

**UNIVERSIDAD DEL AZUAY**



**Facultad de Ciencias Jurídicas**

**Escuela de Derecho**

**Trabajo de titulación:**

**“El Protocolo Familiar como mecanismo de protección de la empresa familiar ecuatoriana.”**

**Estudiante:**

**Galo Andrés Salamea Moscoso.**

**Director:**

**Dr. Rodrigo Andrés Cordero Moscoso**

**Cuenca - Ecuador**

**2016**

## **DEDICATORIA**

Quiero dedicar el presente trabajo a mis padres, hermana y a todas las personas que formaron parte de mi vida durante mi etapa universitaria, pues el presente trabajo no es más que el sello final de cinco años de dedicación y sacrificio, pero sobretodo perseverancia.

## **AGRADECIMIENTOS**

Quiero agradecer a mis padres por el apoyo moral, pues estudiar Derecho, una carrera en la que se necesita de mucha dedicación y al mismo tiempo estudiar una segunda carrera dentro de la misma universidad a sido una situación de bastante sacrificio, además quisiera expresar mi gratitud a cada uno de los profesores como personal administrativo que forman parte de la Facultad de Ciencias Jurídicas, pues durante estos cinco años me he sentido en mi segunda casa.

Un profundo agradecimiento a cada uno de los profesores de la Escuela de Derecho, pues compartieron conmigo sus conocimientos, pero sobretodo me transmitieron valores y principios que me han permitido formarme como ser humano.

## Tabla de contenido

<b>DEDICATORIA</b>	<b>2</b>
<b>AGRADECIMIENTOS</b>	<b>3</b>
<b>RESUMEN</b>	<b>5</b>
<b>ABSTRACT</b>	<b>6</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>7</b>
<b>CAPÍTULO 1.- LA EMPRESA FAMILIAR.</b>	<b>10</b>
<b>CONCEPTO DE EMPRESA FAMILIAR.-</b>	<b>10</b>
DEFINICIÓN.-	10
CARACTERÍSTICAS DE LA EMPRESA FAMILIAR.-	16
<b>RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DE LA EMPRESA DENTRO DE LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.</b>	<b>20</b>
<b>IMPORTANCIA DE LA EMPRESA FAMILIAR.-</b>	<b>23</b>
SITUACIÓN EN ECUADOR.-	24
SITUACIÓN EN LATINOAMÉRICA.	32
SITUACIÓN EN ESPAÑA.	35
<b>CONFLICTOS SOCIETARIOS DENTRO DE LA EMPRESA FAMILIAR</b>	<b>39</b>
<b>CAPÍTULO 2.- LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y EL PROTOCOLO FAMILIAR.</b>	<b>46</b>
<b>LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LA LIBERTAD CONTRACTUAL DENTRO DEL ECUADOR.</b>	<b>47</b>
AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.	47
LIBERTAD CONTRACTUAL	51
<b>EL PROTOCOLO FAMILIAR COMO CONTRATO PRIVADO QUE BUSCA LA PROTECCIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR</b>	<b>55</b>
CONCEPTO.-	56
CARACTERÍSTICAS.-	60
IMPORTANCIA.-	62
<b>ESTRUCTURA Y CONTENIDOS DE UN PROTOCOLO FAMILIAR</b>	<b>66</b>
<b>CAPÍTULO 3.- REALIDAD DE UN PROTOCOLO FAMILIAR DENTRO DE LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA</b>	<b>75</b>
<b>EFICACIA Y LIMITANTES DEL PROTOCOLO FAMILIAR DENTRO DE UNA EMPRESA FAMILIAR ECUATORIANA.-</b>	<b>75</b>
<b>NECESIDAD DE LA EXISTENCIA DE UNA NUEVA FIGURA CONTRACTUAL.-</b>	<b>80</b>
<b>LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE UNA NUEVA FIGURA JURÍDICA PARA SU PUBLICIDAD (REGISTRO).-</b>	<b>82</b>
<b>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</b>	<b>85</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>91</b>

## **RESUMEN**

El presente trabajo de graduación busca reunir la información suficiente para comprender la importancia de la empresa familiar y la necesidad de la existencia de un mecanismo jurídico de protección, como es el Protocolo Familiar, analizar además esta figura desde una perspectiva legal y encuadrarla dentro del sistema jurídico ecuatoriano, para así poder verificar su eficacia o ineficacia dentro de una empresa ecuatoriana, todo a su vez de recomendar la forma en la que el mismo pueda ser totalmente eficaz.

## ABSTRACT

The aim of this graduation work is to gather enough information so as to understand the importance of family businesses, and the need of a legal mechanism of protection such as Family Protocol. It also seeks to analyze this figure from a legal perspective, and fit it within the Ecuadorian legal system in order to verify its effectiveness or ineffectiveness within an Ecuadorian company; and in turn, recommend the way it can be totally effective.



  
Translated by,  
Lic. Lourdes Crespo

## INTRODUCCIÓN

Desde los años más antiguos de la historia de la humanidad y por ende de la economía mundial, la propiedad privada ha tomado un papel importante dentro del desarrollo del mundo; de igual manera, la agrupación de distintos elementos dentro de una sociedad con fines lucrativos para generar un valor agregado y por sí, brindar un bien o servicio que tendrá como fin cubrir una necesidad a cambio de un valor pecuniario.

Todo esto nace y se relaciona con la familia, pues la misma es el núcleo de la sociedad. Este breve antecedente, en el que se origina lo que se conoce como empresa familiar que, en definitiva, no es más que la unión, en un momento dado, de varios miembros familiares como dueños de una porción/totalidad del capital o propiedad de una empresa; concepto que tendrá su respectivo análisis en lo posterior. Sin embargo, el punto que será base del desarrollo del presente trabajo es: El Protocolo Familiar como mecanismo de protección de la empresa familiar ecuatoriana a lo largo del tiempo, y a su vez la eficacia que tendría dentro de la legislación ecuatoriana.

Se debe tener en cuenta que si una empresa durante 100 años tiene la distinción de subsistir dentro del mercado, es el resultado de su buen manejo y capacidad de adaptarse a los distintos cambios económicos en el ámbito global de un mundo cíclico; por lo que, durante esos años se deberá tomar en cuenta que no será una sola generación la que se va a hacer cargo de todo

el manejo de la empresa, sino que será entre dos o tres generaciones que tendrán su debida sucesión en cuanto al proceso de cambio generacional dentro de la misma.

Por lo que, dentro de distintos sistemas jurídicos se ha visto necesario el implementar un mecanismo que regule todo este proceso, el mismo que fije los lineamientos, valores, organismos internos, principios y distintos puntos que deben ser avalados para la administración de la empresa que, a su vez, proteja sus intereses, y no se confunda con el interés familiar o mejor dicho: con el interés de unos pocos miembros de la familia que, por cuestiones de sus propias necesidades, negligencias o necedades, podrían llevar la empresa a la quiebra.

La idea del presente trabajo es desarrollar el porqué de la empresa familiar tanto alrededor del mundo como, específicamente, en Ecuador. El concepto: qué es un Protocolo Familiar y como contrato; su relación con el Principio de Autonomía de la Voluntad como con la Libertad Contractual, que serán, en definitiva, los únicos pilares de este protocolo dentro del ámbito ecuatoriano.

Desde una perspectiva civilista hacia un ámbito de aplicación societaria, es necesario mezclar el ámbito civil y societario para llegar a una conclusión final, la misma será la que nos indique si la creación de un protocolo familiar dentro del Ecuador es o no eficaz dentro del mismo, y de no serlo, qué

mecanismo o forma debería tomarse en cuenta para que este pueda tener efecto jurídico y de ejecución dentro de una empresa ecuatoriana.

La importancia de estos dos temas serán las bases del desarrollo dentro del presente trabajo: la empresa familiar y el Protocolo Familiar. Si tomamos en cuenta que este tipo de contratos son usados en diferentes partes del mundo, ¿el Ecuador está preparado para realizar un Protocolo Familiar eficaz?, es cuestionable, pero no imposible.

Todo este trabajo, desde distintas perspectivas, está basado en un análisis global como específico. Enfocado a países europeos como latinoamericanos. En el primer caso se analizará a distintos países cuyo sistema jurídico es similar al ecuatoriano y en el segundo caso: será un análisis específico de la situación ecuatoriana respecto al tema en desarrollo.

Se tratará, además, de realizar un desglose conciso del tema propuesto, para que sea material de lectura no solo de especialistas en Derecho sino para cualquier persona interesada en comprender a la empresa familiar. La importancia de esta herramienta dentro de empresa familiar es el mensaje que se desea transmitir y, a su vez, plasmarlo dentro de la realidad del Ecuador.

## **CAPÍTULO 1.- LA EMPRESA FAMILIAR.**

### **Concepto de empresa familiar.-**

#### **Definición.-**

En las primeras etapas de los seres humanos se vio necesario la asociación de funciones para la subsistencia; conformar grupos y buscar la colaboración de otros individuos para que de una forma sinérgica lograsen alcanzar objetivos.

El Derecho Romano reconoce asociaciones como los “Condóminos Especiales” que se daban cuando *“varios sujetos gozan y disfrutan por igual o en diversa medida de una misma cosa donde cada uno de los condóminos, percibía los frutos producto de la cosa en relación a su cuota”*<sup>1</sup>, tema que en lo posterior llegaría a Italia Medieval en donde *“surge recién la idea de la concepción integral de la sociedad mercantil, es especialmente notorio, que ya se concibe a la Sociedad Mercantil como un ente con personalidad jurídica, es decir separado de sus socios y de los bienes de estos, con un patrimonio propio, un ente de derecho capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones.”*<sup>2</sup>, es palpable que para el desarrollo económico desde la Antigua Roma y, respecto de todos los países aledaños que fueron definiéndose geográficamente, la esencia de la empresa o agrupación con fines económicos ha sido necesaria como beneficiosa para las distintas actividades mercantiles en torno al desarrollo del mundo.

Se debe comprender que el mencionado concepto de empresa se ha desarrollado desde varios años atrás, y que la esencia de todo el trabajo actual tiene su fundamento en la protección de la empresa familiar debido a que antes de cualquier desarrollo es necesario entender lo que es una empresa en estos días y más aún lo que es una empresa familiar,

---

<sup>1</sup> (Espinoza, El condominio en derecho romano, 2013)

<sup>2</sup> (Espinoza, Compañía Relevancia Legal, Economica y Tributaria, 2013)

ya que ciertos conceptos y estructuras han evolucionado en el tiempo, pero que en sí, la esencia perdura.

La legislación ecuatoriana define a la empresa en su Art. 564 del Código Civil que una persona jurídica (empresa) es “*una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente...*”<sup>3</sup> es decir, una persona indistinta de los socios o accionistas que la conforman, y que han unido sus capitales para emprender distintas actividades lícitas en cuanto a solventar necesidades de una demanda con la oferta de bienes y servicios, actividad que generará réditos económicos para ser repartidos a favor de los propietarios de la empresa.

La Real Academia de la Lengua Española define a la empresa como aquella “*unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos*”<sup>4</sup>, entonces, como empresa debería entenderse a aquella persona ficticia cuyo nacimiento y existencia se respalda en la ley, la misma que internamente está compuesta de personas naturales quienes juntan sus fuerzas, intelectos y capitales económicos para conformar una persona jurídica, que posterior a su creación, buscará generar beneficios económicos para sus integrantes.

El tema abordado no se queda ahí, ya que al agregarle la palabra “familiar” hace que la definición de este tipo de sociedad necesite de un desglose más profundo en cuanto a sus características y en su esencia.

Las definiciones propuestas para la empresa familia son extensas, sin embargo, no existe un concepto absoluto, debido a que distintos autores varían en sus enfoques, los mismos que dependerán de las características que se tomen en cuenta al momento de entender lo

---

<sup>3</sup> (Codigo Civil Ecuatoriano)

<sup>4</sup> (Real Academia de la Lengua Española RAE)

que significa una empresa de esta índole. Pero existen características que son fundamentales para cualquier definición propuesta, pues la empresa familiar es la unión de dos núcleos en uno. El primero: la familia como punto céntrico de la sociedad y el segundo: la empresa como base fundamental de la economía; por consiguiente se procederá a indicar ciertas definiciones que distintos autores ven conveniente plantear al momento de hablar de estas empresas, para que en lo posterior se pueda rescatar características fundamentales:

*“Una empresa familiar es **una organización controlada y operada por los miembros de una familia.** Desde una perspectiva diferente, digamos espiritual, suelo referirme a empresas con alma, dado que el corazón de las familias está en ellas.”<sup>5</sup>*

*“Organización lucrativa **operada y controlada por una familia.** Alcorn<sup>6</sup>*

*“Una empresa que en la **práctica es controlada por los miembros de una familia.**” Barry<sup>7</sup>*

*“Los subsistemas del sistema de empresa familiar incluyen: **1) la empresa como entidad, 2) una familia como entidad, 3) el fundador como entidad y, 4) entidades de enlace como el consejo de administración.**” Beckhard y Dyer<sup>8</sup>*

*“Cualquier negocio en el cual **la mayoría accionaria o el control recae sobre una sola familia,** y en la que dos o más de sus miembros están o han estado involucrados con el negocio.” Rosenblatt, de Mik, Anderson y Johnson<sup>9</sup>*

*“La **interacción entre empresa y familia** establece el carácter básico de estas organizaciones y define su singularidad.”<sup>10</sup>*

---

<sup>5</sup> (Rius, 2005)

<sup>6</sup> (Handler, 1989)

<sup>7</sup> (Handler, 1989)

<sup>8</sup> (Handler, 1989)

<sup>9</sup> (Handler, 1989)

<sup>10</sup> (Handler, 1989)

*“Una empresa familiar es aquella empresa, sea unipersonal o sociedad mercantil de cualquier tipo, en la que el control de los votos está en manos de una familia determinada.”<sup>11</sup>*

*“Empresa familiar es aquella en la que la propiedad o el poder de decisión pertenecen, total o parcialmente, a un grupo de personas que son parientes consanguíneos o afines entre sí.”<sup>12</sup>*

*“Aquella cuyo patrimonio o capital pertenece a una persona o grupo de personas unidas por matrimonio o por lazos de parentesco, que además intervienen directa y efectivamente en la dirección de la misma.”<sup>13</sup>*

Es claro que en cuanto a definiciones se podría continuar con las citas, pero las que constan anteriormente son las que permitirán encontrar un propio concepto de empresa familiar. Para llegar a una propia definición aparte de la doctrina citada, se ejemplificará de una manera más práctica una situación simple, pero que de forma similar ocurre con singularidad:

Cuando una persona se asocia con otra, cuyo vínculo es muy cercano (familiar) para crear una empresa que en el futuro, mediante un correcto manejo y plan de negocios, les brindará retribuciones económicas, debe tenerse en cuenta que tal vez por el momento, la empresa es netamente de propiedad de estos dos individuos; que en este caso se va a suponer, hipotéticamente, son solteros y relativamente jóvenes, pero se da el caso que con el pasar del tiempo ambos individuos contraen matrimonio respectivamente y procrean dos hijos cada uno, al inicio las acciones/participaciones de la empresa eran de propiedad de solo dos

---

<sup>11</sup> (Neubauer & Lank)

<sup>12</sup> (Real Decreto Español, 2007)

<sup>13</sup> (Martinez, 2005)

personas (hermanos), ahora esas acciones/participaciones son parte de dos sociedades conyugales, en donde ya no solo dos personas son las dueñas de la empresa sino cuatro, ya que las acciones/participaciones se consideran bienes muebles y que por el hecho de haber contraído matrimonio las mismas entran en la sociedad conyugal de forma directa.

La perspectiva en cuanto a la propiedad que se tenía sobre esta empresa ha cambiado, pues los dueños del capital se comienzan a acercar al término “familiar”. Incluso más allá, la empresa ha crecido, el tiempo ha pasado y se ha posicionado en el mercado, pero lastimosamente uno de los socios ha fallecido, la estructura respecto de la propiedad de la empresa ha cambiado: ya no se puede hablar de dos únicos dueños (hermanos) como en primera instancia sino que ahora tenemos a seis personas que están en vínculo directo con la propiedad de la empresa, dos hijos cuyo padre falleció, la viuda de uno de los dueños, el otro socio y su respectiva esposa; pero vamos más allá y supongamos que el tiempo ha transcurrido hasta una segunda generación y la propiedad se encuentra distribuida entre cuatro hijos (primos) de los socios fallecidos, acciones/participaciones que pertenecen en su totalidad a una sola familia que se encuentra cursando la segunda generación, pues a esto podemos llamar una empresa familiar.

Por lo tanto, se debe reconocer que una empresa, en el mayor de los casos, al menos en altos porcentajes tanto en Ecuador como en el resto del mundo, va a llegar a convertirse en familiar en un momento dado. Lo que vendría a ser: una empresa, cuyo capital está distribuido entre distintos integrantes de una o varias familias, en donde parientes se encuentran dentro de la administración cumpliendo roles laborales dentro de la sociedad y que por lo mismo, sin importar el tamaño que estas empresas tengan, ya sean PYMES, pequeñas, medianas o grandes, el vínculo entre la empresa y la familia es directo, mientras

que el grado de injerencia familiar en la dirección de la misma es alta, debido a la existencia de un interés común: la transmisión de ese ideal de perpetuar la vida de la empresa en el tiempo; por consiguiente es claro el vínculo entre estas dos palabras empresa y familia, pues están totalmente encadenadas la una de la otra dentro de una misma persona jurídica, buscando la perpetuidad en el tiempo y el crecimiento constante para las futuras generaciones.

**“El campo de estudio de las empresas familiares se remonta apenas a 1975, cuando el emprendedor, instructor en empresas familiares y consultores Dr. León Danco publicó su obra pionera, *Beyond Survival: A Guide for the Business Owner and His Family*. Dos hechos decisivos fueron fundamentales en la transformación del estudio de las empresas familiares en el campo: 1.- La publicación de un número especial de la revista *Organizational Dynamics* en 1979; y 2.- El lanzamiento de una revista especializada, *Family Business Review*, en 1986. (...) No fue sino hasta la última década que en las investigaciones empezaron a abordarse las características singulares de los negocios propiedad de o controlados por familias y se empezó a luchar con la definición de esta modalidad de empresa, (...) es probable que las empresas familiares constituyan la modalidad de empresas más antigua.”<sup>14</sup>**

La historia nos remonta a que estas empresas son las más antiguas, pero que su estudio en sí, es reciente. Los estudios sobre las empresas familiares son noveles. Apenas hace treinta años se abarca esta temática por autores especializados; sin embargo, es posterior a todo el desarrollo que antecede, el dar un concepto que abarque la esencia de lo que es una empresa familiar.

