

Revista edición 37
Diciembre 2020

Foro del
Jurista®



REVISTA FORO
DEL JURISTA: EMPRESAS
DE FAMILIA

Revista Foro del Jurista. Edición 37

Una publicación de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia.

ISSN 2665-5500 (en línea)

Diciembre de 2020.

Presidenta Ejecutiva: Lina Vélez de Nicholls

Secretario General y Vicepresidente Jurídico: Jorge Villegas Betancur

Autores:

Alexander Guzmán

Andrés Gaitán Rozo

Diana C. Domínguez A.

Diego Felipe Márquez Arango

Diego Fernando Bernal Cortés

Elizabeth Rey Quiroga

Juan Antonio Gaviria

María-Andrea Trujillo

Mónica Llanos

Equipo técnico:

Liliana María Castillo Restrepo

Directora Jurídica

Natalia Isaza Jaramillo

Jefe de Estudios Jurídicos

Saray Marcela Bedoya Lozano

Abogada de Estudios Jurídicos

Coordinación editorial:

Vicepresidencia de
Comunicaciones y Mercadeo

Edición y diagramación:

Marcela Hernández Sanzón y Blanco Contenido

Los contenidos de esta publicación son propiedad de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, su reproducción total o parcial sin autorización expresa del titular está prohibida. Todos los derechos reservados ©.

Junta Directiva Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia

Representantes por los comerciantes

Principales

Gabriel Harry Hinestroza

Carlos Mario Gaviria Quintero

Carlos Eduardo Loaiza Ortiz

Juan Mauricio Montoya Correa

Carlos Andrés Pineda Osorio

Piedad Helena Hernández Obando

Raúl Mario Echeverri Duque

Juan Pablo Salazar Mejía

Suplentes

Juan Manuel Gómez Roldán

Ignacio Restrepo Restrepo

Mauricio Vélez Cadavid

Fernando León Duque Becerra

Gabriel Álvaro Zapata Barrientos

Leonardo Arias Jiménez

Juan Manuel Gómez botero

Ramón Enrique Gómez Giraldo

Representantes por el Gobierno nacional

Principales

Luis Fernando Restrepo Echavarría

Rodrigo Puyo Vasco

Beatriz Eugenia Uribe Restrepo

Luis Fernando Hoyos Giraldo

Suplentes

Juan Martín González De Bedout

Ana Cristina Bernal Pérez

Juan Camilo Viana Salazar

PRESENTACIÓN	6
DOS ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL GOBIERNO CORPORATIVO EN LAS EMPRESAS FAMILIARES	9
Resumen	9
1. Introducción	10
2. Generalidades de las empresas de familia	10
3. La comunicación como columna vertebral del buen gobierno	13
3.1. Contexto empresarial	13
3.2. Ámbito familiar	18
4. La información como base para la toma de decisiones	22
4.1. Para los gerentes	22
4.2. Para la junta directiva	24
4.3. En la asamblea	25
5. Conclusiones	31
Referencias	33
GOBIERNO CORPORATIVO Y FAMILIAR: ANÁLISIS SOBRE SU RELEVANCIA PARA LAS EMPRESAS MULTIFAMILIARES EN EXPANSIÓN A PARTIR DE UN ESTUDIO DE CASO	35
Resumen	35
1. Introducción	36
2. Involucramiento familiar: particularidades de la presencia de la familia en las empresas	41
2.1. Beneficios y costos	41
2.2. Riqueza socioemocional	45
2.3. Gobierno corporativo y familiar y ciclo de vida de la empresa	47
3. Metodología	52
3.1. Estudio de caso como metodología	52
3.2. Breve reseña de FA	53
4. Análisis y discusión del caso de FA	57
4.1. Junta directiva	57
4.2. Relación entre accionistas y gobierno familiar	60
4.3. Ambiente de control	62
4.4. Compromiso con el buen gobierno	64
4.5. Formulación y despliegue estratégico	67

5. Comentarios de cierre	68
Referencias	72

ASUNTOS CLAVES PARA REALIZAR UNA TRANSICIÓN DE LIDERAZGO EXITOSA EN LAS EMPRESAS FAMILIARES

77

Resumen	77
1. Introducción	78
2. Transición de liderazgo	80
3. Palancas para la transición de liderazgo	84
3.1. Palanca 1: gobierno corporativo	85
3.2. Palanca 2: gobierno familiar	90
3.3. Palanca 3: el individuo	94
3.4. ¿Líder familiar o no familiar?	97
4. Conclusiones	104
Referencias	106

FAMILIA EMPRESARIA: DIVERSAS HERRAMIENTAS DESDE LA GESTIÓN DEL PATRIMONIO FAMILIAR, Y LOS PROTOCOLOS DE FAMILIA COMO RESPUESTA

108

Resumen	108
1. Las interacciones entre la familia, la empresa y la propiedad	110
1.1. La teoría de los tres círculos	110
1.2. De la familia empresaria a la empresa familiar	113
2. Sobre la “gestión del patrimonio familiar”	115
2.1. ¿En qué pensar para gestionar el patrimonio familiar?	115
2.2. La S. A. S. como herramienta fundamental	117
2.3. Sobre las relaciones jurídico-familiares y el patrimonio familiar	123
3. Los protocolos de familia: la respuesta	128
3.1. Concepto	128
3.2. Contenido mínimo de un protocolo de familia	130
4. Conclusiones	138
Referencias	139

ADMINISTRADORES EN EMPRESAS FAMILIARES

140

Resumen	140
---------	-----

1. Introducción	141
2. ¿Quiénes tienen la calidad de administradores?	142
3. Confusión de roles	145
4. Deberes de los administradores	147
4.1. Obrar de buena fe	147
4.2. Con lealtad	149
4.3. Con la diligencia de un buen hombre de negocios	155
4.4. Otros deberes de los administradores	156
5. Prohibiciones especiales	156
5.1. Formar mayorías con personas ligadas por parentesco	156
5.2. Los administradores no pueden representar acciones distintas de las propias	158
5.3. Aprobación de estados financieros	159
6. Particularidades de las juntas directivas en las empresas de familia	159
7. Protocolo de familia y administradores	163
8. Aspectos laborales relevantes en la contratación de gerentes	165
8.1. Tipo de vinculación	165
8.2. Remuneración	166
8.3. Esquemas de compensación	167
9. Conclusiones	168
Referencias	170

COMPAÑÍAS FAMILIARES Y DERECHO SOCIETARIO	173
Resumen	173
1. Introducción	174
2. La sociedad familiar como un tipo de compañía cerrada	177
3. Los conflictos de agencia entre accionistas de compañías familiares	186
4. Las ventajas de la S. A. S. para las sociedades familiares	197
5. Conclusiones	201
Referencias	202

PRESENTACIÓN

La Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia por misión y vocación promueve el análisis y la difusión del conocimiento que apunta a la formalización, modernización y competitividad de los empresarios de la región propiciando estudios sobre temas jurídicos de su interés.

Desde agosto del 2017, fecha en que cambió el formulario RUES para permitir que las empresas declararan ser empresas de familia, hasta el 3 de junio de 2020, fecha de renovación oportuna del Registro Mercantil (modificada en esta oportunidad por el Decreto 434 de 2020), en la jurisdicción de la Cámara 8474 empresas han declarado en dicho formulario que son de familia; de ellas, 1062 han cancelado su registro. Por tamaño se clasifican en: 17 grandes empresas, 77 medianas, 420 pequeñas y 7960 microempresas.

Con la edición n.º 37, la Revista Foro del Jurista, como medio de difusión de estudios jurídicos que acercan la academia al empresario, expone temáticas actuales relacionadas con las empresas de familia que, incluso, sin tener una definición legal que facilite su clasificación, son la base del tejido empresarial que aporta al desarrollo y al crecimiento de la economía del país.

Por lo anterior, se hace necesario propiciar la creación de doctrina que permita fortalecer la gestión empresarial y societaria de las empresas de familia con recomendaciones estratégicas desde el gobierno corporativo para lograr su crecimiento sostenible y perdurabilidad en el tiempo. Así como de reflexiones sobre sus problemáticas jurídicas y las respectivas soluciones que se pueden proponer dentro del marco normativo vigente. Teniendo en cuenta este objetivo, el contenido de la revista corresponde a un compendio de artículos escritos por abogados especialistas y con vasta experiencia laboral en la temática en estudio.

Abre esta publicación el artículo de Diana C. Domínguez A., jefe

.....

del Servicio Especializado de Gobierno Corporativo de la Cámara. En él, se refiere a los dos aspectos de gobierno corporativo indispensables para la toma de decisiones en las empresas de familia: el buen manejo de la comunicación y la claridad y transparencia en el manejo de la información. Un adecuado uso de herramientas para fortalecer ambos aspectos, contribuye a la sostenibilidad de las empresas y de las familias empresarias.

Alexander Guzmán, Mónica Llanos y María-Andrea Trujillo, prestigiosos investigadores vinculados al Colegio de Estudios Superiores de Administración (CESA), escribieron sobre la relevancia para las empresas multifamiliares en expansión de contar con mecanismos de gobierno corporativo y familiar, desarrollando su análisis a través de un estudio de caso.

Por su parte, Diego Fernando Bernal Cortés y Elizabeth Rey Quiroga, Managing Partner y consultora asociada de Family Firm Consulting, respectivamente, proponen tres palancas para planear e implementar la transición del liderazgo: el gobierno corporativo, el gobierno familiar y el individuo, que permitirían mejorar las probabilidades de éxito en este proceso, ayudando a que las empresas familiares pervivan varias generaciones.

Diego Felipe Márquez Arango, líder del área de práctica de Gestión del patrimonio familiar en Del Hierro Abogados, plantea una serie de herramientas jurídicas para la gestión del patrimonio familiar y propone los protocolos de familia como una respuesta a las necesidades surgidas en la gestión societaria de las empresas de familia y de las familias empresarias.

Andrés Gaitán Rozo, profesor de la Universidad del Rosario, experto en gobierno corporativo de empresas familiares, y autor de múltiples publicaciones sobre la materia, presenta un análisis integral del rol de los administradores en el ámbito de las empresas familiares, identificando y desarrollando una reflexión sobre las problemáticas asociadas a quienes se desempeñan como

tales desde el punto de vista del gobierno corporativo, del derecho societario y de algunos aspectos laborales.

Cierra la revista el artículo de Juan Antonio Gaviria, profesor titular e investigador de la Universidad Pontificia Bolivariana, que desarrolla un interesante escrito en el cual se evidencian problemáticas de las empresas de familia y propone soluciones jurídicas del derecho comparado y de la regulación nacional, resaltando las ventajas que tiene la sociedad por acciones simplificada (S. A. S.) como estructura societaria versátil que se adapta a las necesidades de las empresas de familia.

A los autores, gracias por participar en esta construcción académica. A los lectores los invitamos a explorarla. Esperamos que sea de gran utilidad y provecho.

DOS ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL GOBIERNO CORPORATIVO EN LAS EMPRESAS FAMILIARES

Diana C. Domínguez A.¹

Resumen

Cuando se habla de gobierno corporativo se deben tener en cuenta dos aspectos que son fundamentales para el adecuado desarrollo de la toma de decisiones en las empresas y que en el caso de las empresas familiares se prevé que su utilización debería ser más rigurosa y clara teniendo en cuenta la relevancia de estas y su impacto en la economía de los países. Uno es el manejo de la comunicación como columna vertebral del buen desarrollo de la gobernanza porque sin definición de los espacios de interacción se presentan confusiones, divisiones y fraccionamiento en la familia. El otro es la claridad y transparencia en el manejo de la información que, por la connotación de confianza, se puede ir omitiendo, encontrándose diferencias en el alcance de la misma a la que pueden tener acceso los diferentes miembros de la familia. Cuando se presentan estas dos situaciones se generan brechas importantes tanto a nivel empresarial como familiar, que llevan a una de las principales causas de mortandad y cierre de las empresas. En este artículo se evidencia la importancia del tema, al tiempo que se facilitan algunas herramientas que pueden utilizarse para mantener alineada la comunicación y la información en busca de ayudar a la sostenibilidad de las empresas y de las familias empresarias.

Palabras claves: comunicación, empresa familiar, información, derecho de inspección, gobierno corporativo, sostenibilidad.

.....

1. Abogada y especialista en Derecho Financiero y de los Negocios de la Universidad Pontificia Bolivariana. Master of Business Administration de la Universidad EAFIT. Jefe de Gobierno Corporativo de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia.

1. Introducción

En todo tipo de empresa, abierta, cerrada o familiar, juega un papel muy relevante el manejo de la comunicación interna, lo que significa tener establecidos los conductos regulares, los espacios indicados y el público necesario y requerido acorde con la decisión que debe tomarse. La confusión en estos aspectos puede tener injerencia en la extralimitación de funciones o en la omisión de las mismas por falta de conocimiento sobre el camino que deben seguir. Igual ocurre con la entrega de la información. Para que sea exitosa cualquier alianza, deben manejarse con transparencia y claridad los temas y escenarios en los que tendrán que tomar determinada decisión. Sin embargo, ambos aspectos se vuelven mucho más relevantes en las empresas de familia porque los involucrados cuentan con un nivel de cercanía y confianza que incide en considerar que es suficiente entregar información básica o decidir en espacios poco idóneos para ello. Abordo estos temas para ir mejorando los escenarios de toma de decisiones y respaldando a las empresas de familia con información para que realicen correctivos y profesionalicen su quehacer.

Este artículo está desarrollado partiendo de las generalidades de la empresa familiar y su importancia; posteriormente, se analizan los dos aspectos fundamentales para ayudar a su buen gobierno como son el manejo de la comunicación como columna vertebral y de la información como base para la toma de decisiones. Y se cierra con unas breves conclusiones que permiten evidenciar algunas alternativas para las empresas familiares en los temas trabajados.

2. Generalidades de las empresas de familia

Las empresas de familia no cuentan, hasta ahora, con una definición desde la normativa colombiana que permita establecer una descripción clara. Sin embargo, diferentes autores han hablado del tema, entre ellos, Vallejo Martos (2005) que las considera como:

Aquella en la que los miembros de una misma familia tienen participación suficiente en el capital para dominar las decisiones propias del órgano de representación de propietarios, tenga éste carácter formal o legal o por el contrario sea de naturaleza informal, y en la que, además, existe el deseo o la voluntad de continuidad del negocio en manos de la siguiente generación. (p. 167)

En el caso de Colombia, el Código de Comercio solo hace alusión a ellas en dos momentos:

a. En el artículo 102 en el que habla sobre la validez de las sociedades de familia y dice, expresamente, que:

Será válida la sociedad entre padres e hijos o entre cónyuges, aunque unos y otros sean los únicos asociados. Los cónyuges, conjunta o separadamente, podrán aportar toda clase de bienes a la sociedad que formen entre sí o con otras personas.

Con lo cual precisa, únicamente, que pueden unirse como socios o accionistas de una sociedad y pueden entregar sus aportes sin importar si son de una misma familia o si es con terceros, pero no procede con la definición de empresa familiar.

b. Y en el artículo 435 en el que establece unas prohibiciones para las participaciones en la junta directiva y excepciona, de manera expresa, para el caso de las empresas familiares como se verá más adelante.

Así como Vallejo Martos, muchos otros autores han tratado de identificar algunas diferencias en la empresa familiar que se hacen relevantes por su importancia e impacto en la economía de los países. Por su parte, la Superintendencia de Sociedades, la Cámara de Comercio de Bogotá y Comfecámaras en el 2009 emitieron un primer estudio (Guía colombiana de gobierno corporativo para



.....

sociedades cerradas y de familia, en adelante, la Guía) en el que identificó que el 70 % de las empresas son familiares y confirmó que su aporte al producto interno bruto (PIB) del país era de entre el 45 % y el 70 % (p. 70), validando, una vez más, la importancia de estas composiciones societarias que obliga a un conocimiento, estudio y apoyo diferencial para mejorar los resultados de los países como tal.

La relevancia de esta realidad empresarial se suma a las problemáticas más comunes que se les presentan y que terminan afectando la sostenibilidad y el crecimiento de este tipo de compañías que, por contar con vínculos de familiaridad en la empresa, sin los perfiles adecuados para la profesionalización de los mismos, sumado a la falta de criterios objetivos para la toma de decisiones pueden verse afectadas y no lograr trascender a nuevas generaciones. Esto, además de la falta de claridad de los espacios de interacción de la familia con la empresa, impacta de manera significativa sus resultados y, en ocasiones, termina afectando las relaciones familiares.

Al identificar algunos de estos aspectos se consideró fundamental brindarles mayor contexto y alternativas para que puedan organizarse y gestionar, de manera oportuna, algunas de las situaciones que se mencionan y que son propias de las empresas familiares

Desde la constitución, las empresas empiezan a trabajar en la operación y en los resultados dejando de lado ciertos aspectos que se deben fortalecer con un criterio objetivo que permita su manejo, siendo las empresas de carácter familiar las que se ven más afectadas. Por esta razón, definiré dos aspectos fundamentales que deben analizarse en el gobierno corporativo de una empresa familiar o cerrada, teniendo en cuenta que existen diferentes interacciones en los escenarios de toma de decisiones que deben ser previstos y atendidos para mejorar la cohesión y los resultados de las mismas.

3. La comunicación como columna vertebral del buen gobierno

El gobierno corporativo es un conjunto de herramientas que facilitan la interacción de los diferentes actores que participan en el día a día de las empresas. Para esa interacción es fundamental que la comunicación sea clara y contundente, es necesario dejar establecidos los conductos regulares, con quiénes se debe hablar y abordar los temas de manera oportuna y eficiente para tomar correctivos rápidos que ayuden a retomar y ajustar lo que sea requerido en virtud de los resultados. Para efectos del análisis, es necesario diferenciar dos escenarios de interacción desde el contexto de la empresa familiar: la empresa y la familia.

3.1. Contexto empresarial

Es frecuente que, desde su creación, las empresas se dediquen a la atención propia del día a día de la operación, esto es, las compras, ventas, el producto o servicio y los resultados de corto plazo, perdiéndose, en algunos casos, la visión estratégica de largo plazo, de análisis de los resultados y del impacto de lo esperado por la empresa. Por esto, la comunicación se vuelve fundamental y para ello es necesario identificar espacios en los que los diferentes actores puedan hablar de estos temas, alinearse, cambiar el rumbo y proponer nuevos caminos, lo que es fundamental para el desarrollo y la sostenibilidad de las empresas.

Existen diferentes escenarios empresariales en los que se debe tener una buena comunicación para lograr los resultados y objetivos trazados. Se puede empezar en orden ascendente:

a. La gerencia y su equipo. En este escenario de interacción puede ser el fundador con su equipo de confianza o con los

operarios quienes deben estar comunicando los problemas y dificultades, así como las soluciones y opciones de mejora en busca de los resultados idóneos para la empresa. Si no hubiera comunicación, las organizaciones estarían desarticuladas y sin una orientación clara.

En este escenario, cuando integrantes de la familia participan en la empresa se empieza a desdibujar un poco la comunicación porque se terminan analizando situaciones de la compañía en el hogar, o se toman decisiones en escenarios que no son los ideales ni objetivos y sin tener suficiente información. Este es un aspecto en el que deben trabajar para evitar tergiversar los espacios de interacción familiar y empresarial, delimitando los temas que se pueden abordar en cada momento. Deben evitar tratar asuntos inherentes al trabajo o a la labor que desarrolla la persona, en escenarios familiares.

b. La junta directiva. Este es el escenario en el que la gerencia analiza los resultados, sopesa las posibilidades y toma decisiones colegiadas considerando el futuro del negocio y la sostenibilidad de la empresa. Por ello, a la junta se le debe estar comunicando los eventos fortuitos, ajustes, cambios o realidades que se va presentando el entorno para que sean analizados y se puedan tomar correctivos. Acorde con el artículo 438 del Código de Comercio, se presume que la junta “tendrá atribuciones suficientes para ordenar que se ejecute o celebre cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social y para tomar las determinaciones necesarias en orden a que la sociedad cumpla sus fines”.

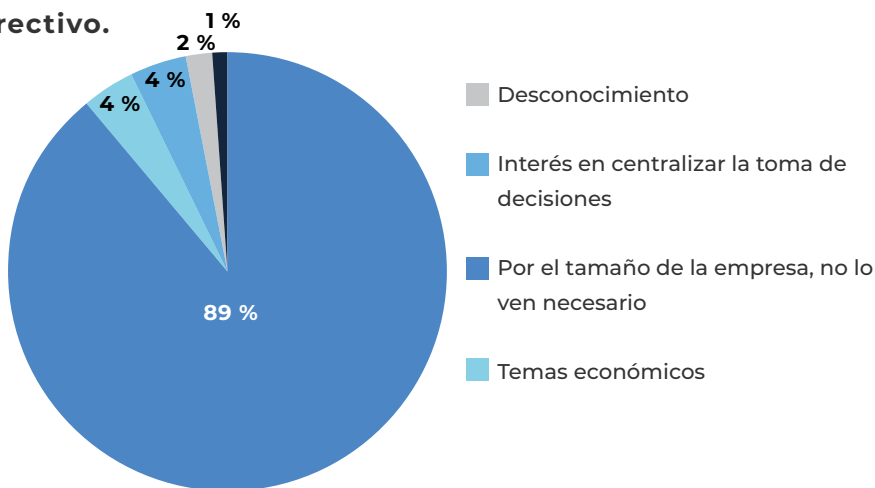
Esto significa que la junta directiva será el espacio en el cual se buscará analizar, definir y cumplir a cabalidad con los objetivos empresariales establecidos y tendrá la autoridad suficiente para definir, concretar y ordenar a la gerencia el marco de actuación, por lo que la comunicación será un elemento vital para que pueda tomar decisiones.

El Código de Comercio fue expreso en generar unas excepciones para las juntas directivas de las empresas de familia que permiten que puedan estar conformadas en su mayoría por “personas ligadas entre sí por matrimonio, o por parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o primero civil”.

Sin embargo, en la realidad se observa una interpretación tergiversada de esta y terminan participando de la junta directiva los mismos accionistas o, incluso, empleados, restándole la oportunidad de generar valor a este escenario de toma de decisiones.

En la Investigación de gobierno corporativo en empresas familiares realizada por la Cámara en 2017 se indagó, entre 381 empresas familiares encuestadas, las razones por las cuales no contaban con un órgano directivo y se observó lo siguiente (p. 15):

Grafico 1. Razones por las cuales no se cuenta con un órgano directivo.



Fuente: Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia (2017). Investigación de gobierno corporativo en empresas familiares.

Vemos, entonces, que las empresas familiares tienen temor

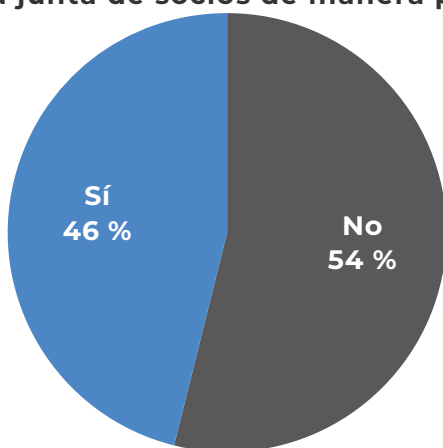
.....

a constituir estos órganos, o que los crean con sus familiares porque no los ven necesarios por el tamaño de la compañía (89 %), y pierden la posibilidad de analizar estratégicamente su empresa con una mirada integral que les permita crecer y hacerla más eficiente en los resultados.

c. La asamblea general de accionistas. Es el espacio en el que se reúnen quienes aportaron capital para la creación de la compañía, ya sea en dinero, en especie o con trabajo, y que se encuentran registrados como accionistas en el libro de la empresa. En este escenario deben planear el largo plazo, analizar los elementos que deben prever y no tomarlo como un espacio aburrido o de papel en el que solo hablan el contador o el revisor fiscal, que pocos entienden, pero donde se aprueba todo.

En la encuesta, realizada por IMK Marketing para el estudio de gobierno corporativo de la Cámara (2017) , se identificó que el 54 % de las empresas no realiza la asamblea general de accionistas o junta de socios (p. 28):

Gráfico 2. ¿La empresa hace la asamblea general de accionistas o la junta de socios de manera periódica y formal?



Fuente:
Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia (2017).

En las empresas familiares es usual ver que no realizan

.....

asambleas de accionistas porque les parece que es una formalidad más, sin prever la importancia de este espacio de interacción para fortalecer la comunicación entre los accionistas y perdiendo la oportunidad para conversar entre ellos sobre lo que quieren y esperan de la empresa.

La asamblea es el órgano máximo en el cual pueden participar todos los accionistas y conocer la realidad de la empresa, si se están cumpliendo o no los objetivos y decidir las grandes estrategias para la organización y el logro de sus resultados. Ese conocimiento e interés no puede estar en una sola persona porque al faltar de manera intempestiva, podría verse afectada la continuidad de la empresa. Por ello, es vital identificar qué comunicar, en qué escenario y cómo hacerle seguimiento a la información.

En el caso de los emprendimientos, lo que ocurre es que se reúnen de manera frecuente para tomar cualquier decisión. Esto puede terminar generando una coadministración o si todos participan, incluso, del área operativa de la empresa, pueden perder margen de maniobra en la toma de decisiones, volviéndose operativo este órgano que tiene una naturaleza estratégica y de largo plazo. Esta situación es común en los primeros años, pero, a medida que van creciendo, deben profesionalizar la toma de decisiones e irse separando, cada vez más, de la operación para que los emprendedores puedan asumir roles más estratégicos que permitan el crecimiento y la expansión de las empresas.

Un aspecto que impacta la asamblea desde la dinámica familiar es que las acciones son distribuidas entre los familiares (hijos y cónyuge, entre otros) con fines no empresariales, sino patrimoniales. Esto hace que el accionista original sea quien toma todas las decisiones sin el involucramiento de los otros, incluso, en ocasiones olvidan que no son los dueños de todo el capital. Aun cuando es normal que ello ocurra, se recomienda a los fundadores mantener informados a esos otros accionistas sobre la realidad de la empresa, su potencial, sus riesgos y

oportunidades de largo plazo para evitar que, ante su ausencia definitiva, se genere un caos en la administración de la sociedad y se pierda la alineación previa que ayuda a que su legado perdure en el tiempo.

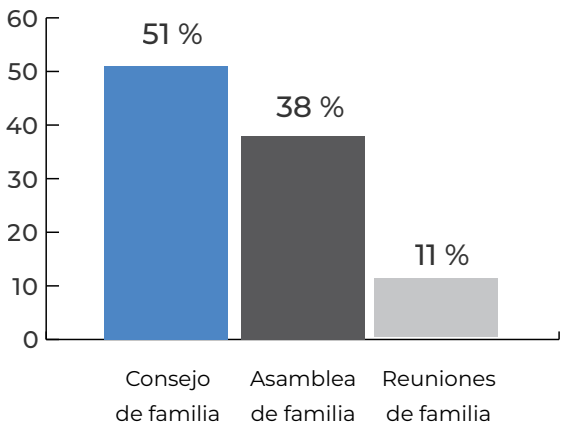
3.2. **Ámbito familiar**

A diferencia de cualquier otro tipo de empresa, las familiares deben tener unos espacios claros de interacción para que puedan resolver temas que son diferentes a los empresariales y ayudar a generar mayor cohesión como familia.

Las medidas 27 y 28 del módulo V de la Guía recomiendan la creación de la asamblea de familia y del consejo de familia como órganos que ayudan a la alineación estratégica del núcleo familiar, no solo en relación con la empresa, sino también con todas las demás inversiones o interacciones que, como familia, deban tener de su participación en los diferentes negocios (pp. 70-73).

Dentro del estudio realizado por la Cámara, de las 381 empresas familiares encuestadas solo el 10 % tiene algún órgano familiar y los que tienen son:

Gráfico 3. Órgano de gobierno familiar que tienen



Fuente: Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia (2017).

.....

Se puede evidenciar que el 11 % considera como órgano familiar las reuniones de familia que, acorde con la Guía (Superintendencia de Sociedades et al. 2009), no deben considerarse como tal.

a. Asamblea de familia. La Guía (Superintendencia de Sociedades et al. 2009) concibe la asamblea de familia como:

Medida 27. Las sociedades de familia tendrán un órgano denominado Asamblea de Familia, conformado por los miembros unidos entre sí por vínculos consanguíneos y único civil, con respecto de aquellos accionistas o socios de la sociedad de familia, en la forma en que lo establezca el Protocolo de Familia. La Asamblea de Familia servirá de órgano consultivo para el Consejo de Familia y elegirá a los miembros de éste. (p. 71)

Esto significa que existe asamblea de familia cuando expresamente se crea en el protocolo de familia, en el que se establecen la composición y el alcance de sus funciones. En la práctica, en la asamblea de familia participan todos los miembros de la familia de sangre, padres, hijos, hermanos, tíos, sobrinos, o con el vínculo civil que genera la unión a la familia en virtud de la adopción. Participa, igualmente, la familia política actual y potencial con el objetivo de fomentar la unión e integración familiar y de que todos tengan claro el norte que tienen como familia para no perder el contacto y la cercanía.

En el caso de Carvajal, fundada en 1904 en Cali, la empresa cuenta con una asamblea de familia en la que en 2018 se reunieron 302 miembros de la familia que hacen parte de dicho órgano (Superintendencia de Sociedades et al., 2009, p. 17). Aprovechan este espacio para que se conozca la familia (25 % se encuentra en 11 países del mundo) en busca de lograr mayor cercanía y que cuando deban definir algo sobre la inversión, puedan hacerlo con base en los hechos y en la información que

.....

se les envía tres veces al año para que tengan un mayor contexto para la toma de decisiones.

Esta figura de la asamblea de familia se recomienda en familias muy grandes y que tienen varios núcleos familiares para que perdure la cercanía, el conocimiento entre sus miembros y la alineación de valores familiares y, de esta forma, puedan perdurar aun cuando falten los fundadores. Son espacios de esparcimiento, diversión e interacción familiar. La decisión de cada cuánto realizar estos encuentros depende mucho de la dinámica propia de cada familia y de qué tan fácil puede ser tenerlos.

b. Consejo de familia. La Guía ((Superintendencia de Sociedades et al. 2009) considera que se puede crear un consejo de familia:

Conformado por los miembros de la Asamblea de Familia y sus representantes, elegidos por la Asamblea de Familia, conforme a lo dispuesto en el Protocolo de Familia [...] tendrá como mínimo las siguientes funciones:

- ▶ Servir como órgano consultivo para la Junta Directiva de la sociedad de familia.
- ▶ Decidir los asuntos que hacen referencia a las relaciones de los miembros de la familia con la sociedad de familia.
- ▶ Elegir a los representantes de la familia que serán candidatos a ocupar cargos dentro de los órganos de gobierno de la sociedad de familia.
- ▶ Suscribir el Protocolo de Familia.
- ▶ Velar por la divulgación y el cumplimiento del Protocolo de Familia. (p. 16)

Esto permite evidenciar que el consejo de familia ayudará a dejar claras las reglas del protocolo y estará atento a las decisiones que, en determinado periodo, se deban tomar de

.....

manera más ágil. Es un grupo que puede verse representado por las ramas familiares, cuando la familia es muy grande, o por el mismo núcleo familiar, cuando es más pequeño, para contar con escenarios “no empresariales” para definir temas propios de la familia como beneficios, coberturas, alcances, intereses, tendencias de inversión, etc. Sus funciones deben quedar expresas en el protocolo familiar. La comunicación con este órgano debe ser constante y se debe habilitar la información suficiente para la toma de decisiones. Además, la interacción debe ser más frecuente para saber el futuro y los análisis que deben realizar como familia en relación con los diferentes intereses y preocupaciones que tienen en su entorno familiar y de cara a las inversiones.

En el caso de Carvajal, es el consejo de familia quien se encarga de liderar la fundación familiar, el Ffamily office, el fondo familiar y el fondo de redención de acciones, entre otros (Superintendencia de Sociedades et al., 2009, p. 20).

Así, entonces, es necesario conocer cada realidad empresarial y familiar para poder crear el conducto regular de comunicación y de difusión de la información, así como los mecanismos de interacción con cada uno de los actores involucrados para garantizar que todos tengan el mismo objetivo y norte trazado en beneficio tanto de la empresa como de la familia misma.

La figura del consejo de familia se utiliza para que la familia pueda tener un espacio de interacción con relación a las inversiones familiares, de la empresa y a las realidades o necesidades del grupo familiar expresamente; para que puedan conversar, analizar, plantear alternativas y para que sea un espacio de unión y consenso para validar lo que esperan como familia en el futuro.

4. La información como base para la toma de decisiones

En las empresas familiares y en las sociedades cerradas se ha observado que toman decisiones por el púlpito y la corazonada de quien tiene mejor feeling con el negocio, de quien lleva mayor tiempo o quien es el experto en el tema y, como en varias oportunidades les ha ido bien, se vuelve una costumbre. Sin embargo, cuando las empresas ya están creciendo y se busca su sostenibilidad, esta manera de tomar decisiones se puede ver afectada porque no se prevén todas las aristas: las posibilidades o riesgos que se generan en determinada situación.

En este mundo moderno se observa que la información es fundamental para la toma de decisiones, sin ella, podrían ser desarticuladas, desinformadas y podrían perjudicar, de manera significativa, a la empresa.  Si se tienen estados financieros actualizados solo hasta el año anterior, cómo hace el empresario para decidir sobre las inversiones, gastos y compromisos que puede o no adquirir a hoy? Recordemos que Thomas Hobbes mencionó en su libro Leviatán que “quien tiene la información tiene el poder” y, por lo tanto, si lo que se requiere es información para tomar decisiones, esto obliga a las empresas a organizarse, a recabar información, analizarla y, con su crecimiento, a ir profesionalizando y tomando decisiones con hechos y datos que permitan evaluar las oportunidades, el impacto que pueden tener desde diferentes frentes (lo operativo, reputacional, funcional, financiero) y cualquier riesgo adicional que deba considerarse para el futuro del negocio y de la su perdurabilidad en el tiempo.

4.1. Para los gerentes

La información es vital para los gerentes que toman decisiones en su día a día por todo lo que requieren para hacer su labor. Sin ella estarían navegando por instrumentos, pero sin la información suficiente para que, con criterio, puedan tomar los

correctivos del caso.

El gerente, entonces, deberá velar con su equipo por tenerla actualizada, clara y oportuna, y por analizarla con su grupo más cercano a fin de validar si se están cumpliendo las exigencias y expectativas del negocio para que así pueda tomar decisiones. De esta manera podrá ejercer su rol como un buen hombre de negocios, esto es, con la altura y la responsabilidad exigida por la ley, sin improvisaciones o pálpitos que pueden llegar a perjudicar a la empresa.

Recolectar la información de manera periódica y oportuna permite a la gerencia y a su equipo hacer comparativos, análisis y aplicar correctivos cuando sea necesario. Parte de la información vital que deben comunicar permanentemente los gerentes a su equipo de trabajo es la estrategia, qué es lo que espera de ellos la organización, y cómo lo van a obtener, de manera que puedan estar todos alineados en busca del resultado esperado.

El gerente tiene varios espacios de interacción con la información:

1. De cara a su equipo de trabajo para medir los resultados y tomar correctivos.
2. Tiene el deber de informar a la junta directiva para que juntos puedan tomar decisiones.
3. Con la asamblea para mostrarles los resultados y que sirva como ejecutor de las decisiones que se definan en el máximo órgano social.

Mantener alineados, con información clara y oportuna cada uno de estos espacios de interacción puede hacer que su labor como gerente sea exitosa.

4.2. Para la junta directiva

Para que el órgano directivo pueda tener todos los elementos necesarios para tomar decisiones requiere que la gerencia, en su reunión periódica, presente la información fundamental para saber el estado de los mismos, los avances, mejoras, retrocesos y correctivos que deberán aplicar en determinado momento considerando la necesidad y el futuro de la empresa. Los temas más comunes que debe conocer la junta son:

1. Temas estratégicos: el plan vigente, estado actual y cumplimiento, indicadores y resultados.
2. Temas financieros: indicadores, resultados, comparativos, impuestos, situaciones críticas que impacten los resultados, etc.
3. Temas operativos: manejo propio de cada negocio, personal, tiempos, rotación, manejo de equipos, reprocesos, etc. Todos aquellos que permitan comprender mejor las palancas de valor de cada negocio.
4. Temas de personal: equipo, condiciones laborales, remuneraciones, riesgos, oportunidades de mejora.

Cada miembro de la junta directiva deberá conocer, de manera anticipada, la información para estudiarla con antelación y para que pueda presentar observaciones y hacer comparaciones y análisis que ayuden a decidir con objetividad y de forma participativa. Lo que se busca es que puedan tomar decisiones como órgano colegiado considerando el futuro de la empresa y su permanencia en el tiempo, asumiendo, a conciencia, la responsabilidad de estas.

Las buenas prácticas de gobierno corporativo recomiendan tener toda la información necesaria y suficiente para que las decisiones sea conscientes y responsables, por ello, faculta a la misma junta para que pueda:

-
- a. Aplazar la decisión si no se cuenta con la información suficiente, o
 - b. buscar expertos que brinden las claridades necesarias para puedan tomarla a conciencia y de manera responsable.

Estas prácticas son muy comunes en sociedades con larga trayectoria y que conocen el nivel de responsabilidad que se asumen en una junta directiva. Por el contrario, no son muy usuales en las empresas familiares, por lo que se recomienda implementarlas para que todos tengan la claridad para decidir con la información suficiente y llevando la empresa por buen camino.

4.3. En la asamblea

Teniendo en cuenta que es en la asamblea de accionistas donde llega la información global del año que se analiza, para tomar decisiones es necesario analizar dos espacios vitales:

a. Derecho de inspección

Es el espacio que tienen los socios o accionistas para conocer la información descrita en los artículos 446 y 447 del Código de Comercio, es decir, la información relevante de la sociedad para que puedan tomar decisiones.

Con este espacio la ley busca que quienes participan de una inversión productiva puedan tener acceso a un nivel mayor de información, para lo cual dispone el tiempo y el momento en el que pueden hacerlo. Esto depende del tipo societario:

Cuadro 1. Tipos societarios y ejercicio del derecho de inspección

Sociedad colectiva	Sociedad comandita	Sociedad limitada	Sociedad anónima	Sociedad por acciones simplificada
Artículo 314 Código de Comercio.	Artículo 318 Código de Comercio.	Artículo 369 Código de Comercio.	Artículo 379 Código de Comercio.	Artículo 20 de la Ley 1258 de 2008.
En cualquier tiempo.			15 días hábiles antes de la asamblea general ordinaria.	5 días hábiles antes de la asamblea general ordinaria.

Fuente: elaboración propia.

Como se observa en el cuadro, en los tipos societarios que son creados más en virtud de las personas, como son la sociedad colectiva, la comandita y la limitada, la ley les permiten ejercer ese derecho de inspección en cualquier tiempo, esto porque existe la confianza entre los socios para hacerlo y a fin de tenerlos informados de manera permanente.

Sin embargo, a las sociedades anónima y por acciones simplificada les establece un tiempo previo a la asamblea, de manera exclusiva, y para el que la administración deberá reservar un momento especial para que los accionistas puedan ejercer este derecho, habilitar los libros, las actas y los contratos relevantes en busca de que, en ese espacio, acorde con el tipo societario, el accionista o a través de apoderado, realice la revisión y seguimiento a la información de la empresa.

Con este espacio se pretende que estén enterados de los movimientos relevantes de la sociedad durante el último año y que puedan, con la información obtenida, llegar a la asamblea más contextualizados y con preguntas puntuales que sirvan para una mayor transparencia y tranquilidad de los accionistas frente

.....

al manejo de la sociedad.

En las sociedades familiares se ha encontrado que el ejercicio de este derecho se omite por el nivel de confianza existente, por el hecho de que el fundador es el mismo accionista y sus hijos confían en su manejo, o por desconocimiento. Sin embargo, se recomienda a todos los socios o accionistas ejercer el derecho de inspección que les otorga la ley para que puedan conocer realmente qué pasa y cómo se encuentra la empresa, y para que vayan adquiriendo habilidades en el ejercicio del rol de accionista, de manera que cuando ya no esté quien siempre lo ha manejado, tengan claridad de qué y cómo deben ejercer ese rol y cómo hacer auditoría y seguimiento a las inversiones productivas en sociedades. La confianza es importante, pero la ley les brinda derechos que deben ser ejercidos para tranquilidad de todos los que participan.

Ciertas dificultades que se han identificado en el ejercicio del derecho de inspección son:

1. Algunos socios o accionistas quisieran auditar permanentemente la sociedad y, en virtud de la concesión legal en uno tipos societarios, se ha generado la percepción de que pueden hacerlo de manera frecuente y que esto les brinda un derecho especial.
2. Otros quisieran acceder a todo tipo de información y llegan a solicitar aquella que puede ser confidencial y vital para la empresa.

Ambas situaciones se presentan, principalmente, en momentos de dificultades en empresas familiares o cerradas buscando acceder a la información de manera indiscriminada. Pero, por ello, la ley obliga a acudir, cuando existan vacíos en algunos tipos

.....

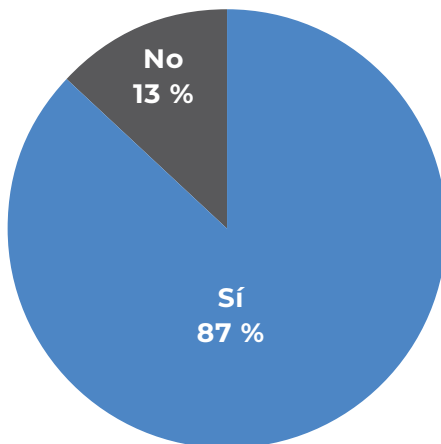
societarios, a las exigencias de la sociedad anónima donde es claro lo que se puede o no hacer en virtud de este derecho de inspección.

