



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

Escuela de Derecho

“Gobierno Corporativo y Medidas de Prevención para que los Grupos Empresariales Familiares ecuatorianos perduren en el tiempo.”

Trabajo de Titulación previo a la obtención del título de Abogada de los Tribunales de Justicia de la Republica.

Autor:

Sara Carolina Salamea Moscoso

Director:

Abg. Santiago Vega Malo

Cuenca- Ecuador

2019

DEDICATORIA

El presente trabajo lo dedico a mis padres, mi hermano,
mis maestros y a todas
aquellas personas que formaron parte de estos cinco
años de esfuerzo y dedicación en mi vida universitaria.

ÍNDICE

Tabla de contenido

DEDICATORIA	II
ÍNDICE	III
ÍNDICE DE ILUSTRACIONES.....	V
RESUMEN.....	VI
ABSTRACT	VII
CAPÍTULO 1.- LOS GRUPOS EMPRESARIALES FAMILIARES Y SU PROBLEMÁTICA.....	1
1.1 Reseña histórica de las Empresas Familiares.	1
1.2 Concepto de Grupo Empresarial Familiar.	5
1.3 Análisis del Grupo Empresarial Familiar.	12
1.3.1 Situación en el Ecuador.	12
1.3.2 Reconocimiento del Grupo Empresarial Familiar en la legislación ecuatoriana.	18
1.3.3 Etapas del ciclo de vida del Grupo Empresarial Familiar.	20
1.3.4 Ventajas de los Grupos Empresariales Familiares.....	24
1.3.5 Desventajas de los Grupos Empresariales Familiares.	26
1.3.6 Problemas o conflictos societarios dentro de los Grupos Empresariales Familiares.....	28
CAPÍTULO 2.- TIPO DE SOCIEDADES MERCANTILES Y EL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO COMO HERRAMIENTAS PARA EL ADECUADO DESARROLLO EMPRESARIAL.	33
2. 1. Sociedades mercantiles y su clasificación en la legislación ecuatoriana.	33
2.1.1 Sociedad anónima.	42
2.1.2 Compañía de responsabilidad limitada.	48
2.2 Buen Manejo Corporativo.	54
2.2.1 Concepto.	55
2.2.2 Características.	56
2.2.3 Principales desafíos y soluciones de Gobierno Corporativo.	58
2.3 Integración y organismos de la Administración.....	61
2.3.1 Gobierno Corporativo.	62
2.3.2 Gobierno de Familia.....	67

CAPÍTULO 3.- MEDIDAS DE PROTECCIÓN PARA EVITAR QUE LOS GRUPOS EMPRESARIALES FAMILIARES SE DESINTEGREN.	75
3.1 Protocolo Familiar.	75
3.1.1 Efectos jurídicos del Protocolo Familiar.	78
3.2 Medidas preventivas en la sucesión hereditaria de los miembros del grupo familiar.	81
3.2.1 Sucesión en la gestión de la Empresa Familiar.....	82
3.2.2 Sucesión en la propiedad de la Empresa Familiar.	83
3.3 Estructura del Grupo Empresarial.	87
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	94
BIBLIOGRAFÍA	99

ÍNDICE DE ILUSTRACIONES

ILUSTRACIÓN 1 PROPORCIÓN DE EMPRESAS FAMILIARES POR REGIÓN.	14
ILUSTRACIÓN 2 DISTRIBUCIÓN DE EMPRESAS SEGÚN ANTIGÜEDAD.	15
ILUSTRACIÓN 3 EMPRESAS FAMILIARES QUE FORMAN PARTE DE LOS GRANDES GRUPOS ECONÓMICOS DE ECUADOR	16
ILUSTRACIÓN 4 HOLDING DE UN GRUPO FAMILIAR.	89

RESUMEN

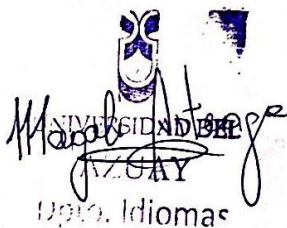
Las empresas familiares representan una de las estructuras económicas con mayor incidencia a nivel nacional como internacional, es por ello que el presente trabajo de investigación busca conocer y analizar la situación de este tipo de empresas en el Ecuador, con la finalidad de estudiar y desarrollar cuáles son las medidas de prevención que acorde a la legislación ecuatoriana pueden implementarse dentro de un Grupo Empresarial Familiar para su perduración en el tiempo, es decir, en el relevo generacional del mismo; para lo cual resulta indispensable realizar un análisis de la especie de compañía que se debe adoptar para su constitución así como la implementación de un Gobierno Corporativo que se sujete a las necesidades de la naturaleza de esta empresa.

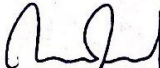
Palabras clave: Empresa familiar, grupo familiar, gobierno corporativo, gobierno de familia, protocolo familiar, plan sucesorio, *holding*, relevo generacional, sociedades mercantiles, medidas de protección.

ABSTRACT

Family businesses represent one of the economic structures with the highest incidence nationally and internationally. For that reason, this research work sought to determine and analyze the situation of this type of companies in Ecuador. The objective was to study and define what are the prevention measures that can be implemented within a family business group for their duration in time according to Ecuadorian legislation, regarding the generational change-over. It was essential to carry out an analysis of the type of company that must be adopted for the constitution and implementation of a corporate government that is subject to the needs of these companies.

Keywords: Family business, family group, corporate government, family government, family protocol, inheritance plan, holding, generational change-over, mercantile societies, protection measures.




Translated by
Ing. Paúl Arpi

CAPÍTULO 1.- LOS GRUPOS EMPRESARIALES FAMILIARES Y SU PROBLEMÁTICA.

Un grupo familiar o empresa familiar es una de las formas de propiedad y estructura, tanto económica como productiva, más extendida a lo largo del tejido empresarial internacional como nacional, influyendo de esta manera directamente en el desarrollo económico de los países; siendo menester señalar que si bien no existe una definición exacta u oficial, tal y como se analizará en lo posterior, tampoco hay un concepto legalista desde el ámbito jurídico ecuatoriano, debido a que cada organización familiar es distinta a otra, sin embargo es indispensable destacar que las empresas familiares son aquellas, cuyo tipo, predominan en el mundo y en nuestro país.

Situación por la cual resulta indispensable analizar ciertos aspectos esenciales para un mejor entendimiento y desarrollo del presente trabajo, por lo que el primer capítulo tiene como principal objetivo determinar la naturaleza jurídica de los grupos empresariales familiares, la situación de los mismos dentro de nuestra legislación; las ventajas y desventajas de los mismos, así como los problemas que se presentan, de manera que al desarrollar estas nociones básicas, tendremos claridad de la importancia y relevancia que tienen estos grupos empresariales en el país y la necesidad de que se encuentren constituidos bajo una sociedad de derecho.

1.1 Reseña histórica de las Empresas Familiares.

Al hablar de familia nos estamos refiriendo a la institución social más importante, no solo porque en torno a ella gira la vida de un individuo, sino también porque en el contexto en el que nos enmarcamos, la familia es el núcleo de la sociedad por lo cual es la unidad básica de organización social, permitiendo a través de esta la estructuración de empresas de distintos tamaños y pertenecientes a distintos segmentos productivos.

Si bien la palabra “familia”, no se trata de un término o de un concepto jurídico en estricto sentido, sin embargo, este viene a conformar una institución muy próxima al derecho, dado que un alto porcentaje de las normas que conforman los ordenamientos jurídicos, tienen como finalidad regular las relaciones entre las personas, así como los negocios jurídicos que las mismas de acuerdo a su capacidad pueden llegar a celebrar,

sin olvidar que la familia es el núcleo de la sociedad y es el derecho la materia que busca reglar su interacción cotidiana.

Al remitirnos a la etimología de esta palabra, se establece que proviene del latín “*famulu*”¹, que significa sirviente o esclavo y era equivalente no solo al patrimonio, si no que incluía a los parientes y sirvientes del amo.

En cuanto a sus antecedentes históricos, en el Derecho Romano, no se hablaba de una familia en los términos que en la actualidad se lo conoce, sino de “tribu” o “*gens*”, entendiéndose por este que: “Son miembros de una *gens* quienes ostentan un mismo nombre, nacidos de padres que han sido libres, de forma que ningún antepasado cayó en la esclavitud, ni perdió su condición jurídica de libre”², y que a su vez se encontraban sometidos al control del “*paterfamilias*”, aquella persona que se encontraba libre y sin estar sometido a otra potestad, siendo este un cargo vitalicio que era ocupado por el varón de la familia, representando una posición jurídica con una plenitud de poderes; figura que analizando las diferentes épocas y contexto en el que se desarrollan, podría ser considerada de cierta forma como una figura análoga a la que en la actualidad conocemos, entendiéndose a esta “como un grupo social formado por los miembros del hogar, emparentados entre sí por sangre, adopción o matrimonio, incluyéndose las uniones consensuales cuando son estables.”³

Respecto al origen histórico de la empresa o cualquier forma de actividad comercial e industrial, nos lleva necesariamente a manifestar que es una extensión del sistema familiar, que nació frente al requerimiento de satisfacer necesidades básicas y mejorar las condiciones de vida de sus integrantes, lo que a la vez ha provocado que este tipo de negocios sean el primer paso en el desarrollo económico de cada país, por lo que su origen se remonta a los inicios de la humanidad inteligente.

La empresa como una forma de organización societaria, encuentra sus antecedentes en las civilizaciones que existieron en Mesopotamia y Egipto, en cuanto a la base jurídica podemos mencionar el Código de Hamurabi, en el que se señalaba “Si uno dio dinero en sociedad a otro, partirán por mitades ante los dioses los beneficios y pérdidas que

¹ (Capulín, Otero, & Reyes, 2016)

² (Albesa, Rodríguez, Gomez, & Villanueva, 2009)

³ (Rivera, 2013, pág. 91)

se produzcan”⁴, posteriormente podemos encontrar ciertos vestigios en la sociedad Romana, al referirnos al “*consorcio*” que hacía referencia a la organización de la comunidad hereditaria familiar continuadora de la gestión del causante o desde la perspectiva del jurisconsulto Justiniano, ya en la época clásica, al hablar de “*affectio-animus societaris*”, por el cual se entiende que el consentimiento de los socios ha de ser constante y duradero para que la sociedad pueda seguir subsistiendo.

Por ello es que al hablar de empresa familiar nos estamos refiriendo a la forma más antigua de organización empresarial, situación por la cual debería ser considerada como parte del pasado y antecedente de las sociedades, debido a que es una modalidad de organización, que poco tiene que ver con la era de la globalización y que durante muchos años se le ha prestado poco interés a la existencia y relevancia jurídica que este tipo de instituciones tiene.

Sin embargo, Carlos Cuesta Díaz, especialista en mercado bursátil de la Universidad de los Andes, señala que:

“(…) en el Reino Unido el 76% de las empresas son poseídas o manejadas por miembros familiares; en Estados Unidos el 90% de las empresas son igualmente poseídas o manejadas por familias que contribuyen con el 60% del PIB; proveen 50 millones de empleos y 175 de ellas forman parte de las 500 más famosas de la revista “Forbes”; en Brasil más del 90% de las 300 empresas privadas más grandes son empresas familiares y generan más de 1,6 millones de empleos”⁵

Lo mismo sucede en la mayoría de países Latinoamericanos y en nuestro país la realidad de este tipo de empresas no es una excepción, por lo que estamos frente a una tendencia constante a nivel mundial, donde la empresa familiar es un actor relevante en la sociedad y economía; por ello, su estabilidad y sostenibilidad en el tiempo es de vital importancia y es ahí el lugar en el que nace la necesidad de mejorar y en nuestro caso como país establecer una regulación normativa.

En cuanto al ámbito de la investigación, si bien la empresa familiar ha tenido un gran desarrollo en la aérea académica y de la investigación aplicada en los últimos años, se puede establecer que nació en los años 50, pero su punto de partida fue la década de

⁴ (Romero, 2004)

⁵ (Díaz & Quintero, 2017, pág. xviii)

los años 80 donde surgieron la mayoría de trabajos y su investigación se intensificó, teniendo como resultado la publicación más importante de esta área “*Family Business Review*” en marzo de 1988 y de acuerdo al artículo “La empresa familiar, revisión documental”⁶ podemos establecer tres etapas de desarrollo de investigación de estos grupos en el mundo.

La primera que hace referencia a las descripciones básicas, la esencia y forma de manifestarse con autores que serán analizados dentro del presente trabajo como (Donnelley, 1964), (Barry, 1975) (Barnes & Hershon, 1976), entre otros; una segunda etapa relativa al análisis de la incorporación de los hijos en la empresa, remuneración de los familiares, órganos de gobierno y sucesión, en base a la teoría de la gestión, cuestionando los intereses de los administradores respecto a los accionistas y la empresa como tal, y por último, una tercera etapa que desarrolla desde el 2001 a la actualidad en la que se elaboran teorías con la finalidad de ser aplicadas en las empresas familiares para un mejor desarrollo y evolución de las mismas, siendo pocos los países que han logrado alcanzar una regulación dentro de su legislación.

De igual manera es necesario resaltar los centros e institutos dedicados a las empresas familiares, entre los más importantes a nivel internacional tenemos el Grupo Europeo de Empresas Familiares (GEEF) de Bruselas y el *Family Business Network*⁷(FBN) fundado en 1989 en Suiza, caracterizado por ser una comunidad alrededor del mundo con 3600 empresas familiares miembro, 16 0000 miembros individuales y se ha extendido en 65 países en Norte América, Latino América, Asia y Europa, incluyendo nuestro país.

Por otro lado, el Instituto de la Empresa Familiar⁸, fundado en el 1992 en Barcelona es una organización sin ánimo de lucro y ámbito estatal, que agrupa a un centenar de empresas familiares líderes en sus sectores de actividad, el IEFL, Instituto de empresas familiares latino americanas que “agrupa a familias empresarias, universidades, institutos especializados en empresas familiares, consultores y consejeros en un

⁶ (Castrillon & Mares, 2013, pág. 179)

⁷ (The Family Business Network, 2019)

⁸ (Instituto de Empresa Familiar, 2019)

espacio de confianza, para construir una cultura de trascendencia y continuidad en la empresa familiar.”⁹

Por lo que no estamos frente a un objeto de estudio, que carece de importancia o ajeno a nuestra realidad, sino todo lo contrario, ha sido la globalización de la economía y la complejidad creciente de los mercados que he hecho que estos grupos cada vez tengan mayor presencia a nivel mundial; al hablar de empresas como los supermercados Walmart, Volkswagen, Ford, Samsung, Nike, Peugeot, entre otras que no solo generan ingresos anuales de millones de dólares, sino que son una de las fuentes más grandes de empleo en sus país; lo mismo sucede en el nuestro al hablar de grupos familiares poderosos como son Corporación Favorita, de la familia Wright, consorcio Nobis, perteneciente a la familia Noboa Pontón, de igual manera el grupo Eljuri, grupo Graiman de la familia Peña, pudiendo señalar que las empresas que mayores ingresos generan en el país son de propiedad familiar.

Siendo necesario recalcar que ha sido el vínculo sanguíneo de personas reconocido voluntariamente o por el hecho de haber sido declarado judicialmente, según lo señala el Código Civil en el artículo 24, lo que conocemos como familia, y que con el transcurso de los años ha tenido una gran evolución; lo que ha permitido que ciertas empresas, tanto a nivel nacional como a escala mundial perduren en el tiempo y cumplan con el relevo generacional esperado por su fundador.

En consecuencia, cuando nos referimos a un Grupo Empresarial Familiar, no estamos hablando de un fenómeno reciente, sino de estructuras y conceptos que han ido evolucionando con el paso de tiempo y han existido desde la creación del hombre, dando lugar a lo que en la actualidad conocemos como empresa, concepto del cual partiremos para poder analizar y establecer una definición clara y acorde a nuestro objeto de estudio.

1.2 Concepto de Grupo Empresarial Familiar.

Al hablar de un grupo familiar, o empresa familiar es necesario definir lo que realmente se entiende por este tipo de organización, ya que, si bien existen un abanico de definiciones dadas por doctrinarios o por organizaciones no gubernamentales, no

⁹ (Instituto de la Empresa Familiar Latinoamericana, 2019)

obstante, no existe una definición en nuestra legislación, o parámetros concretos para catalogar a una empresa con el carácter de familiar.

Por consiguiente, el principal problema que nos ocupa en este apartado, es establecer una definición que reúna los elementos que caracterizan a este tipo de empresas, para lo cual es indispensable analizar los diferentes conceptos a saber, sin embargo, se debe partir de la siguiente idea: sea cual fuere el significado de empresa familiar, este surge de relacionar dos términos: empresa- familia.

En nuestro ordenamiento jurídico se regula, y se establece una distinción en que: “las personas son naturales o jurídicas (...)”¹⁰ por consiguiente, al hablar de empresa, nos referimos a persona jurídica, la misma que el Código Civil en su artículo 564 la define como: “persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente. (...)”¹¹ por lo tanto, una empresa es una forma jurídica distinta a la persona de los socios de la empresa individualmente considerados con la finalidad de prestar un servicio o desempeñar actividades y de esta manera obtener réditos económicos para sus integrantes.

Alberto Verón la define como “un conjunto ordenado de bienes, personas y actividades”¹², desde otra perspectiva, Alterni establece que es “la actividad económica mediante la cual, a través de la organización de los factores de la producción, el empresario – individual o colectivo – produce o intercambia bienes o servicios destinados al mercado”¹³; por lo tanto vamos a entender por empresa a cualquier actividad económica, dentro de un sector determinado, que se realice con la finalidad de obtener lucro para quien tenga la participación económica dentro de esta. Si bien no surge conflicto alguno al momento de definir empresa, las dificultades se presentan al momento de agregar el adjetivo familia, debido al carácter especial que se le añade y a la falta de precisión y consenso que existe respecto al mismo.

¹⁰ (Código Civil, 2015, Art.40)

¹¹ (Código Civil, 2015, Art.564)

¹² (Verón, 1979)

¹³ (Alterni, 2010)

Partimos de la definición de familia de Jesús Palacios como:

“La unión de personas que comparten un proyecto de vida en común que se espera que sea duradero, en el que se generan fuertes sentimientos de pertenencia a dicho grupo, donde existe un compromiso personal entre sus miembros y se establecen intensas relaciones de intimidad, reciprocidad y dependencia”¹⁴

Nuestra carta magna en el artículo 67, establece que:

“Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines.

Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. (...)”¹⁵

Por consiguiente, la familia es el conjunto de personas, sin importar el sexo, que pueden estar unidas por un vínculo de sangre o no, del que se van a derivar una serie de relaciones jurídicas, generando de esta manera derechos y obligaciones entre los mismos, con la expectativa de que estas relaciones bajo el sentimiento de afecto y pertenencia perduren en el tiempo.

Al analizar las diferentes conceptualizaciones de empresas familiares de diversos autores, podemos clasificarlas en dos corrientes, aquellas –mono criterio– y las –multi criterio–; entendiendo por las primeras aquellas definiciones en las que las empresas deben cumplir una única condición para ser catalogadas como empresas familiares, es decir se toma en cuenta un solo elemento, bien sea la propiedad o capital, dirección o control o desde el punto de vista del relevo generacional como la voluntad inequívoca de la familia de mantener una vinculación con la empresa, definiciones que en su gran mayoría son establecidas por doctrinarios clásicos como se analizara a continuación.

Podemos referirnos a estos grupos desde la perspectiva de la propiedad, que en palabras de (Barnes & Hershon, 1976)¹⁶ es “aquella en la que el control de la propiedad reside

¹⁴ (Palacios & Rodrigo, 1998)

¹⁵ (Constitución del Ecuador, 2008, Art.67)

¹⁶ (Barnes & Hershon, 1976, pág. 110)

en un individuo o en los miembros de una única familia” o lo que señala Lansberg ¹⁷ “un negocio en el que los miembros de una familia tienen control legal sobre la propiedad”; definiciones centradas en la dirección señalan: “aquella que en la práctica está controlada por los miembros de una familia”. (Barry, 1975)¹⁸; O las que parten de la noción grado de participación de la familia o el relevo generacional del grupo, es decir que incide en la interrelación entre la familia y empresa en la que (Donnelley, 1964)¹⁹ hace referencia “a una empresa como familiar cuando ésta ha sido claramente identificada con al menos dos generaciones familiares, resultando de este vínculo una mutua influencia.”

Sin embargo, para el desarrollo del presente trabajo vienen a ser definiciones insuficientes y escasas, debido a que ninguna es lo suficientemente explícita para poder estandarizar su uso; por lo que se debe realizar una revisión de aquellos conceptos que en líneas anteriores catalogamos como –multi criterios–, en el que se analiza la propiedad, la dirección y la posibilidad de la implicación de más de una generación, partiendo por lo que señalan (Vélez, Holguín, De la Hoz, Durán, & Gutiérrez, 2008):

“Es aquella en la cual las personas de una o más familias ligadas por vínculos de parentesco poseen la suficiente propiedad accionaria de la empresa, el control de las decisiones y aplican un modelo de gestión interdependiente con el proceso de sucesión.”²⁰

Desde la perspectiva de, Litz:

“Una empresa mercantil puede considerarse familiar en la medida en la que la propiedad y la gestión están concentradas en una unidad familiar y en la medida en que sus miembros se esfuerzan por establecer, mantener o incrementar unas relaciones intraempresariales fundadas en la familia”²¹

O en palabras de Fabier Dubois:

“Hay empresa familiar cuando los integrantes de una familia dirigen, controlan y son propietarios de una empresa, la que constituye su medio de vida y

¹⁷ (Lansberg I. , 1983, pág. 40)

¹⁸ (Barry, 1975, pág. 52)

¹⁹ (Donnelley, 1964, pág. 101)

²⁰ (Vélez, Holguín, De la Hoz, Durán, & Gutiérrez, 2008)

²¹ (Litz, 1995, pág. 78)

tienen la intención de mantener tal situación en el tiempo y con marcada identificación entre la suerte de la familia y la empresa”²²

Que si bien son nociones distintas que tienen estos autores podemos llegar a la conclusión que un grupo empresarial familiar debe reunir necesariamente cuatro²³ elementos a saber:

1. La existencia de una empresa: es indispensable que nos encontremos ante la presencia de una persona jurídica, sin importar el tipo de forma legal mediante la cual se haya constituido, pudiendo ser de naturaleza civil o mercantil.
2. La empresa debe ser de propiedad un grupo o miembro familiar: como ya se mencionó en anteriores ocasiones no existe una normativa tanto en la rama civil como mercantil que regule de manera directa a este tipo de organización, por lo que no se establece un porcentaje determinado relativo a la participación o aportación económica respecto de la cual la familia deba ser titular, en consecuencia bastará que la familia cuente con un porcentaje significativo dentro de esta, integrando de esta manera el patrimonio de la familia; y con respecto a la familia tampoco se ha establecido el grado de parentesco que se debe respetar por lo que se puede extender indefinidamente y además la propiedad puede estar en manos de varias personas o solo un miembro, siempre y cuando exista el ánimo de una futura sucesión a sus descendientes o familiares, de manera que a lo largo del tiempo el número de propietarios pertenecientes a una misma familia va a ser mayor.
3. Gestión o dirección de la empresa en manos de uno o varios de los miembros del grupo familiar: esta afirmación no conlleva a que la gerencia u órganos de la dirección necesariamente esté en manos del grupo familiar, debido a que la administración podrá estar a cargo de uno o varios profesionales especializados en el área, según se establezca en el Gobierno Corporativo, sin embargo, es indispensable que la familia forme parte ya sea del consejo o asamblea familiar de manera que exista una vinculación directa y se pueda continuar con la cultura organizacional planteada por su fundador.
4. Relevo generacional de la empresa: es la intención y voluntad de que la

²² (Dubois, El protocolo de la empresa familiar. Aspectos generales, finalidades y valor legal, 2011, pág. 29)

²³ (Domínguez, 2012, pág. 8)

empresa continúe a través de futuras generaciones en la misma familia, ya sea durante la vida del fundador o al fallecimiento del titular, siendo la principal característica de este tipo de empresa, el legado que se espera transmitir mediante una sucesión previamente regulada y por otro lado la expectativa de que el grupo familiar siga creciendo económicamente en proporción al crecimiento de sus miembros.

De manera que al analizar cada uno de ellos, nos permita establecer un concepto de empresa familiar que sea integrador, integrador en el sentido que sea aplicable a la totalidad de empresas que existen y puedan llegar a existir, independientemente de la generación en la que esta se encuentre o el tipo de actividad económica que se realice, debido a la variada naturaleza tanto de las empresas, como de la familia en sí; pero que a la vez permita una distinción de aquellas empresas no familiares, trayéndonos como resultado:

La empresa familiar, es una persona jurídica legalmente constituida en base a la voluntad de una generación fundadora, de que el negocio perdure en el tiempo en manos de la familia y que tanto su dirección, control como propiedad resida de manera directa o indirecta en uno o varios de los miembros, creando así una cultura empresarial con el objetivo de cumplir el ideal planteado por su fundador.

Desde otra perspectiva, realizando un análisis de derecho comparado, podemos hacer hincapié en la situación de España en el año 2000, que como señala Roca Junyet²⁴, se debe tener en cuenta el proyecto regulador de la empresa familiar, por parte del Senado español que surgió como consecuencia de la aprobación por el Pleno de la Cámara de la moción presentada por Grupo Parlamentario Popular, la misma que fue aprobada y nos trae un claro concepto relativo a estos grupos, donde el senador Gomero Ruiz llegó a establecer que:

“Se pueden considerar empresas familiares todas las sociedades y empresas individuales que desarrollen sus actividades económicas, industriales y de producción de bienes y servicios, o administren y gestionen participaciones directas o indirectas de sociedades que desarrollan tales actividades y que están participadas de manera significativa por un grupo familiar que actúa con vocación de

²⁴ (Roca, 2005, pág. 30)

continuidad bajo una unidad de decisión y dirección en las que al menos un miembro del grupo familiar interviene de manera efectiva en la gestión de la empresa ostentando la capacidad de decisión sobre los aspectos más relevantes que le conciernen a la sociedad familiar. En este sentido, se puede considerar que la participación significativa del grupo familiar, a los efectos de la definición anterior, supone el cumplimiento de lo siguiente. En primer lugar, que la persona de la familia detente de manera directa o indirecta una participación igual o superior al cinco por ciento. En segundo lugar, que el grupo familiar formado por cónyuges, ascendientes, descendientes y colaterales hasta el cuarto grado inclusive detente conjuntamente de manera directa o indirecta una participación de al menos el 20 por ciento”.²⁵

Por último, es menester hacer referencia a uno de los conceptos más recientes y establecido como definición oficial por la asamblea general del Grupo Europeo de Empresas Familiares (GEEF) en Bruselas y en Milán por el directorio de *Family Business Network* (FBN), el 27 de marzo del 2008, en el que se define:

“Una empresa, cualquiera que sea su tamaño es una empresa familiar, si:

a) La mayor parte del poder de decisión lo tiene la persona o personas de la familia que fundó o fundaron la compañía; o, son propiedad de la persona que tiene o ha adquirido el capital social de la empresa; o son propiedad de sus esposas, padres, hijo(s) o herederos directos del hijo(s).

b) La mayoría de los votos puede ser de forma directa o indirecta.

c) Al menos un representante de la familia o pariente participa en la gestión o gobierno de la compañía.

d) A las compañías cotizadas se les aplica la definición de Empresa Familiar si la persona que fundó o adquirió la compañía (su capital social), o sus familiares o descendientes poseen el 25% de los derechos de voto a los que da derecho el capital social.”²⁶

²⁵ (Senado, 2000)

²⁶ (Instituto de Empresa Familiar, 2019)

Por lo que además de haber construido un concepto integrado, podemos establecer que en otras legislaciones existe ya el intento y la búsqueda de establecer normas y regulaciones que den las pautas mínimas con la finalidad de poder determinar cuando estamos frente a una empresa familiar o en este caso como constituir una, cuál es el porcentaje mínimo del que se deber ser titular; en Latinoamérica, las condiciones para establecer a una empresa como familiar, no se encuentran claramente determinadas, sin embargo, se puede hacer alusión a la situación de Colombia en la que en el año de 1971 mediante decreto 410, se admitió en el Código de comercio la validez de las sociedades en familia, señalando en su artículo 102 “Será válida la sociedad entre padres e hijos o entre cónyuges, aunque unos y otros sean los únicos asociados. Los cónyuges, conjunta o separadamente, podrán aportar toda clase de bienes a la sociedad que formen entre sí o con otras personas.”²⁷ que, frente a la presencia significativa de las sociedades en familia, en Colombia ha comenzado a ser regulada; en relación a la situación de nuestro país, será analizada a continuación.

