

“Todo eso era de mi abuelo”

LOS PROTOCOLOS DE FAMILIA

*Un análisis a su naturaleza, regulación, problemática y necesidad de regulación en el Derecho
Colombiano.*

POR

LUIS ALFONSO SÁNCHEZ LÓPEZ

ARTÍCULO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE MAESTRÍA EN DERECHO Y

ESPECIALISTA EN DERECHO EMPRESARIAL

DIRECTOR

FERNANDO GANDINI AYERBE PhD

UNIVERSIDAD ICESI

CALI

2019

ÍNDICE

ABSTRACT.....	3
1. Introducción.....	4
2. Antecedentes Históricos.....	5
3. Las Sociedades de Familia o Empresa Familiar.....	7
4. Los Protocolos de Familia.....	10
4.1. La normatividad aplicable en Colombia a los protocolos de familia.....	12
4.2. Los protocolos de familia en la doctrina.....	18
4.3. Obligatoriedad.....	20
4.3.1. Como contrato.....	20
4.3.2. En los Estatutos.....	21
4.3.2.1. Como acuerdo de accionistas.....	22
5. Conclusiones.....	24
6. Bibliografía & Referencias.....	25

ABSTRACT

El setenta por ciento de las sociedades en Colombia son sociedades de familia, lo que significa que se encuentran en control de personas vinculadas por un lazo consanguíneo o de afinidad, sin embargo, de ese setenta por ciento, solo el doce por ciento sobreviven a la tercera generación; esto es aproximadamente en 60 años, principalmente por problemas administrativos y disputas internas. Esta investigación analiza la figura jurídica de los protocolos de familia como solución a este problema, en principio estudiando conceptualmente lo que implica la sociedad de familia y los protocolos de familia, para posteriormente enmarcar estos parámetros dentro de los lineamientos normativos que trastocan el tema dentro de la legislación colombiana.

De esta manera se evidenciarán vacíos normativos relacionados con la figura de la sociedad de familia y sus implicaciones, además de sus limitaciones en el marco del conflicto de intereses objetivo que surge de la relación de los miembros, Demostrándole al lector, la necesidad de regular o al menos de reconocer esta figura jurídica a fin de brindar garantías especiales en el marco de posibles conflictos y teniendo en cuenta la importancia social que representa el setenta por ciento de las sociedades en la economía de un país como Colombia.

ABSTRACT

Seventy percent of the societies in Colombia are family societies, which means that they are in control of people linked by a kindred or affinitative bonds, however, of that seventy percent, only twelve percent survive until the third generation; this is approximately 60 years, mainly due to administrative problems and internal disputes. This research analyses the legal concept of family protocols as a solution to this problem, in principle studying conceptually what the family society implies and family protocols, to later frame these parameters within the normative guidelines that disrupt the issue within Colombian legislation.

In this way, normative gaps related to the societal figure of the family and its implications, in addition to its limitations in the context of objective conflict of interests that arises from the relationship of the members, demonstrating to the reader, the need to regulate or at least recognise this legal concept in order to provide special guarantees in the framework of possible conflicts and taking into account the social importance of the seventy percent of the societies in the economy of a country like Colombia.

1. INTRODUCCIÓN

Un porcentaje mayoritario de las sociedades comerciales en Colombia, pertenecen a familias, ello las incluye en una categoría denominada *Sociedades de Familia*, estas sociedades representan una mayoría no solo en Colombia, sino en grandes cantidades de países como lo recalca la superintendencia de sociedades al revelar que, en países como Estados Unidos, Italia, Suiza, Inglaterra y España, estas sociedades superan el 50% de las sociedades comerciales vigentes en dichos países (2006).

Sin embargo, dichas sociedades han demostrado tener una expectativa de vida alarmante en términos socio-económicos, de esta forma el informe de la Superintendencia revela que “(...) *solamente el 12% pasan a la tercera generación. Una de las razones más importantes para que las empresas de familia no perduren es la falta de preparación para la sucesión, tanto en la propiedad como en la administración de la empresa.*” (2006).

Lo anterior vislumbra una figura jurídica que nace como respuesta a esta problemática, ya desde tiempos pasados, esta respuesta son *los protocolos de familia*, ellos representan una planeación a futuro y una preparación de este tipo de sociedades ante el paso de las generaciones, que en países como España han encontrado cabida en la legislación, pero que en Colombia recae en la creatividad de los abogados empresariales y consultores especializados el darle forma.

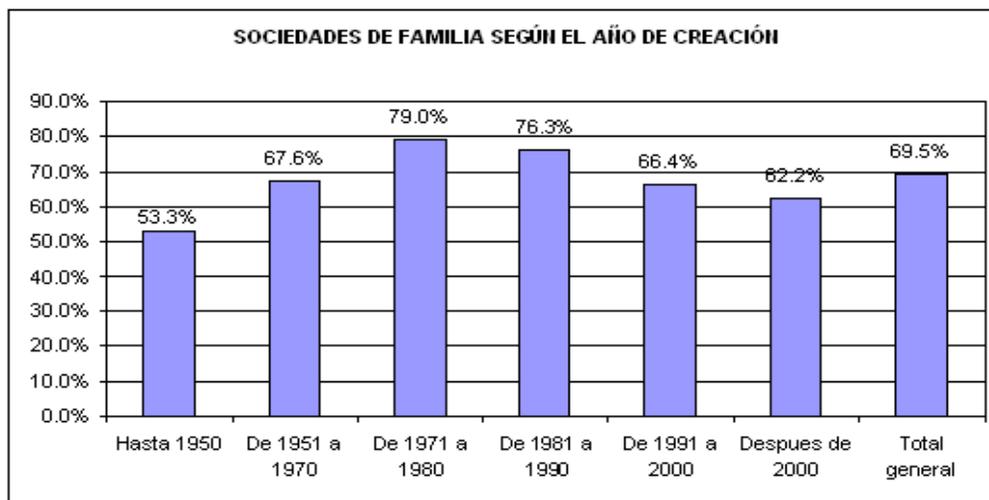
Así las cosas, este artículo brindará al lector una claridad conceptual sobre el que son los protocolos de familia en el marco de las sociedades igualmente familiares, referenciando una serie de elementos normativos que pueden marcar una hoja de ruta al momento de su creación y que además vislumbra la necesidad de reconocerlos en la legislación colombiana.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Lograr precisar el momento exacto en que los protocolos de familia nacieron a la vida jurídica, resulta una tarea esotérica, en la medida que su naturaleza reservada ha evitado su publicidad y sus inicios verbales no han dejado registro, salvo en las familias que llevan desarrollando empresa desde tiempos pasados, y, sin embargo, estos acuerdos se presentan más como mitos, que como documentos jurídicos relevantes.