Se recomienda establecer reglas internas claras sobre lo que los accionistas pueden revisar, el tiempo, los alcances y quiénes pueden ejercer el derecho. Esto debe quedar claramente documentado en un código de buen gobierno que les ayude a los accionistas a tener más claro su marco de actuación, evitando coadministraciones o entorpecer la labor de quien ejerza la administración de la empresa.

b. La remisión de información previo a las reuniones

Dentro de la investigación de empresas de familia realizada por la Cámara (2017), a las 381 empresas de familia encuestadas se les preguntó si la información se remite con anticipación a las asambleas de accionistas o juntas de socios para la toma de decisiones. Este fue el resultado:

Gráfico 4. ¿Se remite con anticipación la información para la toma de decisiones?



Fuente: Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia (2017). Investigación de gobierno corporativo en empresas familiares.

.....

El 87 % dijo que sí remitían la información con antelación, lo que es bastante positivo. Sin embargo, en las sociedades familiares se ha observado que citan con informalidad, por medios como Whatsapp o con una simple llamada, y que la remisión previa de información es ocasional y solo la conocen durante la reunión, y que para la toma de la decisión se presenta información muy básica y se decide con lo que diga quien está liderando la empresa, en ocasiones, sin profundizar, ni analizar, sin tener clara la responsabilidad que asumen por las decisiones que toman. Las decisiones se dan más en virtud de la credibilidad de quien tiene las riendas de la empresa.

Se identifica, además, que es fundamental que dentro de los tiempos que establece la ley para convocar a los diferentes tipos societarios, llámese asamblea o junta, se prevea el envío anticipado de la información sobre la cual se tomarán decisiones para que quienes participan de cualquiera de estos órganos de dirección puedan estudiarla, analizarla y llegar con ideas, propuestas y se genere una sinergia especial en la reunión, más optimización del tiempo y mayor profesionalismo en la toma de las decisiones.

Es claro que debe entregarse toda la información necesaria y suficiente a todos los miembros del órgano en que participen para que puedan tomar decisiones, , tal como lo menciona el Concepto 220-42955 de la Superintendencia de Sociedades del 24 de febrero 24 de 2009:

Si bien es cierto que la legislación mercantil no regula el referido derecho de información, en el sentido de establecer hasta donde llega la facultad de los administradores, especialmente la de los miembros de las juntas directivas (independientemente de que, a su vez, se detente la calidad de socio o accionista) y que, en principio, éstos estarían facultados para exigir y obtener todo tipo de información que su actividad demande, incluso aquella que por su naturaleza se encuentra reservada, no es menos

.....

cierto que de acuerdo con lo arriba expuesto y conforme a lo establecido en los artículos 434 a 438 del Código de comercio, en concordancia con el artículo 198 y 199 ídem., el precepto contenido en el artículo 22 de la Ley 222 de 1.995, que les reconoce la calidad de administradores, no puede entenderse como la extensión de las facultades propias del órgano a cada uno de sus miembros individualmente considerados, echando de menos y de paso haciendo nugatoria la colegialidad y colectividad características de dicho órgano de administración, lo que impone la necesidad de que sea considerado objetivamente.

Sin embargo, el mismo concepto precisa que la información no puede ser entregada solo a uno de los miembros, sino que debe buscarse que todos la reciban sin obtener información privilegiada unos sobre otros y sin importar la calidad de que se trate, esto es, que sea accionista y miembro de la junta directiva o que solo detente esta última calidad. Para que puedan ejercer adecuadamente el rol, todos deben tener el acceso a la misma información que deberán tratar con respeto y confidencialidad. Finalmente, se recomienda hacer una validación de los estatutos para verificar que estén acordes a la realidad que vive la empresa y se prevean, desde lo escrito, los tiempos y derechos que tienen como accionistas, pero adicional, que se haga en la práctica lo que tienen escrito para que las empresas familiares puedan ir validando que sus futuros herederos cuenten con esos conocimientos y habilidades para darle continuidad al legado familiar.

5. Conclusiones

a. Las empresas familiares deben mejorar sus conductos regulares de comunicación a fin de separar los espacios de interacción de la familia de los empresariales. Además, deben reglamentar el alcance de lo que se podrá trabajar en cada espacio para evitar confusiones en los roles y en las decisiones que requieren tomar.

b. Siendo la comunicación un aspecto fundamental en el gobierno corporativo, se recomienda dejar documentado con claridad en el protocolo de familia esos espacios de interacción con quienes tienen el rol de accionista, empleado y familia para que puedan tener definido el momento y lugar para las interacciones.

c. La ley tiene claramente reglamentados los espacios de interacción empresarial. Brindar la comunicación suficiente en cada uno de ellos propende por la igualdad, confianza y transparencia en el manejo de las relaciones empresariales.

d. Contar con un protocolo de familia que reglamente los órganos de gobierno familiar, su objetivo, alcance y nivel de interacción les facilita a las familias organizarse de forma adecuada para tomar ciertas decisiones que no son necesariamente empresariales y que sí hacen ruido a nivel familiar.

e. Brindar información oportuna y clara en cada una de las instancias de decisión facilita la comunicación e interacción, así como las decisiones que deben tomarse en cada momento y ayuda a que esto se haga con objetividad e imparcialidad.

f. Las diferentes situaciones que ocurren en las empresas familiares podrían resolverse o mejorarse con mayor claridad

.....

en el manejo de la información, dejando claros los espacios en los que pueden participar y en los que no para evitar que se genere coadministración o involucramiento en el día a día de la empresa.

g. Realizar anualmente y de manera efectiva la asamblea general de accionistas, con todos los formalismos, exigencias legales y con la preparación necesaria permite profesionalizar la toma de decisiones y ayuda a formar nuevas generaciones en este espacio que, en un futuro, puede pertenecer a los herederos.

h. Finalmente, y teniendo en cuenta que las empresas familiares se han creado en virtud de la cercanía y la confianza, será necesario que vayan propendiendo por organizar los espacios en los que toman decisiones, dejando documentados los avances que quieren tener en materia de gobierno corporativo, previendo que es fundamental contar con diferentes espacios de interacción en busca de mayor transparencia, objetividad y siempre pensando en la sostenibilidad de las empresas y de sus familias.

Referencias

- ▶ Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia (2017). *Investigación de gobierno corporativo en empresas familiares*.
- ▶ Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia (2019). *Presentación de Carvajal en el IV Foro de Gobierno Corporativo*.
- ▶ Superintendencia de Sociedades. Concepto 220-42955 de febrero 24 de 2009.
- ▶ Superintendencia de Sociedades, Cámara de Comercio de Bogotá y Comfecamaras (2009). *Guía Colombiana de Gobierno Corporativo para Sociedades Cerradas y de Familia*.
- ▶ Vallejo Martos, M. C. (2005). Cuando definir es una necesidad. Una propuesta integradora y operativa del concepto de empresa familiar. *Investigaciones europeas de dirección y economía de la empresa*, 11(3), 151-171.
- ▶ Sonnenfeld, J. (2002). What Makes Great Boards Great. *Harvard Business Review*, 80(9), 106-113.
- ▶ Sraer, D. & Thesmar, D. (2007). Performance and Behavior of Family Firms: Evidence from the French Stock Market. *Journal of the European Economic Association*, 5(4), 709-751.
- ▶ Stein, J. C. (1988). Takeover Threats and Managerial Myopia. *Journal of Political Economy*, 96(1), 61-80.
- ▶ Stein, J. C. (1989). Efficient Capital Markets, Inefficient Firms: A Model of Myopic Corporate Behavior. *The Quarterly Journal of Economics*, 104(4), 655-669.

-
- ▶ Sun, J., & Cahan, S. (2009). The Effect of Compensation Committee Quality on the Association Between CEO Cash Compensation and Accounting Performance. *Corporate Governance: An International Review*, 17(2), 193-207.
 - ▶ Sun, J., Cahan, S. F. & Emanuel, D. (2009). Compensation Committee Governance Quality, Chief Executive Officer Stock Option Grants, and Future Firm Performance. *Journal of Banking & Finance*, 33(8), 1507-1519.
 - ▶ Superintendencia Financiera de Colombia. Circular Externa n.º 28 del 30 de septiembre de 2014. *Presentación del Nuevo Código País y Adopción del Reporte de Implementación de Mejores Prácticas Corporativas*.
 - ▶ Villalonga, B. & Amit, R. (2006). How do Family Ownership, Control and Management Affect Firm Value? *Journal of Financial Economics*, 80(2), 385-417.
 - ▶ Villalonga, B., Amit, R., Trujillo, M. A. & Guzmán, A. (2015). Governance of Family Firms. *Annual Review of Financial Economics*, 7, 635-654.
 - ▶ Villalonga, B., Trujillo, M. A., Guzmán, A. & Cáceres, N. (2018). *What are Boards for? Evidence from Closely Held Firms in Colombia*. *Financial Management* (en proceso de edición).
 - ▶ Xie, B., Davidson III, W. N. & DaDalt, P. J. (2003). Earnings Management and Corporate Governance: The Role of the Board and the Audit Committee. *Journal of Corporate Finance*, 9(3), 295-316.

GOBIERNO CORPORATIVO Y FAMILIAR: ANÁLISIS SOBRE SU RELEVANCIA PARA LAS EMPRESAS MULTIFAMILIARES EN EXPANSIÓN A PARTIR DE UN ESTUDIO DE CASO

Alexander Guzmán¹, Mónica Llanos², María-Andrea Trujillo³

Resumen

Las empresas familiares son actores fundamentales del desarrollo económico en el ámbito global. Dada su importancia, en este artículo se analiza el caso de Franquicias Americanas (FA), una empresa multifamiliar colombiana en una etapa de crecimiento acelerado, para argumentar que una empresa con alto potencial puede experimentar dificultad en la consolidación de su modelo de negocio y poner en riesgo su viabilidad debido a la ausencia de buenas prácticas de gobierno corporativo y gobierno familiar que permitan conservar los efectos positivos y mitigar los negativos que puede generar la presencia de las familias en las empresas.

Se discute la pertinencia de mecanismos de gobierno corporativo y familiar como las juntas directivas, los protocolos familiares, los acuerdos de accionistas, las políticas de transacciones con partes relacionadas, el ambiente de control y la coherencia entre la estrategia y las políticas que adopta la empresa como mecanismos de autorregulación que deben ajustarse de acuerdo con su ciclo de vida.

1. Profesor titular del Colegio de Estudios Superiores de Administración (CESA); administrador de empresas de la Universidad Externado de Colombia; magíster en Administración y doctor en Administración de la Universidad de los Andes. Fundador y codirector del Centro de Estudios de Gobierno Corporativo (CEGC) del CESA, y miembro fundador del Instituto Colombiano de Gobierno Corporativo (ICGC). alexander.guzman@cesa.edu.co

2. Economista de la Universidad del Rosario y magíster en Finanzas del CESA. llanosmonica16@gmail.com

3. Profesora titular del CESA, magíster y doctora en Administración de la Universidad de los Andes e ingeniera sanitaria de la Universidad de Antioquia. Fundadora y codirectora del Centro de Estudios de Gobierno Corporativo (CEGC) del CESA, y miembro fundador del Instituto Colombiano de Gobierno Corporativo (ICGC). maria.trujillo@cesa.edu.co

1. Introducción

Diferentes estudios han demostrado la prevalencia de la empresa familiar alrededor del mundo. De acuerdo con la revisión de la literatura en empresas familiares realizada por Villalonga et al. (2015), la literatura en economía financiera muestra que en las empresas que cotizan en bolsa de Estados Unidos el porcentaje de corporaciones con involucramiento familiar supera el 50 %, y, si se tiene en cuenta el total de empresas (en bolsa y de capital cerrado), este porcentaje supera el 90 %. Estos autores reseñan, igualmente, que este es un patrón que se repite en estudios realizados en otros países desarrollados y emergentes. Por otra parte, Villalonga et al. (2018) resaltan la prevalencia de empresas de capital cerrado con familias como accionistas controlantes o mayoritarios, y hacen mención al caso colombiano en el que se encuentran menos de 100 empresas listadas en bolsa de un universo de empresas colombianas que supera los 1.6 millones. Por lo tanto, la propiedad concentrada en familias empresarias es una constante que hace el estudio de la empresa familiar una necesidad y prioridad para el desarrollo económico.

En el imaginario colectivo, una empresa familiar es un pequeño emprendimiento con un bajo nivel de empleados y un único propietario. Sin embargo, la realidad es diferente. Si bien, este grupo de empresas pequeñas o micro también son empresas familiares, bajo esta configuración organizacional se encuentra igualmente grandes empresas y corporaciones alrededor del mundo y en Colombia. Por ejemplo, Faber Castell (Alemania, 1761), Roche (Suiza, 1894), Kikoman (Japón, 1917), Peugeot (Francia, 1810), Samsung (Corea, 1938), Santander (España, 1857), José Cuervo (México, 1758) y Walmart (Estados Unidos, 1962) son empresas bajo dominio familiar reconocidas en el mundo. En Colombia, el Grupo Aval, con sus diferentes entidades financieras, es controlado por la familia Sarmiento; el Grupo Bolívar, por la familia Cortés; y el Grupo Corona, por la familia Echavarría. Y se encuentran 20 ejemplos

adicionales en los grupos empresariales más reconocidos del país. Según Villalonga y Amit (2006), las familias controlan, de manera directa e indirecta, sus empresas a través del involucramiento en la propiedad, la gerencia, la junta directiva o, incluso, por medio de mecanismos como las estructuras piramidales y la emisión de acciones con derechos diferenciados con los que pueden retener el control.

Dado su prevalencia e importancia en la generación de riqueza, las investigaciones en empresas familiares se realizan desde diferentes enfoques, disciplinas y marcos teóricos. Desde el punto de vista financiero, el aspecto más álgido en la investigación está en determinar si el involucramiento familiar genera un impacto neto positivo o negativo para el desempeño financiero y la generación de valor de la empresa. Las investigaciones sugieren que este involucramiento reduce la miopía gerencial al enfocar la empresa en objetivos de largo plazo (Setein 1988, 1989; James, 1999). Desde los estudios de McConaughy et al. (1998) y Holderness y Sheehan (1988) se ha evaluado extensamente el efecto del involucramiento de la familia en la gerencia sobre el desempeño de las empresas. Las investigaciones sugieren que las empresas dirigidas por sus fundadores obtienen un desempeño financiero superior al de sus pares, mientras que el efecto de los herederos resulta contingente al contexto en el que se realice el análisis y a las características alrededor de los planes de sucesión y el involucramiento temprano de estos en el negocio familiar (Villalonga et al., 2015; González et al., 2010).

El involucramiento familiar también ha demostrado tener efectos no deseados en algunas empresas y contextos. Por ejemplo, puede generar nepotismo, es decir, el nombramiento de miembros de la familia para desempeñar funciones sin las condiciones necesarias para hacerlo o ignorando profesionales con mayor potencial y experiencia en el mercado laboral (Pérez-González, 2006). Además, el deseo de las familias de retener el control sobre las empresas puede relacionarse con motivos psicológicos como el interés de



perpetuar el legado del fundador, el orgullo que produce tener a un miembro de la familia como ejecutivo principal de la empresa o el vínculo emocional que las familias generan con las empresas que crean (Villalonga et al., 2018). Lo anterior puede hacer que las decisiones que se toman influenciadas por la familia se alejen de las reglas de mercado y obedezcan a la maximización de lo que se conoce en la literatura como su riqueza socioemocional (Gómez-Mejía et al., 2007).

Las investigaciones para el caso colombiano demuestran que las empresas con involucramiento familiar, en promedio, alcanzan un mejor desempeño solo cuando son relativamente jóvenes y menos complejas (González et al., 2012); muestran niveles de endeudamiento más conservadores, igualmente en etapas tempranas de operación (González et al., 2013); y son empresas en las que las políticas de dividendos y el funcionamiento de los mecanismos de gobierno son contingentes al tipo de involucramiento y a las motivaciones de la familia que las controla (González et al., 2014, 2015). Además, las juntas directivas parecen ejercer un papel más de asesoría que de supervisión, y apoyan las decisiones y preferencias del socio o accionista mayoritario (Villalonga et al., 2018). Por lo tanto, es evidente que el involucramiento familiar afecta la toma de decisiones y la manera en que se dirige y controla la empresa, es decir, el gobierno de esta unidad organizacional.

Un desafío adicional que encuentra la empresa familiar está en el ajuste que debe hacer a su sistema de gobierno corporativo de acuerdo con su ciclo de vida y a las dinámicas estratégicas. Filatotchev et al. (2006) argumentan, a través de un modelo teórico, que las empresas deben ajustar parámetros de gobierno corporativo de acuerdo con umbrales estratégicos determinados por sus ciclos de vida. Además, O'Connor y Byrne (2015) encuentran que el sistema de gobierno corporativo cuenta con características diferentes a lo largo del ciclo de vida de las empresas.

Siguiendo los planteamientos de Villalonga et al. (2015) y Filatotchev et al. (2006), en este artículo argumentamos que los mecanismos de gobierno corporativo y gobierno familiar son necesarios para conservar los efectos positivos que genera el involucramiento familiar, mientras que mitigan los efectos indeseados de esta situación particular, y que deben ajustarse para responder a las necesidades de las empresas dependiendo de su etapa de vida. Para desarrollar la discusión al respecto, utilizamos el caso de FA⁴, una empresa creada en 2008 teniendo como objetivo principal el desarrollo de una franquicia americana de pizza Chicago style. Esta empresa cuenta con una familia extranjera y cuatro familias colombianas como accionistas. Nueve años después de su creación, se consolida en el país con el 64 % del mercado en su categoría, con 26 locales de la marca de pizza y tres locales de una marca propia de comida hindú, marca que no tiene régimen de franquicia porque es desarrollada en su totalidad por FA. En el 2017 la compañía alcanzó ingresos netos de 16 millones de dólares y el 2018 lo empezó con 430 familias vinculadas al proyecto.

El plan de expansión de FA involucra 15 locales nuevos de ambas marcas en el periodo 2018-2020; la inclusión de nuevas marcas al portafolio; un modelo de franquicias para llegar a otras ciudades del país; la visión de tener 1000 familias vinculadas al proyecto; 35 millones de dólares en ingresos y ser considerada la empresa multimarcas más valiosa del mercado colombiano. Sin embargo, la consolidación de este plan de expansión experimenta distintos desafíos. La junta directiva establecida en el 2013 ha estado poco centrada en la tarea de supervisión y seguimiento de los indicadores de desempeño. La inversión en infraestructura para apalancar el crecimiento proyectado ha implicado una subutilización de la planta de producción, afectando los márgenes operativos. Lo anterior ha generado que las familias fundadoras quieran ejercer más control e involucramiento sin tener normas

4. Caso real pero anónimo en el que se cambiaron los nombres de los involucrados y de la empresa, así como las características del producto y el sector.

claras al respecto. Además, la falta de un seguimiento adecuado al modelo de negocio implicó un aumento en los gastos operativos no detectados de manera oportuna. De igual manera, el ambiente de control débil se presta para que algunos empleados tomen ventaja de la empresa con fraude ocupacional que pone en evidencia falencias en el sistema de control interno.

Luego de realizar entrevistas a profundidad a los miembros de junta directiva externos y al fundador de FA, los hallazgos muestran que la empresa ha ido desarrollando mecanismos de gobierno corporativo de manera voluntaria como respuesta a la creciente complejidad en la toma de decisiones. La empresa formalizó su junta directiva con presencia de externos a partir del 2013 buscando mejor soporte en el proceso de toma de decisiones. Sin embargo, el diagnóstico realizado permite evidenciar la necesidad de fortalecer la junta directiva existente desarrollando buenas prácticas que aún no ha incorporado FA. Además, es necesario adoptar, de manera expedita, mecanismos de gobierno familiar por su naturaleza multifamiliar y adelantar las acciones que permitan desarrollar una cultura de administración de los diferentes tipos de riesgos. Lo anterior, principalmente, a través del fortalecimiento del ambiente de control interno (identificación, gestión y control a los diferentes tipos de riesgo), pero, además, haciendo explícitos los valores y pautas de conducta que deben regir el comportamiento al interior de FA. Finalmente, el desarrollo de políticas que apoyen el propósito de FA y su plan estratégico son imperantes para que el crecimiento acelerado que experimenta la empresa no se convierta en la principal amenaza de su perdurabilidad.

Este artículo contribuye a la literatura mostrando la importancia de realizar ajustes al sistema de gobierno corporativo interno en la medida en que la empresa crece y se hace más compleja. La falta de acción oportuna al respecto por parte de las familias cuando sus empresas enfrentan un crecimiento acelerado genera una desalineación entre el sistema de gobierno corporativo interno y



las necesidades de la compañía. Lo anterior puede destruir valor y poner en riesgo la perdurabilidad de la misma, no porque la idea de negocio no sea exitosa, sino por la falta de un sistema de gobierno corporativo que potencie el crecimiento, mitigue los problemas de agencia⁵ y permita una mejor toma de decisiones. El artículo se estructura de la siguiente manera: en el siguiente aparte se revisa la literatura respecto a las particularidades del involucramiento familiar en las empresas, así como los mecanismos de gobierno corporativo y familiar que se utilizan para mitigar los costos y potenciar los beneficios de este involucramiento. Luego, se describe la metodología y se realiza una breve reseña de FA. Posteriormente, se presenta el análisis y discusión del caso FA, haciendo énfasis en cinco componentes fundamentales del gobierno corporativo y familiar; y, finalmente, se hacen los comentarios de cierre.

2. Involucramiento familiar: particularidades de la presencia de la familia en las empresas

2.1. Beneficios y costos

El involucramiento de las familias en las empresas genera diferentes efectos, algunos positivos y otros adversos, para la rentabilidad y el desempeño financiero. Dentro de los efectos positivos se encuentran la concentración de la propiedad que permite a las familias denominar a alguno de sus miembros como el ejecutivo principal, o supervisar a un gerente externo a la familia, mitigando el problema de agencia que se presenta entre gerentes y propietarios (Jensen y Meckling, 1976). La probabilidad de ocurrencia de un posible comportamiento

5. Los problemas de agencia hacen referencia a los conflictos de interés que se pueden presentar en las organizaciones cuando una de las partes involucradas en el desempeño de sus funciones decide actuar para favorecerse a sí misma en detrimento del bienestar colectivo. En las empresas familiares estos conflictos han sido ampliamente estudiados y Villalonga et al. (2015) presentan una revisión a la literatura sobre la materia.

oportunista o negligente del gerente se reduce potencialmente cuando un miembro de la familia que tiene comprometida parte o toda su riqueza e, incluso, ha desarrollado vínculos afectivos con la empresa, ejerce las funciones del ejecutivo principal.

Por otro lado, si el gerente no es miembro de la familia y no ostenta participación en la propiedad de la empresa, recibirá el acompañamiento, pero, a la vez, la supervisión de la familia como accionista mayoritario o controlante. Lo anterior se denomina en la literatura como beneficios compartidos del control, ya que otros propietarios que no son miembros de la familia con propiedad mayoritaria se ven beneficiados por la supervisión que ejerce esta última (Denis y McConnell, 2003).

El horizonte de inversión en el largo plazo es otro de los aspectos positivos que favorecen la toma de decisiones en las empresas con involucramiento familiar. Por ejemplo, Stein (1988, 1989) argumenta que las presiones que enfrentan los equipos de alta gerencia por obtener resultados en el corto plazo los pueden llevar a tomar decisiones que implican sacrificios para el desarrollo de los intereses de largo plazo de la empresa. Sin embargo, para el autor la magnitud de este problema depende de diferentes aspectos, entre ellos, las creencias, atributos y preferencias de los propietarios. Las familias empresarias tienen horizontes de largo plazo porque consideran la empresa un legado para futuras generaciones, lo que mitiga el problema de miopía gerencial. En la misma línea, James (1999) argumenta que los vínculos familiares, la lealtad y la estabilidad que traen las familias a sus empresas generan los incentivos adecuados para que los gerentes realicen inversiones eficientes en las empresas familiares.

Las familias empresarias, igualmente, establecen relaciones de largo plazo y ofrecen una mayor estabilidad a sus empleados. Por ejemplo, Sraer y Thesmar (2007) encuentran que la estabilidad del capital humano se ve, de manera significativa,



menos afectada en las empresas familiares ante cambios en las condiciones del entorno. Sus resultados sugieren que las familias ofrecen, de manera implícita, contratos de seguros de desempleo en el largo plazo, lo que les permite un uso más eficiente y productivo del talento humano. En general, el hecho de que las familias perciban las empresas como parte de su legado para sus futuras generaciones o, incluso, para la sociedad en general, permite esperar un mayor nivel de dedicación y de esfuerzo en lograr generación de riqueza para los diferentes grupos de interés (Bertrand y Schoar, 2006; Jensen y Meckling, 1976).

Estos efectos positivos del involucramiento familiar pueden verse parcial o totalmente contrarrestados por prácticas que traen las familias a sus empresas y que afectan el desempeño financiero de las mismas. En especial, se han reseñado dos problemas que afectan considerablemente el funcionamiento de las empresas controladas por familia. El primero de ellos es el nepotismo y las posiciones gerenciales dinásticas. Al respecto, Caselli y Gennaioli (2013) desarrollan el concepto de la “gerencia dinástica” en la empresa familiar, una práctica que no toma en cuenta la meritocracia y que garantiza la sucesión gerencial entre las generaciones de la familia fundadora. Estos autores aseguran que esta práctica tiene un impacto negativo importante sobre el desempeño financiero de las empresas y que este no es solo importante a nivel de entidad, sino, también, a nivel país. De igual manera, Pérez-González (2006) encontró que algunas empresas nombran al gerente o ejecutivo principal teniendo en cuenta sus vínculos familiares y no los méritos para ocupar el cargo.

Además, demuestra que las empresas que utilizan el nepotismo en el proceso de designación del gerente obtienen rendimientos financieros inferiores a los de sus pares. Para Bertrand y Schoar (2006), fuertes vínculos familiares pueden llevar a nepotismo porque la familia decide escoger a los ejecutivos claves y a los miembros de junta directiva al interior de la familia, dejando de



lado el análisis de potenciales candidatos más preparados y con mayores niveles de experiencia para ocupar el cargo.

Por otra parte, aunque la presencia de una familia mayoritaria o controlante en la empresa puede incrementar la supervisión del equipo gerencial y mitigar potenciales conflictos de interés entre gerentes y accionistas, a su vez, la posición dominante facilita la consecución de lo que Grossman y Hart (1980) denominan los beneficios privados del control. Por lo tanto, la concentración de la propiedad por parte de una familia genera tanto incentivos para supervisar como incentivos para expropiar la riqueza de otros socios minoritarios, los cuales pueden ser familiares o no. De acuerdo con Villalonga et al. (2015), las familias buscan retener e incrementar el control sobre las empresas y utilizan diferentes mecanismos, como estructuras piramidales en los grupos económicos o la emisión de diferentes tipos de acciones, para retener a aquellas con derecho a voto o, incluso, una representación desproporcionada en las juntas directivas. Además, los estudios en empresas familiares señalan que estas divergencias entre los derechos de propiedad y los derechos de voto tienen un impacto negativo sobre el desempeño.

Sin embargo, la evidencia más directa del problema de expropiación que puede ejercer un accionista controlante en perjuicio de los minoritarios es denominada por Johnson et al. (2000) como la transferencia de activos y utilidades fuera de la empresa para el beneficio de quienes la controlan. Lo anterior se puede lograr a través de un consumo excesivo de prebendas como gastos de representación y beneficios extralegales o, incluso, altos salarios, así como a través de transacciones con partes relacionadas que favorecen los intereses económicos del accionista controlante, pero que se ejercen a precios diferentes a los del mercado en perjuicio de los accionistas minoritarios.

2.2. Riqueza socioemocional

¿Qué puede explicar que un empresario o emprendedor tome acciones que afecten el desempeño financiero de la empresa que ha creado? Algunos argumentan que la teoría de agencia, en la que una parte desea tomar ventaja de la otra, puede ser una explicación. Sin embargo, los perjuicios sobre el desempeño financiero de la empresa afectan a la familia controlante, así como a los demás socios o accionistas. Para nosotros, la teoría que mejor explica que las familias empresarias en ocasiones tomen acciones que pueden afectar el desempeño financiero es presentada por Gómez-Mejía et al. (2007). Estos autores argumentan que las familias no solo buscan maximizar su riqueza monetaria, sino que persiguen, igualmente, la maximización de lo que ellos denominan la riqueza socioemocional. De acuerdo con estos autores, la riqueza socioemocional de las familias hace referencia a aspectos no financieros relacionados con sus necesidades afectivas como son la identidad, la capacidad de ejercer influencia en su entorno, la perpetuación de la dinastía familiar, la perpetuación de los valores familiares a través de la empresa, la oportunidad de ser altruista con miembros de la familia y la conservación del capital social de la empresa familiar, entre otros.

Gómez-Mejía et al. (2007) aseguran que, contrario a lo que se cree, las empresas familiares pueden asumir un mayor nivel de riesgo operativo para proteger su riqueza socioemocional, lo que puede implicar mayor probabilidad de falla y un desempeño financiero no óptimo. Para estos autores, cuando las familias empresarias pierden parte de su riqueza socioemocional, pierden intimidad familiar, estatus y no cumplen con las expectativas de la familia, entre otros. Además, aseguran que la riqueza socioemocional es un aspecto fundamental en la toma de decisiones en familias con alto involucramiento en la propiedad y la gerencia, por ejemplo, empresas familiares en primera generación. El deseo de retener el control y la relación entre la

riqueza socioemocional y la empresa familiar disminuye con el número de generaciones y el menor involucramiento familiar. Una familia en tercera generación e involucrada únicamente a través de la propiedad, es más probable que decida liquidar posiciones en la compañía.

Berrone et al. (2012) parten del trabajo previamente reseñado y aseguran que la riqueza socioemocional es un concepto multidimensional. Para lograr un mejor entendimiento del mismo, proponen cinco dimensiones relevantes a partir de revisiones a estudios previos en la literatura de empresa familiar que se discuten a continuación desde sus planteamientos. El control y la influencia familiar representa la primera dimensión de la riqueza socioemocional. Las familias buscan ejercer control sobre las empresas a través de diferentes tipos de involucramiento, por ejemplo, en posiciones gerenciales, en la junta directiva o en el cargo del ejecutivo principal. Además, pueden adquirir poder, igualmente, a través de la estructura de gobierno corporativo interno, de los órganos que la conforman y de las atribuciones que se dan a cada uno de ellos. En ocasiones, las juntas de socios o asambleas de accionistas tienen poderes y funciones que desdibujan la labor de las juntas directivas.

La identificación de los miembros de la familia con la empresa representa la segunda dimensión de la riqueza socioemocional. La familia y la empresa son percibidas como una unidad, lo que lleva a que grupos de interés internos y externos la vean como una extensión de la familia. Esta percepción influye en la forma de relacionarse con los empleados y con otros grupos de interés, donde se busca proteger la reputación de la familia. La tercera dimensión identificada por Berrone et al. (2012) es la construcción de lazos sociales. Específicamente se hace referencia a las relaciones sociales de la familia o a su capital social, y representan todos los vínculos que construye la familia, no solo entre sus miembros, sino con diferentes grupos de interés como los proveedores, los empleados, los clientes



.....

y con las comunidades en donde desarrollan sus actividades económicas. La relevancia de estos vínculos hace que los criterios de decisión trasciendan los análisis desde el punto de vista financiero.

La cuarta dimensión, denominada vínculo emocional, hace referencia al papel de las emociones en el contexto de las empresas familiares. Las emociones típicas en el contexto familiar permean la toma de decisiones y la dinámica empresarial y, entre ellas, hay emociones positivas como el amor, la felicidad, la consolación, pero también negativas como la ira, el miedo, la ansiedad y la tristeza. Finalmente, la quinta dimensión tiene que ver con la renovación de los vínculos familiares con la empresa a través de la sucesión dinástica. Los autores hacen referencia al deseo de las familias de mantener el negocio para las futuras generaciones. La empresa no es vista como un activo que pueda ser fácilmente vendido, en cambio, se asume como una inversión de largo plazo de la familia.

Claramente, las motivaciones familiares antes discutidas pueden afectar la toma de decisiones en las empresas con involucramiento familiar. En este artículo argumentamos que las buenas prácticas de gobierno corporativo y gobierno familiar permiten conservar los efectivos positivos y evitar los negativos que puede generar la presencia de las familias en las empresas. Por ello, en el siguiente aparte se discuten los mecanismos de gobierno más relevantes reseñados en la literatura.

2.3. Gobierno corporativo y familiar y ciclo de vida de la empresa

En general, la literatura de empresa familiar ha resaltado la importancia de contar con un buen gobierno corporativo. En un estudio seminal, Daily y Dalton (1992) analizan 100 empresas estadounidenses pequeñas y rentables y resaltan la importancia de la junta directiva conformada por miembros independientes

.....

para su tasa de crecimiento. Carney (2005) argumenta que el sistema de gobierno corporativo puede fungir en la empresa familiar como una fuente de ventaja competitiva. Miller y Le Breton-Miller (2006) discuten la gran diversidad que se puede encontrar en las empresas familiares debido a la complejidad y tamaño, y la necesidad de contar con acuerdos de gobierno corporativo adecuados para garantizar un buen desempeño financiero, acuerdos que dependen del nivel de involucramiento familiar, del tamaño de la familia, del número de familias detrás de la empresa e, incluso, del número de generaciones. Brenes et al. (2011) no solo discuten la trascendencia de la junta directiva como mecanismo de gobierno corporativo para las empresas familiares, sino que también resaltan la importancia de mecanismos de gobierno familiar en la medida en que más miembros de la familia se involucran en la empresa o en que las familias crecen en número de integrantes y generaciones. Finalmente, Siebels y Knyphausen (2011) realizan una revisión a la literatura en la que se hace evidente cómo el gobierno corporativo de la empresa familiar es fundamental para salvaguardar su desempeño financiero.

De acuerdo con la literatura en economía financiera, el principal mecanismo de gobierno corporativo interno en una empresa está representado por la junta directiva (Villalonga et al., 2018). Para Fama y Jensen (1983), los propietarios de una empresa delegan en el ejecutivo principal las decisiones gerenciales (formulación e implementación), es decir, la administración de la empresa, y vierten en la junta directiva las decisiones de control (ratificación y supervisión). Para cumplir a cabalidad su labor, se espera que las juntas estén conformadas por internos con información valiosa, y externos, preferiblemente independientes, para que permitan una toma de decisiones más informada y para que actúen como árbitros cuando se presente una diferencia de criterio entre los primeros. Fama y Jensen (1983), además, aseguran que la junta funciona como un mecanismo efectivo de gobierno corporativo solo cuando puede limitar la discreción

individual en la toma de decisiones de los miembros de la alta gerencia.

Adicionalmente, diferentes investigaciones y lineamientos resaltan la importancia y bondades de contar con comités de apoyo, constituidos en el seno de la junta directiva, como una extensión de esta sin reemplazarla en la toma de decisiones, pero apoyando su trabajo. La Circular Externa n.º 28 de 2014 de la Superintendencia Financiera presentó la actualización del Código de Mejores Prácticas Corporativas, promulgado por primera vez por la misma entidad en el 2007 y actualizado en el 2014. Este código recoge las recomendaciones que la Superintendencia realiza a los emisores de valores en el país. En estos lineamientos se sugiere a las empresas contar con comités de auditoría, riesgos, nombramientos y remuneraciones y gobierno corporativo. Además, Xie et al. (2003), Sun y Cahan (2009) y Sun et al. (2009) resaltan las bondades de comités, como el de nombramientos y remuneraciones y el de auditoría, para establecer, de manera más apropiada, los esquemas de compensación y para evitar la manipulación de los estados financieros.

Por otra parte, las empresas familiares pueden adoptar mecanismos de gobierno específicos para regular la relación de las familias con la empresa. Villalonga et al. (2015) reseñan la literatura al respecto y resaltan la existencia de asambleas de familia, consejos de familia y constituciones o protocolos familiares, cada uno de ellos con una función específica. Las asambleas de familia pretenden reunir miembros familiares, participen o no de manera directa en la propiedad de la empresa, para fortalecer los vínculos entre ellos, mejorar la comunicación y crear un sentido de pertenencia. Lo anterior puede facilitar la solución de potenciales conflictos que surjan entre las familias.

Los consejos de familia funcionan de manera similar a las juntas directivas. Se constituyen con un número limitado de miembros



de la familia que pueden ser elegidos por la asamblea familiar y que trabajan en la comunicación y regulación de la relación familia-empresa. Y las constituciones o protocolos familiares representan un compromiso explícito de la manera como la familia se relaciona con la empresa. Por ejemplo, establecen las condiciones para recibir apoyo económico para estudio o calamidades y, especialmente, aquellas que deben cumplir los integrantes de la familia para trabajar en la empresa. La deficiencia de los protocolos está en que no son legalmente vinculantes. Una figura con más soporte legal son los acuerdos de socios o accionistas donde se establecen reglas para evitar el conflicto y regular la relación entre socios, y entre los socios y la empresa.

Finalmente, está la arquitectura de control que, de acuerdo con Restrepo et al. (2018), es un componente fundamental en el sistema de gobierno corporativo a nivel organizacional. La arquitectura o ambiente de control pretende incentivar una cultura de prevención y control al interior de las organizaciones, por lo que contempla los procesos de control interno, la auditoría, la administración del riesgo y la función de cumplimiento. La gestión de riesgos implica la identificación de los mismos, su evaluación, medición de exposición, seguimiento y reporte.

El sistema de control interno se encarga de la gestión de los riesgos identificados y la prevención de los problemas que pueden derivarse de los mismos. Finalmente, el seguimiento a la arquitectura de control está a cargo de la función de auditoría que internamente es ejercida por un responsable cuyo nombramiento y remoción depende directamente de los consejos, y que externamente es ejercida por el revisor fiscal. Por otra parte, la Circular Externa n.º 28 de 2014 señala la importancia de construir un ambiente de control adecuado que evidencie la relevancia que la organización le otorga al tema. Dentro del ambiente de control es primordial que las organizaciones cuenten con una política para la designación del revisor fiscal

y con un comité de auditoría que apoye constantemente los consejos superiores o directivos.

La literatura en gobierno corporativo, igualmente, ha resaltado la importancia de ajustar el modelo de gobierno corporativo de acuerdo con el ciclo de vida de la empresa. Específicamente, Filatotchev et al. (2006) aseguran que a pesar del gran número de estudios argumentado las bondades del gobierno corporativo, la mayoría se enfocan en las empresas maduras listadas en bolsa, dejando de lado los procesos de cambio en el gobierno corporativo y las variaciones en los problemas de agencia en el ciclo de vida de las empresas, desde su creación hasta su madurez. Los autores argumentan la necesidad de adaptar el sistema de gobierno corporativo a transiciones que se presentan de una etapa a otra en el ciclo de vida de la empresa.

Esta postura teórica no ha resultado fácil de contrastar. O'Connor y Byrne (2015) buscan proveer evidencia al respecto. Sin embargo, ante la imposibilidad de contar con datos sobre cambios en el modelo de gobierno corporativo al interior de las empresas, los autores analizan diferencias en el gobierno corporativo entre empresas en distintos momentos del ciclo de vida, encontrando que las maduras cuentan con mejores prácticas de gobierno corporativo. De igual manera, Cowling (2003) analiza la productividad de empresas pequeñas y encuentra que las características de gobierno corporativo y, especialmente, de la junta directiva tienen un impacto sobre su productividad. Sin embargo, la transición y la dinámica entre el sistema de gobierno corporativo y la complejidad propia de los cambios en las etapas del ciclo de vida de la empresa encuentra desafíos específicos en su análisis. El presente artículo, a través del estudio de caso, busca contrastar estos planteamientos teóricos.

3. Metodología

3.1. Estudio de caso como metodología

En este artículo desarrollamos una investigación cualitativa de carácter exploratorio cuyo propósito es identificar las prácticas de gobierno corporativo existentes e inexistentes en FA que pueden definir los desafíos actuales de la compañía en la materia, teniendo en cuenta su proceso de crecimiento y expansión.

En la recolección de la información para esta investigación se recurre, como fuente primaria, a la realización de entrevistas en profundidad con los miembros claves de la organización que hacen parte del gobierno corporativo, y como fuentes secundarias se tomó en cuenta la información sobre FA publicada en los diferentes medios de comunicación y se realizaron visitas de observación a sus diferentes sucursales, oficinas y a su planta de producción. En particular, se realizaron cinco entrevistas a profundidad, incluyendo tres miembros independientes de la junta directiva y dos fundadores involucrados en la administración de la empresa.

Con el propósito de guiar la conversación, y como una herramienta metodológica, durante la realización de las entrevistas se presentó un tipo de script o guion con algunos puntos relacionados con la temática de interés. Cada entrevista incluyó secciones a ser cubiertas en un período no mayor a dos horas. Las temáticas abordadas fueron: i. Concepción del gobierno corporativo de manera general y para FA en particular; ii. Proceso de toma de decisiones y actores involucrados en el mismo; iii. Proceso de revelación de la información de FA; iv. Conflictos de interés que emergen dentro de la empresa; v. Fortalezas y debilidades de los procesos relacionados con el control de la gestión, y vii. Desafíos y recomendaciones relacionadas con el gobierno corporativo de FA como una

.....

empresa en expansión.