1.3 Análisis del Grupo Empresarial Familiar.

El análisis del grupo empresarial familiar, viene a ser el punto de partida base, debido a que el presente trabajo de investigación se encuentra compuesto de tres variables a saber, el grupo empresarial familiar, el gobierno corporativo y las medidas de protección que se pueden aplicar, sin embargo, estos dos últimos siempre van a depender de la primera variable, es decir del Grupo Empresarial Familiar, por lo que si bien ya se revisaron los antecedentes y se estableció una definición integral, resulta evidente analizar la realidad que se vive en nuestro país, tanto desde una perspectiva social como legal, las fortalezas y debilidades que puede presentar este tipo de empresas lo que nos va a dar las directrices para conocer cuáles son los conflictos que pueden suscitarse de acuerdo al ciclo de vida de estas organizaciones y así realizar un adecuado estudio del porque en la mayoría de casos su duración llega a ser efímera por así decirlo.

1.3.1 Situación en el Ecuador.

En el Ecuador, los grupos Empresariales Familiares, desempeñan un papel muy importante debido a su relevancia en el ámbito económico como social, siendo una

²⁷ (Código de Comercio Colombia, 1971, Art.102)

fuerza de generación de empleo, representando un alto porcentaje del PIB del país, debido a que la mayoría de empresas ecuatorianas gozan de una estructura de tipo familiar. Según un estudio de la Empresa Familiar en el Ecuador, realizado por la Universidad de Especialidades Espíritu Santo (UEES) junto a la Institución de Empresas Familiares de España, Banco del Pacífico y la Superintendencia de Compañías, en el año 2018 se determinó que:

“El 90,5% de las empresas ecuatorianas registradas en la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros tienen una estructura de tipo familiar. Un 7,9% de las empresas son de propiedad dispersa no familiar y el 1,7% de propiedad desconocida. Adicionalmente, del conjunto de grandes empresas un 65,9% son de propiedad familiar, mientras que, en el segmento de empresas medianas este tipo de estructura representa un 88%, finalmente, las empresas pequeñas y microempresas representan más del 90% como empresas familiares.”²⁸

Por lo que, 45 200 empresas ecuatorianas de una muestra de 50 000, que se encontraban constituidas en la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros en el año anterior son enmarcadas como familiares, lo que nos permite establecer que 9 de cada 10 empresas del país son familiares.²⁹

Permitiéndonos afirmar que la esencia de la economía de nuestro país, desde un punto de vista del tejido empresarial, viene a ser las denominadas empresas familiares; ya que al referirnos que el 90,5 % de empresas son familiares, nos faculta a hablar de casi una totalidad y que independientemente de su tamaño, refiriéndonos a empresas grandes, medianas o pequeñas, el principal deseo de sus dueños ha sido generar un sustento económico para futuras generaciones, así como una expansión de la actividad económica que se lleva a cabo, lo cual no solo tiene un impacto para la familia, sino para todo el país, debido a que se convierte en una fuente generadora de empleo, recursos, valor y factor de aporte al PIB del país, por lo que estamos frente a un pilar fundamental de la economía nacional.

En cuanto a la distribución geográfica de las empresas familiares en el Ecuador, se puede señalar que si bien el país goza de una diversidad económica en el tejido empresarial que varía de provincia en provincia debido a las particularidades de las

²⁸ (Mogro & Barrezueta, 2018, pág. 48)

²⁹ (Nueve de cada 10 empresas en el país son familiares, 2018)

que goza cada una de ellas, ya sea por los recursos que se producen, incidencia climática, ubicación geográfica entre otros factores, en las cuatro regiones la forma en como estas empresas están constituidas, demuestra que siguen una organización de tipo familiar en un alto porcentaje como se podrá analizar en el gráfico elaborado por (Mogro & Barrezueta, 2018) en su estudio “Las Empresas Familiares en el Ecuador: Definición y aplicación metodológica.”, con datos con corte a abril del 2018.

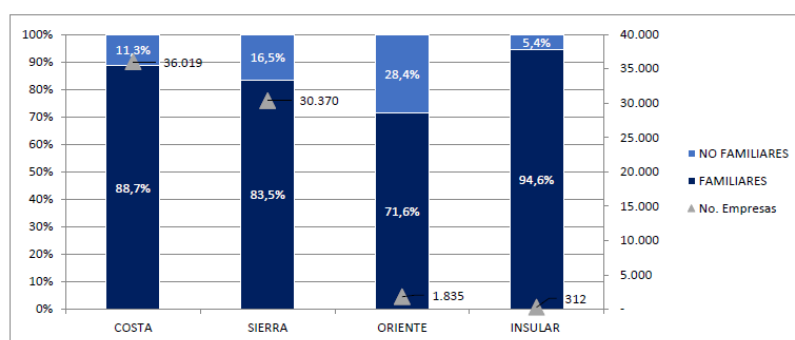


Ilustración 1 Proporción de Empresas Familiares por región.³⁰

Fuente: Superintendencia de Compañías Valores y Seguros.

Elaborado por: (Mogro & Barrezueta, 2018)

Lo que nos indica que la región con mayor porcentaje de empresas familiares, es la región insular lo cual se atribuye al alto nivel de empresas dedicadas al turismo por las Islas Galápagos y por las condiciones que se imponen en esta región para poder desempeñar actividades económicas y el derecho al acceso preferente que se genera a favor de las personas residentes permanentes en la contratación tanto en el sector público como privado según lo regula la Ley Orgánica de Régimen Especial de la Provincia de Galápagos³¹, en su artículo tercero; por otro lado, tanto la región Costa como la Sierra poseen una alta participación de este tipo de empresas que se debe a los sectores económicos que tienen un mayor aporte en estas zonas geográficas por parte de las empresas inmobiliarias, constructoras, manufactureras.

Con respecto a la antigüedad de las empresas ecuatorianas según datos de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros y cuadros elaborados por la

³⁰ (Mogro & Barrezueta, 2018, pág. 61)

³¹ (Ley Orgánica de Régimen Especial de la Provincia de Galápagos, 2015, Art. 3 – Num.7)

Cámara de Industrias de Guayaquil en el año 2018, que se presentan a continuación; se determinó que de un total de 78 269 empresas de todos los sectores productivos del país, un 68% de estas es decir 53 266 tiene una duración de hasta 10 años, un 7% entre 21 y 30 años y únicamente 1067 empresas representando el 1% han tenido una duración entre 41 y 50 años.

Ecuador: Distribución de empresas, según antigüedad
(número de empresas)

	Industria manufacturera		Demás sectores		TOTAL NACIONAL	
	Cantidad	Partic.	Cantidad	Partic.	Cantidad	Partic.
Hasta 10 años	3.619	61%	49.647	69%	53.266	68%
Entre 11 y 20 años	1.157	19%	14.518	20%	15.675	20%
Entre 21 y 30 años	487	8%	4.786	7%	5.273	7%
Entre 31 y 40 años	368	6%	2.222	3%	2.500	3%
Entre 41 y 50 años	214	4%	853	1%	1.067	1%
Entre 51 y 60 años	79	1%	193	0%	272	0%
Entre 61 y 70 años	18	0%	53	0%	71	0%
Entre 71 y 80 años	12	0%	27	0%	39	0%
Más de 80 años	7	0%	9	0%	16	0%
TOTAL	5.961	100%	72.308	100%	78.269	100%

Ilustración 2 Distribución de empresas según antigüedad.³²

Fuente: Superintendencia de Compañías Valores y Seguros.

Elaborado por: Cámara de Industrias Guayaquil.

De acuerdo a la información que se presenta en la ilustración 2, se puede inferir que las empresas con el pasar de los años tienen una mortalidad temprana, debido a que en el lapso de los 10 primeros años, un 32% del total de empresas ya han desaparecido y este número aumenta con el transcurso del tiempo, de esta manera cuando las empresas deberían alcanzar una expectativa de vida de alrededor 20 años, 37 591 de ellas, ya no lo hacen; sino que cierran, son vendidas a terceras personas, o quiebran, por lo que no se cumple con uno de los elementos principales de las mismas que es el relevo generacional y su voluntad de que estas perduren en el tiempo; lo que nos lleva a la necesidad de generar condiciones desde lo normativo, que permitan la continuidad en el tiempo de estas empresas y más aún debido a la cantidad de vacíos legales.

Frente a esta situación, Thomas Gura, decano del Colegio de Administración y Economía de la Universidad San Francisco de Quito lo confirma, ya que dentro de su análisis –El entorno de las empresas familiares en el país–, menciona que “Apenas el 5% de las empresas familiares llega a la tercera generación exitosamente; es decir,

³² (Andrade, Pisco, Quinde, & Asencio, 2018, pág. 10)

generando más capital, siendo más estables, dando más puestos de trabajo, entre otros.»³³

Desde otra perspectiva, los grupos empresariales más representativos en el país son: La familia Noboa Pontón (Exportadora Bananera Noboa y Consorcio Nobis), Wright (Corporación Favorita), Eljuri (Almacenes Juan Eljuri), Egas (Banco Pichincha), Godoy (ILE), Czarninski (Corporación El Rosado), Jan Bakker (Industria Pronaca), Hidalgo (Constructora Hidalgo e Hidalgo) y Wong (Reybanpac), y sus diferentes empresas como se presenta en la siguiente ilustración:

Empresas familiares que forman parte de los grandes grupos económicos de Ecuador

FAMILIA NOBOA PONTÓN	FAMILIA WRIGHT	FAMILIA EL JURI	FAMILIA EGAS	FAMILIA GODDY
Álvaro Noboa <i>Exportadora Bananera Noboa</i>	<i>Corporación Favorita</i>	<i>Almacenes Juan Eljuri</i>	<i>Banco Pichincha</i>	<i>ILE</i>
El Café	Supermaxi	Neohyundai	Diners Club	Coile
Truifruit	Megamaxi	Aymesa	Banco Rumiñahui	Comercializadora Godoy Ruiz
Industrial Molinera	Jugetón	Aekia	Banco de Loja	
Banacon	Aki	Quito Motors	Interdin	
Industria Cartonera Ecuatoriana	Supersaldos	Metrocar	Credife	
Isabel Noboa <i>Consorcio Nobis</i>	KYWI			
Compañía Azucarera Valdez	Sukasa			
Mobilsol	TVentas			
Universal Sweet Industries				
Gulkana				
Ecoelectric				
	FAMILIA CZARNINSKI	FAMILIA JAN BAKKER	FAMILIA HIDALGO	FAMILIA WONG
	<i>Corporación El Rosado</i>	<i>Industria Pronaca</i>	<i>Constructora Hidalgo e Hidalgo</i>	<i>Reybanpac</i>
	Mi Comisariato	Inaexpo	Consortio Vial Manabí	Fertisa
	Mi Juguetería	Mardex	Conorte	Aerovic
	Ferrisariato	Produastro	Consortio AVQ	Cartonera Andina
	Chilis	INCA	Propiedades Agroindustriales Surco	
	Supercines			
	Radio Disney			

Ilustración 3 Empresas familiares que forman parte de los grandes grupos económicos de Ecuador³⁴

Fuente: Superintendencia de Compañías Valores y Seguros.

Elaborado por: Diario El Telégrafo.

Hablamos de Grupos empresariales, que no solo tienen influencia y presencia a nivel nacional, si no que han logrado expandirse fuera de las fronteras ecuatorianas y que presentan uno de los mayores ingresos en cifras de alrededor de millones de dólares anuales dentro del empresariado familiar, por lo que la situación de una empresa no solo interesa a sus miembros, sino a toda a una sociedad en la que sus individuos dependen de esta como fuente de empleo; de manera que el cierre de una de las empresas mencionadas anteriormente sin importar cual fuese la razón, dejaría en la calle a un sin número de personas que dependen de estos ingresos y por ende sus familiares, entre ellos, menores de edad que por la falta de un sustento económico de sus progenitores provocarían que dejen sus estudios para salir a las calles a ganarse la

³³ (Gura, 2015)

³⁴ (La empresa con más ingresos en 2013 es de propiedad familiar, 2015, pág. 9)

vida. Al ser una situación que como se explicó, afecta a todo un conglomerado, nos señala a todas luces que estamos frente a un problema social y que debería ser el derecho y mecanismos legales los que tomen medidas y nos permitan generar seguridad jurídica y el buen vivir “*sumak kawsai*” al que tanto se alude y se ha pretendido alcanzar en los últimos años.

En cuanto a un plan de sucesión en las empresas familiares ecuatorianas, según estudios realizados por la Cámara de Comercio Ecuatoriano Alemana, junto con el *Courage Center of Global Family Firms* de la *Munich Business School*, se llegó a determinar que: “el 47,9% de las empresas familiares está manejado por la generación fundadora, pero apenas el 2% cuenta con una estrategia de sucesión.” Y, además, como consecuencia de la falta de un plan sucesorio “Las cifras muestran que el 39% de las empresas familiares están en la segunda generación; 11,5% en la tercera; y apenas el 1.6% del empresariado familiar logró llegar a la cuarta generación.”³⁵

Siendo fundamental reconocer el esfuerzo a lo largo de las generaciones y el interés de los ecuatorianos por la creación de empresas familiares con el claro objetivo de que estas tengan como fin su familia y con la intención de precautelar intereses futuros, tanto de la entidad económica como los individuos; lo que nos indica que el Ecuador es un país con una fuerte cultura familiar y como se ha podido constatar, según los datos presentados anteriormente, las asociaciones familiares tienen una presencia muy significativa en el país y se los puede catalogar como un agente activo en la generación de la estructura económica del mismo.

No obstante, al tratar de responder a las interrogantes ¿Cuál es la legislación aplicable? o ¿Cuál es el proceso legal para obtener un reconocimiento formal de las empresas familiares?, existe un vacío jurídico que trae como consecuencia la desaparición de este tipo de empresas debido a la falta de un plan sucesorio, así como conflictos entre los miembros del grupo y los intereses de la empresa, pero sobre todo inseguridad jurídica para todo un conglomerado social, siendo ineludible realizar una revisión de nuestra legislación en relación a estas empresas.

³⁵ (DiarioElTelégrafo, 2018)

1.3.2 Reconocimiento del Grupo Empresarial Familiar en la legislación ecuatoriana.

Al hablar del reconocimiento legal que recibe nuestro objeto de estudio en el Ecuador, es menester analizar el sistema jurídico en base al principio de jerarquía, comenzando por la Carta Magna:

Que si bien dentro de este cuerpo normativo, en la sección primera del capítulo sexto, relativa a las Formas de organización de la producción y su gestión, señala “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. (...)”³⁶, por lo que se puede inferir que existe un reconocimiento ligero de la empresa familiar como una organización de producción dentro de la soberanía económica ecuatoriana, empero el conflicto surge al ser esta la única alusión que se hace a las empresas familiares dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

En cuanto a la empresa privada de manera general y como forma colectiva para fomentar el desarrollo económico, la Constitución lo regula desde una perspectiva que permita alcanzar una soberanía económica y cumplir con la consecución del buen vivir y del mismo modo establece una garantía al derecho a la propiedad privada como se estudiara subsiguientemente.

El artículo 66, numeral 15 señala 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.”³⁷

El artículo 277, numeral 5, 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.”³⁸

³⁶ (Constitución del Ecuador, 2008, Art. 319)

³⁷ (Constitución del Ecuador, 2008, Art.66. –Num.15)

³⁸ (Constitución del Ecuador, 2008, Art.277. –Num.5)

El artículo 283, indica que, “(...) El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine.”³⁹

El artículo 321, establece 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.”⁴⁰

De igual manera el Código Civil, regula a la empresa, estableciendo una definición clara y hace hincapié en la autonomía que goza la persona jurídica en relación a sus socios y tipifica:

“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.”⁴¹

Y, por último, es necesario mencionar que la Ley de Compañías, normativa que se encarga de regular a la empresa mercantil y que de la misma forma que la constitución la reconoce y respalda a la empresa como agente económico, realiza una clasificación de las cinco empresas, desarrollando su naturaleza y características de las mismas, pero sin ni si quiera hacer mención a las empresas familiares, dejándolas nuevamente sin amparo jurídico.

Ocasionando otro inconveniente que se debe a que en el marco del estudio de derecho, a la empresa familiar no la podemos catalogar estrictamente en una de los cinco tipos de compañías reconocidas en la ley anteriormente mencionada, dado que como se analizará en el segundo capítulo de la presente investigación, la institución objeto de estudio no goza de la estructura jurídica de una sociedad en sentido estricto, sino que adopta cualquier tipo societario de acuerdo a sus necesidades, estructura y finalidad que persiga.

³⁹ (Constitución del Ecuador, 2008, Art.283)

⁴⁰ (Constitución del Ecuador, 2008, Art.321)

⁴¹ (Código Civil , 2015, Art. 1957.)

En consecuencia, existe un vacío legal y notoria evidencia de que nuestro país lleva años de retraso en presentar una protección legal a este tipo de empresas; al no poder de un día al otro generar una regulación dentro de nuestro sistema jurídico y más sin un proceso legislativo previo, resulta indispensable que toda sociedad de esta naturaleza, cuente con un diseño institucional mediante el cual se establezcan las reglas y el legítimo ejercicio de la autoridad para su adecuado manejo, así como la implementación de medidas de protección que tengan viabilidad dentro de este tipo de empresas, y le otorguen la seguridad jurídica tan anhelada.

1.3.3 Etapas del ciclo de vida del Grupo Empresarial Familiar.

Así como toda empresa, las empresas familiares también cuentan con un ciclo de vida dentro del cual se espera alcanzar una consolidación y madurez empresarial para el cumplimiento de sus objetivos. Este ciclo se encuentra conformado por cuatro etapas de acuerdo lo señalan la mayoría de doctrinarios como Carlos Cuesta⁴², John Ginebra⁴³, Daniela Coronel y Gabriela Gachet⁴⁴, entre otros, siendo fases en las cuales se van a desarrollar una serie de patrones predecibles, que se las puede denominar - crisis propias de cada etapa-, intrínsecas a la naturaleza de una empresa familiar, así como desafíos nuevos e impredecibles relacionados con el mercado, la evolución y crecimiento de la familia, lo que va a permitir que los fundadores de la empresa como las personas que lo rodean tomen medidas adecuadas acorde a cada etapa con la finalidad de asegurar la sobrevivencia de la empresa y precautelar el bienestar de la familia.

1. Primera etapa. -Fundación de la empresa: esta etapa se presenta desde los inicios de la empresa, es decir desde su creación hasta que se da la sucesión patrimonial o de liderazgo a favor de los herederos, situación que puede suceder dentro de 25 años aproximadamente pudiendo adelantarse por causas como el fallecimiento del fundador, decisión de cambio de administración o posponerse indefinidamente. Durante esta etapa lo único que interesa es sobrevivir, por lo que, su fundador está dedicado a conquistar el mercado y

⁴² (Díaz & Quintero, 2017, pág. 73)

⁴³ (Ginebra, 2005, pág. 20)

⁴⁴ (Dávalos & Berrú, 2013, pág. 22)

ofertar un producto o servicio que resulte atractivo para los consumidores, de manera que existe una administración informal y una incertidumbre respecto a cómo involucrar a los miembros de la familia en el negocio.

En esta fase se presenta la primera crisis, cuya causa es la falta de delegación; el conflicto se suscita cuando la empresa ha optado por decisiones adecuadas y un buen manejo, situación que le ha permitido crecer hasta un punto en el que el fundador ya no puede tener el control de todos los aspectos del negocio de los que estaba encargado anteriormente, por ello, se ve en la necesidad de incorporar a nuevas personas a la empresa para poder delegar funciones.

2. Segunda etapa.- Crecimiento y organización: esta etapa según señalan (Díaz & Quintero, 2017) se encuentra comprendida entre los 25 y 50 años de fundación de la empresa, por lo que la entidad económica se encuentra en un proceso de crecimiento y desarrollo y lo que nos permite afirmar que estamos frente a una empresa familiar, sin embargo es el momento para que el fundador se ocupe de distintos problemas y tome ciertas medidas como son elaborar el protocolo de familia, estructurar una administración descentralizada, transmitir el *know how* a las generaciones siguientes, así como resolver conflictos que se presentan entre los empleados que son miembros de la familia y aquellos que no lo son, respecto ascenso en los cargos o funciones que desempeñan, o las remuneraciones que perciben.

En este transcurso de tiempo, la estructura de la familia ha cambiado, ya sea por matrimonio de los hijos dando lugar a la llegada de nietos, nuevos parientes políticos, adopciones o a través de la figura del divorcio o fallecimiento de miembros del grupo; de igual manera puede ocurrir con la estructura de la empresa y su patrimonio como consecuencia de la constitución de nuevas sociedades por parte del fundador ya sea con sus hijos o con terceras personas. Todos estos cambios por lo general se presentan en la segunda generación, en la que ya se encuentran involucrados los hijos, es decir la empresa está en manos de hermanos y en algunas ocasiones se permite la vinculación de los parientes colaterales, es decir nueras y yernos; siendo la dinámica familiar uno de los principales problemas que se presenta en esta etapa.

Dando lugar a la segunda crisis, -el ingreso de los hijos-. Frente al desafío de los hermanos de afrontar de manera exitosa la continuación de la empresa, se presentan ciertas dificultades, que el líder de la empresa debe saber manejar:

- La superposición de roles por una misma persona como miembro de la familia y como empleado de la organización, debido a que el fundador dentro del hogar desempeña un rol de padre bajo sentimientos de afecto, mientras que en la empresa debe cumplir con el rol de jefe desde una perspectiva totalmente objetiva lo cual puede ocasionar confusión y una serie de conflictos.
 - “La visión y los estilos de dirección del padre y de los hijos no suelen coincidir.”⁴⁵ Los hijos al momento que ingresan a la empresa tienen una visión distinta de la empresa y más moderna de liderar debido la época en la que se educaron, por lo que van intentar aplicar en la empresa una serie de cambios y modificaciones que no serán del agrado del fundador.
 - El padre debe saber delegar de manera adecuada los roles a desempeñar entre sus hijos, de manera que ellos puedan trabajar en equipo, cumpliendo con sus responsabilidades e involucrarse en la empresa sin que se genere una rivalidad entre hermanos.
 - Los hijos con el afán de tener una vida cómoda, en muchas ocasiones exigen salarios y dividendos excesivos.
3. Tercera etapa.-Sucesión y segunda generación: la empresa ha alcanzado un alto grado de madurez, de forma que ya no existe una única fuerza dominante que era la del fundador, en esta etapa el poder se encuentra de manera conjunta en miembros de la familia, empleados, y en algunos casos en nuevos socios, presentándose un conflicto de intereses entre todos ellos, siendo su principal desafío mantenerse en el mercado y poder llegar a un acuerdo común entre los nuevos miembros de la empresa, pero siempre bajo la noción de que la empresa perdure en el tiempo y llegue a manos de futuras generaciones.
- Al momento que fallece el fundador, se presenta la crisis -del poder entre hermanos-, debido a que la muerte del jefe de la empresa y familia no solo ocasiona un impacto desde una perspectiva económica respecto al patrimonio y dirección de la empresa, sino que conlleva un fuerte impacto emocional y es por ello que el plan de sucesión, por lo general, resulta un tema incómodo tanto para el causante, como para sus causahabientes por lo que usualmente se

⁴⁵ (Rivera, 2013, pág. 99)

posterga, sin embargo, este es uno de los peores errores que se pueden incurrir debido a que se está dejando al azar la dirección de la empresa y el bienestar de la familia, rompiendo de esta manera la armonía y unidad familiar. Cuando lo que debería hacerse, es analizar de manera proactiva quien de los hermanos es la persona idónea para tomar el mando u optar por una persona ajena al grupo familiar.

4. Cuarta etapa. - Madurez: se puede decir que es en esta etapa donde la mayoría de conflictos y desafíos se presentan debido a que es entre la segunda generación, es decir la de hermanos y la tercera, la de primos, donde la empresa alcanza esta fase, por lo cual es indispensable por no decir obligatorio, que la empresa cuente con una administración especializada que permita la protección tanto de los intereses de la empresa como la de sus miembros.

Debido a que es en este momento donde se genera un trabajo conjunto de dos o más generaciones, por lo que podríamos estar frente a diferentes realidades respecto al control de la propiedad y dirección de la empresa, podría ser el caso que se continúe bajo la figura que son los hermanos los que mantienen el control de la propiedad por cuanto tuvieran la mayoría accionaria o de participaciones de la empresa o estar bajo un modelo mixto, en el cual los hermanos han cedido sus participaciones así como cargos dentro de la empresa y son los primos (tercera generación) de diferentes ramas de la familia, los que tienen el control, sin embargo, al ser varios ninguno cuenta con un porcentaje lo suficientemente importante para poder controlar la empresa.

Es por ello que en la medida en la que crecen las empresas y las familias resulta más complejo preservar de manera absoluta el control y la propiedad, a esto se le debe añadir el deseo de las futuras generaciones de buscar diferentes mercados como fuentes de ingresos, por lo que el interés de mantener la continuidad de la empresa en manos de la familia tiende a desaparecer y como consecuencia el líder de la familia ya no es el líder de la empresa, dado a que la forma más adecuada de buscar la continuidad y desarrollo empresarial es buscar un consenso familiar a través de una asamblea o consejo familiar para elegir a un tercero no familiar como líder de la empresa, quien de manera objetiva pueda cumplir con la visión familiar y la misión del grupo.

