

Diciembre de 2019

PLANIFICACIÓN Y ESTRUCTURAS CONTRACTUALES EN LAS FAMILIAS EMPRESARIAS



Javier Ismodes Talavera



+51 994 960 746



legal@ismodesabogados.com



www.ismodesabogados.com



Calle Misti 410 Yanahuara Arequipa-Perú.

PLANIFICACIÓN Y ESTRUCTURAS CONTRACTUALES EN LAS FAMILIAS EMPRESARIAS

Javier Ismodes Talavera

ABSTRACT: La empresa familiar es el modelo empresarial común y de mayor actividad en Latinoamérica y el mundo, su modelo de gestión debe incorporar criterios adicionales a los del “management” y la economía empresarial tradicional. Es necesario sumar a ello, gestionar a su espejo permanente la familia empresaria, la que es necesario institucionalizar a través de mecanismos y estructuras contractuales. La teoría de la firma, costos de agencia, riesgos morales, costos de supervisión y aversión al riesgo, calzan perfectamente para modelar los instrumentos de gestión de las familias empresarias, como el Protocolo de Familia, el Plan de Sucesión y el Plan de Inversiones, así como un sistema de contratos, que garanticen predictibilidad, seguridad y permanencia.

PALABRAS CLAVE - KEYWORDS:

Empresa familiar, familia empresaria, gestión de empresas familiares, Protocolo de Familia, Plan de Sucesión, Plan de Inversiones, costos de transacción, contratos.

I. INTRODUCCIÓN

Como hemos mencionado en nuestro libro DE GENERACIÓN EN GENERACIÓN, GESTIÓN DE EMPRESAS FAMILIARES, el modelo empresarial común en el mundo es el de las empresas familiares, y en Latinoamérica más aún, siendo varios los problemas los que enfrentan estas empresas como son:

- FALTA DE PROFESIONALIZACIÓN:

Las empresas familiares en la mayoría de casos, son consecuencia de un emprendimiento personal y familiar al que se denomina, emprendimiento de primera generación, siendo que en nuestra realidad

latinoamericana, por lo menos hasta los años 2000, este tipo de empresas son consecuencia de un sueño y pasión del fundador, a la que se ha impreso poco de profesionalización en la gestión, estando la empresa conectada a una suerte de cordón umbilical que es la propia vida del fundador, sus emociones y el entusiasmo de este para desarrollar, más que la empresa, el producto o servicio que ha puesto en el mercado.

- PROBLEMAS DE ORGANIZACIÓN:

Como el emprendimiento, está asociado a la voluntad del empresario en la primera generación y hacer que el producto o servicio sea colocado en el mercado con el mayor esfuerzo, existe poca preocupación por contar con una organización estable, sólida y que sea capaz de capear los embates que los aspectos legales, tributarios, comerciales u otros presentan en el tiempo. Cuando un emprendedor inicia una empresa, normalmente los aspectos de organización quitan tiempo a los aspectos de la producción y comercial, siendo tan importante como ambos, pero que se posterga debido a que los recursos de todo tipo están enfocados en los campos antes mencionados.

- PROBLEMAS DE GESTIÓN DE LA FAMILIA EMPRESARIA:

Este problema es similar al anterior, en la primera generación el fundador, es el que hace de todo, es el multi tarea, y considera que lo que hace es bueno con respecto a la producción, con poca organización y no está dispuesto a asumir costos de agencia para la gestión, es decir contratar profesionales para mejorar la gestión, debido a que los recursos como ya mencionados están orientados al producto, servicio y mercado. Eso origina desorden en la administración y luego complica la toma de decisiones, porque la empresa no cuenta con información para tomarlas, debido a que el fundador asume que el olfato y la intuición son el oráculo para su empresa.

- PROBLEMAS DE SUCESIÓN:

Una realidad y problema frecuente de la empresa familiar, es la sucesión, tanto desde el punto de la sobrevivencia y duración de la organización, como de qué personas pertenecientes a la familia empresaria, se hacen cargo de la dirección y liderazgo de la empresa y de la propia organización familiar, se estima que solamente el 30% de empresas familiares sobreviven a la segunda generación y escasamente el 15% a la tercera.

Es por ello, que la práctica empresarial, ha ido construyendo métodos, procesos y modelos a efecto de garantizar la vida de las empresas familiares y superar la valla generacional, toda vez que son organizaciones que, bien gestionadas pueden superar el paso del tiempo, siempre y cuando se manejen algunas variables con niveles de responsabilidad y compromiso.

II. OBJETO DE ESTE TRABAJO:

En el presente artículo haremos una revisión general de la situación de las empresas familiares, y su alter organización, la familia empresaria, que es el espejo, o reflejo en ida y vuelta de estas organizaciones, una empresa familiar no existe sin una familia empresaria, y una familia empresaria no tiene sentido, sino gestiona una empresa o empresas; por ello la necesidad de siempre hablar de ambas en paralelo.

En segundo lugar, explicaremos brevemente los instrumentos que la doctrina de la gestión empresarial y el mundo legal, han ido construyendo a favor de la preservación de la empresa familiar en función a la familia empresaria. Finalmente trataremos los aspectos contractuales de los instrumentos de gestión de las familias empresarias, como son el plan de sucesión, el consejo de familia, el protocolo de familia y el plan de inversiones, en razón a su estructura, los niveles de obligación que deben existir, de responsabilidad, siempre considerando un

elemento fundamental, que es el tiempo sin dejar el elemento más valioso de las familias empresarias, que no es la tradición, el dinero, el capital, el patrimonio, el producto, o hasta la propia empresa, sino el legado de los fundadores o el legado de los distintos hombres y mujeres que marcaron la pauta de la familia y la empresa a lo largo del tiempo.

III. QUÉ ES UNA EMPRESA FAMILIAR

Una empresa familiar es una organización económica, que provee productos y servicios en el mercado, cuya diferencia con la empresa tradicional, es que el control accionarial o la titularidad de la empresa está en manos de una o más familias. Siendo la familia en paralelo, la que es la gran tomadora de decisiones que impactan en el desempeño de la empresa familiar.

Una característica de las empresas familiares es, además de detentar el control de las acciones, que los miembros de la familia pueden participar en la dirección, gestión, la administración y hasta en la parte operativa de la empresa, ocurriendo que, las relaciones familiares originan un modo distinto de administrar la empresa, justamente por la subjetividad y emocionalidad que caracterizan a una familia, es decir que las relaciones familiares tienen trascendencia absoluta en las relaciones empresariales.

IV. ELEMENTOS SINGULARES DE LA EMPRESA FAMILIAR:

Como hemos ido comentado en el punto anterior, existen aspectos singulares de la empresa familiar.

IV.1. Relación familiar de los accionistas:

Justamente el primero es, la relación familiar de los accionistas o titulares de la empresa, pueden ser miembros de una o varias familias, ya sea por el origen fundacional de la empresa que pudo estar en manos de uno, dos o más emprendedores, cuyos hijos sucedieron en la adquisición de acciones desde el punto de

vista sucesorio. Este carácter familiar es el motor de la empresa, pero también, el factor de distorsión en la toma de decisiones, por la subjetividad y emocionalidad que acompañan.

IV.2. Factores que inspiran a la empresa familiar:

Mencionamos que la empresa familiar se origina en el sueño de un emprendedor o familia emprendedora, que se convierte en el combustible anímico de la empresa y de sus miembros, pero que con el paso del tiempo, tanto el fundador como los sucesores discuten sobre ese elemento, que empieza a originar el conflicto. La primera generación, se rehúsa al cambio y a dejar la posta a la segunda generación, que en ocasiones pretende desarrollar transformaciones radicales, que no se adaptan al estilo en la toma de decisiones que una empresa familiar y familia empresaria pueden adoptar por la impronta del fundador. Ese factor de inspiración, bien conducido se transforma en el legado de la empresa familiar y la familia empresaria, que desarrollaremos a lo largo de este trabajo.

IV.3. La emocionalidad en la toma de decisiones:

Como dice Goleman el ser humano es esencialmente emocional, y subjetivo; normalmente una empresa está influenciada por el estado de ánimo y la subjetividad de los directivos, ejecutivos y colaboradores. En el mundo de las empresas familiares, los ánimos de la familia impregnan el desenvolvimiento empresarial, la familia empresaria y la calidad de sus relaciones son la piedra angular del desempeño empresarial y del futuro de la empresa. No hay organizaciones más impregnadas de emocionalidad, sentimientos y pasiones que la empresa familiar y la familia empresaria. Estos precios emocionales, se ponen por encima de las decisiones objetivas, generan externalidades en contra y costos adicionales que complican las relaciones institucionales,

personales y empresariales de la familia empresaria.

V. PROBLEMAS COTIDIANOS POR LA SINGULARIDAD DE LA EMPRESA FAMILIAR:

Las relaciones familiares desde el punto de vista legal y emocional se constituyen en factores gravitantes para la existencia, desarrollo y extinción de las empresas familiares y las familias que las conducen. Como comentamos en **DE GENERACIÓN EN GENERACIÓN, GESTIÓN DE EMPRESAS FAMILIARES**, el factor familiar es el motor de la empresa familiar, pero también en la mayoría de los casos es el generador de la destrucción, debido a que las emociones, los celos familiares, los intereses no alineados, se convierten en los elementos de distorsión del funcionamiento de la familia empresaria, y estas situaciones se convierten en el virus que contamina a la empresa familiar y que condena y frustra su permanencia, la existencia y el paso de una generación a otra.

V.1. DISTORSIÓN EN LAS DECISIONES EMPRESARIALES:

En un escenario de empresa común, donde no existen relaciones familiares entre los accionistas y tampoco entre los directivos, ejecutivos y hasta trabajadores y colaboradores; a pesar de la existencia de factores subjetivos, estos no son los gatilladores de las decisiones empresariales, que en la mayoría de circunstancias se producen como consecuencia de una estrategia de negocio. En la gestión de una empresa no familiar, para que la estrategia se cumpla y las decisiones operativas cotidianas que, logran que la empresa funcione y cumpla sus objetivos como son la presencia con productos y servicios en el mercado y finalmente obtener utilidades que son actividades fundamentales de cualquier empresa, el trabajo está orientado a que exista conexión entre la estrategia, gestión y operación. Sin embargo, en el caso de empresas familiares y familias que las dirigen, los titulares o accionistas de una empresa son

los miembros de una o varias familias, cuya actividad familiar, relaciones afectivas y situaciones emocionales, sentimientos de los miembros y entre los miembros de la familia, impregnan a su actividad empresarial, lo que genera distorsiones constantes en la organización familiar como en la empresa de la cual son propietarios o accionistas, encareciendo los costos de decisión contratación y eficiencia en la toma de decisiones tanto en la empresa, como en la familia.

