

BOLETÍN MEXICANO

de **Derecho Comparado** **127**

Nueva Serie Año XLIII Núm. 127 Enero-Abril 2010

ISSN 0041-8633

Instituto de Investigaciones Jurídicas
Universidad Nacional Autónoma de México



EL PROTOCOLO FAMILIAR. LA CONTRACTUALIZACIÓN
EN LAS FAMILIAS EMPRESARIAS PARA LA GESTIÓN
DE LAS EMPRESAS FAMILIARES*
*THE FAMILY PROTOCOL. THE CONTRACTUALIZATION
IN THE FAMILIAS BUSINESS FOR THE MANAGEMENT
OF THE FAMILY ENTERPRISES*

Daniel ECHAIZ MORENO**

RESUMEN: Las empresas familiares son un fenómeno mundial de gran trascendencia por el elevado número de ellas, no obstante se ven agobiadas por el problema de la transición generacional que, en muchas ocasiones, marca el inicio del fin de la empresa familiar. El derecho peruano ha desatendido hasta ahora el presente tema; sin embargo, en otros países se aprecia la atención que se le ofrece desde la perspectiva jurídica, por ejemplo a través del protocolo familiar, un instrumento contractual que favorece a la gestión de las empresas familiares.

ABSTRACT: *The family enterprises are a world phenomenon of great transcendancy for the high number of them, nevertheless they meet overwhelmed by the problem of the generational transition that, in many occasions, it marks the beginning of the end of the family enterprise.*

Palabras clave: Empresas familiares, protocolo familiar, transición generacional, sucesión empresarial, familias empresarias.

Descriptors: *Family enterprises, family protocol, generational transition, managerial succession, families business.*

* Artículo recibido el 8 de julio de 2009 y aceptado para publicación el 27 de octubre de 2009.

** Abogado *summa cum laudae* por la Universidad de Lima; maestro en derecho de la empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú; catedrático en: Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y Academia Diplomática del Perú; miembro en: Ilustre Colegio de Abogados de Lima, Instituto Peruano de Derecho Mercantil, Ilustre Colegio de Abogados de Arequipa, Tribunal Arbitral del Ilustre Colegio de Abogados de Lima y del Centro de Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud; www.echaz.com, daniel@echaz.com.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado,
nueva serie, año XLIII, núm. 127,
enero-abril de 2010, pp. 101-130

En julio de 2003, Ford cumplió 100 años. Henry Ford lo consiguió: su gran creación va por la cuarta generación. Ha superado la media de las empresas familiares, las cuales llegan con dificultad a la segunda (tres de cada diez) y acaban muriendo, o siendo vendidas en la tercera (sólo una de las tres sobrevive) [Ford Motor Company, propiedad de la familia Ford, fue fundada en 1903, tiene ventas por 162 billones de dólares anuales y emplea a más de 364 mil trabajadores].¹

SUMARIO: I. *Ideas preliminares*. PRIMERA PARTE: LA EMPRESA FAMILIAR. II. *Antecedentes*. III. *Definición*. IV. *Gobierno y transmisión*. V. *Fortalezas*. VI. *Debilidades*. VII. *Problemática*. SEGUNDA PARTE: EL PROTOCOLO FAMILIAR. VIII. *Antecedentes*. IX. *Definición*. X. *Etapas*. XI. *Contenido*. XII. *Características estructurales*. XIII. *Finalidad*. XIV. *Conclusión*.

I. IDEAS PRELIMINARES

Pese a la existencia de casos emblemáticos como el proveniente de la experiencia *fordiana*, continúa siendo recurrente en nuestro medio menospreciar a la empresa familiar por considerarse pequeña, atribuyéndosele un significado que, en muchas ocasiones, linda con lo peyorativo. Es pues común asociar el concepto de empresa familiar con un diminuto negocio individual, incluso informal, restringido a una pareja de cónyuges, a un padre y sus hijos o a unos hermanos fundadores.

Sin embargo, la realidad es que las empresas familiares son un gran motor en la economía, apreciándose que grandes organizaciones profesionales y globales no dejan de ser empresas familiares. Así lo considera el socio fundador y vicepresidente del Owner Managed Business Institute, John Davis, quien afirma: "Hay una creencia errónea de que los negocios familiares son inferiores. Sin embargo, en gene-

¹ Cardona, Ana, "La empresa familiar", portal De Gerencia, <http://www.degerencia.com/articulos.php?artid=564>.

ral, la combinación de familia y negocios funciona muy bien. En promedio, los negocios familiares tienen un mejor desempeño que el resto".²

Es así que, de acuerdo con los estudios de demografía de la empresa, la gran mayoría de las empresas de todos los países desarrollados, en los que se ha respetado la libertad de iniciativa, son empresas familiares; al mismo tiempo, se observa que la presencia de empresas familiares resulta superior en los países más avanzados, y que antes alcanzaron un nivel elevado de desarrollo.³ Existen estudios en el mundo que describen que las empresas familiares existen desde el principio del capitalismo. Asimismo, se afirma que casi el 90% de las empresas y negocios en el mundo son de propiedad familiar, representan el 75% de las unidades productivas, ofrecen el 70% de los puestos de trabajo disponibles, y responden por el 80% del producto bruto mundial.⁴

El 95% de las empresas en Estados Unidos son familiares y totalizan el 50% del producto interno bruto. Otro estudio en el mismo país establece que de 15 millones de empresas existentes, 14.5 millones son controladas por una familia, con el 42% de la fuerza laboral.⁵ Tal es el caso de las 100 mayores empresas estadounidenses que aparecen en un artículo de la revista *Family Business Magazine* (2002). Wal-Mart, propiedad de la familia Walton, es la empresa familiar de mayores dimensiones, y fue fundada en 1962. Wal-Mart registra ventas superiores a los 165 billones de dólares al año y da empleo a más de 1'140,000 personas.⁶

² "El abc de las empresas familiares, según John Davis" (entrevista), portal iProfesional.com, Buenos Aires, 7 de mayo de 2008, <http://management.infobaeprofesional.com/notas/65740-El-abc-de-las-empresas-familiares-segun-John-Davis.html?cookie>.

³ "La sucesión en la empresa familiar", portal Aragón & Aragón Guatemala Law Firm, Guatemala, <http://www.aragonyasoc.com/news/sucesion.html>.

⁴ "La empresa familiar en el mundo", curso "Gestión de empresas familiares", Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, http://cursos.fadu.uba.ar/demos/006/01_05.php?id_alumno=&id_curso=&id_modulo=.

⁵ "Empresa familiar", investigación de la Escuela de Dirección y Negocios (INALDE) de la Universidad de La Sabana, Bogotá, http://www.inalde.edu.co/investigacion/e_familiar/pdf/familia01.pdf.

⁶ Cfr. Schinwald, Josef, "El caso Sam Walton & Wal-Mart", portal Ganar Opciones, <http://ganaropciones.com/walmart.htm>.

Otras empresas familiares muy exitosas en Estados Unidos son American International Group (seguros) de la familia Greenberg; Koch Industries (combustibles y agricultura) de la familia Koch; Motorola (comunicaciones) de la familia Galvin; Carlson (hoteles) de la familia Carlson; y Loews (tabaco y hoteles) de la familia Tisch. También resultan notables Anheuser-Busch, Gap, Marriott, Levi Strauss, Enterprise Rent a Car, Hallmark, Johnson, Estée Lauder, McGraw-Hill, Amway y la legendaria *The New York Times*, una de las empresas familiares más antiguas, fundada en 1851.⁷

Por otro lado, la empresa familiar es muy común en los estratos de la pequeña y mediana empresa de Europa, lo cual no obsta que en varios países europeos existan grandes empresas multinacionales controladas por grupos familiares, como Peugeot o Motet Chandon. En España se estima que existen 2.5 millones de empresas familiares, lo que supone un 65% de las empresas españolas. Estas empresas familiares emplean a 9.5 millones de personas y generan el 65% del PIB.

