

BUEN GOBIERNO CORPORATIVO EN LAS EMPRESAS FAMILIARES¹

Oswaldo Hundskopf Exebio²

SUMARIO

- I. Presentación del tema.*
- II. Información introductoria.*
- III. Las empresas familiares y su problemática.*
- IV. Órganos societarios de las empresas familiares.*
- V. Órganos internos de una empresa familiar.*
- VI. El protocolo familiar.*
- VII. Actos complementarios a los protocolos familiares.*
- VIII. Reflexiones finales.*

¹ Actualización de la ponencia presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porras en el evento sobre Gobierno Corporativo y Empresas Familiares: Tendencias y Retos, organizado por el Centro de Estudios de Derecho Corporativo – CEDEC.

² Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Administrativo y Doctor en Derecho. Realizó cursos de especialización en Derecho Mercantil en la Universidad de Salamanca y en gestión y promoción de exportaciones en la Escuela de Administración de Negocios para Graduados del Perú (ESAN). Es miembro de número de la Academia Peruana de Derecho, past presidente del Instituto Peruano de Derecho Mercantil y presidente del Instituto Peruano de Derecho Pesquero. Past Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Profesor visitante de diversas escuelas de postgrado del país y del extranjero.

I. PRESENTACIÓN DEL TEMA.

En el Derecho Corporativo, son diversos los temas de actualidad sobre los cuales no existe una regulación legal específica que sea integral y sistemática, y entre ellos destacan en nuestra opinión, cuatro, los cuales son los siguientes:

1. El tema de los Grupos de Sociedades o Grupos de Empresas, que nadie discute que de hecho existen en nuestro país, reconociendo sin embargo que se encuentran vigentes normativas sectoriales muy especializadas, para ciertas actividades económicas, tales como inversiones en banca y finanzas, en el mercado de valores, en inversiones en empresas vinculadas a la energía, entre otras. Lo que falta es regular los elementos y/o requisitos que deben concurrir para que las empresas integren o formen parte de uno de estos grupos, además claro está, del accionariado común que las vinculen entre sí.
2. El tema de las Sociedades Unipersonales de Responsabilidad Limitada, que merece ser evaluado para definir si se deben o no incorporarlas o reconocerlas como un tipo societario, tal y como funciona en otros países, (hoy solamente existe un régimen de excepción contenido en el artículo cuarto de la Ley General de Sociedades, en adelante simplemente LGS, y las sociedades de favor, que en realidad son de un solo dueño). Lo que sí existe en nuestro país y no se debe confundir, es una regulación especial para una persona jurídica denominada Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (EIRL), cuyo titular es una única persona natural, pero que no constituye un tipo societario, y que en la historia de nuestra legislación corporativa fue diseñada básicamente para las pequeñas empresas, pero que sin embargo hasta la fecha subsiste, sin limitaciones de tamaño o de régimen empresarial.
3. El tema de las Sociedades BIC, o Sociedades de Beneficio e Interés Colectivo, conocidas en Estados Unidos de Norteamérica como Empresas B, cuya existencia representa un cambio del paradigma tradicional consistente en que las sociedades deben

perseguir únicamente beneficios distribuibles entre los socios, cambio que consiste en incluir dentro de su objeto social, finalidad y propósito, además de una finalidad económica y la expectativa de generar beneficios económicos distribuibles, incorporar objetivos sociales y medioambientales, básicamente en el área territorial en el que desarrollan sus actividades, es decir en el entorno físico donde se ubica la empresa (Hay actualmente un proyecto de ley presentado por un grupo de Congresistas el cual se está debatiendo en la Comisión de Justicia, y de otro lado, se están llevando a cabo eventos académicos, tanto nacionales como internacionales, pues esta nueva concepción empresarial se viene estudiando y evaluando en varios países de Sudamérica como Argentina, Colombia y Chile, entre otros, incluso en la práctica tenemos entendido que ya existen en nuestro país algunas empresas organizadas bajo la modalidad de sociedades anónimas, que esperan del Gobierno un marco legal regulatorio, básicamente en lo que se refiere a los derechos y responsabilidades de sus directores, y si es posible, recibir algún tipo de incentivos, ya sean crediticios, tributarios, laborales, municipales o administrativos, entre otros.

4. Finalmente y no por ello menos importante, está el tema de las Empresas Familiares, las que configuran una realidad indiscutible, pues han alcanzado niveles de crecimiento y desarrollo significativos representando ya un porcentaje importante del PBI, tema que ha despertado el interés de destacados economistas, juristas y sociólogos entre otras profesiones. Si bien en nuestro país no hay normas legales específicas y menos un marco legal integral y sistemático que las regulen, si existen Guías, Modelos, Manuales y Prácticas de Buen Gobierno Corporativo que si bien provienen de la experiencia de otros países, se vienen utilizando con bastante éxito. No podríamos afirmar que se trata de un tema moderno o de la presente década, pues en otros países como en España por ejemplo ha merecido un interés académico especial, inclusive en algunas Comunidades se han aprobado normas legales específicas, además de generarse una importante investigación académica, y producción de obras legales de indiscutible interés, investigación que también se ha trasladado a nuestro país, y por lo tanto ya es posible ubicar

importantes obras de consulta, siendo un tema muy amplio que abarca diversas instituciones entre las cuales están el planeamiento sucesorio y el protocolo familiar.