En tal sentido autores como **TAPIES & CEJA** afirman que *“El término protocolo de familia nace en la década de los ochenta, hace más de veinticinco años, cuando las empresas familiares reconocen que la relación entre empresa y familia deben ser reguladas a través de un conjunto de normas y patrones de funcionamiento.”* (2011, pág. 6). Situación que va de la mano con los datos presentados por la Supersociedades, que evidencian que los años ochenta fueron los de mayor crecimiento en materia de sociedades de familia (Ver Gráfico 1)

Gráfico 1



(Superintendencia de Sociedades, 2006)

En el mismo sentido autores como **SERNA & SUÁREZ** aseveran que *“Este tema de los protocolos de familia ha sido considerado y llevado a la práctica en países como Francia y Canadá, por lo que allí su desarrollo es muy completo.”* (2005, pág. 119)

En materia legislativa en España el Real Decreto 171 de 2007 en su artículo 2 define los protocolos de familia como:

“(…) aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad.”

Adicional a ello la norma mencionada incluye elementos importantes, como la publicidad de los protocolos, lo que generaba el fenómeno de oponibilidad, es decir, la fuerza vinculante con terceros.

Para finalizar las consecuencias de la ausencia de estos protocolos en el desarrollo de las empresas de familia pueden generar pérdidas considerables, y hasta la extinción de las empresas mismas, y su implementación sistemática puede llevar a las empresas familiares a ser referencias de excelentes gobiernos corporativos como es el caso del Grupo Carvajal, tal y como lo referencian **GUZMAN, TRUJILLO & GONZALEZ**, al relatar el éxito del mencionado grupo al afirmar que *“(…) Existen ciertas circunstancias bajo las cuales los esfuerzos que hacen los herederos en la gerencia pueden ser similares a los del fundador y mayores a los de los gerentes externos.”* (2010).

3. LAS SOCIEDADES DE FAMILIA O EMPRESA FAMILIAR

En primera instancia para hablar de protocolos de familia es necesario definir a las sociedades de familia o Empresas Familiares. Las cuales obtienen su reconocimiento normativo en el Código de Comercio (Decreto 410 de 1971), específicamente en su artículo 102 que establece:

“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.”

Ello representa el reconocimiento normativo de la época sobre la importancia de las sociedades de familia y empresas familiares en la economía, adicional a su primer reconocimiento legal, el Código de comercio dispuso para dichas sociedades excepciones a la normatividad general, específicamente en lo relacionado al conflicto de intereses¹, que en términos generales para la Superintendencia de Sociedades ha sido expuesto como las relaciones consanguíneas o de afinidad².

Así las cosas, el Código de comercio en su artículo 445 previendo dicha situación en las Juntas directivas de las sociedades de familia determinó que:

¹ AL respecto precisa GARCÍA que *“El conflicto de intereses es una situación de hecho que se presenta cuando concurren en cabeza del administrador el interés de la sociedad y su propio interés, en este caso el administrador se encuentra ante una situación donde hay una contraposición entre sus deberes con la sociedad y la satisfacción de su interés personal. Cuando se presenta esta circunstancia el administrador debe anteponer el interés de la sociedad sobre su propio interés.”* (2015)

² Al respecto ver oficio 220-055984 de la Superintendencia de Sociedades del 20 de abril de 2018

*“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.** Si se eligiere una junta contrariando esta disposición, no podrá actuar y continuará ejerciendo sus funciones la junta anterior, que convocará inmediatamente a la asamblea para nueva elección.*

Carecerán de toda eficacia las decisiones adoptadas por la junta con el voto de una mayoría que contraviniera lo dispuesto en este artículo.”

Posteriormente el Artículo 6 del Decreto reglamentario 187 de 1975 determinó los eventos en que se considera una sociedad comercial como una de familia, al respecto precisó que *“Se considera de familia la sociedad que esté controlada económica, financiera o administrativamente por personas ligadas entre sí por matrimonio o por parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o único civil.”* reafirmando así lo dicho en términos coloquiales por el artículo 102 del Co. de co. En este orden de ideas la Supersociedades al respecto ha precisado que:

*"La moderna sociedad de familia es, pues, una sociedad anónima, que se constituye con el propósito, casi siempre el único, de ir involucrando a **los miembros de una familia en la explotación del negocio iniciado y dirigido por el padre,** tratando de lograr la unidad e incremento del patrimonio de la estirpe e ir asegurando que al momento del fallecimiento de la cabeza visible continúe sin tropiezo alguno el desarrollo de la explotación del negocio familiar, regida por una personalidad (la de la sociedad), que no se ve afectada*

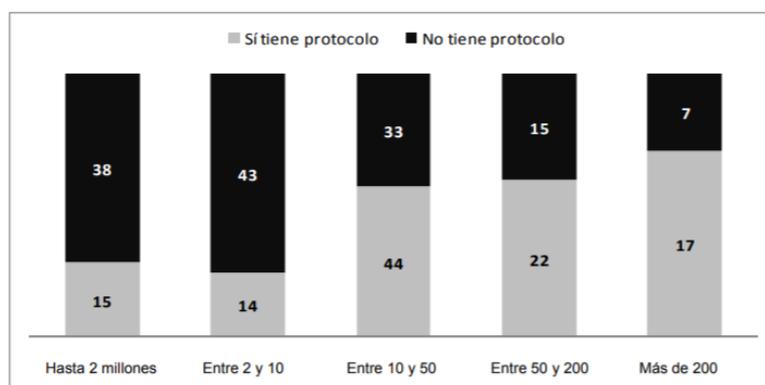
por los cambios sobrevenidos en los miembros que la componen" (Concepto 220-14426, Sociedades de Familia), (subrayado y negrilla fuera del texto original).

