMILIA
 - 3.1. Aproximación al concepto de protocolo de familia
 - 3.2. Naturaleza jurídica del protocolo
 - 3.3. Elementos esenciales del protocolo
 - 3.4. Características del protocolo
 - 3.5. Relación entre el protocolo y los estatutos
 - 3.6. Límites
 - 3.7. Oponibilidad de las normas consagradas en el protocolo de familia
 - 3.8. Contenido del protocolo

BIBLIOGRAFÍA

1. IMPORTANCIA DEL TEMA

La empresa de familia es un centro de gran contenido emocional donde surgen las condiciones de realización del trabajo familiar. El integrante de la familia con negocios, encuentra en ella una flexibilización de las relaciones obrero-patronales, donde se ajusta el régimen de contratación a las prioridades de la familia, logrando mejorar la calidad de vida de todos sus miembros.

Debido a sus fortalezas, a través de nuestra historia económica, ninguna institución ha aportado tanto en el desarrollo económico como lo ha hecho la empresa familiar, y ello ha ocurrido desde el principio de la civilización occidental. Desde antiguo las actividades económicas de las personas han estado basadas en la familia.

Es así como en primeras etapas de industrialización, las empresas de propiedad familiar continuaron influyendo en el desarrollo económico. Ello se demuestra, verbigracia, con las enormes fortunas familiares que se amasaron en los primeros años de vida independiente en Estados Unidos. Incluso después de la separación entre el capital y la dirección que tuvo lugar en el siglo XIX, las familias propietarias siguieron liderando la alta dirección de la empresa¹.

En el ámbito jurídico, la relevancia de las empresas familiares se origina en aspectos como:

- Genera deberes jurídicos concretos entre sus miembros y frente a terceros, sin embargo, eventualmente podrían enmarcarse en el campo de la moral y la ética, lo que en ocasiones puede generar un menor grado de coercitividad.
- En ellas se comparten pautas de comportamiento diversas a las tradicionales incluidas en los estatutos reglados por nuestra normatividad legal.
- Son fuentes de reglas de comportamiento con el fin de gobernar el negocio en forma eficiente, tales como requisitos de edad, aporte mínimo de capital, número de miembros, entre otras.

En el campo estricto del derecho societario, es importante tener en cuenta que para que la empresa familiar, como realidad económica, surja en el tráfico jurídico, debe constituirse en el objeto social de una sociedad, persona jurídica.

En este sentido, históricamente se ha sostenido que los tipos societarios adecuados para el desempeño de las empresas familiares, son los de las sociedades en comandita simple o por acciones, o las de responsabilidad limitada. No obstante, en la práctica ellas mismas se han encargado de demostrar lo contrario, donde las empresas familiares no parecen tener límites a la hora de escoger la indumentaria de las personas jurídicas societarias.

En fin, todo esto implica, que las normas emanadas de la familia, que se proyectan mediante el *protocolo*, el código de conducta familiar, o a través de cualquier otra manifestación formal o informal, deben respetar el ordenamiento jurídico imperativo.

En cuanto a estadísticas, es importante citar como fuente la investigación elaborada por la Superintendencia de Sociedades, denominada *Sociedades de*

¹ G. MYERS, *History of de great American fortunes*, The modern Library, New York, 1936, citado por NEUEBAUER, Fred y G. LANK en *La empresa familiar*, ediciones Deusto SA. 1999, Bilbao, pág. 17.

familia en Colombia; basada en 8.930 sociedades, de las cuales 8.780 remitieron información sobre accionistas o socios a la Superintendencia de Sociedades, y 150, corresponden a empresas vigiladas por las Superintendencias de Valores o Bancaria. Dentro de la muestra, el 67.8% corresponden a empresas cuya propiedad pertenece a una misma familia².

Antes de estudiar el tema que prioritariamente nos ocupa en estas líneas, referente al *protocolo de familia* y sus implicaciones jurídicas, considero conveniente aproximar al lector a la noción de la *empresa de familia*, con lo cual delimitamos el trabajo a las sociedades que compartan los rasgos esenciales de aquélla.

2. NOCIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR

2.1. Dificultad del tema

Establecer una noción de empresas de familia no es un ejercicio fácil debido a que el estudio independiente de este tipo de sociedades es reciente en el mundo. En los Estados Unidos aproximadamente lleva treinta años y en Europa diez.

Otro factor que ha interferido esta labor, ha sido el imperativo por parte de los propietarios de las empresas familiares, de rotunda confidencialidad de muchos aspectos, ya que no visualizan con agrado la exteriorización de las intimidades de sus empresas y de sus familias.

2.2. Aproximación a una definición

Tal y como lo comentamos, previo a cualquier definición, es un sofisma limitar el concepto de sociedades de familia con los tipos societarios colectivos, en comandita simple y más recientemente con el concepto de sociedades limitadas. Como lo veremos, dicho concepto pasa por alto el andamiaje jurídico por medio de la cual se constituye la sociedad. Ahora bien, basados en los estudios estadísticos, la mayoría de las veces las empresas familiares se introducen en el contexto jurídico a través de la adopción de cierto tipo societario pero no es este hecho el que la convierte en una empresa familiar.