V.2. POCA ACERTIVIDAD EN LA GERENCIA Y COSTOS DE AGENCIA:

Las empresas familiares y las familias empresarias, van transformándose con el tiempo, en función también a los contextos generacionales y temporales. El carácter, subjetivo distorsiona las decisiones, los costos de transacción se encarecen y de otro lado, existe un serio problema con los costos de agencia, que son aquellos de delegación de la empresa hacia un agente (directivo, gerente o ejecutivo) que actúa en favor del principal (la empresa), en razón al alineamiento de intereses a través de la figura contractual. Es decir, en una empresa no familiar, la expectativa con el agente, es que genere beneficios al principal (la empresa), en base a objetividad de resultados y gestión. En cambio, el carácter familiar hace, que en la mayoría de casos, los costos de agencia se incrementen porque se contrata como agente a un familiar, no en función al resultado esperado por el principal, sino a la relación familiar, el afecto, el sentimiento, etc. Se incrementan los costos de agencia porque los costos emocionales no percibidos juegan un rol total en la toma de decisiones con respecto a la dirección y conducción de la empresa, en razón al tiempo y a la necesidad de generar sucesión para la gestión en los tiempos posteriores. Describimos a continuación las etapas por las que atraviesa una empresa familiar en razón al tiempo:

ETAPA FUNDACIONAL:

Esta es la del emprendimiento, momento en el cual el emprendedor normalmente tiene una edad mediana o juvenil, e inicia el proyecto, con el ánimo de trascender a través de su producto y su servicio, poca formación, pocos recursos, mucho ánimo, constancia, compromiso, y la personalidad del fundador empieza a forjar el carácter y los valores empresariales. En Latinoamérica por el tamaño de los emprendimientos familiares, diremos que casi la empresa familiar reviste el mismo equipo de personas y miembros de la familia empresaria.

Existen experiencias de familias empresarias, en que la fundación y la toma de decisiones en la primera generación implica la participación de la primera y segunda generación, en el entendido que los miembros de la segunda generación, implementan el proyecto empresarial junto con los miembros de la primera.

ETAPA DE CRECIMIENTO:

El fundador y su familia, apuestan por la empresa familiar, como el gran reto a asumir, los hijos empiezan a crecer, los criterios de profesionalización son escasos, y el manejo de la empresa aún continúa en manos del fundador y algunos miembros de la familia empresaria. Siempre con distorsiones en la toma de decisiones por el carácter afectivo del fundador para con los miembros de la familia y algunas personas de confianza que forman parte del entorno inicial. De manera subjetiva, pudiendo inclusive ser distinta la situación que en la mayoría de los casos en estas dos primeras etapas de la vida de la empresa y la familia empresaria se forma la primera generación en la empresa familiar, perfilándose la segunda generación.

ETAPA DE CONSOLIDACIÓN:

Para esta etapa el fundador, tiene la necesidad de garantizar no solo el crecimiento, sino la sostenibilidad de la empresa a partir de criterios de profesionalización.

Cuando una empresa familiar, pasa a esta etapa ver mejoría en la gestión y se convierte en una organización confiable y predecible, dando pie a que la toma de decisiones no solamente sea consecuencia de los apasionamientos del fundador y su familia sino de profesionales que son capaces de garantizar la trazabilidad de sus decisiones, así como, asumir que las empresas necesitan estrategia en los distintos campos de la gestión y requieren recursos a ser gestados, así como procesos que normalmente en un emprendimiento familiar no existen en sus albores. En esta etapa los miembros de la segunda generación de la familia empresaria, empiezan a tener interés en la participación de la empresa familiar y pueden surgir disputas entre hermanos para ejercer o detentar el poder o parte del mismo junto con el fundador.

Es en esta etapa y en general durante la profesionalización de las empresas familiares, donde existe una distorsión en primer lugar para ejercer el poder en la gestión de la empresa familiar, la convivencia de varios intereses que deben ser alineados con los de la empresa y la familia y finalmente la problemática de los costos de agencia cuando se decide profesionalizar con directores y ejecutivos externos no pertenecientes a la familia empresaria. Este es uno de los conflictos que la estructura contractual de las familias empresarias deben ser capaz de administrar, justamente para evitar altos costos de agencia.

Justamente, las distorsiones en la gestión de empresas familiares se producen, cuando los miembros de la empresa familiar, quieren ejercer el control, gestión y administrador de la empresa familiar, muchas veces subordinando los intereses del "principal" es decir de quien le encarga la gestión o el acto de representación para la gestión y administración, por sus propios intereses o por miembros de la familia empresaria, que van rompiendo el alineamiento de los

intereses empresariales y de familia empresaria, por intereses personales o grupales que afectan el desarrollo orgánico y económico de la empresa familiar y la familia empresaria respectivamente.

La teoría de los costos de agencia, que son estos costos los que se presentan cuando un sujeto denominado principal, le encarga a otro denominado agente, la realización de un servicio en provecho del primero. Este es el criterio fundamental de la contratación de directores, gerentes y ejecutivos, es decir, que el encargo de agencia, se caracteriza primero por el mejor provecho a favor del principal.

Dicho esto, el peligro por el que las familias empresarias y empresas familiares pasan, al no tomar en cuenta el costo de agencia que garantice una gestión profesional para la dirección, gestión, gerencia, a favor de los accionistas que; en este escenario serían los miembros de la familia empresaria, que se convierten en agentes, son los miembros de la familia que ocupan cargos directivos, gerenciales o ejecutivos.

Es previsible que, en el caso de costos de agencia asumidos por la empresa familiar y la familia empresaria, con respecto a miembros de la familia que ocupan ciertos directivos o gerenciales, los costos son sumamente altos porque en la estructura muchas veces los criterios de selección no son los ideales, toda vez que el agente como ideal debe ser capaz de manejar información, contar con al experiencia suficiente, tener conocimiento, y garantizar, una gestión caracterizada por la diligencia debida. Cuando una familia empresaria elige a un miembro de su seno para asumir la dirección y gerencia de la organización empresarial, muchas veces no se consideran estos elementos, ya que existen factores emocionales, de interés personal que distorsionan la decisión. Por lo tanto, el riesgo para que existan externalidades en contra no esperadas (una externalidad en contra es un perjuicio no esperado o no contratado), que

genere perjuicios directos e indirectos a la empresa familiar y a la familia empresaria.

En una empresa tradicional, no familiar, también existen riesgos a los que la doctrina denomina riesgos morales, que son aquellas decisiones que ejercen los directores y gerentes independientes contratados, que ocasionan daño a la empresa y al principal debido a su falta de moral, ética y a ejercer y tomar decisiones no en función al contrato, ni al principal sino a su beneficio propio.

En el caso de directores, gerentes y ejecutivos miembros de la familia empresaria, que detentan el poder en la dirección de empresas familiares, la subjetividad y desconfianza genera costos de control mayores, a los que se denominan costos de supervisión, auditoría o monitoreo, que también son costos co - sustanciales a los de una organización económica. Sin embargo, en el modelo familiar, los costos de monitoreo serán mayores justamente por el factor emocional, subjetivo y de desconfianza, como lo son también los costos de agencia.

Entonces, esta distorsión puede ser sumamente costosa, por lo que los criterios contractuales deben de garantizar la mayor cantidad de contingencias a ser interiorizadas con respecto a estos riesgos, los costos de agencia, monitoreo y el riesgo moral.

Se trata de lograr que, las relaciones contractuales al interior de la familia empresaria y la empresa familiar, sean mecanismos de incentivo del cumplimiento del encargo del principal hacia el agente, al menor costo posible y con el mayor provecho posible, garantizando mecanismos de cumplimiento y sanción económica por los daños que se puedan generar (penalidades, indemnizaciones y sanciones contractuales).

VI. QUÉ ES UNA FAMILIA EMPRESARIA:

Conceptualmente, una familia es un grupo de personas organizadas por la unión de una pareja. Esta unión, es de carácter legal y/o religioso, que, convive y tiene un proyecto de vida en común. En contrapunto a la empresa

familiar, la familia empresaria es una organización social que integra padres, hijos, primos o cualquier otro miembro de la familia que, dentro de sus proyectos e intereses en común, se encuentra, la actividad empresarial y específicamente la titularidad, manejo y control de una o varias empresas.

Las relaciones emocionales, personales, económicas y de intereses que se presentan en una familia empresaria, se reflejan en la empresa familiar, y el objetivo de la profesionalización en la gestión y de escribir artículos como el presente; es promover que las organizaciones familiares, que tienen dentro de su objetivo en común el desempeño como empresarios y titulares de una empresa, es organizar sus relaciones, tratar de internalizar la mayor cantidad de contingencias posibles. Que esas relaciones que se van distorsionando por varias razones puedan ser reconducidas a través de instrumentos legales, como los contratos que puedan incentivar el cumplimiento de conductas y a su vez garantizar el equilibrio en las relaciones de los miembros de la familia empresaria.

VII. EL TIEMPO COMO VARIABLE:

Hemos adelantado algunos aspectos del tiempo en los numerales anteriores. El tiempo, es una de las variables mas importantes en las empresas familiares y familias empresarias, toda vez que el comportamiento de los miembros de la familia, los intereses y conductas, van cambiando de generación en generación.

El tiempo, hace que los intereses vayan mutando, la percepción con respecto a la familia y la empresa también. Las relaciones contractuales a ser estructuradas dentro de este andamiaje de relaciones obligatorias, tienen que considerar el tiempo.

Cuando una familia empresaria y empresa familiar, desean considerar el tema de la sucesión, ya sea del fundador a los hijos, es decir, a la segunda generación y de los hijos a los primos, tercera generación; como hemos

mencionado, es necesario articular las variables del tiempo, costos de agencia, costos de transacción y costos de monitoreo. Debido a que lo que se está trasladando de una generación a otra son dos elementos, el poder y la dirección, que como hemos visto en los párrafos anteriores a veces el tener el poder, no necesariamente genera calidad o destreza del sucesor para la dirección.

Entonces, el análisis sobre el poder y dirección deben ser los fundamentos para la sucesión, reiterando lo expuesto en los párrafos iniciales, la crisis de la empresa familiar y las limitaciones para su continuidad hacia la segunda y tercera generación justamente son el mal ejercicio del poder y la falta de dirección tanto en la organización familiar como en la organización empresarial. Estos problemas de decisión deben ser superados con, solamente la vocación de resolverlos a partir del interés de los miembros de la familia empresaria, para que, la empresa fundada supere los avatares del tiempo. Para ello, es necesario tomar buenas decisiones, que deben estar fundadas en información, desapasionamientos y sobretodo objetividad dentro del mar de subjetividad que caracteriza a la empresa familiar y familia empresaria.

Reiteramos que la mala toma de decisiones para la sucesión en la empresa familiar y familia empresaria genera riesgos morales (moral hazard), pérdida de valor en la empresa familiar y descomposición de la organización familiar titular de la empresa familiar.

En ese sentido, la correcta toma de decisiones es fundamental. Para el presente artículo, utilizaremos el concepto de sabiduría práctica que deben aprender a considerar los fundadores y en general los que toman decisiones sucesorias a nivel de la familia empresaria y la empresa familiar. Y, ¿qué es la sabiduría práctica?; justamente es la correcta toma de decisiones en razón a la

experiencia. En el sentido económico la correcta toma de decisiones, tiene como objetivo promover la reducción de costos de transacción y la eficiencia económica (conductual) en dichas decisiones. Por lo tanto, las familias empresarias deben adoptar sus decisiones en función a criterios económicos o de eficiencia, cuanto cuesta una decisión y cuanto beneficia a los miembros de la familia y a la empresa.

VIII. ELEMENTOS DE LA TEORÍA ECONÓMICA, APLICADOS A LAS FAMILIAS EMPRESARIAS:

Este trabajo está inspirado en la institucionalidad, en utilizar los elementos de la teoría económica de la organización empresarial, aplicados a la familia empresaria, se trata de lograr institucionalizar a dicha entelequia con un conjunto de normas, modeladoras de conducta que permitan dar trascendencia institucional y temporal a la familia empresaria, para poder superar el problema del tiempo, los conflictos y las relaciones entre miembros de la familia y con terceros.