Por Último, es importante resaltar que la Ley 905 de 2004 intentó ser más explícita al momento de definir las sociedades de familia o empresas familiares, las llamo Famiempresas, el texto normativo en su artículo 2 dispuso que *"Para todos los efectos, se entiende por micro incluidas las **Famiempresas pequeña y mediana empresa**, toda unidad de explotación económica, realizada por persona natural o jurídica (...)"*.

Es así que la S.F. es aquella empresa que se encuentra controlada mayoritariamente por miembros de un **núcleo** familiar.

Ahora bien, según el estudio realizado por **TAPIES & CEJA** (Grafico 2), se evidencia que, en las empresas con mayor número de rentabilidad, es mayoritario el uso de los protocolos de familia, ello en contraste con la "esperanza de vida" de las empresas familiares, refleja la importancia de los mismos, para garantizar la continuidad de la empresa (2011).

Grafico 2³

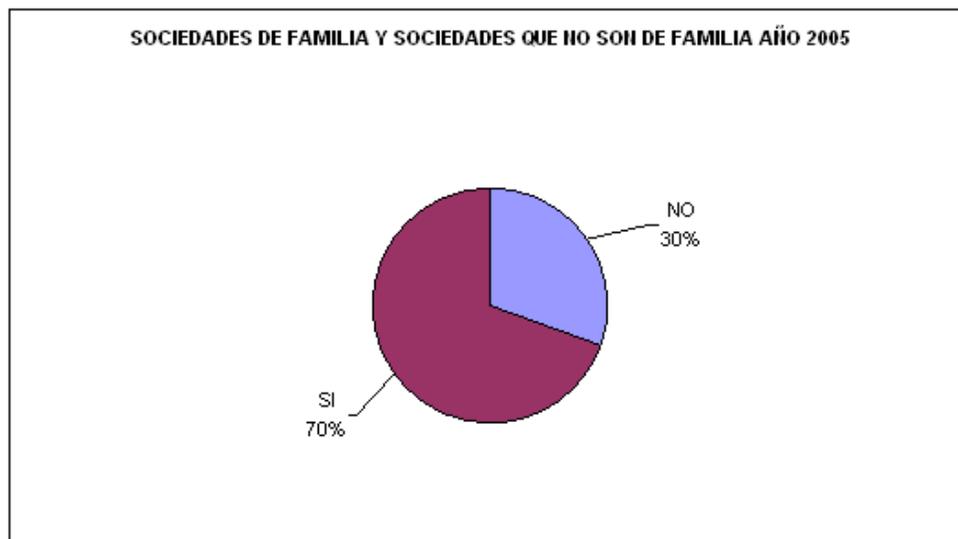


³ La grafica 2 se encuentra representada en millones de euros

4. LOS PROTOCOLOS DE FAMILIA

Las sociedades familiares como se ha mencionado anteriormente representan un porcentaje mayoritario de las sociedades totales el mercado, Según la Supersociedades para el año 2005 representaban el 70% de las sociedades en Colombia, como puede apreciarse en el gráfico 3:

Grafica 3



(Superintendencia de Sociedades, 2006)

Las Sociedades de Familia son por la calidad de sus miembros, empresas que están sujetas a pasiones por los lazos emocionales y sanguíneos que une a sus integrantes, sin contar con los problemas propios que se suscitan en las Familias.

Lo anterior implica en términos de gerencia jurídica un riesgo previsible, de tal forma que según el profesor **LOZANO**:

“Aunque aún falta investigar en Latinoamérica sobre los orígenes y las consecuencias de los conflictos en las empresas familiares, la Literatura mundial existente sobre este tópico se ajusta en gran medida a las vivencias que se dan en las organizaciones de propiedad familiar de nuestro continente” (2000).

Sin embargo, esto no es nuevo, existe un mecanismo que se ha previsto a nivel global frente a estos riesgos previsibles, y ellos son una serie de procedimientos, reglas, soluciones, etc. que se enmarcan en lo que se conoce como protocolos de familia.

Los protocolos de familia son en principio un contrato atípico, es decir, lo que **SALCEDO** define como *“aquellos que la ley no ha regulado en sus aspectos esenciales” (2013)*, si bien es cierto, el término *protocolos* hace referencia a una “secuencia detallada de un proceso de actuación científica, técnica, médica, etc.”⁴. Los protocolos de familia incluyen compromisos y obligaciones permisivas y restrictivas, lo que implica que, pese a ser llamado protocolos es por definición un contrato, dado que se ajusta al concepto de contrato del Código Civil Colombiano, el cual establece en su artículo 1495 que “(...) es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.”

Ahora bien, los protocolos de familia aunque son un o una serie de actos que puede reunir elementos de *hacer* y de *no hacer*, por su naturaleza trastoca regulaciones que van desde el derecho de familia; tales como la exigencia de capitulaciones matrimoniales⁵, especificaciones

⁴ Esta es uno de varios conceptos o significados aceptados por la Real Academia de la Lengua española, si bien cierto, los protocolos como concepto agrupa una gran cantidad de significados, el que más se adapta al presente escrito es el expresado.