En lo concerniente al continente asiático, se afirma que en Japón el 90% de sus empresas se consideran familiares o de propiedad familiar. Y es que, en concreto, una empresa familiar puede ser desde una simple bodega hasta una multinacional con miles de empleados.

Latinoamérica no es indiferente a esta realidad, es así que en países, como Panamá, el 63% de las empresas son familiares, mientras que en Argentina el cálculo supera el 80% de las compañías, las cuales generan cerca del 70% del empleo del país.⁸ En Colombia, la Superintendencia de Sociedades presenta el factor propiedad como el criterio principal para identificar una empresa familiar, en la cual los miembros de una misma familia deben poseer más del 50% del capital de una sociedad para llegar a ser familiar; con base en esto se informa que las empresas familiares representan el 68% de las empresas colombianas. En el Perú, siguiendo el común denominador del resto de América Latina, casi todos los grandes grupos empresariales

⁷ Cfr. Belausteguigoitia, Imanol, "Luz y sombra en las empresas familiares", <http://direccionestrategica.itam.mx/Administrador/Uploader/material/Luz%20y%20sombra%20Imanol.pdf>.

⁸ Cfr. "El abc de las empresas...", *cit.*, nota 2.

(Romero, Brescia, Raffo, Olaechea, Ormeño, Añaños y Wong, entre otros) son de propiedad familiar.

Primera parte: la empresa familiar

II. ANTECEDENTES

Es menester señalar que, en realidad, existen pocas instituciones tan longevas y universales como la empresa familiar, según lo afirma William O'Hara, responsable de la investigación de *Family Business Magazine* y autor del libro *Siglos de éxito*, quien escribió precisamente aquí: "Antes de las corporaciones multinacionales había empresas familiares. Antes de la revolución industrial, había empresas familiares. Antes de la iluminación de Grecia y el imperio de Roma había empresas familiares".⁹

En efecto, remitiéndonos a los hechos, apreciamos que la empresa de mayor longevidad en el mundo ha sido familiar. Se fundó en Japón, en el 578, por la familia Kongo Gumi. En aquel año, el príncipe Shotoku se llevó a la familia Kongo, desde Korea hasta Osaka, para construir un templo budista, que aun puede verse en el centro de la ciudad. Desde entonces, las 39 generaciones de la familia Kongo y su compañía siguieron operando en Osaka. En tiempos recientes, el 80% de la facturación de esta empresa se debió a la construcción y reparación de templos budistas. Sus oficinas se ubicaban en un castillo original del siglo XVI, reconstruido por la propia empresa, y en el que residió su último presidente Toshitaka Kongo. Lamentablemente, en el 2006, y después de 1428 años de operaciones, la compañía Kongo Gumi quebró.¹⁰

⁹ Citado por Haro, Sebastián, "Cuando el trabajo y la familia confluyen", http://sebastianharo.netfirms.com/articulos/Revista_Decision/16_empresas-familiares-cuando-el-trabajo-y-la-familia-confluyen.htm.

¹⁰ "La caída de la empresa más antigua del mundo no sólo se debió a cambios culturales y regulatorios, sino también a errores propios. Durante los años ochenta, en pleno auge de la burbuja inmobiliaria japonesa, Kongo Gumi se endeudó furiosamente para especular en *real estate*. El estallido de la burbuja, en 1992, dejó a la empresa con millonarias deudas". Cfr. "Lecciones de la quiebra de una empresa familiar de 1400 años de antigüedad", Portal Materia Biz, <http://www.materiabiz.com/mbz/capitalhumano/nota.vsp?nid=30335>.

En Europa, la empresa familiar más longeva se fundó en 1141 en Italia. Es el grupo Barone Ricasoli, dedicado a la producción de vino y aceite de oliva. Los barones de Ricasoli recibieron sus tierras de la República de Florencia; actualmente sus propiedades ascienden a 3,600 acres y su principal línea de negocio es la producción de vino.¹¹

Saliendo del Lejano Oriente y España, las empresas familiares que más abundan en esta lista son de Italia y Francia, seguidas a cierta distancia por Inglaterra y Alemania, tal es el caso de la empresa de fundición de campanas Marinelli Pontificia Fonderia di Campane, creada en la ciudad italiana Agnone en el 1000; las campanas producidas por esta empresa siguen sonando desde Pekín hasta Jerusalén, pasando por Nueva York.¹²

América Latina está bien representada por Hacienda Los Lingues, de Chile, fundada en San Fernando en 1575. Estos viñedos fueron concedidos a Melchor Jufre del Águila por el rey Felipe II por “méritos de guerra”. Hoy día es un hotel que produce vinos en asociación con el barón de Rothschild, y posee igualmente una de las caballerizas más prestigiosas de América: el Establo Aculeo, que alberga caballos descendientes de los traídos por los árabes a España en el 711.¹³

Todos estos casos, reseñados líneas arriba, reflejan una de las características más sobresalientes y peculiares de las empresas familiares, que es su vocación de permanencia a largo plazo. Sin embargo, configuran casos excepcionales, pues las empresas familiares se han caracterizado históricamente por su elevado índice de mortandad, como consecuencia —en buena medida— de una deficiente interrelación entre la familia y la empresa.

En sus orígenes, el Código de Napoleón mostró una profunda desconfianza hacia las sociedades de familia, pues la sociedad y la familia son dos agrupaciones que no parecen compatibles. Ciertamente, son dos agrupaciones de personas y de bienes; en la familia, como en la sociedad, hay riquezas por repartir y muchas personas susceptibles de administrarlas, pero precisamente las reglas de repartición de los

¹¹ Cfr. portal de Barone Ricasoli, <http://www.ricasoli.it/>.

¹² Cfr. “Storia”, portal de Marinelli Pontificia Fonderia di Campane, http://www.campanemarinielli.com/italiano/storie_campane.php?img=storia (traducción libre).

¹³ Cfr. “Antecedentes históricos”, portal de Hacienda Los Lingues, http://www.loslingues.com/antecedentes_historicos.html.

bienes y de los poderes no son las mismas en los dos agrupamientos. De allí un doble temor:

- En primer lugar, temor a que el recurso a la sociedad permita desplazamientos patrimoniales clandestinos, simulados, que sea instrumentos de donaciones disfrazadas, de particiones desigualitarias que escapen al derecho de los regímenes matrimoniales y de las sucesiones.
- En segundo lugar, temor también a que el recurso a la forma societaria permita eludir las reglas de gestión en el seno de la familia y las reglas de repartición de los poderes, especialmente la de los regímenes matrimoniales.

Empero esta desconfianza, sin haber desaparecido por completo, está al hilo del tiempo, fuertemente desdibujada. En efecto, después de la última guerra mundial, la empresa está en el centro de la preocupación del legislador: sin duda, él se preocupa más de la empresa que de la familia. Hoy, la mayoría de las empresas importantes están explotadas en forma societaria:

- Por razones civiles, porque el empresario quiere limitar su responsabilidad (sobre todo en periodos de crisis económicas en que las quiebras se multiplican).
- Por razones fiscales, puesto que la explotación en forma societaria suele presentar ventajas fiscales.
- Por razones sociales, ya que la explotación en forma societaria puede permitirle, en ciertas condiciones, obtener los mismos beneficios de protección, acordados a los asalariados por las leyes de la seguridad social.

La importancia de las empresas familiares en la economía mundial es patente. Los datos proporcionados por el Instituto de Empresa Familiar indican que, en Estados Unidos, las empresas familiares generan entre el 40% y 60% del PIB, y el 50% de los empleos en ese país, mientras que en la Unión Europea, más del 60% de las empresas son familiares y emplean a 100 millones de personas.¹⁴

¹⁴ Cfr. Tápies Lloret, Joseph, *De empresa familiar a familia empresaria*, Madrid, Deusto, s. f., http://www.cpii.org.ar/resourcenter/data/De_empresa_familiar_a_familia_empresaria.pdf.

En razón de ello, en las últimas tres décadas las empresas familiares han experimentado un creciente interés tanto mediático como académico; consecuentemente, y con el propósito de proteger y promover la empresa familiar, el legislador ha debido admitir el desarrollo de las sociedades de familia, es decir, la intrusión de la sociedad en la familia, con lo cual mezcla el derecho de sociedades y el derecho de familia:¹⁵ perfecta integración jurídica con visión globalizante.