Los economistas han explicado de distinta manera el porqué de la existencia de las empresas y justamente utilizaremos esas teorías para darle funcionalidad e institucionalidad a la familia empresaria, que obviamente desarrolla actividad empresarial a través de las empresas que organizan.

Ronald Coase, explica que la existencia de firmas o empresas contribuyen a la reducción de costos de transacción en varios escenarios, las empresas y los consumidores según la teoría neoclásica (con la que Coase discrepa) de la economía, se relacionan en función a los precios y a la competencia, es decir a la elección del consumidor o comprador, en función a la información de los competidores y las decisiones de los consumidores. El mérito de Coase es entender que toda operación económica incorpora costos de transacción, entendidos estos como cualquier costo

adherido a una operación como los costos de información, costos legales, costos de formalización, etc. Por lo tanto, la eficiencia económica se logra con mecanismos que incentiven la reducción de costos de transacción.

En ese sentido las empresas organizadas como entelequias legales reducen los costos de transacción a favor de los accionistas y consumidores, porque su estructura permite una coordinación eficiente para la producción de bienes y servicios, es decir en vez de que existan relaciones contractuales, con cada trabajador, con cada proveedor, con cada aportante financiero, la existencia de la institución llamada empresa, da información al mercado que todos contratan con una sola organización, que coordina todos los elementos que conforman la producción para poner en consideración del mercado los productos o servicios que organizan y venden. Eso es reducir costos de transacción.

En segundo término, los procesos de fusión, adquisición e integración económica, permiten reducir los costos de transacción, debido a que, si una empresa crece, tiene dos caminos, seguir sub contratando, o fortalecerse mediante la incorporación de nuevos procesos productivos, a través de la inclusión de nuevos accionistas y/o la compra de nuevas compañías.

En tercer lugar, existen los costos de agencia, que tiene como objetivo que la empresa garantice su correcto desempeño administrativo y de dirección. Es así que en las relaciones de agencia (costos de agencia), la organización empresarial, construye relaciones contractuales, con terceros, para encargarles la gestión y dirección, asumiendo costos y riesgos que se reducen a través de mecanismos contractuales; en razón a que, la modelación de esas conductas, reducen los posibles fraudes. Es decir a pesar que la contratación de un agente (gerentes, directores, ejecutivos, trabajadores) para ejecutar prestaciones a favor de la empresa,

genera costos; la existencia de la organización empresarial con una dirección eficaz y un sistema eficiente de contratos, reducen las posibilidades de conductas ilícitas en contra de la organización (ello no quiere decir que puedan existir conductas irregulares, pero deben ser las menores).

Bajo estas herramientas conceptuales, el darle "institucionalidad contractual a la familia empresarial", resulta conveniente, justamente porque su concepción reduce drásticamente los costos de transacción, se prevén conductas y conflictos, se asignan responsabilidades, se trazan criterios para la sucesión, se definen los mecanismos para la inversión, se reducen las posibilidades de conductas fraudulentas, se definen los mecanismos de contratación de agentes miembros de la familia e independientes, etc. No como consecuencia del mandato legal, sino como consecuencia del mecanismo más eficiente de modelación de conductas, como es el contrato, que implementa las reglas de funcionamiento, de la familia empresarial y su espejo, la empresa familiar.

IX. ASPECTOS CONTRACTUALES DE LA SUCESIÓN DEL FUNDADOR O FUNDADORES:

Entonces, como hemos descrito en el numeral anterior, existen decisiones que tomar con respecto a la sucesión en la propiedad, el poder y la dirección tanto en la organización empresarial y en la organización familiar, estas decisiones, son tan importantes en su análisis y causalidad como en su estructura contractual. Usamos la palabra causalidad, ya que la decisión de optar por sucesores en el control de propiedad y dirección, debe tener y contar con los menores criterios de subjetividad y emocionalidad posibles. Cabe la posibilidad que haya una valoración positiva de la subjetividad, como por ejemplo la medición de valores positivos como la lealtad, el compromiso, siempre sumados al conocimiento y experiencia para que la dirección sea adecuada en favor de la empresa y los miembros de la familia que

tienen altas expectativas en ella.

Las alternativas que nosotros planteamos por la experiencia y conocimiento en el campo de las empresas familiares es que se adopten criterios de sucesión bajo los siguientes elementos:

VIII.1. CRITERIOS DE ELECCIÓN DEL SUCESOR FUNDADOR EN LA FAMILIA EMPRESARIA:

La empresa familiar, es prácticamente una organización autocrática, es el fundador el que ha emprendido, organizado la empresa, con el apoyo de su familia, pero donde las decisiones, la titularidad y el control están única y exclusivamente en sus manos, y en paralelo es el jefe de familia, o sea juega un rol de liderazgo en la familia y la empresa, con pocas objeciones y normalmente acompañado únicamente por el sentido común, la experiencia y el esfuerzo para hacer las cosas.

Uno de los problemas de decisión para el fundador y la familia, es a quien se le deja el control de gestión en la segunda generación. Si los criterios del fundador se acercaran a la lógica y a que el objetivo de ceder la posta en la dirección y gestión de la empresa familiar es superar el paso del tiempo, se tendrían criterios muy simples para elegir a los directores y administradores de la segunda generación:

- Si se decide que, la sucesión en la dirección, administración y gerencia de la empresa familiar recae en miembros de la familia, deben existir criterios para su contratación, como la experiencia, el conocimiento del negocio y el mercado, la habilidad para dirigir, la formación profesional en temas de dirección, administración y dirección y un conjunto de habilidades blandas que garanticen que los costos de agencia y los costos de monitoreo sean menores que los beneficios a favor de los accionistas o titulares de la empresa, que deben ser los miembros de la familia, ello

sumado a algunos aspectos relacionados con la identificación de la familia, el legado y los valores personales como la lealtad y la honestidad, junto a un compromiso porque los intereses personales estén absolutamente alineados con los intereses de la empresa y de la familia que le da su respaldo, para así reducir los riesgos morales originados en posibles malas decisiones.

- Los contratos a ser estructurados en este tipo de relación, donde los miembros de la familia que ocupan cargos de dirección o gerencia, y a la vez son miembros de la familia, deben garantizar que los costos de agencia y de monitoreo sean menores a los beneficios esperados por la dirección y administración asumidas, por miembros de la familia, que pueden a su vez también ser titulares o no de acciones, es decir que también tienen comprometidos derechos de propiedad. Sin embargo, como hemos comentado ya, el contrato debe ser capaz de interiorizar la mayor cantidad de contingencias que se puedan producir al contratar miembros de la familia en la dirección y gestión para la segunda o tercera generación, como penalidades e indemnizaciones por deshonestidad y rompimiento de la alineación de intereses, claridad en especificar los actos ultra vires, es decir aquellos actos que superan el objeto de la empresa o "core business" (objeto del negocio) y cuya ejecución generaran acciones de responsabilidad en contra del agente.

- Directores y administradores independientes: Con respecto a la contratación de directores y administradores independientes y profesionalizados, que sean parte de la sucesión en la empresa familiar, debe existir evidencia primero de que no se pudo elegir a un sucesor para dirigir y liderar desde el punto de vista de gestión, en el seno de la familia empresaria, para atender a la empresa familiar; deben existir criterios para la selección y contratación de directores y gerentes profesionalizados, a manera de

la familia empresaria. Por ello la necesidad de instituir el concepto de **“EL LEGADO DEL FUNDADOR EN LA FAMILIA EMPRESARIA Y EMPRESA FAMILIAR”**, cuya definición, construcción e importancia desarrollaremos mas adelante.

Los criterios de sucesión en el liderazgo de la familia empresaria, están caracterizados básicamente por la identificación con la familia, el rescate de sus valores, trabajar para mantener el legado, que se constituye en la piedra angular del funcionamiento de esta entelequia que tiene una organización respaldada por un marco legal, pero cuyo medio de amalgamación son el legado y los valores familiares. El objetivo de una familia empresaria que aspira a superar el paso del tiempo, es lograr tener la mayor duración posible y que las generaciones siguientes mantengan encendida la llama da la misma, sea a través de la misma empresa que gestó el fundador o de nuevas compañías, como consecuencia de la adaptación y innovación.

Por lo tanto, el asumir el liderazgo de la familia empresaria, implica que este sucesor en el liderazgo familiar, promoverá la actividad permanente del Consejo de Familia, el cual es el órgano fundamental para su funcionamiento, prospección, sucesión y gestión de intereses. Se trata de una organización, o ficción legal que no se encuentra regulada por norma alguna, pero sí por vínculos contractuales, intereses y afectos. Su organización es consecuencia de la autonomía de la voluntad de los miembros de la familia para formar parte del mismo, que se vincula a través del protocolo de familia (que para nosotros debe ser un contrato), y que en la mayoría de los textos de familias empresarias, no tiene la connotación contractual que debería, porque es justamente el carácter contractual y vinculante, el que da vida a esta organización llamada familia empresaria y que convive en paralelo y siempre conectada con la empresa familiar.

El Pleno Familiar, debe ser un órgano de la familia empresaria, en el que deben estar representados todos los miembros de la familia, siendo posible que estos sean titulares o propietarios de la empresa, trabajen en ella, no trabajen en ella, y probablemente ni tengan derechos de propiedad ni trabajen la empresa, pero sí en otras inversiones familiares. En ese órgano, participarán todas las generaciones y se designarán a sus miembros directivos a través de un Consejo de Familia, como ya hemos mencionado, en función a los criterios que el Protocolo de Familia establezca, siendo común, que se elijan a sus miembros, en razón a la experiencia, el convencimiento, consideración y respeto al legado, al ánimo por seguir impulsando el carácter empresarial de la familia y a la empresa familiar y también los niveles de transparencia y honestidad para con los demás miembros de la familia. Normalmente la familia en pleno es la que aprueba el Protocolo de Familia, pudiendo, según la decisión de la organización familiar, otorgar al Consejo de Familia, la autorización para la aprobación del Protocolo Familiar y los demás instrumentos de gestión de la familia empresaria, así como las principales políticas que dispongan la familia sobre la empresa y el patrimonio; este es un tema de acuerdos y no de fórmulas establecidas.

El Consejo de Familia, se constituye en el órgano directivo de la familia empresaria, donde normalmente, se toman decisiones para la implementación y hacer valer el Protocolo de Familia, y se fijan los mecanismos de sucesión, profesionalización, inversiones, etc. Es decir, a través de esta instancia familiar se establecen, aprueban normas y se fijan políticas de la familia empresaria. El universo de decisiones del Consejo de Familia, puede ir desde establecer los criterios de funcionamiento de la empresa, los aspectos conductuales de la familia, hasta promover la formación de los cuadros directivos para el futuro de la familia, las nuevas inversiones y emprendimientos, manejo de activos, diversificación, cómo se involucra a los mas

jóvenes en cuanto al legado del fundador y valores empresariales, así como en la posibilidad que ellos formen parte de la dirección y administración futura, etc.

VIII.3. CRITERIOS EN LA TRANSFERENCIA DE DERECHOS DE PROPIEDAD DE ACCIONES SOBRE LA EMPRESA FAMILIAR:

Los derechos de propiedad de la familia empresaria, no solamente están relacionados a la titularidad de acciones que la familia empresaria posee sobre una empresa familiar, siendo que en la mayoría de circunstancias en la primera generación, el accionariado normalmente está concentrado en el fundador, en la segunda generación, en el fundador y sus hijos y en la tercera generación en el fundador, sus hijos y los hijos de estos o grupos de primos. Entonces los derechos de propiedad o sobre titularidad de acciones en estos tres momentos es acompañado por un conjunto de activos de cualquier índole, ya sean tangibles, intangibles, otras acciones, inversiones, marcas, contratos, que están de mano de la familia empresaria.