II. INFORMACIÓN INTRODUCTORIA.

En cuanto a la información inicial sobre las empresas familiares, hay que tener en consideración que las empresas familiares, en sus primeras expresiones y apariciones, constituyen la forma de organización empresarial más antigua y predominante en el mundo, y actualmente en cálculos estimados, las empresas familiares representan aproximadamente el 70% de la totalidad de las empresas. En España por ejemplo, alrededor del 75% de las empresas son de propiedad de familias, y contribuyen con aproximadamente el 65% del PNB, en cambio, en Latinoamérica las empresas familiares aportan alrededor de 60% del PNB en promedio³. Algunos ejemplos de empresas familiares exitosas en el mundo: Ford, Fiat, L'Oreal, Michelin, Siemens, Walmart, Samsung, Hyundai, Ferragamo, Carrefour, y muchas más. Asimismo, según estudios confiables, las empresas familiares generan aproximadamente el 50% del empleo privado.

En nuestro país, no existen estadísticas concretas relacionadas con el número y contribución al PBI de las empresas familiares, no obstante consideramos que los rangos porcentuales anteriormente señalados, se acercan bastante a nuestra realidad. Además de los principales grupos empresariales que están vinculados a familias determinadas, y que son de público conocimiento, la explosión económica producida como consecuencia del fenómeno migratorio del campo a la ciudad, generada en los últimos 40 años, tiene su correlato físico en la multiplicación de las pequeñas y microempresas, estando la gran mayoría de ellas, estructuradas como negocios familiares.

Otro dato importante, que merece ser destacado es que la mayoría de las empresas familiares, sobre todo las grandes y medianas, tienen una vida corta, más allá de la etapa de sus fundadores, y que

³ Información obtenida de la Corporación Financiera Internacional del Banco Mundial.

alrededor del 85% no sobreviven a la tercera generación⁴, como consecuencia de la falta de preparación de las generaciones sucesivas, por no haber capacitado a sus miembros para manejar nuevos retos y desafíos, en otras palabras, por carecer de la idoneidad que deberían tener las personas que se ubican en los puestos claves para manejar los problemas de todo tipo de una empresa familiar en crecimiento, sobre todo cuando es un hecho natural que las familias tienden a aumentar en el número de sus miembros. Sin embargo, las empresas familiares pueden mejorar sus probabilidades de supervivencia, partiendo de la estructuración de un planeamiento sucesorio, sobre el cual implementan las estructuras de gobierno correctas, y si además de ello, comienzan lo antes posible el proceso educativo de las siguientes generaciones. Es inevitable que hay desafíos de gobierno específicos que enfrentan las empresas familiares, razón por la cual se deben proponer estructuras y prácticas que puedan mitigar esos desafíos, y asegurar su viabilidad y permanencia en el tiempo.

III. LAS EMPRESAS FAMILIARES Y SU PROBLEMÁTICA.

Para efectos de esta presentación y con una finalidad básicamente didáctica y formal, empresa es toda entidad que tenga la condición de persona jurídica⁵ y que se haya organizado bajo alguna de las formas previstas en nuestra normativa societaria, pues salvo las excepciones ya mencionadas y que se consignan en el artículo cuarto de la LGS, en todas ellas se requiere pluralidad de socios, con un mínimo de dos socios. En otras palabras, la empresa familiar en el Perú no se asocia a una forma jurídica específica, dejándose en libertad a los empresarios que deseen constituir o adecuarse a este tipo especial de empresas, adoptar el tipo legal que más les acomode a su organización empresarial, aplicándoseles la normativa

⁴ Dato obtenido del Estudio del London Business School / Stoy Hayward, citado por Peter Leach en su libro "La Empresa Familiar", Granica, Buenos Aires, 1993, pág. 48.

⁵ No se discute ni cuestiona la existencia de los comerciantes individuales reconocidos por el Código de Comercio de 1902, también denominados Empresarios Unipersonales, ni a las EIRL, pero para fines esencialmente didácticos estamos considerando únicamente a las empresas familiares formales, constituidas y organizadas bajo un modelo o tipo societario, con dos o más socios cuando menos.

específica del tipo societario escogido. Como bien sabemos, todas las sociedades mercantiles o comerciales deben necesariamente adoptar alguno de los tipos regulados en la LGS y si nos circunscribimos a ellos, son cinco los tipos societarios de carácter mercantil, dos sociedades de capitales de responsabilidad limitada, que son la sociedad anónima y la sociedad comercial de responsabilidad limitada, y tres tipos de sociedades de personas y de responsabilidad ilimitada, que casi no se utilizan en nuestro país. Simplemente a manera de información estadística que consideramos, además de relevante, pertinente al tema que nos ocupa, y que hemos obtenido de las XIII Zonas Registrales del Registro de Personas Jurídicas, del 100% de personas jurídicas constituidas entre el 1º de enero del 2001 y el 31 de diciembre del 2014 y que ascienden en cifras redondas a 864,000, el 50% son sociedades anónimas, y el 18% sociedades comerciales de responsabilidad limitada, totalizando entre ambas el 68%, el 30% son EIRL, el 1.8% son sociedades civiles, y únicamente el 0.2% lo integran otros tipos societarios.

Teniéndose en cuenta que hablamos de empresas familiares que constituyen organizaciones económicas que reúnen capital y trabajo con la finalidad de producir bienes y/o prestar servicios, y en las que la propiedad de sus acciones, participaciones, cuotas o derechos está en manos de personas vinculadas por lazos familiares, quienes además integran o controlan los órganos de administración, es perfectamente entendible y plenamente justificado, que si son empresas familiares formales opten por una sociedad de capitales y de responsabilidad limitada, por las ventajas que ellas ofrecen, y no por una sociedad de personas de responsabilidad ilimitada en las que los socios arriesgan la integridad de sus patrimonios, lo que obviamente no es aconsejable.