Desde sus inicios —en los años ochenta del siglo pasado— la disciplina de la empresa familiar ha tenido una buena acogida y un gran crecimiento, según lo demuestra la existencia de instituciones internacionales dedicadas a este colectivo empresarial, tales son los casos de asociaciones de empresarios familiares (como el *Family Business Network* y el Instituto de la Empresa Familiar), grupos de consultores especializados (como el Family Firm Institute) o círculos de investigadores y académicos (como el International Family Enterprise Research Academy).¹⁶

III. DEFINICIÓN

La relación entre la familia (como organización social: *principium urbis et quasi seminarium republicae*) y la empresa (como organización económica) es natural porque originariamente la empresa nace de la familia (primaria comunidad de trabajo) y la sociedad mercantil nace de la familia de mercaderes (en la que el padre vincula a sus hijos al negocio o éstos lo suceden en él, transformando la comunidad hereditaria en sociedad, esto es, la sociedad general o compañía —de *cum panem*: quienes comparten el mismo pan—, germen de la actual empresa colectiva).

La familia es organización social y, como tal, origen de la organización política y la organización económica, mostrándose entonces como la organización natural, elemental y original que da vida a las otras. El *Codice Civile* italiano de 1942 se sirve del concepto “familiar” para enunciar la fórmula general definitoria de los “pequeños empre-

sarios” como aquellos que ejercen una actividad profesional organizada preferentemente con el trabajo propio y de los componentes de la familia, lo cual no quiere decir que no existan grandes empresarios familiares, porque el criterio dimensional para definir a los pequeños es doble: preferencia del trabajo sobre el capital y, dentro del trabajo, preferencia del propio y familiar sobre el ajeno.

En otro lugar y momento hemos definido a la empresa como “la agrupación dinámica de elementos diversos, organizados económicamente dentro de un marco jurídico para la producción o comercialización de bienes o para la prestación de servicios”.¹⁷ Cuando la empresa es familiar, la cuestión específica es la compatibilidad entre el *afectio familiae* y el *afectio societatis*, es decir, la relación entre lo familiar y lo empresarial en la gestión, entre la estructura orgánica familiar y la estructura orgánica corporativa, entre los derechos y deberes del familiar y los derechos y deberes del socio, entre el crecimiento biológico de la familia a través de las generaciones y el crecimiento institucional de la empresa a través de la expansión en el mercado.

El problema se reconduce, como todo el tema del gobierno, a la atribución de poder, también aquí amenazado de concentración abusiva en aquellos que se erigen en custodios e intérpretes de las esencias familiares y quienes se creen legitimados para ejercer el mando e imponer a los otros reglas a la medida de los poderosos, por encima incluso de las normas legales imperativas, hasta hacer de la sociedad “cerrada” un recinto hermético en el que no penetren los extraños, ni siquiera el legislador. Esta es la patología muchas veces recurrente en la que caen muchas empresas familiares.¹⁸

Por empresa familiar se entiende a aquella organización de carácter económico cuyo objeto principal sea la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios, cuya propiedad pertenece, en su totalidad o en una mayoría, a un grupo de personas unidas por un vínculo familiar, habitualmente los descendientes del fundador de la misma. Otros factores que suelen tenerse en cuenta a la hora

¹⁵ Por todos, *cfr.* Kemelmajer de Carlucci, Aída (coord.), *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2000, t. II.

¹⁶ Para mayor información, *cfr.* “Instituciones”, portal La Empresa Familiar, Madrid, <http://www.laempresafamiliar.com/instituciones/>.

¹⁷ Echaiz Moreno, Daniel, *La empresa en el derecho moderno*, Lima, Gráfica Horizonte, marzo del 2002, p. 36.

¹⁸ *Cfr.* Olivencia, Manuel, “Recomendación sobre el buen gobierno de las empresas familiares”, *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, Gráficas Aguirre Campano, núm. 262, octubre-diciembre de 2006.

de valorar si una empresa es o no familiar es que la mayoría de los órganos de administración y control sean nombrados por un grupo familiar o que algún miembro de la familia participe en dichos órganos.

Entre sus características positivas destacan la gran atención que prestan a la calidad de sus productos, el conocimiento profundo (del sector, los proveedores y los clientes), la perspectiva de inversión a largo plazo, las culturas empresariales más humanas y los bajos costes laborales. En una compañía familiar bien integrada, los valores y principios comunes pueden dar una fuerza sinérgica insuperable al trabajo empresarial, difícil de encontrar en otro tipo de empresa. No obstante, también presentan algunos rasgos negativos como los problemas que se derivan de las relaciones demasiado próximas entre los directivos que son miembros de la familia, la poca o nula formación que reciben los accionistas pasivos, los intereses divergentes entre accionistas activos y pasivos, la falta de profesionalización, el nepotismo y la dificultad de atraer al mejor talento disponible en el mercado.

Manuel Pavón Sáez afirma que la principal característica que distingue a la empresa familiar de la que no lo es radica, precisamente, en la participación de la familia en la propiedad, y muchas veces también en la gestión. Esto es lo que le confiere su fuerza, puesto que se trasladan a la empresa los principios, los valores y los lazos que unen a la familia. Sin embargo, también es lo que expone a la compañía a situaciones en las que se tiene que elegir entre apoyar a la familia o a la empresa.¹⁹

Por su parte, desde la doctrina francesa, Michel Grimaldi explica que la definición de empresa familiar puede ser restringida o amplia.²⁰ Conforme a una definición restringida, la empresa familiar es aquella donde el empresario trabaja con su cónyuge y/o sus hijos (con uno, muchos o todos ellos); así la empresa familiar se confunde con la explotación familiar. Pero si se sigue una definición amplia, la empresa familiar es aquella cuyo propietario es una persona física que ejerce una influencia directa sobre su explotación, sea porque la

¹⁹ Pavón Sáez, Manuel, "¿Primero la familia o la empresa?", *Gestión*, Lima, 18 de enero del 2008, p. 30.

²⁰ Cfr. Grimaldi, Michel, "Sociedad y empresa familia", en Kemelmajer de Carlucci, Aída (coord.), *op. cit.*, nota 15, pp. 55-68.

dirige el mismo, sea porque le pone su nombre y la controla efectivamente dirigiéndola; ésta, que a veces se le califica como "empresa patrimonial", se caracteriza por la ausencia de separación entre el capital y el gerenciamiento, adjudicándosele el carácter familiar, porque si la persona física que la posee tiene una familia (esposa, hijos, etcétera), ésta se encuentra interesada en la empresa, aunque no trabaje allí (por ejemplo: la esposa tiene interés por el régimen matrimonial, mientras que los hijos tienen interés por su vocación sucesoria).

Entonces, si nos remitimos a la definición amplia anteriormente referida, las empresas familiares tienen en Francia una importancia económica muy grande. A veces son de grandes dimensiones y cotizan en la Bolsa de Valores, como Carrefour, L'Oreal, Peugeot y Michelin, pero más frecuentemente son pequeñas o medianas. Lo cierto es que, en conjunto, representan más del 80% del universo de empresas francesas y, en peso económico, más del 65% del Producto Nacional Bruto de Francia, siendo que la política del gobierno francés es estimular la iniciativa individual en materia de creación de empresas.