Hablaremos en este caso, de las relaciones contractuales de adquisición de acciones o instrumentos representativos del capital de una empresa familiar a cargo de los miembros de la familia empresaria.

La legislación societaria española, inspira el marco legal organizativo y societario latinoamericano, cuya utilización debe ir acompañada de la normatividad sucesoria para determinar circunstancias como las que a continuación expondremos y que son consecuencia de relaciones jurídicas, legales y contractuales.

La norma societaria, por ejemplo, peruana, permite que los accionistas de una sociedad anónima cerrada, e inclusive de una sociedad anónima tradicional, puedan establecer mecanismos de limitación a la

transferencia de acciones. Esta decisión contractual, puede permitir que el estatuto de una sociedad caracterizada por el carácter familiar de los accionistas (familia empresaria), pueda incorporar esa limitación para que terceros no puedan adquirir acciones durante un tiempo determinado a efecto claro de continuar con la posición de accionistas por parte de la familia empresaria, para continuar con el carácter familiar de la empresa.

Así también, sumada la posibilidad de transferencia de acciones a terceros, existe la posibilidad de limitar la distribución de utilidades para lograr mejorar la posición patrimonial de la empresa familiar, como también las limitaciones a la distribución de dividendos, para asegurar la estructura patrimonial de la empresa familiar.

Uno de los elementos societarios, con respecto a la titularidad de acciones, es decir, derechos de propiedad sobre la empresa familiar, es la activación del derecho de suscripción preferente, es decir, ese derecho de prelación o privilegio, que tienen los accionistas para poder adquirir acciones de otro socio que tenga el ánimo de transferir estos títulos valores.

La norma societaria deja la posibilidad que las estructuras contractuales para la adquisición y entrega de acciones dentro de la familia empresaria a favor de nuevos accionistas, sucesores, gratificar mediante acciones puedan ser desarrolladas, siempre y cuando dicho marco normativo interno y contractual sea precisado en el estatuto de una sociedad anónima que tiene como característica que la mayoría de acciones, está en manos de una o más familias.

Esta estructuración contractual, en base al estatuto de una sociedad anónima con acciones en mayoría a favor de miembros de una o mas familias, permite reducir la incertidumbre con respecto al manejo

accionarial, es decir, se logra el objetivo de un marco contractual en este campo, que no solamente se debe reflejar en el estatuto societario, sino en el protocolo de familia, que es el marco normativo espejo para la familia empresaria, pudiéndose generar en algunos casos, acuerdos para - societarios o de grupos de accionistas miembros de una familia empresaria, donde se establezcan decisiones de seguridad para evitar actos que puedan afectar su porcentaje accionarial, en escenarios de aumento o reducción de capital, o transformación societaria. Estos acuerdos como lo establece la norma deben ser conocidos por los accionistas en general, a ello la literatura legal empresarial, les denomina pactos para -societarios, sindicatos de acciones.

VIII.4. ASPECTOS DE LA TRANSFERENCIA DE ACCIONES EN EL CAMPO SUCESORIO:

Los derechos de propiedad de la familia empresaria, no solamente están relacionados a la titularidad de acciones que la familia empresaria posee sobre una empresa familiar, siendo que en la mayoría de circunstancias en la primera generación,

El artículo 240 de la Ley General de Sociedades, reconoce como accionista al heredero o sucesor, sin embargo, en el caso de existir normatividad estatutaria, a favor del derecho de suscripción preferente, como hemos comentado en los párrafos anteriores, este derecho se mantendrá incólume frente al derecho societario.

Ahora bien, el derecho societario, establece los criterios de la sucesión y derecho a la herencia, siendo, que, así las cosas,

VIII.5. CRITERIOS DE TRANSFERENCIA DE DERECHOS DE PROPIEDAD EN LA FAMILIA EMPRESARIA (OTROS ELEMENTOS PATRIMONIALES):

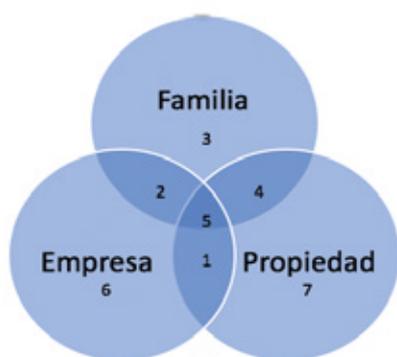
La literatura especializada en la gestión de empresas familiares, ha estructurado, lo que

se denomina la teoría de los tres círculos, que tienen como objetivo, analizar, describir y resolver la problemática de los elementos que constituyen las relaciones entre empresa familiar y familia empresaria, como son la empresa propiamente, la propiedad de la empresa y tres elementos patrimoniales (dentro de ella la titularidad de la empresa familiar que ya hemos analizado antes de este punto) y la familia. Cuando hablamos de propiedad no solamente hay que hacer referencia a la titularidad o accionariado de la empresa o empresas de la cual es propietaria la familia empresaria, sino de aquellas inversiones, activos, tangibles o intangibles que constituyen el patrimonio de la familia empresaria, tal vez de la familia extendida o también considerando a las distintas familias nucleares que se gestan de generación en generación.

Nuestro estudio de relaciones contractuales, justamente debe prever el ejercicio de la propiedad de los miembros de la familia empresaria, cuáles son los criterios para asignar propiedad más allá de la titularidad de la empresa o empresas de propiedad de la familia empresaria. la familia empresaria.

Así las cosas, se pueden tomar en cuenta, criterios de distribución, asignación de activos como consecuencia de la herencia, y el tercio de libre disposición que los miembros de una generación pueden otorgar a los de las siguientes u otros miembros de la familia o terceros. En razón a criterios subjetivos y objetivos, pero que a efecto de lograr estabilidad dentro de la familia empresaria, lo correcto es fijar condiciones para que esas transacciones se produzcan, con indicadores de carácter objetivos o también subjetivos que puedan estar interiorizados en los contratos y los instrumentos de gestión de la familia empresaria. Como son el protocolo de familia, el reglamento del consejo de familia, el plan de sucesión y el plan de inversiones, siendo este último un marco normativo para advertir cómo se invierten, en qué y con qué criterios los activos y patrimonio de la familia empresaria.

Estas relaciones contractuales, se caracterizan por un principio financiero como la distribución del riesgo, además de la participación de distintos operadores a cargo, por lo que las estructuras contractuales justamente deben asegurar la preservación del patrimonio de la familia empresaria, mediante criterios de inversión, cláusulas de seguridad y responsabilidad en las inversiones, normas de cumplimiento como la prevención de lavado de activos, etc. Distintas relaciones contractuales, cuya estructura debe tener como misión, asegurar las inversiones, definir e interiorizar la mayor cantidad de contingencias posibles e incentivar el cumplimiento de las obligaciones, entre la familia y los gestores financieros y a cargo, o con los propios miembros de la familia que son beneficiados con inversión de capital a través de un start up familiar, o un fondo de inversión para nuevos emprendimientos y diversificación de la inversión.



Como se puede apreciar, la teoría de los tres círculos, contribuye de manera clara y eficiente a entender las relaciones que se presentan en el campo de las empresas, familiares, las familias empresarias y la titularidad patrimonial de ambas, este gráfico no solamente muestra las relaciones que se producen, sino en función a nuestra propuesta, las estructuras contractuales que se edifican para equilibrar dichas relaciones. El círculo superior muestra las relaciones de familia, aquellas las relaciones que se producen entre propietarios que no son miembros de la familia y que trabajan en la

empresa (1), las relaciones y contratos entre miembros de la familia que trabajan en la empresa y no son propietarios (2), relaciones y contratos con miembros de la familia empresaria que no traban en la empresa y que no son propietarios (3), relaciones y contratos que se producen entre miembros de la familia que a su vez son propietarios o titulares pero que no trabajan en la empresa (4), relaciones y contratos que involucran a miembros de la familia que trabajan en la compañía y tienen derechos de propiedad (5), las relaciones y contratos con colaboradores de la empresa, que no son ni propietarios ni miembros de la familia (6) , y las relaciones y contratos que se producen entre propietarios que no son miembros de la familia y no trabajan en la empresa (7).

X. ASPECTOS SUCESORIOS:

IX.1. EL LEGADO, LA PIEDRA FILOSOFAL DE LA FAMILIA EMPRESARIA:

El desarrollar un conjunto de nexos contractuales para reducir costos de transacción y tener aversión a la incertidumbre, a nivel de la familia empresaria, requiere de un concepto aglutinador que trascienda al tiempo y a la actividad empresarial objeto de negocio, debido a que las circunstancias de mercado, sociales y económicas van variando, siendo uno de los objetivos de las familias empresarias superar el paso del tiempo de generación en generación. Y ello no se garantiza, con seguir haciendo las cosas de la misma manera, sino mediante la innovación y la competitividad, sin dejar de lado la esencia de la empresa, sus valores, historia, que a la postre son el sustento del comportamiento de la familia y la empresa.

La literatura especializada en empresas familiares, coincide en que este sustento ideológico y aglutinador es el legado del fundador. A qué se denomina legado del fundador, al conjunto de actitudes, iniciativas,

y sesgos personales que el fundador o los miembros de la familia, imprimen a la empresa familiar en el momento del emprendimiento de primera generación e inclusive más adelante. Se trata de ese sueño emprendedor, que está acompañado de entusiasmo, trabajo duro, confianza en el producto, laboriosidad, austeridad, etc. que poco a poco deben convertirse en los valores de la empresa familiar y la familia empresaria. Las generaciones pasarán, pero el tener ese elemento conceptual, ético, filosófico, etc. como parte de la estructura de contratos, es uno de los cimientos para la empresa y la familia; y ambas superen el paso del tiempo.

Existen diversos casos de familias empresarias, en cuyas empresas el "core" u objeto social o empresarial ha mutado con el paso del tiempo, pero la esencia, el legado, se constituyen en la piedra angular para la actividad empresarial y es el aglutinador moral de la familia, a partir de lo cual los negocios, las empresas y los proyectos se transforman y diversifican.

En este conjunto de nexos contractuales, el enunciado fundamental, el legado, debe ser parte del incentivo a conductas que deben cumplirse desde el punto de vista de la toma de decisiones, estructura de la familia, de la empresa, etc. Y debe citarse a menudo en cada documento, contrato, instrumento vinculante en el ámbito de la familia empresaria como el estatuto o en los de la empresa familiar como el protocolo de familia, el plan de sucesión, etc.

Es trascendente que los documentos inspiradores para la familia empresaria, como la visión, el legado, el plan estratégico de la familia, etc. sean incorporados a los documentos familiares como el protocolo de familia, y a los empresariales, como el estatuto de la compañía.

II.4. LAS DISPUTAS DE LA FAMILIA EMPRESARIA Y LA PÉRDIDA DE VALOR EN LA EMPRESA FAMILIAR:

A lo largo de este trabajo, hemos ido descubriendo la cantidad de relaciones afectivas, económicas, patrimoniales, y fundamentalmente subjetivas que se desatan durante la vida de una empresa familiar y familia empresaria. Intereses económicos impregnados de emocionalidad, muchas veces de resentimiento y en otras de ánimo de revancha entre hermanos, primos y parientes en general.