La metodología utilizada permitió esbozar algunas oportunidades de mejora que pueden llegar a ser tenidas en cuenta por la empresa. El diseño metodológico se sustenta en la metodología de estudio de caso bajo la cual se permite aportar al debate teórico partiendo de la realidad empírica (Yin, 2003; Eisenhardt, 1989). Es importante señalar que en dicha metodología, de manera general, y en este estudio, de manera particular, no se busca proveer ninguna prueba. El propósito aquí es validar ideas conceptualmente a través de casos.

Específicamente, siguiendo a Yin (2003), el artículo busca contrastar los planteamientos teóricos presentados por Villalonga et al. (2015) y Filatotchev et al. (2006), quienes resaltan la importancia del gobierno corporativo y el gobierno familiar para la supervivencia de las empresas familiares y argumentan que las organizaciones se ven en la necesidad de ajustar su modelo de gobierno corporativo de acuerdo con su ciclo de vida y los desafíos estratégicos que enfrentan. El caso de FA es de particular utilidad porque permite evidenciar, para una misma empresa, cambios en las dinámicas de crecimiento y en la estrategia de la compañía que ha implicado ajustes a su sistema de gobierno corporativo y que demanda aún transformaciones relevantes al mismo para atender las demandas desde el punto de vista de gobierno generadas por el crecimiento acelerado que enfrenta la empresa.

3.2. Breve reseña de FA

La marca de pizza franquiciada nace en Estados Unidos en junio de 2003 como una iniciativa familiar de dos hermanos que emprenden el desarrollo de una cadena de restaurantes especializado en pizza Chicago style y en comida americana en general. Esta marca nace con el concepto de un bar deportivo donde se puede compartir entre amigos rodeados de un

ambiente de deportes, cerveza, buen servicio y buena comida. Es una marca dentro del tipo de restaurantes clasificados como casual food, caracterizados por tener tiempos de servicios medios. Por lo tanto, el concepto no es el de comida rápida bajo el cual el tiempo de espera está entre los 10 o 15 minutos, los precios de venta son bajos y la competencia se centra en la cantidad y el precio. El concepto de la marca tampoco se encuadra en los fine restaurants o los denominados restaurantes a manteles, con tiempos de espera de 45 minutos a 1 hora, precios elevados y donde su competencia se centra en la calidad de los productos y el prestigio del chef o creador del concepto.

La marca franquiciada se clasifica en los restaurantes casuales que se caracterizan por tener tiempos de espera de 15 minutos a media hora, por ofrecer una experiencia distinta a los clientes basada en una temática especial, un servicio diferenciado y un tipo de comida especializado. Los precios se encuentran ubicados arriba de los precios de la comida rápida y debajo de los precios de la franja a manteles. FA nace en Colombia como la marca operadora de este concepto. La sociedad está compuesta por seis socios colombianos, todos con relación familiar o de amistad entre ellos, y por una empresa americana que, igualmente, participa de la sociedad y es dueña de la marca.

La compañía entra en operación en febrero de 2009 con su primer local en un centro comercial de Bogotá y con una inversión proveniente de capital de los socios tanto nacionales como extranjeros. Su esquema de franquicia se caracteriza por tener una obligación de pago de conceptos de regalías y servicios técnicos por el uso de la marca y por no tener fee de apertura, por lo que la inversión en cada uno de sus puntos de venta es solo la inversión en activos fijos del local y no cuenta con pagos adicionales a la casa matriz. El segundo local se abre en diciembre de ese año en un reconocido hotel en la misma ciudad. Además, para febrero de 2010 la empresa monta su primer centro de producción y logística en Bogotá, concentrando



en ese punto el manejo de proveedores y las primeras oficinas de gerencia, contabilidad y gestión humana.

Durante el periodo comprendido entre 2010 y 2014 la empresa se expande de la siguiente manera: durante el 2010 abre una nueva sucursal en Bogotá; en el 2012, dos sucursales adicionales en Bogotá y una en Medellín como la primera experiencia fuera de Bogotá; y el 2013 se abren dos sucursales adicionales, una en Bogotá y otra en Cartagena. En este año se realiza el primer traslado de la planta de producción y del centro de logística, teniendo, por primera vez, una planta de producción con la tecnología y el espacio suficientes para cubrir las necesidades de expansión. Con el paso a la nueva planta y oficinas se crean las direcciones de gestión humana, logística, mercadeo y operaciones para dar soporte a la gerencia en los planes de crecimiento.

Para el 2015 se pone en marcha un proceso de expansión muy ambicioso con tres aperturas en ese año y cuatro nuevas sucursales en el 2016, año en el cual se incursiona en el formato de domicilios con plataforma propia y a través de plataformas especializadas desarrolladas por terceros. En el 2017, FA decide convertirse en una empresa multimarca y desarrolla un nuevo concepto de comida hindú y lanza su primera sucursal. Esta marca opera como restaurante dentro de la misma categoría de restaurantes casuales. Al mismo tiempo, se ponen en operación las dos sucursales adicionales de la marca de pizza franquiciada. En este mismo año se realiza un nuevo cambio de la planta a un espacio de 6200 m², aumentando la capacidad de producción, mejorando la operación logística y ampliando sus oficinas. Se amplían, además, los departamentos de soporte y se incluyen mejores prácticas de manufactura en la planta de producción. Para el 2018 la compañía continua con la expansión de sus dos marcas con la apertura de cinco locales en la capital del país.

Los planes de expansión para los próximos cinco años incluyen



el crecimiento de ambas en Bogotá y la creación, desarrollo o compra para expandir de nuevos formatos que le permitan a la empresa crecer en varias líneas y aprovechar de la mejor manera la infraestructura de planta de producción, logística y oficinas con las que cuenta.

Sin embargo, la consolidación de la empresa en este plan de expansión no es evidente y enfrenta desafíos particulares. La junta directiva se estableció en el año 2013 para acompañar las decisiones relevantes de la gerencia, pero los resultados positivos de la empresa en los primeros años de funcionamiento de la junta pueden haber llevado a este órgano de gobierno a tener un bajo nivel de supervisión y seguimiento de los indicadores de desempeño, y a un estudio no tan profundo de decisiones específicas. Además, la inversión en infraestructura para apalancar el crecimiento proyectado, específicamente con el establecimiento de la nueva planta de producción, llevó a una subutilización de los activos productivos. Para el 2018, FA estaba utilizando un poco más del 30 % de la capacidad instalada, lo que impactó directamente los márgenes operativos de la empresa en los últimos años. Este deterioro en el desempeño financiero crea un escenario propicio para que las familias fundadoras tengan incentivos para incrementar sus niveles de involucramiento, sin reglas claras al respecto. Por otra parte, la falta de un seguimiento adecuado al modelo de negocio desde los órganos y actores del gobierno corporativo implicó crecimientos en los gastos operativos por encima de las necesidades de la empresa e, incluso, falta de atención a la estructura de costos establecida en el modelo de negocio original. De igual manera, un ambiente de control poco robusto permitió a algunos empleados tomar ventaja de la empresa. El fraude ocupacional en algunas áreas de producción y ventas pone en evidencia falencias en el sistema de control interno y la necesidad de fortalecer la arquitectura de control.

4. Análisis y discusión del caso de FA

A continuación, se discute el estado actual de diferentes mecanismos de gobierno corporativo en FA, se identifican algunas fortalezas en su modelo de gobierno, así como las oportunidades de mejora para que el crecimiento acelerado que experimenta la empresa no afecte su perdurabilidad.

4.1. Junta directiva

La junta directiva surge en las empresas cerradas, principalmente, cuando los propietarios perciben la necesidad de contar con asesoría para una toma de decisiones más informada. De acuerdo con Villalonga et al. (2018), las juntas directivas, en este tipo de sociedades, antes que ejercer funciones de supervisión asesoran a los propietarios y acompañan la toma de decisiones. Este es el caso de FA de acuerdo con Andrés Martínez, fundador de la empresa, quien asegura que la junta directiva actual, conformada por miembros patrimoniales y externos, surge hacia el 2013 buscando tomar decisiones más argumentadas y sustentadas. Los montos de inversión se hacían cada vez más representativos y el riesgo y las consecuencias asociadas a una decisión inapropiada eran cada vez más relevantes. Así, Andrés les propone a sus socios convertir la junta conformada exclusivamente por miembros patrimoniales, en una junta directiva integrada por tres miembros externos y dos miembros patrimoniales.

Las entrevistas a profundidad dejan en evidencia fortalezas de la junta directiva. Por ejemplo, se percibe una diversidad adecuada en su conformación. Los tres miembros externos cuentan con perfiles que apoyan de manera apropiada el trabajo del gerente fundador en FA. Entre ellos se cuenta con un experto en la industria, un experto financiero y una experta en mercadeo.

Además, los entrevistados reconocen una ventaja en la diversidad

.....

de edades de los miembros, lo que implica diferencias en la experiencia y trayectoria profesional, pero, igualmente, en la visión prospectiva y en el apetito por el riesgo. Lo anterior está en línea con argumentos como los de Fama (1980) y Fama y Jensen (1983) sobre la importancia de contar con internos y externos en este órgano de gobierno, así como los de Black y Kim (2012) sobre el valor de los externos independientes en las juntas.

Respecto a la dinámica del órgano de gobierno, los miembros externos identifican un grado de formalización importante para el tamaño de la empresa en comparación con experiencias vividas en empresas de mayor tamaño y complejidad. Además, se percibe una concentración de las discusiones en temas estratégicos, dejando de lado temas operativos, coadministración y concentración excesiva a la revisión de hechos cumplidos. Especialmente, se discuten temas relacionados con el plan de expansión y con montos de inversión relevantes, asociados a aperturas de nuevos restaurantes, por ejemplo. Lo anterior, en línea con los argumentos de Fama y Jensen (1983) y Andrews (1981) sobre el papel estratégico de la junta directiva en las empresas. Además, las decisiones regularmente se toman por consenso con una dinámica positiva, y las reuniones del órgano de gobierno son cordiales. Cuentan con un cronograma anual y reciben el acta de la reunión anterior para aprobación y la información detallada para la preparación de la reunión con anterioridad.

El gerente fundador ha reconocido la autoridad de la junta. Los miembros externos lo perciben como un ejecutivo receptivo que en lugar de asumir la posición de propietario se comporta adecuadamente como gerente y, por lo tanto, si la junta no le aprueba una propuesta presentada, acoge la decisión. Las funciones de secretaría de la junta directiva son llevadas a cabo por la gerente financiera de la empresa, hermana del fundador e, igualmente, socia de FA. Los miembros de junta directiva reciben una remuneración por el trabajo que realizan, que consideran

adecuada de acuerdo con el mercado colombiano.

Dentro de los aspectos por mejorar en la junta directiva se identifican algunos críticos. Por ejemplo, la empresa cuenta con un documento donde, aparentemente, se define el plan estratégico. Sin embargo, no se realizó un proceso de inducción con los miembros de junta directiva externos y no recibieron el documento para su estudio. No es claro si todos han tenido la oportunidad de revisarlo. Una vez solicitado por uno de ellos, la percepción es que el documento no tiene la profundidad necesaria para servir como un instrumento de planeación estratégica. Contar con un ejercicio de planeación estratégica robusto es necesario para el buen funcionamiento de la junta directiva. La falta de claridad en el direccionamiento estratégico e, incluso, en los diferenciadores e indicadores claves de desempeño han llevado a una junta directiva que ejerce un papel débil de supervisión y control y que, aparentemente, ejerce más funciones de órgano asesor.

Además, aun cuando la junta directiva cuenta con un cronograma, este no hace explícito los temas principales que se abordaran en el cronograma anual. Lo anterior lleva a cierto grado de improvisación en la planeación de las reuniones y a que la agenda de la misma surja como una propuesta de la alta gerencia, sin el acompañamiento de la presidencia de la junta. El papel de presidente de la junta directiva no está asignado a ningún miembro en particular. Como se mencionó previamente, no existe un proceso de inducción para los miembros de junta. No se han definido periodos de permanencia y posibilidades de reelección para las posiciones en este órgano de gobierno. A las reuniones regularmente asiste uno de los socios patrimoniales con su suplente, lo que desvirtúa de cierta manera el tamaño de la junta. La empresa tampoco cuenta con un reglamento para la junta directiva. Por otra parte, para algunos entrevistados las cifras financieras no se discuten a profundidad, mientras que otros consideran que la mayoría del tiempo se dedica,

.....

específicamente, a la discusión de las mismas. Lo anterior sugiere la posibilidad de crear comités en el seno de este órgano de gobierno dedicados a temas particulares y que apoyen las funciones sustantivas de la junta directiva, especialmente, las del comité financiero o de auditoría y riesgos. En un comité de junta se pueden concentrar los esfuerzos de miembros con determinada experiencia para analizar a profundidad temas para facilitar y hacer eficientes las reuniones de la junta directiva sin dejar de lado el acompañamiento y atención a los detalles necesarios para garantizar una efectividad en el funcionamiento de este órgano de gobierno. Finalmente, el proceso de selección para llegar a ocupar una posición en la junta directiva tampoco se encuentra explícito y formalizado.

Diferentes investigaciones resaltan la importancia de juntas directivas que funcionen como equipos de trabajo efectivos. Por ejemplo, Sonnenfeld (2002) destaca la trascendencia de los comités, especialmente, los de auditoría y compensación. Igualmente, Xie et al. (2003), Sun y Cahan (2009) y Sun et al. (2009) resaltan las bondades de comités como el de nombramientos y remuneraciones y el de auditoría. Además, Kakabadse y Kakabadse (2007) y Kakabadse et al. (2010) han estudiado la importancia del papel del presidente de la junta y de su relación con el gerente de la empresa para garantizar un funcionamiento adecuado de la junta directiva.

4.2. Relación entre accionistas y gobierno familiar

Al revisar en detalle la estructura de propiedad de FA se identifica la presencia de, por lo menos, cinco familias colombianas y una extranjera, todas con descendencia, específicamente, con uno o dos hijos. Además, se evidencia involucramiento familiar en la administración de la empresa, no solo en la junta directiva con los miembros patrimoniales y en el cargo de ejecutivo principal a través del fundador, sino, igualmente, en dos cargos específicos en el área financiera y el

área de mercadeo. Sin embargo, en las entrevistas realizadas se hace evidente la falta de mecanismos de gobierno familiar, lo que los miembros de junta directiva externos consideran una falencia.

La definición explícita de las reglas de juego en cuanto a formación y experiencia para el involucramiento de las familias propietarias en la empresa, sea a través de la junta directiva, los cargos gerenciales u otras posiciones, resulta una necesidad imperante para anticiparse a potenciales conflictos de interés que surjan entre las familias y que afecten la perdurabilidad de FA. Lo anterior puede materializarse con un protocolo familiar o, incluso, con un acuerdo de accionistas. De igual manera, estos documentos pueden abarcar otros aspectos como las condiciones bajo las cuales la empresa puede ofrecer apoyos económicos específicos a los integrantes de las familias propietarias y los beneficios diferenciados a los que pueden tener acceso aquellos que cumplen funciones administrativas en FA, beneficios que se adquieren en la relación laboral y que cumplen con las condiciones de mercado.

Las asambleas y consejos familiares son también mecanismos de gobierno familiar sobre los que los propietarios de FA pueden reflexionar y adaptar a la realidad de su organización. Por ejemplo, las asambleas buscan que los miembros de las familias propietarias, socios o no, conserven vínculos sociales que les permitan evitar conflictos o solucionarlos de manera más expedita si llegan a presentarse. Puede ser, igualmente, un escenario que se utilice para formar a los socios actuales y potenciales en temas de interés para la empresa. Por otra parte, los consejos familiares se sugieren cuando las familias superan cierto número de miembros, por ejemplo, más de 30 integrantes. Sin embargo, , posiblemente, aún no sea un mecanismo de gobierno pertinente para FA. Pero la discusión sobre los diferentes mecanismos de gobierno familiar por parte de los propietarios de FA puede generar el conocimiento y criterio

.....

necesario de las familias propietarias para identificar el momento oportuno de adoptarlos.

Las bondades de los mecanismos de gobierno familiar, exclusivos de las empresas familiares por naturaleza, han sido discutidas por diversos autores como Davis (2007) y Gersick y Feliu (2014). Estos mecanismos permiten clarificar las demandas y recompensas que emergen de la relación entre la familia y la empresa; articulan y comunican los valores, objetivos y propósito de la familia empresaria; y construyen confianza y facilitan una comunicación efectiva al interior de la familia y entre la familia y la empresa. Mientras que las asambleas permiten a las familias fortalecer los vínculos entre sus miembros, la cohesión, la confianza, el orgullo y la identidad familiar, así como preservar su herencia, cultura, normas y tradiciones (Davis, 2007; Amit y Villalonga, 2013), el consejo de familia establece normas, políticas y declaraciones para ser avalados por la asamblea, y constituye un espacio legítimo para resolver conflictos familiares que pueden ser dañinos para el desempeño de la empresa familiar (Lansberg, 1988; Blumentritt et al., 2007; Davis, 2007). Finalmente, el protocolo familiar es un acuerdo escrito y moralmente vinculante para los miembros familiares que, regularmente, propone el consejo y aprueba la asamblea familiar, y que incluye las normas necesarias para regular la relación familia-empresa y preservar el legado y los valores de la familia fundadora (Davis, 2002).

4.3. Ambiente de control

La administración de riesgos de todo tipo, no únicamente el riesgo financiero, representa una tarea pendiente para FA. Recientemente se contrató un jefe de control interno, pero aún no se hace la identificación de los riesgos más importantes para la empresa de manera determinante a través de una matriz de riesgos que se convierta en un instrumento de gestión para la alta gerencia y la junta directiva. En la percepción de los

entrevistados, los riesgos operativos y reputacionales son en este momento los más importantes para FA. Por lo tanto, la identificación explícita de los mismos, la capacitación al personal operativo y administrativo sobre estos aspectos, y el diseño de planes específicos para su mitigación requieren un conjunto de acciones específicas que son parte de las funciones de un área de control interno.

La conformación de un comité financiero, de auditoría y riesgos en el seno de la junta directiva podría convertirse en un primer paso que permita a FA fortalecer su ambiente de control. Este comité podría definir la pertinencia de un equipo de auditoría interna o contratar auditorías externas para temas específicos cuando lo considere necesario, también hacer una discusión y seguimiento más detallado de los aspectos financieros y establecer una estrategia clara para la identificación, gestión y control de los riesgos más importantes para la empresa. Además, puede definir qué informes o ejercicios de auditoría o control deben reportarse directamente a la junta, así como los criterios bajo los cuales se designa, se remunera y se rota el revisor fiscal de la empresa. Lo anterior es necesario para garantizar la independencia y efectividad de los diferentes componentes del ambiente de control.

La importancia de una arquitectura de control robusta para el buen gobierno ha sido resaltada por diversos investigadores. Por ejemplo, Cohen et al., (2002) analizan casos de fraude entre los años 80 y 90 en industrias de tecnología, cuidado de la salud y servicios financieros, y encuentran que este está asociado a la falta de comités de auditoría, un soporte pobre por parte de la auditoría interna, juntas y comités de auditoría poco independientes, y comités de auditoría con baja periodicidad en sus reuniones. Sobel y Reding (2004) resaltan la importancia de la administración del riesgo empresarial y la incorporación de la misma al interior del sistema de gobierno corporativo de la empresa. Krishnan y Visvanathan (2007) encuentran que cambios

.....

frecuentes en los auditores y comités de auditoría con menor proporción de expertos financieros experimentan mayores fallas en los sistemas de control interno. Además, estas fallas están relacionadas con correcciones a los estados financieros de las organizaciones. En general, una arquitectura de control robusta mitiga la posibilidad de un uso inadecuado de los recursos y propende por la perdurabilidad de las empresas.

Es necesario resaltar que los miembros de junta directiva entrevistados perciben un nivel de transparencia adecuado en las cifras financieras de la empresa, lo que les da tranquilidad respecto a la gestión de los recursos financieros y las responsabilidades que asumen como miembros de la junta directiva. El fortalecimiento del ambiente de control permitirá conservar esta disciplina en la empresa y anticiparse al comportamiento oportunista que, potencialmente, pueden desarrollar empleados y que pueden poner en riesgo la eficiencia con la que se gestionan los recursos de FA.

4.4. Compromiso con el buen gobierno

Cuando se hacen evaluaciones de gobierno corporativo respecto al compromiso de la empresa con las buenas prácticas, regularmente se evalúa si los socios o accionistas y la junta directiva han hecho explícitos compromisos con el buen gobierno, formalizado los órganos de gobierno y las reglas inherentes al funcionamiento de los mismos, así como incentivado la ética al interior de la empresa y promulgado políticas críticas como aquellas relacionadas con las transacciones con partes relacionadas y la gestión de los conflictos de interés. Lo anterior es una tarea pendiente, necesaria y apremiante para FA. La empresa debe desarrollar, en el corto plazo, un código de ética, un reglamento para su junta directiva, un reglamento para su junta de socios (asamblea general de accionistas), una política de transacciones con partes relacionadas y una política para la gestión de los conflictos de

interés. Y, en el mediano plazo, un código de buen gobierno.

A partir de un trabajo desarrollado con la Bolsa de Valores de Colombia, Guzmán y Trujillo (2016) presentan unos lineamientos básicos para la estructuración de estos documentos al interior de las empresas. De acuerdo con estos autores, el código de ética o código de conducta presenta, de manera estructurada, un conjunto de reglas que obedecen a los valores que fundamentan el actuar de los empleados en la empresa. En él se establecen los principios y expectativas que gobiernan el comportamiento de los individuos y de la organización. El ejercicio de construcción de este tipo de códigos facilita una mayor transparencia en la cultura de la organización y apoya la construcción de un clima laboral adecuado. Para los autores, el código de ética debe hacer explícitos los valores y principios de la empresa, las pautas de comportamiento relacionadas con asuntos como el manejo de la información confidencial y privilegiada de la compañía; la obligación de informar sobre actuaciones ilegales o sospechosas; la relevancia del respeto a las normas establecidas por el marco regulatorio y las propias de la organización; la necesidad de una actitud preventiva; el compromiso con la protección y uso adecuado de los activos de la empresa; y los ejemplos de incumplimiento, así como las sanciones a las que se hace acreedor quien falte a lo estipulado en el código de ética vigente de la organización, entre otros aspectos.

A pesar de ser el órgano de gobierno más relevante, la junta de socios (asamblea general de accionistas o propietarios) no parece estar formalmente activa en FA. Este espacio de rendición de cuentas por parte de la junta directiva y la alta gerencia, a la que asisten todos los socios de la organización, es crítico para el buen gobierno de las empresas, ya que constituye el espacio formal en el que los propietarios ejercen sus derechos. De acuerdo con Guzmán y Trujillo (2016), las empresas deben contar con un reglamento para este órgano de gobierno que contemple, entre otros aspectos, las facultades de los participantes, la descripción

de los diferentes tipos de reuniones, los plazos y medios para la convocatoria y la información que debe ser provista por la empresa al momento de realizarla, incluyendo, especialmente, el nombre y perfil de los aspirantes a miembros de la junta directiva, junto con la revelación de potenciales conflictos de intereses y relaciones con la compañía; la descripción de los participantes, su asistencia y representación; los procedimientos para la formalización y presentación de poderes; la normatividad relacionada con el quórum y las normas para la designación de representantes o apoderados. De manera especial, el reglamento define las normas que regulan la realización del proceso de elección de los cargos que le competen a la asamblea, tales como el revisor fiscal de la empresa y los miembros de la junta directiva, y define los actores que deben presentar informes durante la reunión anual de propietarios.

Otro reglamento fundamental es el de la junta directiva. Según Guzmán y Trujillo (2016), en él se ponen en evidencia las directrices y lineamientos que garantizan la gestión competente de este importante órgano de gobierno. De acuerdo con los autores, el reglamento debe establecer, entre otros aspectos, normas concernientes al quórum necesario para la toma de decisiones; disposiciones sobre la asistencia de los participantes, el orden del día y los lineamientos generales de lo que debe incluir la agenda; los roles específicos durante el desarrollo de las reuniones; los procedimientos concernientes a la elaboración y validación del contenido de las actas; las funciones y responsabilidades para el presidente y el secretario de la junta directiva; la calidad, la responsabilidad, las inhabilidades y las incompatibilidades de los miembros de este órgano en conjunto con los criterios de selección, los esquemas de remuneración, los principios de actuación y las sanciones en caso de incumplimiento de lo estipulado por el documento en relación con los deberes y responsabilidades de sus miembros. Puede incluir, igualmente, normas sobre su composición, mínimo de miembros independientes y una definición clara de su independencia; de las disposiciones referentes a la

.....

evaluación de la junta; del procedimiento de inducción para los nuevos directivos y de la información acerca de los comités que se establecen en el seno de este órgano de gobierno y que constituyen una extensión del mismo, así como su composición, descripción y reglamento.

Las políticas de transacciones con partes relacionadas permiten a las empresas definir qué es una parte relacionada y comprometerse a que las transacciones de este tipo sean evaluadas con objetividad y ejecutadas bajo parámetros establecidos por el mercado, sin favorecimiento a un particular. Además, la política de conflictos de interés hace explícito lo que la empresa considera como tal y los mecanismos para su gestión adecuada. En general, estas políticas y los reglamentos mencionados previamente terminan incorporados en un documento denominado código de buen gobierno que se convierte en la guía para la dirección adecuada de la empresa. El desarrollo de estos documentos debe hacerse de manera paulatina, pero representan una fortaleza para las organizaciones que cuentan con ellos y, en el caso particular de FA, debido al tamaño de sus operaciones, son una necesidad y prioridad ineludibles.

4.5. Formulación y despliegue estratégico

Finalmente, darle sentido a toda la estructura de gobierno implica el desarrollo de un ejercicio estratégico adecuado que se traduzca en una herramienta efectiva de planeación y gestión (Andrews, 1971) y que incorpore las apuestas estratégicas de FA. De acuerdo con las entrevistas realizadas, el documento que actualmente resume la apuesta estratégica no es concreto y no representa un apoyo apropiado al trabajo de la junta directiva. Su falta de pertinencia y utilidad se hace evidente en el desconocimiento del mismo por parte de los entrevistados. Además, no recoge las apuestas de la empresa en algunos aspectos particulares. Por ejemplo, el gerente fundador considera

.....

el talento humano un recurso estratégico y, según Andrés, una gestión adecuada del mismo lleva a índices de rotación bajos en comparación con lo que se evidencia en el sector. Sin embargo, las políticas al respecto no están formalizadas y, por lo tanto, no se cuenta con indicadores específicos que permitan esta gestión adecuada del talento humano.

De igual manera, las entrevistas hacen evidente un involucramiento de la alta gerencia en temas operativos que implican una atención a detalles que pueden ser delegados en el equipo de trabajo y que impiden la concentración del gerente en temas cruciales. Por lo tanto, un ejercicio de planeación estratégica riguroso podría recoger aspectos fundamentales para que la alta gerencia y la junta directiva focalicen sus esfuerzos en el seguimiento a la implementación de la estrategia definida con indicadores específicos de seguimiento. Lo anterior permitirá identificar riesgos inherentes al cambio en los patrones de comportamiento de los consumidores que, para algunos entrevistados, pueden poner en peligro la perdurabilidad de FA si no se realizan apuestas importantes que permitan una adaptación de la empresa a los mismos.

5. Comentarios de cierre

La mayoría de estudios de gobierno corporativo sugieren que las mejores prácticas en esta materia impactan de manera positiva el desempeño financiero de las empresas y, específicamente, que la composición de las juntas directivas, las prácticas de revelación, el ambiente de control y el gobierno familiar pueden afectar la rentabilidad y productividad de las organizaciones (Li et al., 2018; Arteaga y Menéndez-Requejo, 2017; Bhagat y Bolton, 2008; Erickson et al., 2005; Xie et al., 2003). Otros estudios demuestran, de manera empírica, una relación entre la tasa de supervivencia de las empresas y las características del modelo de gobierno corporativo a nivel organizacional (Ciampi, 2015; Daily

y Dalton, 1994). Sin embargo, los ajustes que requiere el modelo de gobierno corporativo, de acuerdo con las diferentes etapas del ciclo de vida de la empresa, han resultado un aspecto complejo de analizar desde el punto de vista empírico. Filatotchev et al. (2006) presentan un modelo teórico que resalta la necesidad de adaptar el modelo de gobierno corporativo a nivel organizacional de acuerdo con las transiciones que se presentan a lo largo de la historia de la empresa. Específicamente, aseguran que adaptar los acuerdos de gobierno corporativo puede ayudar a las empresas a superar sus desafíos estratégicos y que no realizar este proceso de manera adecuada en respuesta a los cambios en el ciclo de vida puede crear barreras significativas para su desarrollo.

La falta de disponibilidad de datos en las empresas respecto a acuerdos de gobierno corporativo en etapas específicas de su historia hace compleja la contrastación empírica de este planteamiento teórico. Ejercicios empíricos como el de O'Connor y Byrne (2015) analizan diferencias en el gobierno corporativo entre empresas en distintos momentos su trayectoria, pero ninguno analiza los cambios en el modelo de gobierno corporativo a lo largo del tiempo y en concordancia con cambios en su estrategia y ciclo de vida.

El caso de FA ofrece evidencia empírica a favor de los argumentos de Villalonga et al. (2015) y Filatotchev et al. (2006). De manera específica, el caso muestra cómo la empresa ha venido adaptando mecanismos de gobierno corporativo dada la complejidad y crecimiento que ha experimentado. Prueba de ello es la creación de la junta directiva, una adopción voluntaria de un órgano de gobierno por parte de los fundadores, permitiendo la participación de miembros de junta directiva externos para fortalecer el proceso de toma de decisiones al interior de la organización. Sin embargo, debido a la misma dinámica de crecimiento y expansión, la consolidación de la empresa enfrenta desafíos que pueden asumirse de mejor manera si se incorporan nuevos cambios al modelo de gobierno corporativo. Por ejemplo, el fortalecimiento

del ambiente de control, el diseño de un tablero de mando para la junta directiva o la estructuración de reglas claras para el involucramiento de las familias fundadoras en el gobierno y la operación de la empresa resultan de utilidad especial para la empresa de acuerdo con su ciclo de vida.

El artículo aquí presentado resalta la importancia de la implementación de prácticas de gobierno corporativo para potenciar los efectos positivos del involucramiento familiar y mitigar aquellos impactos no deseados en este tipo de empresas. FA es un caso en el que se evidencian las bondades de un involucramiento familiar en la gerencia por parte del fundador como ejecutivo principal, y de su hermana, un año después de creada la empresa, como gerente financiera y mano derecha en la administración de la organización. Esta pasión e involucramiento de los fundadores ha llevado a que una empresa creada en 2008 nueve años después se consolide en el país con el 64 % del mercado en su categoría con, aproximadamente, 30 locales bajo sus dos marcas, 430 familias vinculadas al proyecto, ingresos netos de 16 millones de dólares y con un plan de expansión para el periodo 2018-2020 que la lleve a ser considerada la empresa multimarcas más valiosa del mercado colombiano. FA ha logrado superar la operación de su franquiciante y, por lo tanto, ha empezado de manera atípica a transferir conocimiento al mismo. Cuenta con una relación excepcional con sus empleados, un buen clima organizacional y un buen relacionamiento con sus miembros de junta directiva y entre las familias propietarias.

Sin embargo, la complejidad creciente de las operaciones y el plan de expansión acelerado que ha emprendido FA han generado desafíos para la consolidación de la empresa. Una junta directiva con un papel centrado en la asesoría y alejado de la supervisión, junto con deterioros en los márgenes operativos, subutilización de la capacidad instalada, crecimiento de los gastos operativos y falencias en el ambiente de control pueden poner en riesgo la estabilidad de la empresa en el mediano plazo e incentivan



a las familias fundadoras a involucrarse en el gobierno de la compañía sin un conjunto de reglas sobre cómo hacerlo. Lo anterior hace evidente la necesidad de implementar algunos mecanismos de gobierno corporativo y familiar de manera oportuna para evitar un desajuste entre el modelo de gobierno interno y la realidad de la empresa. Dentro de lo que se discutió en el artículo, la formalización de la junta de socios (asamblea general de accionistas), un mayor nivel de formalización de la junta directiva, la implementación de mecanismos de gobierno corporativo y familiar como el código de ética, un protocolo familiar o un acuerdo de accionistas; el fortalecimiento del ambiente de control; la posible activación de comités de junta directiva; la promulgación de políticas sobre transacciones con partes relacionadas y gestión de los conflictos de interés, así como el fortalecimiento de la planeación estratégica que permita contar con un plan de implementación específico e indicadores para su seguimiento son aspectos que pueden fortalecer el modelo actual de gobierno de FA y prepararla para los desafíos que enfrenta actualmente y que enfrentará en el futuro. Más adelante será necesario seguir haciendo ajustes a través de otros mecanismos de gobierno como los planes de sucesión gerencial, pertinentes en este tipo de empresas, pero que en la actualidad no se hacen tan apremiantes como los que fueron puestos bajo discusión.

Lo expuesto en este artículo sugiere una dinámica empresarial que requiere, de manera periódica, ajustes al modelo de gobierno corporativo de las compañías dependiendo de las etapas específicas de sus ciclos de vida. Lo anterior es más relevante en empresas de crecimiento acelerado. La falta de acción oportuna puede poner en riesgo la consolidación de la iniciativa empresarial, destruir valor y, en última instancia, poner en riesgo la perdurabilidad de la empresa aun cuando se cuente con una oportunidad clara en el mercado y un producto o servicio que satisface la demanda de los compradores actuales y potenciales.



Referencias

- ▶ Amit, R. & Villalonga, B. (2013). *A Primer on Governance of the Family Enterprise*. World Economic Forum.
- ▶ Andrews, K. (1971). *The Concept of Corporate Strategy*. Dow Jones-Irwin, .
- ▶ Andrews, K. (1981). *Corporate Strategy as a Vital Function of the Board*. *Harvard Business Review*, 59(6), 174-184.
- ▶ Arteaga, R. & Menéndez-Requejo, S. (2017). Family Constitution and Business Performance: Moderating Factors. *Family Business Review*, 30(4), 320-338.
- ▶ Berrone, P., Cruz, C. & Gómez-Mejía, L. R. (2012). Socioemotional Wealth in Family Firms: Theoretical Dimensions, Assessment Approaches, and Agenda for Future Research. *Family Business Review*, 25(3), 258-279.
- ▶ Bertrand, M. & Schoar, A. (2006). The Role of Family in Family Firms. *Journal of Economic Perspectives*, 20(2), 73-96.
- ▶ Bhagat, S. & Bolton, B. (2008). Corporate Governance and Firm Performance. *Journal of Corporate Finance*, 14(3), 257-273.
- ▶ Black, B. & Kim, W. (2012). The Effect of Board Structure on Firm Value: A Multiple Identification Strategies Approach Using Korean Data. *Journal of Financial Economics*, 104(1), 203-226.
- ▶ Blumentritt, T. P., Keyt, A. D. & Astrachan, J. H. (2007). Creating an Environment for Successful Nonfamily CEOs: An Exploratory Study of Good Principals. *Family Business Review*, 20(4), 321-335.
- ▶ Brenes, E. R., Madrigal, K. & Requena, B. (2011). Corporate Governance and Family Business Performance. *Journal of Business Research*, 64(3), 280-285.
- ▶ Carney, M. (2005). Corporate Governance and Competitive Advantage in Family-Controlled Firms. *Entrepreneurship*

.....

Theory and Practice, 29(3), 249-265.

- ▶ Caselli, F. & Gennaioli, N. (2013). Dynastic Management. *Economic Inquiry*, 51(1), 971-996.
- ▶ Ciampi, F. (2015). Corporate Governance Characteristics and Default Prediction Modeling for Small Enterprises. An Empirical Analysis of Italian Firms. *Journal of Business Research*, 68(5), 1012-1025.
- ▶ Cohen, J., Krishnamoorthy, G. & Wright, A. M. (2002). Corporate Governance and the Audit Process. *Contemporary Accounting Research*, 19(4), 573-594.
- ▶ Cowling, M. (2003). Productivity and Corporate Governance in Smaller Firms. *Small Business Economics*, 20(4), 335-344.
- ▶ Daily, C. M. & Dalton, D. R. (1992). The Relationship Between Governance Structure and Corporate Performance in Entrepreneurial Firms. *Journal of Business Venturing*, 7(5), 375-386.
- ▶ Daily, C. M. & Dalton, D. R. (1994). Bankruptcy and Corporate Governance: The Impact of Board Composition and Structure. *Academy of Management Journal*, 37(6), 1603-1617.
- ▶ Davis, J. (2002). *The Family Constitution Handbook*. The Cambridge Family Enterprise Group.
- ▶ Davis, J. (2007). Governance of the Business Family. *Harvard Business School Note* 807-020.
- ▶ Denis, D. K. & McConnell, J. J. (2003). International Corporate Governance. *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, 38(1), 1-36.
- ▶ Erickson, J., Park, Y. W., Reising, J. & Shin, H. H. (2005). Board Composition and Firm Value Under Concentrated Ownership: The Canadian evidence. *Pacific-Basin Finance Journal*, 13(4), 387-410.
- ▶ Fama, E. F. (1980). Agency Problems and the Theory of the Firm. *Journal of Political Economy*, 88(2), 288-307.

- ▶ Fama, E. F. & Jensen, M. C. (1983). Separation of Ownership and Control. *The Journal of Law and Economics*, 26(2), 301-325.
- ▶ Filatotchev, I., Toms, S. & Wright, M. (2006). The Firm's Strategic Dynamics and Corporate Governance Life-Cycle. *International Journal of Managerial Finance*, 2(4), 256-279.
- ▶ Gersick, K. & Feliu, N. (2014). Governing the Family Enterprise: Practices, performance and research. In L. Melin, M. Nordqvist & P. Sharma (Eds.), *The SAGE Handbook of Family Business* (pp. 196-225). Sage.
- ▶ Gómez-Mejía, L. R., Haynes, K. T., Núñez-Nickel, M., Jacobson, K. J. & Moyano-Fuentes, J. (2007). Socioemotional Wealth and Business Risks in Family-Controlled Firms: Evidence from Spanish Olive Oil Mills. *Administrative Science Quarterly*, 52(1), 106-137.
- ▶ González, M., Guzmán, A., Pombo, C. & Trujillo, M. A. (2012). Family Firms and Financial Performance: The Cost of Growing. *Emerging Markets Review*, 13(4), 626-649.
- ▶ González, M., Guzmán, A., Pombo, C. & Trujillo, M. A. (2013). Family Firms and Debt: Risk Aversion Versus Risk of Losing Control. *Journal of Business Research*, 66(11), 2308-2320.
- ▶ González, M., Guzmán, A., Pombo, C. & Trujillo, M. A. (2014). Family Involvement and Dividend Policy in Closely Held Firms. *Family Business Review*, 27(4), 365-385.
- ▶ González, M., Guzmán, A., Pombo, C. & Trujillo, M. A. (2015). The Role of Family Involvement on CEO Turnover: Evidence from Colombian Family Firms. *Corporate Governance: An International Review*, 23(3), 266-284.



- ▶ González, M., Guzmán, A. & Trujillo, M. A. (2010). The role of Heirs in Family Businesses: The Case of Carvajal. *Innovar*, 20(36), 49-65.
- ▶ Grossman, S. J. & Hart, O. D. (1980). Takeover Bids, the Free-Rider Problem, and the Theory of the Corporation. *The Bell Journal of Economics*, 11(1), 42-64.
- ▶ Guzmán, A. y Trujillo, M. A. (2016). *Lineamientos de gobierno corporativo en revelación y transparencia*. Colegio de Estudios Superiores de Administración (CESA).
- ▶ Holderness, C. G. & Sheehan, D. P. (1988). The Role of Majority Shareholders in Publicly Held Corporations: An Exploratory Analysis. *Journal of Financial Economics*, 20, 317-346.
- ▶ James, H. S. (1999). Owner as Manager, Extended Horizons and the Family Firm. *International Journal of the Economics of Business*, 6(1), 41-55.
- ▶ Jensen, M. C., & Meckling, W. H. (1976). Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. *Journal of Financial Economics*, 3(4), 305-360.
- ▶ Johnson, S., La Porta, R., Lopez-de-Silanes, F. & Shleifer, A. (2000). Tunneling. *American Economic Review*, 90(2), 22-27.
- ▶ Kakabadse, N. K. & Kakabadse, A. P. (2007). Chairman of the Board: Demographics Effects on Role Pursuit. *Journal of Management Development*, 26(2), 169-192.
- ▶ Kakabadse, A. P., Kakabadse, N. K. & Knyght, R. (2010). The Chemistry Factor in the Chairman/CEO Relationship. *European Management Journal*, 28(4), 285-296.



- ▶ Krishnan, G. V. & Visvanathan, G. (2007). Reporting Internal Control Deficiencies in the Post-Sarbanes-Oxley Era: The Role of Auditors and Corporate Governance. *International Journal of Auditing*, 11(2), 73-90.
- ▶ Lansberg, I. (1988). The Succession Conspiracy. *Family Business Review*, 1(2), 119-143.
- ▶ Li, Y., Gong, M., Zhang, X. Y. & Koh, L. (2018). The Impact of Environmental, Social, and Governance Disclosure on Firm Value: The Role of CEO Power. *The British Accounting Review*, 50(1), 60-75.
- ▶ McConaughy, D. L., Walker, M. C., Henderson Jr, G. V., & Mishra, C. S. (1998). Founding Family Controlled Firms: Efficiency and Value. *Review of Financial Economics*, 7(1), 1-19.
- ▶ Miller, D. & Le Breton-Miller, I. (2006). Family Governance and Firm Performance: Agency, Stewardship, and Capabilities. *Family Business Review*, 19(1), 73-87.
- ▶ O'Connor, T., & Byrne, J. (2015). Governance and the Corporate Life-Cycle. *International Journal of Managerial Finance*, 11(1), 23-43.
- ▶ Pérez-González, F. (2006). Inherited Control and Firm Performance. *American Economic Review*, 96(5), 1559-1588.
- ▶ Restrepo, J. M., Bradford, H., Guzmán, A. y Trujillo, M. A. (2018). Una revisión propositiva a la política pública para el mejoramiento del gobierno en las IES en Colombia. *Revista de Economía del Rosario*, 21(2), 219-246.
- ▶ Siebels, J.-F. & zu Knyphausen-Aufseß, D. (2011). A Review of Theory in Family Business Research: The Implications for Corporate Governance. *International Journal of Management Reviews*, 14, 280-304.
- ▶ Sobel, P. J. & Reding, K. F. (2004). *Aligning Corporate Governance with Enterprise Risk Management*. *Management Accounting Quarterly*, 5(2), 29.



