

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO**



**PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ**

“La empresa familiar y las herramientas societarias para su desarrollo”

Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Empresa

AUTOR: JORGE ENRIQUE MARCHENA AGÜERO

ASESOR: Dr. HERNANDO MONTOYA ALBERTI

JURADO:

DR. GUILHERMO AULER SOTO

DR. HERNANDO MONTOYA ALBERTI

DR. EDISON PAUL TABRA OCHOA

LIMA – PERÚ

2017



RESUMEN EJECUTIVO

En una empresa familiar no bastaría el Protocolo Familiar para lograr un acuerdo consensuado que permitan a sus miembros definir las políticas familiares frente al negocio de la familia y con ello fomentar su desarrollo y continuidad.

Consideramos necesario que caso por caso se evalúe la necesidad de acompañar a dicho Protocolo con otros instrumentos que permitan la “*oponibilidad*” de dichos acuerdos a accionistas, a terceros y a la misma sociedad utilizando en algunos casos la implementación de herramientas reguladas por la normas societarias vigentes que le den eficacia jurídica.

Consideramos que de no realizar la implementación, algunos de los acuerdos arribados por la familia empresaria (sobre todo los que tienen relevancia societaria), podrán ser meros pactos de caballeros o acuerdos morales, sin la eficacia jurídica esperada por la familia empresaria, por más que el Protocolo Familiar haya tomado mucho tiempo en gestarse o se haya logrado acuerdos por unanimidad.

En esa preocupación, constatamos que las cláusulas comunes relacionadas a propiedad, poder y trabajo, que señalan los protocolos familiares, pueden ser analizadas desde el enfoque societario y muchas herramientas que las empresas familiares pueden usar para su desarrollo se encuentran reguladas por nuestra ley.

En el caso de las cláusulas relacionadas a la propiedad, definitivamente abarcarían acuerdos para la entrada y salida de accionistas, con el objetivo de mantener en la empresa el rasgo familiar y/o garantizar que los porcentajes de acciones que corresponden a cada rama familiar, se mantengan en las cuotas acordadas.

También dentro del tema de propiedad, se considera en el Protocolo políticas de salida de accionistas, para ello, será importante detenernos en los mecanismos que la Ley General de Sociedades establece para la salida de los mismos tales como el derecho de separación y la exclusión de accionistas.

Con respecto a los acuerdos relacionados al poder a favor de la familia empresaria que den respuesta al peligro de perder el control a manos de la familia empresaria o mantener el porcentaje de cada rama familiar, consideramos importante la incorporación en la estructura de estas empresas de acciones sin derecho a voto y tomar en cuenta algunas particularidades que se presentan ante decisiones tan importantes como la modificación de capital social y reorganización de sociedades.

Finalmente, respecto a las cláusulas relacionadas al poder y relaciones de trabajo en la empresa familiar, analizaremos los mecanismos que garanticen que se ejecuten en el seno de la sociedad, los acuerdos del Protocolo Familiar relacionados a requisitos para promoción de miembros de familia en cargos de dirección y gestión de la empresa siendo de gran importancia para ello el análisis de los acuerdos o convenios entre socios familiares así como analizaremos las particularidades de los órganos de gobierno de la empresa familiar.

INDICE

LA EMPRESA FAMILIAR Y LAS HERRAMIENTAS SOCIETARIAS PARA SU DESARROLLO

INDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I: BASES CONCEPTUALES DE LA EMPRESA FAMILIAR1

1. Empresa y familia2
1.1. La Empresa2
1.2. La Familia7
2. Empresa familiar10
2.1. Definición10
2.2. Características de la Empresa Familiar12
2.3. Antecedentes normativos15
2.4. Clases de Empresa Familiar19
3. Familia empresaria21
3.1. La Junta de Familia o de Parientes25
3.2. El Consejo de Familia27
4. Protocolo familiar30
4.1. Definición del protocolo familiar31
4.2. Estructura y contenido36
4.3. La eficacia del protocolo familiar40

CAPITULO II: EL CARÁCTER HÍBRIDO DE LA EMPRESA FAMILIAR ORGANIZADA COMO SOCIEDAD ANÓNIMA45

1. Naturaleza jurídica de la empresa familiar	45
2. Los tipos societarios de la LGS y su conveniencia para las empresas familiares	48
2.1. La Sociedad Colectiva	49
2.2. La Sociedad en Comandita	50
2.3. Las Sociedades Civiles	52
2.4. La Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada y el caso Español de la Sociedad Limitada Nueva Empresa	54
2.5. La empresa familiar como Sociedad Anónima ordinaria, cerrada y abierta	56
3. El <i>intuitio personae</i> de la empresa familiar	60
3.1. El sello familiar de la empresa familiar	61
3.2. La administración de la empresa familiar	62
3.3. El legado de la empresa familiar	66
3.4. El sucesor de la empresa familiar	69
4. El <i>afectio societatis</i> en la empresa familiar	71
4.1. El caso especial de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada	74
4.2. La empresa familiar constituida como sociedad anónima cerrada	79
4.3. La empresa familiar constituida como sociedad anónima ordinaria	81
4.4. La empresa familiar constituida o adaptada como sociedad anónima abierta	85

CAPÍTULO III: PROPUESTAS PARA LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS SOCIOS EN LA EMPRESA FAMILIAR91

1. El derecho de separación del socio93
1.1. La separación del socio como derecho94
1.2. Causas de separación del socio97
1.2.1. Los supuestos del numeral 3) del artículo 200° de la LGS98
a) Supuestos del socio familiar que desea que la empresa continúe siendo de carácter cerrado.98
b) Supuestos del socio no familiar que se opone a que la empresa se convierta en cerrada o refuerce esa condición en beneficio de la familia empresaria.100
1.2.2. Los supuestos del numeral 4) del artículo 200° de la LGS	...102
2. La exclusión del socio 103
2.1. La exclusión del socio en una sociedad anónima cerrada familiar 107
2.2. La exclusión del socio en una sociedad anónima ordinaria familiar.114
3. La limitación a la libre transmisibilidad de acciones122
3.1. La limitación de la libre transmisibilidad de acciones en una S.A.122
a) Cláusulas de consentimiento 123
b) Cláusulas de preferencia o tanteo 124
3.2. La limitación de la libre transmisibilidad de acciones en una S.A.C. 127
3.3. El caso especial de la limitación de la libre transmisibilidad de acciones de una S.A.A. 128

4. El control de la empresa familiar133
4.1. Las clases de acciones134
4.2. La modificación del capital social y la reorganización de sociedades en la empresa familiar137
4.2.1. El caso especial de aumento de capital por nuevos aportes140
4.2.1.1. El derecho de suscripción preferente 141
4.2.1.2. Los convenios de accionistas como complemento al derecho de suscripción preferente en la empresa familiar145
4.3. Supuestos de separación en los casos de reorganización en la empresa familiar148
4.4. Los acuerdos de disolución, liquidación y extinción de la empresa familiar151
4.5. Los órganos de gobierno en la empresa familiar 152

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN.

El gran sueño de un empresario familiar es lograr que la empresa que fundó lo trascienda y que a su muerte, ésta continúe siendo el motor del bienestar económico de su familia y de sus siguientes generaciones. Sin embargo la realidad nos enfrenta a un panorama no tan entusiasta ya que, pese a la importancia económica de este tipo de empresas en el Perú (existen al 2016 alrededor de 400,000 empresas familiares que representan el 60% del producto bruto interno nacional), es constatable que la transición o sucesión de una generación a otra es muy limitada en relación a la gran cantidad de empresas familiares existentes que no superan la primera generación, o se supera ese escollo, sacrificando el carácter familiar de la sociedad, sea mediante la transferencia de acciones a terceros ajenos a la familia empresaria o permitiendo la reducción de los miembros de la familia a porcentajes de propiedad que impiden el control de la misma.

Las publicaciones relacionadas a la empresa familiar, además de no ser abundantes, se centran en la elaboración de manuales, sugerencias y experiencias desde el punto de vista de la gestión y administración empresarial, principalmente los temas desarrollados son la sucesión, el relevo generacional y la elaboración de protocolos familiares.

Sin perjuicio de considerar de gran importancia estas publicaciones, es verificable, que la atención al Protocolo Familiar, su estructura y contenido, como documento principal para el buen gobierno de las empresas familiares releva en las investigaciones, un tema tan importante como la implementación de este protocolo en los distintos instrumentos que hacen viable su eficacia frente a terceros.

En efecto, consideramos que el Protocolo Familiar por sí mismo, no goza de suficiente eficacia jurídica frente a terceros, siendo indispensable la correcta

implementación de estos acuerdos en instrumentos relacionados al derecho de sucesiones como son los Testamentos y pactos matrimoniales o pre nupciales y en el campo del derecho societario (que es el área en el que nos centraremos en este trabajo) será imprescindible su implementación, incluyendo algunos pactos familiares en los estatutos sociales de la empresa familiar en sociedades de capital, así como la implementación de los acuerdos bajo la utilización de los pactos de accionistas regulados por nuestra Ley General de Sociedades.

En la presente investigación pretendemos centrarnos en el análisis de las figuras societarias reguladas por nuestra Ley General de Sociedades que puedan contribuir al desarrollo y continuidad de la empresa familiar como tal y hacer eficaz los acuerdos familiares que hagan referencia a aspectos de organización interna, funcionamiento y carácter cerrado en la propiedad y su gestión.

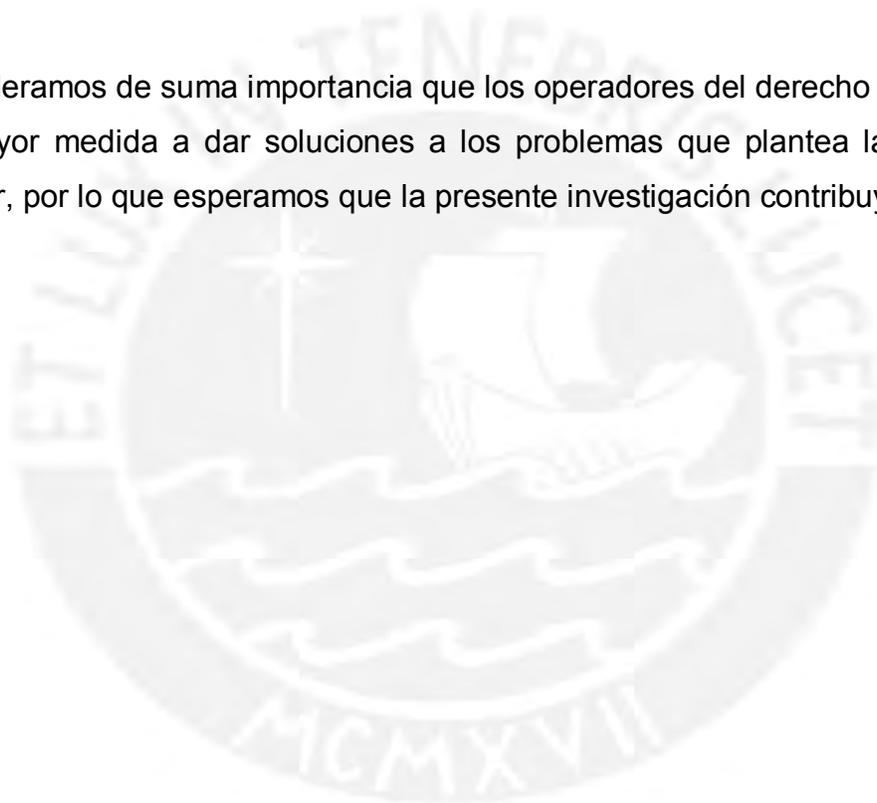
Para este propósito, será necesario definir qué es lo que entendemos como empresa familiar, cuáles son las características principales que tiene en relación con el resto de empresas y de acuerdo a ello, analizar qué tipo societario es el más adecuado según la etapa de desarrollo en que se encuentre la empresa familiar.

Analizaremos los órganos de familia y el protocolo familiar pero haremos incidencia a la implementación de los acuerdos familiares más usuales en las normas que regulan la sociedad, como son por ejemplo las figuras de acceso y salida de accionistas que se pueden adecuar a este tipo de empresas como es el caso del derecho de separación y la exclusión de accionistas, las herramientas para mantener en manos de la familia empresaria tanto el control de la empresa, como garantizar que se mantenga en lo posible la proporción de acciones de las ramas familiares, ante situaciones como modificación de capital social y reorganización de empresas, refuerzos con pactos adicionales

al derecho de adquisición y suscripción preferente y particularidades que se puedan encontrar cuando la empresa familiar se enfrenta a una liquidación.

Finalmente, el presente trabajo desarrollará la conveniencia de implementar acuerdos de accionistas para garantizar la designación objetiva de directores y gerentes familiares y el funcionamiento de los órganos de gobierno en una empresa familiar, así como la creación de diferentes clases de acciones como mecanismo de garantizar que el control de la sociedad siga en manos de la familia empresaria.

Consideramos de suma importancia que los operadores del derecho se ocupen en mayor medida a dar soluciones a los problemas que plantea la empresa familiar, por lo que esperamos que la presente investigación contribuya a ello.



CAPÍTULO I: BASES CONCEPTUALES DE LA EMPRESA FAMILIAR

Entendemos de vital importancia metodológica, definir los conceptos de las instituciones objeto de este trabajo. En este esfuerzo trataremos en primer lugar de definir a la empresa, término de escasa definición en el área del Derecho, para lo cual nos ayudaremos de otras ciencias, tales como las Ciencias Económicas. Posteriormente definiremos a la familia y su composición, para luego de ello ocuparnos de la familia empresaria y sus estructuras internas. Finalmente, limitaremos lo que para este trabajo denominaremos como “empresa familiar”.

Para la definición de la empresa familiar nos basaremos entonces en patrones comunes de referencia y características generales; pero dejando constancia como señala Peter Leach¹ que *“cada empresa familiar tiene características individuales, modeladas sobre la base de sus intereses, objetivos y relaciones, así como una serie de cualidades personales y comerciales”*; esta referencia es muy importante señalarla desde el inicio puesto que no hay familia igual a otra y, en consecuencia, no habrá empresa familiar similar a otra, lo que nos exige ver la generalidad, las coincidencias y los problemas o preocupaciones compartidas para poder esbozar mecanismos que permitan mantener en la familia la propiedad y el control de la empresa.

Finalmente, culminando el presente capítulo haremos referencia al protocolo familiar que viene a ser el instrumento idóneo para la continuidad de la empresa familiar pero que por sí solo no basta para garantizar la continuidad de dicha empresa en manos de la familia, sino que requerirá su implementación en otros instrumentos, tal como se analizará a lo largo de la presente investigación.

¹ LEACH, Peter La empresa familiar. Ediciones Granica S.A., Barcelona, 1999, Pág. 22

1. La Empresa y la Familia

1.1. La Empresa:

Si bien es cierto, la palabra *empresa* es de uso coloquial y de especial utilización en las Ciencias Económicas, también es de utilización frecuente en casi todas las ramas del Derecho; sin embargo, no se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico una definición directa de dicha palabra. Ya Font Galán y Pagador López.² intentaban justificar el porqué de la falta de definición de dicho término al señalar que cuando los juristas han intentado dar forma, comprensión y regulación jurídica normativa a la empresa (ente complejo en su aspecto institucional y económico), sólo consideran uno de sus aspectos, definiéndola indirectamente limitándose en muchos casos a *“su aspecto o dimensión patrimonial, y se limitan a proponer el encuadramiento de la empresa dentro de las categorías jurídico patrimoniales reconocidas desde el pasado por el Derecho”*. Continúan dichos autores señalando que en este intento, la doctrina ha querido concebir a *“la empresa como persona jurídica, patrimonio autónomo, universalidad de derechos y cosas, actividad, organización, bien inmaterial, etc.”*

Ante ello, habría que preguntarnos si hace falta definirla en nuestro ordenamiento jurídico, ya que el término empresa está inserto en el ámbito de la Economía y, ante esta realidad, el Derecho puede tomar prestado de las referidas Ciencias Económicas esa definición sin necesidad de definirla en ordenamientos jurídicos.

En contra de esta posición, Alberto Stewart Balbuena³, señala que si la sociedad es la especie, el género es la empresa. Por tanto, no debió haberse regulado la especie como se ha hecho en la Ley General de Sociedades Peruana sin que el género hubiera obtenido definitiva aceptación jurídica.

² FONT GALAN, Juan Ignacio y Javier PAGADOR LOPEZ, Lección 3 La Empresa En: Lecciones de Derecho Mercantil Décimo Sexta Edición Editorial Tecnos Madrid, 2013 Pág. 77

³ STEWART BALBUENA, Alberto. “La sociedad comercial de responsabilidad limitada (SRL) y la Ley General de Sociedades N° 26887”. En: Nuevo Derecho Societario, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, LIMA, 1998, pág. 37.

En todo caso, fuera de la conveniencia o no de definir en las normas pertinentes el término empresa, lo real es que en el ordenamiento jurídico peruano no existe una aproximación o definición de dicha palabra y para fines de la presente investigación sí es fundamental partir de una definición para el desarrollo de nuestro tema.

Es interesante destacar que la Comisión encargada de elaborar el Proyecto de Código de Comercio constituida mediante Ley N° 26595 presidida por el entonces congresista Jorge Muñiz Ziches cuyo propósito era reemplazar el Código de Comercio vigente desde el año 1902, si entendió necesario definir a la empresa la misma que se define en el Anteproyecto de la Ley Marco del Empresariado⁴ como *“la organización económica dedicada a la producción o comercialización de bienes o a la prestación de servicios”*, cabe señalar que la norma referida nunca fue promulgada.

Para intentar una primera aproximación al término empresa, es necesario, analizar el fenómeno económico que involucra a la empresa, como sabemos el ser humano requiere satisfacer sus necesidades y para ello requiere de bienes o servicios que satisfagan dicho interés, estos bienes o servicios en comparación con la cantidad de necesidades humanas a ser satisfechas son recursos escasos. Ante esta necesidad surge desde el inicio de la humanidad, el comercio realizado por el comerciante, que tal como lo señalan Ulises y Hernando Montoya Alberti⁵, vendría a ser el acto de *“cambio de bienes y servicios que están en el dominio de los hombres y que son necesarios para la satisfacción de las necesidades humanas”*, es así que en el seno del comercio se genera la primera movilización de los bienes y servicios, que pasan de unas manos a otras existiendo un doble aspecto, por un lado el objetivo que consiste en todos los actos de mediación

⁴ Anteproyecto de la ley marco del empresariado En: http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1998/r_codigos/codigo31.htm (Ubicado en red en Julio 2017)

⁵ MONTOYA ALBERTI, Ulises y Hernando “Derecho Comercial Tomo I”, Editora Jurídica Grijley, Lima 1998, pág. 3

realizados por el comerciante que permiten esta circulación de bienes y servicios en el mercado y el ámbito subjetivo que es el propósito que persigue el comerciante que realiza el acto de mediación.

Según dichos autores, en el comercio, el propósito o aspecto subjetivo es el ánimo de lucro, entendido como la obtención de una ganancia por el esfuerzo o el acto de mediación generado. En sus inicios el beneficio se lograba con el trueque por otros productos o servicios considerados valiosos para el comerciante, posteriormente este beneficio fue evolucionando con el precio del producto o servicio, en cuya composición se encontraba la plusvalía o renta que procuraba el lucro deseado.

Ahora bien, tal como lo señala Carlos Torres y Torres Lara en su libro “Derecho de la Empresa Nuevos Temas”⁶ poco a poco el comerciante entendido como centro de las relaciones jurídicas mercantiles fue desplazado por la empresa, señala el autor que *“lo que inicialmente fueron actos del comerciante, fue progresivamente institucionalizándose, el “acto” al ser repetido se convierte en “actividad”, ésta al afrontar el riesgo se transforma en actividad empresarial, a su vez ella se objetiviza, de tal manera que un grupo humano se llega a institucionalizar en empresa”*.

De la misma opinión es Miguel Mena Ramirez⁷, para quien la empresa es una evolución (producto del fenómeno económico) del comercio, *“no solo un acto de comercio sino algo más”*, para dicho autor citando a Manuel Osorio, la empresa es un conjunto de actos jurídicos generador de actos jurídicos que organizan elementos de producción (naturaleza, capital y trabajo) con miras a un fin determinado⁸.

⁶ TORRES Y TORRES LARA, Carlos “Derecho de la Empresa Nuevos Temas” 1989 Editora Asesorandina S.R.Ltda. Lima, 1989, pág. 7

⁷ MENA RAMIREZ, Miguel “La empresa en el Perú” Cultural Cusco, Lima, 1986, Pág. 125

⁸ MENA RAMIREZ, Miguel Ob. Cit. Pág. 125

Por su parte Joaquín Garrigues⁹ indica que en la empresa, el elemento de organización es primordial, organizándose racionalmente los factores de la producción para el logro de sus fines, y siendo un concepto económico, sólo se la puede definir como *“la organización de los factores de producción (capital y trabajo) con el fin de obtener una ganancia ilimitada”*, siendo sus elementos integrantes de variada complejidad ligadas a su destino económico que es la obtención de la máxima rentabilidad.

La empresa entonces como una versión más amplia de la actividad comercial contiene similares características, en ésta se generan la circulación de bienes y servicios pero su actividad no se agota en el ámbito de la actividad comercial, pudiendo tener como objeto cualquier actividad de carácter económico. Justamente la palabra empresa deriva de la palabra emprender que es comenzar alguna cosa, en ese sentido la empresa tiene infinidad de campos de desarrollo como es el caso de la actividad comercial, industrial, mineral, de servicios especializados, agraria, etc.

En la empresa también hay un ámbito subjetivo o propósito pero que dista de la mera finalidad lucrativa de la actividad de comercio, es más amplia. En el caso de la empresa la motivación es la maximización de beneficios y minimizar costos, lo que se logra mediante la organización de distintos factores de producción tales como capital y trabajo, la incorporación de tecnología, la experiencia, etc. En este tipo de organización, la diferencia positiva entre el beneficio y el costo es la que las ciencias económicas denominan rentabilidad.

Es necesario considerar que la rentabilidad descrita será un propósito en la realización de los actos de la empresa por lo que no se deberá analizar el propósito de rentabilidad en cada acto individual, un ejemplo ilustrativo es cuando la empresa vende sus productos o servicios con pérdida (sin rentabilidad aparente) para conquistar el mercado, el aspecto subjetivo o propósito no se

⁹ GARRIGUES, Joaquín Curso de Derecho Mercantil Editorial Porrúa S.A Mexico 1979 Pág. 166

refiere al acto aislado sino a la actividad empresarial, siendo este acto un instrumento para captar más clientes y posicionarse en el mercado para el logro de su maximización de beneficios.

La rentabilidad, sin embargo puede tener diferentes destinos, según la motivación que tengan los propietarios de la empresa, podrían destinarse esta rentabilidad al reparto a favor de los propietarios (situación que corresponde a las sociedades en general y a las empresas individuales de responsabilidad limitada en este último caso a favor del titular) verificándose en estos supuestos la existencia de un ánimo de lucro, que coincide con el aspecto subjetivo de los actos del comerciante.

Sin embargo, otro destino de la rentabilidad, se puede verificar en empresas que reinvierten dicha rentabilidad a sí misma, como sucede en el caso de las asociaciones definidas en el artículo 80° de nuestro Código Civil que la definen como “una organización estable de personas naturales o jurídicas, o de ambas, que a través de una actividad común persigue un fin no lucrativo”.

En ambos tipos de empresa se busca maximizar sus ganancias sean unidades organizadas de finalidad lucrativa o no lucrativa, en ambos casos su aspecto subjetivo es el logro de la mayor rentabilidad posible para alcanzar sus intereses que pueden ser de una infinita variedad.

En el ámbito objetivo, a diferencia del acto de comercio, los actos de mediación de una empresa no se agotan en entenderla como una mediación de bienes muebles o inmuebles que puede ser ofrecidos al mercado como sucedía con el comerciante, en una empresa se necesita la organización de variados elementos, se organiza medios de producción: capital y trabajo a los que se suma muchas veces tecnología, requiere de alguien que vincule racionalmente dichos componentes y no sólo superponerlos a fin de alcanzar los fines requeridos.

Este aspecto objetivo es de suma importancia, la empresa como organización es una teoría que describe Montoya Alberti quien considera que el elemento fundamental de la empresa es su organización espiritual¹⁰ que se entiende como el ordenamiento de todos los factores reales o personales que la constituyen, más que los elementos materiales de cosas y derechos a ella asignados.

La misma teoría organicista es desarrollada por Ignacio Arteaga Echeverría¹¹ para quien la empresa no es un patrimonio, sino una creación espiritual del empresario, quien crea una organización viva que se configura como un ente distinto a sus creadores y a la suma de los bienes patrimoniales puestos al servicio de la explotación.

En esa línea, considerando a la empresa un órgano distinto a sus componentes, entendemos a la empresa como un organismo vivo (en cuanto tiene un ciclo de vida: nace, crece, se desarrolla y muere) generadora de actos jurídicos diversos dedicado a actividades económicas cualesquiera que sean, tales como actividades productivas o de distribución de bienes y de prestación de servicios, con la finalidad de rentabilidad y en el que se organiza diversos medios de producción tales como capital y trabajo.

1.2. La Familia:

El significado etimológico de la palabra familia es dudoso. Para Héctor Cornejo Chávez¹² dicha palabra se deriva de la latina *fames* que significa hambre, y alude que es en el seno del grupo doméstico donde el hombre satisface sus necesidades primarias o esenciales o también de la voz *famulus*, que quiere decir siervo, y hace referencia al hecho que la familia romana incluía a gentes de

¹⁰ MONTOYA ALBERTI, Ulises y Hernando “Derecho Comercial Tomo I” Editora Jurídica Grijley, Lima, 1998, pág. 90

¹¹ ARTEGA ECHEVERRÍA, Ignacio “En búsqueda del concepto jurídico de empresa” En: Revista Chilena de Derecho de Empresa Vol 29 N° 03, 2002 Pág. 607 En: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2650242.pdf> (ubicado en red en Octubre 2017)

¹² CORNEJO CHAVEZ, Héctor, “Derecho Familiar Peruano”, Tomo 1, Ed. Studium, Lima, 1991, pág. 21.

condición servil –esclavos, clientes- o a que los miembros de ella estaban servilmente sometidos a la autoridad del *pater*.

Se debe entender a la familia en la esencia sociológica y jurídica del fenómeno. En ese sentido, entendemos a la familia como una organización social, como primera y básica comunidad de trabajo, como organización elemental y original que da vida a las otras organizaciones sean sociales, culturales, económicas y políticas.

Según el Diccionario Jurídico Omeba¹³ respecto a la naturaleza jurídica de la familia, *“esta vendría a ser una agrupación natural por excelencia, pero además un grupo con bases psicológicas, económicas, religiosas, éticas y políticas”*, se denomina agrupación natural pues sus miembros se reúnen bajo el vínculo biológico, que en gran medida determinaron su formación en los tiempos primitivos.

Esta organización social está integrada por personas unidas por vínculos de parentesco y entre sus principales funciones se encuentran tal como lo indican Pizarro y Lanfranco *“las de soporte y cuidado de sus miembros y socialización de los mismos a través de la cultura y los valores”*¹⁴.

La autora Sandra Echaiz Moreno¹⁵ en su interesante libro “Derecho y Empresas Familiares”, interrelaciona tres conceptos vinculados a la familia: miembro familiar, rama familiar y generación familiar, tal como se indica a continuación:

Será miembro familiar cada uno de los individuos que forman parte de la familia.

¹³ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Tomo XI, Editorial Driskill Buenos Aires, 1979, Pag. 1001

¹⁴ PIZARRO, Luis y LANFRANCO, Fernando, el planeamiento sucesorio como práctica de buen gobierno corporativo de las empresas familiares En: Revista de Derecho Ius Et Veritas N° 32, Editorial Mavisa, Lima, 2003, pág. 149.

¹⁵ ECHAIZ MORENO, Sandra Violeta, Derecho y Empresas Familiares. El protocolo familiar en las mypes familiares peruanas, Editorial Thomson Reuters, Lima, 2014, pág. 44.

Será rama familiar aquellos “miembros familiares que tienen su origen en el mismo tronco. Cada rama familiar deberá tener una cabeza que los represente”.

Será generación familiar la sucesión de descendientes familiares en línea recta.

Para efectos legales, nuestro Código Civil establece en sus artículos 236°, 237° y 238°, tres tipos de relación familiar o clases de parentesco:

- a) Parentesco consanguíneo: Es el vínculo entre personas que ascienden o descienden unas de otras (padre, hijo, abuelo, nieto) o los que provienen de un tronco común (tío, hermano, primo, sobrino)
- b) Parentesco por afinidad: Es el vínculo político que se genera cada uno de los cónyuges respecto a parientes consanguíneos del otro.
- c) Parentesco por adopción: Siguiendo lo señalado en el artículo 115° del Código de los Niños y Adolescentes, se entiende como parentesco por adopción al vínculo producto de “una medida de protección al niño y adolescente por la cual -bajo la vigilancia del Estado- se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza. En consecuencia, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea”.

Teniendo estos tres tipos de parentesco, corresponde limitar qué tipo de parentesco admitiría una empresa familiar, es decir a quiénes se les puede considerar socios familiares.

1.2.1. Los socios familiares y los socios familiares expectantes:

Existe doctrina¹⁶ que recomienda que cualquier persona física que, por cualquier título, pudiera tener o reclamar derechos o expectativas sobre la titularidad de la empresa familiar pero que no tenga parentesco consanguíneo o adoptivo será socio no familiar, incluyendo en esos supuestos a los cónyuges de socios familiares y socios con vínculos de parentesco por afinidad.

Para efectos metodológicos, entenderemos como socios familiares a los miembros por consanguinidad o adopción que sean titulares de acciones en la empresa, siendo el caso de los miembros por afinidad un tipo de “socio familiar expectante”, dado que en muchos casos una de las grandes preocupaciones de la familia empresaria es tener un instrumento preventivo de conflicto en caso de posterior crisis matrimonial, lo que podría afectar, qué duda cabe, en la propiedad en manos de un tercero ajeno a la familia de acciones de la empresa familiar, en efecto es una común práctica de empresas familiares ser cautelosos en los procedimientos de acceso y restricción de parientes políticos a la empresa tanto a nivel de gestión, propiedad y puestos de trabajo, por lo que consideramos que, en principio, los miembros de la familia por afinidad no deban ser considerados como socios familiares.

2. La Empresa Familiar

2.1. Definición:

Para Garrido de Palma¹⁷, estamos ante una empresa familiar cuando la propiedad de la empresa pertenece a una o más familias en un grado tal que el gobierno de la misma y toma de decisiones fundamentales dependan de ella.

¹⁶ OLIVAS MARTINEZ, José, “*Recomendaciones sobre el bueno gobierno de las empresas familiares*”, Editorial Fundación de Estudios Bursátiles y Financieros, Navarra, 2006, pág. 47.

¹⁷ GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel, “*La familia empresaria. Su protocolo jurídico*” En: Empresa Familiar y Sociedad Mercantil, Ed. Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 2006, pág. 56.

En ese sentido, indica dicho autor, que la participación del grupo familiar debe ser significativa, en un grado tal que ostente la capacidad de decisión sobre los aspectos más relevantes de sociedad familiar. El elemento principal que define a una empresa familiar es además de la propiedad, el control en la gestión, por lo que el poder de los votos es indispensable para hablar de una empresa familiar o una empresa común.

La unidad de decisión, dirección y gestión (control) de la empresa en manos de la familia, es lo que define a la empresa familiar para Pizarro y Lanfranco¹⁸ quienes la describen bajo dos consideraciones: (i) el control político y económico de la familia en la empresa y (ii) la participación de la familia en la gestión de la empresa, característica que puede manifestarse mediante el trabajo en puestos gerenciales o de dirección de uno o algunos de los miembros de la familia.

Cabe señalar que además de los elementos anteriormente señalados, será una empresa familiar aquella que tenga vocación de continuidad, esta característica es una de las más importantes y en la que se basa el *affectio societatis* de este tipo de empresa y por ende de su característica de sociedad personalista.

Esta necesidad de trascendencia, hace que las empresas familiares acuerden que la sucesión del fundador y de la propiedad de la empresa al menos en la proporción que le garantice mantener el control de las decisiones más importantes de ésta, deban continuar en manos de la familia, por lo que la continuidad parte en que la sucesión tenga como política que el futuro de la empresa esté en manos de personas vinculadas biológicamente o con vínculos de adopción con el fundador, siendo este un nexo de unión del presente con el futuro.

Para ello, muchas familias empresarias acuerdan que la dirección y gestión de la empresa se quede en manos de la familia y generan acuerdos de limitación de

¹⁸ PIZARRO, Luis y LANFRANCO, Fernando, Op. cit. Pág. 149.

transferencia de acciones, siendo su principal objetivo mantener el control y propiedad de la compañía en manos de la familia.

Por tanto, definiremos a la empresa familiar como aquella en la que la familia tenga una participación significativa del capital social y el control económico y político con vocación de continuidad a través de la sucesión de las siguientes generaciones familiares.

2.2. Características de la Empresa Familiar:

La principal característica de la empresa familiar es la tenencia en manos de la familia empresaria de la propiedad y control en la gestión de la misma, pero no podemos olvidar otra característica menos tangible pero no por ello menos importante que es la incorporación en la empresa familiar de valores, lo que se denomina cultura familiar y que la compone la historia familiar, el recuento de las principales vicisitudes y los principales logros de la familia que se ve reflejada en una empresa familiar cuyo testimonio es tan concreto que es garantía de ser comunicada de generación en generación.

Es esta característica la que la diferencia de otras empresas, y lo que conlleva el involucramiento en gestión y propiedad de los miembros de la familia en forma paulatina y dependiendo del desarrollo de la empresa, lo que genera en el interior de la familia empresaria el convencimiento que la empresa familiar debe continuar como tal.

Para Gonzalo Gómez Betancourt¹⁹, el último avance en los intentos por obtener características propias de la empresa familiar y que la diferencien de otras empresas a nivel mundial se encuentra en la escala F-PEC (Power- Experience-

¹⁹ GOMEZ BETANCOURT, Gonzalo, ¿Son iguales todas las empresas familiares? Caminos por recorrer. Editorial Norma SA, Bogotá, 2005, Pág.25

Culture), siendo que mediante sus tres dimensiones, se puede medir la influencia de la familia en el negocio.