1.3.4 Ventajas de los Grupos Empresariales Familiares.

Las empresas familiares, debido a su particular característica del vínculo sentimental y sanguíneo que comparten sus miembros, permite que se presenten una serie de rasgos intrínsecos ocasionados por el sentido de pertenencia y deseo común que presentan sus integrantes frente a la fuerza laboral, provocando que se conviertan y pueden ser considerados como ventajas competitivas dentro de esta cultura organizacional y fortalezas dentro de los mencionados grupos, entre ellas:

- **Compromiso:** al ser personas de una misma familia quienes van a conformar una empresa, ocasiona que se genere un mayor compromiso e incluso pasión frente a la empresa y al cargo que desempeñan, lo que trae como consecuencia una mayor dedicación, ocasionando que estén dispuestos a asumir mayores responsabilidades y dedicar más tiempo al trabajo; sentimiento que a la vez va a ser transmitidos a los empleados o miembros externos de la familia, creando una cultura organizacional.
- *Know how:* todo negocio nace y se desarrolla con una estrategia o conocimiento, que lo caracteriza frente a sus competidores y que se guarda en secreto dentro de los miembros de la familia y al ser los sucesores del fundador que desde niños han estado cerca de la evolución de la empresa, facilita su aplicación cuando estos se involucran en la organización.
- **Flexibilidad:** se relaciona directamente con el compromiso de los miembros de la familia, debido a que están dispuestos a trabajar más tiempo sin recibir un recargo adicional en sus sueldos por concepto de horas extras y en algunos casos la obtención de ingresos se posterga debido a la necesidad de reinvertirlos o cubrir otras necesidades de la empresa, lo que a la vez genera una ventaja competitiva debido a que les permite adaptarse fácilmente a las situaciones cambiantes del mercado.
- **Futuro optimista:** la permanencia en el mercado es el principal objetivo de la empresa familiar, para dejar un legado a futuras generaciones, lo que permite que establezca una visión desde sus inicios y se cumplan con las estrategias evitando riesgos.
- **Solapamiento entre propietario y gerente:** que en palabras de Samuel Goyzueúa hace referencia a “Mayor grado de autofinanciación y reinversión de beneficios

para financiar el futuro crecimiento de la empresa. - Ello conlleva, un control más riguroso del gasto.”⁴⁶

- Cultura estable: al hablar de la cultura en una empresa de esta naturaleza, se van a seguir los valores y normas que el fundador ha implementado y que al estar conformada por miembros de una misma familia se entiende que comparten los mismos valores y ética, haciendo que estos perduren en el relevo generacional y se transmitan a terceras personas.
- Los lazos de familia generan una lealtad más fuerte: esta ventaja se destaca en mayor nivel en aquellas empresas donde la participación de la familia no ha sido desplazada o solo participa en un porcentaje pequeño. Los familiares llevan consigo el peso de una doble responsabilidad, la que tienen con la empresa y con la familia, es por ello que buscan que la empresa crezca, tratan de cometer el menor número de errores posible, pero sobre todo en sus mentes no existe la posibilidad de que la empresa llegue a desaparecer.
- Mayor estabilidad laboral para los miembros de la familia, si bien la persona que ocupa un cargo debe estar suficientemente capacitada para hacerlo y cumplir los requisitos idóneos para desempeñarlo, al ser miembro del grupo su estabilidad laboral no va a estar en riesgo salvo se presente resultados negativos en su ejercicio dentro de la empresa.
- Rapidez en la toma de decisiones, respecto a la estrategias o a la elaboración de nuevos proyectos, abrir nuevos mercados, como consecuencia que el proceso para toma decisiones operativas es más rápido y existe un menor desgaste, debido a que en este tipo de empresas por lo general las decisiones dependen a un familiar o un grupo pequeño determinado, lo que permite centralizar el control, a diferencia de empresas no familiares en las cuales para cualquier toma de decisiones o cambios importantes a adoptarse es necesario que pase por una serie de niveles, intereses diversos de los socios o accionistas de la empresa y una burocratización más compleja dando lugar a un proceso más lento.

A pesar de que existen innumerables ventajas a ser destacadas y que van a depender de la naturaleza y actividad económica del grupo familiar; respecto a esta investigación

⁴⁶ (Rivera, 2013, pág. 95)

las mencionadas anteriormente resultan las más importantes y comunes dentro de estas organizaciones. En contra partida es menester analizar las desventajas que caracterizan a estos grupos.

1.3.5 Desventajas de los Grupos Empresariales Familiares.

“Cuando la empresa está dirigida y gobernada por una familia, el resultado es que, en las decisiones de carácter empresarial, son los criterios de la familia los que acaban dominando sobre los criterios empresariales.”⁴⁷

Dentro de este contexto, es indispensable tener en claro que, al referirnos a un grupo empresarial familiar, este se encuentra conformado por dos grandes sistemas: el de familia y empresa, lo que provoca que estos sistemas se superpongan entre sí causando una serie de conflictos y tensiones, que son las desventajas o debilidades que se van a analizar a continuación:

- Solapamiento entre familia y empresa:

“Es común a todas las empresas familiares, especialmente en la primera y segunda generación, la participación directa de familiares en la dirección y en la propiedad, lo cual implica trabajar con familiares y al mismo tiempo ejercer los roles de familiar, propietario, empleado, directivo. (...)”⁴⁸

La falta de diferenciación del ámbito familiar con el de la empresa, provoca que en una misma persona, por ejemplo el caso del fundador se deban desempeñar diferentes roles, como es el de padre, principal socio/ accionista, gerente general, presidente del consejo o asamblea; lo que ocasiona un inadecuado manejo de la organización, un trato a los miembros de la familia no como profesionales o empleados sino de la misma manera como si estuvieran dentro del hogar, así como permitir que los conflictos entre los miembros de la familia trasciendan al ámbito empresarial, dándose una colisión entre los vínculos e intereses familiares con los de la empresa.

Desde otra perspectiva, estos grupos buscan que la continuación respecto a la gerencia de la empresa quede en manos de un miembro de la familia y no en manos de terceros; sin embargo, el simple hecho de adquirir la propiedad a través de la sucesión no les da

⁴⁷ (Abiti & Ocejo, 2004)

⁴⁸ (Ospina & Ramírez, 2012, pág. 17)

la capacidad de dirigirlos correctamente, por lo que se puede poner la organización en manos de personas no preparadas bajo el fundamento de compartir un vínculo de sangre permitiendo que sean los sentimientos los que primen a decisiones empresariales basadas en la razón y un adecuado análisis.

- Confusión del patrimonio familiar vs el empresarial: los miembros de estos grupos llegan a tener una confusión respecto a que el patrimonio que posee la empresa se convierte en la bolsa de dinero o caja chica de la familia de manera que existe un inadecuado manejo de los fondos, no solo de los ingresos con los que cuenta la empresa a los que se les da un uso inadecuado, sino también una falta de control desde el aspecto tributario en el que se llegan a confundir ingresos y gastos personales con el de la actividad económica.

De igual manera se genera un conflicto al momento de recurrir a una fuente de financiación, debido a que generalmente la primera solución va a ser la autofinanciación a través del patrimonio de la familia, debido a la renuencia que existe a la financiación externa por la resistencia de incorporar al grupo agentes externos que pudieran hacerles perder el control de su propia organización. Sin embargo, esta falta de apertura a medios adecuados de financiación supone una limitante a las oportunidades de crecimiento de la empresa así como una puesta en riesgo al patrimonio de la empresa y al de la familia, obteniendo como resultado una difícil recuperación del grupo.

- Tolerancia hacia el personal incompetente: usualmente son los miembros de la familia, quienes ocupan desde los cargos más insignificantes hasta los más relevantes, lo cual no genera inconveniente alguno, el problema se genera en el hecho de ser contratados por el vínculo de familia más no por el desempeño y conocimiento que pueden aportar a la organización, de manera que se está incurriendo en un juicio totalmente subjetivo al momento de la contratación de personal, cuyo único desenlace es ser un gasto para la empresa por la tolerancia de mantener un equipo de trabajo ineficiente. Además, se tiene la errónea noción que, por ser una empresa familiar, son los hijos quienes deben desempeñar funciones u ocupar un cargo en la empresa, desarrollando visión errada en el líder respecto a la búsqueda de personal externo adecuado.

Frente a estas desventajas que se presentan, resulta indispensable y como principal solución una adecuada estructura de gobierno corporativo para la empresa así como lo señala Urrea:

“La importancia de establecer estructuras de gobierno en la empresa familiar radica en que unas estructuras sólidas permiten separar y administrar los asuntos de propiedad, empresa y familia, aspectos que deben ser tratados en distintos escenarios. Estos escenarios facilitan a los integrantes de la familia aprender a trabajar constructivamente y comprender sus responsabilidades, derechos y privilegios”⁴⁹

Siendo estas mismas desventajas, por una falta o inadecuada respuesta oportuna, las que en un futuro se convertirán en problemas con un mayor grado de dificultad al momento de solucionarlos o tomar medidas, como se analizará en el siguiente acápite.

1.3.6 Problemas o conflictos societarios dentro de los Grupos Empresariales Familiares.

Al hacer alusión a los conflictos societarios, nos referimos de manera directa a la colisión de intereses que se presentan entre los individuos que conforman la organización empresarial-legal, es decir de sus socios o accionistas y al referirnos específicamente a la institución jurídica que regula a una empresa familiar, nos vamos a centrar en problemas societario-familiares.

Que como se analizó anteriormente, la falta de delimitación o confusión entre los límites de la familia y la empresa, así como superponer al extremo estos dos sistemas generan inconvenientes durante su ciclo de vida y más aún bajo la idea que una empresa familiar se encuentra condicionada a las características de la familia que la forma, así como elementos emocionales y la obligatoriedad de responder a situaciones relacionales intrínsecas de una familia.

Favier Dubois, sostiene que esta confusión se presenta en diversos planos a saber:

“a) cualquier miembro de la familia se cree con derecho (o se siente obligado) a trabajar en la empresa, sin computarse su capacidad y la existencia de una vacante, percibiendo retribuciones en exceso o defecto de las del mercado, o

⁴⁹ (Albélaez, 2003, pág. 21)

pretendiéndose retribuciones iguales entre herederos cuando realizan tareas distintas;

b) todos los herederos se creen con derecho a gestionar la empresa o a participar en la propiedad en igualdad;

c) confusión de las cuentas entre empresa y familia en materia de política de dividendos, patrimonio sujeto a riesgo y retribuciones desproporcionadas;

d) discrepancias entre el empresario y sus hijos por la designación del sucesor, por la transmisión de la propiedad y por los criterios empresariales;

e) se confunde justicia (igualdad) con equidad (actitud y merecimientos) al retribuir o transmitir la propiedad a los hijos;

f) desacuerdos entre el empresario y su cónyuge sobre la situación de los hijos respecto de la empresa y sobre la sucesión en el poder y la propiedad de la misma; y

g) malestar de los directivos no familiares de la empresa con la situación de los familiares dentro de la misma.⁵⁰

En suma, estas causas se presentan en los tres elementos que forman la esencia de estos grupos, como se analizó en el segundo apartado de este capítulo, es decir propiedad, dirección del negocio y familia. De manera que cuando existen, nacimientos, muertes, matrimonios, divorcios, incorporación de nuevos miembros políticos de la familia, constitución de la empresa a través de una inadecuada figura societaria, falta de un gobierno, entre otros, estos conflictos únicamente se potencian ocasionando que sea más difícil alcanzar una solución.

Por lo tanto, el conflicto societario no se presenta entre dos individuos o partes interdependientes sino que tiene lugar entre quienes integran la sociedad, adicionalmente, en algunos casos puede ser entre más de dos personas debiendo tener en cuenta la participación o porcentaje accionario con el que cuentan, dando lugar a las denominadas triadas y coaliciones entre los miembros desatando una batalla de intereses por una lucha del poder, mayores beneficios económicos y hasta en algunos

⁵⁰ (Dubois, El conflicto Societario - Familiar: características, prevención y etapas para la construcción de la solución., 2013)

casos determinar quién se queda y quien sale de la organización; cuyo único corolario es que este conflicto además de afectar a los socios, trascienda fronteras afectando a la actividad económica, empleados, agentes externos relacionadas con la empresa, deteriorando al grupo empresarial y eventualmente pudiendo ocasionar una quiebra o disolución de la misma.

Lo que a su vez genera una serie de conflictos internos de la sociedad:

- Formación de intereses personales: tienen lugar cuando alguno o algunos de los socios le imponen a la empresa la obligación de celebrar negocios con una de sus agencias, representaciones o asociaciones particulares con la finalidad de obtener un beneficio personal, desangrando económicamente a la empresa familiar.
- Rivalidad entre los miembros: se presenta debido a una falta de gobierno, lo cual anula cualquier tipo de jerarquización con la que debería contar la empresa para un adecuado proceso respecto análisis y toma de decisiones, de manera que cada quien actúa de acuerdo a sus emociones e intereses, sin seguir un plan estratégico profesionalizado o tener una visión del entorno y futuro de la empresa. Ocasionando rivalidad entre personas que si bien comparte un vínculo de sangre y un mismo ideal podría provocar que la empresa se desintegre, o que quiera dejar la empresa, lo que implicaría la venta de sus acciones a terceras personas.
- Administración obsoleta: puede presentarse en dos casos,
 - “a) Cuando el poder está sólo en las manos del fundador, quien actúa sin visión innovadora, y
 - b) Cuando se da el caso de “el primero entre iguales” en la sociedad de hermanos y el sucesor no fue instruido y capacitado en el tiempo oportuno”⁵¹

Problema que se presenta en empresas de primera generación como de posteriores, ya que siempre va a llegar un punto en el que el fundador deba retirarse y dejar la posta a sus sucesores y es en ese momento que el conflicto surge debido a que la empresa no cuenta con un plan de sucesión en el cual se vaya a establecer y regular el cambio de liderazgo, el cual implica el paso de

⁵¹ (Díaz & Quintero, 2017, pág. 96)

una generación a otra que conlleva implícitamente el riesgo de la continuidad o no de la empresa familiar; siendo el cambio generacional uno de los principales causas de muerte de este tipo de empresas.

Adicionalmente el factor tiempo no es el mejor aliado en la continuidad de las empresas, porque sin pensarlos han transcurrido 10 o 20 años desde su fundación, siendo necesario que pase a manos de una nueva generación, o una sucesión inesperada por la muerte súbita o enfermedad terminal del líder, en la que si no se proveyó la visión de la familia y la misión de la empresa muy difícilmente se va a poder cumplir con los fines para los cuales fue creada.

Desde otra perspectiva la falta de preparación del sucesor y su elección arbitraria por la simple característica de ser el primogénito sin obedecer a una planificación empresarial podría llevar a la empresa a una crisis financiera o un mal manejo de la misma.

Como se ha podido advertir son algunos los problemas que se podrían presentar en una sociedad, y estos no son los únicos así como tampoco constituyen una variable fija en la vida empresarial, sin embargo, son conflictos que en primer plano su solución no se encuentra en una acción judicial, sino más en medidas previas como son ciertas cláusulas o documentos contractuales que se podrían incorporar en los estatutos o contratos relativos a la sociedad, que se celebren ya sea al momento de su constitución o mediante una reforma, como los siguientes:

- a) Cláusulas arbitrales que permitan someter el conflicto a mediación con la finalidad de obtener una solución a través de vías alternativas a la judicial, debido a que en este tipo de problemas societarios y más al tratarse de una empresa familiar es indispensable despejar las cargas emocionales para poder llegar a resoluciones objetivas.
- b) Cláusulas estatutarias que permitan el ingreso como salida de los socios de acuerdo a circunstancias previamente tasadas en el contrato.
- c) Cláusulas relativas a la muerte, matrimonio, divorcio de un socio, “Son fundamentales para evitar un ingreso indeseado de herederos o del ex cónyuge, por vía de adjudicación de cuotas o acciones en la liquidación de la sociedad

conyugal”⁵²

- d) La creación de una administración adecuada a la empresa familiar y sus diferentes órganos a través de un gobierno corporativo previamente establecido en los estatutos.
- e) La preparación de un plan de sucesión tanto patrimonial como empresarial.

Entre otras medidas que pueden adoptarse, para la solución de estos conflictos societarios-familiares, que serán desarrollados posteriormente dentro de la presente investigación, sin embargo, a partir la profundización y análisis que se ha podido establecer dentro de este primer capítulo en el cual hemos podido señalar nociones básicas y elementales para el entendimiento del tema que nos ocupa así como la situación de estos grupos empresarial en el Ecuador, que ha sido plasmada a través de datos reales que permiten comprender la importancia y el papel que desempeñan estas empresas en nuestra sociedad; así como los problemas que se presentan los cuales establecen las pautas básicas para poder plantear soluciones y mecanismos de protección adecuados, siendo necesario recalcar una vez más, la falta de normativa jurídica que brinde mayor seguridad y regulación de manera integral a este tipo de empresas *sui generis*.

⁵² (Dubois, El conflicto Societario - Familiar: características, prevención y etapas para la construcción de la solución., 2013, pág. 9)

CAPÍTULO 2.- TIPO DE SOCIEDADES MERCANTILES Y EL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO COMO HERRAMIENTAS PARA EL ADECUADO DESARROLLO EMPRESARIAL.

Posterior a analizar consideraciones generales de las empresas familiares y establecer nociones y conceptos básicos, el presente capítulo busca determinar qué tipo de sociedad mercantil se puede adoptar en nuestro país, para lo cual es necesario revisar las formas jurídicas que el legislador ha reconocido; poniendo mayor énfasis en las sociedades anónimas y compañía de responsabilidad limitada de manera que se puedan advertir sus rasgos principales, ventajas, desventajas y resolver cuál de ellas se adecua a las particularidades de los grupos empresariales familiares.

Desde otra perspectiva y como otra herramienta que permita a este tipo de sociedades alcanzar un adecuado desarrollo empresarial, se ha considerado imperioso estudiar el buen gobierno corporativo como una acción oportuna y respuesta ante los conflictos que podrían suscitarse en una empresa familiar, en donde coexisten dos realidades - empresa y familia- que si bien como se analizó en el primer capítulo, se relacionan y tienen una fin principal que es el ser una fuente de ingresos a lo largo del relevo generacional en una familia, también surgen ciertos conflictos lo cual hace inevitable que estos dos elementos que se sobrepone en una empresa familiar, sean gestionados de manera separada, por lo cual se deben establecer normas, principios, procedimientos y órganos que nos permitan dirigir a la empresa de manera ética, eficiente y transparente.

2. 1. Sociedades mercantiles y su clasificación en la legislación ecuatoriana.

En la legislación ecuatoriana, las empresas familiares no tienen una regulación propia por lo que han tenido que adoptar una forma jurídica que más se adapte a sus necesidades, tomando en cuenta el tipo de actividad económica, organización familiar, consideraciones tributarias, entre otros aspectos así como señala Vicent Chuliá:

“La empresa familiar trata de armonizar dos importantes instituciones sociales regidas por valores antagónicos: por el rendimiento y los resultados (Empresa) y por la protección y lealtad (Familia) e intenta planificar el desarrollo

de ambas instituciones para potenciar sus sinergias... haciendo que superen el tránsito de la segunda y tercera generación sin disolverse.”⁵³

Si bien una sociedad mercantil en términos generales, es una institución jurídica-privada, que se constituye para formar negocios que la ley califica como actos de comercio, esta puede ser estudiada desde tres perspectivas:

La primera hace referencia a que la sociedad es una figura que permite crear una empresa con las aportaciones que realicen sus socios, lo que va a dar nacimiento a una persona jurídica que va a obtener la titularidad del negocio y que tiene como finalidad el cumplimiento de su objeto social; una segunda perspectiva se refiere a esta como la relación corporativa que existe entre dos o más personas, cuya unión va a permitir la creación y nacimiento de una persona jurídica distinta a sus socios y que se va a perfeccionar de acuerdo a la forma jurídica que se trate. Por último, aquella corriente que señala que es un contrato, a través del cual dos o más personas se vinculan mediante la unión de capital o trabajo para realizar una actividad económica que de manera individual no la pudieran lograr y así obtener beneficios de manera conjunta.

Nuestros legisladores han optado por este último criterio, es decir, siguen una corriente contractualista, como se desprende del artículo primero de la ley de compañías:

“Contrato de compañía es aquél 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.”⁵⁴

Sin embargo, si analizamos la definición que establece el Código Civil respecto al contrato, resulta errónea y difícil de encuadrar en el contexto de un contrato social, debido a que se entiende por contrato al “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

⁵³ (Vicent Chuliá, Introducción al Derecho Mercantil., 2002, pág. 52)

⁵⁴ (Ley de Compañías , 2018, Art.1)

personas.”⁵⁵ debido a que entre los fundadores de la empresa no se genera ningún vínculo u obligación de manera directa, ya que en realidad lo que sucede es que surgen obligaciones de cada uno de los fundadores con la compañía y esta será considerada como persona jurídica únicamente cuando se dé su inscripción en el Registro Mercantil, adicionalmente estamos frente a un acto plurilateral debido a que no nos encontramos frente a un negocio jurídico bipartito simple, si no que el contrato de compañía admite tantos socios o accionistas según la regulación jurídica de cada tipo de compañía lo permita.

Por lo tanto, estamos frente a un contrato en el que las partes expresan su voluntad fundacional de constituir una persona jurídica, así como una voluntad obligacional en la que declaran su ánimo de obligarse con la suscripción de un aporte y obtener lucro, es decir obtener dividendos y participar de ellos como justificación del objeto social; si bien ni la definición de contrato del Código Civil como el la del Ley de Compañías hacen alusión a las solemnidades necesarias para la validez de este contrato social, resulta vital su celebración por escritura pública autorizada por el notario, funcionario investido de fe pública con la finalidad de tutelar los intereses de los socios, la sociedad y terceros; para que una vez aprobada por la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros se proceda a su inscripción en el Registro Mercantil para poder emprender la actividad para cuyo objeto se constituyó la empresa familiar.

Según nuestro ordenamiento vigente, las sociedades deben organizarse bajo una de las formas o especies que enuncia la ley de compañías en su artículo segundo para que puedan ser consideradas como una sociedad de derecho y adicionalmente se exige que se debe añadir al nombre de cada sociedad la mención de la especie a la que se adscribe para evitar todo tipo de conflicto.

“Art. 2.- Hay cinco especies de compañías de comercio, a saber:

La compañía en nombre colectivo;

La compañía en comandita simple y dividida por acciones;

La compañía de responsabilidad limitada;

La compañía anónima; y,

⁵⁵ (Código Civil , 2015, Art. 1454)

La compañía de economía mixta.

Estas cinco especies de compañías constituyen personas jurídicas.

La Ley reconoce, además, la compañía accidental o cuentas en participación.⁵⁶

Estas cinco primeras dan lugar a la creación de una persona jurídica, mientras que la compañía accidental y la de cuentas en participación no permiten el reconocimiento ni nacimiento de una persona jurídica, por ello y para los fines de la presente investigación únicamente se revisaran las primeras cinco, debido que la elección de una de estas especies implica la aplicación de normativa y procedimientos específicos para cada una de ellas.

Y, para un mayor entendimiento y previo a un análisis individual de estas compañías, es pertinente hacer alusión a la clase de sociedades a las que pueden pertenecer, dividiéndolas en este sentido en personalistas y capitalistas; las primeras tienen en consideración a la persona del socio, por lo que se deben analizar sus cualidades, prestigio, solvencia, confiabilidad, de manera que el capital está integrado por el aporte de sus socios y no se admite una suscripción pública de este ya sea para su constitución o aumento, debido a que este particular iría en contra de la naturaleza de este tipo de compañías, lo que provoca que las participaciones de los socios no sean libremente negociables sino que se requiere el consentimiento unánime de todos.

En cuanto a las compañías capitalistas, son aquellas en las que prevalece el factor capital, es decir lo que importa es la cantidad que se va aportar más no quien es la persona que lo hace, por lo que se puede llamar al público para que suscriba acciones ya sea al momento de la constitución o cuando se realice un aumento de capital, lo que convierte a las acciones en libremente negociables y su transferencia se realiza mediante una nota de cesión puesta en el título con la firma de quien la transfiere, sin que sea necesario el consentimiento de los demás accionistas.

De acuerdo a las características señaladas, dentro de las compañías de naturaleza personalista o cerrada, podemos catalogar: las compañías colectivas, comandita simple y la de responsabilidad limitada; mientras que la sociedad anónima, economía mixta y

⁵⁶ (Ley de Compañías , 2018, Art.2)

comandita por acciones responden a las características de las de tipo capitalistas o abiertas. Teniendo en cuenta que, “Para los efectos fiscales y tributarios las compañías de responsabilidad limitada son sociedades de capital.”⁵⁷

La consideración que ha señalado en líneas anteriores, a simple vista nos llevaría a la conclusión de que las sociedades personalistas son idóneas para las empresas familiares, sobre todo en la primera etapa donde los lazos de familia y la identidad de los socios juega un rol fundamental, sumado a que esta figura permite analizar las cualidades personales, patrimoniales y profesionales de los socios y mantener a la sociedad de cierto modo cerrada debido a las limitaciones de transmisión de dominio que por la naturaleza misma de una empresa familiar se deben cumplir para poder mantener el patrimonio tanto de la familia como el de la empresa en manos de futuras generaciones. Sin embargo, se realizará un breve análisis de cada una de estas compañías dándoles un mayor énfasis a las sociedades anónimas y compañías de responsabilidad limitada debido a que en nuestro medio y en todo el mundo son las más utilizadas.

- La compañía colectiva: hace alusión a una sociedad típicamente personalista, contraída por dos o más personas naturales en la que por su configuración jurídica los socios responderán personal, solidaria e ilimitadamente por las obligaciones contraídas y en principio todos tienen derecho a ser parte de la administración de la empresa, bajo una razón social para poder ejecutar actividades de comercio. Es por ello y de acuerdo a lo que establece el artículo 44 y posteriores de la Ley de Compañías en caso de no exista regulación alguna, todos los socios se encuentran facultados para administrar la compañía y firmar por ella; situación que en una empresa familiar lo único que provocaría son enfrentamientos adicionales a aquellos que ya son inherentes a la naturaleza de este tipo de sociedades, dando lugar a una disputa constante por adquirir el poder en la administración dado el interés y conveniencia personal que cada miembro de la familia persigue.

Desde otra perspectiva, en este tipo de sociedad, los socios administradores no podrán transmitir sus participaciones a terceros o delegar funciones que les

⁵⁷ (Ley de Compañías , 2018, Art. 97)

compete sin tener el consentimiento unánime de los socios, factor que resulta interesante y se la puede catalogar como una ventaja para negocios familiares debido a que esto facultaría a que la empresa siga una misma línea y se cumplan los objetivos propuestos por los socios al momento de su fundación.

Sin embargo, por el hecho de que la responsabilidad se encuentra vinculada solidaria e ilimitadamente a cada socio trae como consecuencia que cualquier miembro de la familia pueda ser demandado por la totalidad de la obligación, sin que pueda oponerse a esta que por excepción sea la compañía la que responda en primer lugar o que la obligación se divida entre todos los socios y la compañía a la vez, en consecuencia los socios no gozan del derecho de beneficio de división, orden o exclusión, de manera que no solo responden por el monto de sus aportaciones sino que también se ha comprometido todo su patrimonio, lo que resulta perjudicial para el miembro de la familia e implica que se exponga el patrimonio de la empresa y la familia para la satisfacción de obligaciones.