Por su parte, la familia es una institución integrada por personas unidas por vínculos de parentesco, siendo necesario tener presente que para efectos legales, sólo son consideradas parte de una familia, aquellas personas que tengan la condición de parientes conforme a los artículos 236 y 237 del Código Civil, y que son:

- a) Parientes consanguíneos por la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra, es decir padres, hijos, abuelos, nietos o los que provienen de un tronco común, como son tíos, hermanos, primos y sobrinos. Respecto al grado de parentesco, éste se determina por el número de generaciones.
- b) Parientes por afinidad o parentesco político, que es el que se genera entre cada uno de los cónyuges respecto de los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad.
- c) Parientes por la adopción, la que conforme al artículo 238 es fuente de parentesco dentro de los alcances de esta institución.

En esa línea, también es importante señalar los elementos constitutivos que nos llevan a considerar como empresas familiares a las sociedades mercantiles en las que concurren los siguientes elementos⁶:

- 1) Cuando una familia es titular de una participación significativa de su capital social, usualmente la mayoría de acciones o de participaciones sociales.
- 2) Cuando dicha participación permite a la familia ejercer el control político y económico respecto de la empresa.
- 3) Cuando la familia participa en la gestión de la empresa de manera activa, mediante el trabajo de alguno o algunos de sus miembros, normalmente en puestos gerenciales, o en el control de la misma, a través de la participación de sus miembros como directores o administradores.
- 4) Cuando los miembros de la familia desean que ésta mantenga su titularidad, tanto en lo que respecta a la propiedad de las

⁶ Elementos tomados del artículo de Luis Pizarro y Fernando Garrido Lecca, denominado "El Planeamiento Sucesorio como práctica de buen gobierno corporativo de las Empresas Familiares", publicado en la Revista Ius et Veritas, año XVI, N°32, pág. 149.

acciones o participaciones, como al control, a través de las distintas y sucesivas generaciones.

Para Daniel Echaiz⁷, "Por empresa familiar se entiende aquella organización de carácter económico cuyo objeto principal sea la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios, cuya propiedad pertenece, en su totalidad o en una mayoría, a un grupo de personas unidas por un vínculo familiar, habitualmente los descendientes del fundador de ésta. Otros factores que suelen tenerse en cuenta a la hora de valorar si una empresa es o no familiar es que la mayoría de los órganos de administración y control sean nombrados por un grupo familiar o que algún miembro de la familia participe en dichos órganos, y entre sus características positivas destacan la gran atención que prestan a la calidad de sus productos, el conocimiento profundo (del sector, los proveedores y los clientes), la perspectiva de inversión a largo plazo, las culturas empresariales más humanas y los bajos costes laborales. En una compañía familiar bien integrada, los valores y principios comunes pueden dar una fuerza sinérgica insuperable al trabajo empresarial, difícil de encontrar en otro tipo de empresa, no obstante, también presentan algunos rasgos negativos como los problemas que se derivan de las relaciones demasiado próximas entre los directivos que son miembros de la familia, la poca o nula formación que reciben los accionistas pasivos, los intereses divergentes entre accionistas activos y pasivos, la falta de profesionalización, el nepotismo y la dificultad de atraer al mejor talento disponible en el mercado".

Para Pizarro y Garrido Lecca⁸ "La empresa familiar es un espacio en el que convergen esferas objetivas como la propiedad y el trabajo, pero entremezcladas con la esfera afectiva de las personas que pertenecen a una misma familia. Por eso, si bien los valores familiares como el respeto y la lealtad pueden ser determinantes para el desarrollo de la empresa, lo cierto es que la posibilidad que se generen conflictos es mayor, y la intensidad que éstos usualmente

⁷ Echaiz Moreno Daniel, en artículo denominado "El Protocolo Familiar" publicado en la Revista Jurídica del Perú, Tomo 97, marzo 2009, pág. 326.

⁸ Pizarro y Garrido Lecca, Op. Cit, Pág 149.

alcanzan, pueden llevar al colapso y a la desaparición de la "empresa familiar".

Respecto a la problemática de las empresas familiares, es importante identificar los que serían sus principales problemas, dependiendo de si son empresas familiares dirigidas por un fundador propietario que además es el socio mayoritario y que por ello tiene el control de una empresa, en la que también participan socios minoritarios. Para Hundskopf Wendt⁹, y como primer problema, "Es claro que este sistema de concentración de poderes y facultades en una sola persona funciona en una organización pequeña, pese a su poca vocación de ductilidad y adaptabilidad, más el exceso de cargas de trabajo y responsabilidades omnipresentes muy minuciosas por parte del fundador recién comienzan a colapsar cuando la empresa crece y se plantean nuevos negocios, rubros y expansión. Así, en la primera etapa de toda empresa, dirigida personalmente por su fundador, la dedicación y esfuerzo que éste le dedica se reflejan en el crecimiento sostenido, pero ello tiene un límite, que es el de la misma capacidad y habilidad del fundador. Una vez que se ha conseguido un desarrollo considerable, la dirección excesivamente centralizada y personificada en el fundador se hace frágil y comienza a tener numerosas grietas y vacíos. Cuando ello sucede, la respuesta adecuada es profesionalizar la dirección, designando a un directorio independiente y técnico como primer paso (si se habla de directorio es claro que el autor se refiere a una sociedad anónima). El segundo problema potencial en una empresa familiar es la falta de criterios objetivos para la contratación de personal, incluyendo la siempre presente inclusión en la empresa, de familiares ineficientes y sin el perfil, logros y conocimientos adecuados. Si bien la propiedad de dichas empresas se puede mantener en manos de la familia, lo cual es siempre deseado por el fundador, un oportuno cambio en la visión administrativa y aplicación de principios básicos de buen gobierno corporativo puede coadyuvar no sólo a superar la crisis interna más difícil, ya sea económica o entre accionistas, sino incluso asegurar el desarrollo empresarial sostenido, planificado y transparente para los próximos años. Ante ello, las prácticas del buen gobierno corporativo no sólo ofrecen una medida preventiva eficaz ante los problemas

⁹ Hundskopf Wendt Javier, en artículo denominado "El Rol del Directorio en Empresas Familiares, publicado en Normas Legales, Tomo 349, junio del 2005- pág. 110.

estructurales de empresas familiares, sino que pueden constituir un verdadero salvavidas ante la débil situación económica y empresarial que se podría presentar en dichas sociedades”.