El poder: En esta dimensión la familia influirá en el negocio por mantener en su control la propiedad, el gobierno y la dirección.

La experiencia: Es la experiencia obtenida durante el proceso de sucesión, la generación de propietarios, la generación activa en la dirección, la generación activa en el gobierno del negocio y el número de miembros familiares vinculados, lo que conlleva necesariamente al proceso de delegación de facultades de gestión y transferencia paulatina de propiedad a los miembros de la familia empresaria interesados en el negocio.

La cultura: Se considera una empresa familiar cuando la familia y el negocio comparten en gran medida los valores y principios, muchas veces señalados expresamente en el protocolo familiar.

Otra característica distintiva de este tipo de empresas es que en ellas, la familia como entidad puede controlar efectivamente las operaciones de la empresa y designar a aquellos miembros de la familia más idóneos para ejercer el control del mismo, no podemos indicar un porcentaje de acciones a priori dado que dependerá de la clase de sociedad sujeta a análisis, pensemos por un momento en una sociedad anónima cerrada donde para ejercer el control de la empresa se requiere más del 50% de acciones en comparación con una sociedad anónima abierta que sea una empresa familiar y que requiera para mantener el control de la misma un número porcentual menor de acciones con derecho a voto, la existencia de empresas familiares que cotizan en bolsa son un claro ejemplo de la necesidad de un análisis caso por caso, debido a la atomización del capital social y que el mismo es parcialmente fluctuante.

Por otro lado, como lo señala Gimenez Zuriaga “*las empresas familiares generan un mayor valor añadido (económico y social), son más intensivas en trabajo y, en principio, de menor dimensión que las empresas no familiares. Sus decisiones productivas, vienen condicionadas en buena parte por la naturaleza de la propiedad de sus acciones*”²⁰ y su deseo de continuidad en el tiempo.

Desde el punto de vista financiero, las empresas familiares son más reacias a endeudarse, prefieren autofinanciarse, y esto trae como consecuencia que al solicitar préstamos de poco volumen, pagan un coste más alto por la deuda incurrida (principalmente a corto plazo).

La principal fortaleza de las empresas familiares y factor de supervivencia es su tamaño asequible, y mayor rapidez en su toma de decisiones, que “*les facilita una mayor flexibilidad para adaptarse a los cambios y los problemas con mayor rapidez, pero también a menudo, les impide competir en igualdad de condiciones con empresas más grandes*”²¹

Finalmente, cabe señalar que la unión, estabilidad y compromiso de los accionistas en las empresas familiares es una condición *sine qua nom* para su éxito, es decir en la cultura de empresa familiar (que desarrollaremos en la segunda sección) se basa su *affectio societatis*. La lealtad e identificación de los miembros de las empresas familiares, el celo en la incorporación de nuevos miembros no familiares en la propiedad o en la dirección de la empresa, permite una gestión sin mayores cambios en los puestos gerenciales, esta característica, puede no considerarse una ventaja ya que no se puede negar que usualmente esos puestos recaen en miembros de la familia no suficientemente capacitados para dichos cargos o falta de profesionalización en cargos directivos o gerenciales, para lo cual la empresa familiar deberá encontrar los remedios necesarios

²⁰ GIMENEZ ZURIAGA, Isabel, “Las empresas familiares y el buen gobierno” En: Recomendaciones sobre el buen gobierno de las empresas familiares” Editorial Aranzadi, Navarra, 2006 Pág. 29

²¹ GIMENEZ ZURIAGA, Isabel, Op. Cit, Pág. 29

mediante la implementación de adecuadas prácticas de gobierno corporativo que tiendan a la profesionalización y la continuidad de la empresa familiar (management).

2.3. Antecedentes normativos:

Sorprende que pese a la importancia de la empresa familiar en el Perú, hasta la fecha no exista en forma clara algún dispositivo legal que regule dicho tipo de empresa, tenemos eso sí normativas que bajo el rótulo de micro y pequeña empresa pueden beneficiar a las empresas familiares. Sin embargo aparentemente esta realidad no ha convencido del todo al legislador a señalar alguna definición propia de esta institución, dejando constancia de la existencia de un Código de Gobierno Corporativo que hace referencia a las características de la empresa familiar y algunas sugerencias que mencionaremos más adelante.

En efecto, la gran relevancia cuantitativa de la empresa familiar en el Perú y su identificación con determinados sectores como las Mypes, ha sido señalada por varias investigaciones. Podemos mencionar la evolución y su impacto en nuestro país con cifras del año 2010 que Sandra Echaiz²² cita en base a un estudio de la Cámara de Comercio de Lima, que señala que en dicho año existirían en el Perú alrededor de 659,000 compañías formales, de las cuales más de 500,000 son empresas familiares generando el 65% de empleo y nada menos que el 40% del Producto Bruto Interno.

Para el año 2013 un artículo de la Revista *Strategia*²³ cita un estudio de PricewaterhouseCoopers (PwC) que señala que la empresa familiar constituye el 90% de las empresas existentes en el Perú en dicho año y que el 75% del Producto Bruto Interno del Perú es generado por empresas familiares. Finalmente

²² ECHAIZ MORENO, Sandra Violeta, Derecho y Empresas Familiares. El protocolo familiar en las mypes familiares peruanas, EBC Ediciones SAC Lima 2014 pág. 52

²³ Centrum PUCP “*La empresas familiares*” En: Revista Centrum *Strategia* Año 8 N°30 , Centrum PUCP, Lima, 2014, Pág. 58

en reciente publicación del Diario Gestión²⁴ para el 2016 habrían en el Perú 400,000 empresas familiares, las mismas que representan según el mismo informe el 60% del Producto Bruto Interno tal como lo afirma Luis Maleve, Vicepresidente de Investor Relation in Latin América de Carlyle Group, siendo su relevancia económica crucial para el país.

La escasez de recursos e informalidad de gran cantidad de empresas familiares en el Perú, ha llevado a que existan normas que la regulan indirectamente en el ámbito de las políticas de apoyo a las pequeñas y medianas empresas, empresas que en su gran mayoría son familiares²⁵.

Ahora bien, las normas peruanas de apoyo a las empresas pequeñas y medianas se centran principalmente en beneficios para su constitución y tratamiento especial de obligaciones laborales. El Estado, reconociendo la fragilidad y la escasez de recursos de este tipo de empresas, adoptó regímenes especiales tales como la Ley N° 28015: Ley de Pequeñas y Micro Empresas y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 009-2003-TR²⁶ y el Decreto Supremo N° 007-2008-TR: TUO de la Ley de Promoción de la Competitividad, formalización y desarrollo de la micro y pequeña empresa y del acceso al empleo decente²⁷, que buscaban proveer de instrumentos y beneficios a esta clase de empresas.

No existe definición de empresa familiar en las normas nacionales, encontrando un intento de definición de un Proyecto de Ley que nunca vio la luz legislativa,

²⁴ Diario Gestión En <http://gestion.pe/economia/peru-tiene-potencial-400000-empresas-familiares-cuanto-pesan-economia-2170050> (Ubicado en Agosto 2017)

²⁵ Al respecto, cabe señalar que según el Ministerio de Trabajo, el 33.8% de la Población Económicamente Activa (P.E.A.) ocupada en Lima Metropolitana se halla trabajando en micro y pequeñas empresas (Mype), sumando alrededor de un millón 237 mil personas. Vid. Diario Oficial “*El Peruano*” publicado el 23.06.2007

²⁶ Al respecto, ver la Ley N° 28015 Ley de promoción y formalización de la micro y pequeña empresa, publicada en el Diario Oficial “*El Peruano*” el 03.07.2003, cuyo objeto es definido como la promoción de la competitividad, formalización y desarrollo de las micro y pequeñas empresas (en su mayoría empresas familiares) para incrementar el empleo sostenible, su contribución al producto bruto interno y su productividad y contribución a la recaudación tributaria.

²⁷ Al respecto, ver Decreto Supremo 007-2008-TR TUO de la Ley de promoción de competitividad, formalización y desarrollo de la micro y pequeña empresa y del acceso al empleo decente, Ley Mype. Diario Oficial “*El Peruano*” publicado el 30 de Setiembre de 2008.

elaborado por el parlamento nacional del año 2006, el Proyecto de Ley 1358-2006-CR²⁸ relacionado a la empresa familiar, definió a la empresa familiar en su artículo 2° de la siguiente manera: *“la empresa familiar es la célula básica económica de producción de bienes o prestación de servicios, constituida mínimo por uno y no más de tres socios, que sólo pueden ser personas naturales, bajo la organización empresarial contemplada en la presente ley, que tiene como objetivo desarrollar actividades de extracción, transformación, producción, comercialización de bienes o prestación de servicios”*.

El Proyecto de Ley antes citado, complementaba la definición con el artículo 3°, estableciendo como características que la empresa familiar deberá reunir, las siguientes:

- a) Empresa de uno a tres socios, no necesariamente con vínculo de parentesco.
- b) Empresa que tenga de uno a cinco trabajadores.
- c) Empresa con capital social no mayor a 50 UITs²⁹.
- d) Ventas anuales no mayores de 72 UITs, ni mensuales superiores a 6 UITs .

Observamos que este intento frustrado de definir a la empresa familiar (Sociedad Familiar o las siglas S.F.), siguió los parámetros de las micro y pequeñas empresas, se basó en el ingreso de recursos y en la cantidad de trabajadores que laboran en una empresa, para catalogarla como empresa familiar, sin tomar en cuenta ni la relación de propiedad y familia, la cultura de la empresa familiar ni la existencia de un alto porcentaje de firmas familiares con ganancias netas importantes, asimismo se establecía que solo podían constituir las personas naturales, cuando muchas veces las empresas familiares se organizan internamente constituyendo empresas que a su vez tienen sociedades como accionistas.

²⁸ Proyecto de Ley N° 1358/2006-CR Proyecto de Ley de Empresa Familiar, presentado por la Cédula Parlamentaria Aprista por iniciativa de los congresistas Wilder Calderón, Tomas Cenzano, Javier Velasquez Quesquén y Miguel Guevara. Congreso de la República del Perú, Mayo 2006

²⁹ Las UITs cuyas siglas corresponden a Unidades Impositivas Tributarias equivalen en el ejercicio 2017 a S/.4,050.00.

Por lo indicado, no estamos de acuerdo con la definición de empresa familiar que esbozó el legislador en el Proyecto de Ley citado, ya que los parámetros económicos y laborales que se usaron para su definición, no corresponden a la característica elemental de esta clase de entidades por lo que no las consideramos útiles para solucionar los problemas inherentes en este tipo de empresas.

Es necesario señalar que encontramos un intento interesante de definición de la empresa familiar no en una norma, sino a una recomendación publicada el 8 de noviembre de 2013 en el Diario Oficial “El Peruano”, en su Separata Especial denominada “Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas”. En este documento la Superintendencia de Mercado de Valores presenta un esfuerzo conjunto de catorce instituciones públicas y privadas que buscarían, según se esboza en su introducción, contribuir en generar una verdadera cultura de gobierno corporativo en el Perú entendido como buenas prácticas empresariales que abarcan *“derechos y tratamiento equitativo de accionistas, función de grupos de interés en el gobierno de las sociedades, comunicación y transparencia informativa y responsabilidades del directorio y alta gerencia”*.

En dicho documento se reconoce la relevancia de la empresa familiar *“en el quehacer económico del país, sobre todo teniendo presente que algunas de tales empresas tienen sus valores inscritos en el Registros Público del Mercado de Valores de la SMV”*³⁰. Ya en el Anexo B se define a este tipo de empresas basándose en lo definido por el Manual de la International Finance Corporation (IFC) de Gobierno de Empresas Familiares indicando como empresa familiar a *“(…) aquella compañía donde la mayoría de los votos están en manos de la familia*

³⁰ Código de Buen Gobierno Corporativo En: Separata Especial “Diario Oficial el Peruano” 8 de Noviembre de 2013 Pág. 5

controladora, incluyendo al (a los) fundador(es), que busca traspasar la empresa a sus descendientes"³¹

En esta definición se da importancia a que los votos estén en manos de la familia a fin que con estas se logre el control de la sociedad así como una intensión de continuidad al indicar un anhelo específico "*buscar traspasar la empresa a sus descendientes*". Consideramos esta última definición un avance importante que nos aclara la naturaleza de este tipo de empresas.

2.4. Clases de Empresa Familiar:

Para Alden G. Lank³², profesor del Internacional Institute for Management, las empresas familiares pueden ser de tres tipos:

- De control total: Cuando el capital y la gestión están en manos de una familia.
- Absentista: Cuando la familia controla la propiedad pero ha perdido o abandonado la gestión.
- De herencia cultural: Cuando la familia no controla la propiedad, pero sí la gestión.

Es interesante destacar que creemos que una misma empresa familiar a lo largo de su existencia puede mutar en los dos primeros tipos de Empresa Familiar que describe dicho autor. En efecto, cuando se trata de una empresa familiar de control total, pensamos inmediatamente en su etapa de primera generación o etapa de Fundador, en la que existe en manos del patriarca o fundador, la

³¹ Código de Buen Gobierno Corporativo En: Separata Especial "Diario Oficial el Peruano" 8 de Noviembre de 2013 Pág. 11

³² TRUJILLO, José y ASTUQUIPAN, Carlos, "Grupos de Familia, Públicas virtudes de las empresas familiares", En: Revista Business Perú Nro. 50, Lima, Noviembre 1998, Pág. 13.

propiedad de la empresa, en el caso de una Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (E.I.R.L.) lo observamos con la existencia del Titular como propietario de los derechos sobre la empresa y máximo órgano del mismo, mientras que en el caso de las sociedades, esta característica se refleja en el alto porcentaje de acciones que tiene el fundador a su favor (por ejemplo más del 50% de acciones) con las que muchas veces se constituye la sociedad con una estructura accionarial de casi la totalidad de acciones a nombre del fundador quedando de manera residual un porcentaje mínimo a favor de un tercero a fin de cumplir con la pluralidad de accionistas requerido para las sociedades según lo establecido en el artículo 4° de la Ley General de Sociedades, lo que Alfonso Montoya Stahl denomina como sociedades unipersonales de facto³³.

Adicionalmente, en este tipo de empresas familiares en la etapa del fundador, se observa que la gestión de la empresa también recae en cabeza del patriarca, siendo éste nombrado en caso de sociedades como Gerente General en la mayoría de los casos o en la E.I.R.L. observándose que el Titular hace las veces de Gerente de la empresa.

Sin embargo en la segunda generación denominada por la doctrina como sociedad de hermanos o en su tercera generación (Consortio de Primos) la sociedad o empresa E.I.R.L. necesariamente adecuada a un tipo social, podría tomar la decisión, tal como lo recomiendan los manuales de empresas familiares, de profesionalizar sus cuadros de gestión, no teniendo miembros de la familia en la gestión de la compañía pero manteniendo la propiedad de las acciones en su porcentaje mayoritario y con ello con el poder de los votos, el control o supervisión de la administración de la empresa.

Sin embargo, no estamos de acuerdo con que una empresa familiar lo sea cuando ha perdido la propiedad de la misma y sólo se reserva para los miembros de la

³³ MONTOYA STHAL, Alfonso “La conveniencia de regular permisivamente la unipersonalidad societaria en el Perú En: <http://ius360.com/privado/corporativo/la-conveniencia-de-regular-permisivamente-la-unipersonalidad-societaria-en-el-peru/> (Ubicado en Agosto 2017)

familia cargos de gestión que es el tercer tipo de empresa familiar descrita por el autor citado Alden G. Lank, como Empresa Familiar de “herencia cultural”.

En efecto, consideramos que la empresa familiar es aquella que tenga en manos de los miembros de la familia la propiedad de la misma, que se refleja en la titularidad de acciones que les dan derechos económicos pero también políticos que se reflejan en ejercer con el poder de sus votos, el control en la compañía respecto a las personas naturales o jurídicas que gestionen la misma.

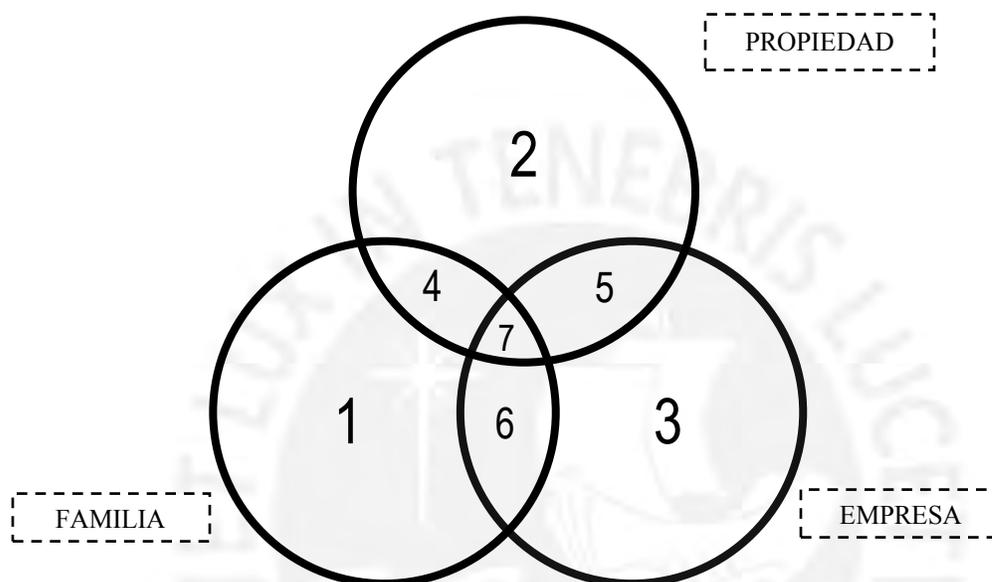
Es importante detenernos en lo que entendemos como control, ésta no necesariamente exigiría a los miembros de la familia ocupen cargos de administración o gestión en la empresa (como sucederían en el tipo de empresa absentista) sino que al menos mantenga para la familia empresaria la facultad de remover y nombrar a los administradores de la compañía, lo que necesariamente pasa por mantener los votos que permiten la tenencia en propiedad de la mayoría de acciones.

Sin perjuicio de la crítica que hemos esbozado a Alden G. Lank, queda claro que su clasificación no se basa en elementos económicos ni laborales para definir las clases de empresas familiares, tampoco establece porcentaje alguno en la gestión y propiedad de estas empresas, pero ratifica con su clasificación de tipos de empresas familiares los elementos de propiedad y control sobre la gestión a manos de la familia.

3. La Familia Empresaria

A los problemas normales que toda familia experimenta entre sus miembros, se suma en la familia empresaria una serie de intereses adicionales y variados en el negocio familiar. De ahí que en los estudios de las empresas familiares se grafique el modelo de los tres círculos o también denominado “teoría de los sistemas” que

sirve para describir y detectar los distintos intereses de los miembros de la familia y terceros involucrados en el negocio familiar en tres sistemas independientes pero relacionados entre sí: la Familia, la Propiedad y la Empresa.



En el gráfico de los tres círculos que servirá para describir la problemática de la empresa familiar que en más extenso análisis Sandra Echaiz³⁴ ha desarrollado en su libro Derecho y Empresas Familiares y que nosotros la utilizaremos para mostrar los diferentes intereses que alberga este tipo de empresas, se puede verificar lo siguiente:

En este sistema podemos observar en la intersección de los tres círculos (7.), centrándonos el análisis al círculo Familia, al miembro de la familia que cuenta con

³⁴ ECHAIZ MORENO, Sandra Violeta, Derecho y Empresas Familiares. El protocolo familiar en las Mypes familiares peruanas, EBC Ediciones SAC Lima 2014 pág. 55

propiedad sobre la empresa y que además trabaja en ella, su interés es la continuidad de la empresa familiar y mantener el poder de decisión en la misma, mientras que el miembro de la familia trabajador pero no accionista (6.), tiene un interés diferente como por ejemplo ascender en la compañía y mejorar su retribución económica. Finalmente el miembro de la familia que no trabaja en la empresa pero tiene propiedad sobre acciones (4.) probablemente le interese únicamente el mayor rendimiento económico de la empresa y en consecuencia mejores dividendos al final del ejercicio.

Finalmente los miembros de la familia que no son accionistas ni trabajadores (1.), estarán en constante expectativa para su ingreso a laborar en la empresa y en tener alguna cuota de poder por más mínima que sea.

En cambio centrándonos en el círculo Propiedad, observamos aquellos no miembros de la familia, que son propietarios de acciones y que trabajan en la compañía (5.) es interesante destacar que en una empresa familiar estos terceros tienen una participación accionarial irrelevante para toma de decisiones, por lo que muchas veces buscarán en cambio compensar esta limitación a una remuneración importante. Tenemos en la sección 2 a los terceros ajenos a la familia pero poseedores de acciones que buscarán mayores dividendos.

Finalmente a los trabajadores no miembros de la familia ni propietarios de acciones (3.) cuyo interés en la mejor retribución a sus prestaciones y la continuidad de su centro de labores.

Como se puede verificar conforme nos vamos alejando de la intersección se presentan otro tipo de intereses variados y expectantes y al existir intereses diferentes entre miembros de la misma familia empresaria, los enfrentamientos internos naturalmente aumentan.

Para evitar que estas divergencias internas y enfrentamientos afecten lo menos posible la gestión y el desarrollo económico de las empresas familiares, es importante lograr espacios formales para la comunicación interfamiliar y la definición de compromisos de los distintos miembros de la familia empresaria con la compañía. La creación y uso de estos espacios permite delimitar el papel de la familia frente al papel de los administradores de la empresa familiar que ocupan cargos dentro del directorio o la gerencia y el papel de los socios (familiares y no familiares) cuyo órgano de toma de decisiones es la Junta de Accionistas, de esta manera se separa y evita confundir los ámbitos de familia, titularidad, gestión y trabajo y permitirá un adecuado ejercicio de funciones y toma de decisiones a favor de la empresa, conviviendo de esta forma dos estructuras la empresarial y la familiar.

Esta diferenciación de estructuras es muy importante, puesto que el problema que se presenta en la empresa familiar es la dificultad de conjugar y dar satisfacción a las demandas y necesidades de dos bienes distintos, ambos susceptibles de protección: la empresa y la familia, evitando que cada uno de ellos se vea negativamente afectado, por ello es necesario la creación de una estructura o espacio de discusión ajeno a la empresa en la que se pueda discutir y llegar a acuerdos respecto al negocio familiar.

Según Claramunt y Lázaro³⁵, será necesario separar en la medida de lo posible familia y empresa, estableciendo límites claros y objetivos entre ambos bienes, evitando con ello el riesgo de confusión entre los intereses o problemas familiares y los intereses empresariales. Con esta separación se evita que los problemas propios de la familia (conflictos interpersonales) repercutan negativamente a la compañía generando un espacio para la resolución de dichos conflictos sin que este proceso altere el desarrollo y supervivencia de la empresa familiar.

³⁵ CLARAMUNT, Bernardo y LAZARO, Melisa, Órganos de Gobierno de la Familia En: Recomendaciones sobre el Buen Gobierno de las Empresas Familiares, Pág. 61

La institucionalización de órganos de familia, serán necesarios para crear los canales adecuados de comunicación de la Familia Empresaria, es decir espacios de encuentro y de definición de la familia empresaria. Por ello, será dentro de los órganos familiares institucionalizados donde se informará la marcha de la empresa y los sucesos que la afecten, así como resolver los conflictos familiares al margen de los órganos de gobierno corporativo de la empresa como son la Junta General de Accionistas y el Directorio.

En efecto, junto con la Junta General de Accionistas y el Directorio previstos en la legislación societaria peruana (artículos 111° y 153°), es recomendable la constitución paralela de otros órganos de carácter familiar como son la Junta de Parientes o Junta de Familia y el Consejo de Familia, instituciones que pasamos a desarrollar a continuación.

3.1 La Junta de Familia o de Parientes

La Junta de Parientes es descrita por Carlos Gortazar Lorente³⁶ en la “Ponencia a les XIII Jornades de Dret Catala a Tossa” en el que señala que en el Protocolo Familiar se suele contemplar la constitución de órganos de carácter familiar como la Junta de Parientes que es un foro en el que todos los integrantes de la familia, accionistas o no, participan y manifiestan sus inquietudes siendo un espacio de debate y de información de la marcha de la empresa.

Para Pizarro y Lanfranco³⁷, *“la Junta de Familia es un órgano de carácter informativo, no decisorio que reúne a todos los miembros de la familia incluyendo a los cónyuges, trabajen o no en la empresa y sean o no propietarios de la misma”*.

³⁶ GORTAZAR LORENTE, Carlos, “Derecho y Empresa Familiar: el protocolo y sus instrumentos de desarrollo” <http://civil.udg.edu/tossa/2004/textos/pon/2/cvgl.htm> (Ubicado en red el mes de Setiembre de 2007)

³⁷ PIZARRO, Luis y LANFRANCO, Fernando, “El planeamiento sucesorio como práctica de buen gobierno corporativo de las empresas familiares”. En: Revista de Derecho: Ius et veritas N° 32, Ed. Mavisa, Lima, 2003, pág. 154

Continúan los autores señalando que los jóvenes miembros de la familia deberán participar en la misma a partir de una cierta edad. El requisito de la edad para formar parte de la Junta no necesariamente debe coincidir con la mayoría de edad legal (dieciocho años).

En nuestra opinión, la oportunidad de ingreso a este foro familiar, dependerá de los méritos personales o cualidades de los jóvenes miembros de familia. Este requisito basado en méritos podrá servir de indicador del espíritu de la familia empresaria y una muestra temprana sobre la exigencia de cumplimiento de requisitos objetivos para formar parte de los órganos de la familia.

Finalmente, Giménez Zuriaga³⁸, define a la Junta de Familia, como el instrumento al servicio de la empresa familiar, de naturaleza informativa que pretende “*ser una reunión de todos los familiares propietarios de la empresa, sean o no directivos de la misma*”, y que sirve para deliberar abiertamente sobre las relaciones entre la familia y la compañía y tratar las cuestiones de interés común, ya sea como familia o como familia propietaria.

Seguidamente, Giménez recomienda que la Junta de Familia se constituya recién cuando la familia involucrada en la propiedad de la empresa sea muy extensa y no sea recomendable la presencia de todos los miembros en el Consejo de Familia.

La importancia de la Junta de Familia en las familias numerosas radica en permitir un espacio ajeno a la empresa en la que se reflexione sobre el compromiso y la misión de la familia en la compañía, asimismo permite informar a sus miembros sobre la marcha de la misma y es foro de reflexión frente a los temas conflictivos de la familia, tales como problemas económicos, consecuencias económicas de

³⁸ GIMÉNEZ ZURIAGA, Isabel, “*Las empresas familiares y el buen gobierno*” En: Recomendaciones sobre el buen gobierno de las empresas familiares” OLIVAS MARTÍNEZ, José Luis, Civitas, Madrid,2006, pág. 66

divorcios y conductas inadecuadas de los miembros de la familia, el inicio de los nuevos negocios familiares, entre otros.

Finalmente, cabe señalar que la Junta de Familia deberá trasladar los problemas detectados entre sus miembros al Consejo de Familia promoviendo la solución de los mismos, tengamos en cuenta que la Junta de Familia es un órgano meramente informativo y formativo para las nuevas generaciones, dejando para el Consejo de Familia las decisiones familiares susceptibles de ser exigidas a sus miembros.

3.2. El Consejo de Familia

Antes de desarrollar el concepto de Consejo de Familia como órgano familiar de la familia empresaria, es necesario diferenciarla del Consejo de Familia regulado por nuestro código civil en su artículo 619° y siguientes, que viene a ser según Benjamín Aguilar Llanos³⁹, *“la reunión de parientes del incapaz para velar por sus intereses, en cuanto a su persona y patrimonio, y en esa medida es fiscalizador de los guardadores, sean estos tutores, curadores e incluso padres en ejercicio de la patria potestad”*.

Esta figura propia del derecho de familia no debe confundirse con el órgano consejo de familia o consejo familiar, el primero es una reunión de parientes cuyo objetivo es velar por la vida y bienes de propiedad del incapaz, mientras que el segundo es la reunión de algunos miembros de la familia empresaria cuyo objetivo es servir de engranaje entre la familia y la empresa familiar.

En efecto, el Consejo de Familia es el órgano que canaliza las inquietudes de la familia que está integrado por sus miembros (usualmente el fundador y representantes de todas las ramas familiares en caso que sea extensa la familia empresaria) entre otras funciones se le suele otorgar la función de servir de

³⁹ AGUILAR LLANOS, Benjamín “El Consejo de Familia” En: Revista Persona y Familia N° 01 Volumen 1, Ed. Getprint EIRL, Lima, 2012, Pág. 14

bisagra entre los intereses de la familia empresaria y la sociedad, trasladando a los órganos societarios de la empresa familiar las inquietudes de la familia, además se le asigna la función de promover la aplicación del Protocolo Familiar y su modificación en caso corresponda y establecer criterios de solución de conflictos o fijar normas de comportamiento entre sus miembros y servir de primer filtro en caso de conflictos familiares.

Amat⁴⁰ define al Consejo de Familia como el órgano que regula el funcionamiento de la familia empresaria y, en especial, de las relaciones de la familia con sus actividades empresariales y extraempresariales ligadas a la empresa y/o al patrimonio familiar.

Por su parte, Ivan Lansberg⁴¹, lo entiende como un foro independiente a la Junta de Accionistas, el Directorio o la Gerencia, para promover el bienestar y resolver conflictos familiares, esos asuntos irremediablemente invadirán el trabajo del directorio y de la Gerencia a un alto costo para el funcionamiento tanto de la familia como de la empresa, he ahí la importancia de este Consejo.

Para nosotros y a diferencia de la Junta de Familia, el consejo tiene un carácter operativo más que informativo, y entre sus funciones se encuentran promover el desarrollo de familia empresaria regulando sus relaciones con la empresa y/o el patrimonio familiar, y aislar a la empresa de los comunes conflictos de la familia, así como custodiar el cumplimiento del Protocolo Familiar o proponer su modificación. Este órgano operativo tendrá como misión plasmar en un documento el acuerdo de la familia y con las formalidades que correspondan poder generar un acuerdo parasocietario o acuerdo de accionistas que sea vinculante en la empresa familiar para lo cual, deberá comprometerse en el seguimiento de esta implementación.

⁴⁰ AMAT, Joan, “*La continuidad de la empresa familiar*” Ed. Gestión, Barcelona, 2000, pág. 110

⁴¹ LANSBERG, Ivan, “*Los sucesores de la empresa familiar*” Ed. Granica, Barcelona, 2000, Pág. 420

Adicionalmente a las funciones anteriormente señaladas, creemos que el Consejo deberá gestionar y planificar la sucesión de la empresa familiar, acordar las limitaciones a la transferencia de acciones respecto a la incorporación o no de terceros no familiares y defender los derechos de los familiares que no trabajan en la empresa y que son o pueden ser accionistas o que pueden incorporarse en un futuro en la empresa, esto le dará mayor legitimidad y se reforzará su utilidad en comparación con los órganos societarios de la compañía.

Con respecto a su estructura, es recomendable que sea independiente de los órganos societarios de la empresa. Su composición dependerá de la cantidad de miembros que tenga la familia, en todo caso deberá estar integrado por la totalidad de los miembros de la familia o en caso que la familia sea numerosa, al menos por representantes de las ramas familiares con interés en la empresa.

Para un mejor funcionamiento de esta institución, será recomendable nombrar a un Presidente (preferiblemente un familiar distinto al socio fundador) y un secretario que lleve formalmente un acta de reuniones (preferentemente un consejero independiente o asesor externo a la familia con voz pero sin voto en las decisiones de la misma), esta recomendación permite que exista un contrapeso institucional entre el Consejo Familiar y los órganos ejecutores de la empresa, normalmente dirigidos por el socio fundador.

Para Giménez Zuriaga⁴², el buen funcionamiento del Consejo de familia radica en dos puntos, el primero de ellos es contar con la disposición de los miembros de la familia para comunicarse y enfrentarse a los posibles conflictos con una actitud constructiva y el segundo es lograr una estructura formalizada que cumpla con reuniones periódicas, adecuada gestión, cumplimiento de formalidades establecidas en el Protocolo Familiar, que permitan tratar adecuadamente los problemas que se planteen.

⁴² GIMÉNEZ ZURIAGA, Isabel, Op. Cit, pág 65

Gimenez recomienda que en el caso que sea necesaria la votación, la regla será una persona por voto en el caso que el Consejo esté conformado por un representante de las distintas ramas familiares, asimismo cuando el Consejo esté conformado por todos los integrantes de la familia y se haya optado la presencia de parientes por afinidad, será recomendable que las parejas tengan un voto en común, es decir que los familiares políticos si los incorporan en este órgano (lo cual no compartimos) tengan voz pero no voto.

Los acuerdos del Consejo de familia deben procurar alcanzar un consenso sobre los puntos debatidos y únicamente recurrir a la votación cuando ello no sea posible, veremos más adelante el grado de vinculación y exigibilidad de estas decisiones tanto en el seno del Consejo de Familia como los acuerdos derivados del Protocolo Familiar, dado que tranquilamente podrían el acuerdo del consejo de familia, tratarse de un convenio de accionistas o acuerdo parasocietario que sea oponible a la empresa e incluso a terceros.

Es pertinente preguntarnos si la existencia del Consejo de Familia que vendría a ser el órgano familiar que planifica estratégicamente las decisiones empresariales de la familia y sus miembros, puede confundirse con el Directorio órgano societario que se encargaría del plan estratégico del negocio.