La definición propuesta posterior al análisis:

Aquella persona jurídica cuyo nacimiento es respaldado por la ley, cuya propiedad recae dentro de una o varias familias, cuyo número de miembros (socios) es

---

<sup>14</sup> (Poza, 2004)

creciente, los que están encargados de la administración de la misma y que arrastran un ideal como antecedente, siendo este el objetivo de perpetuar la vida de la empresa en el tiempo, ideal que fue desde un principio planteado por la cabeza de familia (emprendedor).

### **Características de la empresa familiar.-**

La diferencia entre una empresa regular y una empresa familiar está en sus características, las mismas que generan esta distinción de manera clara. Básicamente se encuentran englobadas en tres agrupaciones que responden respectivamente a: 1) la propiedad del capital; 2) la administración o grado de injerencia en la dirección de la empresa y, 3) el interés o antecedente común.

Estas tres agrupaciones se desglosan en cuanto a las características que debe tener o debería tener una empresa familiar de la siguiente forma:

- 1) La propiedad de la empresa corresponde a un mismo grupo familiar, por lo que, en la medida que pasa el tiempo y el número de miembros de la familia aumenta son más las ramas familiares propietarias que se ven relacionadas directamente con el manejo de la empresa. El capital social de la empresa en un principio está compuesto de pocos o a lo menos dos, a lo largo del tiempo el número de propietarios es mayor y creciente, pues las generaciones van desapareciendo y las siguientes van heredando, por un tema de simple sucesión.
- 2) La familia está ligada de forma directa con la dirección de la compañía, por lo que la toma de decisiones en casi todos los casos recae sobre miembros de la familia, si bien la familia no tiene que estar presente en cada y una de los movimientos que presentare la empresa, esta no puede tener otro rumbo más que la adaptación familiar, es decir, los miembros de la familia marcan el camino que la empresa

seguirá a futuro, claro que, existen casos de políticas de buen gobierno corporativo conformado por un directorio con profesionales especializados para la toma de decisiones, por lo general esta situación se la encuentra dentro de las grandes empresas.

- 3) La directiva está principalmente ocupada por familiares. Los órganos de gestión y gobierno están controlados por miembros de la familia. Las juntas como directorios en las que se deciden situaciones de trascendencia donde se fiscaliza y analiza el desarrollo de la empresa, están compuestas, en el mayor de los porcentajes, de miembros familiares.
- 4) Él o los fundadores buscan que la empresa se transmita en el tiempo, es decir de generación en generación para que así la marca como empresa tenga cada vez más peso en el mercado. El fundador, en el mayor de los casos, crea emprendimientos que buscan, en un principio, ser autosustentables económicamente, pero a medida que la empresa crece, busca que ya no solo sirva para su generación, sino que sea el núcleo económico de las siguientes generaciones y que los miembros de la familia busquen esa perduración en el tiempo, creando así una estructura económica que se mantenga progresivo de forma proporcional al crecimiento de la familia.
- 5) En la empresa familiar los dueños de las acciones/participaciones suelen tener un compromiso distinto con la empresa; esta relación de dueño no solo se enfoca en el carácter material sino en ese valor histórico generacional que tiene la empresa, ese valor como antecedente que busca mantener vivas las generaciones pasadas. No es una responsabilidad netamente de generar dividendos, sino de hacerla crecer para que la siguiente generación tenga lo que le corresponda y también

busque su perduración en el tiempo, el mismo que va ligado con la creación de más fuentes de empleo.

- 6) Los ciclos de la empresa guardan conexión con las necesidades cambiantes de los miembros de la familia que la dirigen. Un tema que puede ser visto como beneficio o desventaja. La situación familiar puede ser afectada por distintas aspectos internos de la familia y la directriz que se le dé a la empresa puede no ser objetiva, lo que afectaría la toma de decisiones, pero también puede ser beneficiosa puesto que los miembros de la familia sabrían haberse especializado en distintas áreas empresariales lo cual genera nuevas necesidades de los miembros de la familia a realizar cambios de dirección que sean en beneficio del crecimiento de la empresa, pero los ciclos o cambios que mantenga la empresa van a estar estrechamente ligados con la situación de la familia en el mayor de los casos, a menos que exista todo un directorio externo que tome las decisiones, pero es muy difícil que toda esa potestad la tengan extraños. El enfoque que tiene la tercera generación va a ser muy diferente que el enfoque que tiene la segunda y más aún que el enfoque de la primera.

Además de las características, John Davis plantea un gráfico en el cual se puede representar las situaciones de los distintos miembros relacionados con la propiedad, la empresa y la familia, para que así se pueda determinar el rol de las personas que rodean a la empresa familiar:

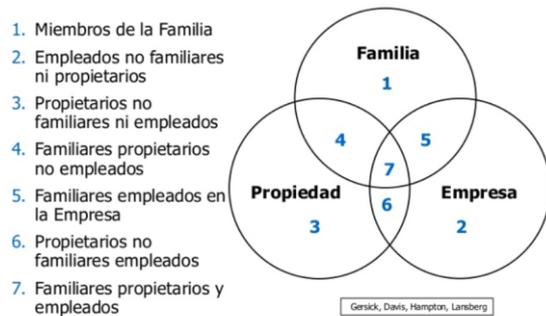


Grafico 1<sup>15</sup>

Las personas que:

- Estén dentro del 7 recibirán sueldo como empleados y aparte dividendos.
- Estén dentro del 4 recibirán solamente dividendos.
- Estén dentro del 5 recibirán solamente sueldo, ya que son de la familia pero no accionistas.
- Estén dentro del 1 no recibirán nada, pues tan solo son familia pero ni trabajan ni forman parte del paquete accionario.
- Estén dentro del 6 no son parte de la familia pero tienen acciones dentro de la empresa por lo que tan solo recibirán dividendos.
- Estén dentro del 2 solo reciben sueldo puesto que son solamente trabajadores comunes y corrientes de la empresa.

<sup>15</sup> Estructura de la empresa familiar según John Davis

Se puede observar que los miembros de la familia pueden estar en distintas situaciones vinculadas a la empresa y por eso se le da el carácter de familiar, por esa relación directa con distintas áreas fundamentales de la empresa.

En cuanto a la definición se puede recalcar que no es fácil tener un entendimiento de lo que se debe conocer como empresa familiar, ya que su definición está comprendida en características más que en un solo concepto específico, además se debe recalcar que la empresa familiar va a tener su propia situación autónoma respecto de las demás, ya que cada familia y empresa es diferente, por lo que las variables internas serán diferentes en cada caso.

### **Reconocimiento y protección de la empresa dentro de la legislación ecuatoriana.**

Una vez comprendida la esencia como el concepto de lo que es una empresa desde un ámbito general y lo que es una empresa familiar desde un ámbito específico, es necesario analizar en qué situación jurídica se encuentran desarrolladas dentro del Ecuador, para el tema en cuestión se debe comenzar desde la cúspide de la pirámide de Kelsen, partiendo por la Constitución de la República para que en lo posterior se unan al desarrollo las leyes y normativas que con carácter de jerárquicas son inferiores a la Carta Magna.

Los siguientes artículos de la Constitución de la República hacen referencia tanto al reconocimiento de la Empresa Privada, como a su garantía y fomento como actividad económica dentro del país:

*-El numeral 15 del artículo 66 indica que “Se reconoce y garantizará a las personas: (...) 15.- El derecho a **desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva**, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental.”<sup>16</sup>*

---

<sup>16</sup> (Constitucion de la Republica Ecuador, 2008, Art. 66 – Num. 15)

-El numeral 5 del artículo 277 indica que, “Para la consecución del buen vivir, serán deberes generales del Estado: (...) 5.- **Impulsar el desarrollo de las actividades económicas** mediante un orden jurídico e instituciones políticas que las promuevan, fomenten y defiendan mediante el cumplimiento de la Constitución y la ley.”<sup>17</sup>

-El artículo 283 indica que, “El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; (...) **El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine.**”<sup>18</sup>

-El artículo 319 indica que, “**Se reconocen diversas formas de organización de la producción en la economía, entre otras las comunitarias, cooperativas, empresariales públicas o privadas, asociativas, familiares, domésticas, autónomas y mixtas.** (...)”<sup>19</sup>

-El artículo 321 indica que, “**El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental.**”<sup>20</sup>

La Constitución de la República del Ecuador reconoce y fomenta el desarrollo de actividades económicas estructuradas de una forma colectiva, impulsando estas acciones como parte de un sistema integral que incluye la organización privada y que engloba a que el Estado ecuatoriano garantice el derecho a la propiedad en su forma privada, reconociendo también a la organización de la producción dentro de la economía a la empresas familiares como claramente indica en su Art. 319 **“Se reconocen diversas formas de organización de la producción en la economía (...) empresariales (...), familiares.”**

---

<sup>17</sup> (Constitucion de la Republica Ecuador, 2008, Art. 277 – Num. 5)

<sup>18</sup> (Constitucion de la Republica Ecuador, 2008, Art. 283)

<sup>19</sup> (Constitucion de la Republica Ecuador, 2008, Art. 319)

<sup>20</sup> (Constitucion de la Republica Ecuador, 2008, Art. 321)

El Código Civil como normativa subsiguiente tipifica:

-El artículo 564 indica que “Se llama *persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente (...)*”<sup>21</sup>

-El artículo 1957 indica que “Sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre sí los beneficios que de ello provengan. La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados.”<sup>22</sup>

El Código Civil en sus artículos hace una profundización específica en cuanto al concepto de empresa, lo que directamente se asocia con el reconocimiento expreso dentro de la norma; además deja claro su esencia como persona autónoma y distinta a sus integrantes por lo que genera ese espacio dentro del ordenamiento jurídico, sumándole la importancia que merece como agente económico esencial en el desarrollo de un país. Más extenso aún, la legislación ecuatoriana prevé un cuerpo normativo especial de alrededor 460 artículos que regulan el campo societario respecto de la empresa privada por lo que es indispensable observar su artículo 1 de la Ley de Compañías que indica:

“Contrato de compañía es aquel por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias, para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades. Este contrato se rige por las disposiciones de esta Ley, por las del Código de Comercio, por los convenios de las partes y por las disposiciones del Código Civil.”<sup>23</sup>

Por todo lo respectivamente citado referente a la empresa y el ordenamiento jurídico ecuatoriano, queda claro que la misma es reconocida, respaldada, garantizada como

---

<sup>21</sup> (Codigo Civil de Ecuador, Art. 564)

<sup>22</sup> (Codigo Civil de Ecuador, Art. 1957)

<sup>23</sup> (Ley de Compañías de Ecuador, Art. 1)

agente económico y desarrollada dentro de un propio cuerpo normativo, esto en cuanto a la empresa en general, pero cuando se introducen las características familiares a una empresa ecuatoriana el vacío legal es evidente.

El cuerpo legislativo no ha tomado en cuenta ni su definición de empresa familiar, ni su desarrollo como tampoco su protección. El artículo 319 de la Constitución de la República tan solo anuncia de forma leve el reconocer como producción económica a las formas empresariales familiares, lo cual nos permite concluir que tan solo la Carta Magna anuncia con un gran toque de ligereza la existencia como elemento económico a la empresa familiar, ninguna otra norma interna del país hace referencia a este tipo de sociedades que reúnen características relevantes; ni siquiera la Ley de Compañías toca el tema, pues tan solo realiza una clasificación de empresas y las desarrolla en torno a su naturaleza, de esta forma se puede entender que no existe un amparo legal con respecto a las empresas familiares dentro del Ecuador, lo cual no se comprende el porqué, pues si bien es un tema nuevo para las legislaciones de distintos países, muy pocos son los que mantiene normativas que hagan referencia a estas empresas, por lo que deja un interesante e importante vacío legal que el legislador debería tomar en cuenta, pues como se verá a continuación la importancia que toma la empresa familiar dentro de las distintas economías mundiales es extremadamente alta.

### **Importancia de la empresa familiar.-**

Es necesario comprender el porqué de la importancia de este tipo de empresas y dónde está el fundamento para encontrar mecanismos de protección para la misma. La importancia se verá reflejada en las múltiples realidades de los países y sobretodo dentro

del nuestro. No es un tema que debe ser abarcado de forma superficial, sino de manera integral, ya que la empresa como tal y la empresa familiar sobretodo, comprende la base fundamental de toda la estructura económica de un país, pues, no solo es el órgano público quien inyecta dinero a la economía, sino son las empresas privadas quienes dinamizan la economía de tal forma que, en definitiva sea la sociedad la más beneficiada.

La razón de este punto es indicar la realidad de las empresas familiares para que el lector saque sus propias conclusiones, pero sobretodo se cuestione sobre el vacío de nuestra legislación ecuatoriana al no plantear un desarrollo legal que integre a este agente económico, y que además se generen mecanismos de protección para la misma, porque de seguro lo que a un Estado le importa es que su economía esté equilibrada y no se estanque, como también el aumento de las plazas de trabajo. De seguro es un tema nuevo para los legisladores el comprender la importancia de estas empresas, pero esta situación debe ser analizada como una realidad latente que de ser vista como una oportunidad, las economías de los países pudiesen solidificarse más. Los datos que se reflejarán a continuación podrán ratificar lo afirmado.

#### **Situación en Ecuador.-**

Punto de extrema importancia, puesto que el actual trabajo se enfoca a la situación ecuatoriana y al protocolo familiar como mecanismo de protección de la empresa familiar ecuatoriana, por lo que es claro y evidente introducirnos en la realidad que vive nuestro país en cuanto a estas empresas.

Para comenzar se tomará como fuente inicial la publicación titulada “Diez datos claves sobre la empresa familiar” del diario El Comercio de fecha 4 de julio del 2015:

*"Mi trabajo es para mis hijos, fue el lema acuñado por el presidente de la Cámara de Comercio de Guayaquil, Pablo Arosemena"*<sup>24</sup>

Desde un inicio se puede sentir la esencia de cuál es el destino al que se quiere llegar. El mayor número de emprendedores o casi todo emprendedor tiene como fin su familia, pues, es la razón de su empresa.

*"Ese lema refleja **la realidad de la empresa ecuatoriana, que es familiar en un 90%**. De manera que aquello que fue fundado y creado por una familia emprendedora, queda para los hijos y las siguientes generaciones"*<sup>25</sup>, *"Se conoce que **cerca del 90 % de las empresas en el Ecuador pertenecen a grupos familiares**, en especial a pequeñas y medianas empresas (pymes)"*<sup>26</sup>, *"Las empresas familiares son muy importantes en la economía de cualquier país. (...) **En una reunión que se realizó en Expo Plaza 2006, se señalaba que de las 30.000 empresas constituidas en Ecuador, el 90% correspondía a familias, que aportan un porcentaje importante en el PIB** y generan una significativa proporción de puestos de trabajo"*<sup>27</sup>

Datos que reflejan la importancia de estas empresas, pues habla de un 90% que resulta casi la totalidad de empresas dentro del país, buscando que esta empresa sea heredada por las siguientes generaciones para conseguir así dos cosas: que la familia siga teniendo un sustento económico; y segundo que la empresa siga funcionando, sobretodo respecto de la segunda no se puede sostener que el Estado quiera en un momento dado que estas cierren, pues, para su funcionamiento necesitan emplear personal, emplear recursos financieros, generar valor y en definitiva es el pilar fundamental de la economía del país.

---

<sup>24</sup> (Tapia, 2015)

<sup>25</sup> (Tapia, 2015)

<sup>26</sup> (Expreso, 2014)

<sup>27</sup> (Ruiz, 2011)

*“Según un estudio del Centro para la Empresa Familiar de la Universidad St. Gallen, en Suiza, **las empresas familiares constituyen entre 80 y 90% de las empresas en todo el mundo.** De acuerdo con el estudio, la cadena de supermercados Walmart, de la familia Walton en Estados Unidos, es la más grande empresa familiar del mundo y genera 2 millones de empleos. La familia y los autos. Tres empresas de automóviles están entre los primeros 10 lugares de la lista de las 25 empresas familiares más grandes del mundo, de acuerdo con la revista Forbes. Volkswagen, firma alemana de la familia Porsche, está en el segundo puesto; Ford, de la familia estadounidense Ford ocupa el quinto puesto y la alemana BMW, de los Quandt, ocupa el octavo puesto”<sup>28</sup>*

La importancia se fundamenta, más aún en la realidad que vive la economía no solo ecuatoriana sino la del mundo, no se puede tapar el sol con un dedo, pues la empresa familiar mueve la economía no solo local, nacional sino mundial, cuyos grandes transnacionales mueven los PIB de las economías del mundo, querido lector, esta cita nos deja una sola pregunta por hacerse, ¿qué pasaría si todas las empresas familiares dejaran de funcionar?, las conclusiones quedarán para el interior de cada uno, pero la realidad es evidente.

*“Historia local. Los estatutos de constitución de **las primeras compañías familiares en Guayaquil datan de 1821** y reposan en el Archivo Histórico de Guayaquil. En la Costa, las principales empresas familiares se dedicaban a la exportación de cacao luego de la época colonial. La empresa familiar de Rafael Valdez, fundador de Ingenio Valdez, proveyó a Milagro de la primera red de energía eléctrica en el país, en 1881”<sup>29</sup>*

Si algo se puede afirmar es que la historia no miente y aunque se crea que la

---

<sup>28</sup> (Tapia, 2015)

<sup>29</sup> (Tapia, 2015)

realidad de las empresas familiares es un tema nuevo, pues ese pensamiento no es más que erróneo, específicamente en el caso ecuatoriano que ya desde hace doscientos años, las familias ecuatorianas comenzaron a crear estos agentes económicos, y que, tal vez, de no ser por estos agentes el país no hubiera dado pasos en su desarrollo. La esencia de la economía de Ecuador está en la empresa, y sobretodo en la familiar; esto afirma que la legislación ecuatoriana tiene dos siglos de retraso en tomar en cuenta la protección e importancia de este tipo de empresas, pero cuidado, no se puede confundir con el empleo del Derecho Societario, sino el hecho de la existencia de un reconocimiento legal como figura autónoma a la empresa familiar y mecanismos que prevean su vida en la línea del tiempo.