⁵ Las capitulaciones matrimoniales se encuentran reguladas en su forma general en el Código Civil, Libro cuarto, título XXII, Capítulo I, artículos del 1771 al 1780.

testamentarias⁶, hasta el derecho de sociedades/comercial; en aspectos como limitación de los accionistas, forma de dirimir conflictos y pasos para tomar decisiones para la empresa entre otras.

4.1.La normatividad aplicable en Colombia a los protocolos de familia

Como primera medida es necesario precisar que los protocolos de familia por su complejidad y atipicidad contractual, son ajenos a la posibilidad de seguir lineamientos parametrizados o en términos prácticos no nacen de una minuta preestablecida.

Pese a ello, al menos desde la visión del derecho, existen posturas más flexibles como la del Profesor **LOZANO** que se han encargado al menos de brindar elementos mínimos⁷ (2000) que deben contener frente a temas de orden general, o como las planteadas por **SERNA & SUÁREZ**, que han procurado determinar las formas o procedimientos para llegar a su elaboración (2005). Con el fin de no tornar el presente escrito en una interminable recopilación de hipótesis se tomarán los elementos que al derecho le competen y a partir de allí, se estructurará a grandes rasgos la normatividad que limita los protocolos de familia.

Antes de darnos a la tarea de fragmentar los elementos, es menester precisar como lo dijimos anteriormente que los protocolos de familia, entendidos como un contrato, nacen en un principio

⁶ La sucesión en términos generales se encuentra regulada en su forma general del Código Civil, Libro tercero, Título I, artículos 1008 al 1443

⁷ El Profesor Lozano plantea tres tipos de estructuras frente a lo que debe contener los protocolos, o, mejor dicho, frente a los temas que debe regular. (2000)

por la autonomía de la voluntad privada⁸, adicionalmente es un contrato accesorio⁹, es decir, nace de la necesidad de regular actividades dentro del desarrollo de otro contrato, que para el presente caso se hace referencia al contrato social (la sociedad comercial), y que sin este último, no habría lugar a la existencia de los protocolos .

En este sentido, el siguiente cuadro presenta un esquema normativo en el marco de los elementos mínimos necesarios dentro de los protocolos, dejando a libertad del lector los límites en cuanto a las regulaciones, asumiendo que esos límites representan la efectividad de los protocolos ante un conflicto judicial.

ELEMENTOS:	NORMATIVIDAD:
<p><i>1. Visión y misión de la familia frente a la empresa.</i></p> <p><i>2. Cláusula Primera: Objeto De los protocolos.</i></p>	<p><i>Código Civil.</i> Artículos 1618, 1621</p>
<p style="text-align: center;"><i>Justificación:</i></p> <p>Las consideraciones contractuales, ligadas al objeto mismo del contrato representan la manifestación de la claridad contractual referida en el artículo 1618 del Código civil y son una garantía real ante eventuales conflictos, pues recordemos que <i>“Conocida claramente la</i></p>	

⁸ En palabras de la H. Corte Constitucional Colombiana según sentencia C-934 de 2013 la autonomía de la voluntad privada es *“la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación.”* (C-934, 2013)

⁹ El Código Civil Colombiano precisa en su artículo 1499 que *“El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, y accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella.”*

intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”, Adicionalmente y como lo expresa el artículo 1621 ibídem que “En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato.”

3. Cláusula Segunda: Principios y valores de la familia y la empresa

Aspectos Administrativos

Justificación:

En términos generales los principios y valores aunque importantes, nacen de la autonomía de la voluntad de los miembros de la familia y representan por ello la determinación escrita de los valores que la fundan, o en palabras de la Corporación andina de Fomento (CAF) la representación de su idiosincrasia e identidad familiar¹⁰ (2010) en otras palabras no existen normas que regulen estos aspectos, sin embargo, los mismos deben ser claros, no pueden tornarse abstractos, pues podrían ser confundidos con la naturaleza de los protocolos .

4. Cláusula Tercera: Solución de conflictos.

La ley 1563 de 2012 , Artículos del 59 al 61.

Justificación

En materia de resolución de conflictos, si bien es cierto la cláusula arbitral o en general el arbitraje; puede resultar como una salida obvia, los altos costos que ello conlleva han tornado en los últimos años esta figura en una opción poco recomendable, sin embargo, no deja de ser una opción por su celeridad respecto de la justicia ordinaria. De ello es importante recalcar que como lo que implican los protocolos de familia, en esencia, es la autonomía de la voluntad privada, posibilita normativamente que la familia empresaria decida un tribunal que no necesariamente fallará en derecho, es decir, que puede ser decidido en equidad o de manera técnica, lo que permite que la discusión pueda plantearse en el marco de principios familiares o en su defecto lo que conviene más a la empresa.

Adicional a esto; y sin excluir el arbitraje. Considero a mi juicio, que la figura del amigable

¹⁰ Al respecto la CAF afirma en relación a los protocolos de familia que “*aunque tienen que cubrir una serie de puntos universales, no deben ser documentos abstractos. Al contrario, deben responder, tener en cuenta, partir de, las idiosincrasias de cada familia y de su identidad en cuanto que familia sosteniendo una empresa familiar con vocación de continuidad.*” (2010, pág. 53)

componedor¹¹ es más propia en el marco de las relaciones familia/empresa, pues en primera instancia, el amigable componedor no necesariamente debe ser abogado, lo que implica que la Familia Empresaria delegue a un tercero¹² de confianza la calidad de mediador, adicionalmente, la fuerza vinculante de la decisión o acuerdo (si lo hubiera) adquiere calidades ejecutivas; es decir, puede implicar acudir a un Juez para hacer cumplir lo acordado.

<p>5. Cláusula Cuarta: Propiedad.</p>	<p>Código de Comercio Artículos 154, 155, 187, 388, 396, 403, 407 y 417 Ley 222 de 1995 Artículos 63, 64, 75, 78 Código Civil. Libro cuarto, título XXII, Capítulo I, artículos del 1771 al 1780.</p>
--	---

Justificación

Cuando se habla de propiedad en los términos expresados por el Profesor **LOZANO**, hablamos de rendimientos (utilidades), Reservas¹³ y sobre prever las capitulaciones (2000).