Al respecto, si bien es cierto, ambos órganos se encuentran muy relacionados y requieren estrecha coordinación, conforme lo señala Jon Martinez Echezarraga⁴³, no sería competencia del Consejo de Familia las grandes decisiones respecto a los negocios y la propiedad, las mismas que están a cargo del Directorio y su aprobación a cargo de la Junta de Accionistas como órgano supremo de la sociedad, sin perjuicio de ello, por ejemplo respecto a la inversión del patrimonio, el Consejo sería la voz de la familia frente a la empresa por lo que puede y debe

⁴³ MARTINEZ ECHEZARRAGA, Jon “Protocolo y Consejo Familiar. Claves de Gobierno de una Empresa Familiar” En: http://www.ese.cl/wp-content/blogs.dir/1/files_mf/1375664770DD0604.pdf (Ubicado en red en Agosto del 2017)

“expresar su parecer de modo amplio y general, con el objeto de rayar el campo de juego al Directorio, que es el encargado de tomar todas estas decisiones”

Sin perjuicio de ello, las decisiones consensuadas del Consejo de Familia realizada por accionistas de la empresa familiar, pueden incorporarse en la regulación societaria mediante pactos de accionistas que permitirán luego de ser comunicados a la empresa establecer a modo de sindicato de acciones u otras formas de convenios de accionistas, la decisión de la familia o parte de ella para un determinado voto en los órganos societarios competentes para decisiones tan relevantes y de impacto patrimonial que pueda afectar a la familia como por ejemplo la pérdida del control de la empresa o la modificación de los porcentajes accionariales de las ramas familiares.

4. El Protocolo Familiar

4.1. Definición del Protocolo Familiar:

Desde que existen las empresas familiares (posiblemente desde la existencia de la empresa como unidad económica), aparecieron acuerdos de los miembros de la familia sobre sus modos de actuar en hacer negocios juntos, estos acuerdos a veces verbales o escritos son el germen de lo que hoy se conoce como Protocolo Familiar.

El Protocolo como instrumento jurídico fue desarrollado en Estados Unidos desde los años 60, equivalente al *Shareholders agreement de la Close Corporation* que viene a ser un estatuto jurídico para la empresa familiar y que desde hace 10 años viene usándose en forma limitada en nuestro país.

Tal como lo afirma Gonzalo Gómez y María de Piedad López⁴⁴, el Protocolo Familiar debe ser entendido como *“un acuerdo cuya finalidad es conseguir que la familia propietaria permanezca unida en la realización y consecución de un proyecto empresarial común a lo largo de varias generaciones”*.

Por su parte, Vincent Chuliá⁴⁵ la define como un acuerdo entre accionistas realizado por familiares titulares de bienes y derechos que desean gestionar la empresa de manera unitaria y preservarla a largo plazo, cuyo objetivo es regular la organización corporativa y las relaciones profesionales y económicas de la familia y la empresa.

Para Pizarro y Lanfranco⁴⁶, el Protocolo Familiar es un acuerdo marco suscrito por los familiares socios (y por quienes previsiblemente lo sean en un futuro) de una empresa familiar, cuyo objeto principal será regular las relaciones entre la familia, la propiedad y la empresa, a fin de facilitar la continuidad de esta última y permitir que se mantenga en manos de la familia empresaria.

Por su parte, Jon Martínez⁴⁷ lo define como *“un documento escrito que contiene los acuerdos que la familia establece respecto de su relación con la empresa y la propiedad”*, llamado en el mundo anglosajón como Constitución de la familia.

Finalmente, Gimeno y Baulenas⁴⁸ lo definen como *“un reglamento, con normas de conducta que establece límites entre los intereses y necesidades de los socios familiares y los intereses y necesidades de la empresa”*.

⁴⁴ GOMEZ B., Gonzalo y LÓPEZ V, María Piedad, “Iniciando un proceso de protocolo familiar”. En: inalde.edu.co/inalde/investigacion/e_familiar (ubicado en red el mes de Diciembre de 2007).

⁴⁵ CHULIA, Vincent *“Organización jurídica de la empresa familiar”*. En: Revista de Derecho Patrimonial, N° 5 2000-1, Aranzadi, pág. 38.

⁴⁶ PIZARRO, Luis y LANFRANCO, Fernando *“Manual de buen gobierno para empresas familiares”* Procapitales, pág. 51.

⁴⁷ MARTINEZ, Jon *“Introducción al Protocolo Familiar y al consejo de familia”*. En: El Protocolo Familiar, la experiencia de una década, Ediciones Deustuo, Barcelona, 2007, pág. 62.

⁴⁸ GIMENO, Alberto y BAULENAS, Gemma, *“Contenido y tipos de protocolo en la empresa familiar española”* En: El Protocolo Familiar, la experiencia de una década, Ediciones Deustuo, Barcelona, 2007, pág. 91.

Posiblemente el Protocolo Familiar fue presentado en Europa por primera vez en la década de los noventa en España⁴⁹ dicho término sería acuñado por los autores Miguel Gallo y John Ward, según la Nota Técnica de Investigación del IESE DGN – 448 del año 1991 y desde ahí se viene desarrollando intensamente en Europa una labor divulgativa, realizada principalmente por instituciones empresariales y sociales que entienden a esta institución como el instrumento más adecuado para solucionar los aspectos relativos a la continuidad generacional de la empresa familiar. Consideramos pertinente hacer referencia al ordenamiento español que es el que más se ha ocupado en el Protocolo Familiar.

Dos normas españolas son las que hacen referencia al protocolo, la primera es la Ley Española N° 07/2003 - Ley que crea la Sociedad Limitada Nueva Empresa⁵⁰, origen de este sub tipo social derivado de la Sociedades de Responsabilidad Limitada, con el objetivo que la pequeña y mediana empresa sea estimulada y mejore su posición competitiva, esta norma indica en su disposición final segunda numeral 3) que se reglamentará condiciones, formas y requisitos para la publicidad de los protocolos familiares, así como en su caso el acceso al registro mercantil.

Justamente la segunda norma que hace referencia más en extenso al protocolo familiar, es el Real Decreto N° 171-2007 del 09 de Febrero de 2007⁵¹, que ha

⁴⁹ RODRIGUEZ DÍAZ, Rafael, “*El Protocolo Familiar ¿Si o No?*” Pág. 20En: <http://www.acefam.org/wp-content/uploads/13-02-13-AT-Canarias-Libro-El-protocolo-familiar-Rafael-Rodriguez-Diaz.pdf> (Ubicado en red en Setiembre de 2017)

⁵⁰ Al respecto la Ley Española N° 07/2003 publicada el 01 de Abril de 2003, crea este sub tipo de Sociedad de Responsabilidad Limitada que permite entre otras importantes facilidades a las pequeñas o micro empresas a que emitan participaciones sin voto y que la sociedad pueda adquirir temporalmente sus propias participaciones con cargo a beneficios o reservas de libre disposición. Asimismo, en su disposiciones finales modifica el artículo 1056° del Código Civil Español, permitiendo al testador que quiera conservar la empresa familiar indivisa, a que se pague en metálico su legítima a los interesados, no siendo necesario que al momento de su muerte exista dinero suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y de forma aplazada por un máximo de cinco años desde la muerte del testador.

⁵¹ El Real Decreto N° 171-2007 en sus artículos 5°, 6° y 7° permite la publicidad del protocolo familiar bajo tres modalidades: (i) Con carácter informativo permite hacer referencia registral que la empresa cuenta con un Protocolo Familiar (ii) Con carácter informativo podrá la empresa con ocasión a la presentación de cuentas anuales incluir copia total o parcial del protocolo familiar el cual será objeto de calificación del registrador y

dotado de instrumentos normativos para la publicación de los protocolos familiares y que previamente vierte de una definición a este instrumento.

En el artículo 2.1 señala “(...) se entiende por protocolo familiar aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan una sociedad no cotizada, en que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones de la familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad”.

Verificamos que el concepto de dicha norma española al referirse como un modelo de comunicación y consenso entre familiares (sean socios o no), se inclina al concepto de protocolo-proceso y no protocolo-documento, es decir ve en el protocolo un procedimiento en que la familia se enfrasca para tomar decisiones sobre el negocio familiar, haciendo énfasis en la comunicación y consenso, siendo necesario para ello una carga psicológica y emocional importante respecto a familia, propiedad y empresa.

El Real Decreto, no sólo establece en su exposición de motivos que la cultura del protocolo familiar es una garantía de buenas prácticas y buen gobierno familiar, sino que afirma que su implementación dotaría de previsibilidad en el relevo generacional lo que permite la continuidad. Para Valerio Pérez⁵², la continuidad requiere “haber proyectado o realizado una serie actos conducentes a asegurar la efectividad de la transmisión de la empresa a las siguientes generaciones, para lo cual basta la formalización de un protocolo familiar”.

(iii) Luego de realizar las inscripciones de las modificaciones estatutarias que se han realizado en ejecución del protocolo familiar, la administración de la sociedad, podrá solicitar al registrador la inscripción de la mención expresa de las cláusulas del protocolo familiar que en su ejecución permitieron las modificaciones estatutarias.

⁵² PEREZ DE MADRID CARRERAS, Valerio “La empresa, el protocolo y la sociedad “familiar” (anotaciones al RD 171/2007, de 9 de Febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares)” En: Revista Cuadernos de Derecho y Comercio N° 48, Colegios Oficiales de Corredores de Comercio de España, Madrid, 2007, Pág. 117.

Para Antonio Valmaña Cabanes⁵³ existen dentro del protocolo dos grandes grupos de elementos a considerar, los morales que serían grandes principios o declaraciones de voluntad y por el otro, elementos jurídicos que serían reglas específicas que permiten la ejecución de esos principios y vinculan a los firmantes siendo una fuente de obligaciones.

Es por ello, que Isabel Gimenez⁵⁴ señala que la naturaleza del protocolo familiar dependerá de la vinculación jurídica que al mismo se le otorgue, por lo que un Protocolo de Familia podrá tener fuerza moral, en donde principios, declaraciones de intención y valores sólo obligarían a los que la suscriben desde un punto de vista moral a manera de pacto de caballeros, mientras que otro Protocolo Familiar podrá tener naturaleza contractual, en la medida que los que la suscriben, se obligan a su cumplimiento no solo frente a las partes firmantes del mismo, sino incluso frente a terceros, respecto de aquellos pactos que hayan tenido acceso al registro⁵⁵.

Para nosotros, el protocolo podrá tener o no trascendencia jurídica en función de la voluntad realmente querida por sus firmantes y existirán dentro del mismo documento elementos morales sin contenido obligacional y elementos de naturaleza contractual que son jurídicamente exigibles a los firmantes y en algunos casos también exigibles frente a la sociedad en la medida que los mismos sean incorporados a las normas que regulan a la empresa familia como el Estatuto o sus registros y no vayan en contra de normas imperativas.

⁵³ VALMAÑA CABANES, Antonio, “El protocolo familiar jurídico: necesidad de normas vinculantes para la consecución de sus objetivos” En <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3666674.pdf> (Ubicado en red en Setiembre de 2017)

⁵⁴ GIMÉNEZ ZURIAGA, Isabel, Op. Cit., pág.68.

⁵⁵ Al respecto, tomar en cuenta que en la legislación española, se ha regulado el registro de protocolos familiares según Real Decreto 171/2007 de fecha 09.02.2007

Siguiendo a Carlos Gotazar⁵⁶, el protocolo pertenecería a la categoría de los contratos o acuerdos denominados atípicos, plenamente admitidos por nuestro derecho y válidos y eficaces en virtud al reconocimiento de la libertad contractual regulada en el artículo 1342° de nuestro Código Civil⁵⁷, ahora bien, como tipo de contrato en la medida que sean suscritos sólo por miembros de la familia en condición de accionistas de la empresa familiar, formarían parte a una clase de convenios societarios regulado por el artículo 55° inciso b) de la Ley General de Sociedades y en caso que se trate de acuerdos suscritos por accionistas y otros miembros de la familia empresaria no accionistas (terceros) serían considerados como convenios parasocietarios, regulados por el artículo 8° de la Ley General de Sociedades, en cualquiera de los dos tipos serían convenios de accionistas regulados expresamente por las normas societarias, los mismos que de ser congruentes con lo señalado en los estatutos y de ser comunicados a la sociedad se lograría su carácter oponible frente a ella, lo que permitiría, citando a Abramovich⁵⁸ *“que la sociedad esté obligada a adoptar una posición activa que garantice su cumplimiento”*.

4.2. Estructura y Contenido

El contenido de un Protocolo debe adaptarse a las necesidades de cada empresa familiar y cada familia empresaria, en ese mismo sentido, lo afirma la exposición de motivos del Real Decreto Español ya citado, se indica que el contenido del protocolo familiar *“será configurado por la autonomía negocial, como pacto parasocial (...) sin más límites que los establecidos, con carácter general, en el ordenamiento civil y específico, en el societario”*.

⁵⁶ GORTÁZAR, Carlos. *“Principales aspectos jurídicos y societarios del protocolo familiar”* En: El Protocolo Familiar La experiencia de una década. AMAT, Joan y CORONA, Juan, pág. 196.

⁵⁷ Artículo 1354° del C.C. *“Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”*.

⁵⁸ SALAS SANCHEZ, Julio *“Los convenios de accionistas en la ley general de sociedades y la autonomía de la voluntad”* En: Revista Ius Et Veritas N° 36, Gráfica Educativa, Lima, 2008, Pág. 94

Ante esta libertad negocial para desarrollar su estructura y contenido, será recomendable antes de la elaboración del protocolo, que se realice una valoración concreta de las circunstancias de la empresa y de la propia familia que la sustenta.

Pese a que podrían existir realidades diferentes en cada familia, en la práctica hay una serie de cláusulas comunes que se recogen en la mayoría de Protocolos y que deberán tomarse en cuenta para la elaboración de esta herramienta.

Siguiendo a Miguel Gallo⁵⁹, quien propone una interesante estructura de Protocolo Familiar, distinguiremos dos grupos de componentes cuyas finalidades son diferentes aunque complementarias. El primero orientado más directamente a lograr incrementar el “amor” de las personas por su empresa familiar, que constituye los “Cimientos del Protocolo Familiar”, y el segundo grupo orientado a lograr principalmente “el desarrollo de la confianza” de las personas y que constituye el edificio de reglas del Protocolo Familiar.

Los “cimientos del Protocolo Familiar”, estarían según el autor, habitualmente conformadas por cuatro capítulos del Protocolo Familiar que responden a las siguientes preguntas:

- ¿Por qué continuar siendo una empresa familiar a lo largo del tiempo?
- ¿Qué tipo de empresa familiar se quiere ser?
- ¿Qué se puede esperar de esta empresa familiar?
- ¿Cuándo deja de ser empresa familiar?

Por otro lado el “desarrollo de la confianza” se conformaría por otros cuatro capítulos destinados a construir compromiso y unidad no solo de los miembros de la familia sino de otras personas o instituciones interesadas. Nuestro autor señala que dichos capítulos se referirán a los siguientes temas:

⁵⁹ GALLO, Miguel, “Estructura y Contenido de los Protocolos Familiares” En: “El Protocolo Familiar. La experiencia de una década” AMAT, Joan y CORONA, Juan (Compiladores), pág.82

- La propiedad en la empresa familiar: Acuerdos de estructura de capital y de compraventa de acciones, limitaciones a la transferencia de acciones, criterios de valorización de acciones, políticas de dividendos, etc.
- El poder de la empresa familiar: órganos de gobierno y sus funciones, forma de ejercer los derechos políticos.
- El trabajo en la empresa familiar: Relaciones de trabajo de los miembros de la familia con la empresa, la identificación de los requisitos previos a la incorporación, procesos de selección, criterios de remuneración, formación de los miembros y jubilaciones.
- La promoción de Unidad en las relaciones de la familia empresaria con la empresa familiar: Asamblea familiar, consejo de familia, comités, etc.

Todos los capítulos tanto de “cimientos del Protocolo Familiar” como de “desarrollo de la confianza”, se complementan con dos capítulos adicionales, el primero introductorio, que a modo de una exposición de motivos, describirá el punto de partida que motivó a la familia para la elaboración del documento y que servirá referencia con el paso del tiempo para las generaciones futuras.

El segundo se referirá al procedimiento para revisión del propio protocolo ya que al ser tanto la familia como la empresa entidades dinámicas, es necesario regular un procedimiento simple y claro a fin que permita a la familia a que cada cierto tiempo, ajuste, cambie y/o aclare el Protocolo Familiar, de esta manera se renueva el compromiso de los miembros de la familia (antiguos y nuevos) a las directivas acordadas y/o modificadas según la dinámica propia de la compañía.

Nótese que todos los capítulos que formarían parte de la estructura de un proyecto de Protocolo, forman sistemáticamente un conjunto de acuerdos ajenos y desvinculados al estatuto social, por lo que al ser pactos exclusivos de todos los socios familiares de la empresa, requerirán en algunos casos un refuerzo que permita darle exigibilidad a nivel societario mediante documentos complementarios necesarios de naturaleza societaria e inscritos en algunos casos en el libro de

matrícula de acciones o en otros en los registros públicos correspondientes para lograr efectos frente a terceros.

La implementación de algunos de los pactos del Protocolo Familiar en el que intervengan accionistas de la empresa, podrían ser aprobados mediante Junta General de Accionistas con la mayoría requerida para ello, modificando el estatuto lo que permitiría su vinculación respecto a la sociedad y a todos los accionistas y públicos a terceros gracias al registro, solo así estos acuerdos podrían ser *“vinculantes y exigibles tanto respecto a la sociedad como de todos sus accionistas y, por cierto oponibles a terceros”*⁶⁰.

Pero no olvidemos que nuestra Ley General de Sociedades establece en el artículo 8° y 55° b) la posibilidad que estos convenios de accionistas que deriven de directivas del protocolo familiar, puedan tener validez y ser oponibles, permitiendo nuestra norma societaria que estos acuerdos puedan ser vinculantes y exigibles frente a la propia sociedad y frente a terceros en todo lo que le sea concerniente, esto es en todo lo que abarca las relaciones internas y externas de la sociedad.

En base a esta herramienta que la Ley peruana ha incorporado en la norma societaria y que según Salas Sánchez también es reconocido de distintas formas en otras legislaciones⁶¹, la autonomía de la voluntad permitirá establecer obligaciones ente los accionistas firmantes respecto a sus relaciones con la sociedad tales como acuerdos relacionados a las acciones o el ejercicio de los derechos inherentes a ellas, acuerdos respecto a la forma de emitir votos respecto a determinada agenda de Junta de Accionistas (sindicato de voto), acuerdos de

⁶⁰ SALAS SANCHEZ, Julio, OP. Cit. Pág. 69

⁶¹ SALAS SANCHEZ, Julio, Op. Cit. Pág. 69. Al respecto el autor indica que existen otras legislaciones que han incorporado la vinculación de los convenios de accionistas frente a la sociedad tales como la Legislación Brasileira que admite en su artículo 188° su oponibilidad en acuerdos de compraventa de acciones, adquisición preferente y al ejercicio de voto. En Uruguay que incluye acuerdos de voto de accionistas previo depósito del mismo a la sociedad y la legislación portuguesa lo admite con efecto entre quienes lo celebran siempre que no sea un acuerdo prohibido por la ley.

bloqueo o defensa para limitar libre transferencia de acciones y en general cualquier otro tipo de acuerdo de accionistas (la variedad es infinita) que se consideren importante suscribir para regular sus relaciones con la sociedad como por ejemplo formas obligatorias en que una mayoría se compromete a administrar o dirigir la sociedad.

Todos estos convenios generan obligaciones entre los accionistas y para con la sociedad inclusive, siempre que sea debidamente comunicado y previo cumplimiento de condiciones de validez, lo que permitirá la vinculación de dichos acuerdos con la sociedad que es el efecto perseguido por la Ley General de Sociedades. Gimeno y Baulenas⁶² recomiendan que cuando la organización empresarial cambia, porque se amplía o aumenta su complejidad, el contenido del Protocolo Familiar también deberá cambiar para ajustarse a estas nuevas exigencias, sean estas originadas por la familia o la empresa.

Por su parte, Pérez de Madrid Carreras⁶³, describe una estructura y contenido del protocolo familiar similar a lo descrito por Miguel Gallo, pero incluye la necesidad que en el protocolo familiar se definan las previsiones familiares y sucesorias, estipulando pactos o recomendaciones sobre el régimen económico matrimonial que debe adoptar los familiares y sobre sus disposiciones testamentarias a fin de evitar que los problemas familiares repercutan en la empresa familiar.

4.3. La eficacia del protocolo familiar

Sin lugar a dudas la eficacia jurídica del protocolo familiar es cuestión decisiva en el estudio de la empresa familiar, uno de los principales inconvenientes al que nos

⁶² GIMENO, Alberto y BAULENAS, Gemma. Op. Cit., Pág. 93

⁶³ PEREZ DE MADRID CARRERAS, Valerio “La empresa, el protocolo y la sociedad “familiar” (anotaciones al RD 171/2007, de 9 de Febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares)” En: Revista Cuadernos de Derecho y Comercio N° 48 Colegios Oficiales de Corredores de Comercio de España, Madrid, 2007, Pág. 122

enfrentamos son los diferentes tipos de pactos que conviven en un solo protocolo familiar. Como lo hemos señalado en el punto anterior en este documento encontramos pactos morales por ejemplo aquellos relacionados a declaraciones de intención y valores familiares que no tienen contenido patrimonial y que no serían exigibles jurídicamente, estando a nivel de obligación moral entre los firmantes.

Para Cucurull Poblet⁶⁴ siendo el protocolo familiar un instrumento *“compuesto por una variedad de estipulaciones con una naturaleza y eficacia distinta (...) han sido diversos los estudios que han afirmado que este documento por sí solo, carece de eficacia jurídica”* La autora citada señala que pese a que reconoce una naturaleza contractual en el protocolo familiar, éste *“para que su contenido surta efectos, es necesaria una organización mucho más extensa en el que tengan en cuenta otros instrumentos jurídicos, entre ellos, los estatutos sociales”*⁶⁵

En el protocolo además de pactos de naturaleza moral, existen también pactos de naturaleza contractual, al respecto Pérez de Madrid Carreras⁶⁶ señala que en este tipo de pactos existe un negocio jurídico vinculante y por tanto tiene la eficacia jurídica de todo contrato basado en la autonomía de la voluntad pudiendo pactar todas las cláusulas que se estimen pertinentes siempre que no sean contrarios a las leyes, la moral ni al orden público.

En ese sentido, siendo estos acuerdos, ley entre las partes, ante determinado incumplimiento cabría aplicar las sanciones que las partes tengan a bien prever entre ellas o acudir a los remedios previstos por el legislador respecto a la responsabilidad contractual.

⁶⁴ CUCURULL PLOBET, Tatiana “La eficacia del protocolo familiar frente a los estatutos sociales” En: Revista de Derecho UNED N° 16, Madrid, 2015 Pág. 896

⁶⁵ CUCURULL PLOBET, Tatiana Op. Cit. Pág. 897

⁶⁶ PEREZ DE MADRID CARRERAS, Valerio, Op. Cit Pág. 124

Sin embargo, es evidente que las empresas familiares cuando optan por elaborar un protocolo buscan regular sus relaciones familiares y empresariales no siendo la reparación económica el objetivo sino el cumplimiento de los acuerdos, y teniendo en cuenta que una vez incumplidos los pactos, solo quedaría por parte de los miembros firmantes perjudicados, iniciar el tortuoso camino del proceso judicial o arbitral para exigir las compensaciones económicas pactadas, estamos convencidos que esto sólo perjudicaría aún más la armonía familiar deseada y el desarrollo de la empresa familiar.

Por ello, pese a que habría eficacia plena entre los firmantes los citados pactos de naturaleza contractual del protocolo y la relación y consecuencias de incumplimiento que se pudiera establecer entre quienes lo haya celebrado, es más eficiente reforzarlos a efectos que sean al menos oponibles ante la sociedad, para lo cual se deberá incorporar los mismos en el sistema societario de la empresa, es decir en los estatutos o en caso no se tenga el porcentaje de acciones suficiente para modificar los estatutos, sería recomendable plasmarlos como convenios societarios entre accionistas.

Al respecto, recordemos que el artículo 8° de la Ley General de Sociedades establece que son válidos ante la sociedad y le son exigibles en todo cuanto le sea concerniente los convenios entre socios o entre éstos y terceros, a partir del momento en que le sean debidamente comunicados siempre que no haya contradicción con lo regulado en el estatuto, asimismo el artículo 92° de la Ley General de Sociedades, establece que los convenios entre accionistas y entre estos y terceros que versen sobre acciones o tengan por objeto el ejercicio de los derechos inherentes a ellas se anotarán en el libro de matrícula de acciones para conocimiento de todos los socios. En ambos casos, el límite o condiciones de validez es que dichas cláusulas no contravengan el pacto social o el estatuto, debiendo en caso de conflicto prevalecer los estatutos sobre el acuerdo de accionistas.

Para ambos casos se sigue el principio de un solo ordenamiento societario que es el que contiene el estatuto y el pacto social. En efecto, siendo el convenio una regulación accesoria, no se admitiría que el accesorio sobreponga a lo principal, por más que se quiera argumentar que los suscriptores del acuerdo de accionistas sean mayoría o incluso representen el cien por ciento de acciones con derecho a voto de la sociedad.

Por lo anteriormente señalado, el refuerzo del Protocolo como pactos de accionistas incorporándolos al estatuto o comunicándolo a la empresa como convenio de accionistas se hace necesario, de no hacerlo, los remedios por incumplimiento serán meramente resarcitorios y nunca reparadores, ya que cualquier pacto establecido protocolarmente y que contradiga al estatuto social, podrá ser nulo de pleno derecho y susceptible de impugnación si se pretende ejecutar.

Por otro lado, siendo el protocolo familiar un acuerdo con contenido diverso, habrá otros acuerdos del protocolo familiar que deberán ser trasladados a otros instrumentos del derecho por ejemplo los que forman parte del derecho de sucesiones como es el caso de Testamentos y convenios pre y post nupciales.

Cabe señalar que en otros sistemas jurídicos ajenos al nuestro, como por ejemplo el Catalán, para la implementación del protocolo familiar se permiten los pactos sucesorios (artículo 431-1 y siguientes del Código Civil de Cataluña Ley 10/2008) que autorizan excepcionalmente y previo cumplimiento de determinados requisitos, incorporar acuerdos del protocolo familiar cuya finalidad sea el mantenimiento y continuidad de la empresa familiar en dicho instrumento, lo que permite que los efectos del mismo sean a la muerte del causante y que su carácter sea irrevocable.

Dada la variada instrumentalización del protocolo familiar, para efectos del presente trabajo nos limitaremos, a aquellos acuerdos de contenido societario,

como por ejemplo las políticas de transferencia de acciones, salida de accionistas, tipos de acciones, etc., que debidamente implementados en el régimen jurídico mercantil de la empresa, sea mediante modificación estatutaria o desde el momento que sean debidamente comunicados a la sociedad y no contradigan el estatuto, conforme lo indica el artículo 8° de la LGS, puedan convertirse en válidos ante la empresa y sean por tanto exigibles en todo cuanto le sea concerniente.



CAPITULO II: EL CARÁCTER HÍBRIDO DE LA EMPRESA FAMILIAR ORGANIZADA COMO SOCIEDAD ANÓNIMA

1. Naturaleza Jurídica de la Empresa Familiar

Para el caso de una empresa familiar que tenga como interés organizarse para generar una rentabilidad a ser repartida entre sus socios, es necesario que sus fundadores, la constituyan como Sociedad ya que el lucro es la nota caracterizadora de las sociedades.

En este interés, los fundadores de una empresa familiar, deberán escoger el ropaje de cualquier tipo societario que regule la Ley General de Sociedades. En este caso surge la pregunta sobre qué tipo societario le correspondería o cuál es el más adecuado para la empresa familiar.

Para ello, es necesario definir el carácter personalista o carácter pecuniario de las sociedades, en ese sentido, si recurrimos a la clasificación tradicional observamos que se distinguen a las sociedades en general en: (i) sociedades de personas y (ii) sociedades de capitales.

Para Raúl Aza Derteano⁶⁷ *“el carácter personalista radica precisamente en las calidades personales o patrimoniales de cada socio para emprender la actividad mercantil; son ellas (calidades personales y patrimoniales) las que determinan la causa de los demás para constituir y mantener la sociedad”*. En ese sentido se podrán manifestar en la sociedad personalista una serie de características que garantizarán mantener las condiciones originales de la constitución de la sociedad basadas en la mutua confianza e impedir en lo posible la injerencia de terceros desconocidos que alteren ese principio.

⁶⁷ AZA DERTEANO, Raul “Sociedades Colectivas y En Comandita” En: Tratado de Derecho Mercantil Tomo I Gaceta Jurídica, Lima, 2003 Pag.1004

Para Díaz Moreno⁶⁸ en las sociedades de personas se toma en consideración primordialmente la persona de los socios y tiene tres características importantes:

- La participación se hace personal (*intuitus personae*).
- La participación es intransferible sin el consentimiento de los demás socios
- La gestión de la sociedad se confía siempre a los socios lo que llama dicho autor como autoorganicismo.

Continúa el autor definiendo las sociedades de capitales, de acuerdo a las siguientes características:

- Las aportaciones de los socios y el capital pasan a primer plano.
- No interesa la persona del socio sino la cuantía de su participación.
- Las participaciones son libremente transmisibles.
- Los órganos de la sociedad no necesariamente lo componen los socios (organicismo de terceros).

Siguiendo la doctrina nacional, para Montoya Manfredi⁶⁹, las sociedades pueden estar organizadas con una base personal o por interés (*intuitus personae*) o con una base capitalista (*intuitus pecunae*) señala que dentro de las primeras se regulan las sociedades colectivas y civiles, dentro de las segundas las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades anónimas (siendo ésta el prototipo de la sociedad capitalista), constituyendo formas mixtas las sociedades comanditarias.

Existen más matices como las sociedades de capitales híbridas como son el caso de las sociedades anónimas cerradas y la sociedad de responsabilidad limitada que son sociedades de capitales con elementos de

⁶⁸ DIAZ MORENO, Alberto Lección 8: Las Sociedades Mercantiles En: Lecciones de Derecho Mercantil, Tecnos, Madrid, Pág. 178

⁶⁹ MONTOYA MANFREDI, Ulises y Hernando “Derecho Comercial Tomo I” 1998, Ed. Grijley, Pág. 428

sociedades de personas y de igual manera serán sociedades de personas con componente de sociedades de capitales la sociedad comanditaria por acciones.

Finalmente en el ámbito registral, encontramos otra interesante definición de la sociedad de personas en la Resolución N° 120-2000-ORLC/TR del 25 de Abril del 2000 en el voto en discordia, en donde se diferencia a las sociedades de personas con las sociedades de capitales de la siguiente manera: *“tradicionalmente se ha clasificado a las sociedades en sociedades de capitales y sociedades de personas, estando caracterizadas las sociedades de capitales (entre las que se encuentra las sociedades anónimas) por su carácter esencialmente intuito pecuniae, en donde no importan los aspectos personales y actividades de los socios sino su aportación patrimonial a la sociedad, de tal modo que los accionistas no necesariamente se conocen y lo único decisivo es el valor y la naturaleza de la aportación al capital social; en cambio en las sociedades de personas, prima el carácter intuitus personae, sustentado en las calidades personales de los socios”*⁷⁰

Cabe preguntarnos entonces qué manifestaciones del *intuitus personae* e *intuitus pecunae* sobresalen en la empresa familiar para que a partir de ella veamos qué tipo societario es el más conveniente.

Al respecto, teniendo en cuenta que las principales características de la empresa familiar son el mantenimiento en manos de los miembros de la familia empresaria de la propiedad y el control de la empresa además de la vocación de continuidad de mantenerse como tal, es innegable que el tipo social a escoger debe considerar la característica *intuito personae* de la empresa familiar, dado que nada es más característico como personal que la vinculación biológica y/o vinculación de adopción de los miembros de la

⁷⁰ ECHAIZ MORENO, Daniel *“Manual Societario”* Ed. Grijley Lima 2012 pág. 994

empresa familiar. Por ello, en primer lugar el tipo social a escoger deberá tener al menos la naturaleza de sociedad cerrada que garantice limitaciones totales o parciales (dependiendo de la etapa de desarrollo de la empresa familiar) en el ingreso de socios que no sean miembros de la familia, esto permitirá en lo posible que socios o accionistas ajenos a la familia ingresen en una proporción tal que no ponga el peligro el control del negocio familiar y adicionalmente en caso que se trate de una empresa familiar de segunda o tercera generación, deberá considerar un tipo societario que impida que los porcentajes de acciones o participaciones no se vean modificadas manteniendo las cuotas de poder de ramas de familia en la proporción inicialmente consensuada.

2. Los tipos de sociedades de la LGS y su conveniencia para las empresas familiares

Al ser una “necesidad” de la empresa familiar mantenerse cerrada respecto a terceros no miembros de la familia, ¿por qué la mayoría de empresas familiares no opta por sociedades de personas u otras variables de sociedades mixtas? como por ejemplo las sociedades de responsabilidad limitada, tipos societarios que se regulan en nuestra ley general de sociedades en los artículos 265° al 303° y por el contrario se insiste en constituir empresas familiares bajo el tipo de sociedad anónima.

En efecto, existen 39 artículos que regulan a las sociedades de personas o sociedades que dan más peso a la característica personal que en principio sería el sello de la empresa familiar a las que la doctrina denomina sociedades mixtas. Las sociedades personales o las sociedades mixtas no capitalistas del todo, son reguladas por nuestra ley societaria de acuerdo al siguiente detalle:

a) Sociedades Colectivas (artículo 265°)

- b) Sociedades en comandita (artículo 278°)
 - b.1) Sociedades en comandita simple
 - b.2) Sociedades en comandita por acciones
- c) Sociedad comercial de responsabilidad limitada (artículo 283°)
- d) Sociedades civiles (artículo 295°)
 - d.1) Sociedad civil ordinaria
 - d.2) Sociedad civil de responsabilidad limitada

Para aclarar algunas razones por las que las empresas familiares no se inscriben como sociedades personales típicas será necesario analizar las principales características de cada sociedad personal regulada por nuestra ley y en base a ello ver la conveniencia de la constitución de las empresas familiares bajo determinado ropaje personalista.