ASUNTOS CLAVES PARA REALIZAR UNA TRANSICIÓN DE LIDERAZGO EXITOSA EN LAS EMPRESAS FAMILIARES

Diego Fernando Bernal Cortés¹

Elizabeth Rey Quiroga²

Resumen

La transición de liderazgo en las empresas familiares es un asunto crucial para su continuidad y, con el panorama estadístico sobre la baja tasa de éxito que tienen cuando se desarrolla el cambio de líder de una generación a otra, se plantean grandes retos para mejorar las probabilidades en este proceso y permitir que más empresas familiares duren por generaciones.

Con este contexto, hablamos sobre la transición del liderazgo en las empresas familiares desde tres palancas que identificamos para comprender mejor este cambio y lo que se debe tener en cuenta a la hora de planearlo e implementarlo: gobierno corporativo, gobierno familiar y el individuo.

1. Magíster en Dirección de Empresas Familiares de EAE Business School (España). Especialista en Internacionalización de Empresas Familiares de la Universidad Politécnica de Cataluña (UPC, España). Administrador de Empresas del Politécnico Gran Colombiano (Colombia). Consultor especializado en gestión de empresas familiares y gobierno corporativo con más de 16 años de experiencia. Managing Partner de Family Firm Consulting S. A. S.

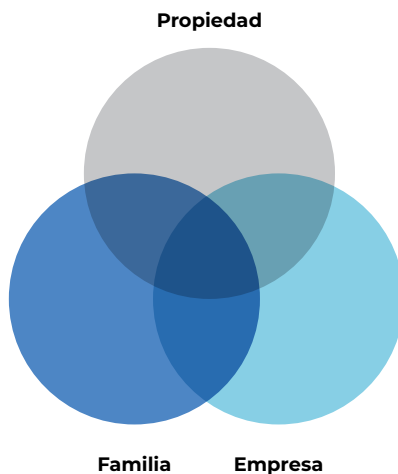
2. Magíster en Global Entrepreneurship de la Escuela de Organización Industrial (EOI, España). Especialista en Gerencia Empresarial de la Universidad Santo Tomás (Colombia). Administradora de empresas de la Universidad EAN (Colombia). Consultora especializada en gestión de empresas familiares y gobierno corporativo con más de 10 años de experiencia. Consultora asociada de Family Firm Consulting S. A. S.

1. Introducción

Existen distintas definiciones sobre las empresas familiares y sus características, cada una con un enfoque particular relacionado con la manera como entendemos y tratamos a estas compañías. Diferentes factores hacen que una empresa sea familiar y dependiendo del contexto, la composición familiar y la dinámica empresarial es posible determinar diversas definiciones, aunque, en su mayoría, tienen en cuenta lo establecido por el modelo de los tres círculos de Davis y Tagiuri en 1962 (2018): la relación familia, empresa y propiedad.

De estas definiciones se resaltan aquellas en las que se mencionan la interacción e influencia de la familia frente a las decisiones empresariales y el control accionario, como lo aportado por Davis y Tagiuri en su modelo de 1982, de la mano con el desarrollo del modelo de los tres círculos (Figura 1), y las que contemplan la intención de transferir la empresa a las siguientes generaciones, es decir, los descendientes directos de los fundadores, para que ejerzan control sobre las decisiones de la compañía y su futuro.

Figura 1. Modelo de los tres círculos del sistema de las empresas familiares.



Fuente: Davis (2018).

Por su parte, la definición de sucesión que consideramos más apropiada es la generada por Aronoff et al. (como se citó en Arenas y Rico, 2014, p. 253), quienes mencionan que la transición del liderazgo y propiedad de una empresa familiar significa el paso de una generación a otra. Señalan que es un proceso de planeación y administración constante que abarca amplio rango de pasos enfocados en la perdurabilidad del negocio en el tiempo.

De esta definición es posible extraer dos conceptos: la transición de liderazgo y la sucesión de la propiedad. Consideramos relevante separarlos y analizarlos de manera independiente dado que, aunque tienen relación, su dinámica de preparación e implementación es diferente.

La transición de liderazgo está enfocada en la empresa, es decir, en la manera como esta cambiará de líder, bien sea que se hable de un líder familiar o no familiar, mientras que la sucesión de la propiedad se relaciona con la entrega o disposición del patrimonio.

En particular, la transición de liderazgo representa grandes riesgos para las empresas familiares. De acuerdo con las estadísticas, se habla de que solo el 13 % de estas lograrán llegar a la tercera generación (Ward, 2011), y aunque se han generado actualizaciones de dichas estadísticas, aún revelan esa baja tasa de supervivencia de generación en generación. Por ende, las probabilidades de contar con empresas familiares de mayor duración van en decrecimiento con el paso del tiempo.

En este artículo nos enfocaremos en la transición del liderazgo dado que, desde nuestra práctica como consultores en empresas familiares, hemos identificado que es uno de los asuntos a los que muchas veces se les presta poca atención y, por ende, tiende a planearse con menor detenimiento trayendo, en “el momento de verdad”³ del proceso, consecuencias que podrían ser nefastas, reflejadas en las alarmantes cifras descritas sobre la extinción de estas compañías.

3. Se hace referencia al momento en que, por decisión del líder actual o por su situación de salud o fallecimiento, la siguiente generación recibe el liderazgo de la empresa o de la familia empresaria.

2. Transición de liderazgo

Muchas veces los empresarios se preguntan si deben o no planear el proceso de transición de liderazgo, especialmente, cuando aún se sienten con vitalidad y energía para continuar al frente de sus compañías. También, esas preguntas se combinan con experiencias de personas cercanas en las que se pueden encontrar diversidad de casos, desde los que afrontaron un proceso rápido exitoso y sin planificación (extremadamente raros de encontrar), hasta historias donde el proceso ha sido fallido e, incluso, ha llevado a la reincorporación del fundador o líder saliente y a situaciones legales con los sucesores (lo cual también es atípico).

Desde nuestra perspectiva, el momento para comenzar a pensar y planear la transición de liderazgo inicia con la conformación misma de la empresa familiar. Por tanto, la definición de empresa familiar que nos parece más ajustada es aquella en la que se incluye la intención o vocación de transferir el liderazgo o control de la empresa a una siguiente generación porque desde allí se está poniendo la vista en el largo plazo y eso impacta la forma como se gestionan los negocios y se involucra a la familia.

Cuando decimos esto no nos estamos refiriendo necesariamente a que la empresa siempre debe ser liderada por un miembro de la familia. Lo que decimos es que, desde la concepción misma de la empresa, cuando el fundador o fundadora comienzan el negocio con la pretensión de que este permanezca por generaciones, ya están pensando en una transición de liderazgo que se dará en algún momento.

Los empresarios familiares, por lo general, contemplan la transición de su liderazgo como un proceso natural, aunque no consciente, y lo comienzan a gestar cuando vinculan a sus hijos o a otros miembros de la familia al negocio, o cuando, en su propósito de seguir adelante con la empresa, están pensando en que esta

sirva de sustento para sus hijos y futuras generaciones. Por tanto, desde nuestra perspectiva, si una empresa tiene accionistas o socios que integran una o varias familias y que tienen el control para decidir el rumbo de la organización y enfocan sus esfuerzos en que esta continúe existiendo por generaciones, entonces, es una empresa familiar que, como consecuencia, necesitará la transición del liderazgo, la cual se realizará en un momento dado.

A continuación, podemos observar un ejemplo de dos casos similares, aunque con desenlaces distintos. Uno de nuestros clientes tiene una empresa fundada hace unos 20 años. El padre inició este negocio porque se había quedado sin trabajo, no lograba encontrar una oportunidad laboral y necesitaba darle el sustento a su esposa y a su hijo. El negocio fue creciendo y hace un par de años fuimos contactados porque el fundador se sentía cansado, no quería continuar en la gerencia y añoraba dedicarles tiempo a otras actividades, aunque sin descuidar del todo la empresa.

En este caso, su único hijo se encontraba en una industria distinta, nunca se había interesado en el negocio y, aunque había escuchado muchas veces de la empresa, no había sentido la motivación para involucrarse en sus asuntos. Desarrolló su vida profesional de manera independiente a la compañía familiar y cuando su padre, el fundador, planteó su retiro, el hijo le manifestó que aunque no estaba interesado en desempeñar algún rol en esta, lo apoyaría “desde afuera”.

Para acompañar este proceso iniciamos la estructuración del esquema de gobierno corporativo, enfocándonos en el fortalecimiento de la asamblea de accionistas⁴ como máximo órgano social y rector a largo plazo, y en la junta directiva como organismo estratégico e integrador de los objetivos de los accionistas con la gestión del negocio.

4. Se habla de asamblea de accionistas debido a que este era el organismo aplicable por la figura societaria de la compañía.

De manera alterna, se realizaron charlas con el hijo sobre las implicaciones de su papel en la transición y fue entonces cuando él tomó conciencia, de forma voluntaria, y comenzó a formarse para ejercer su función de accionista de manera responsable; investigó sobre el sector en el que se movía la empresa, visitó los puntos de venta con una perspectiva crítica y analítica para entender la interacción de los clientes y la imagen que proyectaba la compañía, y entabló conversaciones con los empleados de manera informal para comprender lo que sucedía en el interior.

Con estos escenarios en marcha, comenzó la búsqueda de un gerente externo para que liderara la empresa de modo que el fundador pudiera cambiar su rol a uno más estratégico y visionario, desligándose de las labores tácticas y operativas.

Luego de la elección del gerente, el hijo del fundador comenzó a participar como observador en las reuniones de la junta directiva para adentrarse en el proceso de toma de decisiones, lo que le generó mayor interés cada día y, con el paso del tiempo, tuvo la iniciativa de hacer aportes a las decisiones que estaban sobre la mesa y participar de manera activa en ella.

En este caso, si bien el hijo no quería ni tenía las competencias para liderar la empresa, sí aceptó el legado familiar para continuar con la compañía desde el rol más apropiado, este es, como accionista y futuro miembro de la junta directiva. Es decir, en esta empresa familiar existe vocación e intención de continuar, de generación en generación, direccionando y controlando las decisiones empresariales desde el rol que cada uno decida asumir.

En el segundo caso se trata de una empresaria que fundó su compañía luego de quedarse sin trabajo con el ánimo de autosostenerse y proveer económicamente a su hija. Los miembros de su familia no se han involucrado en el negocio, así que la mayoría de las decisiones siempre han recaído en ella.

Desde hace dos años se viene acompañando a esta empresaria mediante un proceso de consultoría dado que quería cambiar de rol y dejar de gerenciarla. Así como en el caso anterior, aspiraba a dejar de lado ciertas actividades operativas y disminuir su intensidad de trabajo para poder tener tiempo de enfocarse en varios objetivos personales.

Su hija, estudiante universitaria, tiene muy claro que no desea vincularse de ninguna forma a la empresa. No quiere ser accionista ni relacionarse con el negocio ni liderarlo. Por lo tanto, la decisión es contratar un gerente externo.

Nuevamente, iniciamos la estructuración del esquema de gobierno corporativo con un foco claro en la junta directiva y en su dinámica estratégica para apoyar el cambio gerencial y potenciar las habilidades tanto de la fundadora como de la nueva gerencia.

En este segundo caso, el planteamiento está basado en que esta no es una empresa familiar dado que no existen varios familiares detrás de ella ni hay interés familiar en su perdurabilidad, solo existe la intención de su fundadora de hacer que su compañía crezca y se fortalezca, sin pensar en que siga siendo propiedad de su hija ni de futuras generaciones.

Sin embargo, esto no significa que por no ser una empresa familiar no exista la necesidad de planear y organizar la transición de liderazgo, solo que debe proyectarse de una manera diferente. Es distinto que haya miembros de la siguiente generación interesados en asumir la empresa como parte de su legado familiar, dado que se deben contemplar otro tipo de asuntos familiares, a que la compañía vaya a seguir siendo liderada por personas ajenas a la familia y con poca o ninguna interacción familiar en la gestión.

3. Palancas para la transición de liderazgo

La transición de liderazgo, desde nuestra perspectiva, viene implícita en la creación de las empresas familiares, como se explicaba, y, por tanto, se comienzan a dar pasos con mucha antelación, aun cuando los empresarios no son conscientes de ello.

En este proceso en particular se puede ver una de las mejores integraciones de los tres escenarios de las empresas familiares: familia, empresa y propiedad desarrollado por Davis y Tagiuri en 1982, debido a que la transición del liderazgo debe contemplar la situación familiar desde los sueños y expectativas tanto de padres como de hijos, y su relación o no con la visión del negocio, la situación empresarial, especialmente, en cuanto a la mística y filosofía con la que ha venido siendo gestionada; su estructura formal o informal, de toma de decisiones, así como las competencias necesarias para liderar la organización; y la propiedad para entender el rol e influencia que se podrá ejercer sobre el nuevo líder desde el máximo órgano social de la compañía, la manera en que la empresa interactúa con el patrimonio familiar, y cómo los accionistas familiares ejercen su poder de “dueños” en la empresa.

En los 16 años de experiencia de la firma trabajando en el mundo de las empresas familiares, nos hemos sentido maravillados por la diversidad de situaciones y dinámicas encontradas en los procesos de transición de liderazgo que hemos tenido la oportunidad de apoyar.

Lo que se evidenció en los casos comentados es que, aunque las familias y las empresas parezcan similares en su composición, cada una tiene particularidades que deben ser analizadas y estudiadas para que su proceso de transición de liderazgo sea exitoso. Ninguno es igual a otro y el no entender esto conlleva errores que pueden ser dramáticos para las empresas familiares.

En este camino, hemos logrado identificar tres palancas que

impactan, para bien o para mal, el proceso de transición de liderazgo y que, si no se abordan adecuadamente, pueden generar consecuencias graves para el sistema de familia, empresa y propiedad.

3.1. Palanca 1: gobierno corporativo

El gobierno corporativo es un tema que en Colombia ha venido evolucionando de la mano con la estructura empresarial en el país y de los aprendizajes mundiales en esta materia. Se cuenta con el Código de mejores prácticas corporativas-Código País, cuya primera edición fue en 2007 (Superintendencia Financiera de Colombia), enfocado en la implementación de buenas prácticas de gobierno corporativo para las sociedades emisoras de valores, lo que sentó un precedente sobre la importancia de este tema para generar y transmitir confianza a sus stakeholders o partes interesadas.

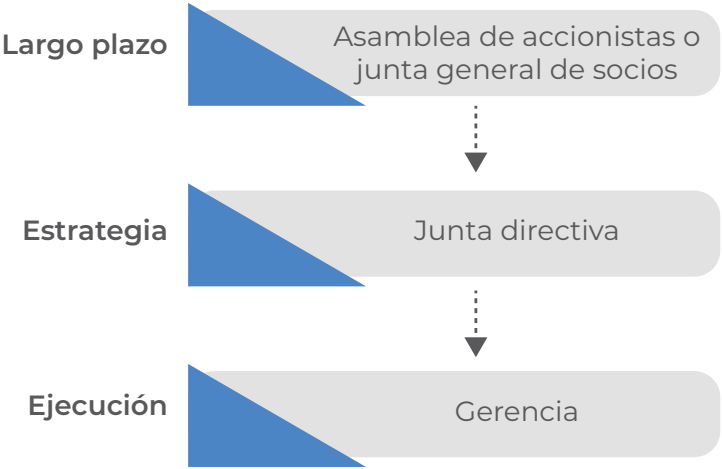
Luego, se desarrolló la Guía Colombiana de Gobierno Corporativo para Sociedades Cerradas y de Familia, creada por un comité interinstitucional (Superintendencia de Sociedades, Cámara de Comercio de Bogotá y Confecámaras, 2009) con un enfoque en compañías que no cotizan en bolsa, que, a propósito, tuvo una actualización publicada en noviembre de 2020 transformándose en la Guía de buenas prácticas de gobierno corporativo para empresas competitivas, productivas y perdurables (Superintendencia de Sociedades, Cámara de Comercio de Bogotá y Confecámaras, 2020). Esta guía, desde su versión de 2009, presenta temas específicos para empresas de familia, asunto que no había sido abordado formalmente en documentos anteriores en el país.

Si bien se han generado actualizaciones sobre estos y otros documentos que aportan lineamientos de gobierno corporativo para las empresas, el mundo fijó sus ojos en este tema desde los años noventa como producto de grandes escándalos en varias naciones, relacionados con conflictos entre los accionistas y gerentes de las compañías, estafas y contabilidades manipuladas, entre otros, provenientes de sonados casos como el de Enron, TyCo y Polly Peck.

Así se generó una de las definiciones de gobierno corporativo que consideramos más apropiada para describir este esquema: es el sistema por el cual las empresas son dirigidas y controladas (The Committee of the Financial Aspects of Corporate Governance, 1992). Se resalta la palabra “sistema” porque el gobierno corporativo no es solo una persona o un único organismo, sino que es la conjugación de diferentes perspectivas, roles y objetivos para trabajar por el logro de objetivos comunes.

En las empresas familiares, sobre todo cuando están en proceso de crecimiento y consolidación, el gobierno corporativo no se presenta de manera formal; no obstante, es visible en la forma como naturalmente comienzan a tomar decisiones en los tres niveles que componen esta estructura (Figura 2).

Figura 2. Elementos que componen el gobierno corporativo.



Fuente: Family Firm Consulting, 2017.

Por ejemplo, una persona crea su empresa y aporta capital, bien sea en dinero, en bienes o en trabajo, por tanto, lo que pase en esa compañía impacta esa inversión que realizó, para crecer o para restar, es decir, se ubica como socio o accionista y propietario de la compañía. También, de manera consciente o inconsciente, fija unos objetivos de largo plazo sobre lo que quiere que pase con su empresa, pensando en crecer o en mejorar su calidad de vida o la de su familia, entre otras, y

cumplir así con los objetivos del máximo órgano social⁵ de la empresa.

Luego, debido a que no cuenta con muchos recursos o porque tiene el conocimiento necesario o know how del negocio, comienza a gerenciar su empresa y a tomar todas las decisiones que se vayan requiriendo. De esta forma, va definiendo políticas, metodologías y esquemas de dirección que van evolucionando conforme la empresa crece, ejerciendo el rol de ejecución establecido para la gerencia.

En medio de su labor, periódicamente está pensando en nuevas líneas de negocio o en nuevos segmentos de clientes a los cuales abordar y, así, lleva a cabo las labores estratégicas de la empresa, visionando el negocio para no decrecer y lograr sus objetivos, comprendidos en el alcance de la junta directiva.

Por tanto, cuando estos empresarios tienen compañías más grandes suele ser difícil que se desliguen de uno o varios de esos roles porque es la forma como el negocio les ha dado resultado. Entonces, al hablarles sobre gobierno corporativo, no les queda claro cómo esa estructura va a apoyar el desarrollo de sus organizaciones, pues han logrado llegar hasta donde están sin tenerla.

Ahora, combinemos este escenario con un proceso de transición de liderazgo donde el fundador o la fundadora se comienza a sentir cansado y piensa en querer hacer cosas diferentes de las realizadas en la empresa, en dedicarles tiempo a otros temas.

En una empresa sin un esquema de gobierno corporativo definido, el proceso de transición de liderazgo es más delicado porque hay muchos temas que recaen en una sola persona y quien vaya a liderar la compañía no tendrá las mismas capacidades ni habilidades que el fundador. Por consiguiente, en

5. La legislación colombiana señala que el máximo órgano social corresponde a la asamblea de accionistas o junta de socios según se reglamenta en el Código de Comercio y la Ley 222 de 1995.



su mayoría, estos procesos están destinados al fracaso, bien sea por agotamiento del nuevo líder, por frustración del líder que se retira o por obstáculos que se presentan en el negocio debido a la falta de planificación del proceso.

Entre los procesos de transición que realizamos, el primer paso ejecutado se basa en entender cómo está funcionando la estructura antes de definir cómo realizar el cambio de la figura de liderazgo. Los cambios conllevan retos y “toda mudanza tiene sus inconvenientes, y deja sentados los cimientos para otra nueva” (Maquiavelo, 2018, p. 31), así que la manera en que realicemos este proceso va a permitir que la empresa siga prosperando o que se contagie con malas prácticas que la lleven a su desaparición.

Es común que las siguientes generaciones no estén de acuerdo con algunos aspectos sobre cómo sus padres o las generaciones anteriores han manejado la empresa. Y también, que los líderes actuales no concuerden con la manera en que sus hijos reaccionan o se comportan frente a la compañía y, sin embargo, ambos tienen razón.

La transición de liderazgo exitosa se basa en lograr obtener lo mejor de dos mundos: el primero, el de los fundadores, con su amplia experiencia, tesón y visión para los negocios; y el segundo, el de las siguientes generaciones, con su innovación, conocimiento y energía para transformar lo existente.

Es allí entonces donde el gobierno corporativo cobra mayor relevancia. Al instaurar espacios definidos para cada tema, al diversificar las perspectivas para la toma de decisiones y al establecer límites claros en la actuación de cada uno es posible rescatar lo mejor de esos dos mundos y amalgamarlos en una mezcla exitosa para la perdurabilidad de la empresa familiar.

Así, le damos espacio al pensamiento de largo plazo a cargo del

máximo órgano social, a la definición estratégica a cargo de la junta directiva y a la ejecución a cargo de la gerencia para lograr transferir el conocimiento de los fundadores a las instituciones encargadas de protegerlo, fortalecerlo y renovarlo.

Es importante resaltar que la experiencia ha indicado que, normalmente, para reemplazar a un líder fundador en una empresa se requiere más de una persona. Es decir, estos líderes asumen más roles y funciones de los que tendría un gerente no fundador, y cuando se realiza el proceso de transición es necesario redireccionar esas actividades a las personas idóneas, dado que el nuevo gerente no las asumirá en su totalidad, bien sea por control y verificación de las decisiones que tomará, por falta de capacidad o por una combinación de ambas.

Así, el gobierno corporativo, estructurado de forma concienzuda, partiendo como base de la manera como se han tomado las decisiones hasta ahora, entendiendo el rol de cada organismo que lo compone, dando espacio a que se aborden los temas pertinentes en cada uno y definiendo límites claros para su actuación facilitará el proceso de transición de liderazgo y ello les permitirá a la empresa y a sus stakeholders o partes interesadas sentirse tranquilos e involucrados mientras se realiza el cambio y asentamiento del nuevo líder y, de paso, se va dejando una estructura de gobierno acorde con ese nuevo liderazgo.

Como decía el político francés Jean Monet: “Las personas pasan, las instituciones quedan”, así que, siendo coherentes con esas intenciones iniciales de los empresarios familiares de que sus empresas duren por generaciones, es necesario establecer las instituciones que van a apoyar ese proceso y soportar el paso del tiempo.

.....

3.2. Palanca 2: gobierno familiar

El gobierno familiar corresponde a una estructura paralela al gobierno corporativo. Está enfocada en la cohesión y gestión de las decisiones familiares que luego serán comunicadas, por los canales previamente definidos, al gobierno corporativo.

Las primeras estructuras de gobierno familiar aparecieron en la década de los ochenta cuando autores como John Ward (2011) comenzaron a hablar sobre el consejo de familia como un organismo plenamente diferenciado de la estructura de toma de decisiones empresariales y concentrado en la gestión de los asuntos familiares.

Aunque existen diversos enfoques sobre la conformación del consejo de familia y su interacción con la asamblea de familia, nos concentraremos en la doctrina europea en la que se lo trata como un organismo tomador de decisiones familiares, y a la asamblea, como un foro de encuentro y cohesión familiar (Arbesú, 2016).

En nuestra práctica como consultores hemos encontrado que si a veces es difícil que las empresas adopten estructuras de gobierno corporativo para la gestión de sus decisiones, es aún menos común que incorporen organismos de gobierno familiar para la toma de decisiones familiares.

Sin embargo, es importante aclarar que esto no necesariamente significa que no cuenten con foros informales para abordar las temáticas relacionadas con la familia, la empresa y la propiedad. La mayoría de las familias con las que hemos trabajado tienen sus propios mecanismos para abordar conflictos y sus dinámicas particulares para definir políticas (formales o informales) que regulen la interacción de la familia con la(s) empresa(s) y el patrimonio.

De hecho, tienen claro que el objetivo de la empresa es perdurar por generaciones y saben que eso solo se logra con una adecuada cohesión y alineación familiar. Sin embargo, en el común de las empresas familiares lo que se ha encontrado es que, muchas veces, sus miembros no están dispuestos a dedicarles el tiempo necesario a esas actividades porque el día a día de la empresa acapara gran parte de su atención y, además, confunden la cohesión familiar con el hecho de hablar y verse muy seguido debido, generalmente, a que buena parte de la familia trabaja en la compañía. Esa confusión hace que se encuentren familias que, si bien están juntas trabajando buena parte del tiempo, en realidad, como familia, se alejan cada vez más.

El no contar con espacios exclusivos para comunicarse hace que a medida que avanza el tiempo conozcan menos a sus padres, hermanos, tíos, hijos, primos, etc., porque las conversaciones giran en torno a la empresa, a los problemas o triunfos que se presentan (aunque la mayoría habla de los problemas), a las necesidades de la compañía y a las proyecciones de la misma, y no abordan lo que les pasa como individuos en sus vidas fuera de la empresa.

Se han encontrado hermanos que no tienen tema de conversación si no mencionan a la empresa porque conocen tan poco de sus vidas personales, proyecciones, sueños y ambiciones que llegan a un punto en que no logran conectar como familia. Esto genera una brecha cada vez más visible con relación a ese gran legado de tener una empresa familiar, pues llegan a sentir que son familia solo por un vínculo sanguíneo, pero no porque compartan valores u objetivos. Esto toma especial relevancia cuando se proyecta a las siguientes generaciones de primos y descendientes porque, de seguir con esta tendencia, se conocerán poco o nada e irán perdiendo su vínculo con las raíces y el legado familiar.

.....

Cuando se habla de transición de liderazgo, el gobierno familiar desempeña un papel fundamental porque en una empresa familiar no solo se transmite la gestión del negocio, sino que también se comparte la filosofía familiar y, si no se tiene clara o no se cuenta con un concepto unificado sobre ella, es muy posible que el nuevo líder no sea capaz de llevar a la empresa a feliz término sin generar conflictos con sus decisiones. Los grandes problemas en la transición de liderazgo nacen al sentir que quien llega está destruyendo el legado y eso surge cuando esa persona no toma decisiones alineadas con la filosofía familiar, pero, si no se tiene clara esa filosofía, ¿cómo podrá tomar decisiones acertadas?

Se han trabajado casos en los que los miembros de la siguiente generación se encuentran tan desconectados y desalineados con la empresa familiar que solo esperan que sus padres no estén para venderla. Analizando la historia de estos casos, se ha podido identificar que, en su mayoría, se debe a no haber tenido un acercamiento agradable con la empresa familiar desde sus inicios. Cuando eran pequeños percibían que sus padres no estaban con ellos por atender a la compañía o que todas las conversaciones giraban en torno a los problemas que surgían en ella y que lo importante no era hablar como familia, sino que el negocio funcionara bien.

Todo esto, desde nuestra perspectiva, proviene de no darle espacio a la familia y no generar foros y espacios organizados para atender sus necesidades, es decir, por no instaurar estructuras de gobierno familiar. Cuando se genera equilibrio entre estos escenarios (familia, empresa y propiedad) es posible destinarle tiempo a cada uno, escucharlos y actuar para fortalecerlos.

No se puede lograr una transición de liderazgo exitosa en una empresa familiar si la familia no está cohesionada y alineada. Esto se dice con énfasis en empresa familiar, porque sería posible

lograrlo si no tuviera esta característica, es decir, si el foco fuera únicamente la compañía y la familia dejara de ser relevante, caso en el cual las relaciones serían netamente empresariales y de negocio.

En los procesos de transición de liderazgo que hemos acompañado, desde el punto de vista del gobierno familiar el asunto que se resalta como elemento clave del éxito es la definición de la filosofía y los valores de la familia. Ese es el corazón de todo lo demás, es la esencia de los negocios y del patrimonio familiar, guía la forma en que se gestionan. Y, en la mayoría de casos, es de lo que menos se habla en las familias.

De alguna forma, se asume que todos saben cuál es la filosofía y los valores de la familia, hasta les parece increíble que no sea así; pero cuando se profundiza en el tema y se comienza a validar la percepción que cada uno tiene sobre esos cimientos familiares, se empiezan a encontrar diferencias, en ocasiones, abismales.

Asuntos que las familias dan por sentado, pero de los que nunca (o con muy poca frecuencia) han hablado, se vuelven fundamentales a la hora de planear un proceso de transición de liderazgo, y son esenciales para enamorar a las siguientes generaciones e incentivarlas a que continúen el legado desde el rol que elijan y sea el más adecuado según su proyección de vida, perfil, capacidades y habilidades.

Entonces, planear un proceso de transición de liderazgo implica fortalecer las bases familiares dándole tiempo y espacio al clan con el fin reconocer el camino recorrido, entendiendo de qué familia vienen, aceptándose y comprendiendo qué familia son hoy, y aclarando los lineamientos sobre cómo quieren interactuar en este proceso como familia. Hacer esto, aunque a veces parezca sencillo y requiera de un fuerte compromiso por parte de

.....

todos los integrantes de la familia, los acerca más a su objetivo de perdurar por generaciones.

3.3. Palanca 3: el individuo

En un proceso de transición de liderazgo, además de tener negocios, proveedores, clientes, accionistas, etc., se presenta un componente esencial sin el cual no se podría ejecutar lo planteado: el individuo.

A nuestro juicio, es la palanca determinante en cualquier proceso de transición de liderazgo y puede hacer que sea exitoso o que se derrumbe todo lo construido durante años, y, usualmente, no se le presta la atención necesaria porque se asume que las personas involucradas en este cambio están satisfechas y a gusto con ello.

Para comprender mejor esta palanca queremos compartir nuestra experiencia en un proceso de transición de liderazgo que se apoyó hace varios años, el de una empresa fundada por un matrimonio. El esposo fue el líder y gerente general desde el inicio, y la esposa dirigía lo administrativo y financiero.

El hijo mayor estuvo, desde muy joven, vinculado con la compañía, apoyando a sus padres en labores operativas que luego fueron migrando a asuntos directivos y, con su evolución, se fue perfilando como el próximo líder de la empresa mientras que los otros hijos fueron asumiendo roles más que todo operativos, de gestión.

La madre decidió retirarse y sus funciones se delegaron a otros cargos; luego de esto, el padre decidió que también quería hacerlo para poder disfrutar más tiempo con su esposa y dedicarles tiempo a sus aficiones, pero teniendo claro que no quería desprenderse totalmente de la empresa.

El proceso inició con la estructuración del esquema de gobierno corporativo, pasando por el fortalecimiento de los temas familiares mediante el gobierno familiar, y preparando la manera en que se haría la transición del liderazgo. Desde el inicio hablamos con el padre y el hijo para alinear sus expectativas, proyecciones, miedos y deseos de forma que el proceso fuera lo más fluido posible y se lograra desarrollar de manera exitosa.

Se llevó a cabo el proceso de incorporación del hijo al liderazgo con todo lo que eso implicaba: formación, delegación de funciones, comunicación a los stakeholders o partes interesadas, ajuste de procedimientos internos, fortalecimiento del esquema de gobierno corporativo y familiar, cambio del rol del fundador, etc., y luego los acompañamos para terminar de asentar las decisiones, finalizando con el nombramiento oficial del hijo mayor como gerente de la empresa, y del padre como presidente de la junta directiva.

Luego de dos años se validó cómo estaba fluyendo el proceso. El fundador contó que todo lo hecho se devolvió porque cuando llevaban alrededor de 14 meses con el hijo a la cabeza, este decidió renunciar y dedicarse a una empresa personal con la que venía trabajando hacía un tiempo, lo cual fue inesperado debido a que ese tema se había puesto sobre la mesa en su momento y se generaron acuerdos para que él atendiera la empresa familiar y a su propia empresa, teniendo en cuenta que era una compañía complementaria y que gran parte de su crecimiento se debía a la inversión (directa o indirecta) que la familia había hecho allí.

Se habló con el fundador y el hijo y se encontró que este último tenía una agenda oculta que no había querido mostrar por temor a su padre y que, realmente, el sueño de su vida era dedicarse a su propia empresa. Expresó que al iniciar el proceso se sentía convencido de ejercer su rol como líder de la empresa familiar y agradecía el crecimiento que había tenido en la compañía, pero que se sentía presionado por la familia para seguir allí. Comentó

que cuando inició su liderazgo empezó a comprender que realmente no quería seguir más en el sueño de su familia, sino dedicarse de lleno al suyo, hasta que llegó a un punto en el que no pudo soportar más la situación y decidió retirarse.

Analizando internamente este caso para poder entender mejor cómo minimizar estas situaciones y apoyar mejor los procesos de transición de liderazgo, se empezaron a identificar diversos factores que se conjugaban en esta ecuación:

- ▶ Un padre fuerte y emprendedor que había ejercido una gran presión en su hijo para impulsar su crecimiento y que dejó de lado el entenderlo y compartir otros espacios con él.
- ▶ Una relación padre-hijo que se volvió más empresarial que familiar y que en escenarios familiares no se profundizaba para comprender mejor lo que cada uno estaba pensando.
- ▶ Una familia agradecida con los fundadores por el sustento brindado hasta ahora y con interés de continuar el legado, aun si algunos no estaban de acuerdo.
- ▶ Un hijo a quien le costaba comprender sus sentimientos y pensamientos con relación a lo que sucedía, y que no los expresaba para evitar crear conflictos o discordias familiares.
- ▶ Una familia permisiva con la manera como los hijos interactuaban con la empresa, dando lugar a ciertas costumbres o prácticas no muy sanas para la compañía.

Si bien, es importante organizar y planear el proceso, en ocasiones se hace necesario profundizar en lo que está sucediendo con las personas que se involucran. A veces, puede que se requiera acudir a profesionales complementarios para acompañar su transformación, como psicólogos o coaches que ayuden a estas familias a entender dónde están esos vacíos que, en ocasiones, no ven del todo claros, así como a los consultores que las acompañamos en su transformación.

Las personas están en el centro de estos procesos y son

.....

indispensables para permitir que avancen satisfactoriamente y lograr los resultados que quiere la familia. Muchas veces la transición de liderazgo falla porque no se entiende adecuadamente lo que sucede con quienes están involucrados y, en consecuencia, no se obre de manera acorde. También es posible que los mismos individuos no sean conscientes de sus actuaciones o de sus motivaciones y se vuelve relevante que realicen un proceso de introspección y preparación para asumir lo que conlleva la transición de liderazgo.

3.4. ¿Líder familiar o no familiar?

Cuando las familias empresarias se enfrentan a la decisión de realizar un proceso de transición de liderazgo, una de las primeras preguntas que surgen es: ¿queremos que el próximo líder sea un familiar o puede ser un externo ajeno a la familia? Y, en otros casos, se asume que la pregunta carece de sentido puesto que para ellos es muy claro que las empresas familiares solo sobreviven en manos de líderes de la misma familia.

Consideramos que la respuesta no es tan sencilla y que tampoco existe una única correcta. Las empresas familiares tienen características muy particulares dadas por su filosofía y la manera en que son gestionadas. Puede que para dos familias similares con empresas similares, las respuestas sean opuestas.

Lo primero que se debe analizar en este asunto es que para poder pensar en la transición de liderazgo se deben abordar cada una de las tres palancas mencionadas para entender, profesionalizar y fortalecer la situación y la estructura que la acompañará. A partir de ahí, la respuesta sobre si se debe tener un líder familiar o uno no familiar comienza a visualizarse mejor.

De manera independiente a la vinculación del líder con la familia, la empresa debe estar preparada para un cambio de liderazgo.

La familia ha de entender lo que ello esto implica y apoyar este cambio, y el patrimonio deberá ser gestionado de manera acorde con la decisión. Por tanto, la pregunta real es ¿qué tipo de líder se necesita para lograr los objetivos que se tienen planteados?

Esto requiere pensar en su perfil, en la proyección de la empresa, las habilidades y competencias requeridas para lograrlo; y en la experiencia, formación y personalidad de quien la llevará a feliz puerto. Aquí puede ser que la familia comience a descartar o a afianzar su idea inicial sobre quién la debería liderar. Aunque quizás no se fije en esto y siga pensando en que ya tomó una decisión desde el principio, por lo que no ve relevante ejecutar tantos pasos para iniciar el proceso.

Por tanto, la familia se enfrenta a la decisión de si aceptar el camino racional y metodológico para elegir al siguiente líder de la empresa, o si hace caso a su intuición y experiencia para determinar en manos de quién dejar la compañía todo esto enmarcado en los asuntos que para ellos son claves a la hora de definir el futuro de su legado.

3.4.1. Asuntos a tener en cuenta al elegir a un líder familiar.

La balanza tiende a inclinarse hacia un líder familiar porque se considera que continuará con la filosofía del clan y mantendrá los principios que este le ha impregnado a la compañía; por tanto, no será un cambio radical y, de alguna forma, es un paso esperado, haciendo un poco la comparación con una monarquía en la que se proyecta que sean los herederos quienes asuman el trono.

Nicolás Maquiavelo plantea en su libro *El príncipe* (2018) que “es mucho menos difícil mantener los estados hereditarios, acostumbrados a la familia de su príncipe, que los estados nuevos” (p. 30), haciendo referencia a que el pueblo asume que no va a haber muchos cambios y que sus condiciones no van a desmejorar súbitamente cuando el heredero es quien asume el

.....

liderazgo.

Los miembros de la familia han visto crecer la empresa, han estado vinculados de una u otra forma con ella desde que eran muy pequeños. Quizá, han visitado las instalaciones en compañía de sus padres, han interactuado con los empleados desde ese momento y han vivido, dependiendo de su realidad familiar, la evolución del negocio y de la familia de su mano.

Esto puede hacer que sean más afines a querer a la compañía y comprometerse con su perdurabilidad porque la sienten suya y, por tanto, trabajarán con más esfuerzo y ahínco para que crezca y prospere.

Sin embargo, en la práctica se ha visto que esto no ocurre en todas las situaciones. Existen algunos casos en los que los líderes familiares llegan con planteamientos casi opuestos a los del líder anterior, muchas veces por rebeldía hacia ese poder que venía rigiendo, o por soberbia para demostrar que son capaces de hacer las cosas a su manera y mejorar los resultados.

Aquí, nuevamente, tiene un papel preponderante el individuo y la forma en que espera asumir el liderazgo, así como las razones que lo llevan a hacerlo. Y analizarlas de manera crítica permite entender si esta es la mejor decisión para la empresa, la familia y el patrimonio.

En ocasiones, los padres se dejan cegar por su afecto y amor hacia sus hijos y no prestan atención a esas evidencias porque quieren y añoran en su corazón que esa empresa, a la que tanto esfuerzo y tiempo le han entregado, sea de sus herederos y que su legado se transmita a futuras generaciones; en otras, el líder familiar no cumple con las expectativas los ni objetivos y termina llevando la empresa hacia otros destinos.

.....

Se trae a colación el caso de Marco Aurelio con su hijo Cómodo. Desde joven, Cómodo se involucró en las decisiones del reinado de su padre y fue el sucesor visible de este rey, así que cuando él falleció, era natural la continuación del reinado por parte de Cómodo. Sin embargo, este nuevo rey tenía lineamientos bastante diferentes a los de su padre con relación al poder y la manera de mantener su reino. Marco Aurelio, según cuentan los historiadores, tenía una visión austera y de prosperidad para su pueblo, mientras que Cómodo llegó con una actitud extravagante, excesiva y desordenada que llevó a los romanos a su declive, según explican algunos autores.

Por tanto, cuando se contempla que el próximo líder de la compañía sea un miembro de la familia, es necesario haber sentado, de manera sólida, las bases familiares de filosofía, de historia y de propósito para que continúe con el legado y trabaje para hacerlo perdurar.

La familia tiene una sensación de frustración más marcada y profunda cuando siente que sus propios descendientes son quienes llevan su legado, la empresa, al fracaso, así que se debe cuidar muy bien cada paso para minimizar los errores y mantener la alineación familiar con relación a su filosofía.

Finalmente, es importante no perder de vista que es fundamental corroborar las competencias y calidades humanas del futuro líder porque será quien impregne y acentúe el legado con la interpretación que haga de este.

3.4.2. Asuntos a tener en cuenta al elegir a un líder no familiar. Existen ocasiones en las que la decisión de elegir a un líder que no forma parte de la familia proviene de no tener más alternativas. Por ejemplo, cuando la siguiente generación aún es muy joven y no está en edad laboral o no se encuentra en el país, entre otras.

.....

Usualmente, esta no es la primera opción de los empresarios familiares dado que preferirían que la compañía siguiera en manos de la familia y porque tienden a desconfiar de que alguien diferente la lidere.

Al trabajar con empresarios se identifican los diferentes argumentos y planteamientos sobre por qué no deberían tener un líder externo y, la mayoría, se relacionan con el miedo de los fundadores de soltar su “creación” a un extraño.