En lo que respecta al protocolos de familia se debe precisar que existen limitaciones legales en lo referente a las Utilidades y su distribución, en consecuencia, si se analiza desde los protocolos fuera de los estatutos, se debe precisar que la Familia empresaria debe poseer al menos el 78%¹⁴ de las acciones a fin de imponer su voluntad respecto de las utilidades, de lo contrario se someten

¹¹ Así mismo lo manifiestan **SERNA & SUÁREZ**, al explicar de forma más precisa la figura, adicionalmente establecen un “camino” en este sentido, precisando el Consejo de Familia como primer órgano, el amigable componedor en segunda instancia, y el Tribunal arbitral como órgano de cierre (2005, pág. 138)

¹² Este tercero debe inscribirse en el centro de arbitraje escogido por la Familia empresaria para la resolución de sus conflictos, y debe cumplir con los siguientes requisitos mínimos: Ser ciudadano en ejercicio, No registrar antecedentes fiscales, penales y disciplinarios y acreditar conocimiento en técnicas de negociación y uso y aplicación de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

¹³ Cabe mencionar que existen tres clases de reservas; Las legales, ocasionales y estatutarias. Como su nombre lo indica, las legales se encuentran reguladas en la Ley según el tipo de sociedad que se desee constituir, las ocasionales son realizadas con un propósito y/o término establecido y las estatutarias son las que son establecidas en el contrato social o estatutos, ellas representan un porcentaje de las utilidades antes de ser repartidas estas últimas a los socios.

¹⁴ El Cód. de co. establece en su artículo 155 que:

“Salvo que en los estatutos se fijare una mayoría decisoria superior, la distribución de utilidades la aprobará la asamblea o junta de socios con el voto favorable de un número plural de socios que representen, cuando menos, el 78% de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión.

Cuando no se obtenga la mayoría prevista en el inciso anterior, deberá distribuirse por los menos el 50% de las utilidades líquidas o del saldo de las mismas, si tuviere que enjugar pérdidas de ejercicios anteriores.”

a lo establecido primordialmente en el artículo 155 del Código de comercio, En otras palabras, las limitaciones a las Utilidades deben hacerse con sumo cuidado so pena de resultar ineficaces.

En lo referente a las Reservas, la sociedad de familia al momento de la constitución de la empresa debe acordar las reservas para compra de acciones a terceros o miembros que decidan no participar en la Empresa Familiar en determinado momento, sin embargo, este punto resulta complejo, en la medida que es la empresa en general (si no se determina una sociedad controlante conformada únicamente por la Familia Empresaria) la que adquiere las acciones, ergo, se incrementa en partes iguales el porcentaje de los accionistas.

Frente a las capitulaciones, es menester precisar que bien pueden estar incluidas en los protocolos , pero el riesgo frente a terceros es por mucho algo que trastoca derechos fundamentales, dicho de otra forma, si la persona que se encuentra frente a la posibilidad de capitular no accede, la solución más viable es ofrecer comprar las acciones o ejecutar un compromiso contractual en el evento en que se haya optado en los protocolos de familia como contrato.

<p>6. Cláusula Quinta: Dirección y gestión</p>	<p>Cód. de co. Artículo 110.</p>
<p style="text-align: center;">Justificación.</p> <p>Al respecto es menester precisar que salvo algunos elementos esenciales establecidos en el artículo 110 del Código de comercio sobre los “requisitos para la constitución de una sociedad”, Existe un amplio margen de libertad al momento de construir el contrato social¹⁵, al respecto es importante precisar que adicionalmente a los elementos esenciales, los socios /familia pueden constituir órganos dentro de los estatutos, que para el caso concreto y siendo común en los textos consultados en especial en las posturas de SERNA & SUAREZ (2005) y MENDOZA & MENDOZA (2017) se debe constituir el órgano denominado Consejo de Familia.</p>	
<p>7. Cláusula Sexta: Relación intrafamiliar frente al entorno.</p>	<p>Aspecto Administrativo / Familiar</p>
<p style="text-align: center;">Justificación.</p> <p>Este punto, aunque importante, se aparta por su naturaleza de las posibilidades de regulación normativa, pues está encaminado a la buena relación entre los integrantes de la familia, ello implica situaciones lejanas a la empresa; pese a influir en la misma.</p>	

¹⁵ Al respecto es necesario precisar que existen una variedad de formas societarias en la que por ejemplo se encuentra la Sociedad por Acciones Simplificadas – SAS que permiten omitir ciertos órganos sociales o cargos como por ejemplo la Junta Directiva.

Sin embargo, los protocolos como contrato sí puede generar modos o responsabilidades de fomento a ciertos familiares.

8. Cláusula Séptima: Familia allegada y miembros no familiares.

Aspecto Administrativo / Laboral

Justificación.

Los seres humanos somos sociables por naturaleza, este axioma se ve reflejado en las relaciones de hermandad que muchas familias construyen a través de los años, es aquí primordialmente donde se generan figuras de autoridad en las familias que resultan ser externas a ellas, amigos de los padres, vecinos, empleados.

La importancia de estos terceros radica en una parte en el conocimiento de las relaciones al interior de la familia y en el caso de los empleados, un conocimiento profundo de la empresa, su forma e historia/evolución. De allí, que se da el tercero de confianza, nombrado anteriormente, esa persona que por su conocimiento ostenta la calidad de ser a futuro un amigable componedor y/o mediador de las relaciones familiares, y con los empleados en un consejero de la empresa.

9. Cláusula Octava: Compromiso de la familia con la empresa.

Aspecto administrativo

Justificación.

Este aspecto se enfoca más en lo llamado en el mundo de la administración como las políticas o manuales de Gobierno Corporativo, y que más allá de plantear la misión y visión de la empresa, representan un plan de acción a determinado tiempo.