Las sociedades de familia no se limitan a la adopción de una figura jurídica

2 Superintendencia de Sociedades, *Sociedades de familia en Colombia*, investigadores: ANDRÉS GAITÁN ROZO, JOSÉ DANILO CASTRO VELASCO, Bogotá D.C., 2001.

para la realización de una empresa, y por lo tanto, no sólo se utilizan las infraestructuras societarias (asamblea de accionistas, juntas directivas, órganos de control) como cumplimiento de una exigencia legal o como una mejor forma de organizarse. En este tipo de empresas, los accionistas aplican de una manera extraordinaria el principio de la autonomía de la voluntad privada para el desarrollo de sus actos jurídicos, ya que haciendo uso del mismo, le imprimen a la empresa lineamientos axiológicos y le imponen limitaciones que, por supuesto, no son introducidas por la legislación mercantil por no ser de su ámbito, sino por la institución familiar.

Lo anterior nos permite concluir a partir del estudio elaborado por la autora de este artículo en coautoría con LILIAN GONZÁLEZ y CLARENA PERALTA titulado *La empresa familiar ante el derecho de sociedades*³, en donde radica el exponente del éxito de la empresa de familia:

“Una familia estructurada y reglada de acuerdo con su *modus vivendi*, capaz de solucionar controversias sin necesidad de acudir a la justicia y creando procedimientos disciplinarios de acuerdo con sus parámetros morales”⁴.

En cuanto a la noción de la empresa de familia⁵, es de advertir que existen infinidad de definiciones sobre ella, trazadas a lo largo de los años. Para GALLO y SVEEN, la empresa familiar es aquella

“en la que una sola familia posee la mayoría del capital y tiene un control total. Los miembros de la familia también forman parte de la dirección y toman las decisiones más importantes”⁶.

En esta definición se combinan la participación mayoritaria de la familia en el capital social y el ejercicio del control en la toma de decisiones.

No sería conveniente adoptar una posición rígida al momento de definir la empresa de naturaleza familiar, pues con ello dejaríamos por fuera de su alcance otras en las cuales hay intervención de la familia pero quizás en un nivel menos exigente, sin que por ello se pueda afirmar que su forma de gobierno es propio de las empresas familiares.

3 URBINA GALIANO, LIZA; GONZÁLEZ, LILIAN; PERALTA, CLARENA, *La empresa familiar ante el derecho de sociedades*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, especialización en derecho de sociedades, Bogotá D.C., 2001.

4 Ídem, *op. cit.*

5 Sobre el tema véase más ampliamente el estudio antes citado.

6 M.A. GALLO y J. SVEEN, “*Internationalizing the family business: facilitating and restraining forces*” *Family Business Review*, verano de 1991, pág. 181.

Podemos decir, entonces, que:

“Una empresa familiar es la que está constituida como sociedad mercantil de cualquier tipo, en la que el control de los votos está en manos de una familia determinada”⁷.

Notemos que en la definición sugerida, en dicho estudio, no se hace alusión al control de la propiedad como requisito *sine qua non* para que una empresa sea de naturaleza familiar, aun a sabiendas que ello es así, cuando ese control es superior al 50% del capital de la empresa. Es por ello que, se admite la posibilidad que se dé un control de la propiedad con una cifra inferior al 50% del capital de la empresa, lo cual la mayoría de las veces sucede cuando el resto de las acciones están repartidas entre muchos accionistas.

Siguiendo el estudio en mención, el elemento determinante para que una empresa sea familiar, es la influencia de la familia para dar la última palabra en la dirección estratégica de la empresa, y en especial, en el nombramiento del próximo director. Siendo esto último, al decir de los asesores de la empresas familiares Neubauer y LANK⁸, G. LEVAN⁹ y GARRIDO DE PALMA¹⁰, la decisión más trascendental en la dirección estratégica de la empresa y en las asambleas de familias, pues garantiza que la empresa continúe con los valores y gestiones de la familia.

Tal vez es por esta razón que en los protocolos de familia no deben ser coincidentes el derecho de propiedad con la participación accionaria de los miembros de la familia en la empresa. Lo anterior se fundamenta en que en las diversas familias existen ciertos valores supremos entre los cuales se encuentran la unidad de la familia y el fortalecimiento y la supervivencia de la empresa, por lo que incluso alterando los derechos subjetivos inherentes a los sucesores de los causahabientes, se permite que no todos los miembros de la familia actúen activamente en la empresa, bien como accionistas o bien como directivos.

No con ello pretendo decir que sean estas personas, no poseedoras de perfiles propios para la adecuada gestión del buen gobierno empresarial, objeto de vulneración por parte de los integrantes de la familia que sí participan en la empresa, ya que a los primeros se les deben otorgar otras posibilidades para su desarrollo económico independientes de su intervención directa, esto en atención a la esencia de la empresa familiar: unidad y bienestar de la familia.