Este artículo pretende poner de manifiesto que la vida de la empresa familiar, y la familia empresaria, es un campo minado por emociones, conflictos potenciales y conflictos reales, que pueden presentarse a cada momento y que su no administración y mala gestión generan pérdida de valor constante tanto a nivel de la empresa como de la familia. Y que con un sistema de contratos que interioricen la mayor cantidad de contingencias posibles, de instrumentos de gestión con carácter vinculantes, la reducción de estos costos y riesgos potenciales como consecuencia de la interferencia emocional o de los riesgos morales.

En suma, los conflictos que se presentan son destructores de valor, pérdida de patrimonio y posibilidad de no asegurar la permanencia en el tiempo, que es uno de los grandes retos de las empresas familiares. ¿Como prevenir los conflictos?

XI. INSTRUMENTOS LEGALES EN LA FAMILIA EMPRESARIA, PARA GARANTIZAR LA SUCESIÓN Y LA CONTINUIDAD DE LA EMPRESA:

X.1. EL PLENO FAMILIAR:

El Pleno familiar, es la familia empresaria instituida, y que reúne a todos sus miembros, y compuesto por todos los miembros de la familia que realiza como tal, actividad empresarial, es decir que además de tener vínculos familiares, son titulares en su mayoría

y sesgos personales que el fundador o los miembros de la familia, imprimen a la empresa familiar en el momento del emprendimiento de primera generación e inclusive más adelante.

X.2. CONSEJO DE FAMILIA:

El Consejo de Familia es el órgano directivo de la empresa familiar, en la práctica es designado por el pleno familiar, y tiene como objetivo la implementación y cumplimiento de los instrumentos de gestión familiar empresarial, así como tomar decisiones en función a la marcha de la familia, las inversiones y la actividad empresarial. El Consejo de Familia, es lo que el directorio es a la empresa.

El Consejo de Familia no existe per se, como consecuencia que la familia tiene una empresa, sino que emerge como resultado de la autonomía de la voluntad, del deseo de los miembros de autorregularse a través de una instancia como ésta, privada que crea un instrumento o documento vinculante, en el que se establecen obligaciones de carácter moral, económico, es decir como consecuencia de un contrato, que relaciona a sus miembros a través de conductas que alinean los intereses de las personas con los intereses de la familia. Un Consejo de Familia, incluye normalmente a la primera generación, a la segunda generación (hermanos) y a la tercera generación (consorcio de primos).

X.3. EL PROTOCOLO DE FAMILIA:

El protocolo de familia es el instrumento, contrato y documento vinculante que es aprobado por el Consejo de Familia o por el Pleno Familiar, a través del cual, se regulan los temas de intereses de sus miembros, de la familia, de la empresa o empresas y de sus inversiones. Los protocolos de familia, no son una fórmula o un formato con un articulado dispuesto por una norma, sino que son

consecuencia de la decisión de los miembros de la familia, y que podría tener los siguientes elementos:

X.2.1. MISIÓN DE LA FAMILIA EMPRESARIA:

Porqué existe la familia empresaria, cuál es la razón de mantener la unidad, entendemos que es pretender la trascendencia en el tiempo, a través de la actividad empresarial, buscando darle perennidad al legado de la familia o del fundador.

X.2.2. VISIÓN DE LA FAMILIA EMPRESARIA:

Hacia donde pretende llegar la familia empresaria, en el mediano y largo plazo, tanto en lo relacionado con la actividad empresarial, como con su institucionalidad.

X.2.3. LEGADO FAMILIAR O DEL FUNDADOR:

Como hemos mencionado el legado se constituye en el activo más importante para una familia empresaria, porque a partir de su homologación y aprobación por los miembros de la familia, es el elemento aglutinador, la motivación y sobretodo el punto de apoyo y debido a que los valores, la inspiración, el estilo para hacer negocios, las características de austeridad, ahorro, buena inversión por ejemplo se tornan en fundamentales para las actividades.

Ya hemos comentado, que existen familias empresarias, que iniciaron sus actividades empresariales con un giro de negocio, pero que gracias a un legado bien definido, han sido capaces de adaptarse a los cambios del el mercado, a las oportunidades y han salido de rubros de negocio donde iniciaron sus actividades, para pasar a otros con la misma calidad, entusiasmo y valores como cuando empezaron los fundadores, un ejemplo concreto es la familia Wong que con el paso del tiempo lograron consolidar los supermercados para luego venderlos e invertir en actividades inmobiliarias, centros comerciales y terminales terrestres.

Siempre con los valores de calidad, atención al cliente, respeto al trabajador y austeridad que caracterizaron al fundador en sus inicios.

X.2.4. COMPROMISOS MORALES DE LOS MIEMBROS:

Se trata de la asunción de compromisos destinados a preservar el legado, cumplir con las disposiciones del Consejo de Familia, priorizar el interés de la familia empresaria, compatibilizando el mismo con los intereses de familia nuclear y los personales. En este campo, se precisan por ejemplo, disposiciones de no competencia e imposición de sanciones para los miembros de la familia, que pretendan realizar actividad en estricta competencia con la empresa familiar, lo que origina un detrimento reputacional y económico, porque el miembro de la familia que comete esta infracción estaría utilizando el "know how", el estilo e inclusive fórmulas, productos y maneras de hacer las cosas, aprovechando su posición de miembro de la familia, en perjuicio de la misma y de la empresa y en beneficio personal o de terceros.

Las limitaciones o frenos morales, son importantes en el campo de las familias empresarias, porque como hemos dicho, estos documentos de carácter vinculante no son otra cosa que mecanismos de incentivo o desincentivo de conductas en favor de la familia y empresa familiar.

X.3. EL PLAN DE SUCESIÓN:

El plan de sucesión igualmente es un mecanismo contractual y vinculante para fijar la sucesión en la familia empresaria y en la gestión de la empresa familiar. Existen familias que incorporan en el protocolo de familia el plan de sucesión y en otras, se define el plan de sucesión como documento independiente.

En el plan de sucesión también se incorporan los perfiles para la sucesión a través de los miembros de la familia en la empresa familiar, cuáles son los criterios para asumir la responsabilidad en la dirección y gerencia en la empresa, incluyendo la posibilidad que ejecutivos y trabajadores puedan pertenecer a la familia, pero en estos tiempos, es fundamental el criterio profesional o de contar con las competencias y habilidades

para ejercer estos cargos,

XII. COMPLEJIDAD DE LAS ESTRUCTURAS CONTRACTUALES EN LA FAMILIA EMPRESARIA Y LA EMPRESA FAMILIAR:

La literatura especializada se hace una pregunta frecuente, porqué las familias empresarias no tienen normalmente un marco contractual que prevea las conductas de sus miembros en favor de la sucesión y trascendencia de las empresas familiares. Y es que habiendo tanta subjetividad en las relaciones personales y económicas de los miembros de las familias empresarias y siendo estas relaciones de distinto tipo y objeto, es pertinente contar con un marco contractual estructurado. Para qué, para incentivar conductas en favor de la coexistencia, del alineamiento de intereses, de la correcta sucesión, de la profesionalización, de la permanencia en el tiempo, de las correctas inversiones, de la participación de los miembros de la familia en los órganos de dirección y administración de la empresa familiar.

La literatura especializada se hace una pregunta frecuente, porqué las familias empresarias no tienen normalmente un marco contractual que prevea las conductas de sus miembros en favor de la sucesión y trascendencia de las empresas familiares. Y es que habiendo tanta subjetividad en las relaciones personales y económicas de los miembros de las familias empresarias y siendo estas relaciones de distinto tipo y objeto, es pertinente contar con un marco contractual estructurado. Para qué, para incentivar conductas en favor de la coexistencia, del alineamiento de intereses, de la correcta sucesión, de la profesionalización, de la permanencia en el tiempo, de las correctas inversiones, de la participación de los miembros de la familia en los órganos de dirección y administración de la empresa familiar.

La complejidad de los contratos de las relaciones de empresas familiares y las familias titulares de las mismas, en sus

distintas perspectivas y temáticas deben ser capaces de interiorizar la mayor cantidad de contingencias posibles que se puedan generar entre los actores de dichas relaciones, como los miembros de la familia, la compañía, los ejecutivos, los inversionistas, etc.

Se trata justamente de construir un andamio de contratos sugeridos sobre los cuales la familia empresaria debe fundar sus relaciones que ya no solamente son de carácter emocional o familiar, sino económico y financiero, permitiendo así darle notoriedad a este aspecto por encima de las emociones y los malos momentos, el definir reglas de juego clara a nivel familiar a través de los contratos, significa construir mecanismos de aseguramiento en tiempos de paz y de conflicto.

El organizar una estructura de contratos, a través de los instrumentos de gestión de la familia empresaria, reducirá ostensiblemente los costos de negociación y transacción en esta instancia, debido a que la misma se tratará de poner en la mayoría de supuestos posibles en las distintas relaciones entre los miembros de la familia empresaria y los que denominaremos "stakeholders" o interesados en su desempeño. De otro lado esta estructura contractual posibilita que los intereses de la familia empresaria a nivel generacional, se encuentren alineados.

Como hemos comentado, las relaciones personales, emocionales, legales y fundamentalmente económicas van cambiando a lo largo del tiempo entre los miembros de la familia empresaria, y uno de los aspectos más importantes de la estructura contractual, es alinear estos intereses. Como ya comentamos en nuestro libro DE GENERACIÓN EN GENERACIÓN, GESTIÓN DE EMPRESAS FAMILIARES, el lograr este andamio de contratos, permite que las relaciones patrimoniales, económicas y morales, no sean manejadas aleatoriamente,

o en función a reacciones emocionales, ya que el contar con los instrumentos, es darle un cariz organizacional a la familia empresaria, con conductas previstas, predictibilidad ante situaciones concretas y tener respuestas institucionales ante hechos sobrevinientes.

Lo opuesto, es desarrollar negociaciones circunstanciales, contratos independientes y externalidades en contra, en razón a rupturas que se dan como consecuencia de beneficios esperados en algunos miembros de la familia empresaria a expensas de perjuicios de otros o de la propia organización familiar o empresarial.

Uno de los argumentos más poderosos en términos económicos es el esbozado por Ronald Coase en la Teoría de la Firma, ya que si bien la familia empresaria no es propiamente la empresa, existen una serie de relaciones inter parentales y con terceros que generan costos de transacción y negociación, y tener estas relaciones incorporadas en un sistema contractual y de instrumentos de gestión reducen esos costos ostensiblemente, más no los eliminan y de otro lado, además de los costos está un factor fundamental, el riesgo de incertidumbre, es decir, cuando no existe esta estructura contractual, los riesgos son mayores porque no se conocen las formas de reaccionar de los miembros de una familia empresaria, con respecto a una situación personal, jurídica y económica determinada.

Continuando, el paralelo con la visión institucional de la firma o de la empresa, como o organización, no como unidad jurídicamente constituida, es menester apreciar la posición de Williamson, en el sentido de la eficacia de las jerarquías a través de un sistema de contratos, toda vez que la toma de decisiones y el acatamiento de las mismas es un tema relevante, en la empresa lo podemos entender a partir del estatuto empresarial, la ley de sociedades y la organización de poderes a partir de la estructuración de una junta de accionistas, directorio o gerencia, donde la

ley a fijado el marco mínimo para garantizar la toma de decisiones. Se trata de garantizar a partir de la organización e institucionalidad de la familia empresaria la coordinación, el control y la solución de controversias, de esta organización social y económica, que no tiene por naturaleza una estructura legal, salvo la del código civil en el ámbito familiar, y que requiere de una estructura contractual para un funcionamiento adecuado como vamos exponiendo en el presente artículo.