Joseph Tápies Lloret señala que, aunque el término "empresa familiar" se ha convertido en algo muy común hoy en día, existe un debate sobre cómo se define una empresa familiar y cuáles son las características que la diferencian del resto de las empresas. En la Cátedra de Empresa Familiar de la Escuela de Negocios de la Universidad de Navarra (IESE) se ha aceptado como definición de empresa familiar aquella en la que la familia posee una participación accionarial suficiente para ejercer el control y/o tiene suficiente representación en los órganos de gobierno para influir en las decisiones de gobierno corporativo, pudiendo o no intervenir en la gestión del día a día. Además, la familia debe haber dado pruebas explícitas de que piensa traspasar la propiedad y sus valores empresariales a la siguiente generación.²¹

La complejidad y el riesgo de fracaso de la sucesión en las empresas familiares son muy altos, por lo que Joachim Schwass afirma que, "en muchos casos, el fundador sabe enfrentar la sucesión y el sucesor carece de una comprensión exhaustiva y sistemática de los obstáculos

²¹ Cfr. Tápies Lloret, Joseph, *op. cit.*, nota 14.

inminentes. Puede ponerse demasiado énfasis en la preparación para la transición y no suficiente en los cambios evolutivos en el ciclo de vida de la empresa".²²

Las empresas familiares han tomado tanta importancia en la economía que ya se habla de una línea completa de especialización donde no sólo se estudian las situaciones empresariales como la planeación de la nueva generación (sucesión), la solución de conflictos (familia *vs.* empresa), la contabilidad y el patrimonio, sino que también se relacionan los aspectos macroeconómicos y microeconómicos de dichas organizaciones, lográndose así una mayor comprensión de este instrumento del desarrollo.²³

En este punto, cabe hacer una diferenciación conceptual: se considera "empresa familiar" a aquella empresa cuya administración y propiedad está en poder de una o más familias, mientras que la "familia empresaria" corresponde a un equipo de personas, con vínculos familiares entre ellos, que promueven la implantación de "buenas prácticas" y el desarrollo de las ventajas competitivas en los negocios de los cuales son propietarios, entendiendo que estas empresas son y/o serán fuente de generación de valor para ellas.

IV. GOBIERNO Y TRANSMISIÓN

Junto a los órganos de dirección de la empresa previstos por la legislación societaria (junta de socios y directorio), suele contemplarse la constitución de otros órganos de carácter familiar, como son la junta de parientes y el consejo de familia.

a) La junta de parientes. Es un foro familiar en el que todos los integrantes de la familia (socios o no de la empresa familiar) pueden participar y manifestar sus inquietudes.

b) El consejo de familia. Es un órgano integrado por miembros de la familia (usualmente, el fundador y representantes de todas las ramas familiares) al cual suele otorgársele, entre otras funciones, canalizar hacia la empresa familiar las inquietudes de la familia, promover

²² Citado por Fermin, J. J., "Empresas de familia (II)", *El Tiempo*, Caracas, <http://www.eltiempo.com.ve/noticias/default.asp?id=155251>.

²³ Cfr. Guerrero, Manuel, "Las empresas familiares", portal GestioPolis, Bogotá, <http://www.gestiopolis.com/canales/emprendedora/articulos/no14/empresasfamiliares.htm>.

la aplicación del protocolo familiar y su modificación, establecer criterios de resolución de conflictos, planificar programas educativos y de información respecto a la empresa familiar, promover el desarrollo de los jóvenes de la familia creando un fondo de becas, fijar normas de comportamiento de los miembros de la familia dentro de la empresa familiar y mediar en posibles conflictos familiares.

Por otro lado, el control de acceso a la propiedad de la empresa y su limitación a extraños es una preocupación constante en las empresas familiares. Todos los miembros de la familia se comprometen a seguir una política de transmisión de las participaciones de la empresa familiar, *inter-vivos* o *mortis causa*, basada exclusivamente en la idea de consanguinidad (por naturaleza o adopción) con el fundador de la empresa, admitiéndose en determinados casos las transmisiones a favor de cónyuges y afines.

V. FORTALEZAS

Para la Confederación de Empresarios de Navarra, las principales fortalezas de la empresa familiar son las siguientes, a saber:²⁴

a) El compromiso y la dedicación al negocio. "El hecho de que los puestos relevantes de dirección de la empresa estén ocupados frecuentemente por miembros de la familia, así como la identificación del prestigio de la marca con el prestigio familiar, motivan que la entrega de sus miembros al negocio sea permanente e ilimitada". Así, en el Perú, la familia Añaños está ligada al negocio de bebidas gaseosas; en Chile, la familia Luksic, a la minería; en México, la familia Azcárraga, a los medios de comunicación; y, en Alemania, la familia Porsche, a los autos deportivos.

b) Unidad y cohesión del equipo directivo. "Las relaciones de proximidad existentes entre los miembros de un grupo familiar que ocupan cargos directivos pueden facilitar, en mayor medida, el conocimiento y comprensión de las decisiones adoptadas por los otros familiares-gestores".

²⁴ *Empresa familiar*, Navarra, Confederación de Empresarios de Navarra, s. f., p. 13, http://www.cen7dias.com/documentos/documentos_boletines/52/cef.pdf.

c) Expectativa de inversión a largo plazo. “El futuro económico de la familia suele estar ligado, de una manera importante, al éxito y continuidad del negocio a largo plazo, lo que contribuye a su estabilidad”.

d) Conocimiento profundo del producto y del mercado objetivo:

La mayor parte de las empresas familiares suelen dedicarse a la fabricación o distribución de productos o servicios de alta calidad muy específicos, con origen en el ingenio y la visión emprendedora del fundador. Dichos productos están dirigidos a una clientela muy concreta que recibe una atención completa y personalizada, lo que genera una gran confianza y fidelidad por su parte.

Ejemplo de lo anterior es el diario *El Comercio*, de la familia Miró Quesada.

e) Estabilidad laboral y culturas empresariales más humanas. “Los empresarios familiares sienten una mayor responsabilidad hacia los trabajadores que les han ayudado a poner en marcha o continuar con su negocio”.

f) Importante capacidad de autofinanciación. “Los empresarios familiares suelen emplear su patrimonio personal en financiar el desarrollo del negocio”. Esto puede tornarse peligroso, ya que no hay una clara distinción entre dos esferas distintas: el patrimonio familiar y el patrimonio empresarial. Si bien dicha confusión supone que la empresa cuente con atractivas fuentes de financiamiento, para los titulares de dicha empresa es contraproducente, ya que la imagen de la empresa podría ser artificiosa.

g) Alta capacidad para poder adaptarse a las variaciones del mercado. “Suelen presentar una mayor flexibilidad competitiva y capacidad de ajuste productivo en los periodos de declive económico”.

VI. DEBILIDADES

La Confederación de Empresarios de Navarra enumera las principales debilidades de la empresa familiar:²⁵

²⁵ Empresa familiar. Navarra, Confederación de Empresarios de Navarra, s/f, p. 14, http://www.cen7dias.com/documentos/documentos_boletines/52/cef.pdf.

a) Trasvase de los conflictos familiares a la empresa y viceversa. “Existe un alto riesgo de que las desavenencias familiares afecten a las decisiones empresariales, que acabarán estando dirigidas por motivaciones personales”. Cabe citar el divorcio de Donald e Ivana Trump, que le costó al primero más de 25 millones de dólares y deshizo su imperio por completo, aunque él resurgió después de una década, a finales de los noventa del siglo pasado.

b) Confusión entre propiedad, trabajo y capacidad de dirección. “Resulta habitual en las empresas familiares el considerar que los miembros de la familia poseen, en virtud de dicha condición, el derecho y el deber de trabajar en el negocio, con independencia de su voluntad, preparación y capacidad profesional”. Sin embargo, todo depende de la propia filosofía corporativa. Así, el bufete español Garrigues fue fundado en 1941 por los hermanos Joaquín y Antonio Garrigues Díaz-Cañabate,²⁶ pero hoy en día su presidente Antonio Garrigues Walker declara: “Soy el único Garrigues que queda en la firma” y téngase en cuenta que estamos refiriéndonos a un despacho de 2137 profesionales.²⁷

c) Incoherencias retributivas entre empleados familiares y no familiares. “En muchos... negocios de carácter familiar la retribución satisfecha a los trabajadores-familiares no guarda correspondencia alguna con sus capacidades y méritos reales, tanto por exceso como por defecto”. En efecto, un trabajador que por el hecho de pertenecer a la familia propietaria percibe una retribución excesiva no se siente motivado a perfeccionar su labor o a corregir sus errores, sino que por el contrario dilapida la riqueza generada por los otros miembros de la familia. A la par, un trabajador que por el hecho de pertenecer a la familia propietaria percibe una retribución diminuta o no percibe retribución, tampoco se siente motivado a realizar una labor adecuada, ya que considera que lo suyo no es un trabajo sino un favor hacia la empresa de la familia.