***“Trabajo. El 51% de la mano de obra empleada en Ecuador trabaja en empresas familiares, de acuerdo con información de Family Firm Institute (FFI), publicada en el 2014.”**<sup>30</sup>*

Las estadísticas podrán generar un margen de error, pero este es minúsculo, es evidente la importancia de estas empresas al generar empleo a más del 50% de la población activa, es la mitad del número total de personas activas que trabajan para mover la economía del país, cada vez la realidad sorprenderá más al lector, es aquí cuando se debe entender que un mecanismo de protección para estas empresas no responde al capricho de un empresario, sino todo lo contrario, es la respuesta a las necesidades de una sociedad, pues las empresas son las que mayor empleo generan dentro de un país, por lo que deberían estar, regladas por la ley, pero al ser tan importante este agente, ¿está bien que se lo deje de lado y que sea

---

<sup>30</sup> (Tapia, 2015)

tan solo una palabra la que contemple a este tipo de sistema de producción económica dentro de la Constitución y ni siquiera se la profundice dentro de la Ley de Compañías?.

*“Impacto. En el Ecuador existen 55.130 compañías familiares registradas en la Superintendencia de Compañías.”<sup>31</sup>*

Ya no solo se trata de un enfoque histórico, laboral y sentimental, se debe ver la situación desde el enfoque más importante: el macroeconómico. Tampoco podemos dejar de lado el número de 55.130 que evidentemente es creciente de forma anual, y que refleja la importancia de este tipo de empresas en la realidad ecuatoriana.

*“Alcance. La internacionalización es un reto para las empresas familiares medianas y pequeñas, sin embargo, el estudio “El ADN de la familia empresaria”, realizado por IDE Business School, revela que una cuarta parte de las empresas familiares en el Ecuador han logrado tener actividades internacionales. El 51% opera a nivel nacional y un 24% a nivel local, es decir, en su ciudad de origen. Los hijos al mando. El 42% de las empresas familiares en el país están a cargo de la segunda generación familiar, es decir, que los hijos de los fundadores se hicieron cargo de la administración del negocio y el 22% está a cargo de la tercera generación, es decir, que los nietos están al mando, según José María Vázquez, docente de IDE Business School”<sup>32</sup>*

Es prudente reconocer que exportar contenido empresarial a otros países es digno de admiración, pues una empresa ecuatoriana dentro de mercados internacionales es sinónimo de orgullo nacional, el primer núcleo social del ser humano es la

---

<sup>31</sup> (Tapia, 2015)

<sup>32</sup> (Tapia, 2015)

familia y el patrimonio que este logre durante el tiempo será para sus descendientes, de los que se espera continúen la actividad con mejoras en su producción como mecanismo de apalancamiento para la creación de otras empresas que tendrán otras actividades pertenecientes al mismo grupo, pero que al fin y al cabo aportaran a la economía.

Si se revisa a profundidad los indicadores en cuanto a las generaciones que actualmente manejan las empresas familiares, muestran que la administración de las mismas recae en la segunda generación y que en algunos años recaerá en la tercera generación, el peligro está en que la pasión por el negocio familiar que tenía el cabeza de familia o el emprendedor en la primera generación con el tiempo podría llegar a la tercera generación de una forma muy leve, por lo que a esta generación de los nietos se los reconoce como los poetas de la familia y básicamente son los que con sus propias familias terminan comiéndose las empresas, realidad triste pero que no deja de ser verdad, por lo que comienza a nacer otra pregunta de importancia, ¿se debe buscar mecanismos de protección de la empresa familiar, para que esta no deje de crecer económicamente en el transcurso de varias generaciones? La respuesta es evidente, por supuesto.

*“Vanesa Idrovo, representante de la compañía ecuatoriana “Gerardo Mogrovejo e Hijos”, comercializadora de material eléctrico de alta y baja tensión desde hace 28 años, **dice que trabajar dentro de una empresa familiar es positivo porque todo se hace de modo coordinado porque todos apuntan hacia un mismo fin.** Julius von Nordeck es la cuarta generación dentro de una empresa familiar en Alemania y considera que en todo país **lo importante para una empresa es tener “reglas de juego claras, que no se cambien tanto, es lo más importante para invertir y***

crear empleo...”<sup>33</sup>

Se resalta nuevamente la característica primordial, que es tener un fin último común dentro de las empresas familiares ecuatorianas; el analista alemán en su comentario no deja espacio para la duda en cuanto a las reglas claras respecto a la salud de la empresa, lo que conseguiremos únicamente con el respaldo de mecanismo jurídicos y contractuales celebrados entre los miembros de la propiedad de la empresa que no buscan otra cosa que acrecentar el patrimonio, precautelando que ningún nuevo miembro externo o familiar rompa la estructura económica ni tampoco a la familia.

*“Mucho se oye y se dice con respecto a las empresas familiares, pero continua siendo, sobretodo en el Ecuador, un tema poco estudiado y difundido. Sin embargo, su importancia en la economía mundial y nacional es elevada. Se estima que el 60% de las empresas del planeta y el 90% de las Latinoamericanas son Familiares.”<sup>34</sup>*

*“Partiendo de una selección de las 500 más grandes del Ecuador, hemos catalogado a las empresas en Familiares (EF) y No Familiares (ENF). Para esto se ha utilizado información pública obtenida en la Superintendencia de Compañías (...). Se excluyeron del análisis, las empresas públicas. El 77% de las 500 más grandes del Ecuador son Familiares. No obstante se aprecia que a medida que incorporamos empresas de menor tamaño al análisis, la proporción de EF crece. Por ejemplo, sobre una muestra inicial de las 200 empresas más grandes, solo el 60% fueron familiares. Estimamos que, para las PYMES, el porcentaje de EF sobre el total bordea el 90%, y para el caso de las microempresas es, casi por definición, del 100%. En suma, el 89% de las empresas del*

---

<sup>33</sup> (El Mercurio, 2015)

<sup>34</sup> (Universidad de los Emisferios, 2007)

*Ecuador son EF. Así, podemos estimar que el número de empleos generados por las empresas familiares del Ecuador es de 1,6 millones, lo cual representa alrededor del 93% del empleo formal. Un resultado, bastante similar al registrado en otros países latinoamericanos. La riqueza generada por las empresas Familiares representa el 51% del PIB.”<sup>35</sup>*

Principales datos de las empresas del Ecuador		
Número de empresas	Familiares	No Familiares
% sobre total de empresas Grandes	77%	23%
% sobre total de PYMES	90%	10%
% sobre total de Microempresas	100%	0%
% sobre total empresas (estimado)	89%	11%
<b>Empleo</b>		
# de empleos formales estimados (millones)	1,6	0,12
% Empleo formal	93%	7%
<b>Rentabilidad</b>		
Rent. Neta	3%	8%
ROE	13%	23%
ROA	5%	9%
<b>Ventas</b>		
Variación ventas (prom 5 años)	25%	25%
Variación ventas (ultimo año)	22%	31%
% respecto al PIB (solo empresas grandes)	51%	27%
% respecto a las ventas de 500 empresas más grandes (2005)	65%	35%
% respecto a las ventas de 500 empresas más grandes (1996)	75%	25%
Fuente: IDE - Dpto. de Investigación (En base a estimaciones)		

Grafico 2<sup>36</sup>

*“El Ecuador es un país con una fuerte cultura familiar, y alta presencia de empresas de este tipo. Por lo tanto, es imprescindible que los empresarios desarrollen el factor familia, tomando en consideración cada una de las dimensiones que la componen y transmitan a sus sucesores las herramientas necesarias para ser buenos líderes, de forma que aseguren la sostenibilidad de la empresa. Además, estas empresas tienen un gran compromiso económico y social, ya que son una alternativa de solución a los problemas de desempleo, bajos niveles de inversión e innovación.”<sup>37</sup>*

Una de las cosas que se debe reconocer es el esfuerzo generacional que han tenido las familias ecuatorianas, puesto que se ha revisado que este tipo de empresas

<sup>35</sup> (Universidad de los Emisferios, 2007)

<sup>36</sup> (Universidad de los Emisferios, 2007)

<sup>37</sup> (Barrezueta, 2011)

comenzaron a desarrollarse en el Ecuador desde hace algunos años y que han sido, como continuarán siendo, el pilar fundamental de la economía ecuatoriana, no solo por el hecho de generar una oferta y demanda de bienes como servicios, sino por el hecho de generar empleo en la magnitud en la que lo hacen, el número de empresas familiares existentes en Ecuador representan una cantidad importante dentro del PIB del país, además del intercambio económico con otros países, por lo cual es necesario tomar su estudio como algo novedoso, pero necesario; se usa la palabra novedoso ya que como se indicó anteriormente, el estudio de este tipo de empresas no pasa más allá de los treinta años, por lo que es fundamental que el Ecuador tome este tema con gran importancia ya que la realidad así lo indica.

Al existir vacíos legales se puede caer en que las siguientes generaciones no proyecten crecimientos en las empresas sino que comiencen a decrecer. Lo mencionado está dado por un incorrecto manejo y cruce de intereses, pues la debilidad de estas empresas es que los miembros familiares dueños de la empresa cada vez es mayor y se convierte en un tema complejo de enfocar las directrices que tomará la empresa durante las nuevas generaciones. El mecanismo idóneo queda destinado al área jurídica, que es la única que podrá prolongar la vida de estas empresas dentro del mercado.

#### **Situación en Latinoamérica.**

***“En América Latina podríamos esperar índices superiores a los anteriores, con tasas entre 90 y 95 por ciento, pero estos datos no parten de estudios formales, sino de la apreciación de algunos especialistas. Para no entrar en***

*detalles y manejar una proporción comprensible, se podría estimar que nueve de cada 10 empresas en América Latina son familiares*<sup>38</sup>

Desde una escala mucho más amplia, el enfoque latinoamericano aumenta los indicadores respecto del número de empresas existentes dentro de la economía a nivel del continente. El desarrollo económico de Latinoamérica evidencia la importancia de las empresas de los distintos grupos familiares; la esencia de la producción económica de América Latina está basada en que las organizaciones familiares no solo generan influencia dentro del mercado formal, sino también lo hace dentro del mercado informal.

Los pequeños negocios como: talleres caseros, panaderías, pequeñas tiendas de abarrotes, por citar algunos ejemplos puntuales, son manejados por familias. Una forma de ampliar la oferta de servicios y productos generados por la empresa familiar, concepto que no debe siempre estar ligado a grandes empresas, ya que los procesos de producción, en ciertos casos, comprometen a todos o casi todos los miembros del clan familiar, indistintamente del tamaño de la empresa.

*“La mayoría de las empresas familiares son de capital privado; sin embargo en algunas ocasiones tienen acciones (no más del 30 por ciento) en el mercado de valores.”*<sup>39</sup>

Es evidente que aunque las empresas familiares busquen aumentar su capital con inversiones externas, no permiten que el control sobre la propiedad supere porcentajes que le quiten a la familia el control de la empresa. Una manera de mantener la característica fundamental de control y propiedad de la empresa a manos de la familia. Aunque un pequeño porcentaje pueda ser capital externo a

---

<sup>38</sup> (Rius, Luz y Sombra en las empresas familiares, 2010)

<sup>39</sup> (Business Review Americalatina, 2011)

la familia, esos socios poco podrán intervenir con respecto a la dirección de la empresa; limitándolos a esperar sus dividendos el momento que correspondan ser repartidos.

*“Exaudi de Investigación (www.exaudionline.com), junto con distinguidas instituciones académicas, asociaciones empresariales y empresas de consultoría de diferentes países de América Latina, **dirigió un estudio sobre 750 empresas familiares en Argentina, Colombia, Costa Rica, México, Perú, Uruguay y Venezuela.** (...) Como resultado de este estudio, **se encontró que el 85,20% de las empresas privadas en América Latina se definen como una empresa familiar.** En promedio, se trata de empresas que se fundaron durante las últimas dos décadas y **tienen entre 11 y 50 empleados (...)**”<sup>40</sup>*

El estudio al que se hace referencia incluye dentro de sus indicadores solamente a empresas que se encuentran dentro del mercado formal por lo que con tan solo una muestra de 750 empresas de Latino América se llega a la conclusión de que el 85,20% son empresas familiares, lo que debería dar apertura al tema tratado.

No es solo la situación ecuatoriana, sino es un enfoque macro, cuya realidad tiene relación directa con todo el continente, lo que se debe tomar en cuenta ya que la economía en sí, está en manos de estos agentes económicos.

La situación real de las empresas familiares en América Latina es indudable. Se puede afirmar que son el motor principal de toda la estructura económica, en consecuencia los gobiernos y las personas dueñas de la propiedad de una empresa familiar deben focalizar su preocupación en el fortalecimiento de su vida y

---

<sup>40</sup> (Tu empresa familiar, 2011)

continuidad en el tiempo, así no se verán afectadas por el paso de las siguientes generaciones.

### **Situación en España.**

El enfoque en América se innegable. La situación predominante de la empresa familiar es evidente, a tal nivel que se afirmaría de forma total que este tipo de empresas son fundamentales para el desarrollo y equilibrio económico de los países del continente, eso en cuanto a una parte del mundo, pero también es necesario conocer que sucede en el viejo continente y sobretodo en el país que mayor rasgos jurídicos tiene de parentesco con el nuestro, España.

En 1992 se fundó el Instituto de la Empresa Familiar (IEF) y desde ese entonces se ha convertido en la vocera de la situación de las empresas familiares ante la sociedad, el 33% de empresas asociadas tiene presencia en los 5 continentes y en su conjunto, todas las asociadas en forma conjunta tienen más de 1,25 millones de trabajadores a su cargo, lo que demuestra la importancia de las empresas familiares como generadoras de riqueza y empleo.

*“Se estima que **1,1 millones de empresas son familiares en España, el 89% sobre el total de las empresas.** Sus características arraigadas en la visión compartida por una familia empresaria convierten a este tipo de compañías en el mayor generador de empleo en España. **Actualmente, crean el 67% del empleo privado, con un total de más de 6,58 millones de puestos de trabajo y son responsables del 57,1 del PIB del sector privado.**”<sup>41</sup>*

---

<sup>41</sup> (Instituto de Empresas Familiares)

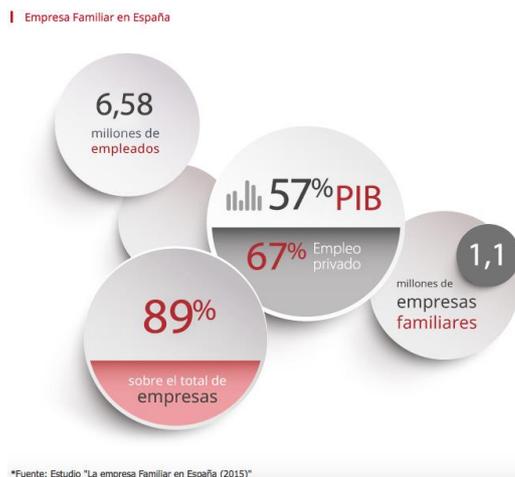


Grafico 3<sup>42</sup>

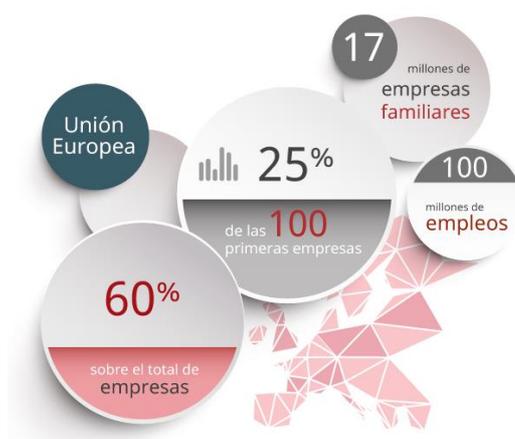


Grafico 4<sup>43</sup>

El análisis de información expresada en gráficos por el IEF no deja cabida a dudas. En España las empresas familiares generan empleo a 6,58 millones de personas, lo que significa un 67% del empleo privado lo que equivale al 57% del PIB de España. La misma situación se expresa de una forma macro referente a toda la Unión Europea. De la totalidad de las empresas existentes el 60%, es decir, más de la mitad de ellas son empresas familiares, lo que a su vez genera cerca de 100 millones de empleos; con estos datos no cabría espacio para la duda, pues su relevancia traspasa fronteras.

*“Un dato importante a tener en cuenta es que **el 60% no tiene establecido**”*

<sup>42</sup> (Instituto de Empresas Familiares)

<sup>43</sup> (Instituto de Empresas Familiares)

**un acuerdo o método para valorar las acciones de la empresa, y tampoco tienen establecida una política de reparto de dividendos. Por otra parte, el 70% de las Empresas Familiares ha pensado en regular por escrito las normas sobre la propiedad, de las cuales el 75% desea que la empresa siga siendo de capital y trabajo familiar porque sostienen que es conveniente que propiedad y gestión coincidan.**<sup>44</sup>

El interés en la perpetuidad en el tiempo respecto a las siguientes generaciones es grande, por este motivo, los mecanismos para este proceso de transición generacional son de vital importancia, ya que si no se tienen las reglas claras el tiempo se comerá poco a poco a las empresas familiares. Se deben establecer mecanismos que no busquen delimitar el futuro de la empresa, por lo que, se deberá buscar soluciones previas al conflicto.

***“En cuanto a los planes de sucesión apenas el 10% tiene formalizado un protocolo familiar.”***<sup>45</sup>

La situación de la empresa familiar en Ecuador, América Latina, España y la Unión Europea están probadas. A simple vista se podría decir que aproximadamente el 90% del número de empresas de las economías globales, pertenecen a empresas familiares, característica fundamental dentro de la estructura económica del país al cual hagamos mención.