10. Cláusula Novena: Modificaciones al protocolos y derecho al voto

Código Civil
Artículo. 1501

Justificación.

Los protocolos de familia son por sus alcances a semejables a una constitución política, en tal sentido debe prever su modificación con el transcurrir de los años, en principio por el cambio socio-económicas propio del paso del tiempo y en segundo lugar por las regulaciones (normas) que eventualmente van regulando aspectos específicos de las relaciones humanas.

Adicionalmente, debe tenerse presente que si bien los protocolos de familia es un contrato atípico tiene elementos esenciales y una naturaleza específica, es decir, cualquier modificación debe estar dentro del marco de los requisitos inamovibles.

11. Firma de compromiso.

Código Civil
1502, 1505 y 1506

Justificación.

La voluntad es un elemento esencial de los contratos y en general de contraer obligaciones; y si bien nuevas tecnologías dan la posibilidad de firmas digitales o aceptación por medios de verificación. La firma de mano de las partes de un contrato es la forma más conocida.

Ahora bien, si bien es cierto en las partes anteriores no se ha hecho mención de las sucesiones, es decir de dejar todo en orden a través de un testamento u otra forma que permita transferir la propiedad de alguna cosa (acciones en el caso en particular) nuestro código civil da la posibilidad de obligar a un tercero incapaz (un menor), específicamente en su artículo 1505 y 1506¹⁶, permite que el accionista se comprometa por su estirpe.

4.2. Los protocolos de familia en la doctrina.

En primera instancia y después de haberle brindado al lector elementos suficientes, es necesario precisar que, en mi opinión, los protocolos de familia son un contrato complejo, y que, pese a su atipicidad en la legislación colombiana, tienen una naturaleza particular, que la doctrina se ha encargado de limitar, por ejemplo, autores como **TAPIES & CEJA** precisan que:

“se entiende por protocolos como un acuerdo aprobado y firmado por aquellos sobre quienes recae dicho procedimiento (parientes y socios), con el fin de anticiparse a posibles problemas, para que haya regulación entre la gestión y manejo de la entidad, así como buenas relaciones entre los integrantes” (2011, pág. 42)

¹⁶ ARTÍCULO 1505 EFECTOS DE LA REPRESENTACIÓN. Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo.

ARTÍCULO 1506. ESTIPULACIÓN POR OTRO. Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él.

Constituyen aceptación tácita los actos que sólo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato.

Así mismo la Cámara de Comercio de Bogotá lo describe como:

“(...) un acuerdo entre los miembros de familia propietarios de la compañía, con el fin de armonizar las relaciones entre ellos y regular situaciones y actuaciones referentes a su interacción con la empresa.” (2010).

Para **SERNA & SUÁREZ** los protocolos de familia es:

“(...) Una herramienta de vital importancia para las empresas familiares¹⁷, pues en él se plasma “la misión, visión y valores de la familia, relaciones entre familiares, y sus políticas con respecto a la empresa”. Se trata de un documento en el que los miembros de la familia que participan en la empresa se ponen de acuerdo sobre ciertos puntos clave en la forma como se han de manejar las relaciones familiares dentro de la empresa (...)” (2005, pág. 122)

Dicho esto, es correcto afirmar que los protocolos de familia son una hoja de ruta que los fundadores pueden construir o los herederos a fin de prever situaciones que pueden afectar la empresa, preparando de antemano un respaldo jurídico y/o económico a problemáticas que se susciten en las relaciones familiares que afecten la empresa.

¹⁷ Empresa Familiar

4.3.Obligatoriedad

En el Derecho Colombiano los protocolos de familia son en esencia un contrato atípico, como ya se dijo, en consecuencia, su construcción es vista como un pacto moral, que se somete a la voluntad de cumplir de quienes lo suscriben, es decir, carece en la práctica de fuerza vinculante, adicionalmente, representa un elemento que nace de lo más profundo de las empresas familiares, en consecuencia, su reserva se mantiene, a tal punto que en la búsqueda de material para el presente estudio, ninguna mención pudo encontrarse en la jurisprudencia colombiano.

En tal sentido, los protocolos de familia han sido en Colombia un campo de estudio en las ciencias de la administración, poco se ha escrito en Derecho sobre ello, sin embargo, la atipicidad de los contratos representa en el Derecho Privado una oportunidad de análisis por mucho interesante, en la medida en que es el campo litigioso el que se encarga de determinar los alcances de figuras jurídicas, que de una u otra manera se desarrollan en el marco de la responsabilidad, es decir, lo que se tiene o no que hacer.

Como se ha decantado a lo largo del presente documento, los protocolos de familia son un contrato, y como contrato puede ser exigible su compromiso siempre que cumpla con los elementos propios y esenciales del contrato, sin embargo, y pese a la postura que sostengo, lo cierto es que en la práctica existen diversas formas de hacerlo, ya sea bajo la postura de estructurarlo como un contrato o de incluir lo propio en los estatutos de la sociedad familiar.

4.3.1. Como contrato

En primera instancia, si se estructura como contrato¹⁸ debe precisar que se cumpla con elementos propios de este, es decir, que las partes y el objeto de la obligación se enmarque en lo determinado en el artículo 1502 del Código Civil, ello significa que quien lo suscribe sea legalmente capaz, que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio, que recaiga sobre

¹⁸ Al explicar el contrato PEÑA sostiene que *“Una concepción moderna señala que el contrato no solo recoge relaciones jurídicas de contraprestación, debido a la existencia de actos o negocios jurídicos complejos o de colaboración en los que pueden intervenir más de dos partes, que persiguen intereses comunes y por tanto colaboran en su realización.”* (2017, págs. 109-110)

un objeto lícito y que tenga una causa lícita. En este sentido si se decide acoger los protocolos de familia desde el elemento contractual se presentan las siguientes ventajas:

- i) El documento es exigible judicialmente
- ii) Pueden determinarse los alcances de los principios familiares
- iii) Parte de una posición libre, es decir, requiere un consenso entre las partes
- iv) Puede acogerse a las reglas de representación para las generaciones futuras
- v) Genera respaldo frente a la protección del patrimonio mancomunado de la Familia.