En cuanto al capital, la ley no ha establecido un valor mínimo o máximo que deba cumplirse así como tampoco señala el plazo para el pago de la totalidad del capital, sino únicamente se debe dar cumplimiento a lo que señala el artículo 43 que hace referencia al pago de al menos el 50% del capital suscrito y que las aportaciones podrán realizarse en dinero, créditos, bienes e industrias. Abriendo la posibilidad para que los socios aporten con su trabajo, situación que presenta una doble faceta; desde una primera óptica se muestra interesante para las empresas familiares puesto que lo que se busca es que los propios miembros de la familia sean quienes ocupen ciertos roles y al representar una forma de aportación económica implica una mayor fidelización con la sociedad, siendo un aspecto positivo empero, desde otra óptica se debe tener en cuenta que no todas las aportaciones pueden realizarse de esta manera debido a que la empresa no contaría con capital líquido suficiente para el desempeño de actividades del giro del negocio y a la vez surgen una serie de interrogantes: ¿Quién puede realizar aportes de trabajo? ¿Porque aceptar que un miembro del grupo realice esta clase de aporte y otros no? ¿Como valorar

económicamente a este tipo de aportaciones? Lo que nos trae nuevamente más conflictos de intereses.

Resulta interesante analizar la prohibición de competencia a la que los socios se encuentran sujetos:

“(…) b) No tomar interés en otra compañía que tenga el mismo fin ni hacer operaciones por su propia cuenta, ni por la de terceros, en la misma especie de comercio que hace la compañía, sin previo consentimiento de los demás socios; de hacerlo sin dicho consentimiento, el beneficio será para la compañía y el perjuicio para el socio. Se presume el consentimiento si, preexistiendo ese interés al celebrarse el contrato, era conocido de los otros socios y no se convino expresamente en que cesara; (…)”⁵⁸

Prohibición que dentro de una empresa familiar es innecesaria, considerando que la lealtad debe ser la base sobre la cual se estructuran estas sociedades, por ello en un momento determinado más que una prohibición concebida desde una perspectiva de protección a la empresa y sus miembros, podría considerarse como una limitante para extender el campo económico en el que se desenvuelve la familia.

En consecuencia, si bien la compañía colectiva presenta ciertas características que podrían considerarse como ventajas para una empresa familiar, existen otras que tienen mayor impacto en la regulación de esta figura como es el tema de la administración, responsabilidad y aportaciones de los socios, lo cual únicamente provocaría malos entendidos y una falta de seguridad tanto para el patrimonio de la empresa como el de los socios, postura que se traduce en una falta de protección para el grupo empresarial familiar.

- La compañía en comandita: es una especie de compañía que dentro de nuestra legislación se encuentra en desuso, sin embargo, lo que estandariza a este tipo de sociedades es la existencia de dos clases de socios: los comanditados y los comanditarios. Los comanditados son los socios principales, sus nombres van a integrar la razón social, desempeñan de manera exclusiva la dirección de la empresa y responden de forma solidaria e ilimitada por las obligaciones

⁵⁸ (Ley de Compañías , 2018, Art.54)

sociales; mientras que los comanditarios tienen como principal función la aportación de fondos sin derecho a participar en la administración de la empresa, su nombre no aparece en la razón social y únicamente deben responder a las obligaciones hasta el monto de su aportación. Por lo que se podría decir que estamos ante una subespecie de una compañía colectiva. En palabras de Garrigues se la puede definir como: “La sociedad personalista dedicada en nombre colectivo y con responsabilidad limitada para unos socios e ilimitada para otros a la explotación de una industria mercantil”⁵⁹

La compañía en comandita presenta una subdivisión: comandita simple y comandita por acciones, en ambas se cuenta con dos clases de socios, su administración le corresponde a los socios comanditados, la razón social va acompañada de la palabra “compañía en comandita” y en cuanto a sus principales diferencias, la compañía en comandita por acciones está sujeta en su totalidad al control de la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros mientras que la comandita simple tiene que ser aprobada por un juez de lo civil, la comandita por acciones es predominantemente capitalista por lo que su capital se divide en acciones que son libremente negociables a diferencia de la comandita simple que es personalista, su capital no se divide en acciones y para su negociación es necesario el consentimiento de los demás socios comanditarios y una nueva suscripción de la escritura social.

Se podría afirmar que la compañía en comandita simple podría ser una opción de figura jurídica, a través de la cual, los grupos empresariales familiares cumplan con su finalidad, en base a que puede darse la posibilidad sobre todo en empresas de gran tamaño, de que existan socios que tengan la intención de participar de manera activa en la dirección y gestión de la empresa cumpliendo con los objetivos y valores de la familia, bajo la figura de socios comanditados y aquellos miembros de la familia o terceros cuyo único interés es participar económicamente dentro de la empresa y sin entrometerse en su administración bajo la figura de socios comanditarios.

⁵⁹ (Garrigues, 2017, pág. 325)

“Con todo, este tipo social presenta la ventaja fundamental de hacer posible la entrada de capital ajeno en el patrimonio social, sin que las personas que efectúen esas aportaciones asuman la administración de la sociedad, la cual quedaría reservada a los accionistas que conforman el Grupo Familiar.”⁶⁰

Sin embargo, su poco uso en la actualidad y al ser un tipo social de escasa difusión en el medio, su regulación no ha tenido mayor avance por lo que no se presenta como una opción para los fundadores de una empresa familiar.

- Compañía de economía mixta: son compañías que bajo la noción de Cesar Dávila están marcadas por su temporalidad y precariedad, puesto que no son más que la unión de una sociedad anónima, es decir, de una persona jurídica de derecho privado con una de derecho público, en la que cada una posee una participación accionaria y que se han vinculado con la finalidad de prestar un servicio de interés general. En cuanto a su constitución pueden ser mayoritarias cuando el estado es propietario de un porcentaje mayor en relación a la persona jurídica de derecho privado, o minoritaria cuando únicamente existe una pequeña aportación del sector público al capital privado, criterios de los cuales va a depender la administración de estas compañías de acuerdo a lo que regula la Ley de Compañías a partir del artículo 308.

No obstante, debido a los elementos que caracterizan a una empresa familiar, esta bajo ningún argumento podría constituirse a través de la figura de una compañía de economía mixta, en virtud de que su finalidad es perdurar en el tiempo y que sus únicos o al menos los principales propietarios sean los miembros de la familia, dos preceptos que se encuentran totalmente alejados de la naturaleza y realidad de una empresa de economía mixta, que únicamente se crea para poder cumplir con una actividad o prestar un servicio específico para posteriormente disolverse o transformarse en otro tipo de compañía de acuerdo a la finalidad que se persiga.

Como se ha analizado existen ciertas características de las compañías estudiadas en líneas anteriores a través de las cuales una empresa familiar podría constituirse o

⁶⁰ (Vicent Chuliá, Organización jurídica de la sociedad familiar, 2002)

considerar como una opción, pero no cuentan con una regulación que permita satisfacer las necesidades de los grupos familiares y sobre todo brinden una protección adecuada tanto a la empresa como a sus miembros a lo largo del tiempo, es por ello que hemos dejado para el final del primer acápite de este capítulo el estudio de los dos tipos de compañías más empleadas a nivel nacional e internacional en las cuales se puede encontrar la solución o al menos regulaciones que permitan un mejor desenvolvimiento de estas empresas.

2.1.1 Sociedad anónima.

Al analizar a la sociedad anónima, se puede señalar que estamos frente a un tipo de sociedad de carácter abierto y capitalista; abierto debido a que su organización por la naturaleza jurídica de esta sociedad, se aleja de todo límite que pudiese llegar a incidir en el tamaño de la empresa y capitalista a causa de que son organizaciones creadas para la concentración de recursos económicos y financieros en grandes cantidades, por ello su capital se encuentra dividido en acciones en el que se admite la suscripción pública de capital representada en títulos que son libremente negociables, en base a que la personalidad de los socios es indiferente para quienes forman parte de estas sociedades por el hecho de que su administración es especializada, es decir, que la compañía se encuentra dirigida por personas expertas en el comercio y sobre todo en la actividad designada como objeto social, de manera que es la capacidad y experiencia de la persona lo que le da la aptitud para desempeñar un cargo dentro de la administración, más no la calidad de accionista, es por ello que la responsabilidad de los accionistas disminuye únicamente al monto de sus aportaciones. Son per se el tipo de sociedad más apto para grandes empresas.

Sin embargo, según Manuel Broseta y Fernando Martínez podemos hablar de “la existencia de tres tipos fundamentales de sociedades anónimas: la sociedad abierta, la sociedad de tamaño medio, y la pequeña sociedad anónima (normalmente familiar y cerrada).”⁶¹ No obstante, en relación al último tipo y por la complejidad de la Sociedad Anónima en cuanto a su regulación legal, la libre transmisibilidad de las acciones, el monto mínimo de capital mayor que el de una compañía de responsabilidad limitada, su número ilimitado de accionistas entre otros factores que se analizarán a

⁶¹ (Pont & Sanz, 2017, pág. 347)

continuación trae como consecuencia que las empresas familiares o en general pequeñas empresas no compaginen de la mejor manera, con una sociedad anónima; limitándonos en este sentido, a las sociedades anónimas abiertas o bursátiles caracterizadas por que sus acciones son cotizadas en mercados secundarios oficiales, de forma que estas se encuentran en manos de miles de accionistas ocasionando que el valor del capital de la compañía represente una cifra considerable, y en segundo lugar a las sociedades de tamaño mediano, aquellas que no cotizan en bolsa pero que modifican sus estatutos con la finalidad de mantener las acciones en manos de ciertas personas así como la administración de la empresa.

2.1.1.1 De la constitución.

En cuanto a la constitución, es menester hacer alusión a la prohibición en la que se encuentra inmersa este tipo de sociedad, señalada en el artículo 145 de la Ley de Compañías cuando establece que para la formación de sociedades anónimas se requiere de la capacidad civil para contratar por lo cual no puede conformarse entre conyugues ni entre padres e hijos no emancipados.

Respecto al proceso de constitución este puede ser simultáneo o sucesivo; es simultáneo cuando se realiza mediante un solo acto en el que concurren algunos de los accionistas fundadores (mínimo dos y sin un máximo señalado) y se celebra mediante escritura pública de fundación que deberá cumplir con todos los requisitos señalados en el artículo 150 del ya mencionado cuerpo legal, que hacen referencia al convenio de constitución, es decir la voluntad de los accionistas respecto a: constituir la compañía, regirse por la ley y los estatutos, la identidad de la compañía como la de los accionistas, los requisitos legales en el que debe establecerse el objeto social, el importe de capital, número de acciones en el que se encuentra dividido, valor nominal de estas acciones, la forma en la que se ha realizado la aportación y por último los requisitos de funcionalidad en el que deben guiarse los órganos de gobierno así como la administración de la empresa.

Posterior, se debe presentar tres copias notariadas de la escritura de constitución con firma de un abogado y los nombramientos en el Registro Mercantil para proceder con la respectiva inscripción de la compañía, documentos que, serán sujetos a un control ex post por parte de la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros; y, finalmente obtener el Registro Único de Contribuyentes.

Estaremos frente a la constitución sucesiva, cuando un grupo de personas a quien se les denomina promotores firmen la escritura de promoción junto con el estatuto que va a regir a la compañía próxima a constituirse, mismo que deberá cumplir con los requisitos del artículo 153, y se elevará a escritura pública a fin de que se presente ante la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros para su aprobación y su posterior inscripción en el Registro Mercantil donde se publicará un extracto de estos documentos y se convocará de manera abierta al público para que suscriban capital y se adhieran a los términos que constan en la escritura de constitución. Por último, con la suscripción de los accionistas se deberá realizar la constitución definitiva en la que se debe cumplir con el mismo procedimiento señalado para las sociedades anónimas de constitución simultánea.

2.1.1.2 Del capital y las acciones.

Como ya se mencionó, al ser la compañía anónima típicamente capitalista permite que su capital se encuentre dividido en acciones que van a ser libremente negociables y suscritas públicamente. Existiendo tres tipos de capital: autorizado, es aquel capital respecto el cual la junta general podrá resolver y autorizar la suscripción y emisión de nuevas acciones, el cual no podrá exceder al doble del capital suscrito; el capital suscrito, que representa el valor que los accionista han aportado y que determinará el monto por el cual se obligan así como el límite de su responsabilidad cuyo monto mínimo entre todos los accionistas es de ochocientos dólares de los Estados Unidos de América y por último el capital pagado que es el monto que los accionistas ya han cubierto y entregado, que no podrá ser inferior a la cuarta parte del capital que han suscrito, la diferencia que no sea cancelada, deberá entregarse en un plazo no mayor a dos años contados desde la inscripción de la compañía o aumento en el Registro Mercantil.

El capital de estas sociedades al estar dividido en acciones, se debe determinar un valor nominal para las mismas, valor que deberá ser de un dólar o múltiplo de un dólar. Adicionalmente como caracteres propios de esta sociedad y que resultan relevantes para nuestro caso de estudio, se pueden señalar los siguientes:

- Las aportaciones de capital pueden ser en dinero, bienes muebles o inmuebles, con respecto a los dos últimos únicamente podrán aportarse bienes que tengan

relación con el objeto social de la empresa y se deberá hacer constar en la escritura el valor, transferencia de dominio, así como las acciones que se entregan a cambio por estos bienes; situación que no genera conflicto alguno en los accionistas de una empresa familiar.

- Las acciones nominativas de acuerdo a los derechos que pueden conferir a sus titulares pueden ser; ordinarias, aquellas que les permite adquirir todos los derechos como utilidades, voto, preferencia en el aumento de capital o acciones preferidas, que de acuerdo a lo que la ley señala confiere todos los derechos excepto el derecho a voto, salvo en los siguientes casos: cambio de objeto social, disolución anticipada y modificación de los privilegios respecto a las acciones preferentes; estas acciones no podrán exceder el cincuenta por ciento del capital social de la compañía. Esta distinción entre las acciones a las que da lugar este tipo de compañía podría considerarse como una ventaja desde la perspectiva que si bien todos los miembros de la familia pueden formar parte de la empresa desde una concepción económica y percibir utilidades de acuerdo al valor pagado por las acciones, únicamente aquellos que posean acciones ordinarias tendrán derecho a voto, lo cual facilita el desarrollo y toma de decisiones del grupo familiar; sin embargo, el conflicto surge al momento de determinar el porqué, o los requisitos que se deben cumplir para ser titular de una u otra clase de acción.

Haciendo hincapié a la posibilidad que puede estipularse en relación al hecho de que los accionistas pueden tener derecho a voto o no, de acuerdo a lo que se señale en el contrato social, lo cual evidentemente es una ventaja como lo indica Rodríguez Artigas:

“En las Sociedades Familiares, tiene gran interés la admisión de estas participaciones sin voto, pues representa un instrumento valioso de financiación de las mismas, que resulta beneficioso tanto para los titulares de las mismas, como para la sociedad. Para los primeros, porque van a obtener a ciertos efectos, una posición privilegiada, que se traduce entre otros derechos en la percepción de un dividendo preferente, pudiendo recuperar en algún caso el voto. Para la sociedad, porque va a poder obtener financiación, sin perder el control de la misma. Con estas participaciones se consigue en sociedades de carácter cerrado, en primer lugar, atraer fondos necesarios para el desarrollo del objeto social, manteniendo el control por el núcleo familiar. Y, en segundo

lugar, pueden evitar problemas en los supuestos de adquisición mortis causa de las participaciones de un socio. La entrada de los herederos de un socio no altera el carácter cerrado de la Sociedad Familiar si éstos desinteresados de la gestión social reciben participaciones sin voto, por las cuales van a obtener ventajas económicas⁶²

- Las acciones son indivisibles, por lo que cuando existan varias personas que sean titulares de una misma acción se deberá nombrar a un procurador común de estas. Si bien en una sociedad anónima puede integrarse por miembros de la familia como terceros externos a esta, el hecho de que una familia, o un conjunto de personas no pueda ponerse de acuerdo y existan conflictos de intereses va a provocar la necesidad de nombrar a un procurador que por el carácter del conflicto va a ser una persona ajena a la familia, situación que no solo dará lugar a la posibilidad de solucionar el desacuerdo desde un ámbito objetivo sino que también va a permitir la presencia de personas foráneas al grupo.
- Las acciones son embargables, y se efectuará mediante la aprehensión de los títulos y la inscripción del embargo en libro de acciones y accionistas; al tener esta característica permite que cualquier miembro lo utilice como mecanismo de financiamiento lo cual en un momento determinado y frente a circunstancias negativas evidentemente generaría un riesgo para los accionistas y el patrimonio de la compañía.
- El dominio de las acciones se transfiere mediante nota de cesión que debe constar en el mismo título o en una hoja que se adhiera a este y deberá estar acompañado de la firma de la persona que lo transfiere, como requisito para su perfeccionamiento es necesario que esta transferencia se inscriba en el libro de acciones y accionistas. Adicionalmente, no existe limitación alguna en cuanto a la negociación de las acciones, ni podrá establecerse ningún tipo de restricción en los estatutos o por parte de la junta general, desde otro contexto la compañía anónima puede adquirir sus propias acciones siempre que exista aprobación por parte de la junta y la compra se realice con los fondos de las utilidades líquidas. Criterios que rigen a esta clase de sociedad y que a todas

⁶² (Rodríguez Artigas, 2005) obtenido de (Gómez, 2011, pág. 20)

lucos y desde la perspectiva que sea analizada no tiene relación o compatibilidad alguna con la naturaleza y finalidad de un grupo empresarial familiar.

- La titularidad de las acciones se transfiere por causa de muerte a sus sucesores; de manera que el simple hecho de tener la calidad de heredero le permite a un individuo formar parte de la empresa y el conflicto surge cuando se trata de una sucesión de acciones ordinarias, le confiere el derecho a voto a una persona sin que si quiera se haya evaluado su aptitud o conocimiento del giro del negocio.
- Sobre las acciones se puede constituir el derecho de usufructo, en el que se generan dos derechos coexistentes: el del nudo propietario y el usufructuario; lo que nuevamente provoca el ingreso de personas ajenas a la familia, que es lo que se trata de evitar en este tipo de empresas.

2.1.1.3 De los derechos de los accionistas.

Fuera de los derechos que se sobreentiende que le pertenece a quien ostenta la calidad de accionista, se puede hacer alusión al derecho que tienen de ser representados en la junta general por terceras personas, siempre que exista una carta dirigida al gerente y no exista cláusula alguna en los estatutos que señale lo contrario; que en caso de llegar a suscitarse sería únicamente una desventaja para la empresa familiar, el permitir que una persona sin conocer los fines o intereses del grupo pueda estar dentro de la junta general.

De acuerdo a lo analizado en este apartado, se puede señalar que si bien las empresas constituidas bajo la figura jurídica de sociedad anónima son una de las formas más utilizadas en la actualidad, en relación a las empresas familiares presentan una serie de aspectos que permiten que los fundadores elijan esta figura y que pueda adaptarse a la misma empero, como se analizó existen otros factores que resultan perjudiciales tanto para la empresa como para sus miembros, por lo que a continuación se analizará la compañía de responsabilidad limitada en relación a la empresa familiar y el buen manejo de la misma a través del gobierno corporativo.

2.1.2 Compañía de responsabilidad limitada.

Tuvo su aparición a finales del siglo XIX, con la finalidad de responder ciertas prácticas que no habían sido resultas por las sociedades existentes hasta ese momento, de manera que se buscaba regular actividades comerciales que eran desarrolladas por grupos pequeños de personas que se encontraban vinculadas por lazos de familia pero sin que por ello se encuentren sometidas a una responsabilidad ilimitada como sucede en las compañías personalistas; lo que se pretendía era adoptar una figura que permita limitar la responsabilidad de los socios y que a la vez su organización interna no sea tan rígida como sucede en las sociedades anónimas, por lo que, se puede decir que estamos frente a una sociedad mixta en la que las aportaciones económicas y la autonomía de la voluntad de los socios permite el desarrollo de un régimen jurídico flexible.

“La compañía de responsabilidad limitada es la que se contrae entre dos o más personas, que solamente responden por las obligaciones sociales hasta el monto de sus aportaciones individuales y hacen el comercio bajo una razón social o denominación objetiva, a la que se añadirá, en todo caso, las palabras "Compañía Limitada" o su correspondiente abreviatura.”⁶³

Como se desprende de su concepto, nuestra legislación ha regulado a esta compañía dándole una tendencia personalista, del cual se desprenden ciertos caracteres propios a su naturaleza que serán analizados a continuación.

2.1.2.1 De la constitución.

Además de cumplir con los requisitos de fondo, generales para toda celebración de un contrato como son capacidad, consentimiento, causa y objeto lícito, se debe aclarar que para la constitución de estas compañías la ley permite que el menor emancipado, autorizado para comerciar participe sin la autorización especial de quien ejerce su patria potestad y en sentido contrario la ley prohíbe la asociación “entre padres hijos no emancipados y entre conyugues”⁶⁴, respecto al hijo no emancipado resulta obvio debido a que los padres son quienes administran sus bienes, por ende no podría

⁶³ (Ley de Compañías , 2018, Art.92)

⁶⁴ (Ley de Compañías , 2018,Art. 99)

concurrir con plenos derechos para formar la compañía sino que es necesario que actúe representado, ocasionando una confusión entre los padres como socios y a la vez como representantes del menor, empero, con relación a los conyugues esta prohibición tiene fundamento en el artículo 237 del Código Civil⁶⁵ que señala que los conyugues no pueden celebrar entre sí otro contrato que el del mandato y capitulaciones matrimoniales, sin que se viole este principio, en la práctica los conyugues se convierten en socios de estas compañías mediante la adquisición de participaciones a otro socio sin que exista prohibición alguna, ocasionando que se puede llegar a ser socios de una compañía entre conyugues e hijos emancipados, lo que no se puede es con hijos no emancipados.

Se deben cumplir ciertos requisitos específicos para este tipo de contrato de compañía, como son la presencia mínima de dos socios y un máximo de 15 personas y en caso de que llegue a sobrepasar este número, la compañía forzosamente se debe transformar en una sociedad anónima o disolverse; lo que implica una restricción que puede ser considerada como una ventaja dentro de una empresa familiar desde la perspectiva que no toda persona va a ser socia y adicionalmente el requisito del consentimiento unánime del resto de socios, construyendo una medida hermética en la empresa.

Respecto a los requisitos de forma, de igual manera que para la constitución simultánea de una sociedad anónima se requiere que los socios otorguen escritura pública de constitución, pero es necesario que lo hagan todos ya sea por sí mismas o por medio de apoderado, junto con esta escritura se debe acompañar el estatuto de la empresa donde conste la identidad de la compañía como ciertos requisitos reales relativos al objeto social, el importe de capital, número de socios y sus aportaciones así como aspectos de funcionalidad en el que se regulará la administración y los órganos de la sociedad de acuerdo a la autonomía de la voluntad de los socios.

Esta escritura pública mediante solicitud de uno de los administradores o gerentes, con tres copias notariales de la misma, con firma de abogado y de ser el caso una justificación por parte del registro de la propiedad que los bienes que se aportan no están sujetos a gravamen alguno; deberán ser presentados ante el Registro Mercantil del cantón en el que se tenga el domicilio principal para proceder con su respectiva

⁶⁵ (Código Civil, 2015, Art.237)

inscripción y que de manera posterior la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros realice un control ex post de la documentación presentada.

Si bien el proceso de constitución como se pudo analizar es similar a la de una compañía anónima que ya fue analizado, existe una diferencia fundamental y es el carácter cerrado que tienen las compañías de responsabilidad limitada y la limitación que existe en el número de socios así como la prohibición de que sus acciones sean suscritas públicamente, carácter que de igual manera se advierte en las empresas familiares en atención a los lazos de familia que los vinculan.

2.1.2.2 Del capital y las participaciones.

El capital de una compañía de responsabilidad limitada estará formado por las aportaciones de los socios, este valor representa una garantía para terceros que contratan con la empresa así como el límite de responsabilidad de los socios, en este caso el capital mínimo es de cuatrocientos dólares, valor inferior al de una compañía anónima, lo que en realidad no presenta ningún tipo de ventaja o desventaja, sino es un aspecto que ya queda al criterio del fundador.

Este capital se divide en suscrito y pagado que a diferencia de la sociedad anónima es necesario que, para constituir la compañía, el capital suscrito este pagado por lo menos en el cincuenta por ciento de cada participación, más no del capital en general, lo que asegura que los socios realicen una entrega efectiva y se comprometan de la misma manera adquiriendo iguales obligaciones.

Es necesario rescatar la no suscripción pública de capital y al hecho de que en caso de un aumento del mismo, se debe contar con la aprobación de la mayoría absoluta de los socios o lo que se haya estipulado en el estatuto de la empresa; situación similar ocurre con la transmisión de las participaciones, debido a que estas son transmisibles por sucesión por causa de muerte así como por acto entre vivos en beneficio de otros socios o a favor de terceros, teniendo presente que estas participaciones al igual que las acciones, son indivisibles, sin embargo, a diferencia de la sociedad anónima se requiere el consentimiento unánime del capital social, esta cesión se realizará mediante escritura pública que se inscribirá en el libro de participaciones y socios y se inscribirá en el Registro Mercantil; hecho que nuevamente garantiza y brinda mayor seguridad

en este tipo de compañías y resuelve problemas que pueden suscitarse en grupos familiares.

Las participaciones reúnen ciertas características:

- Se encuentran representadas en certificados y no en títulos, de acuerdo a lo que señala la ley se otorgará un certificado independientemente del número de participaciones que posea un socio.
- No se admite categorías en este tipo de documento de manera que todos los titulares tienen iguales derechos lo único que varía es que de acuerdo al número que posean, estos se acumulan o incrementan.
- Los certificados de las participaciones no son libremente negociables y para su transferencia se requiere aprobación mayoritaria.
- Son inembargables, tanto las cuotas como las participaciones de los socios en el capital social, situación que si tiene lugar con las acciones de una sociedad anónima.
- Estas participaciones se adquieren por aportaciones numerarias o en especie, es decir obligaciones de dar, mas no se permite aportes de industria.

Características que se suman al carácter cerrado de este tipo de compañía, sin dejar de lado el principio de la autonomía de la voluntad de los fundadores de la empresa familiar que puede ser incorporado a través de pactos o convenios entre los socios que se adhieren al estatuto, de manera que este tipo de cláusulas permitan agrupar a los miembros de la familia generando la posibilidad de ejercer el control y gestión de la empresa, con la certeza de que terceras personas no podrán ingresar a esta sociedad salvo que sea voluntad de la junta y así se lo haya estipulado como ventaja operacional para la empresa.

2.1.2.3 De los socios.

La compañía de responsabilidad limitada en la mayoría de casos en el Ecuador es de tipo familiar, es por ello que se recomienda un mínimo de tres socios; adicionalmente y de manera exclusiva para este tipo de sociedad se señala un límite de socios, lo que responde a un principio de las compañías personalistas en las que se pretende y se asegura que todas las personas que integran una empresa y son titulares de participaciones se conozcan entre sí; generando vínculos de confianza y un esfuerzo

conjunto para alcanzar los objetivos de la organización como los de familia, a través de una cultura y planificación estratégica empresarial.