Se debe recalcar que este agente no solo toma importancia dentro de los países citados, sino a escala mundial. Los números se asemejan, la razón del análisis de los países planteados es que tienen vínculo de similitud al Ecuador y sus sistemas jurídicos tienen semejanza con el nuestro, pues el presente trabajo busca fundamentarse en la importancia

---

<sup>44</sup> (Gandolfo, 2013)

<sup>45</sup> (La empresa familiar)

que tienen estos agentes económicos dentro de la sociedad y por esa misma jerarquía, es el Derecho el encargado de reconocer, reglamentar y regular las mismas; para fomentar que perduren en el tiempo.

Son los sistemas jurídicos de cada país los que deben precautelar que no se cometan errores en el aspecto social, sino promover cómo proteger situaciones o áreas que están en pro del desarrollo social, pues es necesario replantear la pregunta, ¿qué pasaría si todas las empresas familiares del mundo a lo largo de una generación desaparecieran?, respuesta que ni siquiera cave ahondar ya que es claro la realidad catastrófica que produciría dentro de cada país y el mundo.

La importancia y situación de una empresa familiar no solo corresponde a los miembros de la familia sino que corresponde a la sociedad en sí. Las empresas aparte de dinamizar la economía con la oferta y demanda de bienes y servicios, son generadoras de puestos de trabajo que a su vez crean salarios para mantener familias, dentro de las que existen hijos que asisten a instituciones a recibir conocimiento para un momento dado ser el futuro del país; Sin embargo, qué pasaría si por el hecho de un conflicto interno de los miembros de la familia dueña de una empresa, este agente cierra sus puertas ya que el conglomerado familiar por sus malas decisiones y poco entendimiento hacen que la empresa quiebre, y suponiendo con cálculos superficiales que esta empresa tenía 50 trabajadores y cada empleado tiene una familia de 4 integrantes con él incluido, tan solo con el cierre de esa empresa 50 familias se quedarían sin ingreso económico, de igual manera: 200 niños que de forma directa sufrirían la falta de ingresos; el recorte de presupuesto y tal vez llegar a un punto extremo de abandonar los estudios por falta de recursos, es aquí cuando ese enfoque totalmente macroeconómico se torna microeconómico y más específico todavía: un problema social. Al ser una situación que afecte a todos o a un conglomerado social, los hechos que provocaron aquella reacción

dentro del entorno deben ser comprendidos con especial atención.

Un conflicto familiar generado dentro de una empresa privada termina convirtiéndose en un conflicto social causando, en gran escala, conmoción social, porque supongamos que no hablamos de una empresa familiar de tan solo 50 trabajadores, sino hablamos de una que maneja 1.000, el efecto social como reacción al conflicto de una familia puede ser una situación devastadora para mil familias, al ser un tema de interés social el Derecho como tal, debe tomar cartas en el asunto y proveer mecanismos dentro de sus legislaciones que permitan la protección de las empresas familiares y su transmisión generacional, por lo que es necesario analizar a continuación cuáles son las problemáticas y principales conflictos dentro de la empresa familiar, para que ese contenido pueda ser plasmado dentro de un mecanismo de protección, como sería el caso del trabajo actual, el “Protocolo Familiar”.

### **Conflictos societarios dentro de la empresa familiar**

*“El conflicto forma parte de la condición humana. Por ello, no se trata de un fenómeno positivo ni negativo, sino natural.”<sup>46</sup>*

Cuando se hizo referencia a la unión de dos núcleos dentro de uno, es decir, de la familia y la empresa dentro de lo que respecta una empresa familiar, se pretendía llegar al punto céntrico de colapso en donde se juntan los intereses de la familia y los propios de la empresa; ambos pugnan por sus réditos, lo que genera obstáculos en torno al crecimiento, continuidad, financiamiento y sucesión de la empresa en el tiempo, pues está claro que se genera una confusión entre lo que es la propiedad, la gestión y la condición de miembro de la familia; a todo esto se le debe sumar el hecho de que la empresa familiar es una estructura organizada de forma eficaz y que está sujeta a cambios que dependerán de las

---

<sup>46</sup> (Castejon, Ortin Garcia , & Perez Perez)

situaciones que se generen en torno a la familia, sin que exista de forma previa un procedimiento de actuación.

Estos conflictos se dan en torno a tres pilares que hasta este momento ya deben ser claros: familia, negocio y propiedad.

José María Vázquez Vega en su libro “*Guía práctica para la empresa familiar*” engloba de forma genérica, dentro de tres etapas los distintos problemas que se dan en la empresa, las mismas que de forma resumida serán expuestos a continuación:

**Primera Etapa:** La que hace referencia a que el fundador dedica mucho tiempo a la empresa, el tiempo que pasa con sus hijos y familia se ve afectado, lo que genera una cierta rivalidad entre la empresa y los hijos, puesto que es dentro de la empresa en donde su padre pasa la mayor parte del tiempo, además los conflictos se generan cuando la esposa comienza a participar dentro del negocio, por lo que en esta situación es de crucial importancia diferenciar el rol del esposo y esposa.

**Segunda Etapa:** El tiempo hace que los hijos, de una forma cronológica ya comiencen a trabajar dentro de la empresa. Los problemas se generan cuando se crean puestos innecesarios de igual jerarquía o estatus para que los hijos estén al mismo nivel. La ausencia de un líder o modelo empresarial a seguir sería la causal para futuros enfrentamientos entre las segundas generaciones por el mando empresarial, lo que deviene – en muchos de los casos – que el hijo mayor se haga cargo de las tareas principales, lo que no sería justo en un modelo de méritos.

Un tema interesante es que los hijos de la segunda generación cumplen lo que su padre les indica puesto que fueron educados bajo el esquema que en su momento

consideró idóneo el precursor de la empresa, lo que acarrea la falta de nuevos retos en pro del crecimiento de la empresa.

**Tercera Etapa:** La tercera generación encabezada por los primos, primos segundos y terceros o más conocida como el consorcio de primos, en donde cada uno de ellos quiere el poder aunque exista la falta de interés común y sobretodo la falta de un líder para la respectiva toma de decisiones.

Todo esto genera conflictos internos como:

**La sucesión familiar:** Se podría decir que es el principal conflicto por excelencia; en donde el fundador cede las riendas de la empresa a la siguiente generación. La Comisión Europea advierte que esta situación es la más peligrosa y advirtió que si no existe una preparación previa que garantice la sucesión puede provocarse la desaparición de un alto número de empresas y por ende: puestos de trabajo. Además, todo heredero cree tener el derecho de gestionar la empresa como a tener privilegio sobre la propiedad de la empresa.

**Fuga de accionistas:** Es aquel momento en el que uno de los miembros de la familia quiere dejar la empresa y por consiguiente decide vender sus acciones.

**Roles inadecuados en la empresa:** No es más que trasladar el papel que se tiene dentro de la familia a la empresa, lo cual es un gran error, ya que el comportamiento dentro de la familia debe ser uno y otro diferente dentro de la empresa, puesto que estos dos núcleos persiguen objetivos distintos.

**Exceso de miembros familiares en la empresa:** La incorporación de los distintos miembros de la familia dentro de la empresa debe ser estratégica para aumentar la productividad, eficiencia y eficacia, mas no para generar un conglomerado inútil que no aporte ningún valor a la empresa, lo que se fundamenta en que todo familiar cree tener derecho de trabajar dentro de la empresa.

**Remuneración a los familiares:** El creer que, por el hecho de ser familiar y que su remuneración va a ser preferencial es uno de los errores más grandes que pueden generar conflicto interno, puesto que desmotiva a todos los demás trabajadores a realizar bien su labor puesto que siempre va a existir una preferencia al miembro de la familia aunque este no realice bien su labor.

Entre otros conflictos más específicos encontramos: la confusión de las políticas de repartición de dividendos y distintos beneficios a favor de los miembros de las familias. Discrepancias entre el padre y sus hijos en cuanto a la designación del sucesor. Existe gran confusión entre equidad y justicia. Desacuerdos entre la esposa y el empresario en cuanto a la situación de los hijos sobre su rol dentro de la empresa. Todos estos conflictos se potencializan con los nacimientos, muertes, matrimonios y divorcios; al tema de conflictos de la empresa se debe resaltar aquellos relacionados con las crisis matrimoniales de los parientes o miembros de la familia, la ruptura de matrimonios puede generar una amenaza a la integridad de la empresa, puesto que la o el ex-cónyuge tendría parte de la propiedad de la empresa.

Al revisarse los conflictos nacen un sin número de preguntas que en su momento deberán ser respondidas mediante un protocolo familiar, preguntas como<sup>47</sup>:

*¿Quiénes tienen los méritos y las capacidades para desarrollar los diferentes procesos que se requieren en el negocio?*

*¿Quién o quiénes son depositarios de la confianza del grupo familiar para liderar los procesos del negocio?*

*¿En caso de ausencia quiénes encarnarán ese carácter de presidente o gerente de la empresa familiar?*

*¿Cuál será el proceso de asignación de salarios, honorarios y beneficios para los miembros del grupo familiar?*

*¿Con qué periodicidad se harán reuniones de las diferentes juntas, asambleas o*

---

<sup>47</sup> (Restrepo)

*comités que requiere la empresa familiar?*

*¿Todo el grupo familiar, independientemente que labore en la empresa o no, está comprometido con el negocio?*

*¿Tiene el negocio la capacidad de reinvertir parte de las utilidades que genera el negocio?*

Se realizó un estudio en la ciudad de Buenos Aires de 160 empresas familiares en donde se pudieron verificar algunos conflictos en cuanto a la empresa y a la familia, estudio que será plasmado a continuación:

*“Entre los problemas más frecuentes que deben afrontar las Pyme, el estudio indica que se destacan las dificultades de comunicación vinculadas al manejo de conflictos y la toma de decisiones entre familiares que trabajan en el negocio y el traspaso generacional. Algunos de los puntos más relevantes a resolver que señalaron los empresarios consultados fueron:*

1. ***La comunicación entre familiares que trabajan en el negocio.*** El 66,3% señaló que este ítem representa un problema de carácter mediano a importante.
2. ***Traspaso generacional.*** Para el 53,1% de los encuestados representa un conflicto mediano o importante. Según los autores del informe, "la preparación de un plan de continuidad requiere que la firma haya logrado previamente un grado mínimo de profesionalización, así como la existencia de un protocolo familiar".
3. ***Delegación de funciones.*** Alrededor de dos tercios de los fundadores admitieron no delegar adecuadamente el poder de decisión ni de mando, en sus hijos o en otros subordinados.
4. ***Toma de decisiones.*** Más de la mitad (51%) ubica a este aspecto como un problema mediano e importante.

5. **Formulación de criterios para el ingreso de familiares a la firma.** El 37% identificó a este aspecto como un problema, mientras que el 63% lo calificó como inexistente o leve.
6. **Retribución a sus familiares.** Sólo un 28,9% de los encuestados califica a este ítem como un problema de mediana y alta importancia. Sin embargo, el informe aclara que "esto no significa que las retribuciones económicas sean adecuadas, sino meramente que en el 71,1% restante los criterios de remuneración no producen conflictos, aunque los mismos sean inadecuados".
7. **Ingreso de familiares políticos.** Un 27,2% reconoció a este punto como un problema.
8. **Plan de sucesión, con el consiguiente plan de retiro.** Las causas más frecuentes mencionadas fueron: resistencia del fundador/es a aceptar el paso del tiempo y declinación natural; competencia con sus hijos y otros subordinados; falta de intereses extra laborales que puedan reemplazar el "estrés" (desafíos) del negocio; temor a pérdida del status y poder, y desconfianza en que los sucesores mantengan el nivel económico del fundador y su cónyuge luego del retiro.
9. **Manejo del dinero.** Llamativamente, sólo un 27,6% dijo tener dificultades medianas e importantes respecto de este punto.
10. **Problemas financieros.** Fueron mencionados por únicamente el 16% de los encuestados.<sup>48</sup>

Por lo expuesto es de suma importancia analizar cómo comprender los distintos conflictos que pueden darse dentro de la empresa familiar, para que de esa forma sean planteadas las cláusulas de un protocolo familiar que responda todas las preguntas que en su

---

<sup>48</sup> (iProfesional)

momento van a generar inconvenientes entre los miembros de la familia.

Un tema a ser destacado es que los conflictos no son variables fijas para todas las empresas de este tipo sino que cada empresa y familia tendrán situaciones distintas por lo que un protocolo estará enfocado de forma específica a situaciones y realidades en torno a la empresa de la que se trate.

*“La sucesión de la empresa, en caso de no haber sido contemplada expresamente, puede poner en peligro su continuidad y acarrear la extinción de la misma. La falta de un plan organizado sobre el revelo generacional es una constante que habitualmente esta relacionada con la exagerada relevancia personal del propio fundador.”<sup>49</sup>*

Finalmente y al margen de todos los problemas como diversidad de conflictos que pudiesen suscitarse dentro y alrededor de este tipo de empresas se debe tomar en cuenta la ausencia de una normativa jurídica integral y coherente que englobe la realidad desde todos los ámbitos respecto de estas empresas, para que la misma, aparte de resolver conflictos, unifique y conceptualice lo que es una empresa familiar.

El primer capítulo del presente trabajo no ha tenido otra esencia que el de fundamentar el significado de empresa familiar, su reconocimiento, su importancia y los conflictos que deben prevenirse antes de que sucedan, la razón es la de comprender el porqué de la necesidad de un protocolo familiar y la importancia de proteger a la empresa familiar. Se ha visto la necesidad de plasmar con datos económicos como estadísticos esta realidad, ya que es la única forma de comprender la realidad de estas empresas y la importancia de su existencia, como el rol que cumplen como agentes económicos, no tiene que ver solo con la familia dueña de la propiedad sino con la sociedad en sí, ya que estas dinamizan la economía y el mercado de un país.

---

<sup>49</sup> (Rams Albesa , Amunategui Rodriguez, Serrano Gomez, & Anguita Villanueva, 2009)

Los conflictos que se generan dentro de estas empresas son los que a partir de ellos crean la iniciativa de generar un estudio a mayor profundidad de la forma en cómo deben ser evitados o canalizados, pues podrían perjudicar a personas que laboran dentro de ellas y por consiguiente a sus familias, pues son estos trabajadores quiénes dependen de la empresa para su salario como principal fuente de ingreso, es por eso que el dedicar todo un capítulo a los puntos que anteceden ha sido de suma importancia para comprender por qué debe existir un protocolo familiar y a dónde apunta su esencia, se recalca que no es un tema de mera importancia para la generación de turno, es un tema que importa a la sociedad entera ya que son las principales generadoras de empleo del mundo.

## **CAPÍTULO 2.- LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y EL PROTOCOLO FAMILIAR.**

Cabe recordar cuál es la esencia del presente trabajo: la protección de la empresa familiar. Recapitulando de una forma ligera el primer capítulo en donde se documentó lo que es una empresa familiar, cuál es su importancia a nivel nacional, continental y

mundial; también se evidenció un sin número de conflictos que pueden llegar repercutir dentro de este tipo de empresas respecto a las distintas relaciones familiares, por lo mismo y como parte del desarrollo, es necesario adentrarse en el ámbito contractual que, en su momento dado, terminará en un protocolo como mecanismo de dirección y protección de una empresa de características familiares. Es necesario desglosar lo que se entiende por autonomía de la voluntad y la libertad contractual desde un ámbito general y de forma específica dentro del Ecuador. En lo posterior se verificará la importancia de la existencia de un protocolo familiar y el contenido que debe tener el mismo.

## **La autonomía de la voluntad y la libertad contractual dentro del Ecuador.**

### **Autonomía de la Voluntad.**

Desde hace algunos siglos, no se digan años atrás, el Derecho Romano ya trataba este tipo de terminología, cabe recalcar esta situación, debido a que se trata de un tema que ha acompañado al Derecho a lo largo de la historia.

*“El Derecho Romano clásico reconoció la más amplia independencia al individuo y autonomía a su voluntad. El principio era el de la no injerencia del Estado en las cuestiones privadas. La voluntad era fuente de todo derecho y obligación.”<sup>50</sup>*

*“Que el hombre pueda reglar sus relaciones jurídicas, sin intervención de una voluntad extraña, es una de las más grandes facultades que puede ejercer como ser libre y consciente.”<sup>51</sup>*

De esta manera se puede desarrollar la primera idea de Autonomía de la Voluntad, direccionando su significado a la cualidad de la voluntad mediante la cual el ser

---

<sup>50</sup> (Moisá, 2005)

<sup>51</sup> (Machado, 1922)

humano tiene la facultad de auto determinarse y auto responsabilizarse, conforme a los dictados de su conciencia, sin más límites que las mismas facultades de los otros individuos, todo se resume en la **libertad de actuar**, como por ejemplo, hablamos de autonomía privada respecto de la clasificación del Derecho entre el ámbito público y privado, se habla de Autonomía Contractual cuando el enfoque viene desde la materia de contratos.

En el ámbito jurídico se debe reconocer que nuestra legislación y en específico el ámbito civil, se mantuvo gran relación con el Código de Napoleón en donde se reconoce a la Autonomía de la Voluntad como principio de Derecho. Si bien no se encuentra un artículo específico en la Constitución de la República o en el Código Civil que se refiera de forma literal a este principio, sí existe normativa vigente que engloba y respalda su concepto, como se indicará a continuación:

-Constitución de la Republica.-

El artículo 66, en su numeral 29 y literal a indica que: *“Se reconoce y garantizará a las personas: (...) 29. Los derechos de libertad también incluyen: a) **El reconocimiento de que todas las personas nacen libres.**”*<sup>52</sup>

Es claro que, si bien no se habla de forma estricta dentro de la Constitución de la República respecto de lo que es la Autonomía de la Voluntad, la norma citada reúne el fundamento necesario para que la esencia de este principio que es la libertad, sea recogida como algo autónomo que se reconoce desde el nacimiento, pues esa facultad que tiene el ser humano de materializar mediante acciones externas y por medio de su voluntad intenciones internas procedentes de su pensamiento, se encuentra

---

<sup>52</sup> (Constitucion de la Republica Ecuador, 2008, Art. 66 – Num. 23 - Lit. A)

englobada dentro de la esfera de su autonomía.