Algunos argumentos de los empresarios para no contemplar la opción de un líder externo, incluyen:

- ▶ Falta de compromiso: dado que la concepción de liderazgo de los fundadores muchas veces está relacionada con una motivación personal o familiar, consideran que alguien ajeno a esta no se tomará tan en serio la compañía como lo harían ellos.
- ▶ Manejo financiero: uno de los asuntos más sensibles al hablar de transición de liderazgo es el manejo financiero, y soltarlo a un extraño no es algo que deje tranquila a la familia. Tienden a ser muy celosos con el dinero y a supervisar de manera cercana sus movimientos para asegurarse de que no tengan fugas, aumentos sustanciales o problemas similares.
- ▶ Desalineación con la filosofía familiar: consideran que no es sencillo transmitir la cultura y filosofía familiar a un externo, y que puede que, aun haciéndolo, no se sientan identificados, así que temen que estos líderes tomen decisiones que no vayan alineadas con sus principios y valores.
- ▶ Cambios en la cultura empresarial: los fundadores no quieren que alguien más venga a cambiar lo que ellos han definido en su empresa, o que cambien el trato con sus empleados, clientes o proveedores, y consideran que un

.....

externo vendrá a hacer las cosas a su manera sin respetar lo existente.

Se ha encontrado que la mayoría de estos asuntos se pueden resolver o minimizar con un buen gobierno corporativo y una preparación adecuada por parte de la familia y de la empresa, así como con un proceso de selección óptimo que ayude a encontrar a ese candidato que esté dispuesto a llevar la empresa hacia el cumplimiento de sus objetivos. Nuevamente, aquí se enlaza al individuo con sus intereses, proyecciones y principios para validar si encajan o no en la empresa y la familia.

Esto no quiere decir que los temores de los empresarios frente a esta alternativa sean infundados dado que sí hay casos en los que los líderes externos toman decisiones que no corresponden con las metas propuestas ni con la cultura de la familia o la empresa; sin embargo, es no significa que se debe asumir que no es una alternativa viable.

Los procesos de transición de liderazgo a líderes ajenos a la familia, desde nuestra perspectiva, han sido exitosos para nuestros clientes cuando se fundamentan sobre cimientos sólidos, es decir, cuando la familia tiene claridad de su filosofía, sus objetivos y sus valores, y de lo que está dispuesta a aceptar y lo que no. Al iniciar con esto, es vital que el líder que no forme parte de esta familia pueda conocer quiénes son y su filosofía, y pueda decidir si está alineado o no con esos ellos.

Además, es importante preparar la estructura interna para que acepte a un líder diferente con el establecimiento de procedimientos de control y verificación sobre los indicadores clave de la empresa, hasta la comunicación con los empleados para que no se sientan abandonados por la familia en este proceso de cambio.

.....

Nicolás Maquiavelo (2018) menciona que “un príncipe, aunque tenga fuerzas, necesita del favor y benevolencia de los habitantes para entrar y mantenerse en el país adquirido” (p. 33), es decir, el nuevo líder no podrá ejecutar sus labores si encuentra resistencia por parte de los colaboradores de la compañía. Por lo tanto, la familia debe transmitirles tranquilidad a los integrantes de la empresa y respaldar al líder para que sientan que existe unidad y, así, estén más tranquilos para colaborar y aportar, sin dejar de lado los controles, procedimientos y validaciones que le permitan a la familia delegar esta responsabilidad con mayor confianza.

4. Conclusiones

La transición de liderazgo en una empresa familiar es un proceso que requiere preparación. Debe ser valorado como asunto crítico y analizarse con una visión integral para poder llevarlo a cabo de manera exitosa. Como la mayoría de asuntos en los negocios, no hay garantías de éxito, pero sí es posible minimizar el margen de error.

No solo se espera que un proceso de transición de liderazgo funcione por el bien de la familia empresaria, sino, también, por el del negocio y el de todos los que dependen de ella de manera directa o indirecta (stakeholders o partes interesadas), puesto que no es asunto sencillo mantener una empresa y hacer que perdure; de acuerdo con las estadísticas, solo el 13 % de esas compañías llegan a tercera generación (Ward, 2011).

Y, dado el impacto que tienen las empresas familiares en la economía, es necesario tomarse el tiempo para proyectar su perdurabilidad con acciones claras, comenzando con la estructuración de las tres palancas de la transición de liderazgo y entendiendo que estos aspectos se encuentran estrechamente relacionados.

Ninguna familia ni empresa es igual a otra, así que es necesario entender de dónde se parte para poder definir el rumbo más adecuado para ejecutar la transición de forma exitosa, alineada con los intereses familiares y el bienestar empresarial.

Al abordar este proceso, primero se debe entender qué se está dispuesto a hacer para lograrlo debido a que muchas veces los empresarios quieren que la empresa continúe y perdure, pero no ejecutan los pasos necesarios para llevarla a ese lugar, no se preocupan por profesionalizarla, por prepararla con los procedimientos y controles necesarios para que alguien más la lidere; por preparar a la familia y procurar su alineación; por

entender qué quieren hacer y cómo desean destinar su tiempo si no están en la compañía; o por identificar dónde aportan más valor con su experiencia y trayectoria para aprovechar todos estos factores en beneficio de la conformación de familias y negocios que duren por generaciones.

Se hace relevante tener la mente abierta para contemplar diferentes posibilidades y poder elegir la más adecuada que, si bien no tendrá total certeza de ser exitosa, por lo menos sí aportará experiencia y conocimiento para moldear mejor el proceso de transición. La fase inicial de este asunto es la conciencia del líder fundador sobre el desarrollo del proceso en el momento adecuado y no retrasarlo inadecuadamente, permitiendo así que su ejecución sea sana y tranquila para el siguiente líder. Así se construyen las bases, pues este es un proceso continuo sobre el que nunca se tendrá total conocimiento ni certeza dado que evoluciona con la evolución misma de la familia, las empresas y su entorno. Por tanto, se debe pensar a largo plazo y entender cómo el paso que se está dando hoy podrá o no llevarlos al futuro que proyectaron.

Referencias

- ▶ Arbesú, C. (2016). *El consejo de familia y su función de gobierno en la empresa familiar* (Tesis de doctoral). Universidad de Navarra, España. https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/41415/1/Tesis_Carlos%20Arbesu.pdf
- ▶ Arenas, H. A. y Rico, D. (2014). La empresa familiar, el protocolo y la sucesión familiar. *Estudios Generales*, 30, 252-258. <https://doi.org/10.1016/j.estger.2014.02.013>
- ▶ Davis, J. A., (2018). *How Tthree Circles Changed the Way We Understand Family Business [pdf]*. Cambridge Institute for Family Enterprise. <https://cfeg.com/wp-content/uploads/2019/09/How-Three-Circles-Changed-the-Way-We-See-Family-Business-1.pdf>
- ▶ Gallo, M. A. (2004). Tipologías de las empresas familiares. *Revista Empresa y Humanismo*, 7, 241-258. <https://revistas.unav.edu/index.php/empresa-y-humanismo/article/view/33340/28609>
- ▶ International Finance Corporation (2011). *IFC Family Business Governance handbook*.
- ▶ Maquiavelo, N. (2018). *El príncipe*. EDAF.
- ▶ Portalanza, A. (2013). Gobierno corporativo una aproximación teórica. *Saber, ciencia y libertad*, 8(1), 117-124. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5109386>
- ▶ Superintendencia Financiera de Colombia (2007). *Código País*. <https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/industrias-supervisadas/gobierno-corporativo/codigo-pais-61162>
- ▶ Superintendencia de Sociedades, Cámara de Comercio de

.....

Bogotá y Confecámaras. (2009). *Guía Colombiana de Gobierno Corporativo para Sociedades Cerradas y de Familia*. https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/3037/8229_guiacolgobcorporativo.pdf?sequence=1&isAllowed=y

- ▶ Superintendencia de Sociedades, Cámara de Comercio de Bogotá y Confecámaras. (2020). *Guía de buenas prácticas de gobierno corporativo para empresas competitivas, productivas y perdurables*. https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/3037/8229_guiacolgobcorporativo.pdf?sequence=1&isAllowed=y
<https://www.supersociedades.gov.co/Noticias/Publicaciones/Revistas/2020/GUIA-GOBIERNO-CORPORATIVO-2020.pdf>
- ▶ The Committee of the Financial Aspects of Corporate Governance (1992). *The Financial Aspects of Corporate Governance o Cadbury Report*. <https://ecgi.global/sites/default/files//codes/documents/cadbury.pdf>
- ▶ Ward, J. L. (2011). *Keeping the Family Business Healthy: How to Plan for Continuing Growth, Profitability and Family Leadership*. Palgrave Macmillan.

FAMILIA EMPRESARIA: DIVERSAS HERRAMIENTAS DESDE LA GESTIÓN DEL PATRIMONIO FAMILIAR, Y LOS PROTOCOLOS DE FAMILIA COMO RESPUESTA¹

Diego Felipe Márquez Arango²

Resumen

Una vez establecido un marco general respecto a las problemáticas principales de las empresas familiares y las familias, se abordan las formas de gestionar el patrimonio familiar describiendo algunas experiencias y herramientas jurídicas que han sido útiles para atender dichas situaciones. Todo ello para fijar un marco jurídico para entender los protocolos de familia como respuesta a este tipo de empresas (y a las familias empresarias), en donde se explicará el contenido mínimo que estos deben tener y qué se debe definir en ellos.

1. En este artículo recojo muchas de mis ideas formuladas en publicaciones hechas en distintos medios de comunicación y en diversas charlas ofrecidas sobre el particular, alrededor de las cuales se profundiza desde el punto de vista jurídico y se hacen nuevos planteamientos.

2. Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, especialista en Economía de la Universidad de los Andes y magíster en Derecho Empresarial y Negocios Internacionales de la Universidad Católica de Ávila (España). Especialización en Prácticas Emergentes del Derecho y Sectores Regulados en el Centro de Estudios Garrigues en Madrid (España); diplomado en Régimen Impositivo Colombiano de la Pontificia Universidad Javeriana y en el Régimen Jurídico de los Agronegocios de la Universidad Austral (Argentina). Líder del área de práctica de Gestión del patrimonio familiar en Del Hierro Abogados.

El núcleo de la sociedad es la familia.
El núcleo de la economía:
la empresa familiar.

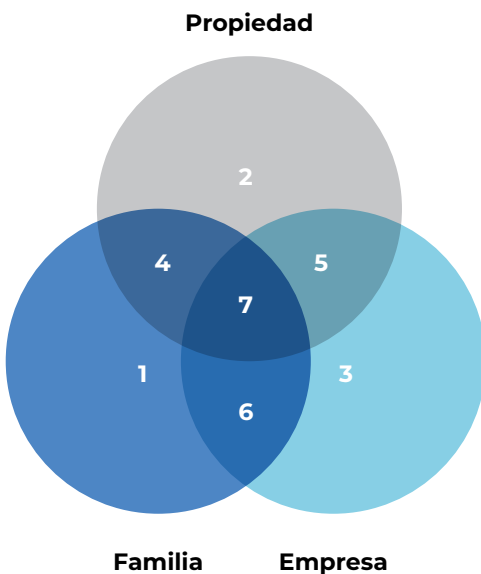
1. Las interacciones entre la familia, la empresa y la propiedad

Para hablar de empresa familiar hay dos puntos fundamentales: (i) entender qué puede estar en juego y (ii) que los integrantes de la familia asuman que son una familia empresaria y que tienen una empresa familiar. Con este eje, que está pensado como introducción, pero que resulta esencial, será posible abordar los asuntos jurídicos concretos respecto a este tipo de empresas.

1.1. La teoría de los tres círculos

Hay una herramienta muy útil para dimensionar qué está en juego que se explica a través de la teoría de los tres círculos (Davis, 1983, 47-56). Esta implica evaluar los puntos de encuentro que hay entre la familia, la empresa y la propiedad, como se verá a continuación:

Gráfica 1. La teoría de los tres círculos.
Imagen inspirada en “Realizing the potential of family business”.



1. Es un familiar que no es propietario ni está vinculado a la empresa.
2. Es un propietario que no es familiar y que tampoco está vinculado a la empresa.
3. Es cualquier persona que no es ni familiar ni propietario, pero que está vinculado a la empresa.
4. Es un propietario que está vinculado a la familia, pero que no está vinculado a la empresa.
5. Es un propietario no familiar que está vinculado a la empresa.
6. Es un familiar no propietario que hace parte de la empresa.
7. Es un familiar propietario que está vinculado a la empresa.

Fuente: Davis P. (1983).

Se debe tener presente que cada círculo representa unos roles y unos intereses de los miembros de la familia y, sin duda, el secreto está en las intersecciones porque es allí donde la interacción de los roles puede presentar mayores conflictos de interés y, precisamente, es donde puede haber una necesidad de entender, con más precisión, lo que está en juego.

Bajo el entendido de que existen y debe haber diferencias entre las personas que conforman una familia (los intereses, la visión, las necesidades, entre otras circunstancias, pueden ser distintos), estas se convierten en variables que pueden determinar la dinámica de las relaciones y el movimiento de las intersecciones de estos tres círculos.

Ahora bien, desde el punto de vista económico hay muchos intereses. De tal suerte que, con el fin de mantener la lógica aquí planteada, en la siguiente gráfica se pretende hacer evidentes los eventuales intereses económicos que pueda haber entre los miembros de la familia empresaria:

Gráfica 2. Intereses de los involucrados en la teoría de los tres círculos



1. No tiene interés económico sobre el particular

2 y 4 Preferirán una repartición alta de dividendos y tienen además, el derecho a reclamarlos.

3. Considerará que el trabajo debe ser principalmente, para la persona que tenga méritos, independientemente si es familiar.

3,5 y 6 Buscarán primordialmente el crecimiento, consolidación y fortalecimiento de la empresa.

5. También tendrá un interés en la repartición de dividendos pero podrá priorizar a la empresa, por lo que buscará reinversión.

6. Buscará que los familiares tengan preferencia a la hora de ocupar cargos dentro de la empresa y querrá mejor remuneración

7. Tiene en juego todos los intereses posibles.

Fuente: propia, inspirada en la gráfica 1.

.....

Debe tenerse claro que dentro de todos estos intereses económicos están también los familiares. Al final, ese es el punto común de las empresas familiares. De la relación entre los miembros de la familia dependerá el desenvolvimiento de los conflictos entre los intereses y entre las personas.

Cuando no hay relaciones de familia dentro de los grupos de interés, el análisis termina siendo, generalmente, financiero. Pero cuando la familia tiene algún tipo de interés, el grado de complejidad es mayor porque se podrá cambiar de empresa, se podrá cambiar de trabajo, pero no se podrá cambiar de familia y, al final, es esta institución la que determina en gran medida lo que una persona es o no quiere ser. Hay distintos asuntos alrededor de las familias: los bienes, los sueños de los abuelos, de los padres, los sueños que se tienen para los hijos.

Existen diversas problemáticas bajo este contexto, que se resumen a continuación:

- ▶ Los grupos de interés consideran la empresa como parte de la familia y no como una esfera distinta. Esto puede llevar constantemente a “fugas de recursos”, inconformidades de otros miembros de la familia con esa circunstancia o generar malestar entre los empleados que no son de la familia porque consideran que su esfuerzo no es para el crecimiento de la compraña, sino para el beneficio de la familia y, por lo tanto, no les reporta ningún incentivo.
- ▶ Por la intensidad de las relaciones familiares y por la injerencia que puede tener una persona sobre otra, conservar la independencia de las relaciones familiares y empresariales puede ser altamente complejo.
- ▶ Cada parte debe asumir su rol y solo ese, pero no puede olvidarse de que una cosa es “creer que se tiene un rol” y otra es tenerlo claramente asignado.

-
- ▶ En la familia puede haber rotación (matrimonios, divorcios, nacimientos, muertes). Estos son elementos importantes que alteran no solo la composición familiar, sino también a la empresa y la propiedad.
 - ▶ Falta de incorporación de directivos externos. Puede resultar común que la familia haga todo por sí misma, pero, al final, esta tiene un contexto común que puede generar que se pierda, en gran medida, la dimensión.
 - ▶ Las relaciones familiares siempre son más difíciles de lo que se cree y pareciera que sus integrantes están obligados a cargarlas. Es este elemento el que complejiza la ecuación empresarial.

En cualquier escenario, los creadores de los patrimonios o fundadores están llamados a evaluar los intereses que tienen con sus empresas, con su familia, con las familias de su familia; fijar prioridades, buscar el crecimiento de la empresa familiar, definición de roles, la unidad familiar y hasta evaluar las historias de conflicto dentro de esta. Allí se encuentra la esencia de la comprensión de lo que está en juego.

1.2. De la familia empresarial a la empresa familiar

Para hablar de empresas de familia es fundamental, como punto de partida, que la familia se asuma como empresarial. Esto, que parece ser un simple juego de palabras, tiene en realidad un efecto psicológico determinante que marcará el compromiso, involucramiento y relacionamiento de la familia, la empresa y la propiedad.

Es habitual que en la construcción de una empresa familiar hayan estado involucrados históricamente los padres, o uno de ellos, quienes se denominarán fundadores o creadores del patrimonio. En tal sentido, los hijos, que generalmente eran

pequeños mientras emergía la empresa familiar, puede que no estuvieran muy involucrados y que lo hayan considerado como el “negocio de los padres”.

Pero, inclusive, puede seguir siendo concebida como la empresa de los fundadores así los hijos trabajen allí. Es más, pueden fallecer los fundadores, uno de los hijos hacerse cargo, y, aun así, pensar que sigue siendo de los fundadores o lo que ellos “dejaron”.

Pasar de familia empresaria (refiriéndose a los fundadores) a empresa familiar es un cambio de paradigma en el que los miembros de la familia encuentran un elemento común (que debe ser un círculo diferente al familiar, según lo explicado en el capítulo anterior) del que, por demás, recibirán y recibieron réditos, dividendos o cualquier otro tipo de beneficios. La familia es o está llamada a influir sobre la empresa indistintamente de cómo esté configurada la familia.

Por vía de sucesión por causa de muerte, por sucesión ejecutiva o del poder, por planeación tributaria de los fundadores, por enfermedad de los fundadores o por otras razones la familia está en la primera línea de toma del control de las empresas familiares y que no lo haga o no sienta interés en ello no significa que pierde la influencia que tiene en la empresa familiar. Por esto, se insiste, el cambio de paradigma de familia a familia empresaria y, de ahí, a empresa familiar puede significar la permanencia o no de esta en el tiempo.

2. Sobre la “gestión del patrimonio familiar”

2.1. ¿En qué pensar para gestionar el patrimonio familiar?

Para hablar de protocolos de familia, que se entienden como la “especie”, hay que hablar de la “gestión del patrimonio familiar”, que se entiende como el “género”. Eso quiere decir, entonces, que existen muchas formas de gestionar el patrimonio familiar. Dentro de todas las alternativa considero que el protocolo de familia es el más completo y estructurado, pero no la única medida.

Hay familias en las que los bienes logrados por los fundadores no se representan, necesariamente, en una empresa, sino que son, por ejemplo, inmuebles destinados a distintos usos. Ahora, puede ser una empresa cuando todos esos bienes se organicen y se dispongan para hacerlos crecer y para que reporten utilidades, y de ahí surge un negocio inmobiliario, pero ese es el paso siguiente a la construcción del patrimonio.

La gestión del patrimonio familiar responde a necesidades concretas o, también, a una planeación en sentido amplio (financiera, tributaria, sucesoral, etc.). Pueden ir desde qué hacer con el uso de una finca o un apartamento, hasta cómo entregarles a los hijos los bienes, hacer una planeación tributaria para todo el grupo familiar con base en los bienes que han construido u organizar la sucesión de los fundadores en vida.

Inclusive, una planeación patrimonial familiar puede suponer que el único objetivo de la persona sea proteger a su actual pareja o a los hijos matrimoniales fuera del matrimonio sin afectar las reglas sucesorales o, en fin, un sinnúmero de necesidades que pueden tener todas las familias.

Aquí se formulan algunas preguntas importantes para evaluar la

gestión del patrimonio familiar:

¿Existe algún tipo de riesgo para los bienes de la familia que deba atenderse? ¿De quién y para quién se van a proteger determinados bienes? Al verificar el entorno ¿considera que la tasa efectiva de tributación es superior a la media del sector? ¿Cree que es un buen momento para evaluar el debido y correcto cumplimiento de las obligaciones tributarias? ¿Se estima que es el momento de organizar todo previendo el escenario de la ausencia de quien ha sido el fundador de las empresas o el titular de los bienes?

Pero también hay que formular preguntas sobre las empresas³. Aquí algunas:

¿El interés de la empresa siempre tiene prioridad sobre los intereses de cada miembro de la familia? ¿Es importante para el negocio que los miembros de la familia se la lleven bien? ¿Los problemas deben resolverse solos con el tiempo? ¿Es un compromiso de todos los miembros de la familia que los negocios de las empresas sean un éxito?

¿Quien toma las decisiones en una empresa debe tener en cuenta el impacto que estas tengan en la familia, sean socios o no? ¿Los salarios en la empresa deben responder a lo que establezca el mercado? ¿Y los salarios de los miembros de la familia, también?

La pregunta de fondo es, entonces, si considera que hay asuntos que arreglar respecto a los bienes y a la familia. Herramientas existen, el reto será identificar cómo hay que gestionar el patrimonio familiar.

3. Preguntas inspiradas en Fleming (2000).

.....

2.2. La S. A. S. como herramienta fundamental⁴

Existen diversas herramientas para la gestión del patrimonio familiar: la fiducia mercantil, el fideicomiso civil, el usufructo, el testamento, las donaciones, la herencia en vida, entre otras. Sin embargo, una de las más eficientes (y eficaces) son las sociedades por acciones simplificadas (S. A. S.) creadas con la Ley 1258 de 2008.

Sobre la S. A. S. se ha escrito mucho, y el mercado ha asimilado su relevancia y su flexibilidad. Es precisamente esta última característica la que resulta ser altamente importante para la gestión del patrimonio familiar.

Las sociedades del Código de Comercio (la sociedad anónima, la sociedad limitada y, más aún, las sociedades en comandita) son esencialmente rigurosas en las formas y las reglas, lo que implica que la posibilidad de salirse del marco normativo es mínima. Las S. A. S., por el contrario, premian la autonomía y facilitan la creación de nuevas formas de gobierno, de clases de acciones y de reglas especiales para empresas familiares. Por ejemplo, la forma de votar, los derechos que dan las acciones y la posibilidad de pactar reglas especiales para ser socios, entre otras bondades.

Una de ellas (y de las más determinantes) está en el artículo 10 de la Ley 1258 de 2008 que establece que es posible crear distintos tipos de acciones y otorgarles los derechos que los accionistas estimen prudentes. Así las cosas, simplificando el lenguaje y los conceptos, los derechos que pueden otorgar unas acciones son:

- (i) Derecho a participar en las asambleas, que no es lo mismo a poder votar en ellas. El participar implica poder recibir información de primera mano, preguntar, indagar, pero no votar.

4. Esta es una opinión exclusiva del autor. La Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia fomenta la libertad de escogencia que tienen los empresarios respecto a los distintos tipos societarios.

.....

(ii) Derecho de voto que es, en sí mismo, uno de los derechos más importantes, con él el socio manifiesta su voluntad sobre uno u otro tema que esté decidiendo la asamblea. El voto debe ser pensando en el beneficio de la misma sociedad para no estar abriendo la puerta en un ejercicio abusivo del derecho (ver artículo 43 de la Ley 1258 de 2008).

En la S. A. S. está claro que puede haber voto múltiple (que un voto represente un porcentaje, que valga el doble que otro o cualquier otra prerrogativa especial que consagren los estatutos), es decir, que se puede cambiar la lógica de “una acción, un voto”.

Inclusive, puede haber derecho de voto para algunos asuntos (como repartir dividendos), pero no para otros (como reformar los estatutos). En otras palabras, en la S. A. S. el derecho de voto se puede pactar desde que un accionista no lo tenga, hasta que lo tenga para unos temas únicamente o para todo.

(iii) Derecho a recibir dividendos. Es el más fácil de entender porque implica que por el hecho de participar con acciones en una sociedad, la persona espera obtener algún retorno o beneficio económico.

En la S. A. S. se puede pactar que haya un dividendo fijo anual, que un bloque de accionistas siempre reciba un determinado porcentaje de las utilidades independientemente de la participación que tengan o cualquier otro asunto que consideren los estatutos, inclusive, puede pactarse que no existan dividendos para un bloque de accionistas.

(iv) Derecho a recibir los remanentes que surjan de la liquidación. Sigue la misma lógica del derecho a recibir

.....

dividendos. Es libremente configurable.

(v) Derecho de inspeccionar los libros. Este, uno de los más importantes, implica que los socios tienen la facultad de revisar la contabilidad, contratos y libros de la sociedad. Con la S. A. S. es posible pactar que se tenga siempre, que se tenga solo en unos periodos o que, simplemente, no se tenga.

(vi) Derecho de “membresía”. Este es un derecho que no es muy asimilado en la doctrina, pero que debe ser considerado por su alta relevancia. Es el derecho intangible de una persona por el simple hecho de “pertenecer” o de poder acceder a algo que no es para todos. Es similar al derecho que tiene un asociado por pertenecer a un club social, por ejemplo.

En la gestión del patrimonio familiar se puede pensar en este derecho como la posibilidad que tenga un accionista de poder hacer uso de un apartamento que sea propiedad de la sociedad familiar o que pueda alquilarlo, o, en términos generales, crear condiciones jurídicas vinculantes para que el accionista pueda tener acceso a beneficios que cualquier otra persona no tiene, como son préstamos de la sociedad familiar con tasas de interés reducidas, entre otros.

No supone un beneficio económico en sí mismo. La Superintendencia de Sociedades (2012), al responder una pregunta sobre qué le queda a un accionista que renuncia a todos los derechos (Concepto 220-093685), indicó que eso se asimila más a una donación y que afectaría la lógica del derecho societario a lo que, indudablemente, debe indicarse que no es así porque está siempre ese “derecho de membresía” y este, además, puede otorgar derechos distintos a los políticos o económicos.

Como se desprende de todo lo aquí dicho, la S. A. S. es una ventana de oportunidades para la gestión del patrimonio familiar, pero ahí no termina. Hay otro elemento que se deriva de la posibilidad de crear distintos tipos de acciones y marcar sus derechos, y es que todo puede diseñarse según la necesidad.

Uno de las grandes posibilidades con las acciones es crearlas para que solo puedan ser propietarios determinados miembros de la familia. Es decir, pueden crearse acciones donde solo pueden ser propietarios los fundadores y su descendencia en línea directa, el que no cumpla esta condición deberá ser excluido de la sociedad (sobre la exclusión se hablará más adelante).

El efecto práctico de lo aquí mencionado es que, primero, la sociedad se hace extremadamente cerrada y se limita quiénes pueden ser socios. Inclusive, si se embargan y rematan esas acciones, o se adjudican por sucesión o liquidación de sociedad conyugal o patrimonial, quien las reciba no podrá ser socio. Es una buena forma de proteger el patrimonio. La segunda, es que esto no altera los órdenes sucesorales (para el caso donde, por ejemplo, se tenga un hijo fuera del matrimonio). Si llega un accionista que no cumple la condición de ser descendiente de los fundadores, se excluye y se le paga un precio justo.

Respecto a la exclusión, el artículo 39 de la Ley 1258 de 2008 establece que se pueden pactar causales con las que los socios puedan excluir a accionistas de la sociedad. Esto es, sin duda, otra de las importantes ventajas que otorgan las S. A. S.

Por ejemplo, es común en la gestión del patrimonio familiar que los fundadores estimen prudente que sus hijos firmen capitulaciones (obviamente, antes del matrimonio). Con las capitulaciones logran que las acciones de la sociedad familiar salgan de la sociedad conyugal, con esto se aseguran de que no sea posible que le sean entregadas al cónyuge en el evento de



una liquidación de la sociedad conyugal, por ejemplo. En este caso, en los estatutos se pueden establecer que si se casa uno de los socios y no firma capitulaciones, podrá ser excluido.

Ahora, estas exclusiones también se suelen usar si alguno de los hijos de los fundadores trabaja en la empresa familiar y, de forma oculta, compete con la empresa, o algo similar. En los estatutos puede indicarse que de probarse que está compitiendo según lo descrito podría excluirse como accionista, mientras que para el proceso laboral deberá verificarse conforme a las normas aplicables y al contrato de trabajo⁵. Igualmente, se puede excluir si es condenado penalmente por cualquier delito porque eso también afectaría la reputación de la familia y de la empresa familiar.

Podrían describirse muchas más bondades de la S. A. S., sin embargo, la última que pretende resaltarse es la dispuesta en el artículo 24 de la Ley 1258 de 2008 en donde se establece que los acuerdos de accionistas que hagan los socios de una S. A. S. (que pueden tratar sobre cualquier tema que los accionistas consideren), si se depositan ante el representante legal de la misma, son de obligatorio cumplimiento tanto para la sociedad como para el representante legal. Esto, aunque parece elemental, no es posible hacerlo con las sociedades del Código de Comercio.

Frente a un protocolo de familia ese artículo es determinante porque marca su ejecutabilidad. No es lo mismo tener un

5. Se quiere insistir en la importancia de diferenciar dos aspectos: el primero, el relativo a la relación laboral, y el segundo, lo que respecta a la posibilidad de excluir accionistas que trabajen en la compañía y, al mismo tiempo, competir con ella. Desde el punto de vista laboral, hay importantes discusiones frente al derecho de la competencia. Muchas de ellas fueron planteadas en la Revista Foro del Jurista Edición n.º 36, Derecho de la competencia y competencia desleal, página 77 y siguientes. Puede consultarse en <https://www.camaramedellin.com.co/biblioteca/revista-foro-del-jurista-edicion-36> Respecto a la causal de exclusión de la sociedad como accionista por competir con la misma, no se conoce doctrina oficial de la Superintendencia de Sociedades ni jurisprudencia sobre el particular. Con esto se quiere dejar claro que el margen de discusión es amplio y que la estructuración de las cláusulas de exclusión debe ser cuidadosa del respeto al debido proceso y no alterar normas de orden público.

protocolo de familia instrumentalizado a través de una S. A. S. con los estatutos y con un acuerdo de accionistas, que tenerlo sobre una sociedad en comandita por acciones, en otro tipo societario o hasta en un patrimonio autónomo donde existen importantes limitaciones normativas sobre el alcance de este tipo de acuerdos.

Lo primero que debe decirse es que los acuerdos de accionistas tienen una ventaja importante y es que permiten que estos produzcan efectos frente a la sociedad, independiente del número de accionistas o socios que lo suscriban. Si produce efectos frente a la sociedad, su ejecutabilidad es mayor.

Para las sociedades distintas a la S. A. S. (las del Código de Comercio), el artículo 70 de la Ley 222 de 1995 establece que solo se pueden hacer acuerdos de accionistas para definir el ejercicio del voto y para llevar la representación de ciertos accionistas en reuniones del máximo órgano social. Es decir, que la norma limita el alcance de los acuerdos de accionistas porque no está abierto a muchas más posibilidades de pactar.

En la S. A. S., por otro lado, el mencionado artículo 24 de la Ley 1258 de 2008 establece que en un acuerdo de accionistas se puede pactar cualquier asunto lícito y que deberá ser acatado por la sociedad cuando se deposite en las oficinas donde funcione la administración.

En tal sentido, mientras que las sociedades del Código de Comercio tienen una restricción sobre los asuntos que puede tratar un acuerdo de accionistas, en la S. A. S. no hay limitación, esto permite darle mayor poder de ejecución al protocolo de familia que se instrumentaliza como un acuerdo de accionistas.

.....

2.3. Sobre las relaciones jurídico-familiares y el patrimonio familiar

En este capítulo se harán algunos comentarios y se formularán algunos consejos jurídicos sobre herramientas para la gestión del patrimonio familiar respecto a las relaciones familiares, la propiedad, y la empresa. Se parte de la base de un conocimiento básico de cada institución jurídica. Es fundamental tener presente lo mencionado en el numeral 2.2. de este artículo.

2.3.1. Relación entre padres e hijos y el patrimonio familiar.

En un contexto como el planteado en donde se evalúan las relaciones familiares y económicas de los miembros de la familia, existen algunas herramientas jurídicas de la gestión del patrimonio familiar que pueden ser importantes considerar.

En primer lugar, hay que situarse en la etapa de vida de los hijos. Cuando estos son menores de edad la patria potestad (que es la facultad que tienen los padres de administrar los bienes de sus hijos (artículos 288 y siguientes del Código Civil) está en cabeza de los padres. En tal sentido, esto debe considerarse a la hora de la gestión del patrimonio si, por alguna razón, el padre está interesado en dejar alguna propiedad a sus hijos, pero no desea que la madre sea quien ejerza el poder de administración.

Los asuntos de derecho de familia son, esencialmente, normas de orden público, es decir, no es posible pactar en privado en contra de estas y, generalmente, son los jueces los que determinan qué ocurre en cada caso. No puede olvidarse que los niños tienen derechos preferentes. De acuerdo con esto, en la primera etapa de vida de los hijos los padres deben tener en cuenta que serán quienes, en principio, administran los bienes de estos.

Sin entrar en las particularidades de las edades (entre 12 y

.....

18 años, por ejemplo), otro escenario se da con la mayoría de edad. Aquí los hijos son plenamente capaces y son ellos mismos quienes, sin intervención de los padres, están jurídicamente en capacidad de administrar y gestionar su patrimonio.

Según se estableció en el aparte 2.2. de este documento, la S. A. S. permite pactar la forma y las condiciones con las cuales se otorgan los derechos. Así, por ejemplo, en la gestión del patrimonio familiar es posible fijar que los derechos de voto se adquieran automáticamente solo cuando el hijo o hija cumpla 25 años de edad, o cuando culmine una carrera o lo que los fundadores establezcan. Esto, dependiendo de lo que cada familia fije y priorice, puede ser una herramienta importante de “incentivos” y “desincentivos” que pretendan los fundadores.

Ahora bien, hay otra forma jurídica que se ha identificado como herramienta para la gestión del patrimonio familiar y es el usufructo (artículos 823 y siguientes del Código Civil). En este caso, a los padres les queda el usufructo vitalicio que no es otra cosa que el derecho de percibir los beneficios de los bienes mientras tengan vida, y a los hijos les queda la nuda propiedad. Cuando los fundadores fallecen, los hijos adquieren la plena propiedad de los bienes. Un asunto importante: el usufructo se puede dar sobre cualquier bien como acciones, inmuebles, derechos fiduciarios, entre otros.

Otras herramientas comunes, pero que deben ser acompañadas con planeaciones que busquen reducir el impacto tributario, son el testamento (artículos 1055 y siguientes del Código Civil), el fideicomiso civil (artículos 794 y siguientes del Código Civil) o la no recomendada donación en vida (no se recomienda por las reglas sucesorales. Por la extensión y alcance de este artículo, no se profundizará en el tema).

.....

La “herencia en vida” (llamada así informalmente) es otra herramienta y está dispuesta en el párrafo del artículo 487 de la Ley 1564 de 2012. Esta permite que se reparta parcial o totalmente el patrimonio de una persona que, de forma voluntaria, desee hacerlo. Deberá solicitar una “licencia judicial” para que se respeten todas las reglas propias del derecho de familia y las normas sucesorales. Posterior a dicha autorización judicial, vía escritura pública otorgada ante notario, podrá surtirse esta partición. Quien haga la partición podrá mantener la administración o usufructo de sus bienes. Esto garantiza que pueda conservar algunas prerrogativas sobre las propiedades que está entregando a través de este mecanismo jurídico.

A parte de lo ya indicado, y cercana a la flexibilidad que permite la S. A. S., está la fiducia mercantil (artículos 1226 y siguientes del Código de Comercio), figura a través de la cual se crea un “patrimonio autónomo” que funciona como una persona a parte de los fundadores. Allí se pueden establecer reglas claras sobre la intención de los fundadores frente a la administración del patrimonio, qué ocurre tras la muerte de estos, entre otras reglas. Esta es una herramienta de altísima relevancia y que, contrario a lo que se creería, podría ser, según se estructure, menos costosa que una sociedad.

2.3.2. Relación entre hijos y cónyuges y el patrimonio familiar.

Hay herramientas jurídicas simples frente a los hijos y sus cónyuges. Para eso, se parte de la base del conocimiento y comprensión del concepto de sociedad conyugal y sociedad patrimonial.

La primera son las capitulaciones (artículos 1771 y siguientes del Código Civil) que, obligatoriamente, deben ser hechas antes de la ceremonia del matrimonio y que implican sacar determinados bienes de la sociedad conyugal. Si se está en

.....

una S. A. S., se sacarían las acciones; si se utilizó una fiducia mercantil, los derechos inherentes; o si el hijo tiene la nuda propiedad, esto sería lo retirado de la sociedad conyugal.

Puede ocurrir que, por uno u otro motivo, ya se haya dado el matrimonio por lo que las capitulaciones no son una opción. En tal sentido, la herramienta jurídica que está disponible es la disolución y liquidación de la sociedad conyugal regulada en los artículos 1820 y siguientes del Código Civil (distinto al divorcio porque con la liquidación de la sociedad conyugal el matrimonio permanece, mientras que con el divorcio, no).

Sin duda, herramientas hay muchas, incluyendo todas aquellas que pueden instrumentalizarse a través de una S. A. S. Sin embargo, cada caso dependerá de las particularidades de cada familia.

2.3.3. Relación entre cónyuges y familia política y el patrimonio familiar.

Hay un temor de los fundadores con los cónyuges o compañeros permanentes de sus hijos (familia política) que no es despreciable. Es el hecho de que puede ser común concebirlos como “el poder detrás del poder”, por eso, hay familias que consideran prudente mantenerlos distanciados del patrimonio familiar y de la gestión del mismo. Para atender estas preocupaciones, hay distintas herramientas jurídicas. Las capitulaciones, por ejemplo, es una de ellas.

Como se mencionó en el aparte 2.2., fijar clases de acciones especiales dentro de una S. A. S., generar reglas de exclusión de accionistas y otros elementos societarios ya descritos son herramientas que, sin afectar las reglas de disolución y liquidación de la sociedad conyugal o la sociedad patrimonial, pueden lograr el objetivo que los fundadores se plantean.

Por ejemplo, en un protocolo de familia (entendido como

.....

forma de “gestión del patrimonio familiar”) puede regularse la participación o no, de los cónyuges en los consejos de familia, o si pueden o no, trabajar dentro de las empresas familiares. En los protocolos es habitual definir estos asuntos porque, como se mencionó, la familia política es un elemento a tener en cuenta a la hora de gestionar el patrimonio familiar.

2.3.4. Relación entre abuelos y nietos y el patrimonio familiar.

Como se mencionó en el aparte 2.3.1. de este capítulo, los padres tienen la patria potestad de los hijos y ello supone que son quienes administran los bienes de los nietos de los fundadores.

Existen casos en los que los abuelos, por cualquier motivo, no estiman conveniente que sean los hijos quienes administren los bienes de sus nietos y quieren que estos tengan acceso a ciertos bienes o beneficios económicos sin la intervención de sus padres.

Esto resulta ser algo complejo, no solo por el entramado de relaciones familiares, sino por los obstáculos jurídicos. Al final, y si los nietos son menores de edad, siempre se requerirá la participación de quien ostente la patria potestad (sea el padre o la madre, o los dos), y allí ya existe un grado de negociación.

Ha sido útil, en el marco de una S. A. S., crear un tipo de acuerdos especiales para los nietos donde pueden ser accionistas sin derechos hasta que cumplan la mayoría de edad (y se pueden representar por sí mismos) y les sean asignados ciertos derechos. También puede pensarse en la opción de negociar con padres para que les otorguen un poder general a los fundadores para que sean los apoderados de los nietos. Esto se debe, en todo caso, reforzar con disposiciones estatutarias que viabilicen este camino.

3. Los protocolos de familia: la respuesta

¿Qué hacer para evitar que cuando la primera generación cree una empresa familiar, la segunda la herede y la tercera no la destruya? La respuesta es, en realidad, simple: estructurar un protocolo de familia.

A continuación, se propondrá una definición de protocolo de familia para, posteriormente, sugerir una estructura mínima que, sin duda, se recomienda siempre que sea discutida en la familia y, luego, instrumentalizada a través de una S. A. S., como consecuencia de todo lo aquí establecido.

3.1. Concepto

Los protocolos de familia son acuerdos que estructuran el funcionamiento de los grupos de interés (familia, propiedad, empresa, empleados, etc.), definiendo reglas que eviten futuros conflictos relacionados con el poder o con el dinero, buscando que la familia, el patrimonio y la empresa perduren.

Los beneficios derivados de estructurar estos acuerdos son, por un lado, la promoción del trabajo en equipo, la fijación de reglas previas y objetivas para el cumplimiento de toda la familia; la generación de espacios de comunicación y confianza entre la familia promoviendo el respeto de la opinión de todos; y, lo que puede ser más importante, la transmisión de conocimientos, principios y valores desde la primera generación hasta su descendencia.

De tal suerte que en los protocolos de familia se encuentran unas importantes herramientas jurídicas para que los empresarios, independiente del tamaño de la empresa, logren que tanto los valores como su patrimonio puedan crecer y perdurar. Esto se alcanza estableciendo reglas previas, claras y precisas sobre cómo proteger la propiedad, la empresa y las relaciones

.....

familiares a través del diálogo, los acuerdos y la escucha, pero con la firmeza, determinación y con los efectos de un contrato (y acuerdo de accionistas) que pueda ser ejecutado y aplicado de forma contundente, porque se puede tener la mejor intención y haberse definido muchos criterios, pero sin un protocolo de familia, se está a mitad de camino.