7 URBINA GALIANO, LIZA; GONZÁLEZ, LILIAN, PERALTA, CLARENA, *op. cit.*, pág. 14.

8 NEUBAUER, FRED; LANK, ALDEN, *La empresa familiar*, Ediciones Deusto S.A., Bilbao, 1999.

9 LE VAN, GERALD, *Guía para la supervivencia de la empresa familiar*, Ediciones Deusto S.A., Bilbao, 1999.

10 GARRIDO DE PALMA, VÍCTOR MANUEL, *La empresa familiar ante el derecho*, Editorial Civitas, Madrid, 1995.

2.3. Incidencia de la empresa familiar en el contexto macroeconómico

A continuación presento los resultados arrojados por ciertos estudios que en últimas reflejan la enorme trascendencia de las empresas de familia en las economías nacionales.

En Colombia, en un estudio reciente realizado por el programa EXEDU, de la Universidad de los Andes, se comprobó que para mediados del año 2000, las empresas familiares representan más de dos terceras partes del empleo generado, y que el 75% del total de compañías con que cuenta hoy Colombia, son de este tipo¹¹.

Por otra parte, el estudio de FORBES del 22 de mayo de 1995 sostiene que las empresas que cotizan en bolsa y son familiares, presentan un 15% mayor de rentabilidad y un 14 % más de crecimiento frente a las demás del sector. Asimismo reconoce que las empresas familiares francesas que cotizan en bolsa presentan rendimientos superiores que las demás.

Al parecer estas empresas tienen en común la implementación de las estructuras propias de las empresas familiares y el perfeccionamiento de los órganos de dirección de la familia y de la empresa, lo cual no les garantiza que no se expongan al fracaso porque aunque las estructuras son buenas, cada empresa es una familia con individualidades que les son propias.

Según el reciente estudio realizado por la Superintendencia de Sociedades *Sociedades de familia en Colombia*, para el año 1999 el 66% de las sociedades eran de carácter familiar, dato interesante si se le compara con otros países desarrollados como Italia (donde el 99% de las empresas son de origen familiar), Estados Unidos (donde el 95% de las empresas son de familia), Suiza (con el 88%), Reino Unido (con el 76%), y España (con el 71%). Sobre el particular, con gran acierto, concluye la Superintendencia de Sociedades, que en los países menos desarrollados la participación de las empresas familiares es menor con ocasión de la escasez de capital para crearlas, y de la participación de empresas multinacionales que acaparan el mercado¹².

Así entonces podemos afirmar que entre nosotros, sólo hasta ahora se tiene conciencia de los mecanismos idóneos para implementar las empresas familiares,

11 www.semana.com.co. *Revista Semana*, artículo “La pérdida de la corona”, edición 929 de 2000.

12 Superintendencia de Sociedades, *Sociedades de familia en Colombia*, cit., págs. 33 a 36.

lo cual infiere en primer lugar, en la necesidad de un cambio de la visión de la familia y de sus administradores y asesores externos, ya que se destruyen los esquemas tradicionales en los cuales los accionistas tenían una posición bastante pasiva o por lo menos inadecuada y no asumían una actitud diferenciadora entre la dirección y funcionamiento de la empresa y del propio de la familia. Asimismo, un segundo aspecto implica que anteriormente los administradores y sus asesores omitían o desconocían los intereses de la familia propiciando una total falta de coordinación entre los designios de la familia y las directrices de gestión de la empresa, lo cual la mayoría de las veces iba en detrimento de la empresa y por último de los accionistas.

De todo lo anterior se concluye que las empresas familiares, sin importar su dimensión, prestan un papel preponderante en el ámbito macroeconómico y social de un país, y a escala mundial, son generadoras de unos resultados óptimos para los accionistas, sean o no miembros de la familia.

Pese a la importancia de las empresas familiares en la economía de un país, la falta de continuidad de este tipo de negocios es evidente. Generalmente sólo pocas de ellas sobreviven a la primera generación, por lo que se intuye que tienen una vida breve.

Situándonos en casos concretos, en España la tasa de mortalidad de la empresa familiar ha sido del 84% en 20 años¹³. En Colombia sólo el 30% de estas compañías pasan con éxito de la primera a la segunda generación, y un 87% se disuelve antes de llegar a la tercera¹⁴.

En nuestro país, con relación a la propiedad actual de la empresa, la tercera parte de las empresas de familia encuestadas por la Superintendencia de Sociedades en su investigación *Sociedades de familia en Colombia*, contestaron que está en poder del fundador, es decir, que se encuentra en la primera generación; el 29.7% respondió que la propiedad se encuentra en poder de los hijos del fundador, es decir en la segunda generación, y sólo el 3.4% están en manos de los nietos, o sea en la tercera generación. La Superintendencia concluye sobre este punto que un número importante de empresas de familia se encuentran en la segunda generación, que es, a su juicio, la etapa más difícil, en la cual estas compañías enfrentan los problemas más grandes desde el punto de vista administrativo y familiar¹⁵.

13 GÓMEZ BETANCURT GONZALO, "La empresa familiar espina dorsal de la economía", diario de *La República*, año 2000.

14 *Revista Semana*, www.semana.com.co. artículo "La pérdida de la corona", edición 929 de 2000.