El hecho de que una empresa familiar que se ha constituido bajo la figura jurídica de una sociedad de responsabilidad limitada llegase a exceder el número de socios permitidos por la ley, podría considerarse como un obstáculo, ya que surge una limitante frente a un problema de frecuente concurrencia como es el caso de transmisión por sucesión por causa de muerte: Una empresa familiar formada por cinco socios fundadores (hermanos), siete socios pertenecientes a la segunda generación (hijos) y fallece uno de estos últimos dejando cuatro herederos. La compañía quedaría con dieciséis socios lo que provocaría que la sociedad de responsabilidad limitada se disuelva o se transforme en una sociedad anónima, lo que evidentemente iría contra la naturaleza de un grupo empresarial familiar; por lo que se presentarían dos opciones: en la primera los socios fundadores y los de segunda generación pueden oponerse a inscribir en la compañía esta adjudicación con la finalidad de defender el carácter y subsistencia de la figura jurídica a través de la cual se constituyó la empresa, la segunda hace referencia a la posibilidad de que los socios de este tipo de compañías pueden ser personas naturales como jurídicas, permitiendo de esta manera que tanto los socios fundadores como hijos puedan ser accionistas de una empresa (persona jurídica), que sería socia de la empresa familiar, disminuyendo el número de socios y permitiendo el ingreso a la empresa a nuevos miembros de la familia y abriendo las puertas a futuras generaciones, siendo evidentemente esta última como la más factible.

Los derechos y obligaciones de los socios van a estar determinados en la Ley de Compañías, sin embargo, como ya se ha hecho mención en reiteradas ocasiones, las sociedades de responsabilidad limitada gozan del principio de la autonomía de la voluntad de los socios y libertad contractual, por lo que podrán sujetarse a lo que la ley señala o estipular todo aquello que consideren adecuado con respecto a los derechos, obligaciones, administración, órganos de la empresa y otros puntos que consideren necesarios regular en el contrato social, siempre y cuando esta no sea contraria al derecho.

En relación al objeto de estudio, resulta interesante mencionar que los socios únicamente están obligados a responder por las obligaciones sociales de forma

limitada al monto de sus aportaciones individuales, salvo a los casos señalados en el artículo 17 de la Ley de Compañías y cuando “El trabajo se realice para dos o más empleadores interesados en la misma empresa, como condueños, socios o copartícipes, ellos serán solidariamente responsables de toda obligación para con el trabajador”⁶⁶ de acuerdo a lo que establece el Código de Trabajo, en tales circunstancias deberán responder solidariamente. De forma que los socios no tienen que responder con su patrimonio propio por las obligaciones de la compañía, en consecuencia, los acreedores no pueden ir contra los socios de la empresa; lo que nos permita asegurar el patrimonio de la familia como un objeto totalmente independiente al patrimonio de la empresa, solventado de esta manera una de las principales desventajas que presentan las empresas familiares respecto a los pasivos.

Analizados los tipos de compañía reconocidos en nuestra legislación, se puede concluir que si bien las formas jurídicas a través de la cual se cree la empresa familiar, quedan a elección del fundador de la misma y que cualquier figura que se llegara a adoptar puede servir para revestir al grupo familiar como para encauzar los objetivos empresariales y familiares, empero, posterior a establecer ciertas diferencias, ventajas y desventajas de cada uno de los tipos sociales, ya sean personalistas o capitalistas se puede advertir que desde una visión doctrinaria y práctica, las sociedades de responsabilidad limitada son las que presentan mayores ventajas, solucionan un mayor número de conflictos propios de las empresas familiares y prevén mejores resultados por tres características que encuadran en las sociedades familiares a más de las ya analizadas: primero, el régimen jurídico es más flexible por lo que se pueden incluir cláusulas personalizadas en el contrato social, segundo, la no confusión de patrimonios y limitación del patrimonio de los socios al monto de sus aportaciones y por último, debido a su carácter personalista garantiza el control de la sociedad por parte de los miembros de la familia así como conservación del mismo a lo largo del relevo generacional.

Sin embargo, en una sociedad de responsabilidad limitada podríamos encontrarnos ante una dictadura de minoristas, es decir, la unión de miembros de familia que poseen un porcentaje de participaciones mínimo y que, por conflictos internos de la familia, motivos personales o simplemente un diferente enfoque de la empresa pueden llegar a estar en contra de las decisiones de la mayoría oponiéndose a las mismas, situación

⁶⁶ (Código de Trabajo, 2019, Art. 41)

que a todas luces dificultaría su manejo; razón por la cual no se debe descartar como una opción, a la sociedad anónima con acuerdos de accionistas, entendiendo por estos a un conjunto de normas relativas a la administración, derechos, obligaciones de los accionistas, reparto de utilidad, toma de decisiones, derecho de tanteo o primera opción de compra para el resto de accionistas, entre otros acuerdos que permitan regular los posibles conflictos que se presentan en una sociedad familiar y que son utilizados dentro de nuestro país.

2.2 Buen Manejo Corporativo.

“La pregunta no es si se debe, sino cuando implantar prácticas de buen gobierno corporativo. El tiempo es ahora.”⁶⁷

Las empresas familiares al caracterizarse por la combinación de elementos pertenecientes a la empresa y familia ocasionan que el grupo empresarial en ciertos aspectos se vea afectado negativamente por la mezcla de lo personal y emocional que son inherentes a una estructura familiar. Estos conflictos por así llamarlos, no surgen de manera significativa en la etapa inicial o fundacional sin embargo, con el paso de tiempo y el crecimiento de las empresas resulta imposible que este desarrollo no se presenten de manera conjunta con una estructura empresarial y familiar que reúna ciertas formalidades que permitan una gestión objetiva y visión a largo plazo para alcanzar uno de los principales desafíos al que se enfrentan estas empresas, un adecuado manejo dentro del relevo generacional. De acuerdo a lo que señala el instituto de empresas familiares europeo, la principal razón por la que estas empresas desaparecen es por no implementar este cambio de estructura a tiempo, cambio que implica la aplicación e incorporación de una serie de principios relativos a un buen gobierno corporativo con características propias para estas empresas.

Como ya se estudió, la mayoría de las sociedades mercantiles del Ecuador son de propiedad familiar, constituidas bajo la especie de responsabilidad limitada, con capitales cerrados por lo que en la mayoría de casos el rol de propietario, dirección y administración es desempeñado por una sola persona o por muy pocas, siendo evidente la ausencia de estándares de manejo corporativo y órganos de gobierno adecuados,

⁶⁷ John Sullivan obtenido de (Universidad Técnica Particular de Loja, 2007)

originados por una omisión de asesoría que únicamente trae consigo una falta de aprovechamiento de beneficios como es la reducción de riesgos empresariales, conflictos familiares, transparencia en aspectos financieros o el mejoramiento en la toma de decisiones objetivas.

2.2.1 Concepto.

Antes de referirnos al buen manejo, los órganos de gobierno con los que debería contar una empresa y las funciones que desempeñan, es necesario partir del concepto de - Gobierno Corporativo-, tomando definiciones adoptadas dentro de la doctrina de empresas familiares por diferentes autores:

En palabras de Cadbury “El gobierno corporativo es el sistema por el cual una empresa es controlada y dirigida.”⁶⁸

Un concepto más desarrollado es el presentado por Javier Quintana:

“Es el sistema formado por las relaciones entre los accionistas, los órganos de administración y la dirección ejecutiva, y por los procesos a través de los cuales estas tres figuras controlan y dirigen la empresa.

Las principales instituciones a través de las cuales se ejerce el gobierno corporativo son la Junta General y el Consejo de Administración –o el órgano administrativo equivalente-.”⁶⁹

Ambos autores analizan al gobierno corporativo como un sistema que se va a encargar de controlar, dirigir y rendir cuentas de la empresa, este sistema va a estar conformado por diferentes órganos creados en una empresa acorde a las necesidades que se deban satisfacer con la finalidad de asegurar su viabilidad económica y legal de manera presente y sobre todo futura así como su legitimidad. De manera que, al estudiar al gobierno corporativo como un sistema, este va a englobar estructuras y procesos, entendiendo al sistema como la base legal que va a reglar al conjunto de órganos (estructura) que forman parte del sistema, así como el funcionamiento, comunicación y coordinación (procesos) que debe existir entre estos órganos.

⁶⁸ (Cadbury, 1999, pág. 5)

⁶⁹ (Quintana, 2012, pág. 17)

“El Buen Gobierno Corporativo, es el conjunto de principios y normas que regulan el diseño, integración, engranaje y funcionamiento de los órganos de gobierno de la empresa. Principios basados en la ética, transparencia en la información, la igualdad de trato a los accionistas y el orden con el que se lo debe aplicar para de esta manera favorecer a los tres poderes dentro de una sociedad como son los Accionistas, Directorio y Administración.”⁷⁰

En consecuencia, se trata de un sistema normativo conformado por una serie de principios y normas propios para la empresa familiar que se analice, a través del cual se pretende regular el funcionamiento, dirección y control de los órganos administrativos, alcanzando ética, transparencia y equidad entre los miembros de la familia y de igual manera un mayor posicionamiento respecto a la identidad familiar dentro del mercado. Es decir, un escudo para futuros problemas y que a la vez permitirá que la empresa visualice su actividad a futuro y sobreviva con las siguientes generaciones a través de una gestión responsable y políticas corporativas.

2.2.2 Características.

Como ya se mencionó, las empresas familiares gozan de una naturaleza *sui generis* tanto por la regulación que adoptan como por el carácter familiar del que dependen, situación que hace imposible encontrar a dos empresas de familias distintas que sean idénticas y gocen de una misma estructura corporativa, por lo que tampoco se puede hablar de un modelo corporativo único aplicable para estas empresas, empero existe una serie de órganos, procesos, principios con un alto nivel de aceptación y algunos de ellos reconocidos en la normativa de diferentes países, permitiendo que sea cada empresa la que deba crear un modelo de acuerdo a ciertos factores propios como la cultura familiar, número de socios o accionistas, tamaño de la empresa, complejidad en las relaciones, entre otros.

“La especialidad -familiar- de estas empresas se traduce por tanto en una serie de particularidades en su buen gobierno, consistentes fundamentalmente en la creación de órganos específicos de representación familiar y en la elaboración de su protocolo familiar que regule las relaciones entre la familia y empresa”⁷¹

⁷⁰ (Andrade M. , 2019)

⁷¹ (Antibarro & Díaz, 2014, pág. 64)

Adicionalmente, en un sentido netamente práctico, estas políticas de buen gobierno corporativo van a permitir: la profesionalización tanto de los directivos como de los miembros de consejo, de manera que este equipo de profesionales permitan el crecimiento de la organización y se genere la necesidad de contar con personal idóneo; desde otro sentido, es indispensable el involucramiento de los miembros de la familia en la organización a través de los órganos adecuados, originando respeto a la estructura empresarial y conciencia en relación a la importancia de la creación de estos órganos, por último, desde la perspectiva de las empresas familiares que cotizan en mercados de valores esta integración de los organismos de administración permitirá obtener una mayor credibilidad, confianza y competitividad dentro de estos mercados.

Siendo indispensable que este sistema abarque políticas que deberán estipularse en su contrato social relativas a:

“1. El trato igualitario y la protección de los intereses de todos los accionistas. 2. El reconocimiento del papel de terceros interesados en la marcha y permanencia de la sociedad. 3. La emisión, revelación y transparencia de la información. 4. El aseguramiento de que existan guías estratégicas en la sociedad, monitores efectivos de la administración y responsabilidad fiduciaria del Directorio. 5. La identificación y control de los riesgos a que está sujeta la sociedad. 6. La declaración de principios éticos y de responsabilidad social. 7. La prevención de operaciones ilícitas y conflictos de interés. 8. La revelación de hechos indebidos y protección a los informantes. 9. El cumplimiento de las regulaciones a que esté sujeta la sociedad. 10. La certidumbre y confianza para los inversionistas y terceros interesados sobre la conducción honesta y responsable de los negocios de la sociedad”⁷²

Políticas que se van a poder alcanzar a través de la institucionalización de ciertos órganos y otras por medio de un protocolo familiar que se analizará el capítulo siguiente, como un mecanismo de protección a estos grupos; siendo menester tener claro que estas políticas de buen gobierno y su implantación son el camino, guía o medio que deben seguir las empresas en el largo viaje que es el relevo generacional

⁷² (Orellana, 2011, pág. 9)

para alcanzar una correcta, transparente administración y persecución de objetivos de acuerdo a los conflictos que se presenten, más no es un fin en sí mismo.

Como otra característica, se puede señalar que si bien la regulación aplicable a este sistema puede ser la misma para todo tipo de empresas y sin que sea necesario tener en consideración la ubicación geográfica de estas, se genera un gran campo de actuación para la creatividad de quienes se encuentran al cargo de la empresa o a quien se le ha delegado la creación de esta figura, de poder establecer principios, políticas de acuerdo a la realidad específica de cada una y el ámbito cultural en el que se desarrolla, de manera que “se pueda garantizar la influencia responsable de los propietarios sobre su empresa e involucrar profesionalmente a la familia, pilar de la empresa, en su gobierno”⁷³ personalizando al buen gobierno con el grupo familiar.

2.2.3 Principales desafíos y soluciones de Gobierno Corporativo.

El gobierno corporativo relativo a las empresas de familia se encuentra frente a una serie de desafíos diferentes a aquellos sistemas que son creados para empresas que no cuentan con una estructura de tipo familiar, además se debe destacar que el estudio del gobierno corporativo en la mayoría de casos por no decir en su totalidad ha sido abordado en sociedades mercantiles cotizadas y en el transcurso de los últimos años se ha dado lugar al estudio y aplicación en sociedades mercantiles no cotizadas y en menor medida al análisis específico para el caso de empresas familiares, por lo que al ser un tema relativamente nuevo y en desarrollo existen pocos autores y casos a partir de los cuales se pueda establecer un régimen taxativo y más aún por el hecho de que ninguna empresa de esta naturaleza va a ser igual que otra u afrontan los mismos problemas. Sin embargo, se pueden establecer nociones comunes que se deben emplear para nuestro objeto de estudio.

En primer lugar, este sistema debe responder ante la convivencia de varios grupos de interés que se presenta en el día a día de estas empresas debido a la vinculación existente entre tres diferentes elementos: empresa, familia y propiedad. De manera que se requiere de estructuras más formales que permitan alcanzar el equilibrio en estos tres elementos y poder establecer funciones delimitadas, con la finalidad de que los mecanismos de gobierno que se establezcan sean adecuados para quienes integran

⁷³ (Díaz M. Z., 2014, pág. 122)

estos diferentes ámbitos y sobre todo en aquellos casos en los que una o más personas forman parte de la empresa, propiedad y familia ocasionando que la complejidad se intensifique al momento de tomar decisiones como desempeñar roles dentro de la empresa.

Segundo, la aplicación de un modelo corporativo no se puede dar de forma arbitraria y en cualquier etapa, se requiere de un análisis previo de la estructura de la propiedad, realidad empresarial y trance generacional en el que se encuentre; de manera que al dar el gran paso que implica pasar de un modelo personalista, en el que el fundador es quien decide y ejecuta de manera unilateral, a uno formal que va a estar conformado por varias personas con participación accionaria de segunda, tercera o cuarta generación, se requiere que la familia en general tenga nociones claras y básicas respecto a la misión, visión, estrategias, objetivos siendo necesario compartir y publicitar la información que en principio era poseída únicamente por su fundador o fundadores para un adecuado entendimiento que permita un correcto funcionamiento y estructura organizativa.

Tercero, las personas que vayan a conformar los diferentes órganos de administración de la empresa, deben mantener un ambiente de armonía con la finalidad de que las relaciones que se manejen dentro del grupo, sean de confianza y honestidad entre todos sus miembros, generando la posibilidad de que todos formen parte del desarrollo de la empresa, desempeñando papeles con igualdad de importancia y ocupando cargos afines a su profesión a fin de que nadie quede excluido y que a la vez permita que la empresa logre cumplir sus objetivos; a lo que surgen interrogantes que deben ser resueltos por el sistema: ¿Cuáles son los órganos necesarios dentro de empresas de tipo familiar?, ¿Quiénes deben ocupar dichos cargos?.

Frente a estos tres desafíos planteados se puede señalar que la principal solución y más objetiva, es la creación de órganos que permitan que los tres elementos que se superponen en estas empresas jueguen un papel claramente definido dentro del sistema de gobierno, partiendo por una profesionalización de la empresa, entendiendo por esta a la separación de roles debido a que en la mayoría de los casos quienes se encuentran a cargo de la empresa desempeñan funciones tanto en la familia como en la propiedad; para lo cual se requiere la intervención de un tercero que rompa ese vínculo emocional

y defina roles, a que sean los mismos miembros quienes intenten segregarse las funciones.

En estas empresas una de las principales fuentes de conflictos, es el ingreso de miembros de familia a un puesto de trabajo, por lo que se requiere de un proceso de selección que permita tomar decisiones respecto a la contratación; lo mismo sucede al momento de determinar si van a formar parte de un órgano de la empresa, de manera que se trate de compensar y se de la posibilidad a que todos o al menos las cabezas de familia pueda ocupar un lugar ya sea en los órganos de administración propiamente dichos o en los órganos de familia evitando que se generen resentimientos, envidia que podría ocasionar un desequilibrio en el poder desde el punto de vista patrimonial; siendo indispensable una compensación de cargos.

Por ello y para que el gobierno corporativo de una empresa familiar presente una solución ante la convivencia de estos tres elementos, se requiere:

“Desde la perspectiva de la familia, el Consejo de Familia y la Asamblea Familiar son las estructuras organizadoras y la voz de la familia.

Desde la perspectiva de la propiedad, la Junta de Accionistas es la voz de los propietarios de la empresa.

Entre el subsistema de la propiedad y de la empresa, el Consejo de Administración es otra estructura clave de gobierno impregnada en su composición y funcionamiento por la influencia de los tres subsistemas, el grupo familiar, el grupo gestor y el grupo propietario.

Desde la perspectiva de la empresa, la Dirección es la estructura gestora de la organización y la voz de los empleados de la misma.”⁷⁴

Por lo que es necesario contar con ciertos órganos básicos como son; la junta general de socios/ accionistas, dirección, consejo de administración, consejo de familia y asamblea de familia; criterio que también es compartido y analizado en Guía práctica para el buen gobierno de las empresas familiares⁷⁵ y Buen Gobierno en la empresa

⁷⁴ (Gasco, Segurado, & Quintana, 2005, pág. 20)

⁷⁵ (Gasco, Segurado, & Quintana, 2005)

familiar⁷⁶ textos de recomendaciones para gobiernos corporativos de empresas familiares más completos desarrollados por el Instituto de la Empresa Familiar.

Previo al análisis de cada uno de estos órganos, se puede señalar que a través de estas políticas se permitirá diferenciar los roles de familia, administración y propiedad así como contar con órganos que permitan la proyección de la empresa a largo plazo. Adicionalmente este sistema no solo permitirá el desarrollo empresarial desde un punto de vista ético y moral, sino que, le atribuirá un valor agregado a la empresa desde el punto de vista comercial, sin embargo, frente a las ventajas que presenta este sistema el mayor desafío que se presenta dentro de nuestro país y legislación es la adopción del mismo, debido a la falta de cultura corporativa existente y a la mala costumbre de que la mayoría de compañías se encuentren dirigidas y controladas de manera casi exclusiva por sus fundadores o accionarios mayoritarios, generando una confusión y acumulación de roles en una misma persona, sin que exista distribución de tareas, segregación de funciones y mucho menos la existencia de órganos que permitan una objetiva administración.

2.3 Integración y organismos de la Administración.

De acuerdo a la legislación ecuatoriana y en la forma que se encuentra regulada en la Ley de Compañías existen órganos que son inherentes y gozan de una regulación jurídica dependiendo de la especie de compañía que se trate, es decir aquellos que la legislación societaria ha establecido de obligatorio cumplimiento, como es la junta general, los administradores o gerentes y la dirección tanto para las sociedad de responsabilidad limitada como para las sociedades anónimas, catalogándolos como órganos de gobierno corporativo en los que no necesariamente las personas que lo integren deben ser miembros de la familia, sino que lo que se busca es preparación profesional y experiencia en al ámbito de la actividad económica que se realice; y desde otra perspectiva se requiere la creación de órganos específicos que van de la mano con este tipo de empresas, órganos en los que de manera directa van a participar quienes son miembros de la familia y excepcionalmente terceras personas, como son: asamblea de familia y consejo de familia, que conforman el gobierno de familia.

⁷⁶ (Instituto de Empresa Familiar, 2019)

Estos órganos lo que buscan es la no injerencia de la familia en el desarrollo de la gestión de la empresa, de forma que se llegue a crear conciencia y una diversificación de los papeles que ocupa cada uno, en consecuencia, quien no es directivo ni forma parte de la administración familiar tendrá como única misión ser un buen accionista y proteger su participación económica en la empresa. Teniendo en cuenta que siempre va a ser necesario la presencia personas que comportan el vínculo de sangre, caso contrario dejaría de ser familiar.

2.3.1 Gobierno Corporativo.

Hace alusión a aquellos órganos en los que recae la dirección, administración y relaciones de los accionistas de la empresa, estos son comunes en todo tipo de empresa independientemente si sea familiar o no. Sistema que a diferencia del de familia se encuentra delimitado por la ley y los estatutos de cada compañía.

En términos de Gallo, resulta indispensable la existencia de respeto al marco legal de la empresa, es decir a los estatutos por parte de la familia, “Punto importante para los miembros de una familia es comprender que los estatutos de su empresa familiar constituyen un contrato, cuyas cláusulas tienen que ser cumplidas por quienes lo hacen, por quienes siguiendo estipulaciones establecidas en el propio contrato les sustituyen o suceden, y por quienes a él se adhieren de nuevo.”⁷⁷ para lo cual resulta indispensable el estudio de los siguientes órganos que lo conforman.

2.3.1.1 Junta General.

“La junta general, formada por los socios legalmente convocados y reunidos, es el órgano supremo de la compañía.”⁷⁸

“Es el órgano a través del cual el conjunto de los accionistas ejerce su soberanía para decidir sobre asuntos de gran relevancia para la empresa, como, por ejemplo, la aprobación de las cuentas anuales, el reparto o no de dividendos, el aumento o la reducción del capital, la modificación de los estatutos sociales, la fusión con otra empresa o la reprobación del equipo directivo.”⁷⁹

⁷⁷ (Gallo M. Á., 2008, pág. 110)

⁷⁸ (Ley de Compañías , 2018, Art. 115)

⁷⁹ (Quintana, 2012, pág. 12)

Es decir, aquellos que son los propietarios del capital van a ser quienes conformen este órgano, que como la misma Ley de Compañías lo cataloga como supremo debido que si bien sus funciones se resumen en dos principalmente: ser los encargados de elegir a las personas idóneas que integran el consejo de la administración, como de conocer y controlar los resultados económicos que se obtengan de manera anual dentro de la empresa; quienes tengan mayoría accionaria y dominio en los votos, serán aquellos que puedan controlar el destino de la sociedad familiar.

Siendo necesario distinguir la fuerza que va adquiriendo este órgano con el transcurso del tiempo: en la fundación de la empresa, la junta general no juega un papel relevante por el hecho que los socios que poseen la totalidad de participaciones se confunden con los socios fundadores y en ciertas ocasiones en hijos menores de edad, de forma que el poder aún se encuentra concentrado en las mismas personas; al pasar a una segunda etapa generacional se puede señalar que estamos ante una junta real que se encuentra conformada por los hijos ya mayores de edad, es decir por hermanos y los fundadores, sin embargo, el poder de cierta forma se encuentra en las mismas personas, debido a que el tamaño alcanzado no es de gran escala.

Es en la tercera etapa, al conformarse el consorcio de primos es donde la junta general cobra sentido, debiendo ser regulada y ejercer sus funciones en base al cumplimiento de las políticas corporativas previamente establecidas, donde resulta indispensable poner atención e incentivar la participación de todos los miembros sobre todo de quienes poseen una participación minoritaria, debido a que con el paso del tiempo quienes tendrán poder de decisión serán aquellos grupos minoritarios que se han unido para obtener un mayor peso dentro de la empresa.

Si bien este órgano no alcanza mayor relevancia dentro de las dos primeras etapas, resulta necesario crear una cultura y educación corporativa en sus miembros desde una etapa inicial, a fin de que cumplan y asuman responsabilidades que les corresponde, ya que en principio todos aquellos que conforman este núcleo económico y social gozan de los mismos derechos y obligaciones; cumpliendo de esta manera con el principio de una acción un voto, “ Los estatutos sociales recogerá el principio de una

acción un voto, salvo las acciones privilegiadas sin voto”⁸⁰ principio que se encuentra recogido en la Ley de Compañías, tanto para las sociedades de responsabilidad limitada donde cada participación concede derecho a un voto como en las sociedades anónimas, salvo que se trate de acciones privilegiadas que le conceden a sus accionistas otro tipo de derechos, más no el derecho a voto.

Por tanto, el gobierno de la compañía en lo que se refiere a dirección y control les corresponde a los socios y lo hacen a través de la figura de junta general, cumpliendo con todos los derechos y obligaciones que de manera específica se encuentran ya regulados por la Ley de Compañías de acuerdo a la especie adoptada, así como los que se encuentren estipulados en el contrato social. Cumpliendo como principal obligación el asistir a las juntas generales que se convoquen ya sean ordinarias o extraordinaria.

“Art. 119.- Las juntas generales son ordinarias y extraordinarias y se reunirán en el domicilio principal de la compañía, previa convocatoria del administrador o del gerente.

Las ordinarias se reunirán por lo menos una vez al año, ¡dentro de los tres meses posteriores a la finalización del ejercicio económico de la compañía; las extraordinarias, en cualquier época en que fueren convocadas. En las juntas generales sólo podrán tratarse los asuntos puntualizados en la convocatoria, bajo pena de nulidad. (...)”⁸¹

Esta obligación de los socios siempre se realizará de manera personal y no por escrito, o por medio de representante siempre que exista un poder especial para tal efecto, sin embargo, en la práctica si bien se dan estas reuniones de manera anual y excepcionalmente con un fin extraordinario, lo que sucede es que la familia se reúne de forma habitual e informal con la finalidad de resolver lo que sucede en el día a día dentro de la empresa, de manera que “La junta de accionistas, desde la óptica de la empresa familiar, es la reunion bajo el marco legal de la familia propietaria”⁸² como cumplimiento de formalidades legales.

⁸⁰ (Universidad Técnica Particular de Loja, 2007, pág. 18)

⁸¹ (Ley de Compañías , 2018, Art.119)

⁸² (Riera, 2016, pág. 107)

2.3.1.2 Consejo de Administración.

El consejo de administración o gerente- administradores como es conocido dentro de nuestra normativa hace referencia a las formas de administración que se pueden adoptar dentro de una empresa familiar; el Instituto de Empresas Familiares hace alusión a la existencia de tres tipos de modelos: una administración individual cuya cabeza va a ser el fundador, asesores informales conformado por profesionales en el área legal, finanzas, contable y por último el consejo de administración. En la mayoría de empresas y dentro de la realidad ecuatoriana lo que sucede es que quienes desempeñan este cargo es un miembro de la familia y lo hace bajo la denominación de gerente o un administrador y de manera muy inusual se designa a un tercero.