Los protocolos de familia no son acuerdos para aparentar o para estar en la “última tendencia” de gestión del patrimonio familiar. Tampoco son solo una manera de entregar la herencia o un catálogo de buenas intenciones. No es una simple reforma a los estatutos de una sociedad ni la expresión única y autoritaria de los fundadores de las empresas familiares. Entender así los protocolos es un mal comienzo.

Los protocolos de familia son acuerdos que establecen reglas para el funcionamiento de la familia, la propiedad y la empresa. Pretenden fomentar el mejor ambiente e interacción entre todos ellos y definir reglas que eviten conflictos futuros o que ayuden a resolverlos, principalmente, aquellos por dinero o poder. La intervención de la familia es, en su totalidad, determinante si se piensa en el mediano y largo plazo.

En tal sentido, dentro de los objetivos de los protocolos de familia está generar espacios de comunicación y confianza, promoviendo el respeto a la opinión de todos, fomentando el trabajo en equipo y fijando reglas de obligatorio cumplimiento para toda la familia. Supone la transmisión del poder ejecutivo, de la propiedad, pero también de conocimientos, principios y valores. Por eso, precisamente, cada protocolo de familia se acomoda a cada realidad.

Ahora bien, para tener un protocolo de familia no es necesario ni un requisito tener una sociedad. Sin embargo, sí es altamente recomendable tanto por la ejecutabilidad del protocolo como por la facilidad de estructuración del mismo, que sea llevado a cabo a

.....

través de una S. A. S., que es el vehículo idóneo y pertinente para lograr los objetivos.

Inclusive, si se tenía un protocolo de familia instrumentalizado por medio de cualquier otro tipo societario o si simplemente no se está ejecutando a través de una S. A. S., es necesario y fundamental actualizarlo, acomodarlo y ajustarlo para que su ejecutabilidad y sus efectos cumplan los objetivos a través de este tipo societario creado con la Ley 1258 de 2008.

3.2. Contenido mínimo de un protocolo de familia

Pese a que cada protocolo de familia tiene sus particularidades, en este capítulo se propone un contenido mínimo de asuntos que deben discutirse y, preferiblemente, definirse para que se cumplan los objetivos de dicho acuerdo.

Hay cuatro asuntos fundamentales que deben definirse y que a continuación se presentan: (i) el plan estratégico familiar; (ii) la profesionalización de la empresa; (iii) la sucesión o el relevo patrimonial y/o ejecutiva; y (iv) el control que ejercerán sobre todo lo anterior los fundadores. Esto, sin perjuicio, de otros aspectos fundamentales.

3.2.1. Plan estratégico de la familia.

El plan estratégico es la forma de conectar el pasado familiar con el presente y el futuro de la familia y la empresa familiar. Por tal motivo, el contenido mínimo sugerido es:

(i) Definición de los valores y la visión de la familia y de la empresa familiar. Aquí se cimienta el legado y el mensaje que los fundadores quieren transmitir. Estos valores sirven como fuentes primordiales de interpretación del protocolo de familia cuando existan dudas. Por ejemplo, un valor puede ser la “austeridad” y ello puede llegar, inclusive, hasta a fijar políticas de dividendos o limitaciones en los carros

.....

que se adquirieran con el fin, también, de mantener un perfil social bajo.

(ii) Historia familiar e historia de los fundadores. El contexto familiar y de los fundadores sirve como inspiración para el camino marcado con la visión.

(iii) Dirección de las empresas y seguimiento a la ejecución del protocolo. Desde el protocolo debe estar marcada la estructura corporativa de la empresa familiar o la forma y los órganos con los que va a dirigirse.

Independiente de la estructura de grupo empresarial o de la existencia de una sola sociedad, tanto la dirección como el seguimiento a la ejecución del protocolo por parte de la dirección son asuntos que deben estar claramente definidos en este.

(iv) Compromisos sobre la propiedad. Esto implica fijar o no reglas sobre capitulaciones, disoluciones y liquidaciones de sociedades conyugales; sobre la prohibición de acciones, sobre el derecho de preferencia en la venta de acciones o, inclusive, prohibir entregar en garantía las acciones de la sociedad.

Aquí también deben establecerse reglas sobre drag along o tag along que, en términos sencillos, son los derechos que tienen los accionistas frente a la venta de las acciones. El drag along, por ejemplo, supone el derecho de los minoritarios a vender sus acciones cuando algún accionista mayoritario decida vender su participación.

Por su parte, el tag along supone el derecho de los accionistas de vender sus acciones cuando los compradores deseen adquirir la totalidad y no solo una parte de estas. Este derecho, considero, es importante en las

empresas familiares si se tiene presente que, de haber una venta, nadie querrá comprar una parte únicamente. Las condiciones para aplicar esta cláusula deberán ser negociadas entre la familia.

(v) Reglas de gobierno corporativo. Sobre esto hay mucho para decir. Sin embargo, limitado a los asuntos propiamente jurídicos y ligados a las sociedades comerciales, es determinante fijar cuándo un representante legal o una junta directiva requieren autorizaciones, de quién y por cuáles montos.

(vi) Gestión del riesgo y del negocio e internacionalización de la empresa. No hay duda de que cada empresa familiar tiene sus particularidades, pero formularse la pregunta sobre la internacionalización de la empresa dentro de la estructuración del acuerdo, y responderla, es fundamental para el protocolo.

Por ejemplo, gestionar el riesgo en empresas del sector agro implica cuidar la reputación, vigilar atentamente la adquisición de tierras y verificar el impacto ambiental. En el sector de salud es importante fijar las políticas laborales y el relacionamiento con el sector público, entre otros.

(vii) Funcionamiento de los órganos que intervienen en el protocolo. Este es un elemento fundamental sobre el cual se quiere hacer una distinción: un asunto son la asamblea de familia y la asamblea de accionistas, y otra el consejo de familia y la junta directiva.

Las primeras refieren a órganos del protocolo de familia, y las segundas, a las sociedades. Por ejemplo, la asamblea de familia funge como órgano de información para toda la familia, no toma decisiones (en principio) y busca la unión y la armonía familiar; mientras que la asamblea de accionistas decide y ejecuta sus funciones pensando estrictamente en



.....

los intereses de la sociedad (ver artículo 43 de la Ley 1258 de 2008).

Por otro lado, mientras el consejo de familia trata asuntos que involucran tanto a la familia como a la empresa y la propiedad y está concebido como el máximo órgano decisorio del protocolo de familia, la junta directiva atiende las necesidades estrictas de la sociedad, sus miembros deben ser profesionales y estar calificados y, además, no es el máximo órgano societario.

Hay empresas de familia que son conglomerados económicos donde cada sociedad tiene su propia junta directiva, con los directores y personas capacitados y con la disponibilidad que se requiere para dicha labor de acuerdo con en el sector económico en el que esté la sociedad. Pero el consejo de familia tendrá injerencia sobre todas las sociedades sin importar si están en distintos sectores económicos. De allí la importancia de dejar claridad del funcionamiento de los órganos del protocolo.

(viii) Sistemas de liquidez, políticas de gastos, políticas de dividendos y reinversión.

(ix) Establecimientos de comités dependiendo del negocio (comité de servicio, comité de manejo de marca, comité de contratación, comité laboral, etc.). Esto dependerá mucho del sector económico de las empresas familiares.

(x) Protección de las marcas como parte fundamental del patrimonio.

(xi) Establecimiento de fondos para la familia. Resulta habitual en los protocolos de familia que se establezcan fondos para objetivos concretos. Ejemplos comunes son los fondos de vivienda, educación, manutención, salud,

.....

pensiones, liquidez y filantropía. Estos deben apuntar tanto a las necesidades de la familia como a la visión y valores de los fundadores.

3.2.2. Profesionalización de la empresa familiar.

La profesionalización de la empresa familiar busca su crecimiento sostenido, despersonalizando tanto la gestión como la toma de decisiones, y fijando criterios objetivos, y previos sobre determinados asuntos propios de esta.

En tal sentido, dentro de un protocolo de familia es conveniente que se evalúen, como mínimo, los siguientes aspectos:

(i) Gestión del conocimiento. Esto es, en términos generales, organizar el know how y capturar las experiencias de familiares y empleados en el desarrollo de la actividad de la empresa y así marcar un camino de perdurabilidad.

Resulta habitual que en las organizaciones haya una persona que es determinante en las labores que desempeñan los fundadores y que puede conocer la empresa mejor que otros miembros de la familia. Cuando esta persona falta por renuncia, muerte o cualquier otra circunstancia, se pierde toda su experiencia

(ii) Organización de las funciones de la junta directiva y demás órganos. En el plan estratégico de la familia se marca el objetivo a largo plazo, y en la profesionalización se marca el camino bajo el cual los órganos de las empresas familiares (distintos a los del protocolo de familia) ejecutarán sus obligaciones y facultades.

(iii) Política de remuneraciones, funciones y retiros. Esto es fundamental como se vio en la teoría de los tres círculos expuesta en el aparte 1.1. de este artículo. Los empleados que

.....

no son miembros de la familia ni accionistas querrán que existan reglas objetivas de remuneración y crecimiento. Fijar de forma previa estas políticas ayuda a la profesionalización y a la siembra de talentos dentro de las empresas.

(iv) Políticas para que familiares puedan ser empleados de las empresas. Depende de cada familia, pero es habitual que para que un miembro de la familia pueda ser trabajador de la empresa se le exija una carrera profesional afín con la actividad, bilingüismo y haber trabajado fuera de la compañía, entre otros.

(v) Políticas para ingreso de nuevos empleados que son parte de la familia política. En el numeral 2.3.3. de este artículo se hicieron algunos comentarios sobre las relaciones de la familia política con los fundadores. Pese a que cada familia tiene sus particularidades, en cualquier escenario siempre será determinante que se formulen políticas para el ingreso de estos miembros.

Un comentario importante: las reglas deben fijarse de forma general y abstracta, y no pensando en alguien en particular. Fijar reglas que apunten a contener a una persona en particular quiebra la relación que hay entre familia/empresa.

(vi) Formación y mentorías. La profesionalización de la empresa supone capacitación tanto para los miembros de la familia que trabajan en la compañía como para los familiares que quieran trabajar en ella. Es determinante que se fijen políticas sobre estos asuntos.

(vii) Políticas laborales para los accionistas actuales, sus familiares y para empleados no familiares.

(viii) Plan anual de negocios. Esta herramienta de gestión debe ser trazada con base en lo dispuesto en el protocolo de

.....

familia.

3.2.3. Sucesión patrimonial y sucesión ejecutiva.

Una sucesión patrimonial es entendida como la entrega de la propiedad y puede hacer parte de un protocolo de familia, pero puede hacerse, también, de forma separada. La sucesión patrimonial busca descargar a los fundadores, garantizar su sostenibilidad y nivel de vida, y dejar en los herederos la propiedad. Una sucesión patrimonial no implica definir tantos criterios como en un protocolo de familia, pero, como se mencionó, dentro del protocolo es determinante que se marque un camino para la entrega en vida o como causa de muerte, de la propiedad.

Existe un asunto importante frente a esto y es que la regla en los protocolos de familia es que haya acuerdos y no imposiciones. Sin embargo, en la sucesión patrimonial prima e importa la voluntad de los fundadores.

Con la sucesión patrimonial también se busca optimizar la sucesión en términos tributarios. Para eso, es fundamental el uso de vehículos societarios como la S. A. S. (pactos estatutarios) y los acuerdos de accionistas (pactos extraestatutarios).

Frente a la sucesión ejecutiva, entendida como el camino que se traza para la entrega de la dirección de las empresas familiares, es fundamental seguir el camino propio de la profesionalización de la empresa. Aquí es importante la intervención del consejo de familia que debe decidir si las empresas familiares serán gerenciadas por un miembro de la familia o un externo.

Deben dejarse lineamientos claros y objetivos para decidir quién dirigirá las empresas. En este aspecto, distinto a la sucesión patrimonial, sí se debe procurar un acuerdo y no

.....

atender a una sola voluntad.

3.2.4. Mecanismos de protección.

En los protocolos de familia hay que tener presente un asunto y es que los fundadores están cediendo poder si se asume que, inicialmente, ellos eran quienes decidían y actuaban sin necesidad de intervención de terceros. Pero ceder poder no quiere decir que pierdan control, y ese es un aspecto que debe definirse en el protocolo de familia.

Es común establecerse un “protector” que debe hacer cumplir las estipulaciones previstas en el protocolo y tomar decisiones que puedan afectar el patrimonio en general. Inclusive, el protector puede fungir como la última palabra (amigable componedor) cuando se trate de dirimir conflictos, o que, en caso de paridad en votaciones o decisiones, sea quien decida o desempate. Los fundadores son quienes definen hasta qué punto les interesa mantener el control.

Una facultad habitual es dejar en el protector el poder de modificar los beneficiarios del protocolo (nietos, sobrinos, inclusive, hijos). También suelen tener facultades especiales para la fijación de sanciones (multas y exclusión, entre otras). En este aspecto, es fundamental que se indague en el protocolo de familia cuál se espera que sea el rol de los fundadores; hasta cuándo estarán estrechamente ligados a las empresas familiares, y hasta cuándo se espera que tenga su responsabilidad como hilo conductor de las relaciones familiares, la propiedad y las empresas familiares.

4. Conclusiones

Los protocolos de familia son la respuesta para las familias empresarias y las empresas familiares. Allí el derecho juega un papel fundamental, como pretendió mostrarse en este artículo.

Entender las herramientas básicas de gestión del patrimonio familiar, sumado a los elementos adicionales que plantean y pueden (y deben) estructurarse en los protocolos de familia, marcan el camino para la perdurabilidad de las empresas familiares, la propiedad y la familia.

El contexto familiar, el protocolo es el código en las empresas familiares (Fleming, 2000). Resulta sumamente necesario el liderazgo de los fundadores, pero también es determinante la participación de los hijos. Los protocolos de familia abren espacios de diálogo que delimitan la interacción de los tres círculos (propiedad, empresa y familia), e, inclusive, abren espacio para evaluar el impacto en los demás grupos de interés (stakeholders). Jamás habrá dos protocolos de familia iguales.

Del diálogo y el acompasamiento de las visiones y objetivos han surgido las grandes victorias como sociedad y, sin duda, allí está el éxito del protocolo de familia tanto en su configuración como en su ejecución. Este no busca que los hijos sean como los padres, quiere que los hijos sean ellos mismos, preservando los valores y principios familiares.

Ahora bien, históricamente existió la creencia de que los protocolos de familia eran “saludos a la bandera” por la poca posibilidad de ejecutarlos y hacerlos valer. En tal sentido, las S. A. S. son herramientas determinantes que por su libertad de su configuración permiten ajustarlos a la medida, que se refuerzan, por demás, con el protocolo como acuerdo de accionistas.

La familia es el eje central de la sociedad. La empresa familiar, el eje de la economía.

REFERENCIAS

- ▶ Código Civil de Colombia. Ley 84 del 26 de mayo de 1873. DO n.º 2.867 del 31 de mayo 1873.
- ▶ Davis, Peter (1983). Realizing the potential of family business. *Organizational Dynamics*, 12(1), 2-80. [https://doi.org/10.1016/0090-2616\(83\)90026-8](https://doi.org/10.1016/0090-2616(83)90026-8)
- ▶ Decreto 410 del 16 de junio de 1971 de la Presidencia de la República. Por el cual se expide el Código de Comercio. DO n.º 33.339.
- ▶ Fleming, Quentin J. (2000). *Keep the Family Baggage Out of the Family Business*. Fireside.
- ▶ Ley 1258 de 2008. Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada. Diciembre 5 de 2008. DO n.º 47.194.
- ▶ Superintendencia de Sociedades (2009). *Concepto 220-093685* de octubre 23 de 2012.

ADMINISTRADORES EN EMPRESAS FAMILIARES

Andrés Gaitán Rozo¹

Resumen

El rol de los administradores en el ámbito de las empresas familiares resulta muy relevante para la adecuada implementación de los diferentes aspectos del gobierno corporativo. En este artículo se identifican y analizan problemas fundamentales relacionados con quienes tienen esa condición de acuerdo con la norma, el administrador de hecho, la confusión de roles, los deberes establecidos en la ley, las prohibiciones especiales, los protocolos de familia y algunos aspectos laborales.

1. Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana con especialización en Derecho Comercial. Magíster en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Experto en gobierno corporativo de empresas familiares. Realizó estudios de Filosofía y Psicología en el SMB. Diplomado en Gestión Legal y Administrativa del Talento Humano. Profesor de Gerencia de Empresas de Familia, Grupos Empresariales y Derecho de Sociedades en programas de maestría, especialización y pregrado en las universidades del Rosario, Sergio Arboleda y de la Sabana. Autor del libro Grupos empresariales y control de sociedades en Colombia. Coautor de los libros Sociedades de familia en Colombia, Empresas colombianas perdurables – Casos de éxito, Causas de la liquidación obligatoria de sociedades - Estrategias para prevenir la crisis, Empresas colombianas: actualidad y perspectivas, Empresas de familia: estrategias de éxito y permanencia. Cómo acrecentar y cuidar el patrimonio, Levantamiento del velo corporativo y Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada. En el Cuarto Congreso de Derecho Comercial, organizado por la Cámara de Comercio de Bogotá, obtuvo mención de honor por la ponencia presentada sobre estrategias para superar las crisis empresariales. En la Superintendencia de Sociedades se ha desempeñado como asesor del Superintendente y coordinador de los grupos de Control, Buen Gobierno y Conglomerados. agaitanrozo@yahoo.es

1. Introducción

Las sociedades familiares constituyen el tipo predominante de organización empresarial en el mundo. El buen gobierno de esta clase de empresas implica retos importantes para lograr el equilibrio dinámico entre empresa, familia y propiedad. La regulación sobre los administradores, en sentido amplio, es una de las partes fundamentales del gobierno corporativo.

Una primera pregunta que debe resolverse es quiénes tienen la condición de administradores de acuerdo con la ley y la jurisprudencia en Colombia. El concepto no solo incluye a los gerentes y a los miembros de juntas directivas, sino también a los llamados administradores de hecho. En este punto ya existe jurisprudencia que fija criterios para identificar a esta clase de personas.

En la práctica es común que los miembros de la familia sean a la vez socios y asuman funciones administrativas. Esta situación puede implicar riesgos por la confusión de roles. ¿Qué derechos tienen los administradores? ¿En qué se diferencian sus funciones frente a las de los socios? ¿Qué límites existen frente a sus requerimientos?

En los últimos años, es notable la evolución jurisprudencial con respecto a los deberes de los administradores. En particular, la Superintendencia de Sociedades ha adoptado decisiones frente a administradores de empresas familiares por el manejo inadecuado de los conflictos de intereses. Conviene una revisión sobre estos casos para identificar las principales hipótesis en que se configuran y cómo manejarlos.

El Código de Comercio consagra algunas prohibiciones especiales que tienen relación con las empresas familiares. Es del caso

.....

estudiarlas y contrastar esta regulación con lo dispuesto para la sociedad por acciones simplificada (S. A. S.).

Una de las principales estrategias para la implementación de una buena estructura de gobierno corporativo es la profesionalización de las juntas directivas. Este tema reviste varias particularidades cuando se trata de aplicarlo a las empresas familiares.

Finalmente, se hará una aproximación a los protocolos de familia como instrumentos para regular aspectos claves frente a la gestión de los administradores en la empresa familiar. También se presentarán algunas recomendaciones para evitar problemas en la vinculación laboral de estas personas.

2. ¿Quiénes tienen la calidad de administradores?

El artículo 22 de la Ley 222 de 1995 establece que son administradores:

- ▶ El representante legal.
- ▶ Los miembros de juntas o consejos directivos.
- ▶ El liquidador.
- ▶ El factor².
- ▶ Quienes, de acuerdo con los estatutos, ejerzan o detenten esas funciones.

Resulta importante señalar que los miembros de juntas directivas tienen la condición de administradores y no son simples asesores de las empresas. En consecuencia, se les aplica plenamente el régimen de deberes y responsabilidades que se analizará más adelante.

En el ámbito específico de las empresas familiares tiene especial importancia lo consagrado en el párrafo del artículo 27 de la Ley 1258 de 2008, la cual introdujo en el ordenamiento jurídico

2. Según el artículo 1332 del Código de Comercio, el factor es el mandatario en el contrato de preposición. Este consiste en un mandato que tienen por objeto la administración de un establecimiento de comercio o de una parte o ramo de la actividad del mismo.

colombiano la S. A. S.:

PARÁGRAFO. Las personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades³ y sanciones aplicables a los administradores.

Esta disposición permite reconocer como administradores a personas que, aunque no hayan sido formalmente designadas como tales, de facto ejerzan las funciones propias de estos cargos. Es habitual que en el universo de las sociedades de familia los accionistas mayoritarios ocupen cargos en la administración de forma directa o que, a lo menos, se inmiscuyan determinadamente en la gestión social. Así, es posible que el accionista controlante, aunque no ostente formalmente el rol de administrador por haber designado a otra u otras personas para que ejerzan como representantes legales o miembros de junta directiva, sí ejerza de forma directa, pero informal, la gestión de los asuntos sociales más allá de sus atribuciones legítimas dentro de la sociedad.

La Superintendencia de Sociedades, en el caso de Sebastián Martínez Flórez contra María Carolina Martínez Flórez, señaló que:

Aunque podría pensarse que los mayoritarios cuentan con importantes incentivos para fiscalizar de cerca la actividad de los gestores y asegurar que obren con prudencia y lealtad, su posición de control dentro de la compañía puede hacerlos propensos al oportunismo. Podrían entonces, en vez de procurar los mejores intereses sociales, influir en los administradores para asegurar la obtención ilegítima de

3. De acuerdo con el artículo 200 del Código de Comercio, los administradores responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros. No estarán sujetos a dicha responsabilidad quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten.



.....

beneficios privados del control y expropiar al minoritario, por ejemplo. Cuando una situación de esta o similar naturaleza ocurra, y de sus actuaciones u omisiones resulten perjuicios a la compañía, a los demás asociados o a terceros, las reglas sobre administradores cobrarán utilidad para dirimir los conflictos entre el gestor y los afectados, en cuanto a la dirección de la sociedad.

También es posible que personas que no detenten alguna porción en el capital de la compañía en la práctica ejerzan el control de los asuntos administrativos. Su intromisión puede estar orientada por un interés legítimo o es posible que se desvíe y genere perjuicios a la compañía, a los socios o a terceros.

En otros países es relevante el reconocimiento como administradores no solo a los que formalmente figuran como tales, sino también a los que en la práctica ejercen esa actividad positiva de gestión. Por ejemplo, en Inglaterra existen tres categorías básicas de administrador: (i) los *jure directors*, quienes han sido propiamente designados; (ii) los *facto directors*, que ejercen como administradores aunque no fueron nombrados; (iii) los *shadow directors*, quienes ejercen indirectamente el control sobre la compañía al emitir instrucciones a los *jure directors*.

La jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades incluye varios criterios de valoración judicial para identificar a los administradores de hecho: (i) dirigir las actuaciones de los demás administradores; (ii) obligar a la compañía a asumir obligaciones cuantiosas; (iii) ser reconocido explícitamente por la sociedad como administrador; (iv) presentarse ante terceros como director y (v) adoptar decisiones trascendentales para el funcionamiento de la compañía.

En el caso referido, la demandada reconoció que desde el fallecimiento de su padre (quien era accionista único y representante legal [la suplente también falleció]) ha estado

.....

al frente de la gestión de los negocios de la compañía. Luego de analizar varias declaraciones y pruebas documentales, la Superintendencia concluyó que la señora Martínez Flórez ha realizado, de facto, actuaciones positivas de gestión propias de un administrador social.

3. Confusión de roles

Barrios (2015) estudia la superposición de roles como administradores, propietarios y familiares en las empresas familiares argentinas y concluye que no existe una separación de temas familiares y empresariales.

En el libro *Sociedades de familia en Colombia* se menciona que uno de los problemas típicos de esta clase de organizaciones es que, con frecuencia, no separan las relaciones familiares de la realidad empresarial (Gaitán y Castro, 2001). Es común que en una misma persona concurren diferentes roles, por ejemplo, el fundador a la vez es accionista, miembro de junta directiva, gerente, esposo, padre y abuelo. El riesgo es que no logre diferenciar cada uno y se mezclen indebidamente sus funciones. Uno de los aspectos relevantes en un proceso de elaboración de un protocolo de familia es la evidente separación de roles. En la práctica es usual que no se tenga claridad sobre las funciones, derechos, deberes y límites dentro de cada uno. Esta confusión puede generar muchos conflictos y graves dificultades en la gestión empresarial y en la dinámica de la familia.

Para el buen gobierno corporativo es esencial diferenciar las atribuciones del máximo órgano social (asamblea de accionistas o junta de socios), de la junta directiva y de los gerentes. En cuanto al rol de los miembros de junta directiva, se observa en la práctica que algunos creen que su calidad de administradores les permite actuar directa y habitualmente en las empresas. Así, por ejemplo, algunos integrantes de juntas directivas creen que tienen la facultad de acudir personalmente a la empresa a

solicitar información y a impartir instrucciones a los empleados en las mismas condiciones que el gerente. Al respecto, la Superintendencia de Sociedades ha señalado con claridad que la junta directiva es un órgano colectivo y que la actuación de sus miembros debe darse dentro de ese contexto y no de forma aislada:

Para los efectos del ejercicio de las funciones que legal y estatutariamente le corresponde a la junta directiva, sus miembros habrán de ceñirse a lo dispuesto en los estatutos sociales, así como a los deberes, obligaciones y régimen de responsabilidad de que trata los artículos 23 y 24 del Código de Comercio, lo cual no implica que so pretexto del derecho de información, y amparados en la calidad de administradores que les otorga la ley, estén facultados de manera individual para requerir a su arbitrio y sin limitación alguna los documentos que su parecer indique, porque ello supondría, a más de una extralimitación de funciones, el desconocimiento a la ley de las mayorías y de la norma general de adopción de las decisiones de los órganos de composición colectiva, característica fundamental de la legislación societaria colombiana. (Superintendencia de Sociedades, 2011, oficio 220-046912).

Carver y Oliver (2005) señalan que:

Sólo el consejo hablando como una sola voz da instrucciones a la dirección. La dirección no debe hacer caso de ningún consejero, pero debe acatar las decisiones de grupo del consejo como si fueran ley. Lo que cualquier consejero tiene que decir a título individual sobre una determinada cuestión tiene interés para los demás consejeros, pero no necesariamente para la dirección de la empresa. La dirección

.....

no se ve confrontada con una lista de los deseos individuales de los consejeros, sino sólo con la voluntad del grupo. (p. 55).

La elaboración de un protocolo de familia es una excelente oportunidad para definir con claridad las funciones de cada órgano de gobierno y evitar confusiones, según detalla Hemelberg (2020). También es clave precisar en él las funciones de cada uno de los miembros de la familia que trabajan en la empresa. Es posible que varios ejerzan como administradores y que no estén definidas las atribuciones y los límites de cada uno.

4. Deberes de los administradores

Según el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, “los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de los asociados”.

4.1. Obrar de buena fe

En primer lugar, la norma se ocupa de la buena fe como requisito esencial en la gestión de los administradores. Cuando, por el contrario, se evidencia la mala fe, en ciertas ocasiones frente a la actuación dolosa de los administradores, que también pueden ser socios, se pueden aplicar medidas estrictas como, por ejemplo, lo indicado en el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008 según el cual:

Cuando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados.

.....

También, el artículo 24, numeral 5 del Código General del Proceso faculta a la Superintendencia de Sociedades para conocer las acciones de desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades sometidas a su supervisión⁴.

En sentencia del 15 de octubre de 2019, en el proceso 2018-800-00094, la Superintendencia decidió sobre la demanda de tres miembros de una familia contra un exmiembro de la familia política (esposo de una de las hijas). Declaró que esta persona utilizó una S. A. S. para evadir el cumplimiento de las órdenes impartidas por un juzgado civil dentro de un proceso ejecutivo, así como por un juzgado de familia en el proceso de cesación de efectos civiles del matrimonio. Esta decisión se adoptó con fundamento en los siguientes hechos:

1. Coincidencia entre el momento de constitución de la S. A. S. y el inicio del proceso ejecutivo.
2. La transferencia de unos derechos fiduciarios del demandado a favor de la S. A. S. fue el resultado de una capitalización aprobada de manera intempestiva.
3. Una parte importante de los recursos que ingresaban a la compañía se destinaban a gastos personales del demandado que, era a la vez, su administrador y accionista.
4. El demandado tuvo acceso a recursos líquidos de la compañía diferentes de los dividendos que le hubieran podido corresponder al final de cada ejercicio social.

El mayor uso de las sociedades de capital con limitación de responsabilidad ha traído un correlativo incremento en el abuso de esta figura. En lugar de proscribir su uso, en el derecho

4. El artículo 24, numeral 5 del Código General del Proceso consagra varias facultades a la Superintendencia de Sociedades, entre ellas:

d) La declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios y la desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades sometidas a su supervisión, cuando se utilice la sociedad en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados. Así mismo, conocerá de la acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven de los actos defraudatorios.

colombiano se optó por desarrollar mecanismos de protección para hacerle frente a quienes se propusieran usarla de manera ilegítima.

En el caso mencionado se evidencia la enorme problemática surgida en una familia que se enfrenta a un divorcio y al incumplimiento de unas obligaciones. La Superintendencia de Sociedades reprochó la conducta de esa persona que, de manera dolosa, se valió de una S. A. S. para excluir bienes de la sociedad conyugal y para bloquear el impacto de un proceso ejecutivo. En este punto es del caso advertir la importancia de establecer reglas claras en los protocolos de familia sobre las relaciones con la familia política y la protección del patrimonio familiar dentro del marco de la ley.

4.2. Con lealtad

Les corresponde a los administradores sociales actuar en el mejor interés de la compañía. La lealtad es el obrar recto y positivo que le permite al administrador realizar cabal y satisfactoriamente el objeto social de la empresa, evitando que en situaciones en las que se presenta un conflicto de intereses se beneficie injustamente a expensas de la empresa o de sus socios, de acuerdo con lo señalado en la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades.

Existe un conflicto de interés si el administrador cuenta con un anhelo que pueda afectar su juicio objetivo en el curso de una operación determinada, así como cuando se presentan circunstancias que configuran un verdadero riesgo de que el discernimiento del administrador se vea comprometido.

La Superintendencia de Sociedades (2018) ha detallado algunos posibles eventos de conflictos de interés:

1. Cuando un pariente del administrador contrata con la sociedad o tiene un interés económico en la operación.
2. Cuando el administrador celebra operaciones con personas naturales o jurídicas con las cuales tenga una

.....

relación de dependencia.

3. Cuando el administrador demanda a la sociedad.
4. Cuando el administrador celebra conciliaciones laborales a su favor.
5. Cuando el administrador gira títulos de la compañía a su favor.
6. Cuando los administradores aprueban la determinación del ajuste del canon de arrendamiento de bodegas de su propiedad.
7. Cuando los miembros de la junta directiva aprueban sus honorarios si dicha facultad no les ha sido expresamente delegada en los estatutos. (Oficio 220-055984)

Los administradores podrían estar incurriendo en conflicto de intereses por interpuesta persona cuando además de los requisitos expuestos previamente, la compañía celebra operaciones con alguna de las siguientes personas:

1. El cónyuge o compañero permanente del administrador, o las personas con similar relación de afectividad.
2. Los ascendientes, descendientes y hermanos del administrador o del cónyuge del mismo.
3. Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del administrador o del cónyuge del mismo.
4. Los asociados del administrador, en compañías que no tengan la calidad de emisores de valores.
5. Personas con las cuales el administrador tenga una relación de dependencia. (Oficio 220-055984)

Como puede apreciarse, en el ámbito de las empresas de familia existen habitualmente muchas circunstancias en las que los administradores pueden estar en conflictos de interés.

Por ejemplo, cuando el padre, como gerente de la compañía, contrata como directora financiera a su esposa. Por supuesto, no es que la ley prohíba este tipo de vinculaciones, sino que exige un procedimiento previo que se analizará más adelante. ¿Por

qué hay conflicto de interés en este caso? Porque, por un lado, el fundador, como gerente, debe actuar en el mejor interés de la compañía, contratar a una persona que objetivamente cumpla con los requisitos para el cargo y a quien se le asigne un salario acorde con las condiciones de la empresa y con sus méritos.

Por otro, porque como esposo desea que su esposa reciba un tratamiento especial, seguramente con una remuneración alta, y que sea preferida frente a otros candidatos que, incluso, puedan acreditar una hoja de vida muy superior. Es claro entonces que se presenta un conflicto de interés que per se no es malo y que puede solucionarse en beneficio tanto de la compañía como de la nueva empleada. Por supuesto, el procedimiento de aprobación del máximo órgano social está condicionado a que dicho acto no sea perjudicial para la compañía.

En los casos en los que hay socios minoritarios ajenos a la familia existe aún más riesgo en la medida en que, por ejemplo, el gerente (miembro de la familia controlante) decida enajenar los activos de otras compañías de propiedad de la misma familia a un precio por debajo del valor real en perjuicio de la empresa en donde participa el minoritario y en beneficio de la otra empresa en donde solo participa la familia controlante.

Como señala Mendoza (2016), los objetivos que deben orientar la regulación estatal sobre conflictos de intereses deben ser: Permitir la celebración de operaciones que le representen un beneficio a la compañía e impedir aquellas motivadas por fines expropiatorios. Es decir que las reglas sobre la materia deben cumplir la función de tamizar los actos y negocios en que se presente un conflicto de interés, en forma tal que sólo puedan llevarse a cabo aquellos que sean provechosos para la sociedad. (p. 4)

En los últimos años, la Superintendencia de Sociedades se ha ocupado, en reiteradas oportunidades, de los conflictos de



intereses, en la mayoría de los casos, respecto de sociedades familiares. Especialmente, la Delegatura de Procedimientos Mercantiles ha desarrollado con profundidad este tema y ha adoptado decisiones de gran relevancia en el derecho societario.

A partir del caso de María del Pilar Luque contra Luque Torres Ltda., fallado en septiembre de 2014, la entidad ha venido precisando los principales supuestos de hecho que pueden dar lugar a un conflicto de interés.

En el caso de Loyalty Marketing Services S.A.S. contra Natalia Ávila, en el cual se reprochó la conducta de una representante legal que había tomado en préstamo cuantiosos de los recursos sociales, la Superintendencia de Sociedades (2014) precisó que: Los administradores sociales no pueden celebrar contratos de mutuo con la compañía en la que ejercen sus funciones, a menos que cuenten con una autorización válidamente impartida por el máximo órgano social. En el presente caso, una simple revisión de las actas de la asamblea general de accionistas de Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S. permite establecer que la señora Ávila Barrios no obtuvo la anuencia de los asociados para recibir los préstamos en cuestión. Se trata, pues, de otra evidente infracción a lo previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Ciertamente, a pesar de que la celebración de los negocios jurídicos antes referidos le representaba un conflicto de interés a la señora Ávila Barrios, no se siguió el procedimiento requerido en la ley para el efecto. (Superintendencia de Sociedades, 2014, Sentencia 800-29).

En otro caso, la misma entidad, en ejercicio de atribuciones jurisdiccionales, señaló:

Si existe un cercano vínculo de parentesco, como cuando los padres del administrador contratan con la sociedad, habrá fuertes indicios acerca de la presencia de un conflicto. En este caso, el conflicto se concretaría no sólo en los fuertes lazos afectivos que pueden existir entre padres e hijos, sino



.....

también en el interés económico derivado de la vocación sucesoral del administrador [...] es claro para el Despacho que la relación de parentesco entre el señor Verswyvel Villamizar y el director Verswyvel Figueroa es de suficiente entidad como para comprometer el ejercicio objetivo del juicio de negocios del referido administrador. Ello se debe a que el director Verswyvel Figueroa, por virtud de su vocación sucesoral, tiene un interés en salvaguardar el patrimonio del señor Verswyvel Villamizar. (Superintendencia de Sociedades, 2015, Sentencia 800-102)

Es importante tener en cuenta que la Superintendencia de Sociedades (2015) ha enfatizado que el interés económico que da lugar a un conflicto puede provenir de prerrogativas de diversa índole y no solamente de los derechos derivados de participaciones accionarias.

En Vector Construcciones y Soluciones S. A. S. contra Edward Alberto Rico, la delegatura revisó las actuaciones de un administrador que había representado a la sociedad demandante en la celebración de contratos con una compañía en la que su esposa fungía como representante legal. En criterio de la entidad, las operaciones celebradas entre Vector Construcciones y Soluciones S. A. S. e Ingenieros Técnicos de Colombia S. A. S. podrían haberle representado un conflicto de interés al señor Rico [...]. Ello se debe a que el vínculo matrimonial que aparentemente existe entre el señor Rico [...] y la [representante legal de Ingenieros Técnicos de Colombia S.A.S.] podría haber comprometido el juicio objetivo del demandado en el curso de las operaciones a que se ha hecho referencia. (Mendoza, 2016, p. 14)

Como bien señala Mendoza (2016), las reglas colombianas sobre conflictos de interés no contienen excepciones relativas a las sociedades de familia. Sobre el particular, la Superintendencia de Sociedades precisó:

.....

El conflicto de interés analizado en esta sentencia tampoco desaparece por el hecho de que las acciones en que se divide el capital suscrito de El Puente S.A. se encuentren en manos de personas ligadas por vínculos de parentesco. Ciertamente, el régimen societario colombiano no contiene excepciones relativas a la celebración de operaciones viciadas por conflictos de interés en sociedades cerradas o de familia. En este orden de ideas, podría pensarse que las características propias de una sociedad de familia justifican admitir alguna excepción al régimen general de conflictos de interés. Tal excepción estaría fundada en la idea de que, en esta clase de compañías, es usual que los accionistas y administradores contraten frecuentemente con la sociedad. Sin embargo, no debe perderse de vista la posibilidad de que con una excepción de la naturaleza indicada se pueda perjudicar a los asociados que, como en el presente caso, estén excluidos de la administración de los negocios sociales. Por este motivo, siempre que se presente un conflicto de interés para los administradores de sociedades como El Puente S.A., será necesario acudir ante el máximo órgano a fin de solicitar la autorización a que se refiere el artículo 23 de la Ley 222 de 1995. (Mendoza, 2016, p. 19)

El artículo 23, numeral 7 de la Ley 222 de 1995 establece que los administradores deben:

Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de

.....

accionistas.

¿Qué procedimiento debe seguirse en estos casos? El administrador debe suministrar al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante para la toma de decisiones.

De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio. En todo caso, la autorización de la junta de socios o asamblea de accionistas solo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad. En este punto conviene aclarar que es el máximo órgano social el encargado de impartir la autorización correspondiente y que no es viable delegar esta función en la junta directiva.

4.3. Con la diligencia de un buen hombre de negocios

Gil (2015), al analizar este parámetro que impuso el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 para los administradores, señala que:

El comportamiento profesional equivalente al de un buen hombre de negocios, se justifica en la medida en que los administradores gozan de amplias facultades en el ejercicio de sus funciones, tienen acceso a información privilegiada, y administran y disponen de un patrimonio ajeno. La ley presume que los administradores están capacitados para obrar diligentemente dentro del ámbito mercantil, sin que sean comerciantes y que por lo tanto, obrarán tan precavida y razonablemente como lo haría un especialista en ese mismo campo y conforme a las mismas circunstancias. (p. 58)

Ahora bien, el buen hombre de negocios debe asumir muchos más riesgos que los asumidos normalmente por un buen padre de familia. El administrador de una empresa debe tener un amplio margen de maniobra para desarrollarse en el mundo

.....

de los negocios en el que el “riesgo” es, por lo general, algo inherente. Lo fundamental es que lo haga debidamente informado, de buena fe y con el adecuado manejo de los conflictos de intereses que se puedan presentar.

4.4. Otros deberes de los administradores

El artículo 23 de la Ley 222 de 1995 también relaciona los siguientes deberes⁵:

- ▶ Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social.
- ▶ Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.
- ▶ Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal.
- ▶ Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad.
- ▶ Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada.
- ▶ Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos.

5. Prohibiciones especiales

En el Código de Comercio existen algunas prohibiciones especiales para los administradores de las sociedades allí reguladas que no se aplican a las S. A. S.

5.1. Formar mayorías con personas ligadas por parentesco

5. La Superintendencia de Sociedades tiene la facultad de imponer sanciones o multas, sucesivas o no, hasta de 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes (smmlv) cualquiera que sea el caso, a quienes incumplan sus órdenes, la ley o los estatutos según el artículo 86, numeral 3 de la Ley 222 de 1995.

.....

El artículo 435 del Código de Comercio establece, para las sociedades reguladas en dicho estatuto, que no podrá haber en las juntas directivas una mayoría cualquiera formada con personas ligadas entre sí por matrimonio o por parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o primero civil, excepto en las sociedades reconocidas como de familia. Carecerán de toda eficacia las decisiones adoptadas por la junta con el voto de una mayoría que contravenga lo dispuesto en dicha disposición.

La excepción establecida para la aplicación de esta norma a las sociedades de familia ha llevado a que la Superintendencia de Sociedades, por vía de doctrina, haya precisado el alcance de este concepto. Durante muchos años esta entidad sostuvo una definición restringida señalando los siguientes requisitos, acudiendo a la aplicación analógica del Decreto 187 de 1975: a) la existencia de un control económico, financiero o administrativo; b) que dicho control sea ejercido por personas ligadas entre sí por matrimonio o por parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o único civil.