-Declaración americana de los Derechos y Deberes del hombre.-

Si algo está al mismo nivel que la Constitución son los tratados internacionales sobre Derechos Humanos. A continuación cito las partes respectivas, en donde detalla ese enfoque de libertad que tiene el ser humano por el hecho de tan solo existir: *“Todos los hombres **nacen libres** e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros.”* El artículo 1 indica que: *“Todo ser humano tiene derecho a la vida, **a la libertad** y a la seguridad de su persona.”*

Por consiguiente, la Autonomía de la Voluntad debe ser entendida nuevamente como la cualidad de la voluntad mediante la cual el ser humano tiene la facultad de **auto determinarse y auto responsabilizarse**, conforme a los dictados de su conciencia, sin más límites que las mismas facultades de los otros individuos. Para entender la autodeterminación del ser humano es necesario entender la capacidad de las personas de dictarse sus propias normas morales y de actuación, en donde la persona puede hacer lo que le plazca, sin embargo existe esa etapa posterior en la que el individuo es responsable de esa acción, que en medio de su libertad de actuar tuvo la voluntad, consentimiento y conciencia de lo actuado, haciéndole responsable de cualquier reacción o situación posterior.

***“Sabemos por Kant que la autonomía de la voluntad es la consecución de la voluntad por la cual ella es para sí misma una ley. Razones lógicas y metodológicas imponen la previa necesidad de indagar acerca del substrato del principio, es decir, sobre el soporte o asiento que le sirve de***

base para desplegar toda su virtualidad, esto es, **la voluntad**. Entonces nos preguntamos: ¿qué es la voluntad? A lo que respondemos: **la voluntad es la potencia del alma que mueve al hombre a hacer o no hacer alguna cosa, es libre albedrío o libre determinación**. Según Kant, “es una especie de causalidad de los seres vivos en cuanto que son racionales”. Es que el hombre como ser racional, a diferencia de los animales, tiene la facultad de auto determinarse y el poder de auto responsabilizarse. **Así, la voluntad viene a ser requisito esencial de todo acto, y por ende del contrato. Tan importante es la voluntad que los hechos involuntarios no generan por sí ninguna obligación. Toda la vida consciente del hombre está dominada por la voluntad; pero, para el Derecho esto no basta, sino que además debe ser exteriorizada.**”<sup>53</sup>

La necesidad de este elemento se respalda en el fundamento base de cualquier contrato: la voluntad de las partes que lo integran, y si lo que se busca es proteger a la empresa familiar mediante un protocolo, el mismo que no es más que un contrato, que sin la voluntad de las partes no se llegaría a materializar y por este motivo no existiría obligación ni responsabilidad alguna. Este elemento llamado voluntad es de estricta importancia, si bien el presente trabajo no busca enredarse con contenido metafísico o filosófico respecto del obrar del ser humano, sí es necesario comprender que, las personas somos libres y mediante esa libertad cualquier individuo puede materializar una necesidad respecto de algo, bajo su voluntad y consentimiento, a ese algo lo llamamos: contrato, que no busca más que satisfacer necesidades entre individuos. En virtud de este principio las

---

<sup>53</sup> (Moisá, La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual)

personas con capacidad para obrar pueden obligarse en la medida en que lo estimen conveniente a su interés y en la forma en que acuerden entre sí.

*“La autonomía de la voluntad es, según esto, la libertad de la que gozan los particulares para pactar los contratos que le plazcan, y determinar su contenido, efectos y duración.”<sup>54</sup>*

Se entiende por autonomía de la voluntad la posibilidad de que los sujetos se den a sí mismos, normas que rijan sus relaciones jurídicas privadas.

### **Libertad Contractual**

Una vez revisado ese elemento que constituye parte esencial de un contrato como es la voluntad (Autonomía de la Voluntad), se lo debe vincular de forma directa con la Libertad Contractual, principio básico dentro de la legislación ecuatoriana para la elaboración de contratos, que está conceptualizado de la siguiente manera:

*“El Principio de la Libertad de Contratación, en sentido amplio, **permite que los particulares decidan con quién contratar, cuál será el objeto del contrato, cómo será regulada esa relación contractual e, incluso, cómo serán solucionadas o resueltas las diferencias que pudieran llegar a surgir entre las partes contratantes.** Esa posibilidad de elegir el cómo solucionar o resolver esas diferencias, al ser vista como una mera manifestación de dicho principio, se halla delimitada, entre otras cosas, en función del concepto de orden público(...)”<sup>55</sup>*

*“**¿Por qué contratan las personas?** Respondiendo a esta interrogante diremos que **las personas contratan porque quieren y porque tienen una necesidad o un interés** (...) Y contratar no sería posible si no contasen con la “libertad” para hacerlo (...) **En efecto, las personas contratan y***

---

<sup>54</sup> (Rodríguez)

<sup>55</sup> (Betancourt, 2013)

**se vinculan jurídicamente porque tienen la libertad y el poder jurídico para hacerlo.** *Y este poder jurídico conocido como el principio de autonomía privada no ha sido creada por gracia divina, sino que el Estado, sobre la base de su ius imperium, lo ha delegado en los particulares.”*

La legislación ecuatoriana al igual que en el caso anterior no desarrolla de forma directa lo que se debe entender por cada elemento citado dentro del presente trabajo, pero sí recoge normas que permiten que el principio de libertad contractual exista dentro del ordenamiento jurídico.

-Constitución de la República.-

El artículo 66 y su numeral 16 indican que: “*Se reconoce y garantizará a las personas: (...) 16. **El derecho a la libertad de contratación.**”<sup>56</sup>*

-Código Civil.-

El artículo 1453 indica que: “**Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona (...).**”<sup>57</sup>

El artículo 1454 indica que: “Contrato o convención **es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa.** Cada parte puede ser una o muchas personas.”<sup>58</sup>

Hasta el momento se evidencia que la libertad, en este caso, es el fundamento para el principio de Autonomía de la Voluntad como para la Libertad Contractual. El primer caso es un tema interno del ser humano que se exterioriza en cuanto a la libertad de su accionar; en el segundo caso y paralelo al primero, se refiere a la liberalidad de crear contratos de

---

<sup>56</sup> (Constitucion de la Republica Ecuador, 2008, Art. 66 – Num. 16)

<sup>57</sup> (Codigo Civil del Ecuador, Art. 1453)

<sup>58</sup> (Codigo Civil del Ecuador, Art. 1454)

cualquier índole, tema que será materia de análisis posterior en donde se debe analizar si esa libertad tiene límites o es ilimitada, y si un individuo puede crear contratos que plasmen cualquier situación procedente de su voluntad.

Esta Libertad Contractual permite a las personas que han decidido contratar y acordar los términos y condiciones de los negocios jurídicos, es decir, elaborar el contenido del contrato.

*“Mediante esta libertad los contratantes determinan el esquema contractual, las condiciones y cláusulas que regularán la relación jurídica obligatoria que se creará con la celebración del contrato<sup>59</sup>”*

A esa libertad se le debe poner limitantes como también requisitos contractuales, pues no puede ser válido cualquier contrato, al menos dentro del Ecuador, ya que el Código Civil claramente indica en su artículo 1461 que:

*“Para que una persona se obligue con otra por un acto o declaración de voluntad **es necesario: Que sea legalmente capaz; Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; Que recaiga sobre un objeto lícito; y, Que tenga una causa lícita.** La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra. “*

El artículo 1478 del Código Civil indica que:

*“Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al **Derecho Público Ecuatoriano.**”<sup>60</sup>*

Con este antecedente legal, se entiende que existen ciertos limitantes como elementos de necesario cumplimiento, puesto que si no se ejecuta lo previsto se podría materializar una

---

<sup>59</sup> (Coaguila, 2011)

<sup>60</sup> (Codigo Civil del Ecuador, Art. 1478)

nulidad que dejaría al contrato en su parcialidad o totalidad sin efecto, o hasta, el mismo, ser inexistente, además se debe recalcar que un pacto entre particulares nunca va a poder estar por encima de la ley.

Dentro de la Libertad Contractual, bajo los lineamientos de la ley y sin quebrantarle, se puede establecer dentro de los contratos cláusulas como las siguientes:

1. Cláusulas y condiciones que regularán el vínculo contractual.
2. Garantías para el cumplimiento de sus obligaciones.
3. Penalidades en caso de incumplimiento.
4. Causales de terminación.
5. Plazo de duración.
6. Forma de resolver los conflictos.
7. Entre otros términos y condiciones propias del contrato.

La Libertad Contractual les permite a los contratantes celebrar contratos típicos o atípicos. El primer caso hace referencia a los que se encuentran regulados como establecidos dentro de la ley y en el segundo son los que tienen una estructura no establecida dentro de la norma por lo que no se encuentran regulados por la misma.

Estos limitantes que frenan a la Libertad Contractual ya comenzaron con su presencia desde el Código de Napoleón en donde el principio de *laissez faire, laissez passer, le mond va de lui meme* tiene como limitante el orden público, las buenas costumbres y la ley como tal.

*“En nuestro derecho la vigencia y límites de este principio no se encuentra consagrada en el Código Civil de manera expresa, sin embargo se encuentra tácitamente regulada en diversas disposiciones que dan clara cuenta de la libertad de los contratantes para imponerse un régimen contractual particular,*

*siempre que este no contravenga el derecho ni la moral. Resulta ilustrativo, para los fines de la presente tesis, citar el Artículo 1255 Código Civil Chileno “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, la moral ni al orden público.”<sup>61</sup>*

Con todo el desarrollo y la explicación respectiva, conocemos con certeza qué es la Autonomía de la Voluntad como también la Libertad Contractual, sin embargo no es más que la semilla de lo que procederá con respecto a lo que es un Protocolo Familiar, el mismo que será el fruto de todo este cultivo, cuyo nacimiento se da en torno a la Autonomía de la Voluntad de los socios/accionistas como de los integrantes de una empresa familiar, puesto que ellos formarán un contrato dentro del cual plasmarán la dirección y el proceder de la empresa respecto de las siguientes generaciones, en donde se buscará precautelar su subsistencia a lo largo de los años; por consiguiente, esas necesidades que tienen los empresarios, como los dueños de la propiedad, quienes se fundamentan en su voluntad, buscan plasmar el camino a seguir de la empresa con directrices contenidas en cláusulas que permitirán un correcto manejo de la empresa, todo esto bajo un contrato llamado Protocolo Familiar.

En conclusión, en el Derecho Privado se puede hacer todo lo que no se encuentra prohibido por la ley expresa y que se puede celebrar cualquier tipo de contrato siempre y cuando este reúna las características legales necesarias como el no contraponerse al Derecho.

### **El Protocolo Familiar como contrato privado que busca la protección de la empresa familiar**

---

<sup>61</sup> (Carpio)

Comprendida la esfera contractual y las bases respectivas dentro de las que se va a desarrollar un Protocolo Familiar en el Ecuador, es necesario proceder con el desarrollo de su concepto, sus características e importancia como herramienta que resguarde la vida de las empresas familiares, para que así se comprenda cuál es la esencia y naturaleza del mismo, pues es necesario conocer de forma estricta la integridad de este contrato.

### **Concepto.-**

Respetando el esquema dentro del cual se ha venido desarrollando cualquier concepto dentro del presente trabajo, es necesario citar algunas definiciones propuestas por distintos autores respecto del tema, para que así y de una forma personal el lector pueda estructurar su propio concepto, por lo que se entendería a un Protocolo Familiar como:

*“Un conjunto de pactos, suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares, respecto de una sociedad no cotizada en la que tengan interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad.”<sup>62</sup>*

*“El acuerdo entre accionistas familiares titulares de bienes y derechos que desean gestionar de manera unitaria y preservar a largo plazo, cuyo objeto es regular la organización corporativa y las relaciones profesionales y económicas entre la familia y la empresa.”<sup>63</sup>*

---

<sup>62</sup> (Lanzon, 2005)

<sup>63</sup> (Chulia)

*“Marco, o conjunto de acuerdos, en el que se contienen los valores fundamentales (la misión o la meta) de la familia y de la empresa, las reglas de funcionamiento para las relaciones entre los familiares, que pueden ser propietarios o no y que pueden trabajar o no en la empresa, así como su compromiso de cumplirlo; con la finalidad de ser una herramienta que facilite la sucesión, conciencia y continuidad de la empresa familiar a largo plazo.”<sup>64</sup>*

*“El acuerdo entre los familiares propietarios de la empresa por el que se comprometen a organizar –con proyección de continuidad- la propiedad y el gobierno de la misma, así como su dirección y gestión y las relaciones profesionales-laborales de la empresa familiar en su conjunto.”<sup>65</sup>*

Se retoma las características de la empresa familiar en cuanto a los vínculos entre los miembros de una familia, la propiedad de la empresa y la dirección de la misma, todo esto vinculado con el cambio generacional a largo de los años, en donde todas las directrices respecto de la empresa serán plasmadas dentro de un contrato, el mismo que responde al nombre de “Protocolo Familiar”, que no busca más que organizar a la empresa en pos de su éxito en el mercado como en su continuidad a través de las generaciones.

De esta manera se establece el marco dentro del cual se desarrollarán los tres ámbitos críticos del tema planteado: la familia, la empresa y la propiedad; en donde se pueden generar conflictos respecto a los lazos afectivos como de confianza de la familia y los fines de la empresa que, obviamente son la obtención de beneficios en torno a su actividad empresarial. Por lo expuesto se podría decir que el protocolo familiar es un contrato (acuerdo de voluntades) que se basa en la

---

<sup>64</sup> (Moreno, 2007)

<sup>65</sup> (Palma, 2005)

autonomía de la voluntad de sus contratantes, que tienen un fin común y es el de precautelar la vida de la empresa como las relaciones de la familia a lo largo de las siguientes generaciones.

Es también necesario indicar ciertos puntos de la naturaleza del Protocolo Familiar, por lo es indispensable anunciar que al no estar regulado en ningún cuerpo normativo de la legislación ecuatoriana lo convierte en un contrato atípico y al estar pactado por varias personas está determinado como plurilateral así como a sus solemnidades como formalidades, se considera a este contrato como no formal.

Para concluir este punto, se debe citar una clasificación realizada dentro del libro *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia* cuyo autor es Eduardo Serrano Gómez, quien indica que pueden existir las siguientes modalidades:

- a. **Pactos entre caballeros:** Denominado también como “gentlemen’s agreement”, realizado sin que el mismo posea eficacia jurídica, sino más bien se mantenga como una guía de pautas de comportamientos deseables y recomendados, pacto que no genera ni derechos ni obligaciones, siendo el mismo una mera declaración de intenciones, en definitiva, un simple conjuntos de reglas generales de actuación.
- b. **Protocolo con eficacia interna:** Estos ya generan derechos como obligaciones, pues se fundamentan en la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, efectos que solo surtirán frente a los suscriptores del mismo, siempre y cuando las cláusulas no contravengan el derecho pues, a priori, se podría reclamar la ejecución del mismo frente a los tribunales de justicia.

- c. **Protocolos con eficacia frente a terceros:** Son aquellos que tienen acceso a un registro mercantil, pues su publicidad genera una eficacia erga omnes teniendo fuerza contra tercero.
- d. **Pactos secretos:** Cuando los otorgantes del contrato no desean que el contenido sea conocido por el resto, menos de su existencia, por lo que no son sujeto de registro ni de eficacia contra terceros.
- e. **Protocolos con trascendencia registral:** Son aquellos protocolos suscritos por los fundadores de la empresa en el momento de la constitución, los mismos que tienen inscripción en el registro mercantil.

Es necesario hacer una referencia respecto de los literales C y E, pues dentro del Ecuador la figura registral como de publicidad no existe para los protocolos familiares, ya que esta figura contractual atípica no ha sido considerada en ningún cuerpo normativo y menos aun será materia de registro.

Hasta el momento el concepto de Protocolo Familiar está demostrado, sin embargo se puede observar que al no ser una figura reconocida como contrato típico ni como elemento sujeto de registro, la ejecución o eficacia se ve disminuida dado que el derecho no protegerá en su totalidad todo el protocolo, pues existirán cláusulas que pueden no llegar a estar al margen del Derecho, no por ser ilícitas, sino porque existe norma expresa que regule cierta circunstancia, como la libre disposiciones de las acciones/participaciones o un conjunto de normas que regulen la sucesión, por lo expuesto, ningún contrato podrá contradecir estos lineamientos legales, lo que dejaría una gran incógnita

respecto de la eficacia del mismo, pregunta que será respondida en el siguiente capítulo.

### **Características.-**

Es necesario desglosar sus características de la siguiente manera:

- Es un acuerdo producto de un consenso entre los miembros de la familia, que de forma libre y voluntaria han decidido suscribir el protocolo, fundamentándose en un compromiso común de los firmantes, siendo así su realización absolutamente voluntaria. Para un correcto ámbito de protección es necesario que el mismo sea suscrito (firmado) por todos los socios que sean dueños de la propiedad de la empresa, sin necesidad que firmen los familiares que tan solo trabajen dentro de la empresa y no posean porcentaje del paquete accionario, pues esta necesidad se enfoca en los dueños del capital, pudiendo ser interesante también incorporar a los miembros que tendrán parte de la propiedad del capital, pues en su momento se incorporarán dentro de la empresa como dueños, por lo que esta característica está enfocada en implicar al mayor número posible de familiares dueños dentro del protocolo.
- El objetivo principal y más importante del Protocolo Familiar es el de convertirse en el cause para un correcto desarrollo de la relación entre familia y empresa, pues conjugar los principios base de la familia con las necesidades de la empresa no es tarea fácil, ya que todo deberá iniciar de un foro realizado entre todos los miembros de la familia que serán parte de la suscripción del protocolo, para que de esa manera se tomen las decisiones más ventajosas para la

empresa, recordando que nadie es igual y que todos tienen distintas necesidades como ideologías.