15 Superintendencia de Sociedades. *Sociedades de Familia en Colombia*, cit.

3. ESTUDIO LEGAL DEL PROTOCOLO DE FAMILIA

3.1. Aproximación al concepto de protocolo de familia

El protocolo familiar o declaración de familia, en términos generales, consiste en:

“Un conjunto de reglas fijadas por la familia en el seno de la asamblea familiar, que determinan aspectos relativos a la forma como se desenvolverán 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 encauzaran el devenir empresarial”¹⁶.

En últimas, el protocolo determina los límites de operación de la empresa así como la forma como se desarrollarán, a lo largo de su existencia, la relación entre la familia y los diferentes órganos de la empresa y la familia.

Asimismo, el protocolo familiar pretende que propietarios, directivos y miembros de la familia estén bien informados sobre la empresa y el nivel de relaciones que deben mantener entre todos ellos.

Lastimosamente en Colombia, conforme a la investigación de la Superintendencia de Sociedades denominada *Sociedades de familia en Colombia*, el protocolo sólo existe en el 8.5% de las empresas de familia, el 43.3% dijo que no lo tiene y el 48.2% no respondió a esta pregunta¹⁷.

3.2. Naturaleza jurídica del protocolo

Hemos inferido una noción sobre el protocolo de familia, la cual si bien es acertada, no nos indica con exactitud la connotación jurídica de dicho documento; es por eso que a continuación nos referiremos a su naturaleza jurídica, partiendo de la figura denominada sindicato de accionistas, la cual a todas luces comparte algunos rasgos con el protocolo, y con posterioridad identificaremos los elementos esenciales y característicos del último.

16 URBINA GALIANO, LIZA; GONZÁLEZ, LILIAN; PERALTA, CLARENA, *La empresa de familia ante el derecho de sociedades*, cit.

17 Superintendencia de Sociedades, *Sociedades de Familia en Colombia*, cit.

Ordenamientos jurídicos de diversos países confieren validez a las regulaciones de las relaciones de los accionistas mediante estipulaciones diversas a las contenidas en los estatutos sociales, a través de documentos privados denominados sindicatos de accionistas¹⁸.

La legislación colombiana, a igual que otras similares, otorga validez al sindicato de accionistas con base en ciertas disposiciones que a continuación me permito referir; la primera, y tal vez la más trascendental, el principio de la autonomía de la voluntad privada, el cual nos permite crear estos pactos o contratos entre los accionistas siempre que se respete la ley imperativa, el orden público y las buenas costumbres; la segunda, el artículo 110 numeral 14 del Código de Comercio, se establece la posibilidad de darse otros pactos compatibles con la índole de cada tipo societario, con la finalidad de regular las relaciones originadas en el mismo contrato. Por último, y de acuerdo a los efectos que puedan tener estos acuerdos, el artículo 70 de la Ley 222 de 1995 admite la oponibilidad de los contratos entre accionistas frente a la sociedad y a los demás asociados siempre que se dé cumplimiento a los requisitos que dicho artículo trae consigo¹⁹.

18 Los sindicatos de accionistas pueden ser de diferentes modalidades entre los cuales se pueden citar:

- a) Sindicatos de mando y bloqueo: buscan retener el control administrativo de la sociedad por medio del bloqueo que hace la mayoría accionaria.
- b) Sindicatos con retención o transmisión del título: se diferencian los sindicatos que implican una transferencia de los títulos de acciones a uno de los asociados o a un tercero (*trustee* o fiduciario) de aquellos que en los que el accionista conserva sus títulos de las acciones.
- c) Sindicato unánime o colegiado: según la forma como haya de efectuarse la votación en la asamblea o junta de socios. En el unánime la votación en el máximo órgano social presupone un convenio de la totalidad de los sindicados. En el colegiado se requiere una reunión previa de los accionistas suscriptores del convenio en la que se defina, por mayoría el sentido de la votación en la junta o asamblea de accionistas.
- d) Sindicatos financieros: no buscan obtener el control administrativo de la compañía sino que tienen una finalidad especulativa en bolsa o en el sector financiero.
- e) Sindicatos de emisión o de colocación: buscan hacerse a la suscripción de un número de acciones con fines especulativos.
- f) Sindicatos de resistencia: buscan mantener bloqueado un número de acciones a fin de intentar el acrecimiento de las participaciones del capital, de manera que sea posible preservar la cotización de títulos en el mercado. (Véase FERNANDO MASCHERONI, *Régimen jurídico del socio, los derechos y obligaciones comerciales*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, pág. 214).

19 Los siguientes son los requisitos que exige la ley:

- a) Quienes participen en el respectivo convenio deben ser socios o accionistas que no sean administradores de la sociedad.
- b) Sólo pueden versar sobre la forma como habrá de emitirse el voto en las reuniones de la asamblea general o junta de socios o referirse a la persona(s) que habrá(n) de representar el bloque de acciones cuotas o partes de interés de los participantes en una o varias reuniones del máximo órgano social y
- c) Deben siempre constar por escrito y depositarse en las oficinas de administración de la sociedad, mediante su entrega formal al representante legal de la compañía.