Sin embargo, como contrato también puede presentar ciertos inconvenientes:

- i) Está sujeto a la ratificación de las generaciones futuras
- ii) Puede perder su fuerza con el paso del tiempo, tornando cláusulas ineficaces
- iii) Al regular relaciones personales es susceptible de acción de tutela, lo que presenta inconveniente referente a la seguridad jurídica del mismo

4.3.2. En los Estatutos

En materia societaria los estatutos¹⁹ representan mayor garantía en el paso del tiempo, en primera instancia, pues la obligatoriedad se presume con la propiedad de las acciones, sin importar que las mismas se hubieran adquirido mediante sucesión, es decir, no requiere una aceptación o ratificación de la estirpe y genera una separación de bienes que protegen el patrimonio de la familia empresaria al estar separada del individual.

De igual forma, la inclusión en los estatutos y su vinculación a la persona jurídica, brinda la posibilidad incluir condiciones, reglas y estructuras que puedan afectar a terceros en el registro

¹⁹ Los estatutos sociales representan la regulación interna que los fundadores pretendan rijan las relaciones sociales en el marco de la relación mercantil, por supuesto, estas regulaciones, aunque fundamentadas en la autonomía de la voluntad privada, se encuentran regulados en forma y alcance por la regulación normativa.

mercantil, lo que adicionalmente, y como consecuencia de ello genera oponibilidad²⁰ frente a estos, así lo expresan **SERNA & SUÁREZ** al afirmar que:

“Para que sean oponibles estas estipulaciones frente a terceros, es indispensable que ellos la conozcan, para lo cual debe procederse a su inscripción en el registro mercantil, en empresas familiares de tipo societario, este registro puede efectuarse al tiempo que se inscriben los estatutos; pero sí su elaboración fue posterior a la constitución de la sociedad, la inscripción puede realizarse en cualquier momento.” (2005, pág. 126)

Esta última garantía permite que la Sociedad de Familia acepte la inversión externa²¹ garantizando el sometimiento de terceros sobre las condiciones, reglas y estructuras que se hubieran registrado.

4.3.2.1. Como acuerdo de accionistas.

Los acuerdos de accionistas son convenios suscritos por los accionistas para regular las relaciones al interior de la compañía (Arcila Salazar, 2016), o como lo expresa **MEJÍA MEJÍA** al señalar que *“(…) son pactos cuyo objeto principal consiste en regular el ejercicio de los derechos, relaciones e intereses de contenido económico de quienes los suscriben”* (2014).

Ahora bien, estos convenios son denominados como para-estatutarios (como lo cita Arcila Salazar en *Acuerdos de accionistas: normatividad y jurisprudencia, 2014*) y con el paso del tiempo han

²⁰ En palabras de BARBOZA *“La oponibilidad es extensión de los efectos de un contrato. Si en el caso de la concurrencia acreedores se prefiere a uno sobre el otro, significa que el efecto jurídico (rectius, la constitución de una situación jurídica) del reglamento implica el desplazamiento de la titularidad de los otros acreedores y, retomando una división anterior, este desplazamiento puede ser total o parcial dependiendo de la compatibilidad de las situaciones jurídicas que comprometan el aprovechamiento de un bien.”* (2016)

²¹ Lo que se encuentra limitado a la naturaleza de los socios externos a la familia y el porcentaje de participación de estos últimos, pues recordemos que la Sociedad de Familia es aquella que mantiene un control accionario, financiero y/o administrativo sobre la sociedad, adicionalmente, si las acciones se ofrecen sin derecho a voto, es decir, acciones nominativas con derecho preferencial, desaparece la restricciones que se hubieran estipulado sobre la limitación a la venta de acciones en los términos del artículo 407 del Cód. de co. que establece en su inciso final que *“Mientras la sociedad tenga inscrita sus acciones en bolsas de valores, se tendrá por no escrita la cláusula que consagre cualquier restricción a la libre negociabilidad de las acciones.”*

adquirido fuerza vinculante frente a terceros, tal y como sucedió en el caso *Proedinsa Calle & Cía S. en C. contra Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. y otros*²² en donde la Superintendencia determino la fuerza vinculante del acuerdo de accionistas frente a terceros, llevando a cabo un análisis juicioso de la evolución normativa de los acuerdos privados de accionistas frente a terceros²³ (2013)

En dicho orden de ideas, y siendo en la practica la figura más utilizada a fin de materializar lo que nos compete; los protocolos de familia. El acuerdo de accionistas es una figura jurídica que permite la limitación, al menos societaria, en el marco de las Sociedades de Familia.

Sin embargo, parte de las limitaciones de los acuerdos de accionistas radica en que solo regulan relaciones en el marco empresarial, es decir, carecen de especificidad en materia civil.

²² Superintendencia de Sociedades, Sentencia n.º 801-16 de 23 de abril del 2013

²³ Al respecto, la Supersociedades determinó que el artículo 70 de la ley 222 de 1995 que establece que *“Dos o más accionistas que no sean administradores de la sociedad, podrán celebrar acuerdos en virtud de los cuales se comprometan a votar en igual o determinado sentido en las asambleas de accionistas. Dicho acuerdo podrá comprender la estipulación que permita a uno o más de ellos o a un tercero, llevar la representación de todos en la reunión o reuniones de la asamblea. Esta estipulación producirá efectos respecto de la sociedad siempre que el acuerdo conste por escrito y que se entregue al representante legal para su depósito en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad. (...)”*, del mismo modo la Ley 1258 de 2008 en su artículo 24 Dio la posibilidad de que acuerdos privados entre accionistas, tuvieran validez frente a terceros y que además fueran de obligatorio cumplimiento.