2.1. La Sociedad Colectiva:

En el orden como está regulado en nuestra ley de sociedades, vemos a la Sociedad Colectiva, típica sociedad personal cuya característica más importante y diferenciadora establecida en el artículo 265° de la Ley es que los socios responden en forma solidaria e ilimitada a las obligaciones de la empresa, señalando adicionalmente según lo establece el artículo 271° de la Ley que para transferir participaciones requiere el consentimiento de los demás socios.

Vemos que esta sociedad colectiva en principio respondería eficientemente a la necesidad de cerrar el ingreso a terceros obligando a una decisión universal de los socios para autorizar el ingreso de un tercero ajeno a la familia empresaria, sin embargo el hecho que los socios deban responder en forma solidaria e ilimitada a las obligaciones de dicha empresa desincentiva a las empresas familiares a optar por este tipo social, dado que como es natural, este tipo de empresas van a buscar proteger el

patrimonio familiar lo que es razón suficiente para descartar esta opción societaria.

2.2. La Sociedad en Comandita:

Por su parte en la **sociedad en comandita** también existe responsabilidad solidaria e ilimitada a las obligaciones de la empresa respecto a los socios colectivos, mientras que los socios comanditarios responden sólo hasta la parte del capital aportado y no pueden participar en la administración salvo pacto en contrario. En este tipo societario, podemos ver otro desincentivo al no tener responsabilidad limitada a pesar que esta característica sólo se limitaría a los socios colectivos a diferencia de la sociedad colectiva anteriormente analizada.

Respecto a la transmisión de participaciones de los socios, el artículo 281° de la Ley General de Sociedades señala que se requerirá para el caso del socio colectivo, *“el acuerdo unánime de los socios colectivos y mayoría absoluta de comanditarios computada por capitales, mientras que para la del comanditario es necesario el acuerdo de mayoría absoluta computada por persona de los socios colectivos y de la mayoría absoluta de los comanditarios computada por capitales”*.

Existe una modalidad que podría acercarse más al tipo de sociedad de capitales y es la **sociedad en comandita por acciones** (que como se señaló anteriormente es entendida por la doctrina como sociedad mixta) regulada en el artículo 282° de la ley, en esta sociedad se aplican las normas de la sociedad anónima y la transferencia de acciones dependiendo del tipo de acción, es posible siempre que se obtenga consentimiento de la totalidad de los socios colectivos y mayoría absoluta computadas por capitales de los comanditarios cuando la transferencia se trate de acciones de socios colectivos, y en caso de transferencia de acciones de socios

comanditarios serían de libre transferencia salvo las limitaciones que se desprendan del pacto social.

Este tipo de sociedad es raramente utilizado en la actualidad y es que la complejidad de tener simultáneamente a dos tipos de socios (colectivos y comanditarios) con deberes y derechos distintos hace dificultoso articular esta convivencia en la sociedad. Sin embargo, cabría no descartar de plano este tipo social al poder adecuarla a una empresa familiar. En efecto, parafraseando la propuesta del Dr. Antonio Valmaña Cabenes de su tesis doctoral “El Régimen Jurídico del Protocolo Familiar”⁷¹ coincidimos en que siendo el socio colectivo quien administra la empresa (tiene el control de la gestión) y asume ilimitadamente y solidaria las obligaciones de ésta, cabría la posibilidad -al menos teórica- que una empresa familiar pueda utilizar este ropaje sin arriesgar el patrimonio familiar.

Podría crearse una sociedad en comandita por acciones (en adelante Soc. 1) familiar con una estructura que requiera la constitución previa de una sociedad de responsabilidad limitada (en adelante Soc. 2) cuya propiedad esté en manos de los miembros de la familia, empresa que podría ser uno de los accionistas fundadores de nuestra Soc. 1, bajo el concepto de socio colectivo, dejando a terceros no familiares la posibilidad de constituirse en socios comanditarios y de esa manera atraer capital. Con esta estructura, la responsabilidad ilimitada que se regula para los socios colectivos, nunca alcanzaría al patrimonio familiar que se intenta proteger dado que el socio colectivo sería la empresa Soc. 2, la misma que si bien es cierto respondería ilimitadamente todas las obligaciones de la Soc. 1, ésta podría estar compuesta con un capital mínimo que no ponga en riesgo el patrimonio familiar, y por otro lado se garantizaría la necesidad de acuerdo universal para transmitir las acciones de los socios colectivos de la Soc. 1,

⁷¹ VALMAÑA CABENES, Antonio “Régimen jurídico del Protocolo Familiar” Tesis Doctoral presentada ante la Universitat Rovira I Virgini, Tarragona año 2013 Pág. 56 En: <http://www.tdx.cat/bitstream/headkle/10803/292369/tesi.pdf?sequence=1> Ubicado en red en Julio 2017

dándole la característica cerrada que toda empresa familiar requiere para sus actividades, pero siendo a su vez abierta para el caso de los socios comanditarios que serían socios no familiares.

Sin perjuicio de esta posibilidad que deberá ser analizada por la familia y el profesional en derecho, es evidente que esta opción societaria sea simple o por acciones, no es muy utilizada en nuestro país, ya en 1995 Normand Sparks⁷² señalaba que encontrar una sociedad en comandita “*casi sería como encontrar un trébol de cuatro hojas*” y que la única referencia de una Sociedad en Comandita se encontraba en Arequipa y que al año de publicación del artículo citado ya no existía.

Esto se podría explicar por su complejidad al presentarse en este tipo de sociedad un doble tratamiento, es decir dos diferentes alcances a la responsabilidad de sus socios, solidaria para el caso de los socios colectivos y limitada al capital aportado para el socio comanditario y en segundo lugar la dificultad y requerimientos diferenciados para su aprobación para cada tipo de socio en el caso de transferencia de participaciones. Consideramos que por estas razones no es utilizada y en general este tipo social se encuentra en desuso en nuestro país.

2.3. Las Sociedades Civiles:

Por otro lado, las sociedades civiles, reguladas en el artículo 295° y siguientes se han concebido “*para un fin común de carácter económico que se realiza mediante el ejercicio personal de una profesión, oficio, pericia o práctica*” por alguno, algunos o todos los socios, exige las mismas formalidades de transmisión de participaciones y se refuerza el carácter cerrado al impedir que los socios transfieran sus participaciones sin el consentimiento de los demás. Vemos en esta definición de sociedades

⁷² NORMAND SPARKS, Enrique “Necesidad de reforma de la Ley General de Sociedades” En: Themis Revista de Derecho Segunda Época N° 31, Lima, 1995, Pág. 31

civiles una primera limitación que es la exigencia del ejercicio personal de la actividad empresarial por parte de al menos uno de los socios.

Respecto a las responsabilidades frente a terceros se hace una diferencia entre:

- (i) la **sociedad civil ordinaria** en la que los socios responden personalmente y en forma subsidiaria con beneficio de excusión por las obligaciones sociales y lo hace en proporción de sus aportes y
- (ii) la **sociedad civil de responsabilidad limitada** cuyos socios no responden por las deudas sociales.

Consideramos que la idea del legislador al regular las sociedades civiles era que conserven un campo económico propio limitado a un servicio de un sector de la actividad económica (ejercicio de profesión, oficio o práctica), lo que se aúna al requisito que dicha actividad se realice en forma personal por uno o algunos socios.

Tal como lo afirma Normand⁷³ en este tipo societario al colocar como requisito, desarrollarse a un campo limitado a determinado sector de la actividad económica, no da cabida a una mayor desarrollo de la actividad empresarial razón por la cual es tímida la presencia de este tipo societario en general.

Para las empresas familiares que se proyectan en la mayoría de las veces a objetos sociales amplios y generales y procuran en el mediano plazo, con la incorporación de los descendientes, a la profesionalización en los puestos de gestión, la sociedad civil no sería el tipo societario más conveniente para este tipo de empresas.

⁷³ NORMAND SPARKS, Enrique, Op. Cit., Pág. 31

2.4. La Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada y el caso español de la Sociedad Limitada Nueva Empresa

Hemos dejado para el final a la **sociedad comercial de responsabilidad limitada** tipo societario que incorpora la característica de responsabilidad limitada al igual que las sociedades de capitales, es decir no se responde personalmente por las obligaciones de la empresa, lo que podría ser atractiva para la empresas familiares. En este tipo societario, su capital está dividido en participaciones y no en acciones lo que refleja su carácter de negociabilidad restringida.

El carácter cerrado, muy apreciado en la empresa familiar, se refleja en que en el supuesto que se desee transferir a terceros las participaciones de la sociedad, la ley establece en su artículo 291° un procedimiento similar al de las sociedades anónimas para ejercer el derecho de adquisición preferente pero hace más onerosa la transferencia a diferencia de la sociedad anónima, exigiendo la formalidad de la escritura pública y requiriendo el registro del mismo.

A diferencia de las anteriores sociedades descritas, la sociedad comercial de Responsabilidad Limitada o S.R.L. es considerada como un tipo de sociedad de capitales o al menos un híbrido, dado que no consideran responsabilidad ilimitada para con sus socios y permiten la transmisión de sus participaciones con limitaciones.

En este tipo de sociedad su capital social está representado en participaciones y como tales, todas estas deben ser iguales no pudiendo existir clases de participaciones que otorguen a sus titulares derechos y obligaciones distintos, cosa que no ocurre con la Sociedad Anónima Cerrada (tipo social muy parecido a la S.R.L) que si permite la existencia de diversas clases de acciones creadas en el pacto social o por acuerdo de

Junta General de accionistas conforme lo señalado en el artículo 88° de la Ley General de Sociedades.

A pesar de la aparente conveniencia de constituir empresas familiares como SRL, tipo social que tiene inherente la característica personalista al limitar la transferencia de participaciones, en el Perú ésta no ha sido adoptada por la gran mayoría de empresas familiares, sino más bien se han adoptado en la mayoría de casos el tipo social de Sociedad Anónima que es la típica sociedad abierta que aparentemente no encajaría con los objetivos de la empresa familiar que es preservar el capital (propiedad de la empresa) en manos de los miembros de la familia.

Situación distinta es la que ocurre en España, donde la doctrina general considera que la Sociedad de Responsabilidad Limitada es la más idónea para la empresa familiar y se verifica esta opción en la cantidad de empresas constituidas bajo ese tipo social⁷⁴. Consideramos que el fenómeno español, se debe principalmente a los requisitos exigidos para el capital mínimo de la sociedad anónima, la misma que según el artículo 4° del Real Decreto Legislativo 1/2010 que aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, el capital de la sociedad anónima española, no podrá ser inferior a sesenta mil euros, a diferencia de una sociedad de responsabilidad limitada española cuya capital no puede ser inferior a tres mil euros existiendo supuestos en que inclusive se puede constituir este tipo de sociedades con una cifra de capital menor. De ahí la popularidad de la sociedad de responsabilidad limitada.

Sin embargo, es interesante mencionar que la misma norma española ha regulado mediante Ley 7/2003, bajo la denominación Sociedad Limitada Nueva Empresa un tipo de sociedad de responsabilidad limitada que

⁷⁴ De acuerdo a la Tesis de Antonio Valmaña Cabanes citada anteriormente, en el 2013 el 95% de las sociedades que se constituyen en España lo hacen bajo la forma de Sociedad de Responsabilidad Limitada. Op. Cit Pág. 63

manteniendo su carácter cerrado permita el mayor uso de tecnologías para las pequeñas y medianas empresas, cuya principal innovación y que diferencia el tipo societario regulado en el Perú es que permite la creación de participaciones sin voto y la posibilidad de adquisición y tenencia temporal por la sociedad de sus propias participaciones sociales.

Consideramos que esta innovación no tendría mucho eco en el Perú, puesto que las Sociedades Anónimas Cerradas cuentan con la posibilidad de crear acciones sin derecho a voto y el incentivo económico de constituir una Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada frente a una Sociedad Anónima Cerrada es inexistente al no tener máximos de capital social como ocurre en España.

2.5. La empresa familiar como sociedad anónima ordinaria, cerrada y abierta.

Luego del análisis de cada tipo societario, es pertinente preguntarnos por qué las empresas familiares en el Perú optan por constituirse en sociedades anónimas sean ordinarias o cerradas y porqué estas pueden derivarse en sociedades anónimas abiertas sin perder su naturaleza familiar.

Respecto a la preferencia por la que las empresas familiares se constituyen en S.A.C o S.A ordinaria, a nuestro entender hay dos razones que explicarían esta opción, por un lado, la sociedad anónima en general es además del más popular tipo societario existente, (según reporte del INEI, más del 70% de sociedades inscritas se constituyen bajo algún tipo de sociedad anónima)⁷⁵, es el más flexible, en ella se permite la existencia de acciones con prestaciones accesorias dándole un tinte personalista a la

⁷⁵ Demografía Empresarial en el Perú I trimestre 2017 Informe Técnico N° 02 Pág. 11 En: http://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletin_demografia_empresarial_mayo2017.pdf, se verifica que de un total de 16,129 empresas constituidas en el primer trimestre de 2017, 72% se han constituido como S.A, 13.2% como Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada, 10.2% en algún tipo de asociación. Otros tipos societarios donde se incluye: las sociedades en comanditas, sociedad colectiva, cooperativas y otros equivalen a un 4.6%. No incluimos en esta referencia a las personas naturales que hacen empresa o las empresas individuales constituidas como EIRL.

calidad de accionista dado que para cualquiera de las dos modalidades es decir cerrada u ordinaria, permite exigir una prestación accesoria o adicional al simple aporte, lo que rompe la definición de sociedades de capitales donde el aporte es el elemento prevalente frente a las características personales del socio, pudiendo generar las sanciones correspondientes al socio que incumpla esa prestación.

Asimismo, las sociedades anónimas permiten restricciones o limitaciones de transferencia de libre transmisibilidad, cabe señalar que en el caso de la Sociedad Anónima Cerrada ésta es la regla, mientras que en la ordinaria dependerá de la autonomía estatutaria sin más límites que los que nos da la ley imperativa.

Consideramos que la segunda razón de la popularidad de la sociedad anónima es que no existe para este tipo societario algún requisito de capital mínimo como si ocurre en España en donde la Sociedad de Responsabilidad Limitada es más económica de constituir, en efecto en la Ley de Sociedades de Capital española, se exige a la Sociedad de Responsabilidad Limitada que su capital fluctúe entre 3,000 euros hasta 60,000 euros, en contraste en el caso de la sociedad anónima española, su capital social no podrá en ningún supuesto ser inferior a 60,000 euros. De ahí la popularidad de la sociedad de responsabilidad limitada en el país ibérico.

Por ello, en el caso peruano, no existiendo barreras económicas de constitución en el caso de una S.A., con el ejercicio de la autonomía estatutaria, no habría inconveniente alguno de tener una sociedad anónima sin condición de aporte mínimo que se consigne en sus estatutos, elementos personales suficientes para satisfacer las necesidades de la

empresa familiar lo que Mercedes Sánchez Ruiz denomina polivalencia funcional,⁷⁶ al respecto la autora señala:

“La reconocida “polivalencia funcional” de la sociedad anónima en nuestro sistema, (...) permite también pensar en una sociedad anónima con una base accionarial pequeña, en la que existen acciones con prestaciones accesorias e importantes restricciones a su libre transmisibilidad, en virtud al amplio margen, que se le reconoce a la autonomía estatutaria sin más límites que los marcados por la ley y los principios configuradores de la respectiva forma social”.

A su vez, este tipo societario permitirá brindar a la empresa familiar la estructura corporativa que le permita su profesionalización e incorporar (mientras eso no conlleve la pérdida de propiedad y control a favor de la familia empresaria) a otros socios que inyecten capital a la empresa.

De la revisión de nuestra ley general de sociedades, observamos que ésta permite personalizar a la sociedad anónima ordinaria, respecto a la limitación de la transferencia de acciones en su artículo 101°, ubicado en el libro referido a la Sociedad Anónima en general, establece expresamente la posibilidad de incorporar en este tipo de sociedades las limitaciones de transferencia de acciones con la única condición que no permitan una prohibición absoluta de transferencia.

El mismo artículo permite pactar prohibiciones temporales de transferencia de acciones, lo que refuerza la posibilidad que una empresa familiar que le interesa mantener la propiedad y el control en manos de la familia empresaria, pueda por un lapso de tiempo y conforme las formalidades establecidas en dicho artículo, restringir de forma absoluta pero temporal, la transferencia de acciones, en un plazo determinado o determinable que no

⁷⁶ SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes, “La Facultad de exclusión de socios en la teoría general de sociedades” Civitas, 2006 Navarra año 2006 Pág. 31

podrá exceder de 10 años y prorrogables antes de vencimiento por períodos no mayores.

Respecto a la incorporación de prestaciones accesorias el artículo 55° numeral 6) establece que las sociedades anónimas en general pueden incorporar en el estatuto el régimen de prestaciones accesorias o de obligaciones adicionales si lo ha sido pactado.

Por su parte, el artículo 75° de la Ley establece que el pacto social o mediante acuerdo de junta general de accionistas, establece que para todo tipo de sociedad anónima, se puede incorporar prestaciones accesorias con carácter obligatorio para todos o algunos accionistas, distintas a sus aportes determinando sus características y sanción por incumplimiento, dando libertad respecto a quienes benefician los mismos dado que pueden ser a favor de la sociedad, de otros accionistas e incluso de terceros.

Consideramos que siendo la empresa familiar un tipo de empresa con vocación de continuidad y de un marcado interés en conglomerar en manos de la familia empresaria la propiedad y el control, escoger como tipo social a una sociedad anónima ordinaria o cerrada con los debidos ajustes en sus estatutos (lo que nos permitiremos analizar en el tercer capítulo de este trabajo), permitiría agregar características personales a la sociedad de capital y aprovechar la estructura corporativa para su desarrollo empresarial, ahí su naturaleza híbrida.

Finalmente, cabe señalar que pese a que es muy poco probable que una empresa familiar tenga como punto de partida su constitución en una sociedad anónima abierta, esta puede ser el tipo social que responda al paso natural de una empresa familiar de gran tamaño que considere que la obtención de financiamiento de terceros mediante la emisión de un gran

volumen de acciones, sea el salto que se necesite para su consolidación y desarrollo.

En ese sentido, a efectos de no dejar de ser familiar, estas sociedades deberán estructurarse de tal manera que ante la apertura a terceros producto de la emisión de un volumen importante de acciones, se mantenga en manos de la familia empresaria acciones en una cantidad de acciones con derecho a voto tal, que no se pierda el control de la empresa.

Para ello, a pesar que la no limitación en la transferencia de acciones es la regla en la S.A.A., existe la posibilidad que no se inscriban en los registros de mercado de valores aquellas acciones que tengan limitaciones en su transferencia, de acuerdo a determinadas condiciones que establece expresamente el artículo 252° de la Ley General de Sociedades lo que desarrollaremos en la página 127 del presente trabajo y que consideramos permitiría no solo restringir la libre transferencia de estas acciones sino que vía pacto parasocietario permitirían sancionar económicamente al accionista familiar que incumpla las limitaciones pactadas.

3. El *intuitu personae* de la Empresa Familiar

Como lo hemos señalado en el apartado anterior, en la empresa familiar incluso constituida como sociedad anónima, no desaparece el énfasis en la persona, al contrario, en este tipo de empresas su vida interna es intensa debido a los variados intereses de los miembros de la familia empresaria respecto a la sociedad.

En ese sentido, el socio familiar se involucra en la sociedad impulsado no sólo por el beneficio económico o lucro que es el interés común de todos los socios independientemente sea cual fuere el tipo de sociedad a la que pertenece, sino que su motivación responde a diferentes propósitos tales como el control de la

sociedad, el legado familiar que podría transmitir a sus herederos, la buena reputación que se refleje en la familia propietaria lo que lleva inclusive a verter de contenido distintivo en el mercado al apellido del patriarca, ente otros intereses.

Esos variados intereses tienen como causa, el ser parte de una familia que desea trascender en el tiempo y que busca que la empresa creada y edificada por los fundadores se mantenga en manos del seno familiar lo que permitirá mantener el control de la misma, sea cual fuera el tipo de sociedad anónima al que corresponda.

En este tipo de empresas es evidente que la calidad del socio no sólo importa, sino que es consustancial a la vocación de continuidad. El *intuitio personae* se ve más evidente en la empresa familiar que en otras sociedades de personas, acá es condición necesaria la vinculación biológica de los socios o su vinculación por adopción, para que se logre uno de los objetivos principales de este tipo de empresa cual es continuar siendo familiar.

Veamos algunas características que reflejan el *intuitio personae* en las empresas familiares.

3.1. El sello familiar de la Empresa Familiar

Una de las principales características de la empresa familiar es la dificultad de desprenderse de la autoridad patriarcal, curiosamente, tanto en España (país donde más se ha escrito sobre empresa familiar) como el Perú, los líderes empresariales siguen considerando que un sistema centralizado y jerárquico de la autoridad patriarcal es el arquetipo ideal del modelo empresarial para dirigir empresas familiares.

La constitución de sociedades anónimas, sean comunes o cerradas son, en el mayor de los casos, estructuras en donde el patriarca o fundador mantuvo siempre

un porcentaje muy superior al de la mayoría absoluta, reafirmando su control absoluto y otorgándole todos los elementos societarios suficientes para que se ejerza en una sola persona el control político y económico de la compañía.

Frente a la autoridad patriarcal al menos en la primera etapa de las empresas familiares denominada por la doctrina de las ciencias administrativas como etapa del fundador o primera generación, es muy común que se desarrolle en la familia una confianza en su liderazgo (figura paterna representada en el socio fundador), se puede verificar en muchas empresas familiares la relación horizontal del patriarca frente a los miembros de la familia en la empresa. Esta situación arraiga en el foro interno de los miembros de la familia empresaria manifestaciones de amor, respeto y temor al fundador dependiendo de cuál de estos subproductos psicológicos prevalecen sobre los otros en relación al tipo de fundador que exista en cada empresa familiar a ser diagnosticada.

En ese sentido es interesante la descripción de tipos de fundadores que Gómez-Betancourt⁷⁷, quien por medio de su experiencia ha detectado diferentes tipos de autoridad patriarcal o fundadores, que con su carácter influyen de forma determinante en la cultura de la empresa y rendimiento, los clasifica en cuatro: monarcas, generales, gobernadores y embajadores, los mismos que pasamos a describir:

Son los “monarcas” los tipos de fundadores o autoridad patriarcal con una personalidad autocrática, su palabra es la verdad, suelen ser personas controladoras, su fortaleza es la experiencia, son estrictas y no delegan responsabilidades en sus hijos para manejar la empresa, continúa el autor, señalando que fundador no deja el cargo salvo por muerte o motín interno.

⁷⁷ GOMEZ-BETANCOURT, Gonzalo ¿Son iguales todas las empresas familiares? Caminos por recorrer, Editorial Norma Bogotá, 2005, Pág. 35

Son fundadores “generales”, aquellos que sienten que la empresa familiar es su vida, entregan el cargo solo si se les obliga pero insisten en retornar al poder para rescatar a la empresa de la incapacidad real o imaginaria de sus sucesores.

Son fundadores “gobernadores” aquellos fundadores con mucho espíritu social cuyo principal objetivo es mantener la unidad familiar, su mandato es limitado y después se dedican a otros asuntos siendo conscientes que otro miembro de la familia puede llevar adelante la empresa. Luego de su salida, mantienen poco contacto con la empresa.

Finalmente, el autor citado describe al fundador “embajador”, cuya característica es que dejan la empresa voluntariamente y mantienen contacto con la empresa familiar en calidad de asesores. Este tipo de fundador permite que la sucesión sea un proceso agradable y sin traumas y su continuidad en la empresa es para ayudar en el proceso de transición.

Dependiendo de la característica del fundador, las dificultades o facilidades que se puedan generar en el proceso de sucesión variarán, dado que por ejemplo con un fundador monarca, el solo hecho de proponer para el futuro una estructura de gobierno diferente para la siguiente generación (o democratización de la empresa familiar), se puede ver como un irrespetuoso desafío a la autoridad establecida.

Es por ello que muchas veces uno de los principales inconvenientes para la continuidad de la empresa o procedimiento de sucesión (factor que refleja la característica de trascendencia), es convencer al socio fundador de emprender con tiempo suficiente, un plan de sucesión, en el que se prepare una estructura de gobierno diferente a la que por varios años se ha manejado a la empresa y en la que se aproveche eficientemente las cualidades de los hijos o herederos, como futuros líderes de la empresa, unidos detrás de una visión común.

La importancia de la autoridad patriarcal es una de tantas manifestaciones de la empresa familiar que evidencia la característica personal de este tipo de empresas. La importancia y trascendencia del fundador durante el período de tiempo que mantiene su poder en la empresa familiar influye en el desarrollo de los valores y principios familiares que hacen que los miembros de la familia conozcan, acepten y respeten, siendo estos elementos transmitidos a los miembros de la familia en forma oral o escrita y cuyo contenido dependerá de cada familia y la importancia que le dé en su momento el líder fundador.

Lansberg, señala que en el contexto español⁷⁸, se detecta un compromiso o identificación con la conservación de la familia, tanto la que forma el núcleo central como la integrada por el resto de familiares. El sentido de identidad familiar o pertenencia basada en valores y principios, pareciera más importante para la identidad individual de una persona que en otras culturas como Estados Unidos y otros países de Europa.

Consideramos que son estos valores y principios los que generan en el plano psicológico en los miembros de la familia empresaria la sensación de pertenencia y trascendencia lo que derivará necesariamente en la característica de cerrada de la empresa, limitado a los miembros familiares que han asimilado los valores y principios desarrollados en el seno familiar y por ende la vocación de continuidad y conservación de la familia y su empresa.

3.2. La Administración en la Empresa Familiar

Durante la vida de la empresa familiar, podemos observar que el modelo de los tres círculos desarrollado en la página 22 del presente trabajo, en el que existen tres grupos distintos de personas vinculadas en la empresa familiar bajo el grupo

⁷⁸ LANSBERG, Ivan Op.cit Pág. 31.

de familia, propiedad y empresa, va modificándose en la medida que las siguientes generaciones van teniendo participación en la misma.

Es así que en la primera generación o etapa de fundador, la intersección de los círculos estaba ocupada por una sola persona quien era propietario, administrador y trabajador de la misma, posteriormente con la inclusión de los hijos, éstos se interesan en cargos de dirección de la empresa a fin de conocer el negocio y con ello garantizar la continuidad de la empresa familiar, los diferentes intereses y apetitos de diversos nuevos protagonistas para postular a cargos administrativos se ve intensificado en la tercera generación de la empresa familiar denominada consorcio de primos.

Esta injerencia en la dirección de empresa por parte de los miembros de la empresa familiar constituida bajo la forma de sociedad anónima, es una característica que trasciende cualquier etapa de desarrollo de la empresa familiar y si bien es cierto, los manuales de buen gobierno corporativo aspiran a que en cargos de dirección se encuentren terceros ajenos a la familia, o al menos profesionalizar estos cargos, no hay duda que la necesidad de mantener el control y propiedad de la empresa en manos de la familia obliga a esta a conocer el negocio, lo que significa que sus miembros consideren necesario que las nuevas generaciones experimenten el ejercicio de estos cargos administrativos.

Al señalar en los apartados anteriores que un postulado central en la teoría de gobierno corporativo, propio de la característica deseada en las sociedades de capital, es la separación entre la propiedad y la gestión de la sociedad⁷⁹, pareciera que se presenta una contradicción al considerar por otro lado que una empresa familiar constituida como Sociedad Anónima busque el autoorganicismo en su gestión, propio de las sociedades de personas. Al respecto, consideramos que si bien es cierto el autoorganicismo es usual en las empresas familiares, lo es en las primeras etapas de desarrollo, siendo una aspiración de las siguientes

⁷⁹ Al respecto ver ECHAIZ MORENO, Daniel, Lo errado lo inconcluso y lo imprevisto en la Ley General de Sociedades En: Estudio de Derecho Societario Ed. Normas Legales, Trujillo, 2005 Pág. 357

generaciones la profesionalización de los cargos de dirección y también la proyección en tener en el futuro un directorio independiente.

Es por eso, que constituyéndose como Sociedad Anónima, la empresa familiar puede ser autoorganizativa en un inicio y aprovechar la estructura corporativa de este tipo de sociedad para dar el salto a la profesionalización e independencia de cargos directivos sin perder con ello el control y propiedad de la familia empresaria.

El autoorganicismo genera por un lado la garantía que los miembros de familia al ocupar cargos de gestión acopien experiencia en beneficio de la empresa familiar, pero también un gran riesgo al permitir el acceso de miembros de familia no capacitados ni suficientemente idóneos para llevar las riendas de la empresa familiar. No nos olvidemos de los miembros de familia que en similar interés presionen por ocupar puestos de trabajo remunerado en la compañía, estos riesgos deben ser analizados y conciliar acuerdos familiares a fin que sólo los familiares cualificados ocupen funciones administrativas y puestos de trabajo sin poner en riesgo el patrimonio de la empresa y basándose en los méritos para estructurar las relaciones laborales, estructura de salarios y de dirección con los miembros de la familia. El espacio para estos acuerdos es el Consejo de Familia y el documento idóneo sugerido es el Protocolo Familiar.

Sin perjuicio de los riesgos y remedios en la incorporación de miembros de la familia en puestos de dirección, es evidente que en este tipo de empresas la dirección y la propiedad conforman una unidad lo que la acerca más a las sociedades de personas.

3.3. El legado de la Empresa Familiar

En la dinámica de las empresas familiares, podemos observar que muchas veces el fundador, incorpora paulatinamente a miembros de la familia en la compañía y

se aprecia pugnas entre generaciones en la que los miembros más jóvenes están ansiosos por tomar el poder, ésta es una generación con una mentalidad más competitiva que la de sus antecesores y muchas veces con una sólida educación superior (tanto a nivel universitario como de postgrado).

El interés en la incorporación de miembros de la familia en la compañía se debe principalmente en que la familia ve en el negocio familiar un legado con derecho a disfrutar, lo que trae manifestaciones positivas de los miembros de la familia empresaria tales como compromiso, sentido de pertenencia, solidaridad y profesionalización, sin embargo también se observa manifestaciones negativas de los miembros de la familia como “canibalización” de los recursos de la empresa, falta de compromiso con los objetivos de la empresa respecto a los intereses personales, exigencia de sueldos similares para trabajos diferentes por el sólo hecho de ser miembro de familia, etc.

En el Perú no hay muchos trabajos estadísticos sobre la incorporación de miembros de la siguiente generación en la empresa familiar, pero es ilustrativo la encuesta que realizara PwC sobre 77 empresas familiares que facturan más de US\$ 50 millones de dólares⁸⁰ en la que se puede observar que en el Perú hay un 51% de miembros de la siguiente generación que participa en cargos ejecutivos de alto rango, 38% rango medio, 27% de miembros de la familia que no trabajan en la compañía pero reciben acciones y 31% de miembros de la familia que sin trabajar en la compañía son recompensados de otras formas.

Estos datos no hacen sino confirmar una característica propia de la empresa familiar a diferencia de otro tipo de empresas y es la interiorización de ésta como un legado familiar que se ve alimentada por la incorporación de sus miembros tanto en cargos ejecutivos, puestos de trabajo y sobre todo la propiedad de las acciones en manos de la familia. Estas manifestaciones buscan mantener en el

⁸⁰ Encuesta de PwC Publicado en Diario Gestión de fecha 3 de Mayo de 2017 Pág. 4

futuro a la empresa con la característica familiar pero es necesario que ésta sea una decisión consensuada.

Y es que pese a que normalmente la empresa familiar es el resultado de años de sacrificio conjunto y es entendido por los fundadores como un legado para los hijos y descendientes, ese deseo puede variar en otra generación, basta revisar el artículo que describe la encuesta de PwC citada anteriormente, para comprobar que *“a diferencia de los fundadores de las empresas familiares, las nuevas generaciones están dispuestas a compartir el accionariado y aceptar a inversionistas de afuera, como lo hicieron firmas como Facebook o Snapchat”*⁸¹.

Sin que esta afirmación sea un contrasentido al esfuerzo de esta investigación, antes de estructurar herramientas para la continuidad de la empresa se hace necesario una condición esencial: **la familia debe querer continuar** por lo que es válido y necesario hacer a la familia empresaria la siguiente interrogante **¿existe el interés general que el negocio familiar se convierta en un legado para las futuras generaciones?**

En el contexto competitivo actual, la venta de la empresa familiar se está convirtiendo en una idea cada vez mejor aceptada socialmente. Según Jiménez Zuriaga⁸² la influencia de la cultura anglosajona que percibe en los negocios, ha permitido replantear la idea que se tiene de la empresa familiar en vez de un legado para los hijos, en *“un capítulo más en la vida, defendiendo su venta en el mejor momento para obtener el mejor precio y comenzar otro negocio sin rémoras ni nostalgia”*.

Consideramos entonces que para aplicar las herramientas que se describirán en el capítulo tercero de este trabajo, será necesario partir de esa interiorización como legado del negocio familiar para los miembros de la familia, de esa manera tendrá

⁸¹ PUGA, Miguel en Encuesta PwC en Diario Gestión de fecha 03 de Mayo de 2017 Pág. 4

⁸² JIMÉNEZ ZURIGA, Isabel, “Las empresas familiares y el buen gobierno”. En: Recomendaciones sobre el buen gobierno de las empresas familiares” OLIVAS MARTINEZ, José Luis y otros. pág. 31

sentido la implementación de herramientas legales en la compañía tales como la restricción en la transferencia de acciones, el planeamiento de un sucesor o rotación de cargos de administración entre representantes de ramas de familia, exigencia de prestaciones accesorias relacionadas a cualidades personales, mecanismos de ingreso y salida de acciones, que permitirán que el legado sea trasladado a otras generaciones sin contingencias bajo el tipo societario de sociedad anónima con características personales y enmarcado en el documento denominado protocolo familiar.

3.4. El sucesor en la empresa familiar

Consideramos que otra característica presente en la empresa familiar que la acerca a una sociedad de personas, es la decisión consensuada, preferentemente vía Protocolo Familiar de nombrar como sucesor del fundador a un miembro de la familia, que ostente la propiedad y tenga la posibilidad de control en las decisiones empresariales, lo que garantiza el legado a favor de la familia, dado que se buscará que en principio sea el más capacitado de los miembros de la familia y con mayor experiencia quien lleve las riendas de la gestión de la compañía.