En cambio, al no existir una ley de familias empresarias, y nuestra opinión es que no debe haberlo, estas se deben organizar a partir de este sistema de contratos y documentos de gestión que están sustentados en los nexos contractuales, para que se defina el sistema de jerarquías para la toma de decisiones, siempre alineando los intereses de los miembros y la organización familiar (bajo el paraguas del alineamiento de intereses). Entonces esta red de contratos a ser estructurada a favor de la familia empresaria, empieza a dar consistencia de ficción legal a la familia empresaria, que, si bien no tiene un reconocimiento normativo, tendrá un reconocimiento contractual que asegura las conductas de los agentes que participan en dichos contratos.

XIII. TITULARIDAD Y ADQUISICIÓN DE ACCIONES:

Este es un aspecto trascendental, porque de la titularidad o propiedad de las acciones depende el control de la empresa, los fundadores son los titulares de las acciones en la primera generación, y allí la toma de decisiones está alineada con la visión del fundador y la propiedad de la empresa. El problema como explica Kelin Gersick y otros está en el paso del tiempo a la segunda generación y los hijos, y nietos o consorcio de primos aspiran a tener derechos de propiedad sobre las acciones o equity. Entonces lo ideal es tener una política de adquisición de acciones que se refleje en una relación contractual estatutaria, debido a que

el estatuto es el marco normativo de la empresa y en paralelo, reflejar los criterios de reasignación de acciones en el protocolo de familia.

Cómo las siguientes generaciones pueden adquirir acciones; por sucesión, por derecho de adquisición, por asignación distinta a la que el marco normativo establece. Estos son justamente los marcos contractuales que la familia debe implementar para garantizar la subsistencia en el tiempo.

Son justamente el protocolo de familia y el plan de sucesión, los instrumentos de andamiaje contractual en la gestión de familias empresarias, que fija los criterios de transferencia de acciones, pudiendo superar los criterios de la Ley General de Sociedades que establece la posibilidad que los accionistas implementen limitaciones a la transferibilidad de acciones, ya sea priorizando la adquisición de acciones por parte de los miembros de la familia, suspendiendo la transferencia de acciones a terceros durante un tiempo determinado, o garantizando que solo los sucesores puedan ser los adquirentes de estos títulos valores; lo interesante de la legislación mercantil, al ser eminentemente privada, genera las vallas mínimas sobre las cuales se puede comportar el accionista y la empresa o sociedad. En ese orden de ideas el protocolo de familia deberá implementar los criterios de adquisición de acciones y los límites a la transferibilidad.

Asimismo, se pueden imponer cargas u obligaciones de dar o hacer a los fundadores o miembros de una generación para garantizar la adquisición de acciones por miembros de la familia, obligaciones o conductas que puedan presentarse para que su derecho pueda hacerse efectivo o sea ejecutado.

En estos campos, no podemos soslayar, como en todo el aspecto contractual de la familia empresaria, los criterios legales del derecho de familia, que tiene enorme influencia en la consistencia legal de los contratos, como por

ejemplo el derecho a la herencia, la figura del anticipo de legitima para adelantar la transferencia de derechos o titularidades sobre acciones a favor de uno o más herederos, o inclusive jugar con los derechos de libre disposición del titular de acciones para heredar a otro miembro de la familia, que no es un heredero forzoso, pero que por criterios profesionales, técnicos y emocionales, puede verse beneficiado con la decisión de uno de los miembros de la familia empresaria.

XIV. CONTRATACIÓN DE EJECUTIVOS INDEPENDIENTES Y FAMILIARES:

Este campo, también está relacionado a los nexos contractuales, y resulta fundamental en la toma de decisiones de la familia empresaria. Hemos comentado en los primeros párrafos del presente trabajo, que una de las dificultades constantes de las empresas familiares es la falta de profesionalización, considerando que, en muchos de los casos, los ejecutivos de la compañía, son miembros de la familia, sino es el fundador, que detentan el poder y la toma de decisiones sobre la empresa y las unidades de producción; sin tener las capacidades profesionales o la formación necesaria para lograr administrar, gestionar, dirigir u operar la empresa familiar. Es necesario, realizar un espejo entre el estatuto de la empresa y el protocolo de familia para establecer los criterios de incorporación de directores y ejecutivos profesionales, garantizando el respeto de los miembros de la familia a dicha designación y también a las decisiones que estos profesionales adopten en beneficio de la empresa y la familia.

Entonces, los nexos contractuales o la estructura de contratos deben permitir garantizar a favor de la empresa familiar, la mejor decisión para la contratación de ejecutivos por parte de los miembros de la familia empresaria, donde se discuten, los criterios de acceso, poder para la toma de

decisiones e impacto directo en beneficio de la empresa familiar.

Ahora bien, estos elementos son los mínimamente ideales a ser considerados en la decisión de una familia empresaria y en la definición de los elementos contractuales, es decir:

- a) ¿Cuándo un miembro de la familia empresaria puede y debe formar parte de la gerencia o del directorio?
- b) ¿Con qué niveles de formación, destrezas, habilidades profesionales y habilidades personales debe contar un ejecutivo que es parte de la familia empresaria, y que ocupará el directorio o la gerencia?
- c) ¿Qué intereses deja de representar para asumir la representación de todos los intereses de la familia empresaria en la empresa familiar?
- d) ¿Cuáles son sus facultades y poderes para la toma de decisiones?
- e) ¿Cuál es el límite de sus poderes y toma de decisiones?
- f) ¿Cuándo no es conveniente que miembros de la familia empresaria participen del directorio o la gerencia de la compañía o ejerzan un cargo expectante en la misma?
- g) ¿Qué criterios asume la familia empresaria para contratar ejecutivos independientes?
- h) ¿Con qué niveles de formación, destrezas, habilidades profesionales y habilidades personales debe contar un ejecutivo independiente para ser parte del directorio o gerencia de la empresa familiar?

Una vez definidos estos criterios por los miembros de la familia empresaria, estos deben incorporarse a la red de contratos, nexo contractual o estructura contractual de la que hemos hablado, a través de los instrumentos de gestión, en este caso a través del protocolo de familia.

Las obligaciones que asumen los miembros de la familia empresaria, son de hacer, de tomar

decisiones que para la institución familiar, son correctas, en un marco de protección de los intereses de la propia familia y la empresa familiar, por lo que todo incumplimiento para asumir los criterios de elección debe asumirse bajo un manto de responsabilidad, en función al dolo, la culpa, la impericia, y si es que existiera un daño en contra de la empresa familiar y de la propia familia empresaria, se deben determinar los elementos del daño.

Por lo tanto, hacer un análisis sobre los costos de agencia de la familia empresaria y la empresa familiar resulta ser un tema interesante, teniendo en cuenta que la teoría asume que el bienestar de una persona depende de lo que haga la otra, por encargo de la primera. En el caso de un ejecutivo, director, gerente o apoderado que ejerce como tal en una compañía, y es a su vez miembro de la familia empresaria, los costos de agencia bajo un criterio de nexo contractual bien establecido, deberían ser menores, toda vez que los intereses personales están más alineados por formación, cercanía y relación personal con los de la empresa familiar y familia empresaria, y es justamente el sistema contractual el que puede garantizar que este alineamiento permanezca y si esto no sucede imponer penalidades y ejecutar cláusulas de responsabilidad muy claras por el incumplimiento del mandato o costo de agencia, que el agente asume por dos vías, la de ejecutivo y la de miembro de la familia.

XV. CONTRATACIÓN DE COLABORADORES INDEPENDIENTES Y FAMILIARES:

El proceso de estructuras contractuales, se da en esencia en la empresa familiar, pero con el envión e influencia, de los miembros de la familia empresaria que toman decisión porque tienen el control accionario de la primera o son los miembros del directorio, u ocupan los cargos directivos. Contratar directivos y gerentes miembros de la familia, como hemos visto tiene una connotación con respecto a los costos de agencia y a la incer-

tidumbre que puede administrarse a través de acciones que tengan poder y carácter vinculante en los documentos de gestión de la familia empresaria, como son el protocolo de familia y el plan de sucesión.

Pero qué sucede, con los criterios de contratación de colaboradores en los niveles medios y que no tienen decisión en la empresa, pero que al ser miembros de una familia empresaria, o al haber sido contratados como consecuencia de la relación familiar, en la experiencia de la gestión se convierten en personas sin poder legal pero sí fáctico, porque en muchos de los casos, influyen en la toma de decisiones, en cómo se construye el ambiente laboral y en cómo se van desarrollando las acciones dentro de la empresa familiar.

Como hemos comentado a lo largo del presente trabajo, los problemas de las empresas y familias empresarias, se originan en aspectos emocionales y subjetivos; es entonces de trascendencia que los criterios de contratación de personal de mando medio y que no toma decisiones, también formen parte del planeamiento contractual, toda vez que, como sucede en la realidad, la contratación de familiares, sin ningún criterio de necesidad de contratación, perfil de puesto y resultado esperado, no solamente origina un costo financiero por una plaza laboral a la compañía; sino que, en muchos de los casos genera costos relacionales, por la falta de definición de la actividad, la diferencia remunerativa, los "beneficios" que el colaborador pueda tener sin criterio objetivo, sino por el hecho de ser miembro de la familia; empiezan a minar la estabilidad, el ambiente de trabajo, el respeto a la toma de decisiones por parte de los superiores, etc.

Entonces, dentro de la planificación contractual de la familia empresaria, y la empresa familiar, es necesario desarrollar una cadena de transmisión para establecer los criterios de contratación de miembros de la familia en la empresa. En ese orden de ideas, es también uno de los criterios a desarrollar dentro del protocolo de familia y el plan de sucesión.

uno de los criterios a desarrollar dentro del protocolo de familia y el plan de sucesión. Estas definiciones y reglas para contratar miembros de la familia, en cargos no directivos de la empresa familiar, pasan a la empresa como parte de la política de contratación laboral, estableciendo algunos elementos base como, la contratación por demanda o necesidad, que exista una plaza, que el miembro de la familia a ser contratado como colaborador, calce sus destrezas, profesionales, personales, experiencia y currículum dentro del perfil del puesto diseñado para la plaza específica en la empresa; ello incluye que los miembros de la familia que se integren como colaboradores dentro de la empresa, deben de contar con la misma escala salarial, y política remunerativa que se aplica a todos los colaboradores de la empresa.

XVI. CONTRATACIÓN DE PROVEEDORES Y RELACIÓN CON EMPRESAS VINCULADAS A LA EMPRESA FAMILIAR Y FAMILIA EMPRESARIA:

Aunque no parece un tema a tratar en la cotidianidad de las familias y empresas familiares, uno de los temas también a ser planificables y predecibles dentro de las estructuras contractuales, es la contratación de proveedores miembros de la familia.