5. CONCLUSIONES

En primera instancia el presente artículo evidencia un problema normativo en el marco de las sociedades de familia, el cual radica en su restricción frente al parentesco entre los miembros de la junta directiva, como se puede apreciar de la lectura del artículo 102 y 435 del Código de comercio, no se definió explícitamente que es una sociedades de familia, ello implica de entrada un problema frente a la continuidad de la sociedades de familia, pues el lazo que exige la norma o de la que se puede extraer lo que implica una sociedades de familia solo se entiende a padres, hijos y esposos, esta situación presenta un limbo en la segunda y tercera generación, pues la prohibición de mayorías en la junta directiva se extiende a tercer grado de consanguinidad, es decir, hermanos y primos, situación que casualmente se cruza con la sobrevivencia de las sociedades de familia con el pasar generacional

En segunda instancia y después de analizar la figura de los protocolos de familia; lo que ellos implican y sus alcances. Podemos concluir que como en la legislación española, en Colombia deben analizarse como un grupo de documentos (contratos), que giran en torno a la empresa familiar, pero que más allá de la figura que se use, debe comprender un grupo de contratos; llámese testamento, deber de capitular, reglas de gobierno corporativo, estatutos y acuerdos de accionistas.

Por último, existe una necesidad permanente en la legislación colombiana que garantice la continuidad de estas empresas, en donde la positivización de los protocolos de familia se vislumbra como una salida ajustada a las problemáticas que generan la extinción de estas empresas.

6. BIBLIOGRAFÍA & REFERENCIAS

- Arcila Salazar, C. A. (OCT - DIC de 2016). ACUERDOS DE ACCIONISTAS: NORMATIVIDAD Y JURISPRUDENCIA. *REVISTA FORO DERECHO MERCANTIL*(53), 25-57.
- Barboza, G. (2016). *LA Oponibilidad de Derechos en General: Una Reconstrucción*. Obtenido de Research Gate:
https://www.researchgate.net/publication/291521795_LA_OPONIBILIDAD_DE_DEREC_HOS_EN_GENERAL_UNA_RECONSTRUCCION_TEORICA
- C-934, D-9661 (Corte Constitucional 11 de Diciembre de 2013).
- Concepto 220-14426, Sociedades de Familia, 220-14426 (Superintendencia de Sociedades). Recuperado el 03 de Mayo de 2019, de https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/1689.pdf
- Corporación Andina de Fomento. (2010). *Manual de Gobierno Corporativo para empresas de capital cerrado Manejo empresarial eficiente y transparente*. Caracas: Oficina de Políticas Públicas y Competitividad de la Corporación Andina de Fomento (CAF). doi:<http://scioteca.caf.com/handle/123456789/561>
- Dirección de Estudios e Investigaciones; Camara de comercio de Bogotá. (2010). El gobierno corporativo de las sociedades de familia en Bogotá. (C. d. Bogotá, Ed.) Bogotá, Colombia. Recuperado el 30 de Abril de 2019, de <http://hdl.handle.net/11520/2969>
- García, M. (enero-junio de 2015). Los conflictos de intereses de los administradores y su aplicación en el manejo de la información privilegiada. *Revista E-Mercatoria*, 14(1), 113-138. doi:<https://doi.org/10.18601/16923960.v14n1.05>.
- Guzmán, A., Trujillo, M. A., & González Ferrera, M. (Enero-Abril de 2010). El papel de los herederos en las empresas familiares. *Innovar*, XX(36), 49-65. Recuperado el 09 de Mayo de 2019, de Bdigital:
<https://revistas.unal.edu.co/index.php/innovar/article/view/28983/29258>
- Lozano Posso, M. (2000). LOS PROTOCOLOS EN LAS EMPRESAS DE PROPIEDAD FAMILIAR. *Estudios Gerenciales*, 74, 49-68. Recuperado el 5 de Mayo de 2019, de https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/estudios_gerenciales/article/view/27
- Mejía Mejía, D. A. (2014). Los acuerdos de accionistas. Evolución y aplicación en Colombia. *Revista de Derecho Privado*(52), 1-30. doi:<http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.52.2014.16>

- Mendoza, E., & Mendoza, Y. (2017). *3 Claves de éxito de la familia empresaria*. Bogotá: Ecoe Ediciones; Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
- Peña Nossa, L. (2017). *Contratos Empresariales Nacionales e Internacionales*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Pinto, C. (julio - diciembre de 2013). El conflicto societario en las sociedades de familia. Un matrimonio entre el derecho de la empresa y el derecho de familia. *Revist@ E-Mercatoria*, 12(2). Recuperado el 03 de Mayo de 2019, de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/3751/3945>
- Proedinsa Calle & Cía S. en C. contra Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. y otros, Sentencia n.º 801-16 (Superintendencia de Sociedades 2013).
- Salcedo Flórez, A. (Septiembre de 2013). Los contratos atípicos y los mecanismos para su interpretación. *Revista Análisis Internacional (Cesada a Partir De 2015)*, 7(20), 251-270. Recuperado el 30 de Mayo de 2019, de <https://revistas.utadeo.edu.co/index.php/RAI/article/view/870/882>
- Serna G, H., & Suárez O, E. (2005). *La empresa familiar - Estrategias y Herramientas para su sostenibilidad y crecimiento*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Superintendencia de Sociedades. (2006). *Sociedades de Familia en Colombia 2005*. Bogotá. Recuperado el 30 de abril de 2019, de <https://www.supersociedades.gov.co/imagenes/SOCIED.DE.FLIA1.html>
- Tapies, J., & Ceja, L. (2011). Los protocolos familiares en países de habla hispana: Cómo son y para qué se utilizan . *IESE Research Papers D/931*. Recuperado el 30 de abril de 2019, de <http://www.iese.edu/research/pdfs/DI-0931.pdf>