Para ello la literatura de administración de empresas recomienda que pese a que el traslado de la propiedad y la distribución equitativa de las acciones se realice según lo señalado en el derecho de sucesiones, es menester diferenciar la propiedad de la gestión, esta última en una unidad económica dinámica no puede repartirse en partes iguales.

Es necesario entonces que la familia en consenso decida si algunos parientes pueden tener las calidades, cualidades y experiencia comprobada para ser el gestor del negocio, esta decisión debe tener la aceptación de todos los miembros de la familia, procurando obtener de todos ellos un compromiso, respeto y responsabilidad mutua frente a esta importante decisión. Será preferible que los candidatos hayan realizado sus experiencias laborales en empresas del sector

que no sea la misma empresa familiar. Esto se debe a la importancia de que en esta primera etapa profesional se trabaje con Jefes que por no ser familiares evalúen de forma más objetiva sus desempeños, desarrollen su propia personalidad y alcancen metas por su propio esfuerzo.

Tal como lo señala Peter Leach⁸³ *“la sucesión no debería ser un suceso, sino un proceso cuidadosamente planeado que se lleva a cabo a través del tiempo”*. En ese sentido se recomienda que el socio fundador realice su transición en forma gradual y casi imperceptible, considerando siempre una segunda opción.

La delegación de poderes con firmas conjuntas del socio mayoritario con los sucesores es un buen síntoma de planificación, posteriormente y de acuerdo al desempeño de cada una de las opciones que se tiene, es muy útil la designación de dichos parientes como apoderados de la compañía. En cuanto al socio mayoritario, éste deberá paulatinamente ceder posiciones y cuotas de poder, desde su posición de responsable de la empresa a Presidente del Directorio y posteriormente su retiro definitivo.

Mientras este largo proceso se desarrolla, los sucesores progresarían en sus funciones, ganarían el respeto y la confianza de la familia y del fundador y éste último gradualmente se adaptará a su nuevo papel o si la familia empresaria lo considera podría regular una rotación en el cargo en forma periódica con dos candidatos al puesto.

El procedimiento de sucesión de la empresa familiar pese a ser de vital importancia para la continuidad de la empresa no es seriamente planificado por las empresas familiares, no es de sorprendernos que en la encuesta de PwC ya citada solo el 44% de las empresas entrevistadas (que son las que generan facturación de más de US\$ 50 millones de dólares) tienen un plan establecido de sucesión, imaginémonos la escasa previsión en empresas pequeñas o medianas.

⁸³ LEACH, Peter, Op. Cit. pág. 224

4. El *afectio societatis* en la empresa familiar

El *afectio societatis* es entendido por la doctrina especializada⁸⁴ como la voluntad de cada socio de adecuar sus intereses personales y su conducta, muchas veces egoístas y no coincidentes con los otros socios⁸⁵, a las necesidades de la sociedad. El *afectio societatis*, entonces permitirá que cada accionista y todos en conjunto observen determinada conducta a efectos de lograr el bien común según las necesidades que requiera la empresa en determinada etapa de su desarrollo.

Esta adecuación es fundamental pues permitirá que la sociedad cumpla su objetivo, manteniendo esta adecuación de conductas durante toda su vida, es decir, ésta característica, no solo será necesaria al momento del nacimiento o constitución de la sociedad, sino que es importante que este tipo de relación entre el socio y la sociedad se mantengan durante el crecimiento y desarrollo de la misma, yendo más allá de la oportunidad en que dos o más personas constituyen una empresa.

En una empresa familiar los múltiples intereses, la evolución y crecimiento de la familia y la dinámica del negocio, hace fundamental que el *afectio societatis* permanezca a lo largo de la vida de la empresa, es decir que la causa para esperar un tipo de conducta mínima de los socios de la empresa sea mantenida sin importar la etapa de la sociedad, su crecimiento y desavenencias propias entre los miembros de la familia empresaria. Los espacios para lograr que no se diluya el *afectio societatis* son los órganos de gobierno familiar que describimos en el primer capítulo tales como Junta de Familia y Consejo de Familia.

⁸⁴ MONTOYA ALBERTI, Ulises y Hernando Derecho Comercial Tomo I, 11 Edición Grijley 1998 Pág. 144

⁸⁵ Al respecto, en el caso de la empresa familiar, el modelo de los tres círculos descrito en el Primer Capítulo, ilustra los diferentes tipos de intereses existentes en este tipo de empresa.

Es importante precisar que mantener el *afectio societatis*, no implica necesariamente que la conducta a ser observada por los socios, sea una invariable durante el desarrollo de la empresa, estas reglas de conducta pueden ser modificadas conforme la dinámica de la empresa y conforme vaya desarrollándose la misma, pudiendo observar que serán las necesidades de la empresa familiar en cada una de sus etapas, las que ocasionen que se modifique el *afectio societatis* y muchas veces, de la mano de estos cambios será pertinente modificar la estructura estatutaria de la empresa y hasta su ropaje societario.

Basándonos en los materiales del Programa de Capacitación en Consultoría de Gobierno Corporativo de las Empresas Familiares organizado por la Cámara de Comercio de Lima y elaborado por José Campoverde Ayres en Setiembre de 2011, observamos que la empresa familiar plantea una evolución conforme el transcurrir el tiempo, en una primera generación o etapa de fundador nos encontramos ante una empresa totalmente cerrada donde la propiedad y la gestión se centraliza en una sola persona, sin embargo, conforme va transcurriendo el tiempo y pasado los primeros años denominados etapa de nacimiento y supervivencia, la misma empresa familiar incorpora nuevos miembros de la familia en cargos de dirección, gestión y puestos laborales siendo esta la segunda etapa denominada sociedad de hermanos y/o sociedad con hijos preparados, desarrollándose una dependencia familiar e iniciándose un proceso de profesionalización.

En esta etapa, con la incorporación de las nuevas generaciones de miembros familiares, se puede observar una tendencia de empresas a ser menos cerradas y proclives a aceptar terceros inversionistas lo que adecúa su carácter eminentemente cerrado a una sociedad más proclive al ingreso de terceros cuidando que esta incorporación no ponga en riesgo el control y propiedad familiar.

Asimismo, en esta etapa se evalúa la posibilidad de contar con un directorio independiente, en nuestra opinión muchas empresas familiares nacen con directorios formalmente constituidos, pero mucha de ellas nunca se reúnen ni funcionan teniendo libros de actas de sesiones de directorio prácticamente en blanco, dado que en muchas ocasiones el Presidente del Directorio es el mismo Gerente General y principal accionista.

Por ello, tal como señala Lipton y Lorch⁸⁶ el gobierno corporativo sugiere que se busque un directorio fuerte, capaz de actuar como asesor del Gerente General, que fiscalice la profesionalización de los cargos gerenciales y que esté preparado para actuar en épocas de crisis, como por ejemplo ante un problema de sucesión de emergencia.

Esta aspiración, sólo se puede lograr mediante la incorporación de forma paulatina como miembros de directorio a profesionales capacitados e independientes, consideramos que esto último implica que en la composición del directorio se encuentren miembros externos no solo a la familia empresaria sino que no sean trabajadores de la empresa a fin de garantizar monitoreos sin inhibición ni restricciones o tengan relación con los administradores que pudiera generar algún tipo de conflicto de intereses.

Es necesario fortalecer el Directorio de la forma señalada puesto que ante el incremento de intereses contrapuestos en el seno familiar y accionarial hace falta un órgano que pueda lograr la confianza de los miembros de la familia empresaria así como servir de soporte al Gerente General y de esta manera lo asesore sin la limitación de los sentimientos familiares que hacen perder objetividad y que muchas veces el directorio pueda enfrentarse con el fundador o la mayoría si fuese necesario para el beneficio de la empresa.

⁸⁶ LIPTON, Martin y Jay W. LORSHO “Una propuesta modesta para un mejor gobierno corporativo” En: Revista Themis N° 59, Lima, año 2011 Pág. 193

Finalmente, en el ideal de la tercera generación denominada Consorcio de Primos, la participación de la familia en cargos de administración da paso a la gerencia profesionalizada de terceros, consolidándose la empresa familiar por la transferencia generacional y en algunos casos el crecimiento de la misma conlleva a la captación masiva de inversionistas propias de las Sociedades Anónimas Abiertas que cotizan en bolsa.

Es importante destacar que en cualquiera de las modalidades de sociedad anónima que la empresa familiar opte: sociedad anónima cerrada, sociedad anónima ordinaria y sociedad anónima abierta, conforme a su necesidad y crecimiento, también será necesario replantear las normas de conducta que corresponden al *afectio societatis*. Veamos el comportamiento de la familia empresaria en cada tipo de sociedad anónima, desde la más personalizada a la más capitalizada, pero antes de ello, analicemos un tipo de empresa regulado en nuestro país donde aparentemente por sus características peculiares, el *afectio societatis* estaría garantizado.

4.1. El caso especial de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada

La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada cuyas siglas son E.I.R.L. regulada mediante Decreto Ley N° 21621, promulgada el 14 de Setiembre de 1976 y modificada mediante tres normas: Ley N° 27075 de fecha 25 de Marzo de 1999, Ley N° 27144 de fecha 22 de Junio de 1999 y Ley 28160 de fecha 07 de Enero de 2004, es según la regulación nacional el esquema más cerrado o personalista que existe para un tipo de empresa, al ser una sola persona la que ostenta la calidad de Titular (órgano supremo de la empresa).

La principal característica de la E.I.R.L. es que su constitución no depende del acuerdo de voluntades de dos o más personas como sí es el caso de las

sociedades cuyo nacimiento requiere el acuerdo contractual. Recordemos que en las sociedades, se exige la existencia de pluralidad de socios lo que se regula en el artículo 4° de dicha ley, la misma que indica como excepciones a esta regla (i) las empresas cuyo único socio sea el Estado o (ii) en los casos señalados expresamente por Ley, podemos citar por ejemplo la no exigencia de la pluralidad de accionistas para el caso de las subsidiarias de empresas del sistema financiero y seguros (artículo 36° inc. 3 de la Ley N°26702).

En el caso de las sociedades (salvo las excepciones mencionadas) nuestra LGS establece como efecto jurídico la disolución si en el plazo de 6 meses no se recompone la pluralidad de socios perdida (artículo 407° numeral 6 de la LGS).

Caso contrario ocurre en la E.I.R.L., el artículo 1° del Decreto Ley N° 21621 indica que su constitución es por voluntad unipersonal, cuenta con patrimonio propio distinto del titular lo que la configura en una herramienta idónea para segregar o separar activos del titular respecto a la empresa, la misma que se convierte en una persona jurídica distinta al titular⁸⁷.

En ese sentido, en la E.I.R.L se limita únicamente al patrimonio aportado por el titular (artículo 3° del Decreto Ley), el efecto es que toda la responsabilidad de la actividad empresarial recae en los bienes aportados, por lo que podemos señalar que se cumple en esta figura con la función de diversificación del riesgo, ya que se logra una protección de los bienes de la E.I.R.L. respecto a los acreedores del titular frente a deudas comprometidas a título personal.

Respecto a la conveniencia de utilizar esta figura para los casos de la empresa familiar, consideramos que nos enfrentaríamos a algunas limitaciones que pasamos a exponer:

⁸⁷ MONTOYA, ALFONSO La conveniencia de regular permisivamente la unipersonalidad societaria en el Perú En: <http://ius360.com/privado/corporativo/la-conveniencia-de-regular-permisivamente-la-unipersonalidad-societaria-en-el-peru/> (Ubicado en red en Setiembre 2017)

El artículo 1° del Decreto Ley limita su desarrollo a actividades económicas de pequeña empresa, aparentemente la intención del legislador era que la utilización de este tipo de empresa no podría ser utilizado por medianas o grandes empresas, lo cual no se ajusta a la realidad de la empresa familiar.

Otra limitación la encontramos en el artículo 4° del Decreto Ley, al indicar expresamente que sólo las personas naturales pueden constituir o ser titulares de E.I.R.L., asimismo, el artículo 44° del Decreto Ley, establece que el órgano gerencia será desempeñado por *“una o más personas naturales con capacidad de contratar, designadas por el titular”*.

Observamos que por un lado tenemos una limitación en cuanto a que sólo una persona natural podría constituir una E.I.R.L. y descartaría que una sociedad cuyos miembros sean la familia empresaria, no pueda constituir una E.I.R.L. Para hacer actividad empresarial necesariamente tendría que constituirse en otra sociedad por lo que necesariamente tendría que buscar un acompañante para este nuevo emprendimiento.

Respecto a la exigencia que la gerencia este a cargo de una persona natural, la norma es clara al señalar que la administración y representación de la empresa no puede ser encargada a empresas o sociedades especializadas en gestión, como sí lo permiten las normas de la LGS respecto a la sociedad anónima conforme lo establece el artículo 193° que permite la designación en ese órgano a una persona jurídica.

Otro punto importante es que la estructura diseñada para este tipo de empresa, se compone de únicamente dos órganos: el Titular y la Gerencia, considerando inclusive que el titular puede asumir el cargo de gerente (Titular-Gerente) tal como lo señala el artículo 45° del Decreto Ley, esta limitación no permite en la E.I.R.L. ningún espacio colegiado de análisis y de toma de decisiones consensuada bajo

las reglas de voto como es el caso del Directorio como si admite la LGS en las sociedades de capitales, ni mucho menos la existencia de una Junta General de Accionistas, dada la inexistencia de socios.

Consideramos esta una limitación en el caso de la empresa familiar, ya que en ella es necesario al menos desde la etapa de la segunda generación, el progresivo involucramiento de los miembros de familia en la gestión de la empresa en los diferentes órganos empresariales y la existencia de espacios de información y discusión de los miembros de la familia empresaria respecto a la unidad empresarial, que permite fortalecer el *affectio societatis* e interiorizar entre los miembros de la familia empresaria, la vocación de continuidad (elemento indispensable determinar si una empresa es familiar o no).

Por ello, facilitar la coordinación de relaciones e intereses entre los miembros de la familia empresaria, quienes aportan sus esfuerzos para el desarrollo empresarial tendría que ser una prioridad en la empresa familiar que el esquema de la E.I.R.L. no permite.

Finalmente, es importante señalar que no existiendo en la E.I.R.L. acciones que la compongan y que puedan ser transferidas paulatinamente en función al desarrollo de la empresa a los miembros de la familia, el artículo 25° del Decreto Ley establece que el derecho sobre el capital de la empresa tiene la calidad de bien mueble incorporal y este derecho indivisible de propiedad del titular puede ser transferido por acto intervivos o por sucesión mortis causa.

Detengámonos en el acto de transferencia intervivos de este derecho, el artículo 28° señala que dicha transferencia será hecha a otra persona natural mediante compraventa, permuta, donación y adjudicación en pago, en ese sentido, el titular puede transferir su derecho al valor que se acuerde con el adquirente sin que exista impedimento alguno ni derecho de adquisición preferente a favor de algún miembro de la familia empresaria, situación que si existiría en una sociedad en la

que el fundador pueda progresivamente transferir acciones de su propiedad a determinados miembros de la familia.

Respecto a la sucesión mortis causa, el artículo 31° del Decreto Ley incorpora las reglas de sucesión de nuestro código civil, en el caso que sean varios sucesores se crea la figura de condóminos del derecho del titular en proporción a sus respectivas participaciones en la sucesión, la representación será a cargo de aquel a quien corresponda la administración de los bienes de la sucesión. Al respecto, las alternativas que permite el Decreto Ley al destino que los sucesores le den a la E.I.R.L. heredada son: (i) División y Partición adjudicándole el derecho de titular a uno de los sucesores, (ii) Transferir en conjunto su derecho a una persona natural y (iii) transformar la EIRL en una Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada.

De las tres alternativas que nos da el legislador solo la tercera cumpliría con la expectativa que la empresa familiar de continuar en manos de la familia empresaria, sin embargo el Decreto Ley, sólo permitiría que para ello, lo sucesores la transformen en Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada, siendo deseable que en esta situación los sucesores tenga varias alternativas de transformación como por ejemplo la sociedad anónima, esta limitación, encarece la continuidad de la empresa familiar en el mercado.

Pese a las limitaciones advertidas, el tipo empresarial denominado E.I.R.L. podría encajar en una empresa familiar pero sólo en la etapa de fundador o primera generación, pero se enfrentaría a la imposibilidad de transferir cuotas de poder a favor de miembros de la familia en caso exista interés de continuidad de la misma, por ello, consideramos pertinente que se incorpore a nuestra regulación, la figura de la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada incorporación que podría corregir las limitaciones del Decreto Ley respecto al tamaño de la empresa y permitir que personas jurídicas sean titulares o gerentes de la sociedad unipersonal y lo que consideramos más importante, permitir a este tipo de

empresa la posibilidad de ir compartiendo cuotas de poder y propiedad del Titular o fundador a favor de miembros de familia lo que pasa necesariamente por la existencia de un capital representado en acciones.

De la legislación comparada, advertimos que esta figura ya se encuentra regulada en la Legislación Española en el artículo 12° al 17° del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010 del 2 de Julio de 2010, en dicho documento se permite la constitución de un único socio sea persona natural o jurídica, o la derivación en sociedad unipersonal cuando las acciones hayan pasado a un solo socio quien ejercerá las competencias de la junta general, pudiendo existir en esta estructura todos los órganos societarios regulados. La conveniencia de esta sociedad para efectos de la empresa familiar es que existiendo acciones éstas pueden transferirse a los miembros de la familia por lo que para estos efectos, la sociedad unipersonal podría utilizarse perfectamente en la primera etapa de desarrollo de la empresa familiar.

4.2. La empresa familiar constituida como Sociedad Anónima Cerrada (S.A.C)

De acuerdo a la definición que propone Montoya Alberti⁸⁸, las sociedades anónimas cerradas son sociedades frecuentemente familiares y con muy escaso número de accionistas, en los que pese a ser una sociedad de capitales predomina el *intuitus personae* frente al *intuitus pecunae*, tendrían como principal característica su limitación en la transmisión de acciones, otorgándose a los socios mutuamente, el derecho de adquisición preferente para su adquisición en caso de transferencia.

Para Sandra Echaiz⁸⁹ en el Perú, la figura de la Sociedad Anónima Cerrada es un modelo idéntico a la Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada⁹⁰, cuya

⁸⁸ MONTOYA ALBERTI, Ulises y Hernando “Derecho Comercial Tomo I” Ed. Grijley 1998 Pág. 583

⁸⁹ ECHAIZ MORENO, Daniel “Derecho Societario Un nuevo enfoque jurídico de los temas societarios” Gaceta Jurídica, Lima, 2009 Pág. 234

única diferencia es la representación de capital social mediante acciones en el primer caso y participaciones en el segundo. Continúa el autor señalando que la figura de la Sociedad Anónima Cerrada (S.A.C.) prima el *intuitio personae*, hecho que la convierte en una atractiva posibilidad para las empresas familiares.

Por su parte, Pickmann Dianderas⁹¹ señala que las S.A.C. son las que frecuentemente sus acciones se encuentran en titularidad de familiares contando con pocos accionistas, teniendo una especial consideración a las cualidades personales de los socios, es decir, estos no sólo valen por su aporte económico en el capital social sino que además deben reunir características personales especiales, que en algunos casos son tan o más importantes que propio aporte.

Finalmente, Elias Laroza⁹² señala que este tipo de empresa califica como una sociedad anónima reservada para un pequeño grupo de personas con el interés de preservar el elemento personal, dentro de una estructura de sociedad de capitales.

Nuestra Ley General de Sociedades la regula expresamente desde el artículo 234° al 248°, señalando que esta forma especial de sociedad anónima no debe superar los 20 accionistas, entre las más relevantes características, podemos señalar que incorpora el derecho de adquisición preferente regulado en el artículo 237° que exigiría que *“cuando un accionista se proponga transferir total o parcialmente sus acciones a otro accionista o terceros debe comunicarlo a la sociedad”*, a fin que ésta a su vez ponga en conocimiento de los demás accionistas para que puedan ejercer su derecho de adquisición preferente, asimismo el artículo 238° permite que en el estatuto se opte que la sociedad tenga el derecho a veto en la

⁹⁰ Al respecto, tal como lo señala Echaiz, la SAC fue propuesta por la comisión redactora del Anteproyecto de la Ley General de Sociedades en reemplazo de la Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada, pero la comisión revisora del anteproyecto decidió que ambas figuras convivan en el mismo cuerpo normativo.

ECHAIZ MORENO, Daniel Op. Cit Pág. 234

⁹¹ PICKMANN DIANDERAS, Fernando “La Sociedad anónima cerrada y abierta” En: Nuevo Derecho Societario, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 1998 Pág. 115

⁹² ELIAS LAROSA, Enrique “Derecho Societario Peruano” Normas Legales, Trujillo, 2002 Pág. 520

transferencia de acciones quedando ésta de ejercer dicho derecho, obligada a adquirir esas acciones en el precio y condiciones ofertados.

El artículo 239° regula la adquisición preferente de la S.A.C. en el caso de enajenación forzosa de acciones debiendo la resolución judicial o solicitud de enajenación ser notificada previamente a la sociedad para que dentro de 10 días de efectuada la venta forzosa, la sociedad se subrogue al adjudicatario de las acciones por el precio pagado.

Otra característica importante es que el artículo 248° puede establecer que la sociedad no tenga directorio por lo que se monopoliza la administración de la empresa en la gerencia general.

Este tipo de sociedad anónima es la más cerrada que existe y es muy recomendable para las empresas familiares que se encuentran en su primera etapa (etapa de fundador), en esta etapa de la empresa familiar, el *affectio societatis* que mantienen los socios como motivación en asociarse es la exclusión total a terceros, el no incorporar a nuevos accionistas no familiares, en ese sentido las normas de derecho de adquisición preferente y consentimiento por la sociedad de cualquier transferencia, son ideales para mantener a la empresa con miembros de la familia empresaria. En el tema de la gestión, el autoorganicismo que implica que la sociedad confíe en sus socios para la gestión social se traduce perfectamente en la potestad de no constituir directorio centrando las tareas más importantes de gestión en el Gerente General que en estos casos es el socio fundador, propietario del porcentaje mayor de acciones y patriarca de la familia.

4.3. La empresa familiar constituida como Sociedad Anónima Ordinaria (S.A.)

Cuando la empresa familiar y la familia empresaria van creciendo en miembros y socios, incrementa también en conflictos tanto en el seno familiar como en la misma sociedad. La Sociedad Anónima simple u ordinaria al ser el tipo social más

flexible puede ser el tipo social adecuado para una empresa familiar en segunda o tercera generación, oportunidad en que la empresa familiar supera la etapa de supervivencia del fundador y busca una profesionalización del negocio, así como separar los órganos de gobierno de la empresa de los órganos de la familia y limitando la transferencia de acciones pero no de una manera tan cerrada, puesto que el crecimiento esperado requiere algún tipo de apertura a terceros para captar inversión y dar el salto de crecimiento buscando su competitividad en el mercado, pero eso sí de una manera controlada para no perder la característica de familiar.

En efecto, tanto la sociedad de hermanos o unión de primos, tendrán como motivación mantener en su seno el control y propiedad de la empresa, sin embargo a diferencia de la etapa de fundador, la necesidad de ser hermética ya habría sido superada, pudiendo requerir para su crecimiento la incorporación de nuevos socios no familiares sin que se pierda el control y propiedad a favor de la familia.

Para tal efecto existen herramientas que pueden permitir que el *afectio societatis* familiar, se mantenga a pesar de estar en un tipo societario de capitales como es el caso de la facultad de crear acciones sin derecho a voto, reguladas en el artículo 94° y 96° de la Ley General de Sociedades que si bien es cierto pueden ser emitidas en cualquier modalidad de sociedad anónima (para ello se requerirá la creación expresa de ese tipo de acciones en su estatuto al momento de su creación o por acuerdo de Junta de Accionistas que modifique el mismo), consideramos que es más común en el caso de la sociedad anónima ordinaria y en la sociedad anónima abierta.

En este caso, la creación de acciones sin derecho a voto permitirá a un socio no familiar solo mantener derechos económicos más no políticos, es decir que su derecho se limitaría en principio a participar en reparto de utilidades y en el patrimonio neto resultante de la liquidación con el beneficio de percibir el dividendo preferencial que establezca el estatuto. Al respecto, tal como afirma Llona

Bernal⁹³, este tipo de accionistas sin derecho a votar es la respuesta a la existencia de un creciente número de personas a las que sólo les interesa vincularse a una empresa desde el punto de vista de la inversión y su rendimiento sin interesarse en el gobierno de la empresa. Este tipo de inversionista será muy conveniente en una empresa familiar en crecimiento que requiera inversión pero que no esté dispuesta a perder el control y propiedad de la misma, debiendo aplicar mecanismos de información que establece la Ley General de Sociedades.

Asimismo, para una empresa familiar con la intención de mantenerse como tal, consideramos que es importante incorporar en los estatutos de la S.A. características personalistas que permitan mantener el sello familiar sin renunciar a la estructura corporativa de la S.A., para ello la Ley General de Sociedades regula una serie de normas que brindan la opción de personalizar esta sociedad de capitales mediante incorporaciones estatutarias en virtud de la autonomía de la voluntad, por ejemplo una herramienta adecuada es la exigencia en los estatutos de prestaciones accesorias a sus accionistas miembros de la familia.

Las prestaciones accesorias son reguladas en el artículo 75° de la Ley General de Sociedades de una manera sumamente amplia, se indica que en el pacto social o por Junta General se puede incorporar prestaciones accesorias con carácter obligatorio para todos o algunos accionistas y habría libertad para determinar su contenido, duración, modalidad, retribución y sanción por incumplimiento. Para el caso de la empresa familiar sería muy útil establecer obligaciones de hacer y no hacer que permitan mantener la característica de familiar a sus accionistas consignando todo tipo de sanciones, las mismas que veremos su viabilidad en el tercer capítulo de la presente investigación.

Al igual que la S.A.C. en la S.A. se permite según el artículo 72° de la LGS, pactar derechos de diverso contenido económico en beneficio de los fundadores (independientemente de su calidad de accionistas) los mismos que deben estar consignados en el estatuto y con una limitación: cuando se trate de participación

⁹³ LLONA BERNAL, Álvaro “La sociedad anónima y sus órganos sociales” En: Nuevo Derecho Societario, Fondo de Desarrollo Editorial de la U. de Lima, Lima, 1998 Pág. 61

en las utilidades o respecto a en cualquier derecho sobre éstas, los beneficios económicos no pueden exceder en conjunto de la décima parte de la utilidad distribuible anual que aparezca en los estados financieros, sólo en los primeros cinco años, contados en un período máximo de diez años a partir del ejercicio siguiente a la constitución de la sociedad.

Es muy probable que en una empresa familiar se pueda pactar estos beneficios a los socios fundadores en razón a la contribución que puedan realizar al desarrollo de la empresa, por lo que podría ser implementada en forma clara este beneficio en los estatutos de la empresa.

Finalmente, tanto en la S.A. como en la S.A.C. se permite la limitación de transferencia de acciones siempre que no signifique la prohibición absoluta de transferencia (artículo 101°), en caso de estipularlas en el estatuto o se originen en los convenios entre accionistas debidamente notificado a la sociedad y anotados en el libro de matrícula de acciones, serán de obligatorio cumplimiento para la sociedad.

Esta limitación a la transferencia se traduce en el derecho de adquisición preferente de socios a fin de evitar la venta a un tercero ajeno a la familia empresaria, siendo también interesante la utilización de ese derecho de adquisición preferente a efectos de mantener el porcentaje de acciones destinado a cada rama familiar, pudiendo ser pertinente que la preferencia se aplique en caso que un miembro de la familia de la rama familiar "A" decida vender sus acciones, solo pueda ser adquirido por un accionistas de la rama familiar A, a fin de no romper el equilibrio de porcentajes de poder en cada rama familiar, profundizaremos la posibilidad de este tipo de uso del derecho de adquisición preferente y su potencial beneficio a los miembros de la familia no accionistas en el siguiente capítulo.

A nivel de organización, la S.A. contempla la incorporación de un órgano colegiado denominado directorio que en la etapa de la empresa familiar de sociedad de hermanos y consorcio de primos se hace fundamental si se concibe como órgano independiente a efectos de profesionalizar la compañía, de esta manera hay un contrapeso colegiado, independiente y profesional como el Directorio, frente al Consejo de Familia que en esta etapa de la empresa ya debe estar institucionalizado.

En resumen, para una empresa familiar con la intención de mantenerse como tal, consideramos que es importante incorporar en los estatutos de la S.A. características personalistas que permitan mantener el sello de empresa familiar sin renunciar a la estructura corporativa propia de la S.A., para ello la Ley General de Sociedades regula una serie de normas que brindan la opción de personalizar esta sociedad de capitales tales como procedimientos de limitación y prohibiciones temporales de transferencia de acciones, prestaciones accesorias y obligaciones adicionales, mediante incorporaciones estatutarias en virtud de la autonomía de la voluntad y permitirán a la familia empresaria echar mano de ellas para alinear conductas en pro de la continuidad de su empresa en manos de la familia.

4.4. La empresa familiar constituida o adaptada como Sociedad Anónima Abierta (S.A.A.)

Aparentemente sería un contrasentido que una empresa familiar cuya característica principal es mantener el control y propiedad en manos de la familia empresaria, pueda tener como tipo societario a una S.A.A. que es la sociedad de capitales por excelencia, sociedad de gran cantidad de accionista que muchas veces no se conocen entre sí y con el más marcado *intuito pecunae* de todos los

tipos societarios existentes, dado que “*el conjunto de sus acciones o un porcentaje importante de ellas está difundido o disperso entre un gran número de personas*”⁹⁴

En este tipo de sociedades coexisten accionistas con y sin *affectio societatis* y tal como lo señala Elias Laroza⁹⁵, su aparición en el sistema jurídico, se debe a una necesidad de financiamiento en donde la acumulación de capital hizo necesaria la creación de nuevos mecanismos que canalicen la inversión y el ahorro, incorporando un nuevo tipo de accionista: el accionista especulativo o inversionista, por ello la aparta del carácter privado de la S.A. clásica y la convierte en una institución jurídico pública pues el control y buen manejo de la empresa es de interés tanto público como de los inversionistas. De ahí la existencia de mecanismos de control y tutela de esa inversión y la exigencia que las acciones se inscriban en el Registro Público de Mercado de Valores.

Nos preguntamos entonces si una empresa familiar podría optar impulsada por su necesidad de financiamiento a este tipo de sociedad anónima bien desde el momento de su constitución o bien durante su desarrollo. Al respecto, en este tipo de sociedades dos tipos de accionistas: el accionista con *animus societatis* que vendría a ser el accionista gestor y el accionista de ánimo especulativo.

Creemos, que sería posible que una empresa familiar opte por este tipo societario para lo cual deberán organizarse y estructurarse de tal manera que su participación sea tal que mantenga el control de la empresa pese a la gran cantidad de accionistas inversores producto de los mecanismos de oferta pública de acciones, sea en su momento fundacional o a lo largo de su existencia o vía aumento de capital por nuevos aportes, no olvidemos que la misma Superintendencia de Mercado de Valores, reconoce que algunas empresas

⁹⁴ PICKMANN DIANDERAS, Fernando “La sociedad anónima cerrada y abierta” En Nuevo Derecho Societario, Fondo de desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 1998, Pág. 118

⁹⁵ ELIAS LAROSA, Enrique “Derecho Societario Peruano” Ed. Normas Legales, Trujillo, 2002, Pág. 537

familiares tienen sus valores inscritos en el Registro Público del Mercado de Valores de la SMV⁹⁶.

Por ello, el hecho que una empresa familiar opte por recurrir al ahorro público para financiarse y en consecuencia entregue acciones a sus inversores a cambio de su capital, permitiría que una empresa familiar pueda ser una S.A.A. bajo determinados supuestos de obligatorio cumplimiento.

Por ejemplo, esta adaptación a una S.A.A. deberá realizarse de tal manera que a pesar de la atomización o dispersión accionaria, la familia empresaria cuente con un porcentaje, tan significativo e importante que mantenga determinadas acciones para acceder al control de la misma, siendo los accionistas miembros de la familia los denominados accionistas gestores y los invitados para su financiamiento, accionistas inversionistas, solo de esa manera no se perderá la característica familiar de la empresa que se centra en el control, propiedad y vocación de continuidad.

En este caso, los accionistas inversionistas, sólo tendrán interés en los resultados de la empresa reduciéndose su participación al cobro de dividendos o a la especulación con el valor de su acción para su eventual transferencia. En cambio los accionistas gestores de interés de la familia empresaria, tendrán el especial rol de gestionar, controlar o administrar la sociedad que según la doctrina generalmente tienen vocación de permanencia⁹⁷.

Nuestra Ley General de Sociedades determina en forma imperativa la naturaleza de una S.A.A, cuando se cumpla cualquiera de las siguientes condiciones:

⁹⁶ Código de Buen Gobierno Corporativo para Sociedades Peruanas En.: Diario Oficial el Peruano del 8 de Noviembre de 2013. Separata Especial Pág. 5

⁹⁷ PICKMANN DIANDERAS, Fernando “La Sociedad Anónima Abierta en la legislación nacional” En: Tratado de Derecho Mercantil, Gaceta Jurídica , Lima, 2003 Pág. 929

- (i) Se ha hecho oferta pública primaria de acciones u obligaciones convertibles en acciones.
- (ii) Tiene más de 750 accionistas
- (iii) Más del 35% de su capital pertenece a 175 o más accionistas, sin considerar a dentro de este número a aquellos accionistas cuya tenencia accionaria exceda 5% del capital social o no alcance al dos por mil del capital.
- (iv) Cuando se constituya como S.A.A.
- (v) Todos los accionistas con derecho a voto aprueban por unanimidad la adaptación de dicho régimen.

En caso una empresa familiar desee constituirse o convertirse en S.A.A., mantener el control de la sociedad en manos de la familia empresaria, sería uno de sus objetivos fundamentales.