Por medio del oficio n.º 220-000479 del 6 de enero de 2016, dicha entidad modificó su doctrina y acogió la propuesta de definición señalada en el libro Sociedades de familia en Colombia:

Esta definición de sociedad de familia, que de acuerdo al ordenamiento jurídico actual es la aplicable para efectos del artículo 435 del Estatuto Mercantil, resulta inadecuada a la hora de realizar un estudio sobre la realidad de este tipo de organizaciones. En efecto, las sociedades de familia, independientemente del tipo societario (colectivas, en comanditas, limitadas, anónimas) son en la práctica, aquellas controladas por miembros de una misma familia, que bien pueden ser hermanos, primos, sobrinos, tíos, abuelos, nietos, etc. En particular en las sociedades de

.....

segunda y tercera generación es apenas lógico que aparezcan vinculados miembros de la familia que tienen un parentesco más distante que el señalado en la norma comentada, sin que eso desnaturalice la esencia del control que siguen ejerciendo miembros de una familia, cuyas relaciones se proyectan en el campo de la empresa, la familia y la propiedad. (Gaitán y Castro, 2001, p. 19)

Con la doctrina anterior, una sociedad conformada por primos, al llegar a una tercera generación, no sería empresa de familia. Con la ampliación del concepto es claro que en la actualidad lo fundamental es el control por parte de los miembros de una misma familia, independientemente del grado de vinculación.

5.2. Los administradores no pueden representar acciones distintas de las propias

De acuerdo con el artículo 185 del Código de Comercio, salvo los casos de representación legal, los administradores y empleados de la sociedad no podrán representar en las reuniones de la asamblea o junta de socios acciones o cuotas distintas de las propias mientras estén en ejercicio de sus cargos.

La excepción sobre los casos de representación legal hace referencia tanto al cargo de representante legal de la persona jurídica como a los representantes de personas naturales, bien sea en calidad de tutor, curador o en ejercicio de la patria potestad (padres representan a sus hijos menores de edad). Debe tenerse en cuenta que el suplente que no ha actuado como principal no se encuentra inhabilitado.

De acuerdo con la Resolución n.º 8111 del 12 de diciembre de 1980 de la Superintendencia de Sociedades, la expresión “mientras estén en ejercicio de sus cargos” hace referencia al desarrollo real de las actividades propias del cargo discernido, en este caso, el de administrador, por lo que no es suficiente la designación y su

.....

aceptación para que puede hablarse de su ejercicio, pues la ley es muy clara y en parte alguna establece la prohibición para las personas que hayan sido designadas sino para aquellas que estén en ejercicio de sus cargos.

5.3. Aprobación de estados financieros

Los socios que a su vez tengan la calidad de administradores no pueden votar los balances y cuentas de fin de ejercicio, según la prohibición señalada en el artículo 185 del Código de Comercio. Al respecto, la Superintendencia de Sociedades, en el oficio 220-43454 del 12 de agosto de 1997, precisó que:

El quórum y por consiguiente la mayoría decisoria para efecto de la aprobación de este punto del orden del día, se integrará con las cuotas o acciones de quienes tengan la aptitud para votar, esto es descontando previamente aquellas de que sean titulares las personas que están inhabilitadas para ese fin, pues solo de esta manera se concilia la aplicación de las normas que por una parte consagran para los administradores la obligación de preparar y someter a consideración del máximo órgano social el balance y las cuentas de fin de ejercicio y por otra les impiden emitir su voto. [...] Ahora bien cuando quiera que tengan todos esa condición, se entenderá que está dada implícitamente la correspondiente aprobación en la medida en que no haya objeción de parte de ninguno de los socios.

6. Particularidades de las juntas directivas en las empresas de familia

Según un estudio realizado por Ward (1991) en más de 80 empresas familiares de Estados Unidos dirigidas por la tercera o cuarta generación, la existencia de una junta activa ha resultado ser el elemento más importante en su supervivencia.

En el libro Estudio sobre empresas colombianas perdurables – Casos de éxito (Gaitán et al., 2013) se presentan los resultados de una encuesta realizada a 561 empresas del país con una existencia mayor a cincuenta años. Una de las conclusiones indica que el 76 % de las compañías perdurables tiene junta directiva, y que en el 64,3 % de los casos existe desde que las empresas se constituyeron.

La junta directiva, también denominada consejo de administración, es la principal responsable de la definición de las estrategias corporativas, de la determinación de las políticas de negocios y de la fijación y control de la dirección estratégica de la institución. Además, supervisa la gestión de las diferentes áreas de negocios y soporte de la organización. De igual manera, evalúa los resultados de los planes y estrategias previamente aprobados comparándolos con la gestión de años anteriores y del sistema en su entorno.

No obstante, es preciso advertir que el diseño e implementación de una junta directiva en una empresa familiar cerrada es significativamente diferente al de sociedades abiertas o al de organizaciones no familiares.

Algunos consideran que la junta directiva es un órgano de administración que resulta útil solo para empresas de gran tamaño y con muchos años de desarrollo. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la conformación de la junta debe adaptarse a las circunstancias de cada compañía y que no es exclusiva de las grandes. Por el contrario, esa junta puede convertirse en una valiosa herramienta para estimular el crecimiento de la organización y llevarla a convertirse en una de mayor dimensión.

Una empresa familiar en crecimiento enfrenta constantemente decisiones estratégicas complejas que muchas veces la generación al mando, por estar involucrada en el día a día, quizá no “vea” con claridad. Es lo que

.....

llamaríamos la “ceguera local”. Cuando uno se involucra tanto en la operación o cuando el crecimiento del negocio supera la capacidad de gestión que tenemos, es probable que perdamos de vista el objetivo final, que no detectemos oportunidades a nuestro alrededor o que simplemente carezcamos de creatividad y nos estanquemos en lo que siempre hemos hecho. Es en este punto cuando un consejo de administración formal, profesional y activo es más que necesario. (Trevinyo-Rodríguez, 2010, p. 284)

Ahora bien, es necesario estudiar las características específicas de cada empresa para poder diseñar una junta directiva adecuada. Sobre el particular, la Ley 1258 de 2008 que regula la S. A. S. permite que los accionistas, con una amplia libertad, decidan si quieren incorporar este órgano y, en caso afirmativo, también las funciones, conformación y reglas de funcionamiento.

Algunos empresarios se desaniman al observar que con frecuencia no se obtienen resultados inmediatos con su implementación. Es cierto, la profesionalización de este órgano de administración es un proceso lento, pero con un buen diseño, ojalá acordado durante el proceso de elaboración del protocolo de familia, buenos integrantes, objetivos claros, entrenamiento profesional, disciplina, perseverancia y trabajo en equipo es posible consolidarla y apreciar los excelentes resultados.

Me gustaría resaltar que la existencia de esta figura no garantiza la buena marcha de la organización. Hay veces que estos órganos se constituyen con poca fortuna e incluyen consejeros inadecuados o no logran establecer una buena articulación entre los miembros que lo conforman. Hay muchas razones que explican la actuación fallida del consejo, pero esto no tiene que ver con que los consejos de administración sean figuras inoperantes; por el contrario, si están constituidos en forma adecuada, pueden aportar beneficios importantes. (Belausteguigoitia, 2003, p. 158)

Como bien señala Hemelberg (2020), el coaching constituye una herramienta valiosa para impulsar a los miembros de junta directiva a desempeñarse como verdaderos líderes y a trabajar como un equipo de alto desempeño. “La fuerza del consejo radica en su sabiduría colectiva, que sólo se libera cuando el consejo funciona como un ente colectivo” (Charán,1998, p. 17).

Neubauer y Lank (1998) presentan como principales funciones de las juntas directivas en las empresas familiares las siguientes:

- a. Asegurar la sucesión de la alta dirección.
- b. Intervenir en la determinación de estrategias.
- c. Asegurar la disponibilidad de recursos financieros.
- d. Vigilar todas las facetas de la actividad de la empresa (función de control).
- e. Informar a los propietarios y a todos los interesados.

Algunas juntas incurren en prácticas que les restan eficiencia como, por ejemplo, dedicarse la mayor parte del tiempo al análisis de los estados financieros, discutir los temas sin una preparación suficiente, asfixiar a los gerentes con exagerados requerimientos, permitir la vinculación de externos conflictivos que generan divisiones en la familia y enviar informes demasiado extensos o con poco tiempo de anticipación.

Si bien es recomendable la vinculación de miembros externos como una forma de evitar que la junta se concentre en temas familiares y, a la vez, obtenga el aporte de personas que observan los problemas desde afuera, es fundamental esmerarse en la definición de los perfiles para que se ajusten realmente a lo que necesite la empresa, así como en la selección de las personas. Por supuesto, esto también supone establecer un adecuado sistema de remuneración y de evaluación de esos miembros.

Sobre a quién deben lealtad los miembros de la junta directiva, Neubauer y Lank (1998) plantean que:

.....

La familia puede invitar a una persona ajena a entrar en el consejo, en la confianza de que representará sus intereses; es lo que hará en principio, pero la cuestión es algo más compleja. La obligación básica de los administradores consiste en actuar de buena fe en interés de la empresa, obrando con diligencia y competencia. Resulta importante destacar que este deber hacia la empresa es un deber hacia los accionistas tomados colectivamente, tanto los presentes como los futuros, no con los accionistas del momento. Si la familia solicita a un consejero que apruebe medidas que, en opinión del consejo, perjudican gravemente o incluso ponen en peligro a la empresa a largo plazo, esa persona tendría que votar en contra o dimitir (si no es capaz de convencer a la familia de que sus planes son equivocados). En el caso de que las opiniones de los miembros del consejo y de la familia sobre lo que es positivo para la empresa sean irreconciliables opuestas, la familia puede optar por no reelegir a ese consejero y sustituirle por otra persona. (p. 138)

En algunas empresas familiares es posible que la idea de constituir una junta directiva pueda generar resistencia, especialmente, si el fundador concentra la mayoría accionaria y, a la vez, ocupa la gerencia. En esas circunstancias puede resultar útil la conformación de una junta asesora orientada, principalmente, a la planeación estratégica y a generar un espacio para socializar y evaluar los principales proyectos, de tal manera que la estrategia no solo esté “en la cabeza del fundador”, sino que se comparta con un equipo que puede irse formando para luego evolucionar hacia una verdadera junta directiva.

7. Protocolo de familia y administradores

Como señaló el Superintendente de Sociedades:

En Colombia, el Código de Comercio establece las normas duras («Hard Law») que las sociedades deben cumplir para

.....

el funcionamiento de los órganos de gobierno, la conducta de los administradores, la revisoría fiscal, el tratamiento a los asociados y acreedores, las revelaciones y transparencia, entre otras, todas necesarias para el buen gobierno del ente social. Adicionalmente, existen normas blandas («Soft Law») a nivel nacional e internacional que se recomiendan sean adoptadas por las sociedades. En síntesis, el buen Gobierno Corporativo no es más que cumplir con esta receta de conductas, obligatorias y opcionales, destinadas a que la toma de decisiones se realice de manera adecuada y en el mejor interés de la sociedad. (Liévano, 2020)

En los últimos años se ha insistido en la importancia de los protocolos de familia como procesos que pueden contribuir significativamente para alcanzar los dos objetivos principales en el ámbito de las empresas familiares: su perdurabilidad y conservar la unidad familiar.

Los protocolos de familia, entendidos como esos grandes acuerdos que permiten mantener el equilibrio dinámico entre empresa, familia y propiedad, suelen incluir diferentes temas relevantes relacionados con los administradores: juntas directivas, formación de líderes, proceso para elección de altos ejecutivos, vinculación de la familia en cargos directivos, derechos y deberes, diferenciación de roles, evaluación y remoción, relaciones entre administradores y asamblea de accionistas, mecanismos de información, conflictos de intereses, rendición de cuentas, entre otros.

Conviene enfatizar que este tipo de acuerdos pueden tener una importante fuerza vinculante para quienes lo suscriben y generar verdaderos derechos y obligaciones exigibles, incluso, jurisdiccionalmente. No obstante, el éxito o el fracaso de estos procesos dependerá, en buena parte, del direccionamiento del diálogo familiar, no solo considerando las aspectos jurídicos y organizacionales, sino enfatizando los emocionales. Es posible que se definan acertadamente reglas para los administradores, pero

que los conflictos emocionales impidan su cumplimiento.

Los protocolos, como contratos, deben redactarse con mucho cuidado y es preciso definir con claridad las consecuencias de su incumplimiento. Se observa que en algunos de estos no se determinan los efectos de la inobservancia y se perciben, simplemente, como acuerdos de buena voluntad, pero sin fuerza jurídica.

8. Aspectos laborales relevantes en la contratación de gerentes

8.1. Tipo de vinculación

Según la legislación laboral colombiana, un contrato de trabajo existe si concurren sus tres elementos esenciales: subordinación, remuneración y prestación personal del servicio. En este sentido, la vinculación del representante legal por medio de un contrato de prestación de servicios será una opción viable solamente si los servicios a desempeñar se pueden ejecutar con total autonomía técnica, administrativa y financiera porque si el elemento de la subordinación laboral se presenta de alguna forma, la compañía corre el riesgo de que el administrador eventualmente demande reclamando la declaración un contrato de trabajo realidad.

En estos eventos, si el juez decide conceder las pretensiones del demandante, puede condenar a la compañía al pago de las prestaciones sociales debidas y de los aportes a seguridad social y parafiscales, más los correspondientes intereses de mora.

De acuerdo con esto, si la labor del representante legal implica el cumplimiento de un horario, el suministro de herramientas de trabajo, el cumplimiento de políticas y la sujeción al reglamento interno de trabajo es claro que la vinculación deberá hacerse por medio de un contrato de trabajo.

Adicional a lo anterior, es importante resaltar que, en algunas ocasiones, las empresas buscan modelos alternos mezclando ambos tipos de vinculaciones. Un ejemplo de esto se presenta cuando se vincula al gerente por medio de un contrato de trabajo y, por el tiempo que además ejerza funciones de representante legal, se le pagan unos honorarios adicionales.

Sobre este punto, es importante advertir que en este esquema, si los objetos de cada contrato no están muy bien diferenciados y no se puede distinguir en qué momento prestaba cada uno de los servicios, se genera el riesgo de que el trabajador reclame que en realidad esos honorarios percibidos hacían parte de la remuneración a la que tenía derecho en virtud del contrato de trabajo y que el juez, eventualmente, condene a la compañía a la reliquidación de prestaciones y a la corrección de los aportes a seguridad social y parafiscales dejados de pagar, más los correspondientes intereses de mora.

En virtud de esto, antes de decidir la manera en la que se va a vincular al representante legal, es importante definir qué actividades específicas va a desempeñar y si pueden o no ser desarrolladas con total autonomía.

8.2. Remuneración

Un aspecto que genera dificultad en las empresas familiares es el relativo a la remuneración de los miembros de la familia que laboran en la organización. En ocasiones, se asignan salarios muy elevados que no corresponden ni a la capacidad de la empresa ni al perfil de la persona ni a la realidad del mercado. En otras, ocurre lo contrario, remuneraciones mínimas que los desmotivan, simplemente porque los fundadores consideran que algún día serán los “dueños” y que deben hacer el sacrificio.

Algunas empresas familiares no cuentan con escalas salariales elaboradas con criterios serios y acordes con el mercado.

.....

Eso afecta el clima y genera inestabilidad laboral y falta de compromiso.

8.3. Esquemas de compensación

Respecto a los esquemas de compensación, deben tenerse en cuenta los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo que regulan la naturaleza salarial o no salarial de los pagos que reciben los trabajadores.

Sobre este punto es importante precisar que los administradores tienden a ser beneficiarios de pagos adicionales al salario, como bonificaciones o primas, las cuales se conceden usualmente como beneficios extralegales no constitutivos de salario; sin embargo, las empresas deben tener presente que estos pagos no se consideran como no salariales por el mero pacto entre las partes. A continuación, se enuncian reglas prácticas a tener en cuenta al momento de calificar la naturaleza de estos pagos:

- ▶ Las bonificaciones habituales siempre constituirán salario, independientemente de que exista un pacto de exclusión salarial.
- ▶ Los auxilios habituales pueden ser considerados como pagos no salariales siempre que medie un acuerdo de exclusión salarial y si la compañía constata la destinación del dinero (que efectivamente sea invertido en el concepto del auxilio).
- ▶ Las bonificaciones ocasionales (pagaderas por una sola vez) no son consideradas como salario y no requieren pacto de exclusión salarial.
- ▶ El conjunto de los pagos no salariales puede superar el 40 % de la remuneración, sin embargo, este exceso deberá ser tenido en cuenta dentro del ingreso base de cotización de las contribuciones a seguridad social.

9. Conclusiones

Como administradores de la empresa familiar también pueden ser reconocidas aquellas personas que, sin ser gerentes o miembros de junta directiva, en la práctica se involucran en actividades positivas de gestión, administración o dirección de la sociedad de acuerdo con los criterios jurisprudenciales analizados en este escrito.

La elaboración de un protocolo de familia es una excelente oportunidad para definir con claridad las funciones de cada órgano de gobierno en la empresa familiar y evitar confusiones. También es clave precisar las funciones de los miembros de la familia que trabajan en la empresa. Es posible que varios ejerzan como administradores y que no estén establecidas las atribuciones y los límites para cada uno.

El artículo 23 de la Ley 222 de 1995 consagra los deberes de los administradores. En los últimos años la Superintendencia de Sociedades ha desarrollado especialmente lo relativo a la obligación de abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona, en actos que impliquen competencia con la sociedad o con los cuales exista conflicto de interés, salvo autorización expresa de la junta de socios a la asamblea de accionistas.

Las principales hipótesis de conflictos de intereses se aplican, especialmente, en el ámbito de las empresas familiares.

Resulta acertada la nueva doctrina de la Superintendencia de Sociedades al ampliar el concepto de sociedad de familia para efectos de la aplicación del artículo 435 del Código de Comercio.

El diseño y la implementación de juntas directivas en las empresas familiares implica un análisis detallado de las características de cada familia y de cada empresa para proponer soluciones a la medida y no simplemente adoptar esquemas que funcionan en

otras sociedades. La junta asesora puede representar una opción útil en una etapa inicial.

Los protocolos de familia pueden tener una importante fuerza vinculante para quienes lo suscriben y generar verdaderos derechos y obligaciones exigibles, incluso, jurisdiccionalmente.

No obstante, el éxito o el fracaso de estos procesos dependerá, en buena parte, del direccionamiento del diálogo familiar, no solo considerando los aspectos jurídicos y organizacionales, sino enfatizando los emocionales. Es posible que se definan acertadamente reglas para los administradores, pero que los conflictos emocionales impidan su cumplimiento.

Referencias

- ▶ Barrios, M. (2015). Superposición de roles gerenciales y roles propietarios en las pequeñas y medianas empresas familiares. *Palermo Business Review*, 12, 7-60.
- ▶ Belausteguigoitia, I. (2003). *Empresas familiares. Su dinámica, equilibrio y consolidación*. McGraw Hill.
- ▶ Carver, J. y Oliver C. (2005). *Consejos de administración que crean valor*. Deusto.
- ▶ Charán, R. (1998). *Boards at Work: How Corporate Boards Create Competitive Advantage*. Jossey-Bass.
- ▶ Decreto 410 del 16 de junio de 1971 de la Presidencia de la República. Por el cual se expide el Código de Comercio. DO n.º 33.339.
- ▶ Gaitán A. y Castro D. (2001). *Sociedades de familia en Colombia*. Superintendencia de Sociedades.
- ▶ Gaitán A, Hincapié A. y Castro D. (2013). *Estudio sobre empresas colombianas perdurables. Casos de éxito*. Superintendencia de Sociedades.
- ▶ Gil, J. (2015). *La especial responsabilidad del administrador societario*. Legis.
- ▶ Hemelberg Asociados – Consultoría. (27 de abril de 2020). Empresas familiares frente a la crisis del COVID-19 [Archivo de video]. https://www.youtube.com/watch?reload=9&v=PUaiT8Zwe_k
- ▶ Ley 1258 de 2008. Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada. Diciembre 5 de 2008. DO n.º 47.194
- ▶ Lievano, J. (Septiembre 4 de 2020). El buen Gobierno Corporativo en época de crisis. *La República*. <https://www.larepublica.co/analisis/juan-pablo-lievano-vegalara-2858000/el-buen-gobierno-corporativo-en-epocas-de-crisis-3055067>

- ▶ Mendoza, J. (2016). La definición de conflictos de interés en el derecho societario colombiano. *UNA Revista de Derecho*, 1. <https://una.uniandes.edu.co/images/pdf-edicion1/articulos/Mendoza2016-Articulo-UNA-Revista-de-Derecho.pdf>
- ▶ Neubauer, F. y Lank, A. (1998). *La empresa familiar. Cómo dirigirla para que perdure*. Deusto.
- ▶ Superintendencia de Sociedades. Circular Básica Jurídica 100-000005 del 22 de noviembre de 2017.
- ▶ Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-43454 del 12 de agosto de 1997.
- ▶ Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-50586 del 30 de diciembre de 2001.
- ▶ Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-046912 del 3 de abril de 2011.
- ▶ Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-000479 del 6 de enero de 2016.
- ▶ Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-3036 del 30 de enero de 2020.
- ▶ Superintendencia de Sociedades. Proceso 2018-800-00094 del 15 de octubre de 2019.
- ▶ Superintendencia de Sociedades. Resolución 8811 de 1980.
- ▶ Superintendencia de Sociedades. Sentencia 800-29 del 14 de mayo del 2014.
- ▶ Superintendencia de Sociedades. Sentencia 800-102 del 4 de agosto de 2015.
- ▶ Superintendencia de Sociedades. Sentencia 2019-01-075549. del 26 de marzo de 2019
- ▶ Superintendencia de Sociedades. Sentencia 2019-01-372391. del 15 de octubre de 2019.

- ▶ Treviño-Rodríguez, R. (2010). *Empresas familiares: Visión latinoamericana*. Pearson Educación.
- ▶ Ward, J. (1991). *Creating Effective Boards for Private Enterprises*. Jossey Bass Business & Management Series

COMPAÑÍAS FAMILIARES Y DERECHO SOCIETARIO

Juan Antonio Gaviria¹

Resumen

Este escrito estudia tres temas de las compañías familiares. Primero, la iliquidez de sus acciones asociada a la importancia de quienes son los asociados y que hace recomendable pactar cláusulas que permitan u obliguen a algunos accionistas, cuando ocurran ciertas causales, a abandonar la compañía. Explica, además, la prevalencia de derechos preferenciales de suscripción y compra o prohibiciones de enajenación. Segundo, los conflictos frecuentes en compañías familiares, generalmente, relacionados con su control, el empleo, los dividendos y la solución de controversias. Para finalizar, las ventajas que tiene la S. A. S. en el contexto familiar, haciendo énfasis en las acciones con voto múltiple.

1. Profesor titular e investigador de la Universidad Pontificia Bolivariana, sede Medellín. Miembro del Grupo de Investigaciones en Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, sede en Medellín. Doctor en Ciencias Jurídicas (PhD) de American University, the Washington College of Law. Correo electrónico: juan.gaviriag@upb.edu.co/Dirección postal: Circular 1 n.º. 70-01, Medellín (Colombia). Orcid: 0000-0002-9221-8642.

1. Introducción

La importancia y omnipresencia de las compañías familiares en Colombia es una situación notoria para los abogados y demás profesionales que trabajan asesorándolas. De hecho, la mayoría de las sociedades colombianas son familiares o, para ser más precisos, cerca del 70 % lo son (Parias, 2010, p. 78). Si se aplica ese porcentaje a las poco más de doce mil compañías que anualmente reportan estados financieros a la Superintendencia de Sociedades (Superintendencia de Sociedades, Sistema Integrado de Información Societaria, 2020), las compañías familiares serían más de 8000.

Esa cifra, a decir verdad, está lejos de la realidad porque hay muchas sociedades, buena parte de ellas familiares, que no reportan su información financiera a la Superintendencia, bien porque no están obligadas o porque estándolo no cumplen su deber. Con corte al 6 de octubre de 2020, y de conformidad con una base de datos suministrada por la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia que toma como compañías familiares aquellas que son declaradas como tales por quienes las constituyen, hay 8474 sociedades familiares en tal jurisdicción².

Esta prevalencia no es exclusiva de Colombia, sino una característica aparentemente común en otros países. Por ejemplo, cerca del 95 % del total de compañías en Estados Unidos son sociedades familiares que generan, además, alrededor de la mitad de los empleos del país (Palmiter y Partnoy, 2010, p. 1005). A pesar de esta prevalencia, y de que otras disciplinas como las ciencias administrativas han estudiado a fondo las características, ventajas y retos de las empresas familiares, su análisis teórico

2. Véase Formulario RUES, [https://www.camaramedellin.com.co/Portals/0/Documentos/FormularioRegistroUnicoEmpresarialSocialRUES%20\(2\).pdf?ver=2020-08-05-163051-947](https://www.camaramedellin.com.co/Portals/0/Documentos/FormularioRegistroUnicoEmpresarialSocialRUES%20(2).pdf?ver=2020-08-05-163051-947)

o académico a la luz del derecho societario ha sido precario. El presente número de la revista Foro del Jurista de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, y este artículo en particular, buscan llenar en parte tal vacío.

¿Cuándo se considera que una sociedad, sin importar su tipo, es familiar? El libro segundo del Código de Comercio no define a las sociedades de familia, refiriéndose a estas solo en dos normas. La primera es el artículo 102 según el cual son válidas las sociedades entre padres e hijos o entre cónyuges, así no haya más asociados. Una hipotética norma en sentido contrario, prohibitiva, sería el fin de la mayoría de compañías familiares. La otra es el artículo 435 que prohíbe, para sociedades diferente a la S. A. S., que la mayoría de una junta directiva esté conformada por personas ligadas entre sí por matrimonio o por parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, excepto en las sociedades reconocidas como de familia, sin indicar cuáles son estas³.

Una norma promulgada cinco años después del Código de Comercio, con alcance tributario, y que según la Superintendencia de Sociedades está derogada (Oficio 220-038746 del 9 de junio de 2008), sí definió la sociedad familiar. El artículo 6 del Decreto 187 de 1975 indicaba que una compañía es de familia cuando el control económico, financiero o administrativo es ejercicio por personas ligadas entre sí por matrimonio, grado único civil o consanguinidad hasta el segundo grado. Esta definición, sobra decirlo, era demasiado estrecha al excluir a sociedades familiares grandes o las que ya transitaban por una generación avanzada como la tercera o cuarta. En efecto, y de conformidad con la norma citada, habrían sido de familia las sociedades en las que padres e

3. La Ley 58 de 1931, derogada por el actual Código de Comercio, consideraba como compañías de familia aquellas formadas por miembros de una misma familia (definición tautológica); mientras que el artículo 283 del Decreto 2521 de 1950, también derogado por el código vigente, consideraba como sociedades familiares a las constituidas por mayoría de personas vinculadas entre sí hasta el cuarto grado de consanguinidad o hasta el segundo de afinidad, sin referirse al parentesco civil.



hijos detentan la mayoría, pero no cuando ello sucedía a través de primos hermanos (cuarto grado de consanguinidad).

Así pues, no existe actualmente en Colombia un tipo o clase de sociedad que la ley denomine como de familia (Superintendencia de Sociedades, 2009). El concepto de sociedad de familia es, en últimas, más administrativo que jurídico y más intuitivo que certero. Todo el mundo coincide en que una sociedad cuyos asociados son amigos, pero con diferente genética no es familiar, mientras que una conformada por el abuelo y sus descendientes sí lo es. Lo que no queda claro es a partir de qué momento, cuando el parentesco se vuelve más tenue, la sociedad pasa de ser familiar a su opuesto. A manera de ilustración, ¿es familiar una sociedad cuyos asociados son los tataranietos del fundador y que son primos lejanos y parientes en el octavo grado de consanguinidad? ¿Es familiar una sociedad conformada por cuñados?

Una vez recordada la importancia de la empresa familiar en el derecho societario colombiano y de precisado su concepto, a pesar de carecer de definición legal, se procede a estudiar algunos temas societarios relevantes en el contexto de empresas familiares con énfasis en las S. A. S., considerando que son, no solo la gran mayoría en Colombia, sino también las hoy preferidas para las compañías formadas por personas ligadas por un parentesco cercano (Reyes, 2016, pp. 72-73).

Para tal efecto, y además de unas breves conclusiones, el texto se divide en tres secciones. Una primera sobre las implicaciones de que la sociedad familiar sea casi siempre una compañía cerrada, cuyas acciones pocas veces se enajenan. Una segunda, sobre las relaciones entre accionistas de compañías familiares y las protecciones que la ley o la jurisprudencia otorgan a los minoritarios. Y una tercera, sobre algunas ventajas que la S. A. S. ofrece en el contexto de compañías familiares.

2. La sociedad familiar como un tipo de compañía cerrada

Con la rara excepción de unas pocas compañías grandes que cuentan todavía con accionistas mayoritarios ligados por parentesco, como podría ser el caso del Grupo Aval, una gran cantidad de compañías familiares colombianas son sociedades cerradas.

Además de que suelen contar con pocos accionistas y de que estos participan frecuentemente en la gestión de los negocios sociales, una característica fundamental de las compañías cerradas es la iliquidez de sus acciones (Palmiter y Partnoy, 2010, p. 1003)⁴. En efecto, tales títulos rara vez cambian de manos, salvo por herencias o legados con motivo de la muerte de su titular, o por disolución de sociedades conyugales. La poca frecuencia de las ventas se debe a un doble argumento: de una parte, los familiares no quieren que extraños entren a sus compañías, a las que ven como clubes o territorios privados. Se teme, ya sea de manera racional o infundada, que los terceros, en vez de aportar ideas innovadoras, alterarán el equilibrio existente así como muchas reglas no escritas en las que se basan las relaciones familiares societarias (Parias, 2010, p. 92)⁵. Del otro lado, los terceros no quieren entrar a una sociedad cuyo funcionamiento interno desconocen y en la que serían una minoría susceptible de ser expropiada por una mayoría familiar cohesionada o monolítica o, si existe un conflicto societario, de todas maneras los actuales socios podrían ser

4. Véase también el caso *Galler v. Galler* (1964) en el cual la Corte Suprema del Estado de Illinois afirmó: "*a close corporation is one in which the stock is held in a few hands, or in a few families, and wherein it is not at all, or only rarely, dealt in by buying or selling*" (Una compañía cerrada es aquella en la cual las acciones están en pocas manos, o en unas pocas familias, y donde nunca, o muy rara vez, las acciones se compran o se venden. Traducción libre del autor).

5. Dice Parias (2010):

Una de las principales preocupaciones para los fundadores de empresas de familia consiste en que el patrimonio familiar se mantenga bajo el control de la familia. La posibilidad de una enajenación de las acciones que permita el ingreso de personas ajenas a la familia no es bien acogida por muchos patriarcas. (92)

reacios a la presencia de extraños (Gaviria Gutiérrez, 2004, p. 126)⁶.

La falta de mercado de las acciones es relevante por varias razones. Para empezar, y como es obvio, los accionistas no pueden esperar recuperar su inversión mediante una enajenación. Tampoco podrán hacerlo con motivo de la liquidación de la compañía y el reembolso de los aportes sociales toda vez que, si la empresa es exitosa, no habrá interés de los accionistas en disolver la sociedad, y si fracasa, no habrá remanente luego de pagar total o parcialmente el pasivo externo (Gaviria Gutiérrez, 2004, p. 128).

Además, muchas veces las sociedades son de duración indefinida o, en caso contrario, su término va hasta un año tan distante como el 3000 en el que, con seguridad, todos los actuales accionistas habrán fallecido; la consecuencia radica en que estos terminan siendo prisioneros de su inversión (Gaviria Gutiérrez, 2004, p. 98)⁷. Así, las únicas vías remanentes para recibir flujos de caja, de las que se hablará en la segunda sección de este texto, serán los dividendos o los contratos celebrados con la sociedad que obliguen a esta a pagar salarios, honorarios u otro tipo de contraprestación por servicios prestados o bienes enajenados por los accionistas.

Naturalmente, y al ser reacios a la entrada de terceros, los accionistas de sociedades familiares suelen redactar normas estatutarias que, cual foso alrededor de un castillo medieval, dificulten la llegada de terceros percibidos como invasores. Una primera estrategia para ello, basada en la premisa de que la libre transferencia de acciones genera el riesgo de distorsionar las relaciones entre los propietarios originales (Freer y Moll, 2013, p.

6. Este autor recuerda que “pocos aceptan ingresar a una sociedad por acciones sobre todo si esta es familiar, mediana o pequeña, de modo que solo en las grandes sociedades anónimas inscritas en bolsa existe el beneficio de una liquidez razonable” (p. 126).

7. El autor recuerda:

Los plazos generalmente muy largos que se pactan para la duración de las compañías, los cuales pueden llegar a superar en ocasiones los cincuenta años, cuyo prolongado transcurso convierte a muchas sociedades en prisiones de las que no es posible salir si no es por una casi milagrosa operación de venta. (p. 98)

315), consiste en pactar en los estatutos un derecho de preferencia que puede revestir dos modalidades: (i) preferencia en la emisión de nuevas acciones con el derecho a suscribir un número de títulos proporcional a la participación que se tiene antes de dicha emisión (artículo 388 del Código de Comercio) y (ii) opción de compra de los accionistas y/o de la compañía cuando haya un asociado interesado en vender y un tercero en comprar.

Este derecho de preferencia, no se niega, tiene alguna utilidad para mantener las acciones en poder de la familia, pero sufre, al menos, de tres grandes problemas. Por una parte, hace muy lento el proceso de venta de las acciones, ya que antes de poderse enajenar a un tercero estas se deben ofrecer primero a los accionistas y luego a la sociedad, dándoles a los destinatarios un tiempo razonable para tomar sus decisiones, además de ser necesarias varias rondas cuando no todos aceptan comprar.

Por ejemplo, suponga que los estatutos exigen ofrecer primero las acciones a los asociados con un término de quince días hábiles para aceptar o rechazar y ; que la mitad de estos acepta, con lo cual se requiere un nuevo ofrecimiento, por otros quince días hábiles, a los que sí aceptaron originalmente para así determinar si quieren acrecer su participación. Que, nuevamente, la mitad de este residuo acepta, para lo que se requieren otros quince días hábiles para una nueva ronda en la que, asúmase, que nadie más acepta. Sigue el turno de la sociedad de decidir si recompra o no el remanente. Para esto tendría otros quince días hábiles de plazo. Bajo la hipótesis de que a) pueda readquirir y de que acepte, o de que, b) negándose, el tercero siga interesado en adquirir ya solo una pequeña fracción de los títulos originalmente en venta; o que, en caso contrario, c) el accionista acepte una enajenación parcial a los otros accionistas o a la compañía, habrán transcurrido, al menos, sesenta días hábiles que, con el número de festivos colombianos, pueden ser cerca de tres meses.

Un segundo defecto de este derecho de preferencia se hace



visible cuando los accionistas sí quieren comprar para aumentar su participación y evitar la llegada de un tercero, pero no tienen la liquidez para hacerlo, sucediendo lo propio con la compañía. En una variante de este caso puede ocurrir que unos accionistas sí puedan comprar, pero otros no, con lo que se alterarían los porcentajes de participación y, posiblemente, el equilibrio entre asociados que permitía una relación armónica⁸. Como un consuelo poco reconfortante, al menos en la S. A. S. no existe el riesgo, sí presente en la colectiva, en la comandita y en la sociedad de responsabilidad limitada, de que el rechazo de los socios de continuar la empresa con un tercero conlleve a la disolución de la compañía (artículos 319, numerales 4, 333 y 365 del Código de Comercio).

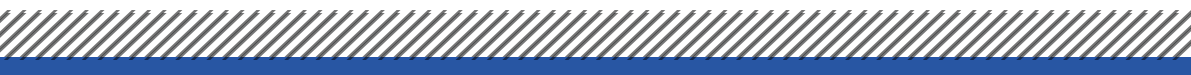
El defecto más grave del derecho de preferencia radica en su facilidad de ser burlado por un pacto secreto del accionista enajenante y el tercero interesado. Asuma que Eloísa, quien quiere vender sus acciones, le informa a la compañía que Simón, un tercero, le ha ofrecido \$ 500 millones por ellas. Ante un precio tan alto, tanto los otros asociados como la sociedad se niegan a comprar. Según la ley y los estatutos, Eloísa está autorizada para vender las acciones a Simón, pero por un precio no inferior a los \$ 500 millones de pesos informados. Con todo, y al ser la transferencia un negocio privado, las partes pueden hacer realmente la transacción por un valor muy inferior, verbigracia, \$ 100 millones. La falta de ética de las partes, su poco temor a sanciones legales e, incluso, penales, o el deseo de hacerle daño a sus familiares podrían motivar este tipo de conductas.

8. Advirtiendo que para la S. A. S. no aplica la restricción del artículo 396 del Código de Comercio según la cual debe existir una reserva proveniente de utilidades para readquirir acciones (Sanín, 2010, pp. 62-64). De otro lado, una sociedad puede decidir libremente si readquiere o no las acciones de un asociado que se quiere retirar de la compañía, pero debe hacerlo equitativamente (artículo 23, numeral 6 de la Ley 222 de 1995). Es decir, no podría hoy negarse a adquirir los títulos del accionista 1 y, poco tiempo después, sin que hayan cambiado las circunstancias financieras, recomprar la inversión del accionista 2 a pesar de que precio y cantidad son muy similares. Véase, generalmente, *Donahue v. Rodd Electrotpe Co.* (1975) (afirmando que un accionista mayoritario no puede usar su poder para crear un mercado exclusivo para sus propias acciones).



Debido a las falencias del derecho de preferencia, suele funcionar mejor un segundo tipo de estrategia para evitar el ingreso de extraños, permitida para la S. A. S. por el artículo 13 de la Ley 1258 de 2008. Consiste en prohibir estatuariamente, con un plazo máximo de diez años, toda enajenación de acciones, salvo por causa de muerte de su titular (Parias, 2010, p. 92). Así, y de manera similar a lo que hizo Ulises al solicitarle a sus marineros que lo amarraran al mástil y le taparan los oídos con cera para no escuchar el canto de las sirenas, los accionistas cierran la puerta de salida de la compañía y tiran la llave al mar para evitar que, un tiempo después, alguno de ellos ceda a la tentación de vender sus acciones. Claro está, si posteriormente alguien quiere vender y todos los demás accionistas están de acuerdo con la venta y con el adquirente, no habrá problema en aprobar por unanimidad una excepción a la restricción estatutaria.

¿Si es tan difícil salir de una sociedad familiar, por qué hay tantas compañías de este tipo y por qué sus asociados entran, al menos aparentemente, de forma tan alegre a ellas? Entre otras, por tres razones. Primero, muchas compañías colombianas son pequeñas, con dificultades para obtener préstamos de terceros o para emitir acciones en masa, por lo que la única posibilidad de obtención de recursos para el emprendedor es convencer a sus seres más cercanos y en quienes más confía, casi siempre parientes, de unirse a la nueva aventura corporativa. Segundo, los familiares muchas veces no ingresan voluntariamente como accionistas a la compañía familiar, sino que reciben los títulos como regalo de alguno de sus padres cuando son niños, o como herencia o legado cuando ellos mueren. Tercero, y para cuando sí se ingresa voluntariamente, como en el caso de hermanos o cónyuges optimistas en su relación y en el éxito de la empresa proyectada, las peleas se ven como problemas muy lejanos que, descontados a una tasa hiperbólica, no tienen gran importancia en un presente iluminado por grandes expectativas de negocio, de manera similar a quienes contraen matrimonio y solo piensan en la felicidad de su boda sin anticipar acrimonias futuras.



Salir de una compañía cerrada y, sobre todo familiar, puede ser difícil, pero factible, especialmente cuando la salida se planea con antelación, incluso, desde la constitución de la sociedad. En tal sentido, en las sociedades familiares son cuasi indispensables los denominados buyout o buy-sell agreements (Mercer, 2010, p. v) que le dan el derecho a un accionista a enajenar sus acciones y obligan a los demás a comprarlas o a la compañía a readquirirlas cuando ocurren ciertos eventos estipulados previamente en los estatutos. Así pues, un buyout agreement logra crear un mercado, así sea artificial, donde antes no existía al fabricar, anticipadamente, una llave o botón para activar una salida de emergencia en ciertas circunstancias.

Este tipo de acuerdos pueden ser fáciles de negociar y firmar si son concomitantes con la constitución de la compañía porque, en tal momento, el conflicto se ve lejano y las partes todavía no saben si en el futuro serán vendedoras directas o compradoras, indirectas, y a través de la compañía. Las causales que le daría a una parte derecho a vender, y que obligaría a la otra a comprar, dependerán de las circunstancias de cada caso y de los intereses de los accionistas, advirtiéndole que no deberían ser caprichosas para no convertirse en meramente potestativas (por ejemplo: “la compañía debe comprarme cuando yo quiera”, artículo 1535 del Código Civil), sino que deben basarse en una razón que justifique el deseo de retirarse de la compañía.

Algunos ejemplos son el hecho de que la sociedad supere cierto número de asociados o que un accionista cumpla X años y quiera “jubilarse” recibiendo una adecuada retribución por su participación. Puede pasar, incluso, que tal accionista no desee que a su muerte las acciones pasen a sus hijos por falta de interés o habilidades de estos para administrar la sociedad, caso en el cual el acuerdo buyout se vuelve más relevante, ya sea porque comprenden otros accionistas o la sociedad, o porque quien desea retirarse es socio mayoritario o único, siendo requerida la búsqueda de un tercero que quiera comprar.