Bajo la óptica de Pizarro y Garrido Lecca¹⁰ los principales problemas que se suscitan en las empresas familiares son los siguientes:

- a) Emplear a parientes por el solo hecho de serlo, sin considerar la capacidad o preparación profesional, lo que ocasiona (i) crisis corporativa; (ii) desincentivo a los empleados no familiares; y, (iii) perversión de los criterios de evaluación, lo que en la práctica configura una suerte de nepotismo.
- b) No separar la propiedad de la gestión, una vez que la empresa y la familia crece. Lo que debe hacerse y no se hace, es profesionalizar la gestión.
- c) Ausencia de planeamiento sucesorio. Luego de la muerte del fundador, en principio todos los herederos se encuentran en igual posición, lo cual genera conflictos.
- d) Concebir a las empresas familiares como una fuente inagotable de recursos.

IV. ÓRGANOS SOCIETARIOS DE LAS EMPRESAS FAMILIARES.

Como es de conocimiento generalizado, el artículo 5 de la LGS establece que la sociedad se constituye por escritura pública, en la que está contenido el pacto social que incluye el estatuto, y que para cualquier modificación de éstos se requiere la misma formalidad, y tanto la escritura pública de constitución como sus modificaciones, deberán inscribirse obligatoriamente en el registro público correspondiente al domicilio de la sociedad.

El pacto social viene a ser el acto jurídico en el que consta la voluntad de los socios de constituir una sociedad. En lo que se refiere

¹⁰ Pizarro y Garrido Lecca, Op. Cit. Pág. 150.

a la sociedad anónima, el artículo 54 establece que el pacto social obligatoriamente debe contener los datos de identificación de los fundadores, la manifestación expresa de la *affectio societatis* o la voluntad de los accionistas de constituirla, el monto del capital y las acciones en que se divide, la forma cómo se paga el capital suscrito y el aporte de cada accionista, el nombramiento y los datos de identificación de los primeros administradores, y el estatuto que regirá el funcionamiento de la sociedad. Este pacto social viene a constituir en nuestra opinión, el componente más importante del acto jurídico relativo a la constitución de una sociedad en general, y es precisamente lo que configura el carácter contractual de la constitución de una sociedad.

En cuanto al estatuto social, es como el reglamento interno de la sociedad y viene a ser un conjunto de normas de cumplimiento obligatorio, al cual se somete ésta y sus accionistas, constituyendo el marco legal dentro del cual deben desarrollarse los negocios y operaciones lícitas que constituyen su objeto social. En ese orden de ideas, el estatuto debe señalar que los socios y los acuerdos que adopten sus órganos sociales quedan sometidos a las normas imperativas de la ley o, en todo caso, a lo que el mismo estatuto establece cuando ha optado de modo distinto amparándose en la misma ley, es decir, cuando en sus artículos pertinentes, se dice expresamente "salvo que el estatuto disponga otra cosa", o "salvo que el estatuto establezca lo contrario", o "salvo que el estatuto lo permita", o salvo disposición distinta del estatuto", y finalmente, que "lo establecido en el artículo estatutario permite el pacto en contrario", en cuyo caso se estará a lo previsto en dicho artículo. Sucede que una de las características principales de la LGS radica en el hecho que sin dejar de contener un marco legal que en principio es imperativo, éste ha sufrido una evidente flexibilización sin llegar a convertirlo en un sistema dispositivo, ya que permite que voluntariamente, ciertas normas, a través del pacto social y del estatuto se incluyen, se excluyan o se apliquen de manera diferente. A manera de ejemplos citamos entre otros casos, el artículo 90, el cual establece que todas las acciones pertenecientes a un accionista deben ser representadas por una sola persona, salvo disposición distinta del estatuto, y el artículo 48 por el cual es potestativo incorporar una cláusula en el estatuto para que

obligatoriamente se solucionen por arbitraje y no judicialmente, todas las controversias que se susciten en el seno de la sociedad.

Para Montoya Alberti¹¹, la LGS "trae normas de carácter de orden público a las cuales las sociedades deben adaptarse, así como normas de carácter privado que la ley permite sean materia de pacto entre los socios o incorporadas en el estatuto de la sociedad".

Respecto a los órganos societarios, tratándose de empresas familiares constituidas y organizadas como sociedades anónimas, conforme a la LGS, el órgano de propiedad es la junta general de accionistas, y el órgano de administración es el directorio, bajo el cual está la Gerencia.

La junta general de accionistas; es el órgano supremo de toda sociedad, y está conformado por los titulares de las acciones representativas del capital social, ya sean personas naturales o jurídicas, en cuyo seno se tratan, deliberan y resuelven aquellos asuntos que señala la ley o que se establecen en el estatuto social. En ese sentido, tiene competencia para tratar cualquier asunto que sea de interés para aquélla o para los accionistas, y tomar una decisión sobre dicho asunto, siempre que se cumplan con los requisitos de quórum y mayorías regulados en el respectivo estatuto. Por ser una sociedad de estructura capitalista, cada acción da derecho a un voto, tomándose los acuerdos por mayoría de votos, y una vez adoptados éstos, son de observancia obligatoria por cuanto configuran la voluntad social.