En efecto, a diferencia de los casos de S.A.C. o S.A. Ordinaria donde se manifiesta claramente la pertenencia en propiedad y el control en manos de la familia empresaria, en el caso de una S.A.A. su apertura a inversionistas mediante emisión de volúmenes importantes de nuevas acciones, su dinamismo en las transferencias de acciones, hace que se incorporen como accionistas y de forma cambiante un sin número de intereses de terceros. Por ello, para mantener el control de la empresa en manos de la familia, se requerirá una fase previa de estructuración interna lo que significa lograr una importante estructura de capital que permita controlar de manera eficiente a la empresa luego de su cotización, e incluso se puede optar por la utilización de mecanismos para la división de roles, tal como la emisión de acciones con derecho a voto y sin derecho a voto, tipos de acciones muy comunes en la S.A.A. que permitirían no perder el control político de la empresa.

Este gran salto que daría una empresa familiar la posibilidad de cotizar en bolsa, cuenta con algunos ejemplos que podemos citar de experiencias de empresas

españolas. En el Foro Med Cap de Madrid desarrollado en Mayo de 2017⁹⁸ se presentaron las empresas familiares Gestamp, Laboratorios Rovi y Naturhouse, ellas señalaron que lanzarse a la bolsa de valores fue un proceso lento (incluso el Presidente y Director Ejecutivo de Gestamp, indicó que la empresa familiar optó previamente a la emisión de bonos como paso previo a la cotización).

Para el representante de Laboratorios Rovi, este salto suponía la consolidación de un proyecto familiar no sólo para atraer capitales sino para buscar visibilidad en el mercado y lograr mayor transparencia en su gobierno dado que es lo que los inversores exigen con mayor énfasis en ese nivel, como por ejemplo formalidades beneficiosas y necesarias como las auditorías.

Regresando a nuestra norma societaria, toda empresa que pretenda convertirse en S.A.A., debe tener en cuenta el artículo 254° de nuestra ley general de sociedades, la misma que considera estipulaciones estatutarias no válidas en la S.A.A. *“las limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones, cualquier forma de restricción a la negociación de acciones o un derecho de preferencia a los accionistas o a la sociedad para adquirir acciones en caso de transferencia de éstas”*, la norma nacional abunda en indicar que la S.A.A *“no reconocerá los pactos de los accionistas que contengan las limitaciones, restricciones o preferencias antes referidas, aun cuando se notifiquen e inscriban a la sociedad”*.

Por ello, nuestro legislador pretende eliminar cualquier impedimento a la libre circulación de títulos lo que debe ser considerado por la familia empresaria, ya que no se podría restringir la transferencia de sus acciones, lo que podría hacer perder la característica de empresa familiar en cualquier momento sin oposición posible.

⁹⁸ RODRIGUEZ, María En: Revista Alnavío ubicado en la red:<https://alnavio.com/noticia/10445/actualidad/las-empresas-familiares-salen-a-bolsa-para-hacerse-visibles-y-crecer-.html>

Será interesante, no obstante, analizar si dentro del protocolo familiar se puede adoptar algún tipo de restricciones a la libre transferencia bajo otro mecanismo diferente al que permite la Ley General de Sociedades, que desaliente en el interno de la familia empresaria la transferencia de estas acciones con derecho a voto a terceros ajenos a la familia, lo que veremos en el tercer capítulo de este trabajo.

En conclusión, en la S.A.A. el *afectio societatis* se limitaría a la voluntad de la familia empresaria de mantener en el seno familiar a las acciones con derecho a voto en tal porcentaje que les permitan mantener el control y propiedad de la empresa.



CAPÍTULO III: PROPUESTAS PARA LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS SOCIOS EN LA EMPRESA FAMILIAR

Durante el desarrollo de la presente tesis, hemos analizado el carácter personalista de la empresa familiar a pesar que ésta sea constituida como sociedad anónima (típica sociedad de capitales), asimismo hemos señalado la conveniencia de institucionalizar en el seno de la familia empresaria órganos familiares tales como la Asamblea de Familia y el Consejo de Familia que sirvan de espacio de discusión y decisión respecto a los temas relacionados a la familia empresaria y canalizar las inquietudes de la familia a los órganos societarios, así como procurar iniciar hasta su culminación el proceso de constitución de un Protocolo Familiar.

Sobre este documento denominado Protocolo Familiar se ha indicado en el Capítulo I, la existencia de una serie de cláusulas comunes existentes en la mayoría de protocolos, que abarcan temas generales relacionados a:

- (i) La propiedad en la empresa.
- (ii) El poder de la empresa.
- (iii) Relaciones de trabajo en la empresa, y
- (iv) La promoción de unidad en las relaciones de la familia empresaria con la empresa.

Siendo que la mayoría de literatura que aborda el tema de protocolo familiar⁹⁹, se realiza desde la óptica de la administración de empresas, es necesario considerar que algunos importantes temas que se abarcan en los protocolos se relacionan estrechamente con instituciones reguladas en las normas societarias o civiles, en estos casos, no bastaría el Protocolo Familiar, sino que, es necesario que caso

⁹⁹ Al respecto, Antonio Valmaña Cabanes en su tesis “El Régimen Jurídico del protocolo familiar” Op. Cit Pág. 25, considera que al día de hoy “no existe una doctrina jurídica demasiado abundante, las hay en otros ámbitos, como el de las ciencias económicas y empresariales, en el que encuentra su origen y en el que ha sido largamente analizado (...)”

por caso se evalúe la necesidad de acompañar dicho Protocolo con otros instrumentos que permitan la “*oponibilidad*” de dichos acuerdos a accionistas, a terceros y a la misma sociedad utilizando en algunos casos la implementación de herramientas reguladas por la normas societarias vigentes que le den eficacia jurídica.

Consideramos que de no realizar la implementación, algunos de los acuerdos arribados por la familia empresaria (sobre todo los que tienen relevancia societaria), podrán ser meros pactos de caballeros o acuerdos morales, sin la eficacia jurídica esperada por la familia empresaria, por más que el Protocolo Familiar haya tomado mucho tiempo en gestarse o se haya logrado acuerdos por unanimidad.

En esa preocupación, constatamos que las cláusulas comunes relacionadas a propiedad, poder y trabajo, que señalan los protocolos familiares, pueden ser analizadas desde el enfoque societario y muchas herramientas que las empresas familiares pueden usar para su desarrollo se encuentran reguladas por nuestra ley general de sociedades.

En el caso de las cláusulas relacionadas a la propiedad, definitivamente abarcarían acuerdos para la entrada y salida de accionistas, con el objetivo, claro está, de mantener en la empresa el rasgo familiar y/o garantizar que los porcentajes de acciones que corresponden a cada rama familiar, se mantengan en las cuotas acordadas.

Para ello, en la empresa familiar, podrían implementarse estatutariamente limitaciones a la transferencia de acciones y generar preferencias de adquisición según determinada prelación, para lo cual se deberá analizar su conveniencia y validez en determinado tipo de sociedad anónima en que dicha empresa se encuentre registrada.

También dentro del tema de propiedad, se considera en el Protocolo políticas de salida de accionistas, para ello, será importante detenernos en los mecanismos que la Ley General de Sociedades establece para la salida de los mismos tales como el derecho de separación y la exclusión de accionistas, y respecto a estas instituciones es menester analizar su validez y conveniencia y los supuestos en los que se podrían utilizar según el tipo de sociedad anónima que adopte la empresa familiar.

Finalmente, respecto a las cláusulas relacionadas al poder y relaciones de trabajo en la empresa familiar, analizaremos los mecanismos que garanticen que se ejecuten en el seno de la sociedad, los acuerdos del Protocolo Familiar relacionados a requisitos para promoción de miembros de familia en cargos de dirección y gestión de la empresa siendo de gran importancia para ello el análisis de los acuerdos o convenios entre socios familiares así como analizaremos las particularidades de los órganos de gobierno de la empresa familiar.

Es importante advertir que el análisis que proponemos, no sólo se detiene a verificar la validez jurídica de los posibles acuerdos familiares vía protocolo y su implementación societaria, sino que necesariamente se deberá analizar también en qué tipo de sociedad anónima estas implementaciones tendrían validez, dado que nuestras normas societarias podrían impedirles no logrando la finalidad esperada en el protocolo familiar consensuado.

1. El derecho de separación del socio

1.1. La separación del socio como derecho

Partamos del artículo 200° de la Ley General de Sociedades norma que regula en un sólo artículo el derecho de separación en una sociedad anónima, en dicha norma se concede el derecho de receso a favor de un socio en cuatro supuestos: cambio de objeto social, traslado del domicilio al extranjero, creación de limitación

a la transmisibilidad de las acciones o la modificación de las existentes y finalmente una causal abierta relacionada a los demás casos que lo establezca la ley o el estatuto.

La norma obliga a la sociedad a publicar por una única vez dentro de los diez días siguientes a su adopción, aquellos acuerdos que den lugar al derecho de separación y para ejercerlo, el socio disconforme deberá presentar carta notarial hasta el décimo día siguiente a la fecha de publicación a ser realizado por la sociedad del acuerdo que contiene la causal de separación invocada.

Por su parte el artículo 244° de la Ley, regula en un solo artículo el derecho de separación en la S.A.C. señalando que *“Sin perjuicio de los demás casos de separación que concede la ley, tiene derecho de separarse de la sociedad anónima cerrada el socio que no haya votado a favor de la modificación del régimen relativo a las limitaciones a la transmisibilidad de las acciones o el derecho de adquisición preferente”*. Esta norma especial considera en mayor detalle el postulado que con carácter general señala el artículo 200° de la Ley General de Sociedades en su numeral 3°.

Asimismo, el artículo 95° numeral 5, establece como derecho mínimo a los titulares de las acciones con derecho a voto, el derecho de separarse de la sociedad en los casos previstos en la ley y en el estatuto y seguidamente el artículo 96° en su numeral 4) establece este derecho a los titulares de acciones sin derecho a voto.

Para Beaumont Callirgos¹⁰⁰ este derecho de separación, corresponde a un remedio de carácter extraordinario que la ley concede a favor de los accionistas en determinados supuestos que alteran el acto constitutivo y que no fue consentido por éstos por título originario o derivativo.

¹⁰⁰ BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo, “Comentarios a la ley general de sociedades” Gaceta Jurídica, Lima, 2006 Pág. 491

Los inicios de esta institución se remontan a la legislación italiana (Código de Comercio Italiano de 1882) oportunidad en la que se reguló esta figura con el nombre de “*diritto di recesso*” a fin de servir de solución para los conflictos de intereses entre el poder de la mayoría y el poder de la minoría que se resiste a aceptar alguna decisión de la sociedad. Este derecho otorga el derecho a separarse al socio pues la decisión de la mayoría deviene en tan trascendente que afecta el “*affectio societatis*” pese que para su configuración se haya respetado la regla de la mayoría de votos que deriva al sometimiento obligatorio de todos los socios a los acuerdos adoptados en la junta¹⁰¹.

Por su parte Elias Laroza¹⁰², afirma que el derecho de separación o derecho de receso, tiene por objeto “*preservar a los accionistas minoritarios frente a determinados acuerdos de modificaciones de estatuto que entrañan cambios excepcionales y drásticos en la estructura de la sociedad y de sus acciones o en determinadas operaciones societarias, poniendo al accionista en una situación difícil, que por lo demás, era totalmente imprevisible al momento en que se decidió formar parte de la sociedad*”.

Los acuerdos que permiten ejercer el derecho de separación deben ser acuerdos que cambien la estructura de la sociedad o de las acciones y no sólo basta la incomodidad subjetiva del accionista disconforme, sino que debe manifestar su oposición a este cambio tan importante que quebranta el *affectio societatis* en el plazo máximo que establece la ley.

Este remedio, conlleva a efectos patrimoniales, pues de ejercerlo algún accionista legitimado y conforme a las formalidades señaladas en la Ley General de

¹⁰¹ Al respecto, nuestra Ley General de Sociedades regula el principio de sumisión del accionista al principio mayoritario en el artículo 111° “La junta general de accionistas es el órgano supremo de la sociedad. Los accionistas constituidos en junta general debidamente convocada, y con el quórum correspondiente, deciden por la mayoría que establece esta ley los asuntos propios de su competencia. **Todos los accionistas, incluso los disidentes y los que no hubieren participado en la reunión, están sometidos a los acuerdos adoptados por la junta general**” Resaltado nuestro.

¹⁰²ELIAS LAROZA, Enrique, “Derecho Societario Peruano” Normas Legales, Trujillo, 2002 Pág. 407

Sociedades, la sociedad le reintegraría su aporte de capital liberándolo de su condición de socio, para ello coincidimos con Beaumont¹⁰³ quien señala que “*el conflicto mayor no está vinculado al derecho de separación y al cumplimiento de sus formalidades sino al valor de las acciones (aporte) y junto a él y sobre todo, a la forma de su reembolso de modo tal que no afecte seriamente la economía de la empresa*”.

Para Farrando Miguel¹⁰⁴ además de tener un efecto patrimonial, le concede un remedio *ex ante*, en el sentido que esta institución permite garantizar que los accionistas mayoritarios calculen bien sus decisiones, dado que podría traer una consecuencia negativa que se traduciría con la salida del accionista disconforme y el consecuente reintegro de su aporte de capital en perjuicio de la economía de la empresa¹⁰⁵.

Por ello, el autor citado, indica que una función del derecho de separación es la de servir de instrumento de conciliación ante “*los actos de divergencia de interés del socio, aisladamente considerado y la colectividad*”¹⁰⁶ así como un remedio a favor de los socios minoritarios ante la producción de determinadas situaciones extremas aprobadas por la mayoría, siendo por tanto un derecho polifacético.

Finalmente, consideramos importante destacar que a diferencia de la exclusión de socios, que también se ocupa de otra forma de salida de accionistas, en el caso del derecho de separación, éste tiene su origen en una decisión voluntaria de separarse de la empresa por parte del accionista disconforme, es decir permite al socio perder voluntariamente esa condición, mediante carta notarial entregada a la

¹⁰³ BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo, “Comentarios a la ley general de sociedades” Gaceta Jurídica, Lima, 2006, Pág. 493

¹⁰⁴ FARRANDO MIGUEL, Ignacio, “El Derecho de separación de socio en la Ley de Sociedades Anónimas y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada” Editorial Civitas, Madrid, 1998, Pág. 52

¹⁰⁵ Al respecto el artículo 200° de la Ley General de Sociedades en su quinto párrafo, indica “Las acciones de quienes hagan uso del derecho de separación se reembolsan al valor que acuerden el accionista o la sociedad. De no haber acuerdo, las acciones que tengan cotización en Bolsa, se reembolsarán al valor de su cotización media ponderada del último semestre. Si no tuvieran cotización, al valor en libros al último día del mes anterior al de la fecha del ejercicio del derecho de separación. El valor en libros es el que resulte de dividir el patrimonio neto entre el número total de acciones”.

¹⁰⁶ FARRANDO MIGUEL, Ignacio, Op Cit Pág. 60

sociedad hasta el décimo día siguiente a la fecha de publicación del aviso del acuerdo al que se opone.

1.2. Causas de separación del socio

Nuestra Ley General de Sociedades establece en su artículo 200°, relativo a las S.A. en general, cuatro causales que de adoptarse conceden el derecho de separación del accionista que dejó constancia de su oposición al acuerdo, el que estuvo ausente, el que haya sido ilegítimamente privado de emitir su derecho a voto y el titular sin derecho a voto:

- 1) El cambio del objeto social
- 2) El traslado del domicilio al extranjero
- 3) La creación de limitaciones a la transmisibilidad de las acciones o la modificación de las existentes; y**
- 4) En los demás casos que lo establezca la ley o el estatuto.**

Respecto a la S.A.C., nuestra Ley regula sólo en el artículo 244°, el derecho de separación a favor del socio de una S.A.C. “*que no haya votado a favor de la modificación del régimen relativo a las limitaciones a la transmisibilidad de las acciones o al derecho de adquisición preferente*”. Al respecto, al comparar ambos artículos, coincidimos con Hundskopf¹⁰⁷ en el sentido que esta puntualización (por la del artículo 244° de la S.A.C.) es redundante ya que existe de por sí para todas las sociedades anónimas.

Respecto a la empresa familiar que es el tema que nos ocupa, consideramos que un socio familiar o no, podría ejercer su derecho de separación en la medida que se acuerde limitaciones a la transferencia de acciones o se modifiquen las limitaciones ya reguladas en la empresa, así como se establezca estatutariamente

¹⁰⁷ HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo “La Sociedad Anónima. Un enfoque teórico y práctico” Gaceta Jurídica, Lima, 2016, Pág. 135

y en base con lo señalado en la causal cuarta de la norma, supuestos de separación relacionadas con la condición de empresa familiar.

Analicemos entonces qué situaciones se pueden presentar en la empresa familiar para que un socio opte por separarse de la sociedad en base a la tercera y cuarta causal regulada por el artículo 200° de nuestra Ley, dado que en el caso de la S.A.C. el supuesto regulado en el artículo 244° se consideraría dentro del numeral 3 del artículo 200°.

1.2.1) El supuesto del numeral 3) del artículo 200 de la LGS:

- a) Supuesto de socio familiar que desea que la empresa continúe siendo de carácter cerrado:

Para este supuesto, partimos de la premisa que la empresa fue constituida con las características que hemos descrito en el segundo capítulo, es decir como empresa familiar de carácter cerrado, inclusive si se ha constituido o derivado en S.A., para lo cual dicha empresa familiar habría limitado expresamente la transferencia de acciones en base a lo señalado por el artículo 101° de la Ley en caso de una S.A. ordinaria, o regulándose conforme al artículo 237° en caso de una S.A.C.

En ambos supuestos, la característica familiar de la empresa se refleja en que la propiedad de las acciones y el control de la sociedad se encuentran en poder de la familia empresaria y hay una vocación de continuidad, esto conlleva necesariamente¹⁰⁸, a la implementación en estatutos o acuerdo de Junta General de accionistas de derecho de adquisición preferente en el que se obligue a quien venda alguna acción de la empresa familia a ofrecerla previamente a las demás accionistas, siendo una limitación a la transferencia de estos valores mobiliarios.

¹⁰⁸ Consideramos que no podría haber un pacto de accionistas que regule la limitación de transferencia de acciones y sea oponible a la sociedad y a todos los socios suscriptores del acuerdo, sin que ésta se incorpore a los estatutos de la empresa ya que una limitación por acuerdo extrasocietario sin un reflejo en el estatuto social generaría contradicción, prevaleciendo el estatuto según lo indicado en el artículo 8° de la Ley General de Sociedades.

Para el caso de la S.A. se aplicaría este derecho en las empresas familiares que han pactado previamente derechos de adquisición preferente en base a lo señalado en el artículo 101° de la Ley General de Sociedades. El artículo señalado, flexibiliza a la sociedad anónima ordinaria, cuya regla es la libre transferencia de acciones, dotándola de una característica cerrada en base a la autonomía de voluntad, por ello permite a los socios que pacten limitaciones a la transferencia sea en el pacto social, en el estatuto o en pactos entre socios debidamente comunicados a la sociedad conforme lo señala el artículo 8° de la Ley y siempre que no haya contradicción entre dichos convenios con el pacto social y el estatuto.

Ahora bien, si pese a esta incorporación de limitaciones a la transmisibilidad de acciones (herramienta que garantizaría mantener la propiedad y control en la familia empresaria), se aprueba posteriormente mediante una Junta General de Accionistas una modificación estatutaria, eliminando o rebajando el carácter cerrado de la empresa, el socio familiar que no está de acuerdo con este cambio podría ejercer su derecho de separación.

En este supuesto, será importante exigir al socio que cuenta con acciones con derecho a voto y que desea ejercer este derecho de separación, a que demuestre que en Junta se opuso a dicho acuerdo en el acta correspondiente, o que pruebe su inasistencia a la Junta o finalmente que haya sido ilegítimamente privado de emitir su voto. Configurado estas formalidades el socio familiar podrá comunicar a la sociedad de su intención de separarse mediante conducto notarial en un plazo de 10 días de publicados los acuerdos (obligación que recae en la empresa según lo señalado en el tercer párrafo del artículo 200°)

Por otro lado, en el caso que la empresa familiar sea S.A.C. el artículo 237° establece como regla susceptible de ser atenuada o suprimida, el derecho de adquisición preferente. En este supuesto, si en la S.A.C. familiar se ha reforzado el

carácter cerrado con limitaciones mayores o procesos más complejos que los que regula la Ley y pese a ello, una nueva Junta de Accionistas la modula o inclusive suprime, el socio familiar estará en todo su derecho de ejercer la separación siempre que *“no haya votado a favor de la modificación del régimen relativo a las limitaciones a la transmisibilidad de las acciones o el derecho de adquisición preferente”* que flexibiliza el tratamiento primigenio.

Finalmente, consideramos que tanto en la S.A. como en la S.A.C. podría darse el caso de limitaciones de transferencia de acciones regulada bajo diferentes escalas de prelación, en la que por ejemplo se estipule que se beneficie primero a los socios de la rama familiar del socio vendedor (sobre este tema se hará un mayor análisis en el punto 3 del presente capítulo). En ese supuesto, si posteriormente vía Junta de Accionistas se modifica esta prelación o beneficio por rama familiar, el socio familiar podrá ejercer su derecho de separación argumentando que se ha configurado una modificación de las limitaciones existentes.

b) Supuesto de socio no familiar que se opone a que la empresa se convierta en cerrada o refuerce esa condición en beneficio de la familia empresaria:

A diferencia del caso anterior en que el socio familiar aspira a que la empresa se mantenga cerrada, en este caso el socio no familiar se encuentra ante un cambio de las reglas de juego iniciales, es decir, se incorporó a la empresa cuando ésta no contemplaba características cerradas, probablemente no se había pactado derecho de adquisición preferente en el caso de ser S.A. siendo la regla la libre transferencia de acciones, o de haberlo pactado se reguló de tal manera que no beneficiaba al socio miembro de la familia empresaria con alguna prelación por encima del socio externo.

Para el caso de la S.A.C. estaríamos en el supuesto que la empresa había inicialmente contemplado suprimir el derecho de preferencia de conformidad con

el último párrafo del artículo 237° de la Ley, o existiendo, se le daba al igual que en el ejemplo de la S.A. una preferencia al igual que el socio familiar para ejercer la adquisición de acciones.

Lo que generaría la oposición del socio no familiar es un acuerdo mediante Junta General de accionistas que incorpore el derecho de adquisición preferente (en caso de no existir) o en caso de existir, genere preferencia a socios familiares antes que a él en su condición de simple socio o socio externo a la familia, situación que no se había regulado primigeniamente. Es evidente que en este caso el socio no familiar puede ejercer su derecho de separación.

Por otro lado, nos preguntamos si ¿una decisión de prohibición temporal de transferir acciones en una empresa familiar, daría derecho a los socios a separarse?

Recordemos que el artículo 101° de la Ley General de Sociedades aplicable en forma general establece como válida la prohibición temporal de transferir, gravar o de otra manera afectar acciones. En este sentido, consideramos que un acuerdo de prohibir la transferencia de acciones en los plazos máximos que señala la Ley¹⁰⁹ y que no se haya considerado al momento de constitución de la empresa, no permitiría al socio disconforme a separarse, esto dado que la ley establece claramente que esta prohibición de transferencia alcanza solamente a las acciones de quienes han votado a favor del acuerdo, por tanto, de no estar conforme con la decisión votando en contra o incluso no haber estado presente en la Junta para emitir su voto, procederá que en el mismo acto se diferencie las acciones en una o más clases, siendo innecesario ejercer el derecho de separación puesto que esta obligación acordada, no alcanzaría al socio disconforme.

¹⁰⁹ El artículo 101° de la LGS establece que la prohibición temporal no podrá exceder de 10 años prorrogables antes del vencimiento por períodos no mayores.

1.2.2)El supuesto del numeral 4 del artículo 200° de la LGS.

El numeral 4 del artículo 200° establece como causas adicionales de separación las que deriven de la ley, verificando que son numerosas las situaciones previstas por la Ley General de Sociedades para la separación, como es el caso de suscriptores disidentes y no asistentes que no estén de acuerdo con la modificación del programa de fundación en la constitución de la sociedad por oferta a terceros, en casos de aporte de bienes no dinerarios en base a la verificación de cifra sobrevaluada, casos de desacuerdo en decisiones de transformación, escisión y fusión, etc.

Al respecto, consideramos que en el caso de una empresa familiar, el socio familiar podría ejercer dicho derecho por ejemplo en caso que se vea afectado en su porcentaje de acciones por causa de una fusión o escisión de la sociedad (artículo 356° y 385° de la Ley General de Sociedades), recordemos que la característica de la empresa familiar es mantener el control de la empresa y una fusión o escisión podría cambiar los porcentajes accionarios y por ende las cuotas de poder del socio familiar siendo consecuente y legítima su disconformidad y por ende su derecho a separarse de la empresa.

Para los casos regulados en el estatuto, la norma otorga la opción abierta a la autonomía de la voluntad, que permitirá que se fije en el estatuto qué situaciones pueden dar lugar al derecho de separación. Para el caso de la empresa familiar, consideramos que se podría regular vía estatutos determinadas prestaciones accesorias vinculadas directamente al carácter personalista de la empresa familiar, tal es el caso de la obligación de constituir un régimen de separación de bienes a los socios que contraigan matrimonio, obligación de no tener sentencia consentida en contra de fundadores de la sociedad u obligación de no tener sentencia consentida relacionada a actos de corrupción que perjudiquen el buen nombre de la familia empresaria, por citar algunos ejemplos.

En caso se desee que estas prestaciones accesorias formen parte de la identidad de la empresa familiar o sello peculiar de la empresa, se podría considerar que cualquier modificación o eliminación de dichas prestaciones accesorias, otorgarían el derecho para que un socio pueda separarse de la empresa.

Finalmente, cabe hacernos la pregunta si existiría la posibilidad que en una empresa familiar se pacte la prohibición a sus socios familiares de separarse de la empresa. A pesar que Hundskopf¹¹⁰ afirma (reconociendo ser un tema discutible) que sí es posible que se pacte una renuncia al ejercicio del derecho de separación por un período de tiempo. Al respecto, no compartimos esa opinión, dado que el artículo 200° en su último párrafo es claro, al declarar *“nulo todo pacto que excluya el derecho de separación o haga más gravoso su ejercicio”*, la prohibición de ejercer el derecho de separación por más que sea temporal, es una limitante al pleno ejercicio de un derecho de las minorías, siendo una norma imperativa por lo que descartamos esa posibilidad.

2. La exclusión del socio

La exclusión es la medida más radical que una sociedad puede hacer para sancionar el incumplimiento de obligaciones de un socio. Al respecto, Mercado Neumann¹¹¹ afirma que al socio transgresor *“se le extingue su condición de tal y la sociedad prosigue su existencia con los socios que permanecen en ella. Ante el choque entre los intereses de la sociedad y los del socio, la ley arbitra un medio idóneo para que la primera expulse de su seno al transgresor, a quien se le paga el valor de su inversión”*.

¹¹⁰ HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo Op. Cit. Pág. 144

¹¹¹ MERCADO NEUMANN, Gonzalo, “La exclusión de accionistas ante el incumplimiento de las prestaciones accesorias y las obligaciones adicionales” En Revista Ius et Praxis. Lima, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, Enero-Diciembre 2002 Pág. 123

Cabe señalar, que este instrumento fue inicialmente utilizado para las sociedades mercantiles personalistas o híbridas donde predomina el *intuitu personae*, siendo que en la particular figura de la sociedad colectiva la exclusión tiene su máxima aplicación, mientras que en el caso de la sociedad anónima ordinaria (típica sociedad de capitales) donde tradicionalmente se advierte que predomina el *intuitu pecunae*, la relación de socio - sociedad se limitaría, en principio, a la obligación de pago del aporte de su capital más que en atención de sus características personales, dado que se reitera la idea que en una sociedad anónima no interesa las características personales de los socios sino el aporte.

En esa línea, tendría mucho sentido afirmar que el único supuesto de exclusión de socios en una sociedad de capitales sea el que señala el artículo 80° de la Ley General de Sociedades que permitiría la exclusión de un socio para los casos de incumplimiento de pago del dividendo pasivo y que es concordante con la exclusión como única sanción cuando hace referencia al caso de incumplimiento del pago íntegro de los aportes como afirma la mayoría de la doctrina nacional como veremos a continuación.

Para Echaiz¹¹² en el caso de la sociedad anónima, dado que “*el socio importa a la sociedad más por lo que aporta que por lo que es (naturaleza intuitu pecuniae)*”, la exclusión de socio por cuestiones personalistas no coincidiría con la naturaleza jurídica capitalista de la S.A. ordinaria. Señala dicho autor que ante cualquier acto lesivo a la sociedad que provenga del socio transgresor, la empresa sólo podría accionar judicialmente por concepto de daños y perjuicios más no podrá excluirlo.

Similar opinión es la de Hernando Montoya¹¹³, quien encuentra restringida la exclusión de accionistas de la S.A. ordinaria, en atención a que “*la persona del socio y su conducta, no tienen la relevancia que llega a tener en otras formas*

¹¹² ECHAIZ MORENO, Daniel, “Manual Societario” Ed. Grijley, Lima, Pág. 149

¹¹³ MONTOYA ALBERTI, Hernando, “Exclusión del accionista por pacto o normas estatutarias en las sociedades anónimas ordinarias” En: Diálogo con la jurisprudencia N° 189, Junio 2014, Lima, Gaceta Jurídica, Pág. 168

societarias” y que siendo “la obligación fundamental del socio es la de aportar y desembolsar la suma que se comprometió, de ahí que solamente por incumplimiento de esta obligación social quepa su exclusión a voluntad el propio ente social”.

Sin embargo, cabe preguntarnos si ¿no es consecuente pensar en otra causal de exclusión además de la mora por incumplimiento de pago del dividendo pasivo, cuando se trata de una empresa familiar constituida como S.A.? ¿no hemos evidenciado a lo largo de la presente investigación que una empresa familiar tiene características personalistas determinantes y que la vinculación biológica o de adopción de sus accionistas y la importancia de preservar el buen nombre de la familia es el rasgo personalista fundamental en este tipo de sociedades?

En efecto, los elementos personalistas de la empresa familiar se ven reflejados no solo en el seno de la familia empresaria al ocuparse de elaborar un protocolo familiar y tener órganos familiares como el Consejo de Familia o la Junta de Familia, sino que se verifican en la vida diaria de la sociedad al establecer restricciones a la libre transmisibilidad de acciones, prestaciones accesorias, exigencia de concretos requisitos para adquirir y mantener la condición de socio, entre otros mecanismos.

En ese sentido, los principios configuradores o supuesta naturaleza de la sociedad anónima bajo el esquema tradicional de mera sociedad capitalista, no supone ningún obstáculo que impida la incorporación de un régimen estatutario de exclusión del accionista para el caso especial de la empresa familiar, ya que justamente como lo afirma Sánchez Ruiz *“la flexibilidad de la forma sociedad anónima, capaz de dar cobijo a tipos empíricos, muy diversos, justifica que deba admitirse la hipótesis de que determinados incumplimientos u otras circunstancias atribuibles en exclusiva a alguno de los accionistas puedan considerarse un grave*

*obstáculo de influencia decisiva en el funcionamiento de la sociedad y en la realización de un fin común*¹¹⁴.

Similar posición tiene Torres Carrasco¹¹⁵, para quien la exclusión vía incumplimiento de estipulaciones estatutarias, además de ser permitido por nuestra Ley General de Sociedades expresamente en las denominadas sociedades mixtas como es el caso de la S.A.C. en su artículo 248°, también podría ser aplicable a la S.A. ordinaria en la medida que se pueden establecer los pactos o acuerdos que mejor coadyuven a la organización social, siempre que no contravengan la ley, señalando dicho autor que la ley en ninguno de sus artículos lo prohíbe y que dicha posibilidad puede verse reflejada en la empresa familiar, al indicar *“Piénsese en aquellas sociedades que sin poseer la condición de cerradas mantienen una organización interna pequeña, casi familiar”*¹¹⁶.

Para Lujan Fereyra¹¹⁷ en la empresa familiar se encuentra *“una causa en términos causa-fin que le es propia. Ésta es la colaboración activa del socio para la continuidad y crecimiento de la empresa, lo que conlleva implícito el resguardo del patrimonio familiar. Entendiéndolo así, sólo las conductas que contraríen estos fines con gravedad suficiente autorizarían la exclusión del socio, por contrariar la causa del contrato”*.

Para nosotros la figura de la exclusión de socios es totalmente viable en el caso especial de la empresa familiar a pesar que ésta se constituya o derive en S.A. ordinaria. En nuestra opinión dada sus características y el *afectio societatis* típico de este tipo de empresas sería una excepción a la regla y por lo tanto, previa verificación de su característica de empresa familiar nada podría impedir que se

¹¹⁴ SANCHEZ RUIZ, Op. Cit. Pág. 32

¹¹⁵ TORRES CARRASCO, Manuel Alberto, “Justificación y Validez del acuerdo de exclusión de socios” En: Actualidad Jurídica, Gaceta Jurídica Tomo 104, Julio 2002, Lima, Pág. 106

¹¹⁶ TORRES CARRASCO, Manuel Alberto, OP. Cit. Pág. 107

¹¹⁷ LUJAN FERREYRA, Jorgelina “Exclusión de socios en las Empresas de Familia constituidas como S.R.L. y S.A.” En: Revista Argentina de Derecho Societario N° 13 Febrero de 2016, Buenos Aires obtenido en red:

<http://www.ijeditores.com.ar/pop.php?option=articulo&Hash=c88b9273a2bc76be94a32a30dd00e438n>

(Ubicado en red en Julio 2017)

pacte prestaciones accesorias relacionadas a sus fines familiares, cuyo incumplimiento sea causal de exclusión del socio.

Veamos a continuación las características de esta figura societaria en algunos ejemplos que podrían aplicarse para una empresa familiar constituida o derivada en una S.A.C y en una S.A. ordinaria.