Es relevante, al respecto, la anécdota de H. J. Stern, accionista y presidente de una pequeña refinería de oro en el estado de Nueva York en 1964, quien al pensionarse manifestó preferir recibir dinero por sus acciones antes que transferirlas a sus tres hijos bajo el argumento de que una compañía no es tanto un pozo de petróleo donde lo único que habría que hacer, según Stern, es sostener una batea y recolectar el hidrocarburo, sino como un violín, sin estar seguro este patriarca de que sus hijos fueran personas calificadas para tal actividad empresarial (Anders, 2002).

Con todo, para que un buyout agreement funcione bien es necesario prever, al menos, dos temas adicionales. Uno, que la compañía tenga recursos para recomprar las acciones. Si, por ejemplo, la causal para activar el acuerdo por parte de los hijos o del cónyuge que recibe acciones es la partición de una herencia o la disolución de una sociedad conyugal, puede ser útil haber adquirido, tiempo atrás, un seguro de vida cuyo tomador y beneficiario sea la propia compañía. El otro factor, el más relevante por ser el más frecuente punto de discordia dada la ausencia de un mercado natural, es el precio. De hecho, y por la ausencia de dicho mercado, se dice que las acciones de compañías cerradas no tienen precio justo de mercado (fair market value), sino solo precio justo (fair value) (Freer y Moll, 2013, p. 456, n. 22). Determinar con precisión este valor en el presente, para una transacción que podría ocurrir muchos años después, es muy difícil. Por eso, y a pesar de la ventaja de su simpleza, suele ser contraproducente pactar un precio fijo que rápidamente se desactualiza. Puede ser mejor una fórmula en la que el precio dependa de determinados valores como las cifras contables, aunque esta tampoco será fácil ni de calcular ni de interpretar, además de que, igualmente, se puede desactualizar rápido.

Posiblemente, lo mejor sea estipular que el precio será el calculado por un valorador independiente con base en cierta técnica financiera como una valoración por flujos de caja libre



descontados, o por múltiplos de Ebitda, aunque, de todas formas, el resultado dependerá mucho del criterio del tercero seleccionado y de los parámetros que tenga en cuenta, como tasas de crecimiento de ingresos corporativos o de descuento, toda vez que la valoración de una empresa tiene, al menos, tanto de arte como de ciencia (Palmiter y Partnoy, 2010, p. 214).

Una implicación natural del precio acordado ex ante o ex post son sus efectos tributarios, recordando que, en Colombia, de conformidad con el artículo 90 del Estatuto Tributario y salvo prueba en contrario sustentada técnicamente, se presume que el monto de la venta es el valor patrimonial de las acciones para efectos fiscales (sin tener en cuenta valorizaciones), aumentado en un 30 %. Si el patrimonio es alto y el costo fiscal muy bajo, tal impacto fiscal puede ser significativo.

El acuerdo contrario, uno que le dé a la sociedad el derecho de comprar y obligue a un determinado accionista a vender, es igual de importante a un buyout agreement en el contexto de sociedades familiares. Tal acuerdo no es otra cosa que una estipulación estatutaria que le permita a la compañía excluir a un asociado cuando ocurra una determina causal como, por ejemplo, su llegada a cierta edad (ya no una jubilación voluntaria, sino un retiro forzoso), el cesar de trabajar como empleado de la sociedad, el divorcio de un accionista cuando las acciones terminan en manos del otro cónyuge⁹, el haber contraído matrimonio sin firmar capitulaciones, el estar compitiendo con la compañía (así la competencia sea legal) o cualquier otro motivo objetivo que pueda generar un conflicto entre asociados y que pueda evitarse preventivamente con la salida de alguno de ellos.

En tal sentido, y amplificando dos de los ejemplos enumerados,

9. Ver Oficio 220-057533 del 26 de marzo de 2009 de la Superintendencia de Sociedades según el cual es posible crear las acciones denominadas "hijos de familia" que le dan el derecho a la sociedad de recomprarlas cuando queden en poder de un yerno o nuera con motivo de la disolución de una sociedad conyugal. De esa manera, se logra evitar que la familia política termine siendo accionista de la compañía familiar.

la exclusión de un asociado que llega a una edad avanzada evita que al morir poco después sus acciones terminen en manos de sus hijos o, si no había, de sobrinos, con lo que se podrían alterar las participaciones o afectar la armonía social, mientras que el hecho de que un accionista ya no trabaje más en la compañía, cuando los asociados recuperan periódicamente su inversión a través de salarios justamente obtenidos, como sucede en ciertas firmas de abogados, podría ser un motivo entendible para excluirlo.

Aunque la exclusión pueda parecer radical *ex post*, al momento de ser ejecutada y al verse como una expropiación de una propiedad accionaria, tiene mucho sentido económico *ex ante*. Cuando dos grupos de accionistas no pueden convivir, lo mejor para el éxito de la compañía es que uno de ellos abandone el barco societario, así no quiera hacerlo. Lamentablemente, y aunque la prohibición no existe en la ley, la Superintendencia de Sociedades ha considerado de forma errónea que las causales de exclusión no son válidas en la sociedad anónima, con lo cual esta compañía suma una desventaja más, extendiéndose tal restricción a cláusulas como las denominadas *drag along* que obligan a un minoritario a vender cuando el mayoritario también lo hace (Superintendencia de Sociedades, 2005).

En contraste, los artículos 39 y 41 de la Ley 1258 de 2008 permiten que en los estatutos de una S. A. S. se pacten causales de exclusión de accionistas siempre que estas sean aprobadas por unanimidad, de tal manera que se garantice que quien en un futuro sea expropiado haya dado previamente su voto favorable a tal posibilidad, así haya sido sin prever que él iba a ser su destinatario.

3. Los conflictos de agencia entre accionistas de compañías familiares

¿Una sociedad unipersonal puede ser una compañía familiar? En principio, no porque así no haya definición legal se supone que debe haber mínimo dos accionistas con parentesco entre sí. Con todo, y en la práctica, una S. A. S. unipersonal sí tiene connotaciones familiares cuando su accionista, como padre o madre, además de utilizar los réditos sociales para criar, educar y establecer a sus hijos, avizora que estos serán los dueños futuros y continuadores de la empresa. Más allá de lo anterior, y nuevamente por definición, es claro que en una sociedad unipersonal en la que el patriarca actúa sin necesidad de consensos, permisos o alianzas no hay conflictos entre accionistas. Pero, a medida que la compañía crece, que transita entre generaciones y que aumenta el número de accionistas, las disputas primero se vuelven latentes y luego presentes.

Estos conflictos pueden ser de, al menos, cuatro tipos o estar relacionados con los siguientes temas, cada uno de los cuales se analiza a continuación: administración de la compañía, accionistas como empleados, dividendos y métodos para solución de controversias entre los asociados.

Un primer conflicto tiene que ver con el control de la compañía. Quienes son mayoría, y además la administran, pueden terminar considerándola como su propiedad personal, mientras que los demás asociados, que no gestionan por lejanía geográfica, por falta de tiempo o de interés o por otra razón que les imposibilite hacerlo, podrían desconfiar de lo que sucede puertas adentro de la empresa. Ahora bien, no siempre hay un accionista mayoritario. Aunque puede existir la creencia de que buena parte de las compañías familiares son de capital concentrado, ello no siempre es así, dependiendo tal factor, en gran parte, de la antigüedad de la empresa y de la generación que haya alcanzado.

Compañías jóvenes con su fundador vivo sí suelen tener uno o dos accionistas controlantes (uno o ambos padres) o, muertos estos, los hijos actuando de forma coordinada. Pero en generaciones más avanzadas (y salvo familias sin hijos) que rápidamente dejan de ser familiares (o con hijos únicos), que no implican fraccionamiento de propiedad al partir la herencia del último padre supérstite, la transmisión de la empresa de una generación a otra incrementa el número de accionistas y fragmenta, con cada muerte, el capital. Para ilustrar, suponga que el padre tiene el 100 % de las acciones de su empresa. Luego, cada uno de sus tres hijos tendrá el 33 %. Si cada uno de ellos tiene dos hijos, los nietos (primos hermanos entre sí) tendrán cada uno el 11 % del capital de la compañía. En la cuarta generación, asumiendo dos hijos más por familia, la participación de cada persona será de poco más del 5 %, porcentaje que se reducirá a la mitad en la siguiente generación, si es que la empresa sobrevive. Por supuesto, lo usual es que cada grupo familiar tenga diferente número de hijos con lo cual los porcentajes rara vez son tan simétricos como en este ejemplo.

Las sociedades de capital disperso generan un menor riesgo de que unos accionistas abusen de los demás, toda vez que las víctimas suelen ser minoritarios, los victimarios los mayoritarios y cuando tal capital está muy fraccionado, ningún asociado es ni mayoritario ni minoritario. Pero las compañías de capital disperso, en particular, en el ámbito familiar, tienen sus propios problemas.

Puede ocurrir, por ejemplo, que nadie quiera administrar la compañía, especialmente si tal labor es riesgosa tanto en lo financiero como en términos de seguridad (ejemplo, cuando su sitio de producción está en zona controlada por grupos ilegales), si la empresa es poco rentable o si todos los parientes están muy ocupados en sus tareas profesionales y personales, incluso, hasta el punto de no tener tiempo para ponerse de acuerdo en la designación de un gestor. También es factible la situación contraria, sobre todo, cuando la compañía es próspera o tiene mucha caja y más de un asociado quiere ser el ejecutivo de más



alto rango, ya sea porque se considera el más talentoso, porque no tiene otra ocupación, por controlar la caja de la compañía o por evitar que sus familiares rivales lo hagan.

Para que una sociedad sea de capital disperso no se requieren muchos accionistas, basta con que ninguno de ellos tenga la mayoría. De hecho, posiblemente el caso más común de sociedades de capital disperso se presenta cuando hay dos accionistas, cada una con el 50 %, situación que en el contexto familiar suele implicar que los asociados son cónyuges o hermanos. En tal caso hay un gran riesgo de bloqueo (deadlock) dado que, a pesar de, en teoría, regir la norma según la cual las decisiones se toman por mayoría simple de las acciones representadas en la respectiva reunión (artículo 68 de la Ley 222 de 1995), en la práctica realmente toda decisión requiere unanimidad. Si tal unanimidad no se logra, y para evitar el bloqueo, podría ser deseable el ingreso de un tercer accionista, así tenga poca participación, que permita alcanzar mayorías sin unanimidad o, si el conflicto es muy grande, solucionarlo mediante una escisión asimétrica dividiendo la compañía en dos sociedades unipersonales, cada una con un dueño diferente o, alternativamente, estipulando ex ante (previo al conflicto) o ex post (luego de este) esquemas que permitan que un accionista le compre al otro, como una fórmula en la que uno elige el precio y el otro decide si compra o vende.

Una compañía de capital disperso con tres accionistas, igualmente común en el ámbito familiar, también tiene sus dificultades, toda vez que las alianzas entre dos de ellos pueden ser inestables.

Piense en una sociedad con tres accionistas con participaciones iguales que genera utilidades de \$ 900, si hay armonía, u \$ 800, en caso contrario. En condiciones normales, cada accionista recibiría \$ 300 de dividendos. Pero suponga que A y B se alían y logran, administrando y expropiando, rentas internas de \$ 500 con lo cual las utilidades se reducen a \$ 300 (\$ 800 de utilidades menos los

\$500 expropiados). C recibe solo \$ 100 mientras que A y B, cada uno, reciben \$ 100 en dividendos, más \$ 250 en rentas internas para un total de \$ 350. C puede destruir la alianza ofreciendo \$ 400 a B y obteniendo él \$ 300 en rentas internas, con lo que solo quedarán \$ 100 para distribuir como dividendos entre los tres asociados. Luego, será A quien intentará romper la alianza entre B y C, ofreciendo a este último mayores rentas internas (\$ 350), quedándose con \$ 450 y dejando, únicamente, \$ 100 para repartir como dividendos. Mientras la compañía genere flujos de caja superiores a \$ 600, que dividido entre dos da la misma rentabilidad que utilidades de \$ 900 partidas entre tres, el ciclo de lucha por el poder será infinito (Ramseyer, 2009, pp. 159-160).

Un segundo punto de discordia típico en las sociedades familiares es el empleo. Muchas veces los asociados creen que su calidad de accionistas les da un derecho de propiedad sobre altos cargos laborales de la empresa, que no impliquen mayor esfuerzo y les otorgue un salario alto, preferiblemente, superior a la remuneración que se obtendría por una labor similar en una empresa de terceros. Si todos los accionistas tienen cargos y remuneraciones similares, además de proporcionales a su participación en el capital, no hay problema en que ello sea así porque el tratamiento es equitativo. Pero tal situación es la excepción y no la regla. Un primer problema se presenta cuando algunos asociados, o sus familiares, obtiene un empleo o consultoría, mientras que a otros accionistas se les niega irrazonablemente tal posibilidad, con lo cual los salarios u honorarios que aquellos reciben, sobre todo si son superiores a los valores de mercado, terminan siendo dividendos de facto, vulnerando los derechos económicos de quienes no están en la nómina¹⁰.

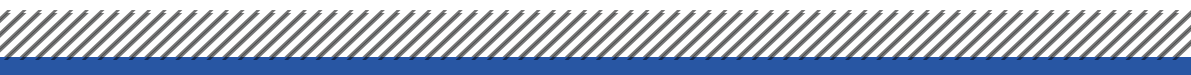
10. Véase el caso estadounidense *De Witt Truck Brokers, Inc. v. W. Ray Flemming Fruit Co.* (1976).

Tres ejemplos ilustran este riesgo. El primero es hipotético. Asuma que David y Martín son hermanos y únicos accionistas, por partes iguales, de una S. A. S. que además los emplea con remuneraciones muy similares. Hasta aquí, ningún inconveniente.

Años después, la compañía emplea a los dos hijos de David, opción no disponible para Martín porque no tuvo hijos. Poco más tarde, Martín muere, con lo cual Gloria, su cónyuge, recibe unas acciones que hace mucho tiempo no producen dividendos. Gloria tiene unos títulos cuya expectativa de generar flujos de caja es prácticamente nula. Como mínimo, y en tal caso, Gloria debería tener derecho a que la sociedad, David o ambos compren las acciones que ella recibió con motivo de la sucesión de su cónyuge.

Un segundo caso sí fue real, el de *Wilkes v. Springside Nursing Home, Inc.* (1976). Los hechos se refieren a una compañía que administraba un hogar para adultos mayores y cuyos accionistas, cuatro hermanos con participaciones idénticas, eran también empleados con salarios similares y superiores a los valores de mercado. La compañía, a pesar de ser rentable, no distribuía dividendos. Un día, Wilkes, uno de los cuatro hermanos, fue despedido, quedando sin salario y también sin dividendos, debido a que estos últimos nunca habían existido. Wilkes demandó y la Corte de Massachusetts falló a su favor considerando que los otros tres hermanos habían violado sus deberes fiduciarios y que Wilkes tenía derecho a una indemnización.

En un tercer caso, colombiano, el juez societario reprochó la existencia de una junta directiva en una S. A. S. en la que sus miembros devengaban dos millones y medio de pesos por sesión mensual y cuya actividad iba poco más allá de leer las actas de la reunión anterior y de convertir las reuniones en tertulias, almuerzos o tiempo para chismes. El despacho consideró que los honorarios pactados, además de irrazonables, vulneraban la expectativa de dividendos de los asociados que no pertenecían a tal órgano social (Superintendencia de Sociedades, 2016, Sentencia



800-46).

Otro motivo de conflicto e ineficiencia se presenta cuando se privilegia el parentesco sobre el talento (Bebchuk y Kastiel, 2017, p. 606), caso especialmente grave cuando se busca solucionar el desempleo de un pariente pobre o, de manera más general, cuando tal práctica pone en riesgo la supervivencia de la compañía, algo que se vuelve más común a medida que pasan las generaciones¹¹. De hecho, estudios empíricos comprueban que las compañías administradas por herederos frecuentemente tienen resultados inferiores a las dirigidas por sus fundadores o por gestores externos (Bebchuk y Kastiel, 2017, pp. 608-609).

Por eso, algunas sociedades familiares evitan la tentación de contratar parientes por afecto y no por capacidad, prohibiendo, en protocolos de familia difíciles de modificar, que las personas unidas por la genética sean empleadas por la compañía. Se prefiere, así, sacrificar el acceso al talento de familiares leales, competentes y disciplinados con tal de evitar unos asalariados con las características contrarias.

Ahora bien, algunas sociedades familiares no tienen empleados, contando simplemente con un representante legal que cumple sus funciones adecuadamente, pero dedicando a ellas solo una pequeña parte de su tiempo. Esta situación es especialmente común en las denominadas sociedades de mero goce o precautelativas, aquellas que se constituyen con el fin de limitar la responsabilidad de sus accionistas o, también, para optimizar tasas efectivas de tributación, y cuyos aportes usualmente consisten en terrenos sin construcción alguna, llamados también de engorde, u otro tipo de inmuebles.

11. Según las estadísticas, menos de la tercera parte de las compañías familiares llegan a la segunda generación, mientras que solo el 13 % subsiste en la tercera (Gaitán y Castro, 2001, p. 63). De hecho, y según la base de datos de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia sobre sociedades familiares, la antigüedad de las sociedades familiares allí registradas es bastante baja, con un promedio de 2,13 años y una desviación estándar de 2,10 años.

El tratadista Enrique Gaviria Gutiérrez (2004) era crítico de estas sociedades, argumentando su falta de seriedad legal y considerando que no eran verdaderas compañías dado que su pasividad o inercia negocial y la ausencia de actividades realmente mercantiles impedían cumplir con el requisito del artículo 98 del Código de Comercio según el cual el fin del contrato de sociedad es la repartición entre sus asociados de las utilidades que genere la empresa (pp. 117-118).

En sentido similar se pronunció recientemente el profesor argentino Guillermo Cabanellas (2020) al indicar que gran parte de las compañías latinoamericanas:

No son funcionalmente sociedades en absoluto, sino instrumentos para la organización patrimonial de individuos o grupos familiares. Otras tienen simplemente fines impositivos o de limitación de la responsabilidad empresarial. Pocas cumplen con los fines asociativos típicos, o sea emprender negocios en común, para repartirse los resultados entre quienes así se asocian. (p. X)

El autor de este texto tiene una posición contraria. Salvo casos de fraude a la ley (artículo 42 de la Ley 1258 de 2008), las sociedades precautelativas no son contrarias a derecho y, ni siquiera, a valores éticos o morales. Constituir las para aprovechar normas que limitan la responsabilidad de los accionistas o para minimizar cargas tributarias, previendo futuras ventas de bienes, es un propósito legal válido, además de que la sola custodia de bienes, esperando una buena oportunidad para su enajenación, es en sí un acto mercantil; al fin y al cabo, no hacer negocios o aguardar el tiempo apropiado para ello, es también hacer negocios. De no ser posibles este tipo de compañías, los dueños de los bienes en cuestión se verían forzados a convivir en comunidad o bajo una propiedad proindiviso, que es un tipo de dominio de por sí ineficiente al exigir consenso o unanimidad para toda decisión.

Un tercer punto álgido entre accionistas de compañías familiares, aunque no exclusivo de ellas, son los dividendos. Cuando la compañía tiene éxito financiero y reparte con frecuencia dividendos altos, todo es felicidad y armonía entre los accionistas.

En contraste, cuando hay crisis o divergencias que llevan a que el flujo de dividendos se seque, los conflictos se agudizan. De manera previsible, los accionistas que trabajan en una compañía, que le prestan servicios o que le venden bienes, ya habrán satisfecho sus necesidades de caja y serán, por ende, más propicios a la retención de utilidades, mientras que quienes solo visitan la sede social de manera ocasional estarán a favor de su repartición, sobre todo, cuando los dividendos son su única fuente de ingresos. La posición de estos últimos, si son minoría, puede ser más frágil al recordar que para las S. A. S. no aplican los artículos 155 y 454 del Código de Comercio que exigen repartir, como mínimo, el 50 % de las utilidades del ejercicio, porcentaje que asciende al 70 % si la suma de reservas legales, estatutarias y ocasionales supera el monto del capital suscrito, salvo que, al menos, el 78 % de las acciones representadas en la respectiva asamblea o junta de socios disponga lo contrario.

Con todo, dichos minoritarios sí están protegidos tanto por el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008 como por su desarrollo jurisprudencial que impiden a los mayoritarios abusar de su voto para favor de retener utilidades cuando no hay realmente propósitos de inversión que requieran la caja disponible, como expansiones o búsqueda de nuevos mercados, o cuando la negativa a repartir dividendos tiene un propósito exclusivamente revanchista, es decir, cuando, además del daño generado para quien se ve privado de su cuota de utilidades, el voto se emite con la intención de perjudicar a esa persona. Esta decisión está motivada, muchas veces, por rencillas u odios personales (Superintendencia de Sociedades, 2014).

Además de la protección legal y jurisprudencial, los minoritarios



que desean garantizar un flujo relativamente constante de dividendos también pueden protegerse a sí mismos suscribiendo acciones con dividendo preferencial o, todavía mejor, con dividendo fijo (artículos 10 de la Ley 1258 de 2007 y 61 a 66 de la Ley 222 de 1995). Con todo, estos tipos de acciones parecen ser de mínimo uso en sociedades que no cotizan en bolsa, en general, y en sociedades familiares, en particular, y ello, al menos, por dos razones. De una parte, los minoritarios de una compañía familiar suelen recibir sus acciones por herencia o legado, casos en los que poco pueden hacer para modificar los estatutos y, específicamente, la clase de sus acciones. De otra, porque aun siendo titulares de acciones preferenciales sin derecho a voto o con dividendo fijo, sus derechos económicos pueden ser burlados si la sociedad no obtiene utilidades, ya sea por razones externas o de mercado o, en un caso más grave, cuando los mayoritarios se apropiaron de lo que habrían sido las utilidades mediante salarios, honorarios u otro tipo de gastos de los cuales son beneficiarios. Una vez se detecta tal riesgo, es entendible que las compañías familiares no vean las acciones preferenciales sin derecho a voto o aquellas con dividendo fijo como una buena opción para la protección de los accionistas minoritarios.

Los dividendos no siempre son en efectivo, también pueden ser en acciones. Si todos los accionistas, a prorrata de su participación, reciben acciones, tal distribución tiene su lado positivo y también su faceta menos halagüeña. Lo bueno es que las participaciones e, igualmente, los equilibrios de poder no se alteran. Lo no tan bueno es que el dividendo en acciones de dividendo solo tiene el nombre, porque realmente no implica un beneficio económico, al menos, no inmediato para quien lo reciba.

Tal dividendo en acciones, en la práctica, es realmente una capitalización de utilidades forzada para quienes votaron infructuosamente a favor de repartir los excedentes en efectivo, y equivalente, desde lo funcional, a una distribución de dividendos en caja seguida de aportes al capital por el mismo valor. De hecho,



los dividendos en acciones, desde la perspectiva de quien quiere recibir dinero de la sociedad, son peores que las alternativas de constituir reservas estatutarias u ocasionales, o que no tomar decisión alguna con respecto a las utilidades del ejercicio o de años anteriores. En efecto, en el caso de las reservas, estas se podrán reversar en años posteriores para luego ser distribuidas, mientras que, para el supuesto en que no se tomó decisión alguna, sería posible entregar como dividendos las utilidades de años previos que no habían cambiado de ubicación en el patrimonio. En cambio, la utilidad capitalizada solo podrá ser entregada en dinero al accionista si se tramita una reducción de capital cumpliendo con los requisitos del artículo 145 del Código de Comercio, incluyendo la autorización de la Superintendencia de Sociedades y, eventualmente, del Ministerio del Trabajo. En síntesis, los dividendos en acciones favorecen a la facción que prefiere no distribuir caja y perjudican al grupo familiar que requiere dinero para su vida diaria; después de todo, de poco sirve recibir unas acciones que no tienen mercado ni liquidez.

La otra posibilidad, en cuanto a los dividendos en acciones, es que la asamblea permita que cada accionista determine libremente si recibe acciones o dinero o que lo propio suceda, de conformidad con el artículo 455 del Código de Comercio¹², cuando la aprobación de tal decisión no cuente con la mayoría mínima del 80 % de los títulos representados en la respectiva reunión, o cuando se configure una situación de control. Que unos accionistas reciban acciones y otros dineros puede ser una situación de alto riesgo, especial y paradójicamente, para estos últimos. En efecto, y si las acciones se distribuyen como dividendo a un valor bajo o inferior a su precio de mercado, quienes reciben dividendos en dinero podrán ver reducidas o diluidas, más que proporcionalmente, sus participaciones en el capital. De paso, adviértase que, si bien recibir dinero en vez de acciones puede ser la decisión errónea por la razón ya indicada, muchas veces el asociado no tiene otra opción porque requiere el efectivo para sobrevivir.

12. Aplicable a las S. A. S. a menos que sus estatutos consagren lo contrario (artículo 45 de la Ley 1258 de 2008).

Esta situación sucedió, tal cual, en el caso María Victoria Solarte v. CSS Constructores S.A. (Superintendencia de Sociedades, 2015) en el que el dividendo en acciones permitió a quienes tenían una participación ligeramente inferior al 50 %, quedar, luego de tal transacción, con un porcentaje levemente por encima de tal cifra y, por supuesto, con la mayoría y el control de la sociedad.

También puede ocurrir que una sociedad no distribuya dividendos porque no genera utilidades o porque la asamblea decide reinvertirlas, pero que sí les entregue caja a los accionistas a través de préstamos. Aunque tales contratos de mutuo con la sociedad como acreedora y los asociados como deudores no son ilegales per se siempre y cuando estén dentro de su objeto social, sí son sospechosos y lejanos a lo ideal, no solo porque pueden terminar siendo dividendos disfrazados, sino también porque pueden desviar la caja de la sociedad. Esto genera restricciones de liquidez para actos de mayor relevancia empresarial como la compra de insumos para producir, e, igualmente, afecta la prenda general de los acreedores externos.

En un tema final, surge la pregunta de si los accionistas de una compañía familiar deberían pactar una cláusula compromisoria que le dé competencia a un tribunal arbitral para resolver sus controversias o dirimir estas mediante la jurisdicción ordinaria, que suele ser la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades (artículos 44 de la Ley 1258 de 2008 y 44 del Código General del Proceso).

No es posible una respuesta general porque depende de muchos factores como la disponibilidad de los accionistas a pagar honorarios a un tribunal arbitral o el deseo, mediante este, de evitar una segunda instancia o de que la decisión la tome un funcionario perteneciente a la rama ejecutiva y ligado a una doctrina posiblemente monolítica de la Superintendencia de Sociedades. Con todo, sobresale como factor común relevante el número de accionistas. Recordando que, de conformidad con los

.....

artículos 40 y 41 de la Ley 1258 de 2008, el pacto arbitral en las S. A. S. requiere unanimidad, parece natural prever que un acuerdo en tal sentido sería más difícil de lograr cuando los asociados son muchos y, en contraste, más fácil y, posiblemente, de mayor utilidad cuando son pocos, como solo dos o tres.

4. Las ventajas de la S. A. S. para las sociedades familiares

Sin lugar a discusión, y en opinión del autor de este texto, la S. A. S. es la mejor sociedad para una compañía familiar tanto por sus numerosos aspectos positivos como por la debilidad de su competencia, dado la poca funcionalidad económica de los demás tipos societarios.

La S. A. S. es un tipo societario de primera división, mientras que los demás son de segunda, por no mencionar una categoría inferior. La sociedad anónima es muy burocrática, exigiendo junta directiva¹³ y revisor fiscal así estos órganos no sean de utilidad y solo siendo posible para familias de, al menos, cinco miembros. La sociedad de responsabilidad limitada, además de engorrosa por trámites que requieren escritura pública, como la constitución y la cesión de cuotas, es peligrosa por la solidaridad de sus socios con la compañía por deudas fiscales (artículos 793 y 794 del Estatuto Tributario) y laborales (artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo). La comandita, fuese simple o por acciones, era útil cuando no existía la S. A. S. para la transferencia de patrimonios entre generaciones y por tener dos tipos de socios diferentes, unos gestores y otros inversores, pero hoy es anacrónica y

13. La junta directiva en sociedades familiares de pocos miembros y de reducido tamaño y complejidad no parece necesaria, sino más bien una burocracia que sustraería tiempo y dinero social. Tal junta si sería útil en sociedades familiares de una generación avanzada, cuyos accionistas sean numerosos primos distantes y en la que sea conveniente contar con un órgano intermedio entre una asamblea, que por logística no puede reunirse muy seguido, y un representante legal que, para una compañía de capital disperso, no debe tener demasiada libertad. La ventaja en la S. A. S., según el artículo 25 de la Ley 1258 de 2008, es que tal junta puede ser elegida por métodos diferentes al cociente electoral, no tiene un número mínimo de miembros y no exige suplentes, que pocas veces son útiles (Reyes, 2010, p. 211).

riesgosa al basarse, parcialmente, en las normas de la sociedad de responsabilidad limitada, por los posibles abusos del socio gestor y por las dificultades que generaría su ausencia temporal o absoluta (Mendoza, 2019). Finalmente, la colectiva es un fósil viviente donde la responsabilidad solidaria e ilimitada de sus socios (artículo 294 del Código de Comercio) explica por qué en 2018 solo dos de las más de doce mil compañías que reportaron estados financieros a la Superintendencia de Sociedades eran sociedades colectivas (Superintendencia de Sociedades, Sistema Integrado de Información Societaria, 2020).

Con todo, y a pesar de que más del 99 % de las sociedades que se constituyen en Colombia son S. A. S. (Reyes, 2018, p. 383), sean familiares o no, todavía subsisten muchas compañías en la forma de limitadas, anónimas o comanditas (Confederación de Cámaras de Comercio, 2019)¹⁴ debido a que, equivocadamente, el artículo 31 de la Ley 1258 de 2008 exige unanimidad para la transformación. Sobra decir que tanto para sociedades familiares como en otros contextos puede ser común que una transformación de una sociedad de un tipo tradicional a S. A. S. se vea frustrada porque no se obtuvo el voto de unas pocas de las miles o millones de acciones en que se divide el capital, ya sea porque el accionista disidente está enemistado con los mayoritarios y ejerce irrazonablemente un derecho de veto o, simplemente, porque se desconoce su paradero.

La consecuencia, entonces, es que muchas familias quedan atrapadas, sin posibilidad de migración, en tipos societarios ineficientes y solo viendo desde la lejanía, con ilusión, pero con impotencia, el tipo societario ideal para sus negocios. Como ilustración de esta situación, aunque en un contexto de escisión parcial, véase la Sentencia 801-000011 del 20 de febrero de 2013

14. En respuesta a derecho de petición, y con corte al 9 de agosto de 2019, la Confederación de Cámaras de Comercio de Colombia (Comfecámaras) reportó la existencia de 446.840 sociedades distribuidas en 383.920 S. A. S.; 41.525 sociedades de responsabilidad limitada; 12.340 sociedades anónimas; 9.021 sociedades en comandita simple o por acciones; y 34 sociedades colectivas.

de la Superintendencia de Sociedades (Carlos Hakim Daccach v. Cypotec S.A.) en la que el juez societario decretó la nulidad absoluta de una escisión de una sociedad anónima cuya beneficiaria era una S. A. S. nueva, al haber sido aprobada por el 99,998 % de las acciones suscritas y no, como lo exige la ley, por el 100 %.

Dejando atrás los aspectos negativos de los tipos societarios tradicionales y enfatizando en lo positivo de la S. A. S. en contextos familiares, esta tiene la gran ventaja de ser un molde flexible que se adapta a los requerimientos e intereses de los accionistas en cuestión, según las particularidades de sus negocios. Esto se debe a la mayor libertad contractual que concede la ley societaria que da prioridad a las estipulaciones estatutarias sobre las normas del Código de Comercio (artículo de la Ley 1258 de 2008). Además, hace inaplicables ciertas prohibiciones del Código, como aquella que impide a los administradores representar acciones diferentes a las propias (artículo 185) que, en sociedades como la anónima, obliga a padres de buena fe a buscar mandatarios remunerados que representen a sus hijos menores en las asambleas.

Dos ventajas adicionales de la S. A. S. consisten en las autorizaciones que otorga el artículo 21 de la Ley 1258 de 2008 para que, de una parte, los accionistas renuncien expresa o tácitamente, al asistir, a la convocatoria a asambleas, evitando así que olvidos sin mala fe por parte de quien cita generen la drástica consecuencia de ineficacia de decisiones sociales (Reyes, 2010, pp. 201-202); y, de otro lado, suceda lo propio con respecto al derecho de inspección con motivo de la aprobación de balances de fin de ejercicio o de transformaciones, fusiones o escisiones.

Una tercera ventaja, de gran importancia, aunque no exenta de riesgos (Gaviria, 2020) se relaciona con las acciones de voto múltiple que el Código de Comercio prohíbe para las sociedades anónimas (artículo 381: “[e]n ningún caso podrán otorgarse privilegios que consistan en voto múltiple.”). Como su nombre lo sugiere, estas acciones multiplican el poder político del accionista

al darle más de un voto por cada título¹⁵, pudiendo ser el múltiplo cualquier número, incluso, no entero o irracional, entre 1 e infinito.

Estas acciones son de gran utilidad en sociedades familiares (desterrando al museo arqueológico a las sociedades en comandita), al permitir que los padres cedan onerosa o gratuitamente a sus hijos un gran porcentaje de los derechos económicos de la compañía familiar, pero conservando el poder político gracias a que las pocas acciones que retienen les siguen permitiendo obtener la mayoría de votos sin necesidad de alianzas (Reyes, 2010, p. 81).

Se separa así el control sobre la compañía, de interés para los patriarcas o fundadores, del derecho sobre los flujos de caja, preferido por los descendientes y que evita la desagradable posibilidad, infrecuente pero no imposible, de que los padres transfieran los bienes a sus hijos para luego, según el conocido adagio de “cría cuervos y te sacarán los ojos”, y por falta de gratitud de estos, terminar sumidos en la pobreza y el olvido.

Ahora bien, un beneficio adicional de las acciones con voto múltiple es que estas no tienen que ser eternas. Por el contrario, pueden pactarse estatutariamente, y suele ser útil hacerlo, así que, una vez muerto su titular y recibidas las acciones por sus herederos o legatarios, estas pierdan su capa mágica, convirtiéndose o degradando en acciones ordinarias que, por definición, solo dan un voto por título (Oficio 220-085176 del 22 de julio de 2009).

15. Una pregunta interesante es si el múltiplo pudiese ser un número mayor que 0 y menor que 1. Aunque no pareciera haber impedimento legal, no pareciera tener mayor sentido esta posibilidad o, al menos, el mismo efecto se podría lograr con múltiplos mayores a 1 (por ejemplo, acciones que dan 1 voto por título se comportan como acciones con voto múltiple si las demás dan medio voto unitario, aunque el mismo resultado se obtendría, de manera más sencilla, con acciones ordinarias que den un voto por título y acciones de voto múltiple que permitan dos votos por acción).

5. Conclusiones

Anna Karenina, de Leon Tolstoi, es famosa en la literatura universal no solo por ser una gran obra, sino por sus primeras palabras que dicen que todas las familias felices son iguales, pero cada familia infeliz lo es a su manera. Algo similar es predicable de las sociedades familiares. Cuando todo va bien, la felicidad y armonía son características comunes que pueden deberse al mérito de los accionistas y administradores, a las características favorables de los mercados, pero también a un adecuado diseño contractual, reflejado en estatutos, acuerdos de accionistas y protocolos de familia que han evitado sabiamente los conflictos.

Cuando los negocios van mal, los conflictos que surgen pueden ser muy variados, dependiendo de factores como la generación de la sociedad, el pasado familiar, la situación financiera, el número de accionistas y la calidad de internos o externos de los administradores.

Estos conflictos pueden resultar muy agrios para los familiares que los sufren, con la posibilidad de que, si la disputa es muy grande, muera no solo la empresa sino también la familia, sin mayores posibilidades de que una u otra resurjan de las cenizas, al no ser aves Fénix. El riesgo asumido así es mayor que en otros tipos societarios porque sus accionistas comprometen también la estabilidad familiar. Con todo, y de manera general, tales conflictos terminan siendo muy útiles, jurídicamente hablando. Esto, porque crean una riqueza jurisprudencial que, si es bien formulada, contribuye gradualmente a la eficiencia del derecho societario al generar precedentes claros que, como complemento de las buenas normas legales, estatutarias y contractuales, eviten controversias futuras parecidas, incrementando así, poco a poco, el número de sociedades familiares “felices” y prósperas. Este texto, sin mayores pretensiones a las de ser novedoso y útil para el lector, mostró algunos de esos conflictos y particularidades que se pueden presentar en sociedades familiares “infelices”, y describió cómo el derecho societario puede ayudar a solucionarlos.

REFERENCIAS

- ▶ Anders, G. (2002). *Merchants of Debt: KKR and the Mortgaging of American Business*. Beard Books.
- ▶ Bebchuk, L. A. y Kastiel, K. (2017). The Untenable Case for Perpetual Dual-Class Stock. *Virginia Law Review*, 103, pp. 585-631.
- ▶ Cabanellas, G. (2020, 1 de abril), Las empanadas y el derecho societario latinoamericano. Blog Societario. <https://www.blogsocietario.com/post/las-empanadas-y-el-derecho-societario-latinoamericano>
- ▶ Confederación de Cámaras de Comercio (2019). Número de sociedades por organización jurídica con corte a 9 de agosto de 2019, en respuesta a derecho de petición radicado el 8 de agosto de 2019.
- ▶ Decreto 410 del 16 de junio de 1971 de la Presidencia de la República. Por el cual se expide el Código de Comercio. DO n.º 33.339.
- ▶ Decreto 187 del 18 de febrero de 1975. Por medio del cual se dictan disposiciones reglamentarias en materia de impuestos sobre la renta y complementarios. DO n.º 34.259.
- ▶ Decreto 624 del 30 de marzo de 1989. Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los Impuestos Administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales. DO n.º 38.756.
- ▶ De Witt Truck Brokers, Inc. v. W. Ray Flemming Fruit Co., 540 F.2d 681 (1976).
- ▶ Donahue v. Rodd Electrotpe Co. - 367 Mass. 578, 328 N.E.2d 505 (1975).
- ▶ Freer, R. D. y Moll, D. K. (2013). *Principles of Business Organizations*. Thomson Reuters.

- ▶ Gaitán, A. y Castro D. (2001). *Sociedades de familia en Colombia*. Superintendencia de Sociedades.
- ▶ Galler v. Galler 32 Ill.2d 16 203 N.E.2d 577 (1964).
- ▶ Gaviria, E. (2004). *Apuntes sobre el derecho de las sociedades*. Señal Editora.
- ▶ Gaviria, J. A. (2020). Los deberes de los administradores de dar trato equitativo a accionistas de diferentes clases, ¿Cómo servir a dos amos con intereses potencialmente contrapuestos sin infringir deberes fiduciarios? *Revista de Derecho Privado*, 40.
- ▶ Ley 1258 de 2008. Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada. Diciembre 5 de 2008. DO n.º 47.194.
- ▶ Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 1995. DO. n.º 42.156.
- ▶ Mendoza, J. M. (2019, 4 de julio). *La comandita: R. I. P.* Ámbito Jurídico, <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/sociedades-y-economia-solidaria/la-comandita-r-i-p>
- ▶ Mercer, Z. C. (2010). *Buy-Sell Agreements for Closely Held and Family Business Owners*. Peabody Publishing.
- ▶ Palmiter, A. y Partnoy, F. (2010). *Corporations, A Contemporary Approach*. West, Thompson Reuters.
- ▶ Parias, A. (2010). La SAS: Una nueva alternativa para las empresas de familia (2010). En Reyes, F. (Coord.), *Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada* (pp. 77-110). Universidad Externado de Colombia.
- ▶ Ramseyer, J. M. (2009). The Story of Ringling Bros. v. Ringling: Nepotism and Cycling at the Circus. En Ramseyer (Ed.), *Corporate Law Stories* (pp. 135-161). Foundation Press.

- ▶ Reyes, F. (2010). *SAS. Sociedad por Acciones Simplificada. Segunda edición*. Editorial Legis.
- ▶ Reyes, F. (2016). *Derecho Societario. Tercera edición*. Editorial Temis.
- ▶ Reyes, F. (2018).. Editorial Legis.
- ▶ Sanín, I. (2010). La SAS remoja las sociedades comerciales y crea, también, nuevos retos. En Reyes, F. (Coord.), *Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada* (pp. 47-64). Universidad Externado de Colombia.
- ▶ Superintendencia de Sociedades. Sentencia 801-000011 del 20 de febrero de 2013. Carlos Hakim Daccach v. Gyptec S.A.
- ▶ Superintendencia de Sociedades. Sentencia 800-44 del 18 de julio de 2014. Isabel Cristina Sánchez v. Centro Integral de Atención del Infractor de Tránsito S.A.S.
- ▶ Superintendencia de Sociedades. Auto 800-2730 del 17 de febrero de 2015. María Victoria Solarte v. CSS Constructores S.A.
- ▶ Superintendencia de Sociedades. Sentencia 800-46 del 11 de mayo de 2016. Edgar Orlando Corredor v. Induesa Pinilla & Pinillas S. en C. y Juan Manuel Pinilla.
- ▶ Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-005299 del 9 de febrero de 2005.
- ▶ Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-038746 del 9 de junio de 2008.
- ▶ Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-057533 del 26 de marzo de 2009.
- ▶ Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-07246 del 12 de mayo de 2009.
- ▶ Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-085176 del 22 de julio de 2009.
- ▶ Wilkes v. Springside Nursing Home, Inc. - 370 Mass. 842, 353 N.E.2d 657 (1976).





**CAMARA DE COMERCIO®
DE MEDELLIN PARA ANTIOQUIA**

Tu mejor socio.

ENCUÉTRANOS



ESCÚCHANOS



cámarafm95.9®

camaramedellin.com