²⁶ Cfr. “Historia Garrigues”, portal Garrigues, Madrid, http://www.garrigues.com/esp/conocenos.aspx?ep=AreaCorporativa/Conocenos/HistoriaGarrigues/1941_1949.

²⁷ Véase la entrevista a Antonio Garrigues Walter: “Planificar la sucesión en la empresa familiar es vital”, *Cuadernos*, Madrid, s. e., s. f., p. 14, http://www.garrigues.com/doc/AreaComunicacion/CentroPrensa/GarriguesMedios/entrevista_AGarrigues.pdf.

d) Secretismo. “Dificulta de una manera importante la comunicación y el acceso a determinada información de los directivos no familiares del negocio, que se sentirán desplazados del ámbito de toma de decisiones”. La transparencia, actualmente tan valorada en el mercado, a propósito de la doctrina del *corporate governance*, se afecta seriamente cuando las comunicaciones son accidentadas, parciales o tergiversadas.

e) Falta de liderazgo a partir de la segunda generación. “El papel aglutinador del fundador de la empresa, patriarca de la familia, desaparece cuando las generaciones posteriores acceden a la propiedad y dirección del negocio”. Esto suele suceder en todas aquellas empresas (no necesariamente familiares) donde el fundador eclipsa la labor de los otros, constituyéndose en una pieza imprescindible, a tal punto que el valor de la empresa está en función de la presencia activa de aquel fundador. De ahí que cuando Steven Jobs, fundador de Apple, anunció el pasado 14 de enero del 2009 que se alejaba por seis meses, debido a problemas de salud, las acciones de la compañía se desplomaron inmediatamente en 10% de su valor.²⁸

f) Dificultades a la hora de la planificación en la sucesión. “El miedo a las desavenencias que pueden surgir en el ámbito familiar como consecuencia del inicio de un proceso abierto de planificación de la sucesión provoca que el mismo trate de retrasarse hasta que resulte inevitable”. El propio Antonio Garrigues Walker, anteriormente citado, aborda esta cuestión —refiriéndose a los estudios de abogados— en los siguientes términos:

El sector de la abogacía es especialmente complicado porque la mayoría de los despachos tienen una raíz familiar. Nosotros hemos resuelto este problema profesionalizando la gestión e imitando los modelos de despachos más avanzados, como los bufetes anglosajones, tanto ingleses como americanos. En estos despachos hay una norma —que se aplica en Garrigues—, la cual afecta a la manera de organizar la sucesión familiar: está prohibido que los socios incorporen a sus hijos a la firma.

²⁸ Cfr. “Steve Jobs se aleja del cargo por razones médicas”, portal Business Leone, 15 de enero del 2009, <http://www.businessleone.com/index.php/tecnologia/jefe-de-apple-dice-que-se-aleja-de-cargo-por-razones-medicas>.

La razón es evitar que los trabajadores que lleguen tengan la sensación de que la familia ocupa todo el proceso de dirección.²⁹

g) Confusión entre patrimonio empresarial y patrimonio familiar. “Puede... que las necesidades financieras de los miembros de la familia prevalezcan sobre los intereses de la empresa, con independencia de que puedan resultar incompatibles”. Ya nos pronunciamos sobre este punto cuando abordamos las fortalezas de la empresa familiar, lo que también aquí es aplicable.

h) Dificultades financieras:

La especial reticencia que suele existir en estos negocios a la hora de facilitar la entrada a la propiedad de personas ajenas a la familia, unido al hecho de que llega un momento en que el patrimonio familiar no resulta suficiente para respaldar el desarrollo del negocio, provoca que las empresas familiares encuentren serias dificultades para poder llegar a financiar su crecimiento o internacionalización.

i) Dificultad en la aplicación de mecanismos correctores. “El hecho de que los trabajadores sean, a su vez, familiares puede suponer un impedimento para la efectiva aplicación de los mecanismos correctores previstos en la empresa frente a comportamientos inadecuados”. Hay ocasiones en que la aplicación de mecanismos correctores (como una amonestación) puede generar discrepancias por el control y terminar con la partida de algún miembro de la familia, tal como sucedió hace poco en el Grupo Serratosa: “Pablo Serratosa se desvincula de los órganos ejecutivos del grupo de empresas familiar después de 15 años de trayectoria. Uno de los herederos del imperio Serratosa abandona por discrepancias con la estrategia de futuro del grupo, que dirige con mano firme su hermano Javier Serratosa”.³⁰

VII. PROBLEMÁTICA

Atravesamos un momento crucial en la historia de las empresas familiares latinoamericanas. Las transiciones generacionales y las pre-

²⁹ “Planificar la sucesión...”, *cit.*, nota 27, p. 13.

³⁰ “Pablo Serratosa deja la dirección del grupo familiar por discrepancias internas”, *El País*, Valencia, 3 de abril de 2007, <http://www.efem.com.es/noticias84.htm>.

siones competitivas de la globalización están obligando a las empresas de propiedad familiar, muchas de ellas actores dominantes en las economías de la región, a adaptarse a una serie de problemas crecientemente complejos. Desafíos tales como planificar el retiro de los patriarcas que, por décadas, han ocupado las posiciones de liderazgo; seleccionar y preparar a sus sucesores para la dirección y el gobierno corporativo; gestionar los conflictos; fomentar la colaboración entre un grupo cada vez más complejo de accionistas familiares; y administrar las dinámicas generacionales tanto en la empresa como al interior de la familia, dominan —como nunca antes— la agenda de este tipo de compañías.³¹

Pese a que cada empresa configura un mundo, con sus características y problemáticas propias, podemos afirmar que existe un preocupante denominador común entre ellas: apenas una de cada cuatro empresas familiares sobrevive el paso a la segunda generación, y sólo una décima parte llega a los nietos, principalmente por una desorganización de las relaciones entre la familia y la empresa, diferencias generacionales, mala planeación de la sucesión, excesivo crecimiento que desborda la capacidad administrativa y deficiente negociación de conflictos, entre otras razones. Estadísticamente, las sociedades familiares se enfrentan a la dificultad de su propia supervivencia como corporación tras la muerte o jubilación de su fundador, hecho que se incrementa exponencialmente en la segunda y tercera generación.³²

La coyuntura económica, jurídica y social actual ha hecho necesario tomar en consideración los conflictos específicos que habitualmente presenta la empresa familiar, los cuales se derivan fundamentalmente de las relaciones entre la familia, la propiedad y la empresa. Estos mecanismos de solución pasan por la implantación y la adaptación de ciertos instrumentos y órganos de gobierno de la familia empresaria y de la empresa familiar de manera que garanticen o faciliten el desarrollo y la supervivencia de la empresa familiar.

³¹ Cfr. Lansberg, Ivan y Gersick, Kelin, "Sello de familia", *Harvard Business Review América Latina*, Santiago, Impact Media Comercial, vol. 84, núm. 8, agosto de 2006.

³² Cfr. Ogliastri, Enrique, "Protocolo de empresas familiares", *Punto de Equilibrio*, Lima, Universidad del Pacífico, http://www.puntodeequilibrio.com.pe/punto_equilibrio/01i.php?pantalla=noticia&id=15539&bolnum_key=21&serv_key=2100.

Si el empresario quiere dar continuidad a la empresa familiar deberá planificar y organizar adecuadamente aspectos como las relaciones económicas tanto suyas como la de los herederos con sus respectivos cónyuges, su sucesión, las relaciones entre los socios de la empresa y, en general, las relaciones familia-empresa, así como los órganos que han de servir para dirigir y encauzar tales relaciones.