Las principales causas de este fenómeno se deben a que la empresa en su etapa fundacional, la dirección y administración se encuentra conformada únicamente por su fundador, es por ello que los doctrinarios describen a esta etapa como “soledad del fundador”, al pasar a una segunda etapa donde los conflictos entre hermanos, dispersión en la toma de decisiones, crecimiento patrimonial y en número de miembros provoca la necesidad de acudir a profesionales especializados en ciertas áreas, lo que nos permite hablar de la génesis de la conformación de un consejo de administración que ayude a la familia a mitigar los problemas existentes y sobre todo trabajar de la mano con su fundador.

De acuerdo a las prácticas de Buen Gobierno Corporativo para la tercera etapa de estas empresas, el Consejo de Administración debería estar perfectamente implementado y consolidado no solo por aspectos de protección a una propiedad dispersa o para los intereses de sus miembros, sino como mecanismo de profesionalización y estrategia empresarial. Pese a la necesidad e importancia de este órgano es recurrente el hecho de que familias se opongan y establezcan obstáculos para el adecuado funcionamiento de esta figura o el irrespeto frente a las funciones que se les han establecido. “(...) se constatan intromisiones en la función de planificación estratégica por parte de la familia, se intenta controlar a los directivos y a los consejeros...los consejeros son solo figuras virtuales o meramente legales sin funcionamiento practico”⁸³, por lo que frente a esta carencia, es menester la incorporación del Consejo y un respeto al mismo a

⁸³ (Riera, 2016, pág. 109) obtenido de (Quintana, 2012, pág. 12)

través de buenas prácticas y concientización a los integrantes respecto a la necesidad del mismo desde etapas tempranas de desarrollo en una empresa.

La ley de Compañías se refiere a administradores o gerentes de manera general, sin que fije el número límite o mínimo que se debe cumplir; en consecuencia, este particular debe estar contemplado en el contrato social y su designación es competencia de la Junta General. De manera que se podrá constituir este Consejo y designar diferentes cargos sin restricción alguna siempre y cuando se tenga claro que además de las funciones legalmente atribuidas, su actuación se encamine a establecer y cumplir con una estrategia empresarial acorde a la misión, visión, políticas, valores previamente establecidas por su fundador, supervisar y controlar la gestión del equipo ejecutivo y directivo, viabilizar la planificación a largo plazo de la empresa relativa a la protección de la familia, empresa, propiedad así como la incorporación de los sucesores en la sociedad pero sobre todo constituir el nexo entre los socios (Junta General) y el órgano designado por el Gobierno de Familia.

La complejidad y estructura de la empresa serán factores claves a través de los cuales se podrá determinar el tamaño y la forma en la que estará conformado el Consejo de Administración. Respecto al tamaño de acuerdo a un estudio realizado a cien empresas de tipo familiar en el 2007 por el Instituto de Empresa Familiar,⁸⁴ se determinó que el número adecuado es un promedio de 5 personas debido a que un número mayor restaría eficiencia a la finalidad de este órgano y dificultaría el acuerdo entre sus miembros; en cuanto al problema relativo al interés de quienes conforman la familia de formar parte de este órgano, podrá solventarse incluyendo su participación en uno de los órganos de familia con la finalidad de que exista equidad entre ellos.

En cuanto a la composición, esta va a estar encabezada por el presidente del Consejo de Administración, quien por lo general va a tener la representación legal de la compañía y además se recomienda que a su vez sea el primer ejecutivo,⁸⁵ con la finalidad de que sea la misma persona la que se encuentre en el poder. El presidente será el encargado de velar por los intereses de los miembros de este consejo así como mantener una vinculación directa con el Gobierno de Familia a través de reuniones periódicas, establecer el orden día, evaluar el desempeño de los miembros de la

⁸⁴ (Quintana, 2012, pág. 23)

⁸⁵ (Díaz M. Z., 2014, pág. 134)

empresa y de manera principal de los del consejo, mantener a los órganos administrativos y de familia informados respecto la situación de la empresa con la finalidad que las decisiones que se adopten hayan alcanzado un consenso.

Se debe designar a un secretario o secretaria, esta persona va a desempeñar un papel fundamental y requiere tener un conocimiento total del marco legal de la empresa de manera que exija y verifique el cumplimiento de las buenas prácticas de Gobierno Corporativo de acuerdo a la forma en la que se encuentren reguladas en los estatutos y reglamentos creados tanto para este consejo como para la junta general.

En cuanto a los consejeros, se distinguen dos clases: consejeros internos o ejecutivos, que son quienes ya mantienen un vínculo contractual con la empresa, es decir, además de la función de consejeros ocupan otro perfil y consejeros independientes que son electos en base a su prestigio profesional, siempre y cuando no mantengan o hayan tenido ningún vínculo cercano con personas que participen en la gestión de la empresa para poder garantizar su imparcialidad y objetividad en relación a la dirección de la organización y respeto a los intereses de los miembros de la junta general.

Respecto al funcionamiento de este órgano, se debe señalar que, de acuerdo al tamaño de la empresa, su complejidad y cuando el número de consejeros supere a diez se aconseja que se creen comisiones especializadas como puede ser un comisión auditora y contable, comisión ejecutiva, comisión de remuneraciones, comisión financiera entre otras que van a depender de la naturaleza de la sociedad. Sus reuniones se deben realizar de manera periódica de acuerdo a lo señalado en su reglamento, por lo menos unas diez veces al año para que se pueda verificar que se están cumpliendo con las funciones y actividades designadas.

En la práctica las pocas empresas que cuentan con un Consejo de Administración se caracterizan por estar integrado por familiares lo cual resulta una total aberración ya que se está desnaturalizando a esta figura y únicamente se lo tiene como un órgano fantasma.

2.3.2 Gobierno de Familia.

Al introducirnos en este mundo netamente de relaciones familiares dentro de la empresa, es menester señalar que la regulación de las empresas familiares desde una perspectiva netamente jurídica resulta compleja debido a la escasa y en el caso de

nuestro país inexistente normativa específica para este tipo de empresas, sin embargo, existe la posibilidad de que sea analizada y reglada de acuerdo al marco legal establecido para las empresas de manera general, lo que permite que las familias adopten un sistema de gobierno ya previsto en la ley; frente al Gobierno de Familia no existe regulación alguna o disposición a través de la cual las familias empresarias se vean en la obligación o se encuentren en la posibilidad de adoptar o no determinado tipo de estructura.

Por lo tanto, se trata de un gobierno que depende netamente de la voluntad, límites y funciones que la familia opte por atribuir a los órganos que lo conforman, sin embargo, surgen una serie de interrogantes ¿Por qué establecer órganos que no son reconocidos por la ley?, ¿Van a desempeñar alguna función?, ¿Por qué contar con estos órganos si quienes toman las decisiones son los órganos del Gobierno Corporativo?, ¿No es contradictorio crear órganos que pretendan influir en las decisiones de los órganos empresariales? entre otras que se presentaran en la familia y serán objeto de discusión.

Es esta subjetividad y naturaleza libre de las relaciones de familia donde el Gobierno de Familia encuentra su fundamento, entendiendo que el carácter de dirección y gobierno es distinto, que existen diferentes formas de generar riqueza empresarial y no es solo a través del aumento del patrimonio sino que se traducen en actividades a través de las cuales se pretenden preservar y gestionar las relaciones de carácter sentimental como medio para la perduración de las empresas, permitiendo separar la gestión empresarial de la gestión generada por los lazos de familia.

Aunque resulta compleja la determinación de conceptos, naturaleza, objetivos o de un modelo único a seguir como Gobierno Familiar, desde la perspectiva que se analice la mayoría de autores como Santiago Hierro, Martha Zabaleta, Javier Quintana entre otros concuerdan en que la finalidad que persigue este sistema, es precisar la misión, visión que la familia pretende que la empresa alcance, la preservación de la cultura familiar en la empresa a través de las generaciones, la diferenciación del patrimonio de la familia con el de la empresa así como analizar la situación de cada uno de los miembros de la familia respecto a los intereses, riesgos, necesidades, posición jerárquica a fin que estos aspectos sean resueltos de manera interna evitando que se trasladen y afecten negativamente a la empresa.

Para lo cual se debe hablar de la creación de ciertos órganos formales a través de los cuales este Gobierno se va a desarrollar, siendo conveniente analizar el tamaño de las empresas, el número de generaciones que se encuentran ya involucradas en la sociedad, implementando así un Consejo de Familia, Asamblea Familiar que permitan que tanto la familia como la empresa evolucionen al mismo ritmo que el entorno económico en el cual se desarrollan, sin que esto implique la burocratización de las relaciones de familia.

2.3.2.1 Asamblea de Familia.

A la Asamblea de Familia se le ha dado diferentes denominaciones, algunos autores la definen como junta de familia, reunión o foro familiar, sin embargo, el término que se utilice hace alusión que este órgano va a tener como principal función ser el medio de comunicación entre quienes comparten un vínculo sanguíneo. Es necesario hacer hincapié que estos órganos de Gobierno de Familia van a tener sentido y cumplir con su fin únicamente cuando la familia ha crecido y ha alcanzado un determinado tamaño.

Esta figura se concreta en la reunión formal de todos los miembros de la familia, propietarios y aquellos que se encuentren involucrados en la gestión del negocio así como descendientes que hayan cumplido la mayoría de edad, nuevos miembros políticos de la familia como son los cónyuges, por lo tanto, se trata de una reunión al completo, estos foros por lo general tienen lugar de manera anual a causa de la complejidad que implica la reunión de todos los miembros de la familia, la movilización de todos ellos al domicilio principal de la compañía, lugar donde se realizará la junta, entre otros factores que dificultan que la periodicidad de estos encuentros puedan darse con mayor frecuencia así como el hecho de cumplir con todas las formalidades y requisitos de convocatoria.

Por ello, y una vez que se han convocado a todos los miembros y la Asamblea Familiar se instale es indispensable agotar a cabalidad todos los asuntos referentes a información sobre la marcha de la empresa, planes estratégicos de la misma como su misión, visión, políticas, resultados obtenidos y aquellos que se esperan obtener en un futuro, iniciación de las nuevas generaciones a la empresa, participación de todos los miembros de la familia a fin de que expresen sus ideas, discrepancias para facilitar el entendimiento y llegar a un consenso en la mayor medida posible respecto desarrollo de la organización, elegir a los miembros del Consejo de Familia, “debatir y ratificar

las propuestas del Consejo de Familia sobre patrimonio familiar, protocolo, cambio generacional, planes de liquidez y resolución de conflictos.”⁸⁶ Teniendo claro que lo que se aspira a través de este órgano es la unión de sus miembros, formación de valores tanto empresariales como de familia y ser el principal medio de comunicación y difusión de aquellos aspectos considerados como más relevantes dentro del grupo, con la finalidad que estas reuniones permitan reforzar la armonía familiar. Dada su extensa composición, es decir la totalidad de personas que conforman una familia con inclusión de las nuevas generaciones y cónyuges que muy poco pueden conocer respecto al grupo y su funcionamiento; estamos frente a un órgano netamente informativo, sin facultad para la toma de decisiones.

En base a la postura expuesta, podemos señalar la concordación y relación existente con los criterios que presentan diferentes autores en relación a este órgano, Gallo manifiesta que “Su principal objetivo es preservar y fortalecer los valores de la familia, que son la fuerza de una empresa familiar”⁸⁷, por su parte Aronoff y Ward indican “La asamblea de familia es un encuentro periódico que trae a la familia a compartir objetivos y decisiones, debatir problemas comunes, aprender acerca de la empresa y conservar la familia, su identidad, valores y tradiciones”⁸⁸ y para Eckrich y McClure “A esta reunión o foro familiar nos referimos especialmente cuando hablamos de la asistencia de la familia política, jóvenes, menores de edad, etc., propia de reuniones de naturaleza informativa o cohesiva.”⁸⁹

Por lo tanto, si bien es uno de los órganos más extensos dentro de esta estructura corporativa existen casos dentro de ciertas empresas que, debido al factor tamaño, complejidad de relaciones familiares, o por la manifestación de la voluntad del fundador que considera a este órgano como innecesario, las funciones anteriormente indicadas de este ente estarán a cargo del consejo de familia o desde otra perspectiva, en aquellas empresas que no han alcanzado un tamaño significativo únicamente contarán con una Asamblea de Familia con facultad de decisión, sin que sea necesario optar por un Consejo de Familia.

⁸⁶ (Quintana, 2012, pág. 44)

⁸⁷ (Gallo M. A., 1997) obtenido de (Barrios, 2013, pág. 37)

⁸⁸ (Aronoff & Ward, 1992) obtenido de (Barrios, 2013, pág. 37)

⁸⁹ (Christopher & Stephen, 2012, pág. 121) obtenido de (Riera, 2016, pág. 116)

2.3.2.2 Consejo de Familia.

“Es el nexo de unión entre la familia y la empresa, con la que se comunica a través del Consejo de Administración.”⁹⁰

Al hablar del Consejo de Familia estamos frente a un órgano análogo al de Consejo de Administración, claramente con las precisiones y diferencias del caso; el primero viene a ser un órgano representativo de la familia a través del cual se busca el manejo efectivo de la asociación familiar presentando un reporte de manera directa a la Asamblea Familiar mientras que el segundo es un órgano del Gobierno Corporativo que busca el manejo efectivo del patrimonio, negocios y sus respectivos reportes tendrán como destinatarios a la Junta General.

En una primera etapa, el Consejo de Familia no desempeña un papel preponderante debido a que la primera generación se encuentra conformado por pocos miembros de familia por lo cual las personas que conforman la Junta General, el Consejo de Administración, Asamblea Familiar y Consejo de Familia, por lo general son los mismos sin que exista una mayor diferenciación en las funciones para las cuales fueron constituidos estos órganos.

Por lo que, cuando el Grupo Familiar ha crecido es el momento oportuno en el que se aconseja la adopción de un Consejo de Familia, así como la implementación de un reglamento para el mismo y que de acuerdo al tamaño de la familia se va a determinar el número de miembros por el cual debe estar integrado el consejo, número que se aconseja que no exceda a los diez miembros y se encuentre conformado por personas que representen a las diferentes generaciones y cuenten con un nivel de experiencia de acuerdo al objeto económico que desarrolle la empresa.

La Asamblea de Familia va a ser el ente encargado de elegir a los miembros de este consejo, para lo cual y de acuerdo a lo que señala la Guía para Buen Gobierno en la Empresa Familiar y el especialista español Santiago Hierro se debe analizar las capacidades, habilidades, experiencia de los candidatos así como el hecho de considerar que no tengan o hayan tenido funciones en los órganos del Gobierno Corporativo. En el mismo sentido al ser esta figura la que represente a todas las personas que conforman la familia, resulta lógico que sean ellas mismas quienes

⁹⁰ (Quintana, 2012, pág. 45)

elaboren un reglamento para este Consejo de Familia respecto a sus funciones y facultades.

Este órgano a la vez puede estar estructurado por comisiones de acuerdo a las diferentes tareas o funciones que se van a desempeñar, estas comisiones pueden ser creadas de manera permanente o temporal, entendiendo por estas últimas a aquellas que tienen existencia únicamente hasta que se cumpla el fin previamente establecido. En cuanto a las comisiones que se crean de manera permanente van a ocuparse de aspectos específicos como es la fijación de políticas para la contratación de familiares, despido, remuneración, dividendos, elaboración o aplicación de las normas del protocolo familiar, solución de conflictos entre los miembros de la familia actuando como un órgano neutral, implementación de normas y de un proceso de sucesión generacional, todo esto desde una perspectiva que responda a la naturaleza y necesidades de la empresa.

“Uno de los contenidos esenciales del gobierno familiar es la planificación de la sucesión, que debería abordarse de forma temprana. En este sentido, se recomienda involucrar activamente y lo antes posible a los más jóvenes en los asuntos de la empresa y delegar prontamente responsabilidad en la siguiente generación, a los efectos de comprobar la idoneidad de los sucesores. Por otro lado, los miembros de la familia que aspiren ocupar un puesto en la empresa deben cumplir los mismos requisitos que el resto de candidatos, siendo deseable que hayan adquirido experiencia profesional fuera de la compañía.”⁹¹

Al ser el nexo directo entre el sistema empresarial y el de la familia, estamos frente a un órgano que goza de una doble naturaleza, debido a que como órgano de familia este cuenta con todas las facultades para diseñar políticas, adoptar decisiones, actuar como mediador entre la familia; mientras que dentro del sistema empresarial este viene a coadyuvar en el desempeño de funciones, manifestando el consenso de la voluntad e intereses de la familia respecto a la toma de decisiones, permitiendo la perduración de las relaciones familiares y de la empresa en el tiempo. Cumpliendo en este sentido con dos funciones principales “Informar y dar cuenta a la Asamblea Familiar de los

⁹¹ (Díaz M. Z., 2014, pág. 132)

trabajos realizados en el ejercicio, así como de los trabajos en curso y trasladar al Consejo de Administración la posición de la familia (...)"⁹²

Como se ha podido analizar tanto la Asamblea y Consejo de Familia, de acuerdo al tamaño y la etapa generacional en la que se encuentre la empresa, desempeñan papeles de vital importancia a través de los cuales se permite alcanzar un equilibrio entre las relaciones estrictamente familiares y las de la empresa que se contraponen dentro de este tipo de sociedades, facilitando su gestión y evitando que los conflictos que puedan suscitarse lleguen a mayores, provocando consecuencias negativas en el desarrollo empresarial del grupo familiar.

Sin embargo, previo al establecimiento de una estructura de los órganos de Gobierno Corporativo y de Familia, es indispensable tener claridad del tipo de compañía que se va a utilizar para la constitución de la empresa. Frente a las cinco especies que la legislación ecuatoriana ofrece como figuras jurídicas a ser adoptadas por las empresas familiares y de acuerdo a lo analizado, se recomienda optar por una de tipo de Responsabilidad Limitada debido a todas las características y configuración legal por la cual se rige permitiendo que la empresa familiar fácilmente pueda acoplarse a la misma, adicionalmente frente a la flexibilidad que presenta en su regulación, faculta a que el marco de actuación de la voluntad del fundador como de los miembros de familia con mayor injerencia en la gestión de la empresa sea amplia, posibilitando desde esta perspectiva que sea el contrato social de la compañía o la reforma del mismo, el mecanismo a través del cual se estipule y de origen a la creación de órganos relativos al Gobierno Corporativo y de Familia, que de acuerdo a la etapa generacional en la que se encuentre la empresa, adquirirán una mayor relevancia y un funcionamiento que permita un óptimo desempeño de los tres elementos que se superponen en estos negocios familiares.

Si bien esta estructura corporativa es la base a través de la cual estas sociedades pueden alcanzar su objetivo primordial, perdurar en el tiempo, resulta una aberración y un tanto conformista el considerar que por contar con órganos especializados y haber adoptado una figura jurídica idónea, la tarea ha culminado; es por ello que como complemento de este estudio, se analizaran ciertos mecanismos que facultaran a que

⁹² (Gasco, Segurado, & Quintana, 2005, pág. 47)

una Empresa Familiar alcance una protección y seguridad jurídica de mayor nivel, tanto desde una perspectiva empresarial como familiar.

CAPÍTULO 3.- MEDIDAS DE PROTECCIÓN PARA EVITAR QUE LOS GRUPOS EMPRESARIALES FAMILIARES SE DESINTEGREN.

“Hay que tener presente que, en toda empresa familiar, tomar decisiones con el corazón terminara por destruir la razón y el negocio.”⁹³

En base a lo analizado en los capítulos precedentes y a la característica intrínseca de la gran mayoría de las empresas familiares -la habitualidad de conflictos-, ocasionada por una guerra del poder, sentimientos, intereses particulares, resentimientos y otros conflictos de naturaleza personal, que se manifiestan en el caminar de estas empresas y que ocasionan tensiones que influyen en la gestión administrativa de la misma, así como en el propósito de alcanzar la perduración de los grupos familiares, principal factor de estudio y análisis del presente trabajo; se ha considerado necesario realizar un análisis de ciertas medidas a través de las cuales se puedan implementar reglas claras, equidad entre los miembros, delimitación de roles y participación económica que permitan la prevención de desavenencias que podrían suscitarse.

3.1 Protocolo Familiar.

Con la finalidad de establecer un concepto claro y dar un mayor alcance en relación a lo que la doctrina señala que debería entenderse por un protocolo familiar, es necesario citar algunas definiciones propuestas por diferentes autores:

“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.”⁹⁴

“Por su gestación interdisciplinaria, donde confluyen elementos familiares, jurídicos, económicos, fiscales y empresariales, el protocolo familiar se presenta a modo de herramienta de gran eficacia para el fortalecimiento de las virtudes y el aplacamiento de las debilidades de la empresa familiar.”⁹⁵

⁹³ (Suri, 2018, pág. 32)

⁹⁴ (Lanzón, 2005) obtenido de (Chuliá, 2011, pág. 117)

⁹⁵ (Acquarone, Nardelli, Serebisky, Lalanne, & Luján, 2012, pág. 116)

Por su parte Favier Dubois, lo define como:

“El instrumento escrito, lo más completo y detallado posible, suscrito por todos los miembros de una familia que al mismo tiempo son socios de una empresa, que delimita el marco del desarrollo y las reglas de actuación y relaciones entre la empresa familiar y su propiedad, sin que ello suponga interferir en la gestión de la empresa y su comunicación con terceros”⁹⁶

Y, por último, es necesario señalar que el protocolo bajo el contexto y enfoque que persigue este estudio, es el instrumento idóneo mediante el cual se va a permitir la formalización del Gobierno Familiar y Corporativo, implementando en este todos los acuerdos que se hayan adoptados, alcanzando su institucionalización de manera eficaz, en este texto único unificado.

Por consiguiente, estamos frente a un instrumento o acuerdo extraestatutario celebrado por la familia, con el que se pretende una auto regulación del Buen Gobierno Corporativo y su transparencia, garantizando de esta manera su relevo generacional. Esta herramienta debe elaborarse considerando su exclusividad para la empresa a la cual ha de dirigirse, es decir, al ser cada empresa familiar un mundo diferente se deben examinar ciertos aspectos como su complejidad, la vinculación laboral, acuerdo entre socios, derechos económicos, políticos y patrimoniales de sus socios, objetivos de la familia y la empresa, entre otros; para lo cual resulta indispensable partir de la historia de la familia, su estructura genealógica en la actualidad y una simulación de la extensión que podría alcanzar, permitiendo plasmar en este documento la misión y visión del grupo, considerando que entre sus aspiraciones, se encuentra el perdurar en el tiempo.

Desarrollada la estructura de los órganos que conforman el Gobierno de Familia y el Gobierno Corporativo, que ya fue analizada, es menester que en el protocolo se incluya cláusulas referentes a los mismos, recogiendo de diferentes autores ya estudiados y de acuerdo a las principales necesidades que podrían suscitarse, las siguientes:

- Requisitos con los que se debe contar para ser Gerente de la empresa, presidente del Consejo de Administración y del Consejo de Familia, así como

⁹⁶ (Dubois, El protocolo de la empresa familiar. Aspectos generales, finalidades y valor legal, 2011) obtenido de (Acquarone, Nardelli, Serebisky, Lalanne, & Luján, 2012, pág. 116)

el plazo por el cual podrán ejercer sus funciones y la posibilidad o no de su reelección.

- Reglas para la toma de decisiones y funcionamiento del Consejo y Asamblea de Familia, Junta General y Consejo de Administración.
- Código de ética para los miembros del Gobierno Corporativo y Familiar.
- Reglas para la convocatoria y composición de las juntas de socios, directivas, y de familia, en las cuales se establezca la previsión de un tiempo y del quórum mínimo para su realización.
- Facultades de las que goza el administrador o gerente de la empresa, las mismas que deben constar en el contrato de constitución de la compañía.
- Reglas de comunicación entre el Gobierno de Familia y el Corporativo, recomendando que el vínculo entre la Junta General y los miembros de la familia deberá ser por medio del Consejo de Familia, de manera que cada órgano cumpla con las funciones para las cuales han sido creadas.
- Sanciones o multas para las personas que integren los órganos tanto de Gobierno de Familia y el Corporativo en caso de incumplimiento del protocolo o extralimitación de sus funciones.

En cuanto a las relaciones y límites entre la familia y la empresa, se recomienda que el protocolo regule las siguientes áreas:

“a) pautas para fijar la retribución de los familiares que trabajen en la empresa o presten sus servicios profesionales en la misma; b) política de fijación de reservas facultativas y de distribución de dividendos, teniendo presente no afectar la capacidad de la empresa para su propia financiación y crecimiento; c) calificación, condiciones y desempeño laboral que los miembros de la familia deben ostentar para trabajar en la empresa; d) préstamos, beneficios, capacitación y ayudas a socios.”⁹⁷

Y de acuerdo al tamaño de la empresa y extensión de la familia que con el tiempo vaya alcanzando, se considera necesario que esta herramienta abarque ciertas normas relacionadas a la sucesión patrimonial y de gestión de la empresa, la competencia

⁹⁷ (Dubois, El protocolo de la empresa familiar. Aspectos generales, finalidades y valor legal, 2011) obtenido de (Acquarone, Nardelli, Serebisky, Lalanne, & Luján, 2012, pág. 118)

desleal de los socios miembros de la familia, la promoción de actividades para los miembros de la familia que persigan fines extra empresariales como educativos, investigativos, o de responsabilidad social; el procedimiento a seguir en relación al ingreso de nuevos miembros de familia o de terceros así como la implementación de reglas claras que permitan la solución de conflictos, bien sea a través de los propios órganos de consejo o por medio de árbitros especializados y aquellas normas relativas a la creación de nuevas empresas pertenecientes al grupo familiar.

Frente a la situación cambiante y difícilmente previsible de una empresa de tipo familiar, resulta necesario realizar reformas al protocolo en el transcurso tiempo con la finalidad de incluir ciertos factores como los mencionados en líneas anteriores, o los acuerdos que pueden llegar a darse entre los socios y en ciertas ocasiones es imperioso modificar condiciones o requerimientos o a su vez derogarlos.

3.1.1 Efectos jurídicos del Protocolo Familiar.

“Sin una legislación que defina, regule el contenido y, menos aún, establezca la publicación del protocolo familiar, la oponibilidad del mismo frente a terceros solo podría ser ganada a través de la inserción de sus cláusulas en los documentos que cuentan con una regulación legal como en contrato de constitución”⁹⁸

Si bien existe doctrina que estudia el concepto, finalidad con la que cumple un protocolo familiar, y que permite establecer que estamos frente a un contrato multilateral privado atípico, que, como requisito *sine qua non* debe estar suscrito por todos y cada uno los miembros de familia que sean dueños del paquete accionario, necesidad que se fundamenta en el hecho, que, al ser un compromiso social que nace de la autonomía de la voluntad de los propietarios, resulta indispensable que estos se vinculen con el protocolo, con la finalidad que el mismo sea exigible a las partes.