En cuanto a la doctrina, vemos cómo ASCARELLI al referirse a los sindicatos de accionistas, dice que son:

“Aquellas convenciones que constituyen contratos plurilaterales, mediante los cuales los accionistas se obligan recíprocamente a votar en un mismo sentido o se obligan a entregar todas las acciones propias a un gerente de confianza común con mandato irrevocable, para que éste lleve a cabo la actuación que se acuerda por la mayoría de los accionistas sindicados”²⁰.

La doctrina nacional, también se pronuncia la respecto y en las voces del doctor ROSADO FERNÁNDEZ DE CASTRO el sindicato de accionistas es aquel

“acto parasocial, cuyas disposiciones son concertadas por todos o por una parte de los accionistas de una sociedad anónima, cuyo fin es influir en la vida y marcha de la misma y satisfacer los intereses particulares de quienes suscriben el convenio”²¹.

Siguiendo estas definiciones las características del contrato de sindicación de acciones son las siguientes:

1. Es un contrato plurilateral.
2. Es un contrato accesorio al contrato de sociedad.
3. Es un contrato consensual. Surge desde el mismo instante en que se produce el acuerdo de voluntades. Ahora bien, siguiendo los lineamientos del artículo 70 de la Ley 222 de 1995, para efectos de oponibilidad del acto frente a la sociedad, éste debe constar por escrito y ser depositado en las oficinas de administración.
4. Es un contrato de libre discusión: no es un contrato con cláusulas predeterminadas.
5. Es un contrato de ejecución sucesiva.
6. Es un contrato conmutativo.

La oportunidad para su celebración puede variar ya que ésta puede darse aun cuando la sociedad es un proyecto, es decir, antes de su nacimiento a la vida jurídica,

20 ASCARELLI, TULIO, *Sociedades y asociaciones comerciales*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1947, pág.23, citado por BERNAL GUTIÉRREZ RAFAEL, en *Sociedad anónima en Colombia*, pág. 182.

21 ROSADO FERNÁNDEZ DE CASTRO EDUARDO, “Los acuerdos entre accionistas”, tesis de grado como especialista en derecho de sociedades, Universidad Javeriana, 1997, pág. 12.

o con posterioridad a su creación. Sin embargo, cuando se celebre antes del nacimiento de la sociedad, los efectos que de él puedan derivarse se encuentran sometidos a la condición de la existencia de la sociedad.

Con relación al protocolo de familia si bien comparte algunas de la características esenciales de los sindicatos de accionistas, goza de particularidades específicas; ambos se originan por virtud del principio de la autonomía de la voluntad privada. Sin embargo, mientras el sindicato, en una de sus modalidades (sindicato de voto) tiene regulación legal, el protocolo es un contrato eminentemente atípico.

El protocolo puede ser suscrito, además de los accionistas, por los administradores, y por no accionistas, siempre que sean miembros de una misma familia, mas no sucede así con el sindicato de accionistas.

Es por ello que el concepto de protocolo de familia es más extenso que el concepto de sindicato de accionistas, ya que el primero puede abarcar al segundo y aun referirse a otros aspectos diferentes a los contemplados por los diversos tipos de sindicatos, toda vez que el protocolo no se limita a regular la propiedad accionaria, sino que involucra también, entre otros, al control de la administración por parte de un grupo de accionistas, los valores a transmitir, el trabajo y la creación de órganos familiares específicos.

En suma el protocolo de familia es un acuerdo de voluntades entre los accionistas de una sociedad familiar y demás miembros de una familia, paralelo a los estatutos sociales, cuyo objetivo es fijar directrices relativas al funcionamiento de la sociedad, a las relaciones de la familia con la sociedad y aun a las relaciones entre los miembros de la misma familia unidos por vínculos de sangre o civiles²².

Es viable, por tanto, que cualquier empresa que sea definida como familiar, sin atender a sus dimensiones, celebre el protocolo de familia.

3.3. Elementos esenciales del protocolo

De la definición de protocolo y del estudio de varios de ellos²³, se identifican sus elementos esenciales, en atención a una tipicidad social, válida en la medida en que se respeten los límites impuestos por el ordenamiento jurídico.

22 URBINA GALIANO, LIZA; GONZÁLEZ, LILIAN; PERALTA, CLARENA, *La empresa de familia ante el derecho de sociedades*, cit.

23 Para nuestro estudio analizamos los protocolos de familia citados por los autores NEUBAUER y LANK en su texto *La empresa familiar*, así como los temas necesarios para la elaboración de éstos, comentados por GERAL

Siguiendo nuestro anterior estudio²⁴, señalamos que son elementos esenciales del protocolo los siguientes:

1. Que sea suscrito por todos los miembros de una familia, de la misma generación o de varias generaciones, siempre que estén unidos por cognación o por vínculo conyugal. Sin embargo, existe la posibilidad de que participen los familiares políticos, caso en el cual estamos frente a un elemento accidental.
2. Que regule las relaciones entre la familia y la empresa y las de la familia misma; no existe un modelo único para regular dichas relaciones pues ello depende de las necesidades específicas de cada familia.
3. Que genere como mínimo las instituciones familiares de la asamblea de familia y el consejo de administración. Sin embargo este último puede tener como origen la ley en aquellos eventos en que éste es obligatorio (sociedades anónimas); las generación de las demás instituciones es un elemento accidental, como la creación del consejo de familia cuando la familia es muy grande o se encuentra en la tercera generación.
4. Que tenga por sustento una empresa familiar constituida por medio de una sociedad.