Por su parte el directorio, es un órgano colegiado elegido por la junta general y subordinado a ella, siendo un órgano de administración de la sociedad, cuyas principales funciones están relacionadas con el diseño de las políticas de negocio y de gestión a mediano y largo plazo, así como con el control y fiscalización para efectos de su cumplimiento, debiendo aprobar todos los actos y contratos relacionados con la actividad económica de la sociedad.

¹¹ MONTOYA ALBERTI, Hernando. "Artículo sobre balance de la Ley General de Sociedades a tres años de su vigencia". Gaceta Jurídica S.A. Lima 2001, p.10.

Conforme al artículo 153 de la LGS el directorio está integrado por una pluralidad de miembros no menor de tres, y será el estatuto el que señale o bien un número fijo, o bien un número máximo y mínimo de directores, y cuando el número sea variable, la junta general de accionistas, antes de la elección, debe resolver sobre el número de directores a elegirse para el periodo correspondiente, recayendo el cargo únicamente en personas naturales, conforme lo establece el segundo párrafo del artículo 160 de la LGS.

Respecto a la composición del directorio de una empresa familiar, para conseguir un equilibrio entre los diversos intereses en juego, el directorio debería integrarse en la medida de lo posible: (i) por miembros que representen el capital social, en proporción adecuada, pertenezcan o no a la familia; (ii) por ejecutivos de la empresa que ocupen cargos de dirección o confianza, que no pertenezcan a la familia ni sean propietarios; (iii) por ejecutivos de la empresa que ocupen cargos de dirección o confianza, que pertenezcan a la familia; (iv) por miembros de la familia que no ocupen cargos en la empresa, sean o no propietarios, para que aporten el punto de vista netamente familiar; y, (v) por profesionales externos debidamente cualificados, que puedan ayudar a dotar de imparcialidad a las decisiones adoptadas por el directorio, considerando que integrarán un órgano que es esencialmente técnico. Es pertinente destacar al respecto, que una de las prácticas de buen gobierno corporativo de mayor aceptación y recomendación para los directorios de las empresas en general, es escoger a profesionales especializados ajenos al accionariado, y que por lo tanto sean directores independientes. Finalmente, respecto a la Gerencia, es el órgano social que tiene la responsabilidad no solo de velar por el cumplimiento de los acuerdos de la junta general y del directorio, sino también, por la eficiente marcha de los negocios societarios, cobrando singular importancia en la vida societaria debido a que es el vínculo entre el directorio y los trabajadores, el representante legal de la empresa frente a terceros, y el responsable de la supervisión de los negocios de la sociedad.

V. ÓRGANOS INTERNOS DE UNA EMPRESA FAMILIAR.

Entrando ya la tema de la organización interna de una empresa familiar organizada como una sociedad anónima, podríamos considerar que en paralelo a los órganos de propiedad, de administración y de gestión que integran la organización jurídica oficial y a la vez formal y legal, pueden convivir o existir dos órganos internos, no formales, pero que sin duda son de singular importancia y que son:

- a) **Las Juntas de Familia**, también denominadas Juntas de Parientes, las que constituyen un órgano de carácter informativo, no decisorio, que reúne a todos los miembros de la familia, incluyendo a los cónyuges, a partir de una cierta edad, trabajen o no en la empresa, y sean o no socios o accionistas. Su naturaleza, composición y funciones tienen un origen contractual al margen de la LGS y que se deriva del denominado Protocolo Familiar al que nos referiremos más adelante. Siguiendo en este tema de los órganos internos de las empresas familiares a Pizarro y Garrido Lecca¹², son funciones de las juntas de familia las siguientes: (i) informar a la familia respecto de la marcha de la empresa y de los sucesos que la afecten; (ii) ser un foro en el que se definan los objetivos de la familia con relación a la empresa y de qué manera la familia puede ayudar a facilitar su continuidad; (iii) detectar los problemas de la familia que pudiesen afectar a la empresa; y, (iv) promover la solución de dichos problemas ante el consejo de familia o el Directorio de la empresa, según sea el caso, y para que la Junta de Familia cumpla sus funciones, es necesario que exista un líder que la presida, organice y que convoque a sus reuniones, siendo recomendable que sea una persona diferente a las que ocupan cargos dentro de la empresa familiar.

Respecto a la periodicidad de las reuniones lo recomendable es que la Junta de Familia se reúna por lo menos una vez al año, luego de la culminación de cada ejercicio económico, y que esta reunión, en nuestra opinión, se lleve a cabo antes de la junta

¹² Pizarro y Garrido Lecca, Op. Cit. Pág. 522 y 523.

obligatoria anual, que conforme al artículo 114 de la LGS se debe reunir en el primer trimestre inmediato siguiente al cierre del ejercicio, y que sin duda alguna es la sesión más importante, pues en ella se deciden los asuntos trascendentales vinculados a la gestión y a los resultados económicos del ejercicio concluido, y demás decisiones sobre el destino de las utilidades, si las hubiere.

- b) **El Consejo de Familia;** Es el órgano de decisión de la familia empresaria, que regula su funcionamiento y sus relaciones con la empresa, teniendo su naturaleza, composición y funciones, al igual que las juntas de familia, un origen contractual, que es el protocolo familiar, y nada tiene que ver con el Consejo de Familia regulado en el Código Civil, pues este último es un órgano familiar de protección de los intereses de los menores y mayores que adolecen de incapacidad.