2.1. La exclusión de socios en una Sociedad Anónima Cerrada Familiar

Recordemos que en las sociedades que tradicionalmente se les denominan personales se admite la posibilidad de exclusión de sus socios tanto a nivel doctrinario como legal. Igual tratamiento se puede observar en los casos de las sociedades híbridas o mixtas tal es el caso de la Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada (S.R.L.) y la S.A.C. que como señalamos en el segundo capítulo de esta tesis, en ambas figuras se reflejan un marcado sesgo personalista y cuya principal diferencia entre ambas es que la S.R.L. tiene participaciones y la S.A.C. tiene acciones. En relación a la similitud de ambas figuras, Ferrero Diez Canseco¹¹⁸ abunda en el tema indicando que *“la comisión redactora del anteproyecto de la LGS no incluyó en el texto presentado a la SRL, en virtud que la creación de la S.A.C. cumpliría el rol desempeñado por dicho modelo aunque tuviese rasgos distintivos particulares que más bien constituían una mejora. (...) Fue la comisión revisora del Congreso de la República la que insistió en mantener a la SRL por razones básicamente sociopolíticas que merecían ser tomadas en cuenta”*.

En efecto, a pesar que tanto la SRL como la S.A.C. comparten elementos de las sociedades de capitales como de las sociedades de personas, la Ley reguló en forma distinta las causales de exclusión. En el caso de la SRL se prevé expresamente como causal de exclusión del socio- gerente infractor, las siguientes: comisión de actos dolosos contra la sociedad, dedicación a cuenta

¹¹⁸ FERRERO DIEZ CANSECO, Alfredo, “La Sociedad Comercial Limitada” En: Tratado de Derecho Mercantil Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, Pág. 1033

propia y ajena al mismo género de negocio del objeto social de la empresa e infringir disposiciones del estatuto, tal como se regula en el artículo 293° de la LGS, mientras que en el caso de la S.A.C. el artículo 248° faculta a este tipo de sociedad a establecer causales de exclusión de accionistas en su pacto social o estatuto, por lo que la ley otorga plena libertad en este tipo social para regular en base de la autonomía de la voluntad las causas por la que se pueda sancionar al accionista con el retiro de su condición de tal.

La norma respecto a la exclusión del accionista en la SAC, señalada expresamente lo siguiente:

Art. 248° Exclusión de accionistas

El pacto social o el estatuto de la sociedad anónima cerrada puede establecer causales de exclusión de accionistas. Para la exclusión es necesario el acuerdo de la junta general adoptado con el quórum y la mayoría que establezca el estatuto. A falta de norma estatutaria rige lo dispuesto en los artículos 126° y 127° de esta ley.

El acuerdo de exclusión es susceptible de impugnación conforme a las normas que rigen para la impugnación de acuerdos de juntas generales de accionistas”.

En nuestra opinión, es recomendable que una S.A.C. que pretenda mantenerse como empresa familiar, establezca expresamente como causas de exclusión el incumplimiento de conductas que coadyuven a mantener a lo largo de su existencia las características de empresa familiar, esto porque la norma referida no consigna causales preestablecidas sino que traslada a la S.A.C. la potestad de autorregularse.

En ese sentido, en los casos de una empresa familiar constituida en S.A.C o derivada en ella, es pertinente que se regule en los estatutos estas causales de forma clara, precisa y sin consideraciones genéricas.

Cabe señalar que en caso el accionista no cumpla con alguna de las causales que propongan los estatutos, será mediante Junta de Accionistas la instancia que permita aprobar la exclusión, con el quórum y mayoría que establezca el estatuto y de no haberlo dispuesto correspondería las señaladas para quórum calificado y la adopción de acuerdos corresponde a la de mayoría absoluta.

Algunas causales de exclusión que a nuestro entender coadyuvan a la continuidad de la sociedad como empresa familiar, sin pretender que estas causales sean limitantes, serían las siguientes:

- 1) Obligación que sus accionistas no tengan procesos judiciales con sentencia consentida por causas relacionadas a delitos de corrupción.
- 2) Obligación que sus accionistas no tengan procesos con sentencia consentida en caso de desheredación entablado por algún socio fundador.
- 3) Obligación que sus accionistas que contraigan matrimonio civil lo hagan bajo el régimen de separación de bienes.

Respecto a la primera y segunda obligación que proponemos, éstas se basan en la necesidad de mantener la unión y armonía dentro de la sociedad y de la familia empresaria así como garantizar que no se pierda el prestigio ganado a favor de la familia que hace empresa. Por ello, es razonable consignar como la más drástica sanción, aquellas conductas que lleven a que la autoridad judicial genere una sentencia consentida en contra de los accionistas, que dañen la buena imagen de la familia como casos de corrupción o sentencias que declaren a descendientes

del fundador desheredados, en este último caso el artículo 744° del Código Civil establece cuales son las causales para llegar a este supuesto tan grave:

- Haber maltratado de obra o injuriado grave y reiteradamente al ascendente o a su cónyuge si éste es también ascendente del ofensor.
- Haber negado sin motivo justificado los alimentos o haber abandonado al ascendente encontrándose este gravemente enfermo o sin poder valerse por sí mismo.
- Haberse privado de su libertad injustificadamente.
- Llevar el descendiente una vida deshonrosa o inmoral.

Respecto a la tercera causal que proponemos, consideramos que ésta va dirigida a la necesidad que los accionistas de la empresa familiar tengan en cuenta un requisito que garantizaría el no acceso del cónyuge a la propiedad de la empresa ante una crisis matrimonial. Probablemente la familia empresaria ya lo haya establecido en el Protocolo Familiar, pero que con la incorporación estatutaria de esta obligación de hacer, sería totalmente exigible en el seno de la sociedad y tendría efectos a terceros con la publicación a nivel registral, de tal manera que un nuevo socio familiar que adquiera las acciones de la empresa sabría perfectamente la obligación que tiene que acatar.

Sin embargo, hay que detenernos en el análisis de esta causal y preguntarnos sobre este tipo de exigencia estatutaria. Es válido jurídicamente considerar como causal de exclusión de una sociedad, la adopción de un accionista de un determinado régimen patrimonial si contrae matrimonio civil. ¿No se estaría pactando con esta figura, acuerdos privados que van en contra de una institución básica de la sociedad como es el matrimonio, lo que conllevaría a un pacto en contra del orden público?

Para ello debemos inicialmente remitirnos a la Constitución Política del Perú, al respecto, el artículo 2° numeral 14) de nuestra constitución, señala que “*toda*

persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público". Por tanto hay una prohibición constitucional expresa de pactar contra leyes de orden público.

De igual manera el Título Preliminar de nuestro Código Civil establece expresamente en su artículo V la sanción de nulidad de cualquier acto jurídico contrario a leyes que interesan al orden público:

“Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres”.

Respecto a la definición de orden público, Rubio Correa¹¹⁹ señala que la norma del Título Preliminar del Código Civil anteriormente citada, sanciona con nulidad a aquellos actos jurídicos que contravengan cualquier norma jurídica en sentido amplio que válidamente aprobada se refiera al orden público, concepto definido como *“un conjunto de normas jurídicas que el Estado considera de cumplimiento ineludible, y de cuyos márgenes no puede escapar ni la conducta del Estado, ni de los particulares, para lo cual el Estado compromete sus atribuciones coercitivas y coactivas, de ser necesario recurrir a ellas”.*

El mismo autor citando a Messineo señala que¹²⁰ será *“un negocio contrario al orden público aquel que vaya contra los principios fundamentales y de interés general, sobre lo que se apoya el ordenamiento jurídico de determinado Estado, en su aspecto de derecho coactivo, o sea, a observar inderogablemente por todos, porque consta de normas imperativas o prohibitivas”.*

De acuerdo con los autores citados, debemos dilucidar si pactar una causal de exclusión al accionista si no cumple con casarse bajo el régimen de separación de bienes, va en contra de instituciones o principios fundamentales como el matrimonio, o en contra de normas imperativas. Para lo cual debemos definir que

¹¹⁹ RUBIO CORREA, Marcial “Título Preliminar. Biblioteca para conocer el Código Civil Vol. III, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1996, Pág. 105.

¹²⁰ RUBIO CORREA, Marcial, Op. Cit, Pág. 107

se pretende proteger bajo el concepto de matrimonio y a qué nos referimos con los regímenes patrimoniales del matrimonio.

La constitución en su artículo 4° señala lo siguiente: *“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protege a la familia y **promueven el matrimonio**. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”*. (Resaltado nuestro)

Dado el mandato constitucional de promoción del matrimonio, se consideraría inconstitucional tal como lo señala Plácido Vilcachagua¹²¹ *“tanto la poligamia como la poliandria, por cuanto implicaría la desprotección de la primera unión matrimonial, así como la endogamia entre quienes integran la familia nuclear”*. La norma constitucional delega a la ley la forma del matrimonio, las causales de separación y la disolución, por lo que es pertinente repasar como regula al matrimonio nuestro Código Civil.

El artículo 234° del Código Civil señala que *“el matrimonio es la unión voluntaria de concertada por un varón y mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este código, a fin de hacer vida en común. El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales”*.

Asimismo, los deberes y derechos que nacen del matrimonio y que no podrían pactarse en contrario son los regulados por el artículo 287° al 294° y son la obligación de alimentación y educación a los hijos, fidelidad y asistencia, cohabitación y la igualdad en el gobierno del hogar, no existiendo en nuestro ordenamiento jurídico norma imperativa o prohibitiva que impida pactar respecto a acuerdos patrimoniales que son regulados en el artículo 295° bajo el nombre de regímenes patrimoniales del matrimonio.

¹²¹ PLACIDO VILCACHAHUA, Alex “Protección del niño, madre, anciano y de la familia. Promoción del matrimonio” En: La Constitución comentada Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima 2005, Pág. 359

En el caso que nos ocupa, en el régimen de separación de patrimonios se busca que *“cada cónyuge conserve a plenitud la propiedad, administración y disposición de sus bienes presentes y futuros y le corresponden los frutos y productos de dichos bienes”* (artículo 327° del Código Civil) y además que cada cónyuge responda de sus deudas con sus propios bienes (artículo 328° del Código Civil), por lo que el contenido de este régimen es meramente económico, pudiendo ser parte de una condición exigible para pertenecer a una organización económica.

Esta posibilidad coincide con el inciso 24 literal a) del artículo 2° de la constitución que declara que *“nadie estaría obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido a hacer lo que ella no prohíbe”*.

En esa misma línea el código civil regula la libertad contractual señalando expresamente en su artículo 1354° que *“las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”*.

A mayor abundamiento, autores como Pinto Andrade¹²², consideran que hay elementos dentro de la institución del matrimonio donde es posible pactar. Para este autor los pactos referidos a aspectos patrimoniales del matrimonio serán completamente válidos, mientras que serán excluidos de la autonomía de la voluntad acuerdos relacionados a aspectos personales referidas a obligaciones del cónyuge frente al otro y en especial respecto a los hijos.

En nuestra opinión, una causal de esa naturaleza buscaría regular a nivel societario una conducta que tiene consecuencias netamente patrimoniales, en este caso con un régimen de separación de patrimonios, se busca que cada cónyuge conserve a plenitud la propiedad, administración y disposición de sus

¹²² PINTO ANDRADE, Cristobal “La genérica validez de los pactos y acuerdos matrimoniales en previsión de la ruptura” En: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4575-la-generica-validez-de-los-pactos-y-acuerdos-matrimoniales-en-prevision-de-la-ruptura/> (Ubicado en la red en Junio 2017)

bienes presentes y futuros y que responda de sus deudas con sus propios bienes, que en una empresa familiar es de vital importancia frente a una crisis matrimonial.

Por estas razones, no vemos inconveniente alguno en que un estatuto societario consigne como exigencia de ingreso o mantenimiento de la condición de socio la de optar por el régimen de separación de bienes en caso de contraer matrimonio civil. En caso que el accionista libremente se oponga a esta exigencia, podrá desconocer esta obligación y la consecuencia sería la potestad de la aplicación de la exclusión adoptada por la junta de accionistas, obligándose la sociedad a pagar el valor de sus acciones a fin de no afectar su derecho de propiedad, según la valorización que pacten las partes o en su defecto según el procedimiento de valorización señalado en el artículo 200°.

2.2. La exclusión de socios en una Sociedad Anónima Ordinaria Familiar

En principio debemos reconocer que la mayoría de la doctrina nacional niega la posibilidad de la exclusión de socios por razones estatutarias en los casos de sociedad anónima ordinaria, por entender como argumento principal, que al ser una figura eminentemente de capitales, donde los rasgos personalistas se han casi extinguido, solo sería aceptable la exclusión para las sociedades personalísimas y las mixtas conforme se ha desarrollado en el punto 2 del presente capítulo. Sin perjuicio de ello, autores como Torres Carrasco opinan lo contrario argumentando principalmente que no hay norma imperativa que lo prohíba y que la autonomía de la voluntad permitiría la incorporación de casuales de exclusión incluso en una S.A. ordinaria.

En sede registral, el tema sigue siendo discutible existiendo por citar un ejemplo la Resolución N° 120-2000-ORLC/TR¹²³ de fecha 25 de Abril de 2000 que confirmó en mayoría la observación registral en el sentido que por estatutos una S.A.

¹²³ Resolución N° 120-2000-ORLC/TR de fecha 25 de Abril de 2000

ordinaria (EMPRESA DE TRANSPORTES EL NAZARENO S.A.), no podría incluir causales de exclusión ya que *“de admitirse esa posibilidad, en la sociedad sub-materia primaria la “affectio societatis” entre los accionistas, distorsionando la naturaleza de la sociedad anónima, introduciendo en ésta precisamente la nota característica de la mentalidad del socio de una sociedad anónima cerrada, (...) esto ocasionaría un trastocamiento en la relación del socio en la sociedad anónima”*.

Otra resolución que al contrario del primer ejemplo permite (con voto también en mayoría) la exclusión estatutaria en la S.A. ordinaria es la N° 747-2014-SUNARP-TR-L¹²⁴, de fecha 15 de Abril de 2014, en este caso, la empresa AGRÍCOLA TERCER MUNDO S.A. solicita la inscripción de la modificación de sus estatutos incorporando un pacto de exclusión de accionistas (artículo 11 inc. 6 el estatuto). La cláusula objeto de la modificación estatutaria respecto a la exclusión, señala lo siguiente:

“Art. 11:

6. Exclusión de accionistas: Pueden ser excluidos los accionistas que han cometido las siguientes causales que dan derecho a la exclusión con la indemnización de media unidad impositiva tributaria como mínimo y de cinco unidades impositivas tributarias como máximo a favor de la sociedad por los perjuicios ocasionados y devolviendo sus acciones en caso que la hubiere:

- a. Por haber sido sentenciado por cualquier delito ilícito contra la sociedad.*
- b. Por haber invadido y/o usurpado la propiedad de la sociedad, el accionista, esposa e hijos (...)*
- c. Por demanda a la sociedad y/o sus representantes por delitos no cometidos (...)*
- d. Por haber sido sancionado con suspensión de un período de tres a más años (...)*”

¹²⁴ Resolución N° 747-2014-SUNARP-TR-L de fecha 15 de Abril de 2014

Los principales argumentos de esta resolución son:

Considera que a pesar que tradicionalmente se han clasificado a las sociedades en sociedad de capitales y sociedad de personas, la realidad muestra que muchas sociedades tienen caracteres tanto de las sociedades de capitales como de personas, mixtura que permite la LGS en unos casos expresamente y en otros tácitamente al no prohibirlas.

Asimismo señala que al no existir norma que prohíba pactar la exclusión de accionistas en una S.A. ordinaria, la exclusión no sería una característica esencial de las SAC siendo por tanto su incorporación lícita.

Finalmente consideramos importante señalar que el Tribunal Constitucional en el Expediente 3004-2004-AA/TC¹²⁵ de fecha 6 de Diciembre de 2004 resolvió declarando fundado el recurso de extraordinario presentado por el accionista excluido Gilberto Cardoza Parrafo contra accionistas y miembros del directorio de la EMPRESA DE TRANSPORTES Y SERVICIOS N° 99 VICTORIA ISABEL S.A. por amenaza de violación de derechos constitucionales como el debido proceso, libertad de empresa y la propiedad, la que atribuye al hecho, entre otros argumentos, a que se habría convocado a una Junta General de Accionistas para deliberar su exclusión, la misma que se realizó vía Junta de accionistas aprobando su exclusión el 30 de Marzo de 2003.

El Tribunal Constitucional analiza en su resolución la lesión de derechos fundamentales producto de la exclusión del socio, señalando que el derecho constitucional comprometido sería el de la propiedad.

Para efectos de nuestra tesis, es sumamente importante el análisis que hace el Tribunal Constitucional al afirmar lo siguiente *“es claro que en la sociedad*

¹²⁵ Sentencia de la Primera Sala del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 3004-2004-AA/TC de 6 de Diciembre de 2004.

anónima, a diferencia de lo que sucede en otras sociedades, la condición de miembro de la Junta General de Accionistas se obtiene en mérito de la titularidad que se pueda tener sobre una acción, y no en base a la condición personal de su poseedor”.

Continúa el Tribunal, al hacer la diferenciación entre la exclusión permitida en una S.A.C frente a la exclusión de la S.A. analizada que el impedimento de la exclusión de socios en una S.A. ordinaria *“no es de aplicación a las sociedades anónimas cerradas, por cuanto por su propia naturaleza, su constitución no solamente tiene en consideración los aportes de capital, sino incluso, consideraciones de orden personal; de ahí que el referido artículo 248° haya dispuesto que en ese tipo de sociedades puedan pactarse causales de exclusión de los accionistas”.*

Del análisis de estas resoluciones podemos concluir que los argumentos en contra de la exclusión por causales estatutarias en la S.A. ordinaria, se basan principalmente en la naturaleza jurídica de la S.A. ordinaria como sociedad de capitales a diferencia de las sociedades de personas, motivo por el cual no se podría excluir a un accionista por conductas personales sino meramente por un incumplimiento de su aporte.

En esta línea, el argumento fuerza es que se pactaría contra la característica *intuitu pecunae* (aspecto sustantivo de la S.A.) y por ende la libertad de pacto que establece el artículo 55° de la Ley no es absoluta ya que los pactos lícitos no solo son aquellos que no van contra normas imperativas sino que es necesario que éstos no atenten contra el sistema de regulación social de la LGS.

Por otro lado los que están a favor se basan en lo señalado expresamente en el artículo 55° de la Ley General de Sociedades que regula el contenido del estatuto de una S.A. en general y señala lo siguiente:

“Adicionalmente, el estatuto puede contener:

- a. Los demás pactos lícitos que estimen convenientes para la organización de la sociedad”.*

Asimismo, el artículo 75° de la Ley General de Sociedades al regular las prestaciones accesorias señala en su primer párrafo:

“El pacto social puede contener prestaciones accesorias con carácter obligatorio para todos o algunos accionistas, distintas a sus aportes determinándose su contenido, duración, modalidad, retribución y sanción por incumplimiento y puede ser a favor de la sociedad, de otros accionistas o de terceros. Estas prestaciones no pueden integrar el capital social”.

En nuestra opinión, la aplicación de exclusiones a las sociedades anónimas ordinarias debe ser considerada de manera restrictiva, es decir las únicas sociedades anónimas ordinarias que tienen la característica personalista como esencial en comparación con su aspecto pecuniario es la empresa familiar, por tener en su esencia una naturaleza híbrida que trasciende el tipo o forma societaria que adquiera para su desarrollo, ésta se basa en dos pilares: (i) el control y propiedad de la empresa y (ii) la vocación de continuidad; motivo por el cual, es razonable que determinadas conductas exigidas a sus miembros y que busquen con ellas mantener su esencia cerrada y continuidad, mediante acuerdos estatutarios, consideren a la exclusión como un remedio en favor del bien social para la preservación de la empresa y la restitución de la armonía familiar y de la misma empresa.

Por ello, consideramos que sería factible que una sociedad anónima ordinaria pueda establecer en su estatuto prestaciones accesorias que por ejemplo refuercen el *“affectio societatis”* familiar con obligaciones expresas de dar, hacer o no hacer y cuyo incumplimiento tenga una sanción que podría ser la máxima como

la exclusión (la norma no establece límites ni tipo de sanción a ser pactado por la sociedad).

Pese a considerar que nuestros argumentos son sólidos al permitir que una empresa familiar constituida o derivada como S.A. ordinaria pueda regular causales de exclusión, reconocemos el peligro que se generalice esta opción a cualquier empresa S.A. ordinaria, dado que si permitimos esta exclusión de forma general, muchas sociedades anónimas ordinarias que no necesariamente sean familiares y en consecuencia no tengan esta característica de *intuitio personae* trascendental, podrían utilizar esta herramienta para excluir socios minoritarios cuando su naturaleza es meramente pecuniaria, perjudicando su derecho de propiedad.

Sin embargo, este peligro no debe desanimarnos a establecer algún mecanismo para que la exclusión de socios sea permitida en S.A. Ordinarias familiares, no sólo porque como lo hemos explicado líneas arriba, la naturaleza personalista de la empresa familiar lo permitiría, sino porque es innegable la existencia numerosa bajo el tipo de S.A. Ordinaria de empresas familiares que pese que en la actualidad, el uso de la exclusión por razones estatutarias de sus socios no está del todo claro en nuestro ordenamiento, han optado por este traje societario.

Por tanto, consideramos justificable, reforzar esta modalidad de S.A. en favor de las empresas familiares para que éstas voluntariamente consideren si esta herramienta de exclusión les es de su interés, incorporando las prestaciones accesorias que su naturaleza les exige en sus estatutos para proceder a excluir a los accionistas que no estén alineados a mantener la empresa como familiar o perjudicar su continuidad.

En esta intensión, consideramos viable una modificación a la Ley General de Sociedades en la que incorpore un solo supuesto de exclusión vía estatutaria de la S.A. ordinaria (la que sería una excepción a la regla) en favor de las empresas familiares, siendo los dos principales escollos a superar los siguientes:

- (i) Tener la certeza que se trata de empresas familiares y
- (ii) Que las causales de exclusión estén relacionadas con:
 - La naturaleza de este tipo de empresa, es decir mantener el control en manos de la familia empresaria (nos referimos principalmente a la exigencia de pactos de régimen económico matrimonial bajo la separación de bienes) y/o
 - Garantizar su continuidad como tal, lo que significa velar por el buen nombre de la empresa familiar sancionando conductas que perjudiquen directamente el nombre ganado, para ello la salida objetiva en este último caso para su regulación, sería listar como causal de exclusión el tener sentencias judiciales que regulen delitos relacionados a temas de corrupción por ejemplo o procesos en contra de los fundadores, situación que perjudica el buen prestigio que se ha podido ganar el apellido del fundador

Para que se pueda lograr este objetivo, consideramos que luego de la aprobación del acuerdo interno de exclusión por parte de la Junta de Accionistas la sociedad deberá solicitar en vía sumarísima a un Juez o a un árbitro (si ha sido adoptado el convenio arbitral como solución de conflictos en el estatuto), la formalización de la misma.

Consideramos que para garantizar que la decisión de excluir al socio pase por criterios relacionados a la naturaleza de la empresa familiar, la formalización de dicho acuerdo lo deberá dilucidar el juez o árbitro. Como se podrá advertir, esta propuesta contiene un problema en su aplicación puesto que será sumamente importante que se tenga total seguridad que estamos frente a una empresa familiar y que adicionalmente las obligaciones que se regulen para la exclusión estén relacionadas directamente con contrariar los fines de la empresa familiar que son el control de la empresa, su carácter cerrado y el prestigio del buen nombre de la familia lo que está relacionado con su continuidad.

Por tanto, nuestra propuesta debe ser tomada no sólo como una excepción a la regla sino que su aplicación debe ser ex-post, es decir vía resolución judicial o laudo arbitral en la que el Juez competente o árbitro pueda verificar lo siguiente:

1. Que se trate de una empresa familiar: Para lo cual el Juez o árbitro deberá considerar diferentes variables, como la composición accionaria que refleje que el control y propiedad está en manos de la familia empresaria, el carácter cerrado de la empresa, la misma que se puede constatar con la existencia de cláusulas de limitación de transferencia de acciones, cláusulas especiales de separación y/o extinción, así como la existencia de acuerdos parasocietarios que consignent obligaciones personales de los socios como también existencia de un Protocolo Familiar.

Estas presunciones no son ajenas a regulaciones extranjeras, por ejemplo, es interesante recordar que en el texto del Real Decreto Español 171/2007 se establece que “*será familiar una sociedad de personas o capital en la que existe un protocolo (...)*” es decir que genera una presunción para determinar que una empresa es familiar o no, en nuestro caso, consideramos que no solo deberá el juez o árbitro determinar el carácter familiar a la existencia de un protocolo de fecha cierta sino a las otras consideraciones (cláusula de limitación de transferencia de acciones, acuerdos parasocietarios, etc), que generen convicción en el resolutor sobre si una empresa es o no familiar.

2. Que las cláusulas de exclusión estén relacionadas con obligaciones que busquen mantener el control de la empresa en el seno familiar o su continuidad: Para ello, el Juez o árbitro considerarían como válidas para aplicar la exclusión, el incumplimiento de prestaciones accesorias relacionadas a la separación de bienes en caso de accionistas que contraigan matrimonio civil y las cláusulas de protección a la imagen

familiar frente a la sociedad y cláusulas que se refieran a conflictos judicializados entre sus miembros.

3. Que la sociedad garantice el pago del valor de las acciones del socio excluido: Dado que estamos ante un mecanismo sancionatorio extremo como es la exclusión del socio, consideramos que a fin de no perjudicar el derecho de propiedad según la forma de valorización establecida en la cláusula 200° de la LGS y evitar la continuación del conflicto de intereses dentro de la sociedad, será necesario que la empresa garantice que el pago de las acciones del infractor se realice en la oportunidad pactada en el estatuto o por acuerdo de las partes, por lo que es recomendable que la empresa familiar que desee tener esta herramienta disuasiva acuerde previamente en su estatuto el procedimiento de valorización de las acciones.

Consideramos que la revisión judicial o arbitral del acuerdo de Junta General de Socios que permita la exclusión de un accionista en una empresa familiar S.A. ordinaria para hacerla válida, prevendría el peligro que empresas donde se impone el *intuitu pecunae*, utilicen esta figura en contra de accionistas minoritarios o utilización de causales que no tengan relación con el *affectio societatis* o *intuitu personae* que se exigiría para estos casos.

3. La limitación a la libre transmisibilidad de acciones

3.1. La limitación a la libre transmisibilidad de acciones en una S.A.

El artículo 101° de la LGS regula en su sección tercera, título I denominado Disposiciones Generales, la potestad que en una sociedad anónima pueda pactar o incorporar limitaciones a la transferencia de acciones, para lo cual se requiere un pacto expreso dado que la norma general en una S.A. es que las acciones son libremente transmisibles. Los pactos expresos exigidos por la Ley para que sean

de observancia obligatoria para la sociedad, serán los que se consignan en el pactos social, en el estatuto, y los que se originen entre convenios entre accionistas y entre accionistas y terceros, que hayan sido notificados a la sociedad.

Las limitaciones se clasifican dos tipos, las denominadas cláusulas de consentimiento y las denominadas cláusulas de preferencia, como se puede apreciar ambas buscan reforzar el carácter cerrado de la empresa, limitando la entrada de terceros a la sociedad. Veamos cada una de ellas:

- a) Las cláusulas de consentimiento: Son aquellas que condicionan la validez de la transferencia de la acción a la previa aprobación de un órgano social designado, que puede ser en el caso de la S.A. ordinaria, la misma Junta General de Accionistas o el Directorio. Sin embargo, la doctrina como es el caso de Elias Laroza, cuestiona su validez dado que *“teniendo en cuenta que pueden generar situaciones que no pueden ser combatidas por el accionista (...) no serán válidas en la medida que hagan desaparecer la libertad de contratar, con lo que puede ser impugnada la decisión del órgano jurisdiccional”*.¹²⁶

Lo que se busca prevenir es que bajo el ropaje de cláusula de consentimiento se esconda un impedimento absoluto de transferir situación prohibida por la norma societaria.

Consideramos que este tipo de cláusulas limitativas no serían recomendables para el caso de la empresa familiar, ya que dado que la característica esencial es su condición de cerrada y de mantener el control y propiedad en manos de la familia empresaria, es previsible que esta aprobación será negativa, más aún si existiera un Protocolo Familiar que regula esta alineamiento a los miembros de la familia empresaria que

¹²⁶ ELIAS LAROZA, Enrique Op .Cit Pág. 205

tengan los votos suficientes para consentir o no determinada transferencia que considere el ingreso a un extraño.

- b) Las cláusulas de preferencia o tanteo: Son aquellas que permiten mediante un procedimiento muy sencillo comunicar la decisión de transferencia al órgano societario señalando precio, plazo y beneficiario del derecho de compra, de tal manera que “el o los socios originales” informados de ello, decidan su intervención en la transferencia sustituyendo al interesado primigenio en los mismos términos y condiciones.

Colocamos entre comillas la expresión “socio original”, porque es interesante analizar si un tercero ajeno a la sociedad anónima es decir un “no accionista” pudiera tener el derecho de adquisición preferente. Esta inquietud parte del supuesto frecuente que exista el caso que miembros de la familia, con expectativas en adquirir la propiedad de acciones que no son accionistas, puedan ejercer este derecho usualmente limitado a los socios o accionistas originales.

Veamos un caso ficticio que puede ilustrar mejor este supuesto. La familia empresaria X cuenta con una Asamblea de Familia compuesto por Fundador, sus tres hijos y sus seis nietos, a razón de dos por cada hijo del fundador.

F.

A.	B.	C.			
d.	e.	f.	g.	h.	i.

Asimismo, en la familia empresaria ostenta el negocio MI FAMILIA S.A. que se encuentra en tercera generación con nietos del fundador trabajando en la misma y en el que se encuentra como socio con 1% un tercero no familiar denominado Z. , la estructura accionarial es la siguiente:

- F. 69% acciones suscritas y pagadas (Fundador - socio familiar)
- A. 5% de acciones suscritas y pagadas (hijo de Fundador - socio familiar)
- B. 10% de acciones suscritas y pagadas (hijo de Fundador - socio familiar)
- C. 10% de acciones suscritas y pagadas (hijo de Fundador - socio familiar)
- d. 5% (nieto de Fundador – socio familiar)
- Z. 1% (socio externo)

En el ejemplo que proponemos el accionista A. pretende transferir su 5% de acciones a un tercero denominado “Y”.

En el caso de MI FAMILIA S.A. que tiene la intención de seguir manteniéndose como familiar veríamos dos preocupaciones, la primera evitar que un tercero ajeno a la familia ingrese como socio antes que algún miembro familiar y la segunda preocupación sería que no se pierda el equilibrio en el control y propiedad de las ramas de familia, es decir mantener en el porcentaje de control a favor de cada rama familiar involucrada.

Para ello, sería razonable que se establezca una prelación para el ejercicio del derecho de adquisición preferente y dado la estructura de MI FAMILIA S.A. la prelación más viable sería la siguiente:

- Primera opción: Accionista Familiar de la misma rama, en este caso sería el accionista d. o F. que en su condición accionista y perteneciente a la misma rama familiar, podrían ejercer este derecho.
- Segunda opción: Familiar no accionista de la misma rama del vendedor en este caso el familiar e., tendría la opción incluso por encima de los otros accionistas de la empresa a fin de no perder el control por rama.
- Tercera opción: Accionista familiar de otra rama que en el ejemplo propuesto podría aplicar para B. y C.
- Cuarta opción: Familiar no accionista que en este caso aplicarían f.g.h.i.

- Quinta opción: Socio no familiar que sería aplicable a la empresa MI FAMILIA S.A. solo en el caso que exista en la estructura societaria un accionista sin relación de parentesco o adopción respecto al Fundador o demás accionistas, en el ejemplo propuesto Z.
- Sexta opción: Cualquier interesado

Con este ejemplo, apreciamos que el derecho de adquisición preferente en una empresa familiar no necesariamente encuentra los efectos deseados limitando su beneficio a los accionistas, sino que este tipo de empresas es caldo de cultivo de figuras creativas que permitan no sólo mantener el control familiar en manos de la familia empresaria, sino garantizar la permanencia de los porcentajes de control según rama familiar que también es de una indubitable necesidad a fin de evitar la ruptura de la armonía familiar deseada.

La dificultad que se podría presentar ante esta posibilidad, es respecto a la comunicación a los beneficiarios que nos sean socios, información que debe ser proporcionada al Gerente, a fin de informar de la intención de venta y consultar si el beneficio de prelación será ejercido por los no socios.

Consideramos que esta dificultad podría ser superada al establecer estatutariamente como obligación del accionista vendedor por ejemplo, la de informar al Gerente en cuanto se tenga el interés de transferir alguna o algunas acciones, del contenido del protocolo familiar documento en donde se encontrará consignado el nombre y dirección de los miembros de la familia que accederían al derecho por rama familiar.

Ahora bien, superado el tema operativo, resulta pertinente preguntarnos, si el pacto con prelación escalonada del derecho de adquisición preferente a favor de un “no accionista” frente a otros que sí lo son, es válido en nuestro ordenamiento societario.

Al respecto, pese a reconocer que no es lo común, no hay impedimento alguno en aceptarlo como válido, nos basamos en una interpretación del mismo artículo 101° de la LGS, que pese a no declarar expresamente que podría pactarse un beneficiario del derecho de adquisición preferente que no sea accionista, consideramos que indirectamente lo consideraría dado que en el mismo artículo se señala en su segundo párrafo lo siguiente:

“Las limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones son de observancia obligatoria para la sociedad cuando estén contempladas en el pacto social, en el estatuto o se originen en convenios entre accionistas o entre accionistas y terceros, que hayan sido notificados a la sociedad”
Subrayado nuestro.

En efecto, si por norma expresa se aceptaría bajo determinadas formalidades como la comunicación a la sociedad y la anotación en el libro de matrícula de acciones que un convenio entre accionistas y terceros ajenos a la sociedad pacten por ejemplo un derecho de adquisición preferente a favor de terceros ajenos a la sociedad, con mayor razón el documento más importante de vinculación de acuerdos como es el pacto social o el estatuto, podría establecer entre sus cláusulas el beneficio a un tercero no accionista.

Elias Laroza¹²⁷ asume la misma posición al señalar *“en cuanto a los beneficiarios, lo usual es que se establezca a favor de los demás accionistas, o de algunos de ellos, pero la estipulación también puede considerar a terceros ajenos a la sociedad o incluso a ella misma”*.