- Los protocolos independiente a su eficacia jurídica que estos tengan, constituyen códigos de conducta que servirán como indicadores de un buen gobierno de la empresa y que en el fondo serán beneficiosos.
- El protocolo contendrá elementos de índole jurídicos, empresariales, económicos, psicológicos, emocionales y familiares, por lo que tendrá que abarcar las políticas de gobierno, de remuneraciones y reparto de dividendos, la política testamentaria, las herramientas necesarias para el caso de existir crisis matrimoniales, normas sobre el comportamiento empresarial, etc., en sí, cláusulas que regulen todo el ámbito familiar/empresarial.
- Se debe tomar en cuenta que no existen dos protocolos iguales, cada uno debe ser totalmente autónomo a la situación específica de cada empresa y familia, pues ninguna empresa familiar vive la misma realidad que otra y ciertas cláusulas que sean favorables para una empresa no las serán para otras.
- Las características relacionadas al ámbito de contratos son:
  - Plurilateral: suscrito por varias personas con una finalidad común, que es la regulación de la relación empresa-familia.
  - Atípico: no se encuentra tipificado en ninguna parte del ordenamiento jurídico.

- No es formal, ya que para que el mismo exista no se necesita que cumpla con solemnidades específicas como formalidad alguna.

Estas, en grandes rasgos, son las características que se ven incorporarían dentro del Protocolo Familiar, pues nacen desde su esencia y permiten comprender de una mejor forma el tipo de contrato al cual hace referencia.

### **Importancia.-**

El presente literal es la vinculación al subtema de la “Importancia de la Empresa Familiar”, desglose que busca proteger a este tipo de empresas, por lo mismo, al ser estas sociedades de gran importancia dentro de nuestro país, dentro del continente y dentro del mundo, la cuantía de un protocolo familiar se ve respaldado en todo ese contenido estadísticos que fundamenta la necesidad de que las empresas con estas características sean protegidas para que no desaparezcan durante el cambio generacional, pero también existe otro estudio que permitirá al lector comprender la situación que vive el protocolo familiar de una forma gráfica. La Ab. Rocío Victoria Gandolfo recopiló información estadística a nivel de Latinoamérica respecto del tema, la misma que va a ser de gran apoyo para el correcto entendimiento de la importancia de este contrato.

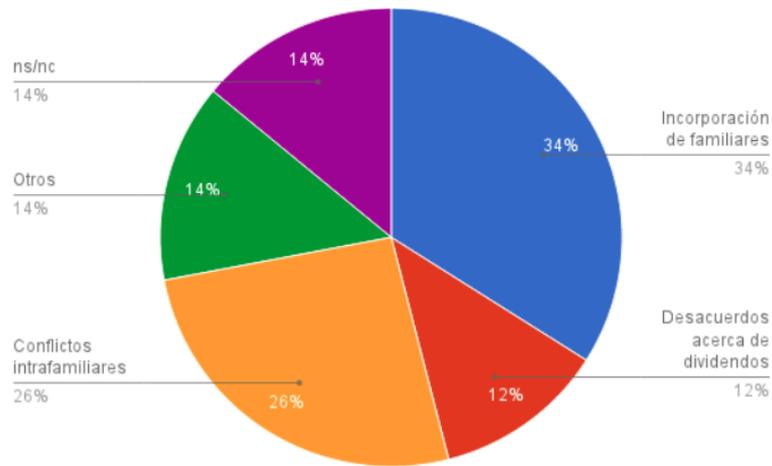


Gráfico 5<sup>66</sup>

#### *Causas de Aplicación del Protocolo*

Los datos que componen el Gráfico 5 indican de forma clara 3 causas que engloban la situación respecto de la importancia del protocolo en cuanto a su aplicación. En el mayor de los casos se lo usa para la incorporación de nuevos familiares dentro de la empresa, lo cual atiende al cambio generacional en donde se da la transmisión de mando de una generación a otra; como segunda causa están los conflictos familiares, los mismos que se generan de la relación empresa-familia, siendo el protocolo aquella guía de solución y prevención de los mismos; y por último, lo que corresponde a la repartición de los dividendos, ya que existirán distintas necesidades entre los miembros de la familia y por ende distintos intereses, por lo que va a existir un conflicto y sino está regulada una solución mediante un protocolo, puede llegar a convertirse en potencial problema dentro de la empresa.

<sup>66</sup> (Gandolfo, Causas de aplicación del protocolo , 2013)

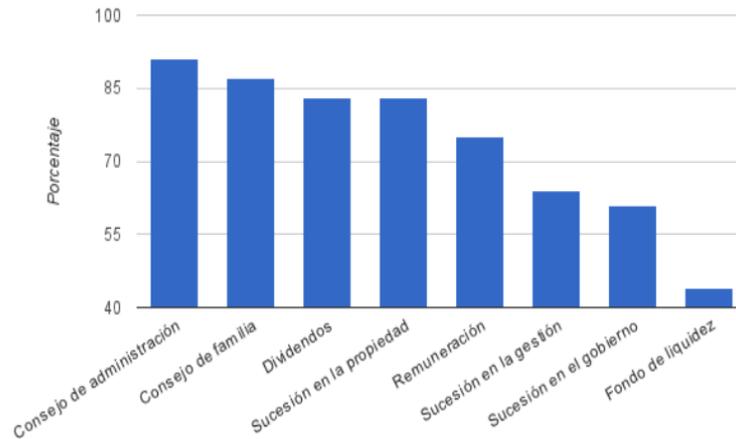


Gráfico 6<sup>67</sup>

### *Temas Objeto de la Regulación*

En el Gráfico 6 se aprecia que los puntos más importantes que deberán regular el protocolo son el consejo de administración, el consejo de familia, los dividendos, la sucesión de la propiedad, las remuneraciones, la sucesión en la gestión y sucesión en el gobierno. Todo esto sustraído de información estadística proporcionada de encuestas realizadas, se debe tomar en cuenta que estos puntos a ser regulados dentro de un protocolo resaltan la importancia de este contrato, debido a que son áreas de estricta importancia dentro de la empresa familiar, ya que de esto depende la dirección y éxito de la misma. Al existir un protocolo que contextualice las necesidades y prevea soluciones respecto a problemas que se pudiesen llegar a generar o de incertidumbres que puedan suscitarse, es ya un paso para que la empresa se encuentre protegida de problemáticas indistintas a ella pero con reacción vinculante respecto de las decisiones tomadas por los dueños de la propiedad.

<sup>67</sup> (Gandolfo, Temas objeto de la regulación, 2013)

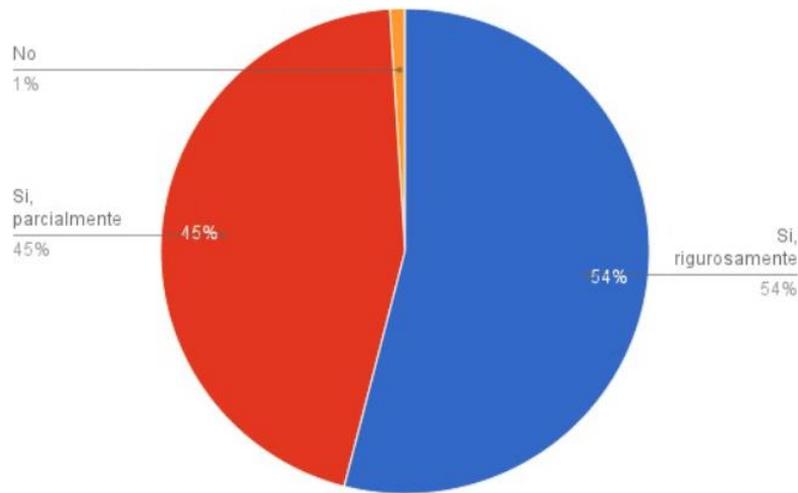


Gráfico 7<sup>68</sup>

*Aplicación del Contenido del Protocolo*

El producto de las encuestas realizadas por la Ab. Rocío Victoria Gandolfo a 1.000 empresas de Latinoamérica y de España que poseen protocolos familiares, es que sí se aplica tanto de forma rigurosa como parcial el contenido del protocolo familiar, lo cual nos indica una pauta de la importancia de la existencia del mismo, puesto que no solamente regula sino que existe una vinculación de parte de los socios para cumplir el mismo, pues estamos hablando que de las 1.000 empresas encuestadas el 99% aplica el contenido del protocolo.

Se han citado tres gráficos que, de forma resumida, pueden transmitir la importancia de la existencia de un protocolo familiar dentro de la empresa de estas mismas características; primero porque regula y prevé conflictos causados por los socios miembros de la familia, segundo porque dentro de su contenido desarrolla puntos trascendentes para el correcto desempeño de la empresa y por ultimo que sí, efectivamente, sí es aplicado como directriz dentro de la administración como sucesión de la empresa familiar, lo cual

<sup>68</sup> (Gandolfo, Aplicación del contenido del protocolo familiar, 2013)

nos permite darnos cuenta que, si regula áreas de sumo interés empresarial, previene conflictos y además si es aplicado, la importancia del protocolo familiar es más que evidente, lo que le convierte en una necesidad dentro del desarrollo de una empresa.

## **Estructura y contenidos de un Protocolo Familiar**

*“No existe un contenido predeterminado del protocolo familiar, variando las previsiones en ellos contempladas en función de los intereses de la empresa familiar y de su concreta organización y estructura (...) donde el elemento crucial va a ser el grado de compromiso y de asunción de obligaciones que los suscriptores del protocolo estén dispuestos a asumir (...) una caja de herramientas, cada una con su específico tratamiento en nuestro derecho positivo y que no pueden ser medidas todas en un mismo saco para darles validez o eficacia respecto a terceros por el mero hecho de que accedan al Registro Mercantil”<sup>69</sup>*

El Protocolo Familiar es un contrato y las personas que lo suscriban podrán pactar absolutamente todo lo que deseen, sin embargo, lo pactado no podrá estar en contra del Derecho; no podrá englobar un objeto ilícito como tampoco irse contra norma expresa de Derecho; se podrán renunciar a derechos cuyos efectos serán beneficiosos individualmente y su renuncia no esté prohibida por la ley, además, el efecto que tendrán sus cláusulas serán estrictamente para los que suscribiesen el protocolo, pues, poca o ninguna validez tendría el hacer cumplir algo a un tercero respecto de un contrato que nunca suscribió, sin embargo y como tema de análisis actual, es procedente desglosar cuáles son las partes que debe tener un Protocolo Familiar, además se debe reconocer que cada familia y cada empresa viven situaciones

---

<sup>69</sup> (Rams Albesa, Amunategui Rodríguez, Serrano Gomez, & Anguita Villanueva, Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia)

distintas, por lo que las cláusulas base expuestas a continuación son producto de una extensa investigación de distintos protocolos celebrados en distintas empresas en distintos países, lo que no quita que se incorporen más cláusulas respecto de otros temas de interés. Algunas cláusulas tendrán validez y eficacia jurídica, otras tan solo tendrán validez moral entre los contratantes, pues dependerá, en su mayoría, del sistema jurídico dentro del cual desarrollemos el protocolo familiar. Existen países que reconocen esta figura dentro sus ordenamiento jurídico y han creado mecanismo de registro como de publicidad, no obstante existen otros países dentro de los que el protocolo familiar no será mas que un contrato atípico, la presente situación será tema de desarrollo dentro del tercer capítulo, por lo que el enfoque actual es el de establecer el contenido base que deberá tener un protocolo.

- a. **Valores de la empresa y de la familia:** Este punto hace referencia a la cultura empresarial y a los valores que los firmantes deseen que se prolonguen en la empresa, comenzando con la historia de la familia como antecedente. Se debe describir el árbol genealógico y la composición actual de la familia, además corresponde a este punto establecer cual fue la misión y visión del fundador, es decir, qué es lo que buscaba el momento de emprender una estructura empresarial; todo esto enfocado a que sirva como elemento de unión entre los miembros de la familia y el futuro de la empresa, tomando así una visión global y de transmisión de la misión a las siguientes generaciones. Por ejemplo: el fundador (padre de familia) pudo haber creado la empresa enfocado a dos ámbitos, a que la misma subsista para que sea el núcleo económico de la familia y que, una vez cumplida esa meta, el enfoque se torne social mediante el apoyo a comunidades que necesiten respaldo económico, además, puede ser el caso que la misión de la empresa siempre fue estar a

favor del desarrollo de planes de negocios en base a producciones con conciencia ecológica, pero también puede darse el caso de que se presente una idea de negocio en la que no se cumpla con la esencia y visión de la empresa, por lo que la misma deberá ser rechazada, pues la integridad y prestigio de la empresa que se ha construido a lo largo de los años no puede verse afectada por una circunstancia que no se encuentre acorde a los valores de la empresa.

- b. **Patrimonio empresarial y gestión del mismo:** Es importante clasificar y destinar el fin de los bienes pertenecientes a la empresa, así como la estructura de lineamientos para la gestión de los mismos. De esta manera se podrá diferenciar el patrimonio de la empresa con el patrimonio personal de cada uno de los miembros dueños de la empresa. Por ejemplo: si una de las empresas del grupo empresarial es una inmobiliaria que dentro de ella mantiene varios inmuebles para ser objeto de rentas, se podría especificar qué bienes son para distintos tipos de arriendo, como naves destinadas al almacenamiento o naves que sean aptas para el ámbito industrial en donde funcione una fábrica. Aparte de clasificar los lineamientos que deberán ser respetados para elegir al inquilino, deberán existir lineamientos en relación a los distintos equipamientos para cada una de las naves destinadas a los distintos arriendos, pues, no es lo mismo rentar para el fin de almacenamiento que para montar una fábrica interna; los riesgos son distintos. La póliza de seguro que deberá tomarse para cada nave será distinta, ya que no se puede permitir que el riesgo haga que el patrimonio de la empresa se vea disminuido por la negligencia de un inquilino o de alguna falencia de cualquier proceso interno. A lo explicado se podría entender como lineamientos de gestión de patrimonio.

- c. **Fiscalidad de la empresa:** El manejo tributario y fiscal dentro de una empresa aumenta sus beneficios económicos, tanto para la empresa como para las personas que forman parte de esta, así puede establecerse una estrategia financiera y fiscal a largo plazo con el fin de disminuir la cuantía de los impuestos.

Por ejemplo: una empresa “A” que está en su punto más alto y que presenta altos índices de liquidez, además de una amplia línea de crédito bancario, se encuentra lista para invertir en la compra de otra empresa “B”, por qué no realizar una empresa madre “ *Holding* ” que sea la que compre la nueva empresa y se vea respaldada por la estructura financiera de la empresa “A” y que a partir del momento de la compra toda la propiedad de las empresas “A” y “B” sea del  *Holding* , lo que generaría que el manejo de dividendos, movimientos financieros y la administración se centralice en un solo núcleo, lo que les beneficiaría de distintas estructuras tributarias que permitirían reducir la cuantía de impuestos entre las empresas integrantes del  *Holding* ; también se podría incurrir en la creación de fundaciones, tal vez la cabeza de familia siempre buscó el beneficio social.

- d. **Elección de personal laboral:** Uno de los grandes conflictos que se generan dentro del área de Recursos Humanos, es que los miembros de la familia creen que por el simple hecho de ser familiares tienen el derecho de tener un puesto asegurado dentro de la empresa, lo cual es un erróneo. Se debe establecer cláusulas en dónde se separe el tema familiar y el ámbito laboral, pues no todos los miembros de la familia trabajarán dentro de la empresa, por lo que se recomienda fijar niveles mínimos de cualificación profesional necesaria para distintos puestos.

Por ejemplo: existe la vacante para Gerente, uno de los hijos de los socios dueños del capital está desempleado, fuera errónea la decisión de contratarle por el mero hecho de ser hijo de un socio, tomando en cuenta que existen un sin número de carpetas de personas cualificadas y debidamente capacitadas para desenvolverse correctamente en ese puesto, aunque puede generarse una preferencia hacia el familiar en el supuesto caso de que dos personas estén candidatas para el puesto y ambas sean idóneas para estar en ese cargo, una de ellas es el familiar y la otra es un individuo ajeno a la situación familiar, en este caso sí pudiera plantearse una política de contratación en el que se preferirá al familiar, siempre y cuando tenga mejor o la misma carpeta que los demás aspirantes a un cargo determinado, en este caso debe constar por escrito la igualdad de condiciones de la que parten para acceder a un puesto determinado, para que así un vínculo familiar no garantice el ingreso al rol empresarial si existe otro candidato más capacitado para el puesto que tenga una mejor formación o experiencia. Este punto lo que busca es concretar requisitos y condiciones que los miembros de la familia deben reunir para acceder a la empresa como trabajadores, como también condiciones y lineamientos para ser despedidos de la empresa, pues el vínculo familiar no puede permitir que la empresa de caiga con respecto a sus operaciones, además es importante fijar una política de sueldos, honorarios, bonos, vacaciones, etc.

**e. Reglas de administración y buen gobierno:**

- i. Este punto hace referencia directa a cómo será y desde dónde se realizará el manejo de la empresa. Se fijaría un directorio en donde se armonicen los intereses de la empresa de forma objetiva, para este directorio deberá crearse un régimen que ponga los lineamientos base para estar dentro de él que englobe a familiares como a profesionales expertos en la gestión empresarial de distintas áreas. En este régimen deberá establecerse la composición del directorio, las funciones, el tiempo que tendrá de duración y las distintas retribuciones.
  - ii. En relación a la gerencia o cargo de mando, se debe establecer cuáles van a ser los lineamientos que tendrá que cubrir la persona candidata a estar en ese puesto. Se debe buscar un “buen hombre de negocios” que reúna cualidades en diferentes áreas de la empresa como Finanzas, Administración, Contabilidad, Métodos de Gestión y Derecho, pero sobretodo el deber de lealtad, este es uno de los puntos críticos debido a lo atractivo del puesto, pero solo pocos estarán aptos para ocupar ese puesto. El directorio será quién, mediante votación, elija a la persona idónea.
- f. **El consejo de familia:** Si bien no es un requisito que la ley societaria obliga a que exista, se recomienda que se lo cree, la función de este consejo es aglutinar a los integrantes de la familia y transmitir mensajes para tratar puntos específicos de consenso. Se trataría de un medio idóneo para resolver cualquier tipo de conflicto, de esta manera se evitarían medidas externas como demandas u otras acciones que fragmenten la estructura de la familia y que pueda poner en riesgo a la empresa. El consejo de familia sería el nexo de

unión entre la empresa y la familia; existen algunas funciones clave para este consejo y son las siguientes:

- i. Implantar y fomentar los valores de la empresa junto a la visión de la familia.
- ii. Generar protección de la empresa respecto de la familia y cualquier conflicto que pueda existir.
- iii. Coordinar la sucesión mediante sesiones en las que se plantee cómo va a ser la transición generacional, para que de esta manera se planteen candidatos para las distintas funciones. Decisiones que serán tomadas por el directorio.
- iv. Este consejo debe convertirse en un foro en el cual se adopten acuerdos sobre cómo se repartirán los dividendos, creación de fideicomisos, donaciones, usufructos y de ser el caso, la repartición de las acciones para las generaciones subsiguientes.
- v. Estructurar planes y estructuras para la gestión patrimonial.
- vi. Estar al tanto del protocolo familiar y la respectiva actualización cada cierto tiempo.
- vii. Ser el aula de clase para los futuros accionistas para que los valores, misión y visión de la empresa sean transmitidos.
- viii. Servir de foro para solventar problemas. Se permitiría la injerencia de un mediador externo que acuda al consejo para buscar consenso.
- ix. Fomentar la convivencia familiar; se priorizan los verdaderos valores de la familia.