A lo largo de los años, asesorando empresas y familias empresarias, hemos detectado la existencia de contratos de provisión de bienes y servicios de empresas creadas por miembros de la familia, para proveer como prioridad a la empresa familiar, y en la mayoría de los casos la empresa decide contratar al proveedor vinculado, única y exclusivamente para satisfacer el deseo del familiar proveedor y sin la existencia del menor criterio de eficiencia, competitividad en precios, servicio post venta, calidad de producto, etc. Esta forma de contratar, le resta valor a la familia empresaria, porque en el transcurso del tiempo se podrá verificar que la empresa familiar, le compra caro y compra mal a la empresa del sujeto vinculado a la familia em-

presaria.

El implementar una política de proveedores y dentro de ella los criterios de contratar empresas vinculadas, resulta trascendente, debido a que una de las formas de salida de recursos y utilidades posibles es a través de empresas que son contratadas para ser favorecidas, sacrificando a la empresa familiar, existe un sin número de malas experiencias de empresas familiares y familias que deciden "apoyar" a empresas de hijos o nietos para que provean bienes y servicios, y lo que se promueve es la falta de competitividad, es decir poca eficiencia, mala calidad de productos y servicios, sobrecostos, como mencionamos en el párrafo anterior, compras que deterioran el valor de la empresa y hasta se generan conductas fraudulentas que es necesario prevenir.

XVII. CRITERIOS VINCULANTES Y DE RESPONSABILIDAD AL MOMENTO DE ESTRUCTURAR LOS INSTRUMENTOS DE GESTIÓN:

Hemos comentado a lo largo de este documento, que tiene como finalidad poner a la luz del lector la importancia de estructurar y clarificar un sistema de contratos dentro de la familia empresaria y todos los sujetos que se vinculan con ella, y con su espejo, la empresa familiar.

Este numeral pretende incidir en la importancia de los instrumentos de gestión como el protocolo de familia, plan de sucesión, y otros mecanismos de relacionamiento. Pero la anotación más importante es darle el carácter vinculante. A lo largo de nuestra experiencia asesorando a familias empresarias y sus empresas, hemos visto, revisado y analizado estos documentos, que, en muchos casos, no tienen ningún elemento vinculante, más que la declaración ética, que es importante, pero no suficiente.

Reiteramos que el ánimo de este artículo, es asumir que una estructura de contratos de la familia empresaria, genera mecanismos de incentivo y desincentivo de conductas positivas y negativas respectivamente por parte de la familia y los terceros contratantes, para permitir que las mismas se produzcan al menor costo posible y con la mayor eficiencia e impactos positivos posibles.

Bajo estas consideraciones, toda planificación contractual e instrumento de gestión de una familia empresaria y su espejo la empresa familiar deben tener elementos como:

(i) Las partes:

Quiénes son los intervinientes en el instrumento de gestión de familia empresaria, que tiene carácter contractual y vinculante, o tratándose de un contrato de la familia empresaria con terceros, igualmente, quiénes participan del mismo, a efecto de lograr el carácter vinculante y de obligatoriedad, es decir, la existencia de una relación obligatoria.

(ii) Antecedentes:

La coherencia e institucionalidad de la familia y empresa familiar, nacen a partir de la historia de ambas, el conocer cómo se inicia la familia y cómo se inicia la empresa.

(iii) Objeto:

Cuáles son los objetivos de cada contrato o cada instrumento de gestión de familias empresarias, porqué y para qué se redactan y se estructuran.

(iv) Legado del fundador:

Como hemos explicado a lo largo del artículo, el legado es la piedra angular de la familia empresaria y la empresa familiar, y está constituido por aquellos elementos que son el sustento de la institucionalidad de ambas, las características, habilidades y conductas que hicieron viable la empresa familiar, como consecuencia del trabajo del fundador o los fundadores.

(v) Elementos éticos y valores:

El conjunto de valores, y conductas éticas que la familia empresaria pretende para la familia y empresa, y que junto con el legado se

constituye en la base de la filosofía de la empresa y la familia, tanto en objetivos como funcionamiento de ambas.

(vi) Obligaciones y prestaciones:

(vii) Penalidades:

Normalmente los instrumentos de gestión de familias empresarias como el protocolo de familia, el plan de sucesión y el plan de inversiones, no tiene consistencia contractual, lo que ha sido nuestra preocupación a lo largo de este trabajo. Para nosotros el darle este cariz es fundamental, ya que es la forma de incentivar las conductas que se pretenden promover para a su vez garantizar la sucesión y el paso generacional. Por ello, las penalidades justamente son mecanismos de incentivo de conductas acorde con los objetivos institucionales de la familia empresaria. Igualmente sucede con los demás documentos y contratos que suscribe la familia empresaria con terceros.

(viii) Ley aplicable:

Es el marco legal al que, los instrumentos de gestión de familias empresarias como el protocolo de familia, el plan de sucesión, el plan de inversiones, los reglamentos y contratos se someten, a efecto de darle carácter vinculante y obligatorio.

(ix) Mecanismos de solución de conflictos:

La existencia de un instrumento vinculante, contrato o relación obligatoria, tiene como objetivo, incentivar el cumplimiento de las obligaciones y prestaciones, sin embargo, una de las posibilidades es que se presenten contingencias como consecuencia de las discrepancias por la interpretación, cumplimiento o incumplimiento contractual, por lo cual, el documento, instrumento o contrato debe someterse a determinada jurisdicción para que un tercero pueda dictar una solución al conflicto que pueda presentarse. Nosotros proponemos que toda diferencia a nivel de la familia empresaria que no pueda ser resuelta de manera amigable ante y/o por el Consejo de Familia, es decir entre los miembros de la misma, o ante la existencia de un conflicto entre la familia empresaria y terceros, deben someterse a arbitraje. Es decir, un proceso alternativo de justicia a través de la designa-

través de la designación de un árbitro que dispondrá a través del laudo arbitral.

XVIII. CONTRATOS PRE NUPCIALES EN LA FAMILIA EMPRESARIA:

Una de las herramientas que la legislación permite, a las familias empresarias es la existencia del matrimonio con autonomía patrimonial de los cónyuges, o lo que comúnmente se denomina separación de patrimonios, que es una libertad que la legislación otorga a los cónyuges, para mantener la independencia de su patrimonio y no constituir una sociedad de gananciales. Este mecanismo podría ser de utilidad cuando la propiedad de la empresa familiar y demás activos familiares asignados a algún miembro de la familia se exponen al riesgo de ser afectados por la sociedad de gananciales.

Como comenta Benjamín Aguilar, el régimen de separación de patrimonio, tiene como objetivo, que el matrimonio no afecte la vida económica de los cónyuges, y nos adherimos a esta posición, ya que la familia empresaria, es una familia como cualquier otra, sin embargo se desarrollan distintas relaciones familiares pero también económica, y se trata de institucionalizar a la misma como una organización con reglas y conductas destinadas a garantizar su existencia con el paso de las generaciones para a su vez ser el soporte de las empresas familiares o empresa que se gestiona con el paso del tiempo.

Las familia empresaria y familia empresaria, como hemos mencionado en este trabajo, tiene al "tiempo" como uno de los elementos a tomar en cuenta para su gestión y análisis de la estructura de poder, toda vez que la primera generación corresponde al fundador y la familia nuclear, pero conforme se de la posta a la segunda generación o generación de hermanos o a la tercera generación o consorcio de primos, la titularidad de la empresa y otros activos se van trasladando a esos miembros de nuevas generaciones de ésta familia extendida.

En la experiencia, cuando un miembro de familia empresaria, de segunda o tercera

generación, contrae matrimonio y hace que todos sus activos especialmente los referidos a la titularidad del patrimonio empresarial y los activos, frutos y productos de la cuota que sobre las inversiones de la familia empresaria tiene, se confundan con la sociedad de gananciales; surja un conflicto matrimonial y una disputa sobre el patrimonio de esa sociedad de gananciales. Las consecuencias de ese conflicto e inestabilidad afectan el desarrollo de la familia empresarial, la empresa familiar y las demás inversiones.

La separación de patrimonio, no solo tiene que ver con lo económico sino con la estabilidad de la familia empresaria extendida, la tranquilidad para la toma de decisiones y la seguridad que el conflicto no afectará las demás relaciones personales, familiares y patrimoniales. Si nos ponemos a razonar teóricamente, alguien nos dirá que la alternativa para este tipo de situaciones no solamente es la separación de patrimonios, sino que la sociedad conyugal podrá separar los bienes propios de los que no son, los frutos y productos de los bienes propios, se podrá imputar la propiedad de marcas, signos distintivos, como bien propio, se podrá analizar que forma parte de la herencia, indemnizaciones, etc. Pero todo ello, genera costos de transacción, es decir incertidumbre, riesgo para la toma de decisiones. En suma, lo más eficiente en el desempeño de una familia empresaria extendida sobre la cual se tejen nuevas relaciones matrimoniales para la segunda y tercera generación, es recomendable que el contrato matrimonial consigne regímenes de separación de patrimonio.

XIX. EL DIVORCIO EN LA FAMILIA EMPRESARIA:

Este numeral pretende incidir en la importancia de los instrumentos de gestión como el protocolo de familia, plan de sucesión, y otros mecanismos de relacionamiento. Pero la anotación más importante es darle el carácter vinculante. A lo largo de nuestra experiencia asesorando a familias empresarias y sus empresas, hemos visto, revisado y analizado estos documentos, que, en muchos casos, no tienen ningún elemento vinculante, más que la declaración ética, que es importante, pero no suficiente.

En un escenario simple y tradicional, si una pareja de esposos es titular de una compañía y decide divorciarse, la división y partición del patrimonio de la familia incluiría por parte de un juez la división de las acciones o la liquidación de la empresa y la división de los activos junto a aquellos bienes que no forman parte del patrimonio empresarial. En un escenario emocional, probablemente uno de los cónyuges quiera desarmar la empresa, y el otro asegurar la continuidad de la misma, debido a que no solo se trata de bienes, sino de un emprendimiento y una actividad económica en marcha.

Por ello, definir cláusulas de asignación eficiente de recursos es lo más serio dentro de las relaciones contractuales de las familias empresarias.

Un problema como el planteado en el párrafo anterior, se puede solucionar con un contrato de opción de compra de acciones de un cónyuge a otro en caso de liquidarse la sociedad conyugal, con precisiones con respecto a la valoración de la compañía. Teniendo en cuenta que una familia empresaria y una empresa familiar, tiene objetivos más allá de las relaciones familiares y sentimentales y que el haber construido en familia una organización empresarial, que a su vez ha originado la adquisición de activos, el asumir que el divorcio es una probabilidad y anticiparse a dicho escenario, resulta oportuno, siendo racionales en que el desmantelamiento de la compañía no solamente afecta ya a los cónyuges que se divorcian, sino a los demás miembros de la familia, y a terceros como los trabajadores en la empresa familiar, que pueden atravesar por un escenario sinuoso de disolución y liquidación, no por un tema de coyuntura económica, falencia en los pagos, crisis empresarial, sino por la ruptura de la sociedad conyugal que dio origen a la empresa familiar (si los cónyuges, tienen separación de patrimonio, el divorcio no afectaría a los demás miembros de la familia, porque cada cónyuge tiene un porcentaje de acciones sobre la empresa). Por eso insistimos en que la planificación y

estructura contractual de la familia empresaria, resulta trascendental, no solamente en épocas de normalidad, sino fundamentalmente en tiempos de turbulencia o anomalía como es cuando se produce un divorcio.