Por lo que, desde esta perspectiva el protocolo familiar goza de eficacia, ya que se trata de un acuerdo de voluntades, mediante el cual se pretende alcanzar el correcto funcionamiento de una empresa familiar, por ello, para su cumplimiento no es necesario de la coerción o de su reconocimiento como un mecanismo jurídico, sino únicamente de la moral y ética de quienes lo han suscrito, empero, dada la naturaleza

⁹⁸ (Acquarone, Nardelli, Serebisky, Lalanne, & Luján, 2012, pág. 126)

de la empresa, las relaciones que se manejan y que el momento en el que mayor importancia adquiere el protocolo se presenta en el relevo de la segunda a la tercera generación, resulta complejo que esta herramienta societaria sea respetada a cabalidad por la simple voluntad de sus suscriptores.

Frente a este análisis, el conflicto se presenta al momento de estudiar al protocolo desde la perspectiva de nuestra legislación y su realidad en el Ecuador, debido a que no existe una figura que reconozca a esta herramienta como un contrato típico o que se permita su inscripción o registro ante una autoridad competente, lo que ocasiona que la eficacia de esta figura se vea afectada a causa de que la protección jurídica que recibirá no alcanzará toda su esfera e incluso algunas de las cláusulas que lo conforman pueden ser contrarias a derecho, y no por el hecho de que persigan un fin ilícito sino que frente a la situación que pretende regular existen normas expresas como en el caso del quorum necesario para la conformación de la junta general, la disposición de acciones o participaciones, tratamiento de las mismas, entre otras.

En este sentido la Ley de Compañías señala:

“Art. 116.- La junta general, formada por los socios legalmente convocados y reunidos, es el órgano supremo de la compañía. La junta general no podrá considerarse válidamente constituida para deliberar, en primera convocatoria, si los concurrentes a ella no representan más de la mitad del capital social.”⁹⁹

“Art. 136.- La compañía se constituirá mediante escritura pública que será inscrita en el Registro Mercantil del cantón en el que tenga su domicilio principal la compañía. La compañía existirá y adquirirá personalidad jurídica desde el momento de dicha inscripción. (...) **Todo pacto social que se mantenga reservado será nulo.** (...)”¹⁰⁰

⁹⁹ (Ley de Compañías , 2018, Art. 116)

¹⁰⁰ (Ley de Compañías , 2018, Art. 136)

Con la misma percepción la Ley Orgánica de Fortalecimiento, Optimización del Sector Societario Bursátil, señala en su artículo 146 que: “**Todo pacto social que se mantenga reservado será nulo. (...)**”¹⁰¹

De manera que, el protocolo familiar al ser un acuerdo voluntario entre quienes integran el capital de la empresa, se convierte en un pacto social, mismo que al no estar reconocido por la normativa ecuatoriana como una herramienta societaria, de acuerdo a lo que señala de manera expresa la Ley de Compañías y la Ley Orgánica de Fortalecimiento, Optimización del Sector Societario Bursátil, este pacto social, es decir el protocolo, carece de valor jurídico alguno.

Por ejemplo, en el caso que la empresa “X” cuente con un protocolo suscrito por todos sus miembros en el que se haya regulado una política de reparto de dividendos del 75% entre sus socios y el 25% restante será objeto de reinversión, y que en cuanto a la Junta General establece una cláusula que indica que esta, podrá constituirse válidamente en primera convocatoria con la presencia de la tercera parte del capital social; por otro lado, la Junta General como órgano supremo indica que los dividendos se repetirán en un 100% y en el estatuto de la compañía se ha estipulado que para que la Junta General se constituya en primera convocatoria se deberá cumplir con lo señalado en el artículo 116 de la Ley de Compañías; ¿Qué prevalece? ¿El protocolo familiar o el estatuto y lo expresado por la Junta General?, en este sentido evidentemente la herramienta objeto de análisis carece de eficacia jurídica.

En consecuencia, a pesar de la relevancia con la que goza un protocolo familiar y la eficacia que podría tener desde una perspectiva societaria, la legislación ecuatoriana y su falta de actualización ante las necesidades societarias es la principal limitante para su funcionamiento y aplicación, dado a que es una figura que no ha sido analizada y muchos menos reconocida, ocasionando que frente a la empresa, las cláusulas contempladas en el protocolo no sean exigibles y que esta figura únicamente tenga sentido de ser creada bajo la primera perspectiva estudiada, como una especie de Carta Magna Familiar; figura que puede adquirir una mayor eficacia desde una perspectiva

¹⁰¹ (Ley Orgánica de Fortalecimiento, Optimización del Sector Societario Bursátil, 2014, Art. 146)

práctica, al establecer sanciones y multas para los miembros de la familia en caso de incumplimiento del Protocolo, sanciones que podrían llegar a afectar sus derechos políticos, económicos o ambos.

3.2 Medidas preventivas en la sucesión hereditaria de los miembros del grupo familiar.

Como se ha analizado a lo largo del presente trabajo, una de las principales desventajas de las empresas familiares y de acuerdo a la realidad que se vive en nuestro país, se ha determinado que estas no cuentan con un plan sucesorio debidamente estructurado por el jefe de la empresa. Si no que lo que sucede por lo general, es que en el trance de la primera a segunda generación, su fundador, quien es todo para la empresa, fallece dejando en total incertidumbre a la sociedad respecto al proceso sucesorio patrimonial y de gestión que se debería adoptar, provocando una batalla de poderes entre los miembros de familia que pertenecen a la organización, en la que van a prevalecer los intereses propios y cuyo desenlace de acuerdo a estudios realizados es la ruptura de los ideales planteados por el fundador; situación que termina en la disolución del grupo familiar, si es que no se han llegado a adoptar medidas oportunas o permitir la intervención de terceros que logren alcanzar un equilibrio entre los objetivos de la familia y los empresariales.

Claro esta que si un Grupo Familiar, desde su constitución y durante la primera generación implementa y desarrolla dentro de la organización herramientas, como el Buen Gobierno Corporativo, a través del cual existe una total claridad y transparencia respecto al orden y desempeño de funciones de los dos grandes gobiernos que intervienen en este tipo de empresas, o de los consejos especializados que se encargan del establecimiento de políticas laborales, contratación de familiares y del desarrollo de planes sucesorios entre otras funciones que permiten el establecimiento de una zona limítrofe entre en la familia y empresa así como la protección de los derechos de sus partícipes, siendo regulaciones que, implementadas en el protocolo familiar, permitirán reforzar esta protección y dotar de mayor eficacia a la estructura corporativa. Este instrumento que, a través de cláusulas, sentará bases y compromisos que serán el camino a seguir de la empresa, permitirá que el plan sucesorio se encuentre de cierta forma ya estructurado o que al menos existan pequeñas guías a seguir,

definiendo de esta manera el sendero para las futuras generaciones y las reglas de juego en el relevo generacional.

Sin embargo, a pesar de que se implemente dentro de la empresa una especie de planificación preliminar a través de estas herramientas, seguimos frente a un proceso complejo que a diferencia de lo que sucede en empresas de tipo no familiar, en las empresas familiares la sucesión debe producirse tanto en la propiedad como en la gestión o liderazgo, en sentido que estamos frente a un fenómeno que va a afectar a los tres elementos que configuran a estas sociedades, es decir, propiedad- familia- empresa y cuyos efectos se verán reflejados en el mercado que la organización se desenvuelva.

Por lo tanto, es un proceso cuya planificación puede durar años entre encontrar una fórmula perfecta y su ejecución, o en ciertas ocasiones este tiempo es escaso o nulo como en el caso de enfermedades terminales o una muerte inesperada del fundador a temprana edad; en cualquiera de estas dos realidades lo que se busca es que el relevo no termine en fracaso, para lo cual es indispensable de la comunicación y transparencia dentro de la empresa así como el involucramiento de los miembros de familia en la misma. “No hay fórmulas mágicas, pero a los 65 años el líder debería abandonar sus responsabilidades y ser sustituido por un miembro de la siguiente generación de entre 30-40 años.”¹⁰²

3.2.1 Sucesión en la gestión de la Empresa Familiar.

Si bien, tanto la sucesión de la gestión como la patrimonial requieren de una planificación previa, debido a la incidencia que la gestión del futuro sucesor tendrá en la empresa resulta imperioso un análisis a detalle de quien estará a cargo del timón; la incorrecta elección del líder podría ocasionar no solo que el proceso sucesorio resulte un fiasco ya que independientemente de quienes sucedan desde la perspectiva patrimonial, si quien asume el cargo no se encuentra capacitado podríamos estar frente al fin de una empresa y su pronta liquidación.

Por ello, en la sucesión del liderazgo se requiere de una observación exhaustiva y anticipada de quien ha de tomar la posta, si se trata de una persona de la familia o alguien ajeno a esta y en qué momento ocupará dicho cargo; en igual sentido se debe

¹⁰² (Ignacio Gallego Domínguez, 2015, pág. 4)

considerar que la complejidad será mayor dependiendo de la generación en la que se encuentre la empresa, en el caso de la primera a la segunda generación se puede decir que es la más difícil dado que el núcleo de la familia aun es pequeño ocasionando que todos quieren ocupar un lugar dentro de la organización y más aún el cargo del directivo, pues se trata de una sucesión de padres a hijos, a diferencia de lo que ocurre con la tercera generación donde la sucesión es nivel de primos por lo que resulta más sencillo la elección de un miembro de la familia para la dirección de la empresa o de una tercera persona debido a que no se encuentran tan vinculados y cercanos a la misma como en el caso de la segunda generación.

La vinculación exagerada que existe por parte del fundador con la empresa, resulta uno de los principales desafíos, debido a que esta resistencia por no abandonar el control provoca que no exista ningún miembro de la familia o un tercero capacitado para sucederlo, por ello lo que sugiere el catedrático de la Universidad de Córdoba Ignacio Gallego es “diseñar una fecha de apartamiento del líder de la empresa familiar dejando camino a la siguiente generación.”¹⁰³

Esta elección del nuevo líder implica el respeto de ciertas consideraciones como es la experiencia laboral, preparación académica suficiente, su involucramiento con la empresa desde años anteriores a la fecha de la sucesión, voluntad de suceder en la gestión y sobre todo que exista una aceptación tanto por el Consejo de Familia como el de Administración. De manera que se pueda formalizar este procedimiento con el nombramiento y aceptación, a través de su inscripción en el Registro Mercantil de acuerdo a lo que señala el artículo 12 de la Ley de Compañías.

3.2.2 Sucesión en la propiedad de la Empresa Familiar.

La sucesión en la gestión de la Empresa Familiar no necesariamente requiere ir acompañada de la sucesión en la propiedad, sin embargo, debe existir coordinación entre estos dos procesos, debido a que no tuviese sentido alguno designar a una persona como líder y que la distribución del capital de la empresa no se perfeccione de forma adecuada, de manera que el sucesor en la gestión a quien se le ha capacitado puede ser fácilmente sustituido dado que el poder de la compañía recae en el consentimiento unánime del capital social, es decir, de quienes ostentan las participaciones.

¹⁰³ (Ignacio Gallego Domínguez, 2015, pág. 6)

A diferencia de la sucesión en la gestión, el paso de la primera generación a la segunda es la más fácil en razón a que el patrimonio y liderazgo de la empresa aún se encuentra en poder de una sola persona, o al menos esta es propietaria de la mayoría de participaciones; el número de herederos que existe aún es pequeño por lo que se presenta la posibilidad de que el nuevo líder empresarial sea quien a su vez posea un alto porcentaje de participaciones, permitiendo que aun exista una cierta integridad y unanimidad dentro del Grupo Familiar.

La sucesión de la empresa familiar puede darse durante la vida del propietario, es decir, por acto entre vivos ya sea por la venta de las participaciones o donación de las mismas siempre que exista consentimiento unánime por parte del capital social¹⁰⁴, o por causa de muerte, que de acuerdo a lo que señala el Código Civil en su artículo 994, que a su vez puede ser testamentaria o abintestato.¹⁰⁵

En el caso de la primera figura, y de manera específica en la donación va a ser la voluntad del fundador la que determine que personas desde un aspecto netamente económico van a seguir formando parte del Grupo Familiar, es decir, serán sus sucesoras; teniendo como único limitante el sistema de legítimas y mejoras regulados en el tercer libro del Código Civil, de la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos, que hace referencia a que cuando existan donaciones revocables o irrevocables realizadas a favor de legitimarios (hijos y padres)¹⁰⁶ o en razón de mejoras (descendientes) se deberán computar dentro del acervo del causante con la finalidad de compensar a aquellos herederos que hayan recibido un valor inferior a los demás por concepto de legítimas, claro que esta limitación a la voluntad del causante al momento del suceder, está flexibilizada bajo el sistema de mejoras que permite que una cuarta parte del patrimonio del causante sea a favor de los herederos que este elija.

“Art. 1208.- Para computar las cuartas de que habla el artículo precedente, se acumularán imaginariamente al acervo líquido todas las donaciones revocables o irrevocables, hechas en razón de legítimas o de mejoras, según el valor que hayan tenido las cosas donadas al tiempo de la entrega, (...)”¹⁰⁷

¹⁰⁴ (Ley de Compañías, 2018, Art. 113)

¹⁰⁵ (Código Civil, 2015, Art. 994)

¹⁰⁶ (Código Civil, 2015, Art. 1205)

¹⁰⁷ (Código Civil, 2015, Art. 1208)

Lo mismo sucede con aquellas donaciones realizadas a terceros y que sobrepasen la cuarta de libre disposición del causante, menoscabando las legítimas rigurosas y cuarta de mejoras; dando en ambas circunstancias el derecho a los legitimarios de reclamar lo que ha sido excesivamente donado, con la finalidad de obtener su parte del capital que les corresponde.¹⁰⁸

En cuanto a la sucesión testamentaria, bajo la figura de causa de muerte del fundador, si la transmisión de la propiedad se realiza de acuerdo al artículo 1037, no surge inconveniente alguno, siempre y cuando se respeten las asignaciones forzosas¹⁰⁹ (porción conyugal, legítimas, cuarta de mejoras) que el testador está obligado a hacer y que la ley las suple cuando no las haya hecho sin perjuicio de las disposiciones testamentarias. De manera que el fundador en vida ha podido expresar su voluntad y precautelar los intereses de la familia como los de la empresa y a su vez impedir que terceros puedan participar del patrimonio del Grupo Familiar, situación que desnaturalizaría su esencia.

“Art. 1037.- El testamento es un acto más o menos solemne en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes, para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él, mientras viva.”¹¹⁰

Por último, la sucesión abintestato, aquella en la que el líder fallece sin dejar testamento, sin lugar a dudas, es la que se tiene que evitar a toda costa, debido a que este tipo de sucesión se aleja totalmente de la voluntad del causante y evita que se pueda cumplir con la finalidad de una empresa familiar, rompiendo todos los esquemas que se plantearon en la estructuración del Gobierno Corporativo y del protocolo familiar, en el sentido que de acuerdo a lo que señala el artículo 1023 “ Son llamados a la sucesión intestada los hijos del difunto, sus ascendientes, sus padres, sus hermanos, el cónyuge sobreviviente y el Estado.”¹¹¹; de acuerdo a los herederos que existan al

¹⁰⁸ (Código Civil, 2015, Art. 1209 y siguientes)

¹⁰⁹ (Código Civil, 2015, Art. 1194)

¹¹⁰ (Código Civil, 2015, Art. 1037)

¹¹¹ (Código Civil, 2015, Art. 1023)

momento del fallecimiento del causante; creando así problemas y confusiones evidentes para el Grupo Familiar.

Por ejemplo, podría presentarse el caso de que una empresa familiar “B” que ha sido fundada por dos hermanos, cuyos padres han fallecido, únicamente uno de ellos ha contraído matrimonio y ha procreado dos hijos; adicionalmente, esta empresa se encuentra en etapa de traslación a la segunda generación y los fundadores sufren un accidente automovilístico en el que pierden la vida y ninguno de los dos ha dejado testamento. En relación a quien ha dejado decendencia no existe mayor problema, se aplicarán las reglas relativas a la sucesión intestada, sin embargo, para el segundo fundador, si bien, también se aplican las mismas reglas, en cumplimiento del artículo 1032 del Código Civil en concurrencia con los sobrinos del causante que son sus únicos herederos también sucederá el Estado; situación que claramente desnaturalizaría a una empresa de tipo familiar.

La transmisión de propiedad de una empresa va a estar sujeta a ciertas limitaciones dependiendo se trate de acciones o participaciones y lo que señale el estatuto y las disposiciones legales, en tal sentido si la transmisión fue por acto entre vivos, como ya se analizó esta puede ser a título oneroso (venta) o a título gratuito (donación) cumpliendo como único requisito que:

“Art. 113.- La participación que tiene el socio en la compañía de responsabilidad limitada es transferible por acto entre vivos, en beneficio de otro u otros socios de la compañía o de terceros, si se obtuviere el consentimiento unánime del capital social. La cesión se hará por escritura pública. (...)”¹¹²

Respecto a la sucesión por causa de muerte, en relación a la Compañía de Responsabilidad Limitada esta tendrá lugar siempre que el número de socios no excedan a 15, es decir el fundador no deje un número mayor de 15 herederos, caso contrario deberá transformarse en una compañía de otra clase o disolverse, frente a lo cual y como una posible solución se presenta el hecho de que quien herede parte del capital de la compañía sea otra sociedad, que represente a una rama de la familia, la

¹¹² (Ley de Compañías , 2018, Art. 113)

misma que debe encontrarse vinculada con los demás descendientes por una empresa madre tenedora de acciones, *holding*.

En consecuencia, se considera indispensable que el grupo familiar cuente con un plan sucesorio legalmente instituido, ya sea a través de donaciones o un testamento a través del cual se permita la incorporación y toma de poder en un sentido económico a las futuras generaciones, así como el hecho de permitir su integración en la gestión de la empresa a través de un proceso de formación debidamente regulado en protocolo de familia, respetando las políticas de gobierno de la empresa con la finalidad de prevenir futuras desavenencias y alcanzar la perduración de estas empresas en el tiempo.

3.3 Estructura del Grupo Empresarial.

En aquellos casos en los que el Grupo Familiar ha crecido en tal dimensión que la familia se convierte en socia de diferentes empresas, es decir que mismas personas participan en el capital de distintas sociedades independientemente de la actividad económica que desempeñen, o aquellos casos en que la visión de la familia es diversificarse, se recomienda que la estructura del Grupo Empresarial sea revisada y optar por la creación de una compañía *Holding* o Tenedora de acciones, a través de la cual se podrá lograr un mayor hermetismo como mecanismo de protección y control y adicionalmente obtener ciertas ventajas de otra índole. Para su análisis, es menester partir por su definición:

El tratadista de la materia, Emilio Lorenzo se refiere a esta como “Agrupación o consorcio de empresas bajo control superior y como equivalencia: sociedad de cartera”

113

“Un holding no es más que un grupo de empresas. En esta forma de organización existe una empresa dominante de la cual dependen las filiales o sociedades subordinadas. Aunque las filiales poseen personalidad jurídica propia, al estar subordinadas a la matriz no tienen verdadera capacidad de decisión.”¹¹⁴

¹¹³ (Lorenzo, 1996) obtenido de (Aguilera & Moscoso, 2017, pág. 141)

¹¹⁴ (Labory Tax Consultoría de Empresas, 2019)

De acuerdo a la legislación ecuatoriana la Ley de Compañías, señala:

“Es la que tiene por objeto la compra de acciones o participaciones de otras compañías, con la finalidad de vincularlas y ejercer su control a través de vínculos de propiedad accionaria, gestión, administración, responsabilidad crediticia o resultados y conformar así un grupo empresarial.

Las compañías así vinculadas elaborarán y mantendrán estados financieros individuales por cada compañía, para fines de control y distribución de utilidades de los trabajadores y para el pago de los correspondientes impuestos fiscales. Para cualquier otro propósito podrán mantener estados financieros o de resultados consolidados evitando, en todo caso, duplicidad de trámites o procesos administrativos.

La decisión de integrarse en un grupo empresarial deberá ser adoptada por la Junta General de cada una de las compañías integrantes del mismo. En caso de que el grupo empresarial estuviere conformado por compañías sujetas al control de la Superintendencias de Bancos y Compañías, las normas que regulen la consolidación de sus estados financieros serán expedidas y aplicadas por ambos organismos. (...)”¹¹⁵

En este sentido y para la aplicación del presente trabajo, los *Holdings* no son más que empresas madres que tienen como objetivo alcanzar el control de la organización desde una perspectiva administrativa, financiera y tributaria de las diferentes sociedades que se encuentran bajo de su dependencia, sin que esto implique una limitación a la autonomía del desarrollo de las mismas, sin embargo, para que esta sociedad tenedora de acciones cumpla con el fin que se le pretende dar en el contexto que se está desarrollando es indispensable que sea la principal accionistas del resto de compañías, y para mayor seguridad en la toma de decisiones que participe en el 50% o más de su capital.

¹¹⁵ (Ley de Compañías , 2018, Art. 429)

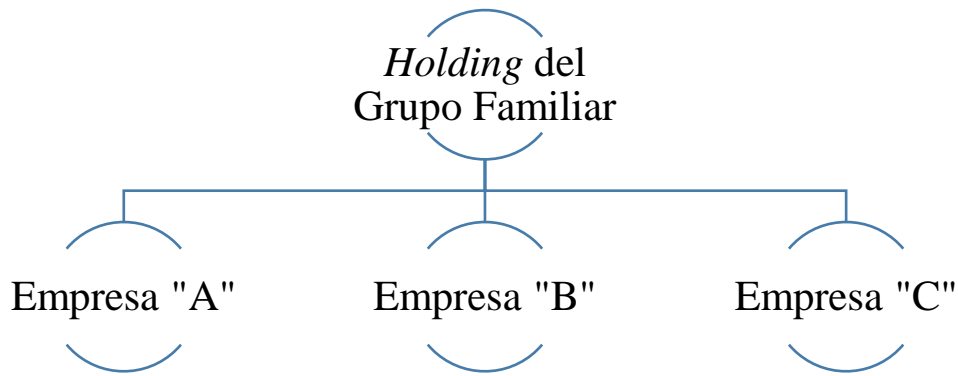


Ilustración 4 Holding de un Grupo Familiar.¹¹⁶

Elaborado por: Sara Salamea

De tal manera que será la *Holding* la que cuente con la estructura corporativa planteada en el segundo capítulo de este trabajo, de forma que al tener el 50% de participaciones o más del resto de sociedades, serán sus órganos quienes necesariamente deberán participar en las Juntas Generales de las diferentes empresas, permitiendo precautelar y cumplir con las misión y visión propuesta por el fundador del Grupo Familiar, pero sobre todo garantizar su perduración en el tiempo. Frente a esta situación y al requerimiento legal de que las decisiones a adoptarse en las diferentes empresas requieren de la aprobación de la mayoría del capital social en la Junta General, es necesario del consenso y respaldo por parte de la Tenedora de Acciones, para lo cual se requiere que el Consejo de Administración como el de Familia, tengan pleno conocimiento de las resoluciones que se vayan a aprobar, manteniendo así una unanimidad e impidiendo que terceros que poseen parte del capital, puedan afectar a cualquiera de las sub- empresas.

“Como ejemplo se puede suponer que: existe una familia de cuatro personas y cada uno tiene el 25% de capital de la Holding y a su vez la empresa tenedora de acciones/participaciones es dueña del 50% de la empresa A, B, C y D, pero resulta que uno de los integrantes de la familia se pelea con todos y quiere destruir la empresa A, pero él tan solo tiene el 25% de la votación de la *Holding* , la misma que es dueña del capital de la empresa A y por lo mismo, este integrante familiar no

¹¹⁶ (Salamea S.)

podrá hacer nada más que seguir molesto, debido a que no podrá intervenir en la estructura empresarial.”¹¹⁷

En tal sentido Enrique de las Heras Gallego indica que,

“La fórmula más adecuada es la constitución de la sociedad por los socios de la familia a través de la aportación de las participaciones que se poseen en todas y cada una de las sociedades de la familia. De esta forma, cada miembro de la familia pasará a ser socio de la cabecera en una proporción igual al valor que tenía su participación en el total del *holding*”¹¹⁸

Siendo necesario recalcar que cada empresa o sub empresa por así llamarla, goza de autonomía jurídica, societaria, tributaria de manera que cada una deberá tener un registro único de contribuyentes, contabilidad propia, documentación societaria, etc.

En cuanto a las ventajas que presenta esta estructura en relación al Grupo Familiar, se pueden mencionar las siguientes:

- Alcanzar una gestión centralizada de las diferentes sociedades que va a estar controlada por empresa madre, *holding*.
- Cuando la familia ha decidido expandir sus fronteras, desde una perspectiva económica y optar por la figura *Holding*, sus riesgos estarán diversificados, en el sentido de que los riesgos de diferente índole o de acuerdo al sector en el que se desarrolle una de las sociedades no provoque un perjuicio a las demás.
- La sucesión empresarial y patrimonial del grupo va a estar herméticamente protegido.
- Mejorar la apariencia del Grupo Empresarial frente a entidades financieras y crediticias, permitiendo una mejor solvencia de las diferentes sociedades en el mercado, mejores condiciones de financiamiento que se convierten en ventajas competitivas dentro del mercado.

¹¹⁷ (Salamea G. A., 2016, pág. 13)

¹¹⁸ (Gallego, 2018, pág. 20)

- “Facilitar la penetración en nuevos mercados a través de adquisiciones de negocios que pueden ser financiadas gracias a la liquidez que con facilidad y eficiencia fluye dentro del grupo en términos legales y financieros.”¹¹⁹
- Desde el aspecto impositivo, existen varios beneficios, uno de ellos se presenta al momento de repartir los dividendos obtenidos por las diferentes sociedades, en tal sentido, los dividendos que han sido obtenidos en un periodo fiscal por una de las sociedades que forman parte del Grupo Familiar y pasan a la *holding*, no constituyen hecho generador del pago del Impuesto a la Renta, situación que difiere cuando los dividendos pasan directamente a una persona natural, en este caso si existe la obligación de tributación.

“Art. 9.- Exenciones. - Para fines de la determinación y liquidación del impuesto a la renta, están exonerados exclusivamente los siguientes ingresos:

1.- Los dividendos y utilidades, calculados después del pago del impuesto a la renta, distribuidos por sociedades nacionales o extranjeras residentes en el Ecuador, a favor de otras sociedades nacionales o extranjeras, no domiciliadas en paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición o de personas naturales no residentes en el Ecuador.

Esta exención no aplica si el beneficiario efectivo, en los términos definidos en el reglamento, es una persona natural residente en Ecuador.