Siguiendo a Pizarro y Garrido Lecca¹³, el Consejo de Familia debería ser un órgano equilibrado y representativo de la composición familiar, y en ese sentido, para efectos de su integración, deberían considerarse los siguientes criterios: (i) que estén representadas en él todas las ramas familiares; (ii) que estén representados los socios que ocupan puestos de trabajo dentro de la empresa familiar, y los que no; y, (iii) que estén representadas todas las generaciones familiares. En cualquier caso, el número de integrantes del Consejo de Familia dependerá de una conjunción de los criterios antes señalados, y de la propia extensión de la familia, siendo sus principales funciones las siguientes: (i) gestionar y negociar el Protocolo Familiar, así como sus actualizaciones y modificaciones; (ii) liderar el proceso de sucesión de la empresa familiar; y, (iii) resolver los problemas que, a nivel de familia, surjan entre los integrantes de ésta, y para que el Consejo de Familia cumpla sus funciones a cabalidad, es necesario que sea presidido por el miembro de la familia que mayor ascendiente tenga dentro de ésta, siendo recomendable que se reúna por lo menos de tres a cuatro veces al año, y que dichas reuniones cumplan con las formalidades y rigurosidad del caso.

¹³ Pizarro y Garrido Lecca, Op. Cit. Pág. 523 y 524.

VI. EL PROTOCOLO FAMILIAR.

Como ya hemos mencionado, todas las sociedades en nuestro país, están obligadas a tener un estatuto social que es como el reglamento interno de la sociedad y que viene a ser el conjunto de normas de cumplimiento obligatorio al cual se somete ésta y sus accionistas, constituyendo el marco legal dentro del cual deben desarrollarse los negocios y operaciones lícitas que constituyen su objeto social. Sin embargo, en las sociedades familiares se justifica tener un documento o reglamento adicional donde se establecen las directrices ante toda circunstancia que pueda surgir entre la familia empresaria y la empresa y ese documento o reglamento adicional es el protocolo familiar.

Ahora bien, como sustento y base del denominado protocolo familiar se debería elaborar y aprobar previamente un planeamiento sucesorio, el cual tiene por objeto asegurar la supervivencia de la empresa familiar y su continuidad en manos de la familia, y que se materializa a través de la celebración del denominado protocolo familiar, así como también mediante la creación de órganos de gobierno familiar, como la junta y el consejo de familia a los que ya hemos hecho referencia anteriormente, y la correcta delimitación de las potestades de los órganos societarios tradicionales como son la junta general de accionistas y el Directorio de la empresa familiar.

Lo que inevitablemente surge es preguntarse acerca de la validez legal de este reglamento adicional denominado protocolo familiar, en el sentido de conocer si se puede o no exigir legalmente su cumplimiento. Sobre el particular coincidimos con la posición de Sandra Echaiz¹⁴, en el sentido que el "protocolo familiar encuadra bajo la forma de un convenio parasocietario o de accionistas, regulado en el artículo 8 de la LGS, aplicándosele todas las características, requisitos y efectos de éste, por ser un convenio con particularidades del ámbito empresarial que puede ser firmado por socios, o por éstos y terceros, donde puede incluirse los miembros de

¹⁴ Echaiz Moreno Sandra, en artículo denominado "Las Empresas Familiares en el Perú" publicado en el Manual del Derecho de los Negocios de Thomson Reuters, ECB Ediciones SAC, Lima – Perú, octubre 2016, Pág 871.

la familia que aún no trabajan en la empresa familiar, cuyo contenido no vaya en contra del pacto social o del estatuto, pues conforme al segundo párrafo del mencionado artículo 8, si hubiera contradicción entre alguna estipulación de dichos convenios y el pacto social o el estatuto, prevalecerán éstos últimos, sin perjuicio de la relación que pudiera establecer el convenio entre quienes lo celebraron.

Respecto a los efectos del protocolo familiar, coincidiendo igualmente con Sandra Echaiz,¹⁵ consideramos que éstos van a ser extensibles a las partes firmantes del documento, a la misma empresa desde el momento que los acuerdos tomados le sean debidamente comunicados o hayan sido registrados en la matrícula de acciones, si versan sobre estos títulos, conforme lo establece el artículo 92 de la LGS, y a terceros si es que conforme al inciso (1) del artículo 3 del Reglamento del Registro de Sociedades el convenio se ha inscrito en la partida registral de la sociedad.

Asimismo, respecto a los pactos que se pueden incluir en los protocolos familiares, siguiendo a Pizarro y Garrido Lecca,¹⁶ éstos son de tres tipos: (i) pactos con fuerza moral, también llamados pactos de caballeros, que son normas de conducta para los miembros de la familia elaboradas sobre la base de la cultura y los valores de la familia empresaria, las cuales deben ser transmitidas de generación en generación y su incumplimiento no determina sanciones patrimoniales, ni puede ser remediado por la vía judicial o arbitral, siendo la sanción normalmente el reproche de la propia familia. (ii) pactos contractuales con eficacia entre las partes, que son acuerdos que contienen obligaciones para los miembros de la familia, como por ejemplo, no competir con la propia empresa mediante la realización de actividades económicas similares, establecer condiciones para el acceso a cargos dentro de la empresa, fijar una política de préstamos, etc. y su incumplimiento puede determinar la aplicación de sanciones patrimoniales y puede ser remediado mediante la vía judicial o arbitral. (iii) pactos contractuales con eficacia frente a terceros, que son acuerdos que generan

¹⁵ Echaiz Sandra.. Op. Cit. Pág. 871.