La continuidad de los negocios familiares es baja: en el Perú se estima que sólo 20% y 5% alcanzan con éxito la segunda y tercera generación, respectivamente. Sin lugar a dudas, la mayoría de las crisis son originadas involuntariamente, pues ningún empresario piensa en dañar su negocio o las relaciones familiares cuando decide que su familia se relacione con la empresa que él fundó.³³

El problema esencial de la empresa familiar, según entiende la Unión Europea, consiste en sensibilizar, informar y formar a los empresarios con antelación y dedicación al cambio generacional. La idea básica es que la empresa familiar tiene, como empresa que es, los mismos problemas que cualquier otra y, además, tiene otros derivados del hecho de que sus dueños y gestores son miembros de la familia.

Como bien sostiene Antonio Sánchez-Crespo Casanova, está muy bien estudiar los aspectos puramente empresariales, y hasta es posible que en las empresas familiares estos aspectos requieran un tratamiento diferenciado del resto de las empresas, pero mientras no organicemos y sensibilicemos a la familia empresaria, todo eso servirá muy poco. Es la familia la que marca la diferencia, la que imprime carácter a la empresa y, por lo tanto, la clave para garantizar el éxito del cambio generacional y el de su dirección y gestión en condiciones de eficacia y competitividad.³⁴

Un mecanismo eficiente de solución a la problemática de la empresa familiar lo hallamos, a decir de Sergio Korembly, a través de

³³ Cfr. Scerpella, Luis, "De empresa familiar a familia empresaria", portal De Gerencia, http://www.degerencia.com/articulo/de_empresa_familiar_a_familia_empresaria.

³⁴ Cfr. Sánchez-Crespo Casanova, Antonio, "¿Empresa familiar o familia empresaria?", *La empresa familiar*, http://www.microsoft.com/spain/empresas/legal/empresa_familiar_iii.msp.

la denominada “profesionalización de las empresas familiares”,³⁵ la cual transita por varias etapas, que son:

a) El desarrollo de un protocolo familiar para evitar que un eventual conflicto entre los miembros de la empresa familiar afecte el desempeño del negocio.

b) La apertura de la empresa para el ingreso de terceros (incorporación o designación de gerentes y/o directores independientes).

c) La incursión en el mercado de capitales.

Si bien todos los aspectos referidos son importantes, nosotros nos ocuparemos del desarrollo del primer punto referido a la configuración del protocolo familiar como figura que permite hacer frente el escollo de la transmisión de la propiedad de unos familiares a otros. Tener un plan de sucesión ha sido identificado como un punto clave a la hora de asegurar el éxito y la supervivencia de la empresa familiar. Si tradicionalmente ésta se veía enfrentada ante el reto de identificar posibles sucesores, actualmente cobra cada vez más importancia el proceso de transición generacional: identificar al candidato óptimo y establecer metas en el proceso, pues se sabe que el problema de las empresas familiares no está tanto en su nacimiento, sino en su desarrollo y continuidad.

Segunda parte: el protocolo familiar

VIII. ANTECEDENTES

La sucesión en una empresa familiar está cargada de resistencia por parte de la generación mayor ante la falta de voluntad para soltar las riendas, y hay veces en que la propia siguiente generación se resiste al no sentirse preparada para asumir las responsabilidades del liderazgo. La solución, como afirma Ernesto Poza, es que las dos generaciones actúen a la una: la generación *senior* mantiene los valores y las prácticas básicas, y la generación *junior* busca la adaptación necesaria para tener éxito en un sector empresarial en constante cambio.³⁶ En una empresa sana, la generación *senior* deja libertad a la ge-

³⁵ Koremblit, Sergio, “Transparencia avanza en empresas familiares medianas en el país”, *Gestión*, Lima, 23 de abril del 2008, p. 12.

³⁶ Poza, Ernesto, *Family Business*, 2a. ed., Nueva York, Thomson Financial, 2006.

neración *junior* para centrarse en el futuro y esto se logra mediante la suscripción del protocolo familiar, herramienta que constituye una respuesta (o ingenio que ofrece la *praxis* jurídica) para prevenir o, al menos, administrar toda la problemática que plantea la titularidad, la sucesión y el gobierno de la empresa familiar.

Con razón se ha afirmado que la continuidad multigeneracional suele exigir que se redefina el modelo empresarial en la siguiente generación. Incluso para mantener un nicho de mercado, la siguiente generación debe redefinir, como mínimo, sus procesos empresariales para seguir siendo competitiva. Las estrategias de crecimiento requieren innovaciones más espectaculares.³⁷

Una sucesión descuidada puede poner en peligro una fortuna que costó años amasar. Muchos viejos propietarios que tienen sus bienes invertidos en la empresa familiar no comprenden con qué rapidez se pueden evaporar años de esfuerzo conjunto a causa de los errores de los herederos. Éstos ponen su patrimonio en riesgo, por ejemplo, si innecesariamente ofrecen su casa como garantía de un préstamo para financiar nuevos negocios o planes de expansión.³⁸

El proceso por el cual el sucesor se “afirma” es complejo, dado que depende no sólo de lo que puede lograr por sí mismo, sino que también requiere del valor de la generación de los mayores porque no basta establecer su presencia en el mundo en general, sino hacerlo a la sombra siempre presente de los ascendientes de la familia. Los sucesores demuestran su eficacia a través de las medidas que toman en situaciones críticas, lo cual podría implicar la transformación de un departamento, el aumento significativo de las cifras de ventas o el desarrollo o lanzamiento de una nueva línea de productos.

Los protocolos familiares se han desarrollado originariamente en Estados Unidos desde la década de los sesenta del siglo pasado, trasladándose luego a Europa (especialmente, España) y algunos países latinoamericanos.

³⁷ Cfr. “Las ventajas competitivas de la empresa familiar”, portal Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, Madrid, 25 de junio de 2008, <https://www.camaras.org/publicado/empresafamiliar/claves/viav.php?ID=44>.

³⁸ Amplia explicación sobre el particular, en Lansberg, Iván, *Los sucesores en la empresa familiar*, Buenos Aires, Granica, 2000.

La existencia de acuerdos entre miembros de una familia sobre sus modos de actuar al hacer negocios conjuntos es, probablemente, tan antigua como la misma existencia de las empresas familiares de negocios. No obstante, el derecho recién les ha prestado atención a los protocolos familiares en época reciente, como sucede por ejemplo en España con el Real Decreto núm. 171/2007, del 9 de febrero del 2007, por el cual se Regula la Publicidad Registral de los Protocolos Familiares.³⁹ Aquí se lee que dicha norma “tiene por objeto la regulación de la publicidad de los protocolos familiares de las sociedades mercantiles no admitidas a cotización y especialmente el acceso al registro mercantil de los mismos” (artículo 1o.), definiéndose al protocolo familiar 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” (artículo 2o., inciso 1).

IX. DEFINICIÓN

La Asociación Madrileña de la Empresa Familiar sostiene:

El protocolo familiar regula las relaciones de la familia empresaria y responde a la propia realidad tanto de la familia como de la empresa. Así, ha de ser la conclusión que se obtenga tras un trabajo en la familia, la empresa y la propiedad. Supone un proceso con componentes jurídicos, económicos y empresariales, pero sobre todo, es un proceso de trabajo psicológico y emocional con la familia que, en ocasiones, no se tiene en cuenta en su justa medida, al presentarse el protocolo familiar como un documento normalizado que podríamos calificar como preparado para llevar.

En este orden de ideas, agrega:

En definitiva, la labor ha desarrollar está en obtener la cohesión, la armonía y la comunicación familiar en torno a la realidad de la empresa,

³⁹ En la bibliografía española que comenta este real decreto, *cf.*, por todos, Fernández del Pozo, Luis, *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, Madrid, Aranzadi, 2008.

haciendo compartir la visión o el sueño de futuro de los familiares, con el fin de obtener las reglas que esa familia se da a sí misma para establecer sus relaciones familia-empresa... Estas normas, al referirse a sistemas complejos en continuo movimiento, nunca pueden ser normas inamovibles, por lo que el protocolo familiar ha de contar con las previsiones que contengan la adaptación a la realidad del contexto familiar y empresarial siempre que se den las condiciones que indiquen su variación.⁴⁰

Las rivalidades y tensiones estructurales que acontecen en una gran parte de las empresas familiares se relacionan usualmente con la ausencia del protocolo familiar. Este instrumento ha sido objeto de un amplio estudio dentro del campo de la *family company*, encontrándose entre las principales definiciones que procuran acotar dicha realidad las siguientes: un estatus familiar, una normativa y un acuerdo marco.