También estarán exentos de impuestos a la renta, los dividendos en acciones que se distribuyan a consecuencia de la aplicación de la reinversión de utilidades en los términos definidos en el artículo 37 de esta Ley, y en la misma relación proporcional.”¹²⁰

- Existe la posibilidad que la función que cumple la *holding* no sea únicamente la de tenencia de acciones, sino que implique la realización de otras actividades a través de las cuales las otras sociedades pudieran servirse, es decir, estaríamos frente a un *holding* mixto, que pudiera desarrollar adicionalmente de la tenencia de acciones o participaciones ciertos servicios administrativos, contables, inmobiliarios, financieros, entre otros, los mismo que beneficiarían a las sociedades y a su vez permitirían que el control de estos, su forma de prestación y calidad se encuentre

¹¹⁹ (Gallego, 2018, pág. 13)

¹²⁰ (Ley de Regimen Tributario Interno, 2017, Art.9 num.1)

centralizado en la empresa madre, esto además facultaría la existencia de beneficios financieros adicionales para la empresa principal debido a que percibiría ingresos fijos por la prestación de estos servicios.

Por lo tanto, cuando un mismo grupo de personas se encuentre en el control de la propiedad de varias empresas, es indispensable recurrir a una figura que permita la unificación de su estructura, ideales y estrategias; esta figura que se encuentra regulada en nuestra legislación puede ser utilizada por aquellos Grupos Familiares que han alcanzado una diversificación en el mercado y han ampliado sus actividades económicas, permitiendo que su administración se encuentre centralizada y la toma de decisiones provenga de una misma persona es decir, de la *Holding*, que actuará a través de su representante legal, siendo indispensable la aprobación de esta para que las empresas puedan disponer de sus derechos y obligaciones. Adicionalmente, esta figura permitirá que cuando el grupo crezca debido a que el número generacional aumenta y existan cada vez más miembros políticos dentro de la familia, estas no puedan interferir en la estructura empresarial y que a su vez al ser la tenedora de acciones la dueña de todo se alcanzara cierto grado de protección para las personas naturales que se encuentran detrás de la compañía al momento de afrontar obligaciones.

Analizados estas tres herramientas como mecanismo de protección a las Empresas Familiares, se puede concluir que no existen métodos de prevención que sean infalibles, como tampoco se puede indicar que uno sea mejor que otro y que sus resultados serán más beneficios; esta situación se debe a que cada empresa familiar tiene características intrínsecas por la naturaleza de la actividad que desarrollen, ubicación geográfica del negocio, momento de su constitución, etapa generacional en la que se encuentre así como la cultura organizacional y valores con los que se haya educado a sus miembros. Sin embargo, se puede señalar que, si no se adoptan medidas como las señaladas, frente a la habitualidad de conflictos por los que se caracteriza este tipo de empresa, con el pasar del tiempo estos enfrentamientos minarán las relaciones personales y perjudicarán a la empresa, llegando incluso a propiciar su desaparición.

Es por ello y con la finalidad de minimizar los posibles problemas que podrían suscitarse y ocasionar situaciones que en un futuro pueden tornarse en irreversibles, es importante adelantarse a los problemas creando reglas, políticas y sobre todo una

cultura que ayude a la buena marcha del negocio. Si bien estas herramientas, en un sentido general no alcanzaran su desaparición en un 100%, si permitirán su minimización, lo que con el paso del tiempo y crecimiento del árbol genealógico se alcanzará un correcto funcionamiento, un buen ambiente de trabajo, y sobre todo la perduración de las Empresas Familiares en el tiempo.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

El presente trabajo de estudio y su desarrollo permite concluir que: al analizar un Grupo Empresarial Familiar, nos encontramos frente a una de las estructuras con mayor incidencia y trascendencia económica a nivel mundial, cuyo origen se lo puede situar en los inicios de la humanidad inteligente, sin embargo, con el paso del tiempo ha adquirido mayor relevancia desde una perspectiva social, económica y jurídica, permitiendo en este sentido que el campo de estudio cada vez amplié más sus horizontes. Al hablar de esta institución se debe cumplir con cuatro elementos indispensables para la conservación de su esencia, es decir, la existencia jurídica de una empresa, cuyo paquete accionario debe ser de propiedad de un grupo familiar, quien a su vez se va a encargar de la gestión o dirección de la misma desde una perspectiva que permita que el patrimonio perdure en el tiempo en manos de las siguientes generaciones; dando lugar a un sistema social empresarial integrado por la empresa, familia y propiedad.

En relación a la situación económica y jurídica de nuestro país, 9 de 10 empresas ya sean pequeñas, medianas o grandes son de tipo familiar, por lo que, representan una de las mayores fuentes de ingresos como de empleo para el Ecuador, adicionalmente, las empresas más representativas del país son familiares. Sin embargo, al momento de analizar su tiempo de vida los datos evidentemente son alarmantes debido a que únicamente un 5% de este total de empresas alcanza un relevo generacional a la cuarta generación, las demás quiebran o son vendidas a terceras personas, situación que se origina debido a la falta de formalidad jurídica en su constitución y estructura corporativa, la ausencia de planes sucesorios o de un protocolo familiar, entre otras medidas de protección cuya implementación en el momento oportuno permiten la prevención de conflictos ya sea de naturaleza familiar o económicos, que, con el paso del tiempo generan un desgaste en las relaciones y gestión del negocio.

Desde una perspectiva jurídica, la legislación ecuatoriana se encuentra con varios años de retraso en relación a nuestro objeto de estudio, lo que ocasiona que la normativa actual sea ineficiente y existan un sin número de vacíos legales frente a las necesidades de este tipo de empresas, provocando ciertos conflictos que dificultan su manejo y protección.

Si bien a la empresa familiar no se la puede catalogar de manera estricta dentro de uno de los cinco especies de sociedades de comercio reconocidas por la Ley de Compañías, después de un exhaustivo análisis se pudo llegar a concluir que si bien la forma jurídica a través de la cual se constituya la empresa queda en total y absoluta libertad de la elección del fundador, de acuerdo a una visión doctrinaria y práctica se debería optar por una sociedad de responsabilidad limitada, debido a las ventajas y seguridad jurídica que presenta para una empresa familiar, en primer lugar el régimen jurídico es más flexible por lo que se pueden incluir cláusulas personalizadas en el contrato social, segundo, la no confusión de patrimonios y limitación del patrimonio de los socios al monto de sus aportaciones y por último, debido a su carácter personalista garantiza el control de la sociedad por parte de los miembros de la familia así como conservación del mismo a lo largo del relevo generacional; sin descartar la posibilidad de optar por una sociedad anónima con acuerdo de accionistas que permitan regular las relaciones de los miembros de la familia dentro de la empresa.

En relación al buen manejo y la creación de órganos Corporativos y de Familia se debe tener en cuenta que cada empresa y a su vez, cada familia es un mundo distinto por lo que, es indispensable realizar un análisis previo del tamaño, problemas, necesidades, etapa y generación, en la que se encuentre la empresa para la adopción de los diferentes órganos. Sin embargo, frente a cualquier situación es indispensable que exista una diferenciación y segregación de funciones para los dos mundos que se contraponen en este tipo de empresas, a través de la cual se puede alcanzar una total transparencia en la gestión y comunicación.

Por un lado, los órganos de gobierno conformados por la junta general, consejo de administración o directorio, son órganos que gozan de una regulación y se recomienda que estén integrados por profesionales expertos en el área, ajenos a la familia, con la finalidad que cumplan sus roles y no se trate únicamente de órganos fantasmas, como sucede en la mayoría de empresas.

Desde otra perspectiva es indispensable contar con un Gobierno de Familia, el mismo que si bien no cuenta con regulación alguna dentro de nuestra normativa y que depende de la voluntad de los propietarios, va a permitir separar la gestión empresarial de la gestión generada por los lazos de familia. Este gobierno puede estar conformado por una asamblea de familia, la misma que va a estar integrada por todos los miembros

que conformen el grupo, con la finalidad de que todos ellos se reúnan con cierta periodicidad y exista un consenso y conocimiento acerca de la actividad de la empresa, permitiendo a su vez la resolución de ciertas incertidumbres que existen y evitando que se conviertan en futuros conflictos; un consejo de familia, es un órgano representativo de la familia a través del cual se busca el manejo efectivo de la asociación familiar presentando un reporte de manera directa a la Asamblea Familiar.

En relación al protocolo familiar, plan sucesorio relativo a la gestión-propiedad de la empresa familiar y la estructura del Grupo Empresarial como mecanismos de protección para la perduración de este tipo de empresas en el tiempo, se concluye que: evidentemente juegan un rol preponderante y permiten una mayor transparencia dentro de la familia como de la empresa, de manera que al existir reglas claras y preestablecidas en un protocolo Familiar, relacionadas con las diferentes necesidades de la empresa, un plan sucesorio previamente elaborado y definido, traen como consecuencia seguridad en la gestión del negocio y certidumbre del manejo de la empresa en manos de las futuras generaciones, disminuyendo la probabilidad de problemas que podrían llegar a suscitarse y afectar al Grupo Empresarial con el paso del tiempo. Sin embargo, se debe tener en cuenta que los efectos jurídicos que puede llegar a tener un protocolo familiar por la falta de reconocimiento de esta figura en nuestra legislación son nulos, por lo que, se trata más bien de una especie de Carta magna familiar en la que se deben incorporar multas y sanciones para los miembros de la familia con la finalidad de asegurar su cumplimiento.

Respecto a aquellos Grupos Familiares que han alcanzado una diversificación en el mercado y han ampliado sus actividades económicas, es indispensable la adopción de una figura jurídica que nuestra legislación prevé, regula y la denomina como *Holding*, figura a través de la cual se puede alcanzar una administración centralizada permitiendo que la toma de decisiones provenga de un solo grupo de personas, de manera que, cuando el grupo crezca debido a que el número generacional ha aumentado y existan cada vez más miembros políticos dentro de la familia, estas no puedan interferir en la estructura empresarial, dotando en este sentido de mayor seguridad a la familia, empresa y patrimonio.

Por consiguiente, si bien nos encontramos frente a una figura *sui generis*, que presenta una serie de desafíos y conflictos tanto en su etapa de creación como de desarrollo,

sumado el hecho que nuestra legislación hasta la fecha es deficiente en relación al desarrollo y protección empresarial, la empresa familiar desde la perspectiva que ha sido estudiada y el papel que juega en nuestra sociedad, presenta una serie de ventajas a ser explotadas y que si bien los mecanismos de protección estudiados no son los únicos y tampoco son infalibles, no existe duda alguna que existen medios y figuras para alcanzar la perduración de las empresas familiares en el tiempo.

Frente a lo expuesto y analizado se recomienda que:

1. Si la familia crece biológicamente la empresa también debe crecer de la misma manera, con la finalidad de evitar que los recursos se tornen insuficientes para las siguientes generaciones y romper el paradigma que hace alusión a que la primera generación crea, la segunda lo cuida y la tercera lo destruye.
2. Es indispensable que tanto la familia como la empresa cuenten con bases sólidas relativas a la capacidad, recursos, objetivos, estrategias, misión, visión, valores, pero sobre todo respecto a la identidad que se busca alcanzar en el tiempo y el cómo las siguientes generaciones van a aportar al sistema familiar.
3. Realizar un mapa de la familia en el proceso de sucesión, relativo al crecimiento de miembros de la familia por años, fondos para planes de estudios, sucesión en la gestión de manera que exista una planificación profesional y anticipada.
4. Establecimiento de mecanismos profesionales para la solución de conflictos.
5. Dentro del Gobierno es indispensable contar con un directorio, el mismo que se va a ser el eje que vincule a la propiedad, empresa y familia, es mejor si quienes lo conforman son externos profesionales, junto con algunos miembros de la familia.
6. Constituir un Fideicomiso societario, entendiendo por este al patrimonio autónomo que va a comprender las acciones o participaciones del capital social de la empresa familiar, en este sentido, la empresa al estar constituida en un fideicomiso societario va a estar manejada por una tercera persona (fiduciario) quien debe cumplir con una finalidad específica, que en el caso que nos ocupa se limita a acatar y ejecutar las cláusulas establecidas en el protocolo familiar, de manera que se permita asegurar su cumplimiento y que los resultados pasen a favor de una tercera persona o de su constituyente. Los efectos de este fideicomiso o de un fideicomiso con objeto parcial serán válidos dentro del

país y en el extranjero y dependerán de la imaginación y visión de los abogados del grupo familiar.

7. Cuando se trata de una sociedad anónima se debe optar por acuerdos de accionistas, a través de los cuales se pueda regular y solventar los principales problemas que tienen lugar en los grupos familiares, así como establecer ciertas formulas que permitan que la propiedad de la empresa perdure en manos de la familia, situación que se encuentra ya prevista en la Ley de Compañías “Serán válidos los pactos entre accionistas que establezcan condiciones para la negociación de acciones. (...)”¹²¹.

Desde una perspectiva jurídica se recomienda que:

1. Se implemente la definición de Empresa Familiar en la Ley de Compañías así como sucede en otras legislaciones.
2. Dado al alto porcentaje de empresas en el Ecuador que gozan de una estructura de tipo familiar, es indispensable que exista una figura y regulación jurídica acorde a la naturaleza de la misma. Figura a través de la cual se debe reglar los diferentes órganos que conforman el Gobierno Corporativo como el de Familia.
3. Se reconozca al protocolo familiar en la Ley de Compañías como una clase de contrato societario que permite la protección de estas empresas, así como su inscripción en el Registro Mercantil, con la finalidad de investirle de fe pública a este pacto social y que adquiriera la publicidad y valor jurídico necesario para que sus cláusulas sean jurídicamente válidas y legítimas.
4. Se permita el reconocimiento legal de este tipo de empresas y de sus protocolos familiares, de manera que en caso de incumplimiento se alcance una protección ante el órgano judicial.

¹²¹ (Ley de Compañías , 2018, Art. 191)

BIBLIOGRAFÍA

- Abiti, M. E., & Ocejo, X. (2004). *La sucesión de poder en la empresa familiar: análisis de dos casos*. Puebla: Universidad de las Américas.
- Acquarone, Nardelli, L., Serebisky, M. T., Lalanne, V., & Luján, M. (2012). Marco Jurídico de la Empresa Familiar. En Acquarone, L. Nardelli, M. T. Serebisky, V. Lalanne, & M. Luján, *Análisis Jurídico de las Pymes* (págs. 99-132). Buenos Aires: D.H.Di Lalla.
- Aguilera, M. A., & Moscoso, G. A. (2017). COMO OPERATIVIZAR UNAHOLDING EMPRESARIAL –ENFOQUE DE APLICABILIDAD DENTRO DE EMPRESAS FAMILIARES. *Revista Ciencias Pedagógicas e Innovación*, 140-148.
- Albélaez, J. U. (2003). Gobernabilidad de la empresa de familia. *Universidad EAFIT*, 15-27.
- Albesa, J. J., Rodríguez, C. d., Gomez, E. S., & Villanueva, L. A. (2009). *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de Familia*. Madrid: Safekat.
- Alterni, I. E. (2010). El bien de la familia frente a la Empresa Familiar. *La ley*, 1-stes.
- Andrade, M. (5 de Mayo de 2019). *Derecho Ecuador*. Obtenido de Derecho Ecuador: <https://www.derechoecuador.com/el-buen-gobierno-corporativo>
- Andrade, X., Pisco, I., Quinde, L., & Asencio, M. (2018). La empresa familiar: elemento intrínseco del ecosistema de negocios. *Industrias*, 6-15.
- Antibarro, S. H., & Díaz, M. Z. (2014). Principios de Gobierno Corporativo en Sociedad No Cotizada. En S. H. Antibarro, *Gobierno Corporativo en Sociedades No Cotizadas* (págs. 39-78). Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- Aronoff, C., & Ward, J. (1992). *Family Meetings: How to Build a Stronger Family and a Stronger Buisiness*.
- Barnes, L., & Hershon, S. (1976). Transferring Power in the Family Business. *Harvard Business Review*, 105-114.
- Barrios, M. (2013). Gobierno de la Empresa Familiar: Identificando Líneas de Investigación Futura. *Palermo Business Review*, 21-52. Obtenido de https://www.palermo.edu/economicas/cbrs/pdf/reee10/BR10_02.pdf
- Barry, B. (1975). The Development of Organization Structure in Family Firm. *Journal of General Management*, 42-60.
- Cadbury, A. (1999). *Report of the Committee on the financial*. Londres: Gee Publishing.
- Capulín, R. G., Otero, K. Y., & Reyes, R. P. (2016). El concepto de familia en México: una revisión desde la mirada antropológica y demográfica. *Revista Científica Multidisciplinaria de Prospectiva [en línea] 2016*, 219-228.

- Castrillon, M. G., & Mares, A. I. (2013). LA EMPRESA FAMILIAR, REVISIÓN DOCUMENTAL. *Desarrollo Gerencial*, 74-214.
- CHINER, A. (2017). Empresa familiar y Gobierno Corporativo. *Revista de Contabilidad y Dirección*, 111-123. Obtenido de https://accid.org/wp-content/uploads/2018/11/7._Empresa_familiar_y_Gobierno_Corporativo.pdf
- Christopher, E., & Stephen, M. (2012). *The family council handbook. How to create, run and maintain a succesful family business council*. Nueva York: Palgrave Macmillan.
- Chuliá, F. V. (2011). Protocolo Familiar, Organización Jurídica y Relevo generacional de la Empresa Familiar. En A. Pont, J. Tápies, Á. Serrano, F. V. Chuliá, F. Casado, & C. Carballo, *La empresa familiar y su relevo generacional* (págs. 117-141). Madrid- Barcelona- Buenos Aires: Colegio Notarial de Cataluña.
- Colombia, S. d. (1971). *CODIGO DE COMERCIO DE COLOMBIA*. Bogotá: Diario Oficial.
- Constituyente, A. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Lexis.
- Dávalos, D. C., & Berrú, G. G. (2013). *Empresas Familiares: Entendiendo la sucesión a las siguientes generaciones para lograr sostenibilidad en el mercado*. Quito: Universidad San Francisco de Quito.
- DiarioElTelégrafo. (5 de Junio de 2018). Solo un 2% de empresas familiares en el país tiene plan de sucesión. *Eltelégrafo*. Obtenido de <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/economia/4/empresas-familiares-plan-sucesion-ecuador>
- Díaz, C. C., & Quintero, J. C. (2017). *Gestión efectiva en las empresas de familia*. Bogotá: Legis Editores S.A.
- Díaz, M. Z. (2014). La experiencia comparada de gobierno corporativo en sociedad no cotizada. En S. H. Anibarro, *Gobierno Corporativo en Sociedades No Cotizadas* (págs. 83-138). Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales. S.A.
- Domínguez, D. I. (2012). LA EMPRESA FAMILIAR. SU CONCEPTO Y DELIMITACIÓN JURÍDICA. *CUADERNOS DE REFLEXIÓN DE LA CÁTEDRA PRASA DE EMPRESA FAMILIAR*, 0-45.
- Donnelley, R. (1964). The Family Business. *Harvard Business Review*, 94-105.
- Dubois, E. M. (2011). *El protocolo de la empresa familiar. Aspectos generales, finalidades y valor legal*. Buenos Aires.
- Dubois, E. M. (2013). El conflicto Societario - Familiar: características, prevención y etapas para la construcción de la solución. En E. M. Dubois, "*Herramientas Legales para la Empresa Familiar*" (págs. 1-12). Buenos Aires: Favier Dubois & Spagnolo Abogados y Consultores.

- Gallego, E. d. (2018). *Cómo entender las sociedades holding en la empresa familiar*. Madrid: Carillo. Obtenido de Carillo Asesores:
<https://www.carrilloasesores.com/documentos/ebooks/las-sociedades-holding-ebook.pdf>
- Gallo, M. A. (1997). *Consejos de Administración en Empresas Familiares: características de composición, y funcionamiento, niveles de utilidad*. . Barcelona: IESE.
- Gallo, M. Á. (2008). *Ideas básicas para dirigir a la empresa familiar*. Pamplona: EUNSA.
- Garrigues, J. (2017). Sociedades personalistas y cuentas en participación. En M. B. Pont, & F. M. Sanz, *Manual de Derecho Mercantil* (págs. 311-340). Madrid: Editorial Tecnos.
- Gasco, C., Segurado, J. L., & Quintana, J. (2005). *Buen Gobierno en la Empresa Familiar- Guía*. Madrid: Intituto de Empresa Familiar. Obtenido de
https://www.ehu.es/documents/2819611/0/GUIA_GOB_EF_IEF.pdf/4e8bfdc0-438a-47e1-8e8c-85dcc2630a60
- Ginebra, J. (2005). *Empresas Familiares*. México: Panorama Editorial, S.A de C.V. Obtenido de
https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=xGGBWJEdf5kC&oi=fnd&pg=PA11&dq=que+son+grupos+o+empresas++familiares&ots=zsO4XMD7hN&sig=_oLKIBgJpmPBuWYAJx3MUnNybQo#v=onepage&q=que%20son%20grupos%20o%20empresas%20%20familiares&f=false
- Gómez, M. A. (2011). LA EMPRESA FAMILIAR Y SU ORGANIZACIÓN EN FORMA DE SOCIEDAD MERCANTIL, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. *Pecunia-Universidad de León*, 1-70.
- Gura, T. (7 de Junio de 2015). Thomas Gura: Pocas empresas familiares sobreviven. *Revista Líderes*. Obtenido de <https://www.revistalideres.ec/lideres/estudio-thomasgura-empresas-familiares-sobreviven.html>
- Ignacio Gallego Domínguez. (2015). *EL RELEVO GENERACIONAL EN LA EMPRESA FAMILIAR. LA SUCESIÓN "MORTIS CAUSA" Y EL SISTEMA LEGITIMARIO ESPAÑOL*. Córdoba: Universidad de Córdoba. Obtenido de http://www.uco.es/catedrasyaulas/catedraprasa/img/0_x11_1453719202.pdf
- Instituto de la Empresa Familiar Latinoamericana*. (Marzo de 16 de 2019). Obtenido de Instituto de la Empresa Familiar Latinoamericana:
<http://www.iefllat.instituto>
- Instituto de Empresa Familiar*. (16 de Marzo de 2019). Obtenido de Instituto de Empresa Familiar: <http://www.iefamiliar.com/>
- La empresa con más ingresos en 2013 es de propiedad familiar. (5 de Junio de 2015). *Elteléfono*. Obtenido de

<https://www.itelegrafo.com.ec/noticias/economia/8/la-empresa-con-mas-ingresos-en-2013-es-de-propiedad-familiar>

Labory Tax Consultoría de Empresas. (22 de Junio de 2019). Obtenido de Labory Tax Consultoría de Empresas: <https://www.aycelaborytax.com/blog/ventajas-sociedad-holding-empresa-familiar/>

Lansberg. (1983). *“Managing human resources in family firms: the problem of institutional.”* American Management Association.

Lansberg, I. (1983). Managing Human Resources in Family Firms: The Problem of Institutional Overlap. *Organizational Dynamics*, 39-59.

Lanzón, G. (2005). *El patrimonio familiar profesional y empresarial.* Barcelona: Bosch.

Litz, R. (1995). *The family business: toward definitional clarity.* San Francisco: Family Business Review.

Lorenzo, E. (1996). *Anglicismos Hispanos.* Madrid: Gredos.

Mogro, S. C., & Barrezueta, N. B. (2018). Las Empresas Familiares en el Ecuador: Definición y aplicación metodológica. *X-Pedientes Económicos*, 2, 46-72.

Nacional, A. (2014). *Ley Orgánica de Fortalecimiento, Optimización del Sector Societario Bursátil.* Quito: Lexis.

Nacional, A. (2015). *Código Civil.* Quito: LEXIS.

Nacional, A. (2015). *Ley Orgánica de Régimen Especial de la Provincia de Galápagos.* Quito: Lexis.

Nacional, A. (2017). *Ley de Regimen Tributario Interno.* Quito: Lexis.

Nacional, A. (2018). *Ley de Compañías .* Quito : Lexis .

Nacional, A. (2019). *Código de Trabajo.* Quito: Lexis.

Nueve de cada 10 empresas en el país son familiares. (2018). *Líderes*, 1.

Orellana, C. M. (2011). Buen Gobierno Corporativo= Competitividad. *ESPAE*, 8-1. Obtenido de <http://www.espae.espol.edu.ec/wp-content/uploads/2011/12/buengobiernocorporativo.pdf>

Ospina, D. E., & Ramírez, V. H. (2012). Empresas de familia: un análisis desde la teoría de la agencia. *Económicas- Universidad de Manizales*, 9-31.

Palacios, J., & Rodrigo, M. J. (1998). *Familia y Desarrollo Humano.* Madrid: Alianza.

Pont, M. B., & Sanz, F. M. (2017). *Manual de Derecho Mercantil.* Madrid: Editorial Tecnos.

Quintana, J. (2012). *Guía práctica para el buen gobierno de las empresas familiares.* Madrid: Instituto de la empresa familiar.

- Riera, C. A. (2016). *El consejo de Familia y su Función de Gobierno en la Empresa Familiar*. Pamplona: Universidad de Navarra.
- Rivera, S. I. (2013). Modelo de gestión para las empresas familiares con perspectivas de crecimiento y sostenibilidad. *Perspectivas*, 87-132. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/4259/425941261003.pdf>
- Roca, J. (2005). La empresa familiar en el ordenamiento jurídico interno y comunitario. En M. G. Estivill, *El patrimonio familiar, profesional y empresarial*. (pág. 30). Barcelona: Consejo General del Notariado - Bosch.
- Rodríguez Artigas, F. (2005). La empresa familiar y las reformas de la ley de sociedades limitadas. En M. G. Melero, J. F. Estivill, & V. G. Palma, *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. (págs. 383-431). Barcelona: Bosch.
- Romero, C. R. (2004). *Derecho Societario*. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja.
- Salamea, G. A. (2016). *Diseño de una Administración Centralizada (Holding) para un Grupo Empresarial Familiar*. Cuenca: Universidad del Azuay. Obtenido de <http://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/6779/1/12773.pdf>
- Salamea, S. (s.f.). Estructura Holding de un Grupo Familiar. *Estructura Holding de un Grupo Familiar*. Cuenca.
- Senado, B. (25 de Septiembre de 2000). N° de expediente 662/000047. *Ponencia de estudio para la Problemática de la Empresa Familiar, constituida en el seno de la Comisión de Hacienda. VII Legislatura*. España: Senado de España.
- Suri, B. (2018). Corruhecsa. *Industrias- Especial de Empresas Familiares*, 32-39.
- The Family Business Network*. (16 de Marzo de 2019). Obtenido de The Family Business Network: <http://www.fbn-i.org/who-are-we/>
- Torres, C. D. (2008). *Derecho Societario*. Quito: Talleres de la Corporación de estudios y publicaciones.
- Universidad Técnica Particular de Loja. (2007). *Análisis de los lineamientos para un código de Buen Gobierno Corporativo de la Corporación Andina de Fomento frente a la legislación societaria ecuatoriana*. Loja: Maxigraf.
- Vélez, D., Holguín, H., De la Hoz, G. A., Durán, Y., & Gutiérrez, I. (2008). *Dinámica de la empresa familiar pyme: estudio exploratorio en Colombia*. Bogotá: Fundación para el Desarrollo Sostenible.
- Verón, A. (1979). *Sociedades Anónimas de Familia*. Ábaco.
- Vicent Chuliá, F. (2002). *Introducción al Derecho Mercantil*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Vicent Chuliá, F. (2002). Organización jurídica de la sociedad familiar. En *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero* (págs. 4529-4570). Madrid: McGraw Hill,.