- g. **Reglas de actuación familiar:** Este punto dependerá de qué tan extensa sea la familia, ya que podrían existir varias ramas familiares dentro de una misma familia por lo que se recomienda la asignación de una cabeza por cada familia, esta medida facilitaría la toma de decisiones al representar el pensamiento de cada rama familiar. Por ejemplo: dentro de una empresa existen 3 ramas familiares, sería más eficiente para la toma de una decisión el hecho de que cada rama familiar tenga una cabeza que reúna las necesidades de toda su línea familiar y que la exprese mediante una votación específica.
- h. **Políticas de repartición de dividendos:** Se puede fijar políticas y lineamientos sobre cómo deben ser repartidos los dividendos, ya que se puede optar por la reinversión o acumulación de utilidades; también se puede fijar un porcentaje mínimo que siempre será repartido a los accionistas.
- i. **Pactos de no competencia:** obliga a todos los suscriptores a que no pongan en marcha negocios que sean competencia directa de la empresa, incluye desde socios hasta familiares y a la persona encargada de la gerencia.
- j. **Revisión periódica del protocolo familiar:** Se debe considerar que las necesidades a ser cubiertas por los lineamientos de un protocolo para una empresa familiar pueden variar con el tiempo.

Las necesidades de la empresa, como la situación de la familia son volubles con el tiempo, por consecuencia se deben establecerse mecanismos o políticas de revisión y adaptación de forma periódica para que así el protocolo esté sujeto a la realidad de la empresa. El consejo de familia y el directorio de la empresa serán los entes encargados para lograr el cumplimiento de este apartado.

- k. **Establecer un plan de sucesión:** La sucesión debe ser vista desde 3 ámbitos: la sucesión de la gestión (administración de la empresa); la propiedad de la empresa: en dónde se debe establecer cómo y quiénes serán los nuevos accionistas; y finalmente: qué es la sucesión personalísima de los valores que debe tener cada socio con la empresa, sobretodo la claridad de la misión, visión y objetivos.
  
- l. **Resolución de conflictos:** Si el consejo de familia llega a un consenso o punto medio, se debe establecer una cláusula en la que todas las personas que suscriban el protocolo familiar sean sometidos a mediación, arbitraje o medios de negociación con expertos en la materia para que se resuelva el conflicto, además, cuando exista problemas con terceras personas se recomienda que, como política de la empresa, esas desavenencias también sean sometidos a mecanismos alternativos de resolución.

El presente capítulo desarrolló el concepto de lo que es un Protocolo Familiar, fundamentado en los principios como normativa jurídica respectiva; hacerle comprender al lector la esencia de este contrato.

Este capítulo englobó la mayor cantidad de perspectivas sobre el Protocolo Familiar, para que su relevancia sea admitida como una necesidad dentro de la empresa familiar.

### **CAPÍTULO 3.- REALIDAD DE UN PROTOCOLO FAMILIAR DENTRO DE LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA**

Es necesario asentar todo el desarrollo realizado en capítulos anteriores dentro de la realidad ecuatoriana, en donde se generará una óptica de cuál va a ser la situación de aquel *“(...) conjunto de pactos, suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares, respecto de una sociedad no cotizada en la que tengan interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad.”*<sup>70</sup>, dentro del Ecuador.

#### **Eficacia y limitantes del Protocolo Familiar dentro de una empresa familiar ecuatoriana.-**

Para empezar, ¿qué significa eficacia? La Real Academia de la Lengua Española define:

*“Eficacia: Capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera.”*<sup>71</sup>

El punto en cuestión es, ¿realmente sirve el Protocolo Familiar dentro de una empresa ecuatoriana?, para la respectiva respuesta es necesario analizar ciertos puntos que se procederá a desarrollar desde dos perspectivas:

Existe una gran relación entre todos los dueños del capital de la empresa (socios/accionistas), la lógica y madurez responden de una forma positiva para la salud de la empresa como para su desarrollo, por lo que el protocolo familiar tan

---

<sup>70</sup> (Lanzon, 2005)

<sup>71</sup> (Real Academia de la Lengua Española (RAE))

solo es una herramienta-guía que direcciona y resuelve cuestionamientos que acontezcan en el día a día; herramienta en donde se podrá encontrar los temas de relevancia que permitirán una correcta administración empresarial. Esta perspectiva apunta a un protocolo familiar como guía o acuerdo moral que deberá ser cumplido a cabalidad por los dueños del capital sin la necesidad de nada más que una correcta relación de madurez, lo que a la postre sería un acuerdo moral o procedimental, que no necesitará coerción alguna, simplemente será un pacto cuya ejecución estará de la mano del honor de los dueños del capital; El protocolo, desde esta perspectiva, tendrá completa eficacia y cumplirá su fin: plantear las directrices empresariales para un correcto desarrollo de la empresa a lo largo de las distintas generaciones. Desde este enfoque no es necesario que exista un reconocimiento jurídico de parte del derecho que tome al protocolo familiar como herramienta societaria. Sabemos que el ser humano por su propia naturaleza es un individuo de conflicto por lo que la posibilidad del primer enfoque es una hipótesis poco probable que suceda por lo que un pacto de caballeros o moral, quedaría como un escrito más dentro del archivo de la empresa.

En la segunda perspectiva, el protocolo está creado para definir los lineamientos empresariales, que incluyen cláusulas para evitar conflictos (es decir a priori de que estos se generen), delimitaciones para el camino empresarial a seguir y, si de ser el caso, de generarse un problema entre los dueños del capital. Las cláusulas del protocolo familiar se encargarán de dar las pautas y respuestas para solventar desavenencias así los principios serán los lineamientos para cualquier otro conflicto no previsto, siempre de la mano del Derecho.

Se debe entender desde dónde y cómo se toman las decisiones dentro de la empresa, pues cuando existe algún tipo de inconveniente o problema, tan solo

existen dos mecanismos comunes a los que se recurre para encontrar soluciones: los socios acuden a los estatutos de la compañía, sin embargo no son lineamientos planteados para prevenir conflictos que se pudieren generar en el futuro en temas de sucesión generacional o familiares, por lo que los estatutos no van a responder en sí a los conflictos intrafamiliares ni se podrá encontrar solución para problemas específicos generados en la sucesión generacional. El segundo mecanismo es la Junta de Socios/Accionista en donde se tratan los puntos del orden del día y las decisiones quedarán plasmadas en actas, las mismas que deberán ser acatadas y cumplidas, pese a lo descrito pueden existir conflictos de intereses entre los socios por la falta de lineamientos previos, por lo que llegar a un acuerdo entre todos los dueños del capital puede convertirse en un problema para la empresa.

El problema está en las siguientes generaciones. La primera y fundadora tienen una visión empresarial consciente, pero la segunda generación tendrá otro enfoque. El Protocolo Familiar toma gran importancia.

Por lo expuesto, la importancia del protocolo para prevenir conflictos dentro de la empresa familiar es innegable. Penosamente se debe aceptar que dentro de la legislación ecuatoriana no existe ni una sola palabra que toque el tema del protocolo familiar, no se lo reconoce como institución, no existe lineamientos que lo contemplen, no existe una figura registral, lamentablemente la legislación ecuatoriana no ha tocado este tema, a pesar de su importancia. Lo que nos lleva a poner en duda su eficacia dejando al protocolo familiar tan solo como un contrato atípico privado o de acuerdo moral que solo sería eficaz en el primer enfoque planteado al principio del capítulo como aquel pacto de caballeros, sin embargo queda la incógnita de hasta dónde puede un mecanismo como este ser eficaz.

Por ejemplo: existe una compañía “A” dentro de la que funciona un protocolo familiar (no registrado/no reconocido jurídicamente) y dentro de este hay una cláusula expresa que indica que se debe realizar la repartición de dividendos en un 50% de las utilidades para los socios y el otro 50% de las utilidades destinados a reinversión; por otro lado está una Junta de Socios/Accionistas en la que deciden repartirse el 100% de las utilidades por medio del concepto de dividendos, decisión que se encuentra plasmada dentro del Acta de Junta, en este caso nos encontramos frente a una doble directriz de cómo proceder, ¿que decisión es la que se va a tomar en cuenta para realmente ser ejecutada?, pues la que consta dentro del Acta de Junta, dejándole al Protocolo Familiar en un ámbito de ineficacia. Con respecto a la empresa, el protocolo no tiene validez alguna puesto que este contrato privado no ha sido sujeto de registro ni publicidad, además que esa acta fue debidamente creada por medio del órgano supremo de la compañía que es la Junta General, teniendo esta la facultad para resolver todos los asuntos relativos al funcionamiento, actividades y negocios sociales, por lo que cualquier pacto que no sea social o reconocido como tal, no tendrá validez, pues es lógico ya que se está decidiendo sobre una tercera persona que es la jurídica.

El Art. 136 de la Ley de Compañías ecuatoriana establece que como mecanismo procedimental la compañía se constituirá mediante escritura pública que será inscrita en el Registro Mercantil donde tenga su domicilio principal la compañía. **Así mismo establece que todo pacto social que se mantenga reservado será nulo**, de la misma manera el Art. 146<sup>72</sup> de la Ley Orgánica de Fortalecimiento, Optimización del Sector Societario Bursátil, nos vuelve a recalcar esta situación, **“todo pacto social que se mantenga reservado, será nulo”**.

---

<sup>72</sup> Nota: Artículo sustituido por Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 249 de 20 de Mayo del 2014.

El Protocolo Familiar busca tener la naturaleza de pacto social y, al no estar registrado o respaldado dentro de una figura de publicidad o ser reconocido por la ley societaria, no podrá ser eficaz dentro de la empresa y peor aún ser erga omnes. El Acta de Junta será la que prime de forma total para la ejecución y decisiones societarias, dejando sin funcionamiento al protocolo (contrato privado). En conclusión: dentro del Ecuador el Protocolo Familiar es ineficaz desde una perspectiva jurídica. Es una guía que puede o no ser cumplida, pues para una empresa la normativa que rige es la de sus estatutos, la Ley y las decisiones tomadas por la Junta de Socios/accionistas.

El artículo 116 de la Ley de Compañías indica que **“La junta general, formada por los socios legalmente convocados y reunidos, es el órgano supremo de la compañía. (...)**

Este artículo es absoluto. Cuando hablamos de una empresa, persona jurídica, la misma que es autónoma de sus socios/accionistas, las decisiones que generan vínculo y efecto directo con la empresa deberán ser tomadas dentro de una Junta General Ordinaria o Extraordinaria, organismo supremo de decisión dentro de una persona jurídica, por lo tanto deja de lado a cualquier contrato civil privado celebrado a las afueras de la empresa, a pesar de que los socios hayan suscrito el mismo, por lo que un protocolo familiar en la forma en la que se encuentra visto dentro del Ecuador no tiene eficacia alguna.

El mayor limitante es la misma ley ecuatoriana que no ha tomado en cuenta esta herramienta que podría ser muy eficaz. La ley reconoce a la Junta como máximo organismo decisorio dentro de la empresa lo que deja sin efecto cualquier contrato o pacto privado. También se reconoce como nulo a este “pacto social” (contrato no registrado).

En relación a la empresa, se concluye que las cláusulas del protocolo no pueden ser exigibles, por lo que no se pudiera llegar a instancias judiciales pues no existe un respaldo legal que fundamente la acción propuesta para dar nulidad a el Acta de Junta en la que se toman decisiones contradictorias a las cláusulas del protocolo; por este motivo no tendría sentido crear un Protocolo Familiar dentro del Ecuador a menos que sea visto desde el primer enfoque propuesto, incorporado dentro de un fideicomiso que contenga la propiedad de las acciones/participaciones de la empresa, tema que será desarrollado en la respectiva parte de recomendaciones.

### **Necesidad de la existencia de una nueva figura contractual.-**

En el primer y segundo capítulo se pudo analizó la importancia que tiene la empresa familiar dentro de la economía de un país, así como la necesidad de la elaboración de un Protocolo familiar que defienda sus intereses.

Los temas vinculados a la realidad ecuatoriana - en la que este pacto social no tiene reconocimiento alguno - direcciona la ineficacia del mismo, por lo que, al mezclar estos tres componentes: importancia de la empresa familiar, importancia del Protocolo Familiar y la falta de reconocimiento del mismo.

La necesidad de que la legislación ecuatoriana incorpore una nueva figura de naturaleza societaria está demostrada; la misma, que sin corromper al Derecho, podría convertirse en el mecanismo idóneo para que la empresa no se pierda tras el paso de las generaciones. Lo correcto sería que el Protocolo Familiar se reconozca con la misma fuerza y naturaleza que los estatutos de la compañía. Una vez que esta nueva figura surja, se podrá tener una definición taxativa de lo que se entiende por empresa

familiar y Protocolo Familiar, cuál es la naturaleza del mismo dentro del Ecuador y cuáles son los mecanismos judiciales para las decisiones tomadas contradiciendo cláusulas del protocolo. De esta manera, el protocolo dejaría de ser un contrato atípico. Se debe tomar en cuenta la necesidad de los empresarios de proteger la salud de la empresa, sus políticas y principios. Se debería reconocer a esta figura para que así se dé respuesta a una necesidad del ámbito societario respecto a la sucesión generacional empresarial.

La propuesta de una nueva figura contractual surge de la necesidad de pasar de un mero contrato atípico privado a una figura que incorpore normas que rijan la vida de la empresa. La diferencia entre un mero contrato y el protocolo, es que el protocolo tiene contenido normativo, lo que no poseen los contratos comunes, que una vez aprobados o suscritos, el contrato rige solo para las partes que los suscribieron, pero en el caso de un Protocolo Familiar lo que se busca es que rija no solo para las partes que lo suscribieron de común acuerdo sino para los socios futuros (erga omnes) y en sí para toda la empresa.

La nueva figura pretende que el protocolo esté llamado a permanecer en el tiempo, por lo que, quedaría claro que este tipo de figura debe ser incorporada dentro de la legislación ecuatoriana pues el Protocolo Familiar se podría considerar como un contrato, pero que contempla fines societarios que norman la actividad empresarial de una persona jurídica a largo plazo.

La necesidad de esta nueva figura no es tan solo el reconocimiento del Protocolo Familiar, sino el enfoque en su esencia, pues presenta ciertas características especiales en comparación a un mero contrato normal, además, es necesario también que se le reconozca con una naturaleza normativa respecto de la compañía, en donde ninguna

decisión tomada dentro de esta puede contradecir a lo expuesto dentro de las cláusulas del Protocolo Familiar.

Lo que se busca es que el Protocolo Familiar sea reconocido como una figura que tenga la función de normar a la empresa, al igual que al constituir una compañía, se celebrara un contrato social dentro del cual suscriben 4 socios, acordado todo lo que la ley plantea como requisitos para la constitución, todo esto se tramita hasta que esté debidamente registrado en el Registro Mercantil del cantón respectivo. Sin embargo, varios años después, un socio vende sus acciones, el nuevo accionista estará de forma directa ligado a esas normativas que en un principio nunca negocio, nunca revisó y nunca suscribió, esa es la finalidad del Protocolo Familiar. El pacto debería ser suscrito por todos los dueños del capital, que al mismo tiempo sea registrado y que tenga eficacia para los socios actuales como para los siguientes que ingresen a la empresa. No se trata de crear algo improbable, sino de reconocer una nueva figura que servirá para normar a la empresa en un largo plazo.

El eje diferenciador de un Protocolo Familiar, es el tema de la “publicidad” o “registro”, para que de esta forma el Protocolo Familiar tenga validez erga omnes y sea eficaz para las futuras generaciones. A continuación se desarrollará este punto.

### **La institucionalización de una nueva figura jurídica para su publicidad (registro).-**

Un gran porcentaje de las empresas ecuatorianas responden a ser familiares, es decir aquellas que su propiedad o poder de decisión se encuentra bajo miembros de una familia de forma total o parcial, tanto afines como consanguíneos. Esta realidad económica como necesidad jurídica, que se ve englobada en el ámbito social, obliga a plantearse la

necesidad de la creación de una nueva institución relacionada con la sucesión y administración de la empresa familiar, removiendo obstáculos para construir el camino idóneo para la eficacia de este pacto social, reconociendo que el mismo agiliza la solución y adaptación a cualquier cambio como prevención de conflicto dentro de la empresa de una forma flexible. Estas prácticas de “shareholders agreement” como ya se pudo ver, son prácticas que se desarrollan no solo en países Latinoamericanos sino en países de todo el mundo ya que además de proteger a la familia y a su empresa, da una garantía adicional a los inversores, terceros y acreedores previendo un relevo generacional dentro de la sociedad. Por este motivo y para materializar lo que se busca con este trabajo, usaremos como ejemplo al REAL DECRETO Español 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los Protocolos Familiares dentro de España.

En donde esta nueva institucionalización societaria tendrá como objeto regular la publicidad de los protocolos familiares de las empresas cuyo capital no se encuentre cotizado en la bolsa y relativo a todo esto. El acceso de los pactos sociales al registro mercantil para su respectiva publicidad.