Como estatus familiar implanta reglas de juego; en tanto normativa, regula las relaciones profesionales y económicas entre la familia y la empresa, teniendo como objetivo principal asegurar la continuidad de ésta sin perjudicar la convivencia familiar; y, como acuerdo marco, es firmado entre familiares socios (actuales o previsiblemente futuros) de una misma empresa, que regula la organización y gestión de la misma, así como las relaciones económicas y profesionales entre la familia, la propiedad y la empresa, con la finalidad de darles continuidad de manera eficaz y con éxito a través de las siguientes generaciones familiares.

Teniendo presente las anteriores definiciones, consideramos que, cualquiera que sea el alcance de la regulación que finalmente se adopte en una empresa familiar, el protocolo familiar no es más que el documento básico en el que ésta se cimienta, documento que además de contener esta normativa por la que se regulan las relaciones personales, profesionales y económicas entre la familia y la empresa, y entre éstas y la gerencia, tiene entre sus principales objetivos la preservación de la continuidad de la empresa familiar, ayudándola en su desarrollo. Así, el protocolo familiar es un documento que acuerdan los miembros de la familia, el cual define la forma cómo se

⁴⁰ “Introducción al protocolo familiar”, portal Asociación Madrileña de la Empresa Familiar, Madrid, <http://www.efamiliar.org/articulo/19/>.

adoptarán las decisiones más importantes y que se construye mediante un proceso negociado, con el apoyo de algún moderador o consejero que no pertenezca a la familia. El protocolo familiar no es un documento puramente legal ni un “acuerdo de accionistas”. La institucionalización comienza por establecer un consejo familiar que funciona independientemente de la empresa y representa la máxima autoridad en asuntos familiares. La primigenia función de dicho consejo será acordar el protocolo familiar y su propio funcionamiento.⁴¹

Francisco Vicent Chulià considera que el protocolo familiar —equivalente al *shareholders agreement* de la *close corporation* en Estados Unidos— es un acuerdo entre accionistas familiares titulares de bienes y derechos que desean gestionar de manera unitaria, y preservar a largo plazo, cuyo objeto es regular la organización corporativa y las relaciones profesionales y económicas entre la familia y la empresa.⁴²

Somos de la opinión que el concepto de protocolo familiar debe girar, no prioritariamente en torno al documento, sino más bien a partir del proceso de gestación que permite arribar en él, incidiéndose así en la negociación de la familia, el establecimiento de una política corporativa, la determinación de la misión y la visión de la empresa, la ponderación de los intereses en juego, etcétera, todo lo cual finalmente se sintetiza en el documento que contiene el protocolo familiar. Siendo ello así, es menester atender a su naturaleza abierta que le permite aplicar la consigna “adoptar-adaptar”: adoptar nuevos conceptos para adaptarse al cambio. La profesionalización de la empresa familiar, dentro de un contexto de *corporate governance*, es la finalidad intrínseca del protocolo familiar, el cual posibilita que la empresa, aún siendo familiar, trascienda a sus titulares.

X. ETAPAS

Pueden reconocerse hasta siete etapas nítidamente diferenciadas por las que atraviesa el protocolo familiar: la planeación, la consulta, la elaboración, la deliberación, la aprobación, la aplicación y la revisión.

⁴¹ Cfr. Ogliastrì, Enrique, *op. cit.*, nota 32.

⁴² Vicent Chulià, Francisco, “Organización jurídica de la empresa familiar”, *Revista de Derecho Patrimonial*, Madrid, Aranzadi, núm. 5, 2000-1, p. 38.

La planeación significa que, como parte del planeamiento estratégico de la empresa familiar, se considera pertinente elaborar un protocolo familiar, a efectos de asegurar la continuidad de la misma, incorporar un socio estratégico, acceder a mayores mercados, internacionalizar el negocio, profesionalizar la empresa, transitar de una generación a otra, cotizar en el mercado bursátil, etcétera. Quiere decir entonces que el protocolo familiar es parte del plan corporativo de la *family company*.

Por su parte, la consulta implica que todos los involucrados directamente con la empresa familiar (socios familiares, socios no familiares, directores y gerentes) participen, asentando posición respecto a la necesidad de contar con un protocolo familiar y los alcances del mismo. No se trata de imponerlo compulsivamente, sino que se tornará mucho más efectivo cuando realmente forme parte de la cultura empresarial y existan incentivos para aplicarlo.

La elaboración atañe a la preparación de la versión preliminar del protocolo familiar, como un primer bosquejo que se somete a consideración de los miembros del consejo de familia. Llegamos así a la deliberación, que en un escenario ideal concluirá con la aprobación, quizás de una versión renovada del protocolo familiar.

Empero, no se ha transitado todo este camino para quedarnos con un mero documento, sino para que su contenido sea aplicado, es decir, busca la materialización de lo previsto en sus cláusulas. Y, finalmente, atendiendo al carácter dinámico de la empresa (especialmente, de la empresa familiar por su estrecha relación con una institución también proactiva, como es la familia), se requiere la constante y/o periódica revisión del protocolo familiar para que no se convierta en un texto inerte sino en una normatividad real y con contenido práctico.

XI. CONTENIDO

En la Guía para la Pequeña y Mediana Empresa Familiar, de España, se indica que la estructura más habitual del protocolo familiar contiene: la introducción, los pactos sociales o estatutarios, los

pactos parasociales o extraestatutarios, los órganos de carácter familiar y la cláusula de cierre.⁴³

En la introducción se incluyen anotaciones sobre el fundador (quién es), el origen de la empresa (cómo surgió), la filosofía corporativa (en qué se sustenta), el ámbito de sus actividades (hasta dónde alcanza), el posicionamiento de la compañía (cómo se ve), etcétera.

Respecto a los pactos sociales o estatutarios tenemos los concernientes al régimen jurídico de las acciones o participaciones (limitaciones temporales a la transmisibilidad), las mayorías exigibles para la adopción de acuerdos (mayorías calificadas para ciertos acuerdos trascendentales), los criterios para establecer la composición del directorio (voto acumulativo), los acuerdos sobre agrupación de voto (sindicación), etcétera.

En cuanto a los pactos parasociales o extraestatutarios son de mencionar las reglas para la incorporación de nuevos miembros (admisión), la política remunerativa (escala profesionalizada por meritocracia), las causales para la exclusión de los miembros (matrimonio no aprobado), la cualificación exigible al sucesor (haber alcanzado la gerencia de una empresa no perteneciente al grupo), etcétera. Aquí es pertinente citar el caso del Grupo Manucci:

Precisamente, este año la familia Manucci, propietaria de dos empresas de transportes en Trujillo y Manucci Diesel (concesionario de Nissan y Volvo), firmó un protocolo en el que se decidió que los parientes de la cuarta generación que quieran ocupar algún puesto en las compañías Manucci deben haber cursado los estudios requeridos para el cargo al que postulan y tener por lo menos dos años de experiencia en otra empresa, de preferencia de la competencia. “Buscamos que nuestros descendientes le otorguen valor agregado a las compañías del grupo”, dice Carlos José Manucci Tapia, gerente general de Manucci Diesel y miembro de la tercera generación (con más de 50 primos hermanos) de una empresa familiar que se fundó en 1931.⁴⁴

⁴³ *Guía para la pequeña y mediana empresa familiar*, Madrid, Ministerio de Industria, Turismo y Comercio de España, noviembre de 2008, pp. 59 y 60.

⁴⁴ “Claves para las empresas familiares”, *El Comercio*, Lima, 2 de noviembre de 2008, <http://www.elcomercio.com.pe/edicionimpresa/HTML/2008-11-02/claves-empresas-familiares.html>.