3.4. Características del protocolo

1. Es un contrato plurilateral.
2. Es un contrato conmutativo.
3. Es un contrato consensual.
4. Es un contrato atípico e innominado ya que no tiene nombre ni consagración legal.
5. Es un contrato de libre discusión.

LE VAN en su texto *Guía de la supervivencia de la empresa familiar*. Otros valiosos documentos han sido los elaborados por el profesor GARRIDO en el seno de la IESE, los cuales son modelos tipo de protocolos.

- 24 URBINA GALIANO, LIZA; GONZÁLEZ, LILIAN; PERALTA, CLARENA, *La empresa de familia ante el derecho de sociedades*, cit.

6. Es un contrato de tracto sucesivo.
7. Es un contrato oneroso.
8. Es un contrato accesorio ya que requiere de la existencia de un contrato de sociedad del cual surge una persona jurídica propietaria de la empresa familiar.

3.5. Relación entre el protocolo y los estatutos

Protocolo y estatutos no son conceptos idénticos, por las siguientes razones:

1. Proviene de distintos sujetos: El protocolo, de distintas personas pertenecientes a una familia o vinculados a ella, que pueden ser accionistas o no. Los estatutos, por su parte, provienen de la sociedad persona jurídica. Esto desde luego varía cuando los estatutos acogen los acuerdos que antes eran parasociales y que estaban inmersos en el protocolo, porque en ese caso se considera que la voluntad emana de la persona jurídica (artículo 110 num. 14 del Código de Comercio).
2. El alcance de sus efectos, en principio es distinto: el del protocolo es relativo, pues sólo tiene efectos entre quienes los suscriben; el de los estatutos, absoluto. Aclaremos que “en principio”, dadas las salvedades relativas la incorporación en los estatutos de las normas del protocolo.
3. A pesar de que tanto el protocolo como los estatutos determinan la duración de la vinculación de los miembros de la empresa familiar o de la sociedad según el caso, cuando se trata de los miembros de la empresa familiar, éstos continúan vinculados a ella no sólo mientras así lo establezca el protocolo, sino mientras perdure la familia como propietaria de la empresa familiar.

3.6. Límites

A pesar de la inmensa libertad que le otorga el mundo jurídico a los contratantes, basado en el principio de la autonomía de la voluntad privada, también se les impone ciertos límites aplicables al acuerdo de voluntades. Dichos límites hacen referencia al respeto del orden público y las buenas costumbres.

En efecto, serán nulos los pactos tendientes a suprimir la asamblea o junta de socios, a impedir el voto como derecho y como deber colectivo, a cercenar los derechos legales de los accionistas que no hagan parte del pacto, etc.

En opinión de GREGORIO, citado por CARLOS ZANNONI²⁵, cuando concluye que aunque pueda que el protocolo no sea oponible a la sociedad ni ésta pueda invocarlo para anular las resoluciones tomadas con los votos emitidos en su cumplimiento, las cláusulas pactadas entre los accionistas tendrán validez legal si ellas no contrarían el interés de la sociedad, y no atentan contra el ordenamiento jurídico imperante.

Es justo concluir que para que las cláusulas del protocolo de familia conserven su validez deben ajustarse, en todos los casos al principio de legalidad.

Ahora bien, con respecto a este punto, y dado que estos convenios no tienen consagración legal y no son usuales entre nosotros, se presenta la dificultad de determinar cuál es la ley imperativa que los rige. Se hace necesario entonces acudir a un análisis comparativo sobre el asunto particular y a los conceptos emitidos por los órganos de inspección, vigilancia y control.

3.7. Oponibilidad de las normas consagradas en el protocolo de familia

Es este un tema debatido en la doctrina en donde para algunos estudiosos²⁶, el protocolo de familia debe estar contenido íntegramente en los estatutos sociales, con la finalidad de evitar las dificultades que generan su inoponibilidad frente a la sociedad y frente a terceros.

Entre nosotros esta alternativa puede surgir como un pacto adicional entre los asociados, incorporado en los estatutos (artículo 110 num. 14 del Código de Comercio), en cuyo caso será complementario de los mismos.

En mi opinión, en observancia de la naturaleza de las relaciones que regula el protocolo, que trasciende al ámbito familiar, debe garantizarse la confidencialidad de muchas de estas cláusulas, eso sí condicionado a que las mismas no afecten los intereses de terceros de buena fe. En ese sentido podría incorporarse en los estatutos lo relativo a la propiedad y a la administración.

En cuanto a la oponibilidad del protocolo respecto de las distintas personas a quienes pudiera afectarles su contenido tenemos que distinguir varias situaciones.