¹⁶ Pizarro y Garrido Lecca, Op. Cit. Pág. 52.

obligaciones no sólo entre las partes, sino además oponibles y frente a terceros como por ejemplo, las restricciones estatutarias para la transferencia de acciones, y los convenios de accionistas a través de los cuales se constituyen sindicatos tanto de voto como de bloqueo o derechos de seguimiento (tag along) o de arrastre (drag along). Respecto a los actos que se celebren y que transgredan dichos acuerdos pueden ser declarados ineficaces, por la vía judicial o arbitral.

En la propuesta de Pizarro y Garrido Lecca,¹⁷ las materias que deberían regularse en un protocolo familiar son las siguientes:

- A. Ámbito de aplicación; objetivo (empresas y bienes) y subjetivo (personas que quedarán vinculadas por el mismo).
- B. Órganos de gobierno de la empresa; determinación de los lineamientos para la composición y funcionamiento de los órganos de gobierno de la sociedad junta general de accionistas y directorio, lineamientos para su composición y funcionamiento y previsión de consejería externa.
- C. Órganos de gobierno de la familia; determinación de los lineamientos para la composición y funcionamiento de los órganos de la familia juntas de familia y consejos de familia y lineamientos para su composición y funcionamiento.
- D. Criterios para evitar la confusión del patrimonio empresarial, con el patrimonio familiar.
- E. Políticas de incorporación de miembros de la familia empresaria a puestos de trabajo dentro de la empresa familiar, así como lineamientos objetivos para la fijación de retribuciones y préstamos.
- F. Régimen de transmisión de las acciones, tanto entre vivos como mortis causa, en forma voluntaria o forzosa, y criterios para su valorización, a fin de que la propiedad de las mismas se mantenga en manos de la empresa familiar.
- G. Previsiones a adoptar por los socios, particularmente en lo que respecta a su régimen matrimonial y su propia organización sucesoria, mediante el otorgamiento de testamento.
- H. Política de dividendos.

¹⁷ Pizarro y Garrido Lecca, Op. Cit. Pág 52.

- I. Relaciones de la empresa con los familiares que no trabajen en ella (acceso y otorgamiento de información).
- J. Sometimiento de los conflictos a la vía arbitral.
- K. Lineamientos para la revisión periódica del protocolo familiar.

Respecto a la formalidad del protocolo familiar, no existe un modelo tipo de protocolo familiar aplicable a todas las empresas familiares, debido a que cada una de ellas responde a una idiosincrasia y cultura especiales, y en ese sentido, lo realmente importante para que dicho instrumento funcione, es su proceso de elaboración, y que su suscripción sea producto del consenso de todos los miembros de la familia empresaria, o por lo menos, de quienes tienen el control de la empresa. Para Daniel Echaiz¹⁸, los caracteres estructurales del protocolo familiar son los siguientes:

- a) **Es un contrato marco.** Sirve de marco general al que han de ajustarse otros pactos complementarios de carácter concreto, como las capitulaciones matrimoniales y los testamentos. En caso de conflicto, prevalece el protocolo familiar.
- b) **Es un contrato nominado.** El nomen juris más utilizado es "protocolo familiar".
- c) **Es un contrato atípico.** No se encuentra regulado en la legislación peruana, pudiendo celebrarse por la manifestación de voluntad de los contratantes, gracias al principio de libertad de contratación en su vertiente de libertad contractual.
- d) **Es un contrato asociativo.** Su objeto es el desarrollo de una actividad empresarial en común, con prestaciones paralelas y no contrapuestas. Además, cumple con otras características comunes a los contratos asociativos, como la indeterminación típica, del número de partes; no limita la adhesión de otros contratantes; y las prestaciones son autónomas, por lo que no se pierde la relación jurídica emanada del contrato, al no adquirir o perder eficacia alguna prestación individual.

¹⁸ Echaiz Moreno... Op. Cit. Pág 337.

- e) **Es un contrato plurilateral.** Contará con tantas partes contratantes como familiares socios suscriban el protocolo familiar.
- f) **Es un contrato de duración.** Las prestaciones no se ejecutan instantáneamente, sino que se extienden en el tiempo (tracto sucesivo) para cumplir las actividades de gestión).
- g) **Es un contrato principal.** Su autonomía revela más bien que suele venir acompañado de otros contratos (accesorios).
- h) **Es un contrato consensual.** No requiere una forma determinada y, menos aún, solemne, requiriéndose tan solo el acuerdo de voluntades (libertad de forma).
- i) **Es un contrato organizacional.** Al calificar como un código de conducta posibilita la organización (y reorganización) de la empresa familiar.
- j) **Es un contrato dinámico.** Tiene vocación de adaptación al cambio de circunstancias, no permaneciendo inmutable a través del tiempo.

VII. ACTOS COMPLEMENTARIOS A LOS PROTOCOLOS FAMILIARES.

Ya que nos hemos apoyado en la propuesta de Pizarro y Garrido Lecca¹⁹ como bien ellos mencionan, el protocolo familiar es un acuerdo marco en el que se regulan una serie de temas destinados a compatibilizar las relaciones entre la familia, la propiedad y la empresa. Sin embargo, esta herramienta no basta por sí sola para la generación de un marco institucional suficiente que permita asegurar la continuidad de la empresa familiar. Coincidiendo plenamente con dicha propuesta, es necesario que los protocolos familiares sean complementados mediante el otorgamiento de testamentos, la adopción de políticas familiares de matrimonios contraídos bajo régimen de separación de bienes –que incluyan acuerdos pre y post

¹⁹ Pizarro y Garrido Lecca... Op. Cit. Pág. 525, 526 y 527.

nupciales-, la elaboración de estatutos bien estructurados y acuerdos con la naturaleza de la empresa familiar, y la constitución de patrimonios fideicometidos a los que los miembros de la familia transfieran en dominio fiduciario la titularidad de las acciones de la o las empresa(s) familiar(es).