Justamente la planificación y estructura contractual en las familias empresarias, resultan un instrumento para reducir los precios sombra, valores emocionales, resentimientos o cualquier circunstancia de carácter humano, que pueda afectar a la familia empresaria, que ya no es solamente constituida por el matrimonio que se divorcia sino por distintas personas que tienen interés particular en que la ruptura no afecte a terceros y a los propios cónyuges. Por ello "contractualizar" las relaciones personales y económicas en tiempos de paz, es la mejor decisión para los tiempos de dificultad.

En ese sentido, proponemos que las sociedades conyugales, establezcan e implementen decisiones que en la doctrina del derecho de familia se llaman capitulaciones, que en muchos códigos civiles latinoamericanos solamente tratan de la separación de patrimonios. Vamos a denominar capitulación a acuerdos destinados a prevenir las consecuencias del divorcio, es decir, cómo asignar activos personales y empresariales a los cónyuges, establecer mecanismos de indemnización y finalmente establecer mecanismos arbitrales cuando estas capitulaciones tengan dificultad para implementarse

IXX. PLANEAMIENTO SUCESORIO:

La trascendencia y vigencia de la empresa familiar, depende básicamente de la decisión y visión de la familia empresaria. Justamente el pasar de una generación a otra, depende también de aspectos legales de carácter sucesorio. Es decir, quién y cómo se heredan las acciones de la empresa familiar, y el patrimonio, ambas decisiones y acciones corresponden a la familia. El planeamiento sucesorio, está relacionado con el plan de sucesión.

Si tenemos que definir qué es el planeamiento sucesorio, diríamos que es el conjunto de estrategias a favor de la familia empresaria, que se traducen en acciones legales sucesorias con el objeto de contribuir al aseguramiento de la permanencia de las generaciones futuras, comprometidas con la actividad empresarial y la empresa familiar y se plasman luego en el documento vinculante que se denomina plan de sucesión y que puede formar parte o no del protocolo de familia.

XX. ARBITRAJE EN LA FAMILIA EMPRESARIA Y ARBITRAJE SUCESORIO:

Este trabajo explicando las estructuras contractuales y relaciones contractuales de las familias empresarias, como institución organizada y formalizada para garantizar la sucesión y la predictibilidad en el desarrollo económico y de relaciones personales y de los, tiene como sustento, que los contratos reducen los costos de transacción en cada una de las relaciones que se producen, los costos de agencia, son menores y mejor manejados, los costos de supervisión y control igualmente y finalmente los riesgos morales (consiste en que los individuos por un manejo asimétrico de información no asumen el costo de sus decisiones y son trasladados a otros individuos que se perjudican) sean los menos posibles en un escenario de incertidumbre.

Los contratos deben de incorporar la mayor cantidad de contingencias que se puedan presentar, es decir, deben regular situaciones que generen costos y poder garantizar el cumplimiento de las prestaciones y la satisfacción del acreedor en caso un deudor incumpla sus obligaciones y prestaciones. Justamente los mecanismos de solución de conflictos deben garantizar que los contratos se cumplan o que el acreedor esté en una situación igual o mejor en la que se encontraba a partir del resarcimiento. En ese sentido, uno de los temas para nosotros importante, es qué institución legal puede ayudar a resol-

ver los conflictos en un escenario contractual de familia empresaria, o de familia empresaria versus terceros, el proceso judicial típico o el arbitraje.

Las familias empresarias, circulan constantemente entre las relaciones afectivas, familiares y los intereses económicos, su existencia depende del equilibrio de ambas situaciones, por lo tanto la existencia de conflictos que requieren pronta solución, con niveles de conocimiento son frecuentes; por ello recurrir a un juez tradicional a nuestro criterio resulta poco eficiente por varias razones i) la mayoría de jueces no asume la importancia del análisis económico de las decisiones ii) la mayoría de jueces no asume que los contratos son vehículos económicos para incentivar conductas o desincentivarlas iii) la mayoría de jueces no asume que la definición del contrato en una sede jurisdiccional, tiene como objetivo satisfacer al acreedor o ponerlo en una situación igual a la que se encontraba al momento de la contratación iv) la mayoría de jueces no asume que las familias empresarias pueden ser instituciones así no exista una norma que las consagre v) la mayoría de jueces no otorgan garantía ni predictibilidad al momento de resolver en temas patrimoniales y vi) los jueces nunca asumen su responsabilidad del costo del tiempo y la demora en sus decisiones.

Por tal motivo, el arbitraje en temas relacionados a la contratación entre miembros de familias empresarias, o entre familias empresarias y terceros denotan la necesidad de prontitud y conocimiento del tema, por ello nuestra orientación hacia la promoción del arbitraje para la solución de conflictos en este campo.

Todas aquellas obligaciones que se incorporan a los instrumentos de gestión de empresas familiares como el protocolo de familia, el plan de sucesión, el plan de inversión, etc.; que a partir de los enunciados de este trabajo

tienen carácter vinculante, así como los contratos entre la familia empresaria y terceros y el propio estatuto de la empresa familiar, pueden ser sometidos a arbitraje, para que un tribunal arbitral o árbitro único en un arbitraje de derecho, puedan resolver sobre los aspectos vinculantes y la relación obligatoria.

Ahora, también los temas estrictamente sucesorios, relacionados por ejemplo a la forma en que se otorga un tercio de libre disposición, la impugnación de testamento, la división y partición de la masa hereditaria, y todos los aspectos patrimoniales referidos a la sucesión pueden ser arbitrados, siempre y cuando, como en el párrafo anterior, exista una cláusula arbitral, es decir la voluntad de los interesados, los herederos, que el conflicto sea resuelto por medio de arbitraje.

Existen, es cierto, algunas limitaciones para lograr que los temas sucesorios sean sometidos a arbitraje, porque existen normas rígidas, que limitan la acción contractual, sin embargo como hemos explicado en este trabajo, hay una serie de variables donde la libertad de contratar puede superar ese carácter estático de esta rama del derecho, que pretende proteger a los herederos o causa habientes, y está bien, no obstante, como se explica en el párrafo anterior, los temas de fondo, no deben irrumpir lo dispuesto por el código civil, sin embargo la forma de solucionar el conflicto, de encarar la justicia, muestra un ángulo diferente a través del arbitraje.

Como dice Gomá Lanzón, quizá una de las razones por las cuales los conflictos originados en la sucesión, el testamento y la herencia, no se han acostumbrado a ser tratados en la vía arbitral, porque la institución del arbitraje siempre ha tenido una orientación mercantil; sin embargo, consideramos que el tema que tratamos es una suerte de bisagra para poder implementar el arbitraje como medio de solución de conflictos, debido a que la familia empresaria, tiene las mismas vicisitudes sucesorias que cualquier familia sin embargo hay actividades que se incrustan en

la vida mercantil, como es el desarrollo de empresa o empresas de carácter familiar.

XXI. CONCLUSIONES:

1. Consideramos que, no es necesario crear una ley de la familia empresaria, pero sí fomentar su institucionalización a partir de planeamiento y estructura contractual, que garantice su continuidad y de la empresa familiar.
2. La teoría económica de la firma, pone en evidencia la necesidad de reducir los costos de transacción, tener claros los costos de agencia, los riesgos morales y de incertidumbre, en cuanto a las relaciones, emociones y acuerdos al interior de la familia empresaria. Por lo que es necesario trabajar un sistema contractual para darle institucionalidad, lo que otorga eficiencia, predictibilidad, y sobre todo reducción de los costos mencionados.
3. La implementación de instrumentos de gestión de la familia empresaria, permiten a su vez un mejor manejo de la gestión de la empresa, ya que ambas son dos caras de una moneda. Pero, estos instrumentos de gestión deben contener mecanismos vinculantes, para su ejecución, es decir se deben convertir en herramientas contractuales para que las relaciones personales y económicas se constituyan en relaciones de carácter obligatorio.
4. Es importante que los abogados, árbitros, jueces, miembros de familias empresarias y directivos de empresas familiares, tengan claro que los marcos conceptuales de la teoría de la firma, la reducción de costos de transacción, los costos de agencia y supervisión, el riesgo moral por desinformación en perjuicio de terceros (moral hazard), son elementos teóricos que justifican la institucionalidad de la familia empresaria, como organización definida en un marco legal, como consecuencia del principio de la autonomía de la voluntad y libertad de contratar y no de la existencia de una ley especial.

como consecuencia del principio de la autonomía de la voluntad y libertad de contratar y no de la existencia de una ley especial.

5. Las institucionalidad, planificación contractual y estructuras contractuales, permiten un mejor desempeño de la familia empresaria y la empresa, con respecto a miembros de la familia empresaria, familiares no accionistas, otros accionistas, profesionales y directivos independientes, directivos, proveedores y terceros interesados en las correctas decisiones de la familia y que calan en el funcionamiento de la empresa familiar.

XXII. BIBLIOGRAFÍA:

1. Carlock Randel S. and Ward Jhon L, Strategic Planning for the Family Business, Palgrave MacMillan, UK, 2001
2. Carlock Randel S. and Ward Jhon L, When Family Business are The Best, Palgrave MacMillan, UK, 2010.
3. Coase Ronald, La Empresa, El Mercado y La Ley, Alianza Economía, Madrid 1994.
4. <https://www.coase.org/coaseonline.htm>.
5. Eggleaton Karen, Posner Erick and Zerkhausen Richard, Simplicity and Complexity in Contracts, Jhon Olin Law and Economics Working Papers Nro. 93 (2D Series), Chicago University Law School, January 2000.
6. García Garnica Alejandro y Taboada Ibarra Leticia, TEORÍA DE LA EMPRESA: LAS PROPUUESTAS DE COASE, ALCHIAN Y DEMSETZ, WILLIAMSON, PENROSE Y NOOTEBOOM, en el repositorio SCIELO México,
7. Gersick Kelin E., Davis Jhon A, McCollom Hampton Marion and Lansberg Ivan, Generation to Generation, Life Cycles of the Family Business, Harvard Business Review Press, Boston, 1997.
8. González Hernández, Ruth, La Continuidad de la Empresa Familiar, Anuario Jurídico y Económico Escorialense, XLIII, El Escorial, España, 2010.
9. Goleman Daniel, La Inteligencia Emocional, Editorial Penguin Randon House, Lima 1995.
10. Gomá Lanzón Ignacio, El Arbitraje Testamentario, Arbitraje Sucesorio, El Notario del Siglo XXI, n.º 50, Madrid, 2013.
11. Ismodes Talavera Javier y Terán Bejar Carlos, De Generación en Generación, Gestión de Empresas Familiares, SFX Escuela de Negocios, Arequipa, Perú, 2019.
12. Leach Peter, La Empresa Familiar, Ediciones Granica, Barcelona 1999.
13. Means Benjamín, The Conctractual Foundation of Family – Business Law, University of South Carolina, Faculty Publications, Year 2014, 75 Ohio, St. L. J. 675.
14. Panikkos Zata Poutziouris, Kosmas X. Smyrnios y Sabine B. Klein, The Handbook of Family Business, Published by Edward Elgar Publishing Limited, Glensanda House Montpellier Parade Cheltenham, Glos GL50 1UA UK, 2006.
15. Pizarro Aranguren Luis y Lanfranco Garrido Lecaca Ffernando, El Planeamiento Sucesorio como Práctica del Buen Gobierno Corporativo de las Empresas Familiares, Revista Ius Et Veritas, Nro. 32, Lima, PUCP 2006.
16. Ward L. Jhon, Perpetuating the Family Business, Palgrave McMillan, NY, 2004.

Email :

jismodes@ismodesabogados.com

+51 994 960 746