25 ZANNONI ROMERO CARLOS, "Defensa de las minorías en las sociedades anónimas", *Revista del derecho comercial*, Editorial Depalma, 1974, pág. 475.

26 Dentro de los cuales podemos citar a GARRIDO DE PALMA VÍCTOR MANUEL, en su obra *La empresa familiar ante derecho*, Editorial Civitas, pág. 297.

1. Oponibilidad del protocolo frente a quienes lo suscriben

Las normas y demás cláusulas consagradas en el protocolo de familia serán siempre oponibles a quienes lo suscriben. Esto se fundamenta en la naturaleza contractual del protocolo, por lo que sus normas son ley para las partes de conformidad con el artículo 1602 del Código Civil.

2. Frente a terceros

Las disposiciones del protocolo no les son oponibles a terceros ya que no son objeto de publicidad de conformidad con los artículos 112 y 901 del Código de Comercio. Entre comerciantes el medio legal en virtud del cual se surte la publicidad es el registro mercantil en la Cámara de Comercio del domicilio principal de la sociedad.

Sólo serían oponibles a terceros aquellas cláusulas del protocolo que sean insertadas en el estatuto social con su posterior registro en Cámara de Comercio, esto en el evento en que así lo decida el máximo órgano social.

3. Frente a la sociedad

El protocolo, al igual que el sindicato de accionistas, si no es reconocido por la sociedad, generará efectos interpartes, es decir, entre los interventores en el convenio, no vinculando a la sociedad misma. La sociedad actúa como un tercero ajeno al pacto.

En el evento en que, el protocolo es reconocido por la sociedad, podrá, según su alcance, producir efectos frente a ella, pero no frente a terceros, a menos que tal acuerdo sea público, instrumentado, y deje de ser parasocial para ser involucrado en los estatutos. En este caso, estaríamos frente a una extensión de los estatutos.

En todo caso, haciendo analogía a la disposición de la Ley 222 de 1995 referida al sindicato de accionistas, para darle oponibilidad al protocolo frente a la sociedad debe hacerse el correspondiente depósito del documento en la sede social, y con ello darle publicidad al acto, de conformidad con las exigencias legales que se hacen en el caso de los sindicatos de accionistas.

3.8. Contenido del protocolo

No creo conveniente finalizar el documento sin hacer una breve referencia al contenido del protocolo de familia, el cual variará dependiendo de cada empresa familiar. Sin embargo, partiendo de la información que amablemente fue suministrada por los miembros del instituto de alta dirección empresarial —INALDE—, y de determinados análisis que sobre el punto hizo el doctor GARRIDO DE PALMA en su compendio varias veces mencionado, a continuación vemos algunos aspectos que deberían tenerse en cuenta para su elaboración.

1. Los valores a transmitir

Se deben determinar los motivos por los cuales se pretende constituir una empresa familiar, la finalidad que tiene a mediano y largo plazo, las virtudes a transmitir y los sacrificios que se deben hacer para mantener la unidad familiar y alcanzar las metas.

2. Tipo de empresa familiar que se quiere ser

Aquí se debe hacer referencia a los aspectos básicos de las relaciones entre la empresa y la familia, como limitar o promover el ingreso a la empresa por parte de ciertos miembros de la familia, así como establecer con claridad el concepto de la propiedad del capital y su transmisión.

3. Qué se puede esperar de la empresa familiar

Hace referencia a los planes estratégicos y de evolución en la empresa familiar. Se refiere básicamente a las tácticas a implantar en materia de productos, clientes, tácticas de mercadeo, inversiones etc. y estructura de la organización.

4. Cuándo dejar de ser empresa familiar

Este punto hace referencia a los motivos por los cuales se debe dejar de ser una empresa familiar; por ejemplo falta de competitividad, necesidad de hacer alianzas, disminución de miembros de la familia, etc.

4. Trabajo

Sobre el aspecto referido al trabajo se deben fijar las reglas que se deben aplicar en lo referente al ingreso y retiro de la empresa familiar, y al régimen laboral de la misma. Con estos elementos se puede determinar el tipo de empresa familiar que

se quiere ser y evitar caer en trampas tales como confundir propiedad con capacidad y lazos de afecto contractuales, así como retrasar la sucesión en el mando.

Algunas cláusulas usuales en este tema, entre otras, son:

Los procedimientos a seguir para evaluar las cualidades de las personas de la familia que trabajan o quieren trabajar en la empresa familiar, y su desempeño.

Los niveles de dedicación y exclusividad en cada caso.

La forma como se deciden las selecciones y promociones de miembros de la familia y se preparan sus carreras profesionales.

Los sistemas de remuneración fija y variable, y las comparaciones con los niveles del mercado.

La edad para jubilación de los ejecutivos, el proceso de sucesión y de retiro de los órganos de gobierno de la empresa.