Los órganos de carácter familiar suelen ser la junta de familia, el consejo de familia y el comité de seguimiento del protocolo familiar, aunque varía en cada *family company*. Por ejemplo, respecto al Grupo Porsche, que después de tres generaciones sigue en manos de la familia Porsche, se ha escrito:

En la época, la familia Piech-Porsche se componía de diez miembros, Louise y Ferry, más los cuatro hijos que cada uno de ellos había tenido en su matrimonio. Ferry decidió que cada miembro vivo de la familia tuviera un 10% del capital. Igualmente creó un consejo de administración formado por doce miembros en los que seis eran representantes de los empleados y los otros seis, entre los cuales [estaba] el presidente, representarían a la familia. De esta manera se aseguraba el 50% de los votos. Esta organización se ha mantenido hasta el presente. Como representantes de la familia están Ferdinand Piech y su hermano Hans Michael, su primo Wolfgang Porsche y su sobrino Ferdinand Porsche. En los últimos años, Porsche AG se ha convertido en el fabricante de automóviles más rentable del mundo.⁴⁵

Por último, la cláusula de cierre (también denominada cláusula protocolar o cláusula de gratitud) expresa el agradecimiento de la familia a los fundadores de la empresa, así como las pautas para la revisión periódica del protocolo familiar.

No obstante lo anterior, existe una variedad de repertorios en cuanto al contenido del protocolo familiar; así por ejemplo, Antonio Sánchez-Crespo Casanova plantea que el mismo contenga los principios generales de la empresa familiar, su reestructuración, el gobierno y la dirección tanto de la familia como de la empresa, la sucesión en la gestión, el trabajo de los miembros de la familia, los derechos económicos de los socios, la propiedad de la empresa familiar, el compromiso familiar y la cláusula de cierre.⁴⁶

⁴⁵ “La familia Porsche-Piech, al asalto de Volkswagen”, portal Nueva Economía, Madrid, 7 de mayo del 2006, <http://www.elmundo.es/suplementos/nuevaeconomia/2006/323/1146952808.html>.

⁴⁶ Sánchez-Crespo Casanova, Antonio, “El protocolo de la familia García o cómo hacer un protocolo familiar”, Madrid, Grupo Lexconsult Abogados, s. f., <http://www3.unileon.es/personal/wvdfe/srr/ppt/elprotocolodelafamiliagarcia.ppt#390,1,Diapositiva1>.

XII. CARACTERÍSTICAS ESTRUCTURALES

a) Es un contrato marco. Sirve de marco general al que han de ajustarse otros pactos complementarios de carácter concreto, como las capitulaciones matrimoniales y los testamentos. En caso de conflicto, prevalece el protocolo familiar.

b) Es un contrato nominado. El *nomen juris* más utilizado es “protocolo familiar”.

c) Es un contrato atípico. No se encuentra regulado en la legislación peruana, pudiendo celebrarse por la manifestación de voluntad de los contratantes, gracias al principio de libertad de contratación en su vertiente de libertad contractual.

d) Es un contrato asociativo. Su objeto es el desarrollo de una actividad empresarial en común, con prestaciones paralelas y no contrapuestas. Además, cumple con otras características comunes a los contratos asociativos, como la indeterminación —típica— del número de partes; no limita la adhesión de otros contratantes; y las prestaciones son autónomas, por lo que no se pierde la relación jurídica emanada del contrato al no adquirir o perder eficacia, alguna prestación individual.

e) Es un contrato plurilateral. Contará con tantas partes contratantes como familiares-socios suscriban el protocolo familiar.

f) Es un contrato de duración. Las prestaciones no se ejecutan instantáneamente, sino que se extienden en el tiempo (tracto sucesivo) para cumplir las actividades de gestión.

g) Es un contrato principal. Su autonomía revela más bien que suele venir acompañado de otros contratos (accesorios).

h) Es un contrato consensual. No requiere una forma determinada y, menos aún, solemne, requiriéndose tan sólo el acuerdo de voluntades (libertad de forma).

i) Es un contrato organizacional. Al calificar como un código de conducta posibilita la organización (y reorganización) de la empresa familiar.

j) Es un contrato dinámico. Tiene vocación de adaptación al cambio de circunstancias, no permaneciendo inmutable a través del tiempo.

XIII. FINALIDAD

No le falta razón a José Manuel Calavia Molinero cuando sostiene que “el protocolo familiar debe ser como un ‘traje a la medida’ que hay que elaborar para cada empresa familiar teniendo en cuenta sus peculiaridades y que se debe retocar cada cierto tiempo para irlo adaptando adecuadamente a las posibles nuevas peculiaridades de la empresa familiar concreta”.⁴⁷ En efecto, en las empresas familiares se interrelacionan tres sistemas integrados: los propietarios (como el socio minoritario), los administradores (como el gerente) y los familiares (como el fundador), pudiendo ser que una misma persona ocupe dos o hasta tres de las anteriores posiciones.

En ese sentido, la conjunción de dichos sistemas provoca múltiples y complejas relaciones entre los propietarios, los administradores y los familiares, cuyos intereses podrían entrar en conflicto. Así, el protocolo familiar busca la continuidad exitosa de la empresa familiar y, por ello, procura evitar los errores más usuales en la gestión del negocio, con el propósito de mantener a lo largo del tiempo las fortalezas (de unidad y dedicación) para que no se transformen en debilidades (de desunión y desinterés).

Por consiguiente, el protocolo familiar tiene como finalidad garantizar la continuidad de la empresa familiar en manos de la familia propietaria, evitando los conflictos o, de darse dichos conflictos, contando con mecanismos para solucionarlos. En tal orden de ideas, regula la relación entre la familia y la empresa, profesionaliza los procesos de dirección estratégica, institucionaliza los valores familiares, promueve la identificación corporativa a partir de la unidad familiar, etcétera.

Sin embargo, lejos estará un protocolo familiar de cumplir su finalidad si es que incurre en los típicos errores que conllevan al fracaso del mismo, como son la confusión del documento (el protocolo familiar) con su contenido (reglas para la empresa familiar y la familia empresaria), dándosele más importancia al primero; la carencia de un

⁴⁷ Calavia Molinero, José Manuel, “Sociedad *holding* familiar: protocolo familiar y estatutos sociales”, Barcelona, Mazars & Asociados Abogados y Asesores Fiscales, junio de 2006, p. 20, http://www.mazars.es/pdf/73_EMPRESA%20FAMILIAR_JUNIO%202006.doc.

adecuado diagnóstico *ad-hoc* para que el protocolo familiar sea realmente “un traje a la medida”, lo que supone que se desconozcan las fortalezas, las oportunidades, las debilidades y las amenazas (análisis Foda); la falta de visión respecto a las siguientes generaciones, por lo que el protocolo familiar termina restringiéndose sólo a los fundadores; la limitación a meras cuestiones patrimoniales, desatendiendo aspectos personales, éticos y axiológicos; el criterio ritualista que concibe al protocolo familiar como un simple documento de adhesión en vez de un auténtico acuerdo de voluntades; el temor a abordar abiertamente lo concerniente a la sucesión familiar, por considerarse una muestra de ambición de las generaciones venideras; etcétera.

XIV. CONCLUSIÓN

El protocolo familiar constituye, hoy en día, un adecuado instrumento jurídico-empresarial para la gestión de una empresa familiar, que en el derecho comparado se reconoce con oponibilidad *erga omnes* cuando se publicita. Si bien permite establecer las líneas maestras de actuación corporativa de la referida empresa familiar con políticas de transparencia (*corporate governance*), asegurando la sucesión del mando con base en el *know-how* y el *expertise* de la *family company*, exige a su vez el firme compromiso de los miembros de la familia de distinguir entre las esferas de la “empresa familiar” y la “familia empresaria”, estableciendo en el protocolo familiar no sólo cuestiones de índole jurídica, sino por sobre todo de alcance económico y familiar. En suma, el protocolo familiar muestra claramente un fenómeno contemporáneo: la contractualización en las familias empresarias para la gestión de las empresas familiares.