- A. El Testamento, el cual, tal como lo establece el artículo 686 del Código Civil, es un acto jurídico unilateral en virtud del cual una persona puede disponer total o parcialmente de sus bienes para después de su muerte y ordenar su propia sucesión, en ambos casos dentro de los límites establecidos por la ley. En buena cuenta, es una herramienta que permite a las personas decidir en vida lo que ocurrirá con su patrimonio luego de su muerte. Eso sí, al otorgarse el testamento debe respetarse las legítimas, pues, de acuerdo con el artículo 733 del Código Civil, el testador no puede privar de la legítima a sus herederos forzosos, salvo en los supuestos excepcionales previstos en la ley.

- B. El Régimen patrimonial del matrimonio: El Código Civil regula dos regímenes patrimoniales para el matrimonio: el de sociedad de gananciales y el de separación de bienes, este último no afecta los derechos y deberes existentes entre los cónyuges, los cuales emanan de la propia institución matrimonial y no dependen del régimen patrimonial de esta última, sino que se limita a establecer que los bienes adquiridos durante la vigencia del matrimonio serán propios del cónyuge que los adquiera, conservando cada uno de ellos las potestades vinculadas con su disposición y administración.

- C. El Estatuto de la sociedad, que como ya hemos mencionado, es el Reglamento interno que rige el funcionamiento de las sociedades. Entre los aspectos que regula están el objeto social, el monto del capital social, los órganos sociales y su régimen de actuación, entre otros, pudiendo establecer además: condiciones o limitaciones relacionadas con la transferencia de los títulos representativos del capital social de las empresas familiares, a fin de evitar el ingreso de terceros a la empresa familiar, así como determinadas reglas para la representación de dichos títulos en las juntas correspondientes.

La principal ventaja de incluir condiciones como las antes señaladas en el estatuto social es que éstas son oponibles respecto de cualquier tercero, en tanto dicha norma societaria se inscribe en el registro público, lo que permite que los actos jurídicos que contravengan el Estatuto, puedan declararse ineficaces respecto de la sociedad.

- D. Los miembros de la familia pueden optar por constituir un patrimonio fideicometido sobre las acciones emitidas por las empresas familiares, que consiste en una relación jurídica entre los accionistas, como fideicomitentes, y una entidad fiduciaria, para que ésta asuma el dominio fiduciario sobre las acciones y ejerza los derechos políticos y económicos de acuerdo a lo establecido en el contrato de fideicomiso. El fideicomiso permite una actuación coordinada y en bloque de los miembros de la familia, pudiendo establecer las reglas para realizar inversiones conjuntas, la distribución de resultados, votar en bloque y para la disposición de activos, entre otros. La finalidad de un fideicomiso familiar es mantener la unidad de los negocios más allá de los cambios generacionales.

El fideicomiso se puede constituir en beneficio de los propios fideicomitentes, de sus herederos y/o de los terceros que se determinen en el contrato (los beneficiarios y/o fideicomisarios). Es recomendable la participación o posterior adhesión de los herederos para tomar conocimiento de los términos y condiciones, y asumir determinados derechos y obligaciones (por ejemplo, causar la extensión del plazo).

Los activos transferidos al patrimonio fideicometido constituyen un patrimonio autónomo, independientes del patrimonio de los fideicomitentes, del fiduciario y de los fideicomisarios; y por ende se encuentran aislados de los riesgos que puedan afectar a cualquiera de éstos.

El contrato de fideicomiso establecerá las reglas de administración del patrimonio, pudiendo designarse a un comité de administración que actuará como el órgano de decisión y

como el representante de la familia frente a la entidad fiduciaria. El comité podrá ser integrado por miembros de la familia o por terceros independientes (funcionando sustancialmente como un directorio de sociedad anónima respecto de los bienes fideicometidos).

Finalmente, el patrimonio fideicometido puede generar eficiencias tributarias, sujeto al cumplimiento de determinadas condiciones; tomando en cuenta que: el fideicomiso se considera "transparente" para efectos del impuesto a la renta y el pago del impuesto es diferido hasta el momento de su repartición al beneficiario final.

VIII. REFLEXIONES FINALES.

- 1) La oportunidad que se me presentó de participar en el evento académico anunciado a la introducción, fue el incentivo que requeríamos para ingresar en el conocimiento y en la investigación de las empresas familiares y su problemática, así como del rol que cumplen en ellos el protocolo familiar. Para nuestra realidad sin embargo debemos utilizar como principal sustento la normativa vigente peruana, tanto en su expresión corporativa o empresarial como en los aspectos vinculados al derecho civil.
- 2) No debe dejar de destacarse la abundante literatura jurídica que ya existe en el derecho comparado, y la importante producción nacional materializada en numerosos artículos, algunos de los cuales hemos consultado.
- 3) Finalmente estoy convencido acerca de la necesidad de crear una área especializada en los estudios de abogados en los que se puedan hacer los diagnósticos que fueren necesarios, para luego de ellos, elaborar los planteamientos sucesorios, los protocolos familiares a partir de los cuales se establezcan los órganos de gobierno al interior de la empresa familiar, que convivan con los órganos societarios y en general, los mecanismos más adecuados para enfrentar de la mejor manera posible los cambios generacionales y los innumerables retos y desafíos que se les presentarán en el camino.