5. Propiedad

Es bueno anotar que en los diferentes protocolos se establecen cláusulas tipo referidas a los siguientes aspectos:

- Pactos de sindicación de votos. Es necesario tener en cuenta para efectos de la sindicación de votos, los requisitos exigidos por el artículo 70 de la Ley 222 de 1995.
- Cómo continuar siendo accionista, sin vender la propiedad que se posee.
- La posibilidad de titularizar acciones a nombre de los hijos y cónyuges para que puedan asistir a la junta general de accionistas.
- La recomendación sobre la transmisión de acciones por herencia en partes iguales entre los herederos, o en partes diferentes si los herederos trabajan o no.
- Los modos de establecer periódicamente el valor de la empresa y de darlo a conocer a los miembros de la familia.
- Los acuerdos para ofrecer liquidez a los accionistas, constituyendo un fondo de liquidez que permita la compra de acciones, para su posterior distribución, amortización, etc.

- Los pactos para los casos en que se pretenda enajenar acciones.

6. Órganos

Respecto de los órganos que gobiernan la empresa, el protocolo familiar debe indicar, entre otros aspectos:

- La frecuencia con que se celebrará la junta general de accionistas, y el tipo de información a dar, partiendo del hecho de que se desea que los miembros de la familia conozcan bien la empresa familiar y puedan comprometerse de manera espontánea con su desarrollo.
- La composición del consejo de administración, sus reglas de funcionamiento y sus relaciones con otros miembros de la familia.
- La creación de comités del consejo de administración, por ejemplo, los de evaluación y remuneración de directivos que son miembros de la familia, o los de relaciones con los accionistas.

Además, tal y como lo analizamos en el capítulo correspondiente a los órganos de la empresa familiar, es en el protocolo en dónde se debe regular la creación, composición y funcionamiento de los mismos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *De los contratos*, Editorial Temis S.A. Editorial Jurídica de Chile.
- BERNAL GUTIÉRREZ, RAFAEL, *La sociedad anónima en Colombia*, Legis, Bogotá, 1980.
- HOLLANDER, B.S.; ELIMAN, N.S., “*Family Owned Business: a Emergency Field of Inquiry*”, *Family Business Review*, 1988.
- GALLO, M.A.; SVEEN, J., “*Internationalising the family business: facilitating and restraining forces*”, *Family Business*, 1991.
- GARRIDO DE PALMA, VÍCTOR MANUEL, *La empresa familiar ante el derecho*, Editorial Civitas, Madrid, 1995.
- GIVERN, C., MC., “*The Dynamics of Management Succession: a Model of Chief executive succession in the small family firm*”, *Family Business Review*, 1989.
- GÓMEZ BETANCUR, GONZALO, “La empresa familiar ideal”, artículo publicado en el diario *La República*, agosto de 2000.

GÓMEZ BETANCUR, GONZALO, “La empresa familiar, espina dorsal de la economía”, artículo publicado en el diario *La República*, agosto de 2000.

GREINER, L.E., “*Evolution and revolution as organizations grow*”, *Harvard Business Review*, July - August 1972.

ICBF, *Carta de derecho de familia*, 28, publicación mayo de 1994.

ICBF, *Carta de derecho de familia*, 32, publicación noviembre de 1994.

INALDE, Instituto de Alta Dirección Empresarial, Protocolo Familiar I, Bogotá, 1992.

INALDE, Instituto de Alta Dirección Empresarial, Protocolo Familiar II, Bogotá, 1994.

Jurisprudencias del *Common Law*, *Automatic Self Cleansing Filter Syndicate c.V. Cunningha, Yrehido - Electric Power Commission of Ontano*, 1924 Corte Ontano, juez MUOLCK.

KROEGER, C.V., “*Managerial Development in the Small Firm*”, *California Management review*, 1974, n° 1.

LEAC D.; LEAHY J., “*Ownership Structures, control and the performance of large British companies*”, *Economic Journal*, vol. 101, 1991.

LEVINSON, D.J., *The seasons of a man's life*, Ballantine Books, New York, 1978.

LE VAN, GERALD, *Guía para la supervivencia de la empresa familiar*, Ediciones Deusto S.A., Bilbao, 1999.

MASCHERONI, FERNANDO, *Régimen jurídico del socio, los derechos y obligaciones comerciales*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997.

NARVÁEZ GARCÍA, JOSÉ IGNACIO, *Teoría general de las sociedades*, Legis, Bogotá, 1997.

NEUBAUER, FRED; LANK, ALDEN, *La empresa familiar*, Ediciones Deusto S.A., Bilbao, 1999.

Revista Semana, edición 929 de 2000, artículo “La pérdida de la corona”, <http://www.semana.com.co>.

ROSADO FERNÁNDEZ DE CASTRO, EDUARDO, “Los acuerdos entre accionistas”, tesis de grado, especialización en derecho de sociedades, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá 1997.

SHANKER, M.C.; AASSTRACCHAN, J.H., “*Myths and realities: family business, Contribution to the US Economy, A framework for assessing family business statistics*”, *Family Business Review*, 1996.

Superintendencia de Sociedades, *Estudio sociedades de familia en Colombia*, Bogotá, 2001.

Superintendencia de Valores, *Doctrinas y conceptos*, Bogotá, 1995.

ZANNONI ROMERO, CARLOS, *Defensa de las minorías en las sociedades anónimas*, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Editorial de Palma, Buenos Aires, 1974.