La definición de lo que es el Protocolo Familiar y cómo se hará su publicidad es esencial para proseguir con este trabajo de titulación, para que no exista problema alguno en cuanto a la interpretación de los elementos que englobaran esta institución. Protocolo se entendería como aquel ***“conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad.”***<sup>73</sup>, y como publicidad deberá entenderse aquel acto

---

<sup>73</sup> (REAL DECRETO Español 171/2007, de 9 de febrero.)

voluntario de parte de la sociedad en publicar un único protocolo familiar ante el Registro mercantil respectivo; cabe recalcar que si se desea ingresar otro protocolo no se podría a menos que fuere por motivo de modificación o sustitución del que en un principio fue publicado.

La publicación podrá hacerse de forma física ante el o la registradora y tomando en cuenta el cambio digital, el mismo podría también ser subido de forma digital a algún portal creado para este fin y que será fiscalizado por la o el Registrador Mercantil para que no viole ninguna ley vigente, las buenas costumbres, el orden público y obviamente a la naturaleza misma del tipo de persona jurídica. Se debe recalcar que como será un pacto cuya fuerza dentro de la empresa será de efecto directo, el mismo deberá ser celebrado ante notario público, cabe además destacar el porqué de dirigirnos a esta institución del Registro Mercantil pues para fundamentar lo expuesto se debe citar lo que esta es y cuál es el fin de la misma, por lo que dentro del ámbito ecuatoriano se reconoce como:

*“El Registro Mercantil es la oficina en la que se realizan las inscripciones de documentos, actos o contratos que disponen leyes como: la Ley de Registro, Ley de compañías, Código de Comercio, Código Civil, entre otras. Su jurisdicción o alcance es cantonal y funciona en forma desconcentrada registral y administrativamente. El objetivo fundamental es de garantizar la autenticidad y seguridad de los títulos, contratos, instrumentos públicos y demás documentos que deben registrarse. En consecuencia el acto registral está investido de FE PÚBLICA.”<sup>74</sup>*

Investirle de FE PÚBLICA, eso es lo que se pretende buscar con esta nueva institucionalización del protocolo familiar, permitiendo que todas las cláusulas sean jurídicamente válidas, legítimas, y que puedan ser ejecutadas, pero sobretodo puedan ser respetadas en el caso de una acción judicial. Además de esta publicidad se deberá realizar

---

<sup>74</sup> (Registro Mercantil)

un reconocimiento de este tipo de contratos societarios dentro de la misma Ley de Compañías, en donde exista un apartado especial para el Protocolo Familiar para conseguir un correcto desglose de todo el procedimiento necesario para la viabilidad del pacto social así como el darle al Registro Mercantil la competencia para el debido registro.

Desde el ámbito civil no es tan necesario crear una figura contractual específica de Protocolo Familiar, sino utilizar la autonomía de la voluntad y la figura de contrato atípico que en lo posterior tendrá nombre de PROTOCOLO FAMILIAR. Dentro de la Ley de Compañías, no solo se determinará que es un pacto de estos, sino cuáles son sus límites y la forma de ser registrado, lo que directamente conlleva al reconocimiento de una nueva figura dentro del sistema jurídico ecuatoriano, lo que no pide grandes modificaciones a la ley sino un punto concreto. Es un movimiento jurídico que ayudará y beneficiará de forma íntegra a las empresas ecuatorianas, pues con el paso del tiempo se convertirá en una necesidad que se incorpore la figura contractual como su registro, todo esto en busca de dar ese reconocimiento de ERGA OMNES y eficacia jurídica a un pacto social que busca el buen desarrollo de la empresa, tanto a corto, mediano y largo plazo, cuando exista una transición generacional.

## **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

La conclusión del presente trabajo da su primer paso en la importancia de las empresas familiares a nivel mundial. Los datos estadísticos fundamentan su repercusión a la economía mundial. Son generadoras directas de empleo, agentes que permiten que el sistema económico de un país sea dinámico.

Es importante hacer referencia a la accesibilidad de un mercado de oferta y demanda de

bienes como de servicios, porque atrás de un Protocolo Familiar y la Protección que el mismo busca, existen situaciones sociales que podrían ser solventadas con anticipación antes del colapso empresarial, lo que resultaría en una baja en empleos, autonomía salarial y por ende: en poca oportunidad para adquirir bienes o servicios.

Basados en los principios de Autonomía de la Voluntad y de Libertad Contractual en los cuales todas las personas pueden celebrar los contratos que deseen y que en su momento serán ley para las partes, nos encontramos con un gran inconveniente dentro de la legislación ecuatoriana, en donde el Protocolo Familiar, al ser un pacto social que responde a un contrato atípico que busca vincular a la empresa y a un camino generacional, no puede respaldarse tan solo en estos dos pilares. Si bien garantizan libertad desde el ámbito civil para acordar cualquier punto entre las partes que estén de acuerdo, este pacto no llega hasta el área societaria, es decir, se torna jurídicamente ineficiente en cuanto a normativa, gracias a la poca al no reconocimiento del mismo.

El Protocolo Familiar, en la situación jurídica ecuatoriana, no tiene eficacia alguna; además de ser un simple acuerdo de caballeros cuya ejecución de cláusulas queda al libre arbitrio de los socios, es decir: un documento con reglas que pueden ser acatadas o no, y este no es el fin que se busca y peor aún desde el ámbito del Derecho.

Al hablar del Protocolo Familiar como mecanismo de creación de lineamientos internos para ejecutar un mejor control decisorio como administrativo de los componentes que de forma personal se tornarían importantes. Son los principios y directrices del gobierno empresarial, así como del consejo de familia u otras comisiones o directorios, donde se tomen decisiones que a su vez encaminarán a la empresa. Todos estos puntos detallan el Protocolo, pero la pregunta es: ¿Existe en Ecuador la forma de hacerlo cumplir? No, no existe el respaldo para hacerlo.

De manera objetiva, se concluye lo siguiente:

1. La empresa familiar es un agente económico de altísima importancia dentro de la economía, tanto en Ecuador como en el mundo.
2. El Protocolo Familiar es un contrato que permite la protección de las empresas familiares.
3. Los únicos fundamentos existentes dentro de la legislación ecuatoriana desde un ámbito civil para la creación de un protocolo es el Principio de Libertad Contractual y el Principio de Autonomía de la Voluntad.
4. Mediante el Protocolo Familiar se pueden crear directrices y comisiones internas que hacen de la toma de decisiones más eficiente, además de una correcta sucesión administrativa de la empresa a lo largo de las generaciones.
5. Debido al vacío legal, el Protocolo Familiar dentro de una empresa ecuatoriana no es eficaz. Se torna en una lista de reglamentos sin protección ni importancia legal.
6. La legislación ecuatoriana está muy retrasada en el ámbito de desarrollo y protección empresarial.
7. No existe una figura legal que permita tornar esta situación en eficaz.
8. El Protocolo Familiar se basa en lineamientos que permitirán que se tomen decisiones a favor de la salud de la empresa y no para beneficio personal.
9. Los Protocolos Familiares no son genéricos. Nunca existirá un modelo específico, las realidades son diferentes dentro de cada empresa.

De todo lo expuesto nace la importancia y la necesidad jurídica de reconocer este pacto dentro de la Ley de Compañías, para que así sea viable el crear un pacto social que prevea toda la sucesión empresarial a lo largo de las distintas generaciones.

Los socios, hoy en día, podrán celebrar a su arbitrio todo pacto que incluya cualquier cláusula; en el caso de darse un incumplimiento, no se podrá hacer nada al respecto, pues en primera instancia, el pacto no tendrá vinculo alguno con la persona jurídica que responde al nombre de empresa, por lo que las únicas formas de tomar decisiones o de seguir una normativa a fecha actual dentro del Ecuador, es acudiendo a los estatutos de la compañía y a las actas de junta debidamente celebradas por el organismo supremo de la empresa que responde a las Junta de Socios/Accionistas, lo cual deja totalmente fuera al Protocolo Familiar. Sin embargo, la situación jurídica del Ecuador, en relación con la ineficacia de un Protocolo Familiar, se recomienda crear normativas que reconozca a este pacto social dentro de la Ley de Compañías, además de su respectivo registro dentro del Registro Mercantil. Esta sería la única forma en la que el mecanismo pudiese ser efectivo desde una perspectiva totalmente legal como normativa.

Actualmente se puede crear un fideicomiso, patrimonio autónomo que tendrá a su cargo la propiedad de las acciones/participaciones de la empresa respecto del capital social, el mismo que responde a la siguiente figura: una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos para que esta cumpla con ellos una finalidad específica, que puede ser a favor del constituyente o de un tercero. El fideicomiso poseerá la propiedad de las acciones/participaciones de la compañía y estará reglado por un Protocolo Familiar, el mismo que deberá ser acatado por el administrador del fideicomiso.

Por ejemplo: el señor XX tiene el 60% de las acciones de una compañía, está próximo a su muerte. Transfiere a un fideicomiso sus acciones en donde los beneficiarios son sus hijos, es decir, tienen los derechos fiduciarios pero no la libre disposición de la propiedad de las acciones. La normativa a seguir, como las cláusulas condicionales

para la debida administración de la empresa como disponer de las acciones estarán regladas por las cláusulas del Protocolo Familiar, esta figura podría surtir efecto tanto dentro del país como en el extranjero, es la forma más factible de hacer efectivo un Protocolo Familiar en una empresa ecuatoriana, sin embargo todo esto incurriría en gastos y costos extra para la empresa.

Otra figura que podría intentarse sería la de crear una compañía en otro país, cuya normativa sea más flexible y reconozca al Protocolo Familiar como pacto social, y que esta empresa pudiera ser un Holding en el extranjero que sea la dueña de todas las acciones de un grupo empresarial y que sea el protocolo que busque delimitar el caminar de todo el grupo empresarial se lo registre o efectivice en el país en donde se encuentra el Holding. Sin embargo esta figura estaría fuera de los límites del Ecuador, lo cual sería tema de un análisis externo al actual. La eficacia del protocolo sería dentro de otro país y ya no dentro del Ecuador, lo que no es tema de este análisis, pero no deja de ser una opción para el empresario.

Se recomienda que:

1. Se reconozca y se defina el concepto de empresa familiar dentro de la Ley de Compañías, al igual que las características de la misma.
2. Fundamentándose en la Libertad Contractual y el Principio de Autonomía de la Voluntad, se reconozca dentro de la Ley de Compañías al Protocolo Familiar como mecanismo cuya naturaleza es de protección.
3. Se debería dar la apertura legal desde el ámbito societario, que sin contravenir ninguna ley o principio legal, el contenido del Protocolo Familiar sea de cumplimiento obligatorio y que ninguna decisión tomada dentro de la empresa lo contradiga, pues al ser una situación legalmente reconocida podrá ser defendida

mediante el sistema judicial o mediación de ser el caso.

4. Para la correcta implantación de esta herramienta, se debe ir por el camino ya transitado por otras legislaciones e implantar una figura de registro que permita mediante el Registro Mercantil del Cantón al que pertenezca el domicilio legal de la empresa; un debido registro y publicidad del protocolo, para que de esa forma se le dé reconocimiento legal respectivo, la característica de erga omnes, es decir, que sin importar quien esté mañana como socio de la empresa, el protocolo será cumplido aunque un nuevo socio no lo haya suscrito, y de ser el caso de cambiarlo, se deberá hacer mediante la debida suscripción de la totalidad de socios/accionistas de la empresa.
5. El empresario debe cambiar su cultura informal respecto de la empresa, pues deberán crearse lineamientos que permitan regular situaciones de conflicto futuro de generaciones y sobretodo de continuidad de la empresa.
6. El Derecho debe proteger este tipo de empresas, poniendo a disposición el aparato judicial a favor de la empresa de ser el caso de incumplimiento.
7. Al implantarse este mecanismo, las actas de junta no solo deberán obedecer los estatutos sino también al protocolo, por lo que en el momento posterior a la publicidad y registro, deberá existir una debida publicidad interna del mismo dentro de la empresa.

De todo lo expresado, desarrollado, investigado y analizado se llega al punto final en donde de forma clara y notoria se fundamenta la necesidad de que la legislación ecuatoriana abra sus puertas a una nueva figura que es una tendencia mundial para la protección de las empresas familiares. De esta forma se velará por su supervivencia a lo largo de las futuras generaciones familiares, para que se elimine el dato estadístico en el que indica que la empresa llega a su fin dentro de la tercera o máximo cuarta generación,

pues el abuelo emprendedor la crea, el hijo administrador la cuida y el nieto poeta la consume.

## **Bibliografía**

Código Civil Ecuatoriano.

Real Academia de la Lengua Española RAE.

Rius, I. B. (2005). Empresas familiares: su dinámica, equilibrio y consolidación. México: McGrawHill.

Neubauer, F., & Lank, A. La empresa familiar, como dirigirla para que perdure. España: DEUSTO.

Real Decreto Español. (2007). España.

Handler, W. C. (1989). En Methodological Issues and Considerations in Studying Family Business (págs. 257-276). Journal of the Family Firm Institute.

Espinoza, M. M. (2013). Compañía Relevancia Legal, Económica y Tributaria. Universidad de Cuenca.

Espinoza, M. M. (2013). El condominio en derecho romano. Cuenca, Ecuador. Obtenido de <http://www.derechoromano.es/2011/12/el-condominio.html>

Martínez, F. P. (2005). La empresa familiar. Valencia, España: CISS.

Constitución de la República del Ecuador. (2008)

Código civil ecuatoriano.

Ley de Compañías Ecuador.

Tapia, E. (4 de Julio de 2015). Diez datos clave de la empresa familiar. El Comercio .

Poza, E. (2004). Empresas Familiares. México: Thomson.

El Mercurio. (26 de Junio de 2015). La importancia de las empresas familiares.

Expreso. (22 de Marzo de 2014). En Ecuador, el 90 % son empresas familiares.

Ruiz, A. G. (Septiembre de 2011). Empresas familiares en Ecuador. ESPA .

Universidad de los Emisferios. (Abril de 2007). Perspectiva. Obtenido de <http://investiga.ide.edu.ec/index.php/revista-abril-2007/680-todo-queda-en-familia>

Barrezueta, F. (2011). La ventaja competitiva y sostenibilidad de las empresas familiares.

Rius, I. B. (2010). Luz y Sombra en las empresas familiares.

Business Review Americalatina. (2011). Recuperado el 2016, de <http://www.businessreviewamericalatina.com/liderazgo/134/Empresas-familiares-en-Amrica-Latina>

Tu empresa familiar. (2011). Recuperado el 2016, de [http://www.tuempresafamiliar.com/?\\_Cu%E1l\\_es\\_el\\_ritmo\\_de\\_la\\_Empresa\\_Familiar\\_en\\_Am%E9rica\\_Latina%3F&page=ampliada&id=646&s=&\\_page=tags](http://www.tuempresafamiliar.com/?_Cu%E1l_es_el_ritmo_de_la_Empresa_Familiar_en_Am%E9rica_Latina%3F&page=ampliada&id=646&s=&_page=tags)

Instituto de Empresas Familiares. (s.f.). Recuperado el 4 de Mayo de 2016, de <http://www.iefamiliar.com/cifras/1>

La empresa familiar. (s.f.). La empresa familiar. Recuperado el 4 de Mayo de 2016, de <http://www.laempresafamiliar.com/informacion/general/la-empresa-familiar-en-espana-2015/>

Rams Albesa , J., Amunategui Rodriguez, C., Serrano Gomez, E., & Anguita Villanueva, L. (2009). Autonomia de la voluntad y negocios juridicos de familia. Madrid, España: Dykinson.

Castejon, P. J., Ortin Garcia , J., & Perez Perez, C. Conflicto en la empresa familiar. Pamplona, España: Aranzadi.

Restrepo, J. R. (s.f.). Lupa Empresarial. Recuperado el 8 de Mayo de 2016, de <http://www.ceipa.edu.co/lupa/index.php/lupa/article/view/74/142>

iProfesional. (s.f.). Recuperado el 6 de Mayo de 2016, de <http://www.iprofesional.com/notas/63152-Cules-son-los-diez-conflictos-que-enfrentan-las-empresas-familiares>

Machado, J. O. (1922). Exposicion y comentario delCodigo Civil argentino. Buenos Aires: Cientifica y Literaria Argentina.

Moisá, B. (2005). La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual. Zavalia.

Constitucion de la Republica Ecuador.

Moisá, B. La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual. (Zavalia, Ed.)

Betancourt, J. C. (2013). Libertad de Contratación, Orden Público y sus repercusiones en el marco de la Arbitrabilidad . Barcelona, España: InDret.

Coaguila, C. A. (2011). La libertad de Contratación: ejercicio y limites. Bogota: Ibañez.

Carpio, D. F. EL CONTRATO DE ADHESIÓN EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO .  
Cuenca: Universidad de Cuenca.

Rodríguez, A. A. De los contratos. Chile: Temis.

Lanzon, G. (2005). El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos. Barcelona: Bosch.

Chulia, V. Organización jurídica de la empresa familiar. Revista de Derecho Patrimonial.

Moreno. (2007). La publicidad del protocolo familiar. Revista San Telmo.

Palma, G. d. (2005). La familia empresaria ante el derecho. Barcelona: Bosch.

Gandolfo, A. R. Causas de aplicación del protocolo . La importancia del protocolo en la empresa familiar. Universidad Nacional de La Plata, La Plata.

Gandolfo, A. R. Temas objeto de la regulación. LA IMPORTANCIA DEL PROTOCOLO EN LA EMPRESA FAMILIAR. Universidad Nacional de La Plata, La Plata.

Gandolfo, A. R. Aplicación del contenido del protocolo familiar. La importancia del protocolo familiar . Universidad Nacional de La Plata, La Plata.

Gandolfo, A. R. Temas objeto de la regulación. LA IMPORTANCIA DEL PROTOCOLO EN LA EMPRESA FAMILIAR. Universidad Nacional de La Plata, La Plata.

Rams Albesa, J., Amunategui Rodríguez, C., Serrano Gomez, E., & Anguita Villanueva, L. Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia. Madrid, España: Dykinson.

Real Academia de la Lengua Española (RAE).

Ley de Compañías. Artículo 116.

Registro Mercantil. (s.f.). Registro Mercantil. Obtenido de <http://registromercantil.gob.ec/guayaquil/quienes-somos-guayaquil.html>