3.2. La limitación a la libre transmisibilidad de acciones en una S.A.C.

Ahora bien, el ejemplo de MI FAMILIA S.A. también podría aplicarse a una empresa familiar constituida o derivada en S.A.C. En este caso a MI FAMILIA

¹²⁷ ELIAS LAROZA, Enrique Op. Cit., Pág. 206

S.A.C. se le aplicaría una norma expresa en la LGS, el artículo 237° mediante el cual se establece que el accionista que esté interesado en transferir total o parcialmente sus acciones a otro accionista o a terceros, está “*obligado a comunicar a la sociedad mediante carta dirigida al Gerente General, quien lo pondrá en conocimiento a los demás accionistas para que dentro de los plazo de treinta días puedan ejercer el derecho de adquisición preferente a prorrata de su participación en el capital*”.

A diferencia de lo señalado en la norma general del 101° de la LGS en el caso de la norma expresa de la S.A.C. se hace referencia a que la comunicación será a los “demás accionistas”, por lo que en principio se podría entender que no habría posibilidad de ampliar el beneficio a familiar no accionista.

Sin embargo, el último párrafo del mismo artículo descarta esa interpretación dado que permite que el estatuto podrá establecer otros pactos para la transmisión de acciones e inclusive puede suprimir el derecho de preferencia para la adquisición de acciones, de manera que si la sociedad puede lo más (suprimir el derecho) con mayor razón puede lo menos (establecer el derecho con prelación escalonadas inclusive en beneficio de terceros no accionistas).

3.3. El caso especial de la limitación de libre transmisibilidad de acciones en una S.A.A.

Finalmente, corresponde analizar el caso especial de la Sociedad Anónima Abierta (S.A.A.) en relación a la posibilidad que como empresa familiar se pueda pactar algún tipo de limitación a la transferencia de acciones, para ello es necesario revisar cómo se ha regulado en nuestra Ley General de Sociedades las estipulaciones relacionadas a la limitación de la libre transmisibilidad de acciones.

El artículo 254° de la LGS modificado por el artículo único de la Ley N° 27303 publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 10 de Julio del 2000, señala lo siguiente:

“Artículo 254°: ESTIPULACIONES NO VÁLIDAS

No son válidas las estipulaciones del pacto social o del estatuto de la sociedad anónima abierta que contengan:

- 1. Limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones.*
- 2. Cualquier forma de restricción a la negociación de acciones.*
- 3. Un derecho de preferencia a los accionistas o a la sociedad para adquirir acciones en caso de transferencia de éstas.*

La sociedad anónima abierta no reconoce los pactos de accionistas que contengan las limitaciones, restricciones o preferencias antes referidas, aun cuando se notifiquen o inscriban a la sociedad.

Lo previsto en este artículo no es de aplicación a las clases de acciones no inscritas de conformidad con lo previsto en el artículo 252°¹²⁸.”

La norma anteriormente señalada, hace referencia a dos tipos de acciones en una S.A.A., la primera que corresponde a las acciones inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores y que por la característica especial de esta sociedad como idónea para la gran sociedad anónima que recurrirá al ahorro público para concentrar cantidades considerables de capital, “*encontramos que las acciones se encuentren difundidas entre miles de accionistas y que se transmite*

¹²⁸ Por su parte el artículo 252° también incorporado en por la ley 27303 establece que en la S.A.A. se debe inscribir todas sus acciones en el Registro Público del Mercado de Valores y en el segundo párrafo señala que no sería obligatoria la inscripción de la clase o clases de acciones que estén sujetas a estipulaciones que limiten la libre transmisibilidad, restrinjan la negociación u otorguen derecho de preferencia para la adquisición de las mismas derivadas de acuerdos adoptados con anterioridad a la verificación de los supuestos previstos en los incisos 1,2 y 3 del artículo 249 o suscritos íntegramente, directa o indirectamente, por el Estado. Al respecto los incisos del artículo 249 al que se hace referencia son:

- Haber hecho oferta pública primaria de acciones u obligaciones convertibles en acciones.
- Tener más de 750 accionistas
- Más del 35% del capital pertenece a 175 o más accionistas cuya tenencia accionaria individual no alcance al 2 por mil del capital o exceda del 5% del capital.

*frecuentemente*¹²⁹. Esto coincide con un principio bursátil universal que es la irreinvindicabilidad de las acciones por lo que en principio cualquier limitación a la transferencia de acciones de una S.A.A. que se transen en un mecanismo centralizado de negociación es inoponible, ya que de considerarlo válidas estas limitaciones, afectaría el dinamismo que requieren operaciones de transferencia de valores poniendo el peligro el sistema mismo de transferencia de acciones cotizadas en bolsa.

Este principio es recogido por nuestra LGS al señalar como no válidas este tipo de estipulaciones aun cuando se notifiquen o inscriban en la S.A.A.

Sin embargo, el último párrafo del mismo artículo, parece abrir la posibilidad de una excepción que es el caso de las acciones no inscritas de conformidad a lo previsto en el artículo 252°, que a su vez señala que no será obligatoria la inscripción en el Registro Público del Mercado de Valores las siguientes acciones:

- Clase o clases de acciones que tengan las estipulaciones limitantes a la libre transmisibilidad, las que restrinjan la negociación u otorguen derecho de preferencia derivadas de acuerdos adoptados antes a la verificación de los supuestos de: (i) oferta pública primaria de acciones u obligaciones convertibles en acciones, (ii) cuando tenga más de 750 accionistas y (iii) cuando exista más del 35% del capital perteneciente a 175 o más accionistas cuya tenencia accionaria individual no alcance al dos por mil del capital o exceda del 5% del capital.
- Clase o clases de acciones suscritos íntegramente, directa o indirectamente por el Estado.

Vemos entonces que puede haber en una empresa constituida en S.A.A. dos tipos de acciones, las primeras cuya inscripción en el Registro de Mercado de Valores es de obligatorio cumplimiento y las segundas (para el caso de las empresas

¹²⁹ MONTOYA ALBERTI Ulises y Hernando, Derecho Comercial Tomo I Op.Cit. Pág. 589

familiares objeto de la presente tesis) correspondería a aquellas acciones de otra clase que tengan determinadas estipulaciones que coinciden con el carácter cerrado y que la norma otorga la facultad de no proceder a su inscripción siempre que se hayan acordado antes de la verificación de los tres supuestos anteriormente referidos.

Por tanto, si la empresa familiar que deriva en S.A.A. tiene acciones no inscritas en el Registro de Mercado de Valores por su naturaleza limitativa en la transferencia, por haberse derivado de estipulaciones anteriores a los supuestos previstos en los incisos 1), 2) y 3) del artículo 249°, estos acuerdos serían totalmente válidos y oponibles a la misma sociedad.

Según la exposición de motivos este tratamiento se consideró pensando en una sociedad anónima que antes de que en ella se verifique cualquiera de los supuestos de los incisos 1) 2) y 3) del 249° exista emitida una clase de acciones que reserve para sus accionistas derechos especiales que permitan mantener estable el control de la sociedad a través de pactos relativos a la transmisibilidad de las acciones de dicha clase. Por tanto el artículo mencionado tiene como finalidad no desincentivar a empresas familiares y sociedades cerradas en recurrir al mercado de valores como alternativa de financiamiento sin que exista el riesgo de pérdida de control.

Diferente tratamiento correspondería al caso de la empresa familiar que deriva en S.A.A., pero no consideró la comunicación de los acuerdos limitativos a la sociedad, no formalizó la diferenciación de clase de acciones e inscribió en el Registro de Mercado de Valores dichas acciones; o luego de verificado los supuestos previstos en los incisos 1), 2) y 3) del artículo 249° se realiza un pacto parasocietario limitando la transferencia de aquellas acciones que aún queden en propiedad de la familia empresaria. No hay duda que estos pactos no son oponibles a la sociedad emisora, por lo que no será exigible a la S.A.A.

Cabe hacernos la pregunta si pese a no ser oponible a la sociedad los pactos limitantes según los supuestos señalados en el párrafo anterior, se podría exigir la indemnización de daños y perjuicios que se suele colocar como sanción de incumplimiento de la limitación, restricción o derecho de preferencia de las acciones inscritas.

Al respecto, coincidimos con Roselló de la Puente¹³⁰, quien señala que en estos casos *“el objeto mismo del convenio es ilícito, ya que el objeto del acuerdo o pacto no es imponer una penalidad o indemnización al que transfiera acciones del modo distinto al convenido, sino impedir que las acciones (inscritas en el mercado de valores) se transfieran o negocien libremente. La indemnización sólo es la consecuencia del incumplimiento de ese objeto”*.

Consideramos que todo acuerdo de limitaciones de transferencia o preferencia de acciones de una S.A.A. que se encuentren inscritas en el Registro de Mercado de Valores, necesariamente buscarán perseguir una finalidad que la ley general de sociedades no admite, es decir un fin ilícito, siendo contrarias a Ley y dado a que el artículo 219° de nuestro código civil señala como supuesto de nulidad, el fin ilícito, consideramos que estos acuerdos son nulos por lo que sería inexigible inclusive la sanción de indemnización de daños y perjuicios que se pacte por incumplimiento.

“Artículo 219°: Causales de Nulidad:

El acto jurídico es nulo:

(...)

4. Cuando su fin sea ilícito”.

En conclusión, en una empresa familiar S.A.A., la familia empresaria deberá pactar mediante protocolo o acuerdo parasocietario las limitaciones o preferencia por acciones antes de la verificación de los supuestos 1), 2) y 3) del artículo 249° y

¹³⁰ ROSELLÓ DE LA PUENTE, Rafael y OCAMPO VAZQUEZ, Fernando “La sindicación de acciones” en Tratado de Derecho Mercantil Tomo I, Op. Cit. Pág. 151

estas acciones especiales deberán pertenecer a una clase de acciones no inscribibles en el Registro de Mercado de Valores. Sólo de esta manera el incumplimiento a la limitación o preferencia para la adquisición de acciones, podrá ser oponible y adicionalmente se podría exigir una sanción por incumplimiento a modo de indemnización económica si así lo pacta el acuerdo de accionistas.

4. El control de la empresa familiar

Como hemos venido señalando a lo largo de la presente tesis, la empresa familiar presenta dos preocupaciones básicas que la diferencia de los múltiples problemas que podrían compartir con otro tipo de empresas. Nos referimos a la necesidad de mantener el control y propiedad de la empresa en manos de la familia empresaria y garantizar su continuidad como tal, entendemos que esta última preocupación no se limita a que la empresa se mantenga en manos de la familia empresaria sino que mantenga también los acuerdos de equidad en porcentajes accionariales a favor de las ramas familiares en caso de haberlo acordado, dado que un incremento a determinada rama familiar de su cuota de votos, podría generar perjuicios tan graves que afecte la armonía de la familia empresaria y por ende los conflictos entre sus miembros.

En esta última parte de nuestra investigación nos detendremos a analizar cómo la empresa familiar puede generar mecanismos que garanticen que por ejemplo ante un aumento de capital no se afecte el porcentaje accionarial a favor de algunas ramas familiares en perjuicio de otras, la conveniencia de emitir determinadas clases de acciones y los instrumentos legales que podrían garantizar el nombramiento de determinado tipo de director o gerente en la empresa familiar.

4.1. Las clases de acciones

Nuestra Ley General de Sociedades establece expresamente en su artículo 88° la posibilidad que en una sociedad anónima puedan existir diversas clases de acciones, señalando que la diferencia puede consistir en los derechos que correspondan a sus titulares, en las obligaciones a su cargo o en ambas cosas a la vez, pudiendo crearse en el pacto social o acuerdo de la junta general.

Esta posibilidad de crear diferentes clases de acciones deriva de los distintos y diversos intereses que tienen los accionistas de una sociedad anónima que si bien es cierto podrían compartir todos el ánimo de lucro, existirían matices que hace que ese objetivo se busque de distintas formas. Para Beaumont Callirgos¹³¹, se pueden reconocer tres grupos de accionistas:

- (i) Accionistas de mando o gestión que se interesan en participar activamente en la dirección y administración de la empresa a través de sus órganos.
- (ii) Accionistas rentistas que les interesa invertir su capital con el objetivo de obtener un dividendo no estando generalmente interesados en la gestión social.
- (iii) Accionistas jugadores y mercaderes que compran y venden acciones generalmente en el mercado bursátil para generar ingresos con los diferenciales.

Esta realidad que suele reflejarse en la empresa familiar, ha ocasionado la creación en la flexible sociedad anónima de figuras y mecanismos que se adecúan a los distintos intereses existentes, como por ejemplo la acción sin derecho a voto que trastocan el principio a voto del accionistas que hasta hace poco se entendía como un derecho esencial a la condición de éstos.

¹³¹ BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo, “Comentarios a la Ley General de Sociedades” Op. Cit. Pág. 247

Al respecto, veamos los dos clases de acciones que son expresamente reguladas en nuestra norma societaria como son las acciones con derecho a voto y las acciones sin derecho a voto reguladas en los artículos 95° y 96° respectivamente.

Respecto a las primeras también denominadas acciones ordinarias o comunes, para Beaumont Callirgos¹³² “*son aquellas que atribuyen a sus titulares el régimen normal de derechos y obligaciones integrantes de la condición de accionista*”, sus titulares participan por igual sin preferencia alguna de los beneficios económicos tales como el derecho a percibir utilidades del ejercicio y en el saldo de la liquidación de la sociedad.

Para Elias Laroza¹³³, en el artículo 95° se detalla las atribuciones que derivan para el accionista en razón de su titularidad de la acción que se clasifican en derechos patrimoniales y derechos políticos y administrativos del accionista.

Del artículo 95° podemos señalar como derechos políticos y administrativos del titular de acciones comunes las siguientes:

- 2) Intervenir y votar en las juntas generales o especiales, según corresponda.
- 3) Fiscalizar en la forma establecida en la ley y el estatuto, la gestión de los negocios sociales.
- 4) Ser preferido, con las excepciones y en la forma prevista en esta ley, para:
 - a) La suscripción de acciones en caso de aumento de capital social y en los demás casos de colocación de acciones.
- 5) Separarse de la sociedad en los casos previstos en la ley y en el estatuto

Podemos encontrar en la LGS artículos que complementan las atribuciones de un titular de acciones comunes, centrándonos nuevamente en sus derechos políticos, se consigna el derecho de impugnar judicialmente los acuerdos de la Junta

¹³² BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo, “Las acciones de las sociedades anónimas” En: Tratado de Derecho Mercantil Tomo I, Op. Cit. Pág. 385

¹³³ ELIAS LAROZA, Enrique “Derecho Societario Peruano” Op. Cit, Pág. 192

General que sean contrarios a la ley, se oponga al estatuto o lesione, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad, esta atribución la encontramos en el artículo 139° y como derecho administrativo, no cabe duda que también abarca el derecho de información oportuna y fidedigna que regula los artículos 130° y 175° de la LGS.

Para el tema que nos ocupa, dado que las acciones comunes atribuyen a su titular derecho políticos, son de fundamental importancia para mantener el control de la empresa en manos de la familia empresaria, por tal motivo resulta evidente que en una empresa familiar que busque su continuidad como tal, se recomiende que sean los miembros de la familia los titulares de las acciones comunes al menos en el porcentaje suficiente que permita a la familia continuar con el control empresarial.

En contraposición, las acciones sin derecho a voto reguladas en el artículo 96° y 97° de la LGS sólo le corresponden principalmente derechos patrimoniales preferenciales y privilegiados respecto a las acciones comunes tales como: la preferencia en el reparto de utilidades y patrimonio neto resultante de la liquidación, derecho a percibir el dividendo preferencial que establezca el estatuto y el derecho de suscribir acciones de su misma clase en caso de aumento de capital a fin de no perder su participación. Estos beneficios y privilegios compensarían la eliminación del derecho de voto, no significando que esta clase de acciones carezca por completo de derechos políticos mínimos que se señalan en los numerales 2 y 3 del artículo 96° y que a continuación describimos:

- 2) Derecho a ser informado cuando menos semestralmente de las actividades y gestión de la sociedad.
- 3) Impugnar los acuerdos que lesionen sus derechos.

Como podemos evidenciar las acciones sin derecho a voto son instrumentos idóneos para captar capital o incorporar socios valiosos a la empresa sin que se ponga en riesgo el control y poder de la familia empresaria en la sociedad.

Asimismo la incorporación de acciones sin derecho a voto permitiría sin riesgo alguno, otorgar un aliciente a los socios expectativos pudiéndose crear acciones con derechos y obligaciones especiales que permiten reordenar el accionariado de la empresa familiar.

Al respecto, coincidimos con lo que señala Sandra Echaiz Moreno¹³⁴ quien afirma que en la empresa familiar se podría tener por ejemplo acciones con derecho a voto, que traen consigo derechos políticos vital para la familia empresaria y acciones sin derecho a voto ideales para *“las familias empresarias que no permiten la inclusión de familiares políticos en la propiedad de la empresa, pero, siendo permisivos y considerando que a veces deben o quieren ingresar a la propiedad, se le podría entregar siempre a ellos, acciones sin derecho a voto”*.

4.2. Las modificaciones de capital social y la reorganización de sociedades en la empresa familiar

Una de las causas de conflictos en una empresa familiar es la ruptura del equilibrio de control de las ramas familiares, esto no sería un tema de importancia en una empresa familiar que se encuentre en la etapa de fundador o primera generación, pero sí en las empresas familiares que han superado esta primera etapa.

En efecto, en las empresas familiares a partir de la segunda o tercera generación (sociedad de hermanos y consorcio de primos respectivamente), se comparte como preocupación que sus porcentajes accionariales sean equivalentes a las de otras ramas a fin de mantener no sólo el control de la empresa en manos de la

¹³⁴ ECHAIZ MORENO, Sandra “Derecho y empresas familiares” Op. Cit. Pág. 178

familia empresaria sino que su rama familiar no pierda las cuotas de poder ostentadas en relación a la otra con quien comparten la dirección y control.

Es por ello, que cualquier modificación en la estructura accionarial de la sociedad sea ante la decisión de aumentar o reducir el capital social o alguna reorganización social -probablemente producto de un análisis relacionado a una estrategia económica o fiscal-, pondría en alerta a los miembros de la familia empresaria ya que pueden verse perjudicados en su porcentaje accionarial inicial.

Un cambio del porcentaje de las acciones, repercute no sólo la capacidad de control político de la empresa en casos su acciones tengan derecho a voto, sino las expectativas económicas que la tenencia de sus acciones les garantiza.

En ese sentido, consideramos que siguiendo las prácticas de Buen Gobierno Corporativo¹³⁵, resultaría necesario reforzar las obligaciones de los órganos societarios (en este caso el órgano competente sería el Directorio) a fin de comunicar y brindar mayor información a favor no solo de los accionistas (sean mayoritarios o minoritarios) en los casos de un planeamiento de modificación de capital voluntario (sea aumento o reducción de capital) o planeamiento de reorganización de la empresa, sino dar ese mismo tratamiento informativo a los accionistas que representan alguna rama familiar por más minoritaria que ésta sea, refuerzo que podría considerarse en los estatutos de la empresa mediante la regulación de un procedimiento simple como requisito previo a la convocatoria a Junta de Accionistas y que permita se exponga la conveniencia de las figuras mencionadas al Consejo de Familia para su evaluación.

¹³⁵ Al respecto la norma no vinculante aprobada el 2002 por la Conasev (hoy SMV) denominada “Principios de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas” indica en su introducción pág. 7 que “El gobierno corporativo explica las reglas y procedimientos para tomar decisiones en asuntos como el trato equitativo de accionistas, el manejo de conflicto de intereses, la estructura de capital, los esquemas de remuneración e incentivos de la administración, las adquisiciones de control, la revelación de información, la influencia de inversionistas institucionales, entre otros, que afectan el proceso a través del cual las rentas son distribuidas”

Para ello, es pertinente trasladar al Directorio de forma expresa esa obligación adicional informativa y el cumplimiento del procedimiento previo, con las responsabilidades que ello conlleva en caso de incumplimiento.

En este caso el Directorio, al corresponderle las funciones de dirección y planeamiento, se encargaría de brindar la información veraz a los accionistas incluido los que representan a determinada rama familiar o al mismo Consejo de Familia por ejemplo, desarrollando las razones y consecuencias que traerían las modificaciones de capital o reorganización propuesta, y no sólo eso, consideramos que dado la naturaleza de la empresa familiar, este órgano deberá informar al Consejo Familiar como se reflejaría el resultado accionarial luego de la modificación de capital o reorganización propuesta a fin de lograr un consenso en la familia empresaria.

Será cada rama familiar la que con esta información pueda en el seno corporativo y en el ejercicio de sus votos, tomar decisiones con conocimiento o en caso la información a analizar sea de gran complejidad, trasladar a un asesor especializado, dicho informe para que les brinde sus conclusiones y sugerencias a fin que su voto sea bien emitido en correspondencia a sus particulares intereses.

Como podemos apreciar, las peculiaridades de la empresa familiar nos obliga a ser más exigentes en la información que se pueda dar respecto a los cambios en la estructura accionarial que pueda derivar luego de la aprobación de una decisión de modificación de capital social o de reorganización. En efecto, la particularidad para enfrentar estas figuras societarias se diferencia en las otras sociedades por el celo en mantener el control de la empresa a manos de la familia o mantener el equilibrio por ramas familiares, siendo los procedimientos, requisitos y condiciones similares en todo tipo de empresas.

Por otro lado, el papel del Directorio en estas decisiones corporativas de impacto directo con los intereses de cada rama familiar, hace indispensable que la

empresa familiar escoja miembros del directorio profesionales, éticos e independientes que no cedan la presión de los accionistas mayoritarios o la rama familiar que gestiona la empresa, respeten el principio de veracidad de la información a ser brindada.

Creemos que el deber de veracidad no solo debe abarcar la transparente información sobre la realidad económica, contable de la empresa y los efectos esperados por la modificación de capital social o la reorganización planificada, sino la descripción del resultado que dichas operaciones ocasionará en la estructura accionarial, a efectos que la familia empresarial involucrada tome una decisión de voto informada y calculada, sea que se solicite el aumento, la reducción o la reorganización de la empresarial en cualquiera de sus modalidades.

Por ello, en una empresa familiar desde la segunda o tercera generación con aspiración de crecimiento, deberá reforzar el papel informativo del Directorio el mismo que deberá ser mayoritariamente independiente respecto a la familia empresaria.

4.2.1. El caso especial del aumento de capital por nuevos aportes:

En un aumento de capital, se busca incrementar o fortalecer el activo de la sociedad mejorando su situación económica, a cambio de la entrega a los aportantes de nuevas acciones o del aumento de valor nominal de las acciones existentes.

Es en el aumento de capital que la modificación de los porcentajes accionariales será inevitable, cuando: (i) Nos encontremos en el supuesto de nuevos aportes y (ii) Se configure el caso que no todos los accionistas puedan ejercer su derecho de suscripción preferente, mecanismo que la Ley General de Sociedades con buen criterio ha regulado para evitar el licuado de los accionistas ante la emisión de nuevas acciones ya que dicha herramienta garantiza que los accionistas mantengan la proporción primigenia.

En efecto, los nuevos aportes implicarán necesariamente la creación de nuevas acciones y si solo algunos accionistas pueden aportar esa inyección de recursos, inevitablemente se generará un cambio en la estructura accionarial en perjuicio de aquellos accionistas que no puedan aportar proporcionalmente los recursos demandados.

Por ello, consideramos que el riesgo de licuado de accionistas en los casos de modificación de capital se ve más evidente en el aumento de capital, siendo el derecho de suscripción preferente, un primer remedio para evitar en lo posible un perjuicio a los accionistas minoritarios.

4.2.1.1. El Derecho de suscripción preferente en los casos de empresas familiares:

El primer remedio mencionado anteriormente lo regula el artículo 207° de la LGS, norma que señala que ante un aumento de capital por nuevos aportes, los accionistas podrán suscribir a prorrata de su participación accionaria, las acciones que se creen, según indica Rodrigo Prado¹³⁶, *“permite a quienes ya son accionistas en una empresa a mantener su suscripción relativa tanto en el accionariado de la empresa (dejando inalterable el balance de control existente en ella) cuando en el porcentaje de su participación en los dividendos, reservas y eventualmente activos en el momento de su liquidación”*.

Esta figura sólo cumpliría su propósito, si en la oportunidad que los accionistas mayoritarios aprueban con las formalidades de ley un aumento de capital y la emisión de nuevas acciones, la rama familiar amenazada tuviera los recursos suficientes para ejercer su derecho de suscripción. En efecto, el ejercicio de ese derecho va de la mano con la capacidad económica de suscribir en esa oportunidad y no en otra, las acciones suficientes para no perder su porcentaje.

¹³⁶ RODRIGO PRADO, Luis Carlos, “El derecho de suscripción preferente” En: Tratado de Derecho mercantil” Op. Cit. Pág. 777

Por ello, la figura de suscripción preferente, también denominada como derecho de opción, se ha ideado para que ante un aumento de capital por nuevos aportes, exista la oportunidad de cualquier accionista de no ser diluido o “licuado”. Sin embargo para su ejercicio se requiere contar con los recursos suficientes en la oportunidad exigida para suscribir las acciones que le permitirían mantener su proporción, que en primera rueda tendrá que ejercerse antes de los diez días contados a partir de la fecha del aviso de publicación o de fecha posterior que al efecto se consigne en el aviso (artículo 208° de la LGS) existiendo otros mecanismos de compensación limitados a lo estrictamente económico.

Para Elias Laroza¹³⁷ *“si el accionista no tiene recursos para la suscripción de nuevas acciones que le corresponden, puede transferir a terceros su derecho de suscripción preferente, recuperando de esa manera, en todo o en parte, el valor que de otra manera habría perdido”*. Al respecto, pese a la pertinencia que esta herramienta brinda al accionista que no tenga recursos para suscribir acciones, el remedio es la compensación con un valor económico que podría generar a su favor producto de la transferencia de derecho, sin embargo dicho remedio no evita la consecuencia negativa de pérdida de su porcentaje accionarial y en consecuencia, la pérdida del control de la empresa familiar en el porcentaje que tenía antes del aumento de capital social.

Veamos un ejemplo que ilustraría el supuesto de conflicto entre ramas familiares.

La empresa “MI FAMILIA S.A.” con 100 soles de capital social, cuenta con los siguientes accionistas:

- Socios de Rama Familiar A con 30% de acciones suscritas y pagadas
- Socios de Rama Familiar B con 30% de acciones suscritas y pagadas
- Socios de Rama Familiar C con 30% de acciones suscritas y pagadas

¹³⁷ ELIAS LAROZA, Enrique, Op. Cit. Pág. 430

- Socio Externo “y” con 10% de acciones suscritas y pagadas

Con la intención de “licuar” los porcentajes accionariales de la Rama Familiar A, los líderes de la rama familiar B y C conjuntamente con el socio no familiar “y” que en conjunto suman 70% de acciones es decir mayoría calificada, acuerdan por Junta de Accionistas aumentar el capital social de la empresa en 100 soles adicionales.

De acuerdo a la norma societaria, se formaliza el acuerdo en Junta General de Accionistas con la oposición de la Rama Familiar A quienes no cuentan en ese momento con los recursos suficientes para suscribir las acciones que le corresponderían para no perder su porcentaje, sin embargo su oposición no perjudica el voto calificado y se procede a las publicaciones conforme a ley.

La Rama Familiar A al no contar con los recursos necesarios no puede ejercer su derecho en forma directa, quedando solo la posibilidad de transferir su derecho de suscripción preferente total o parcialmente a algún interesado quien como tenedor del certificado de suscripción participaría en la primera, segunda y en caso queden acciones emitidas sin suscribir, participará en una posterior ronda.

En el ejemplo, la Rama A no logra transferir su certificado de suscripción, por tanto, cumplido los plazos de ley para ejercer su derecho, no lo efectúa, efectuándose el aumento de capital de la empresa “MI FAMILIA S.A.” y en consecuencia la Rama A no suscribe ninguna nueva acción, quedando los demás socios entre los que se encuentra los de la Rama B y la Rama C aptos para suscribir acciones en las ruedas a fin de fortalecer su capacidad de control en la empresa familiar.

Veamos cómo quedaría la estructura accionarial luego de la primera rueda en la que se emiten 100 acciones nuevas:

PRIMERA RUEDA:

Socios de Rama Familiar A (30% corresponde 30 acciones) NO SUSCRIBE

Socios de Rama Familiar B (30% corresponde 30 acciones) SUSCRIBE 30

Socios de Rama Familiar C (30% corresponde 30 acciones) SUSCRIBE 30

Socio Externo "y" (10% corresponde 10 acciones) SUSCRIBE 10

Luego de la primera rueda, corresponde que 30 acciones aún no suscritas, se ofrezcan en la segunda rueda esta vez solo a los que suscribieron en la primera y a prorrata de su participación pero añadiendo para el conteo las acciones suscritas de la primera rueda. Para el caso de la prorrata en segunda rueda, la Rama Familiar B cuenta con porcentaje de 43% al igual que Rama Familiar C, y el accionista o socio externo "y" cuenta con 14% lo que significa que en caso todos los accionistas participantes de la segunda rueda suscriban las acciones remanentes en esta segunda rueda, la composición accionarial quedaría de la siguiente manera:

SEGUNDA RUEDA:

Socios de Rama Familiar A NO PARTICIPA

Socios de Rama Familiar B (Para cálculo 43%) SUSCRIBE 13

Socios de Rama Familiar C (Para cálculo 43%) SUSCRIBE 13

Socio Externo "y" (Para cálculo 14%) SUSCRIBE 4

CONSOLIDADO LUEGO DEL ACUMENTO DE CAPITAL

Nuevo capital social de "MI FAMILIA S.A." 200 acciones

<i>Accionistas</i>	<i>Antes de Aumento de Capital</i>	<i>Después de Aumento de Capital</i>
Socios de Rama Familiar A	30 acciones 30%	30 acciones 15%
Socios de Rama Familiar B	30 acciones 30%	73 acciones 36.5%
Socios de Rama Familiar C	30 acciones 30%	73 acciones 36.5%
Socio Externo "y"	<u>10 acciones 10%</u>	<u>24 acciones 12%</u>
Total:	100 acciones 100%	200 acciones 100%

Para evitar el perjuicio contra alguna rama familiar frente a un aumento de capital sin que estos puedan disponer de recursos para suscribir las acciones que le correspondan, consideramos como lo desarrollaremos en el siguiente numeral, la utilización de convenios de accionistas que partan de acuerdos del Protocolo Familiar que hayan determinado como política familiar no perder la estructura accionarial acordado para cada rama, lo que significa que se requiera para cualquier aumento de capital que signifique emisión de nuevas acciones, la obligación de contar con el voto unánime de todas las ramas familiares para su aprobación en Junta, o por lo menos el acuerdo de obligarse a preavisar a todas las ramas familiares de esta decisión por un plazo holgado que permita a la rama familiar sin recursos a financiarse o buscar un comprador de su certificado de suscripción preferente con quien pueda hacer un bloque de interés.

4.2.1.2 Los convenios entre accionistas como complemento del derecho de suscripción preferente en las empresas familiares:

Como se ha verificado en el numeral anterior, en caso que la rama familiar no tenga recursos para ejercer su derecho de suscripción preferente, la finalidad de dicho derecho no sería alcanzada, por ello proponemos suscribir pactos o convenios de accionistas o socios, términos que utiliza nuestra LGS¹³⁸, para referirse a cualquier pacto entre de accionistas y entre éstos y terceros, a fin de reforzar los mecanismos de licuado de accionistas que podrían realizarse ante la imposibilidad de ejercer el derecho de suscripción preferente en la oportunidad exigida por ley.

¹³⁸ El artículo 8° de la LGS hace referencia para todas las sociedades en general a los “convenios entre socios y entre éstos y terceros”, asimismo el artículo 55° literal b) de la LGS en el libro específico a las sociedades anónimas los denomina “convenios societarios”. También se hace referencia como convenios de accionistas o entre accionistas y terceros a esta clase de pactos en los artículos 92° y 101°, y a los convenios entre accionistas inscritos en la sociedad en los artículos 413°, 414°, 418°, 420°, finalmente a los convenios entre socios en el artículo 428° y 429°.

Los acuerdos de accionistas que serían pertinentes para este efecto podrían ser los relacionados a sindicatos de voto, clase de convenio que según Velarde y Gonzales¹³⁹ corresponde a un acuerdo entre accionistas para comprometerse *“entre sí o frente a terceros a ejercer su derecho a voto de una manera definida previamente, con el fin de llevar a cabo un influjo más o menos estable en la marcha de la organización”*.

Consideramos que un acuerdo de la naturaleza propuesta no podría ser calificado como Sindicato de bloqueo, puesto que en éste no se establece limitaciones o prohibiciones temporales a la libre transmisibilidad de acciones. En efecto, siguiendo a Cornejo Guerrero¹⁴⁰, será un sindicato de bloqueo aquel *“que importa un tipo de limitación a la libre transmisibilidad de las acciones (...) un acuerdo por el cual los accionistas se obligan a no transferir sus acciones, salvo se cumplan determinadas condiciones y a la vista de un propósito bien definido”*.

La definición anteriormente citada respecto a sindicato de bloqueo, no se configura en el caso propuesto pues no hay acciones susceptibles de ser transferidas, lo que existe es un acuerdo relacionado a un futuro aumento de capital por emisión de acciones nuevas que obligaría obtener los votos del sindicato a fin de dar la conformidad o no a dicho acto societario o en su defecto un pacto que otorgue al miembro de la familia empresaria un plazo holgado que permita a los socios de todas las ramas familiares a resguardar sus intereses de forma tal de no perder su porcentaje accionarial.

Otra clasificación que le correspondería al acuerdo sugerido es la de pactos de relación¹⁴¹ que *“se distinguen por su neutralidad frente a la sociedad (...) prima la voluntad de los socios de regular sus relaciones recíprocas de manera directa y*

¹³⁹ VELARDE SAFFER, Luis Miguel y GONZALES LA ROSA, Daniel, “Los convenios de accionistas y la aplicación del artículo 1365 del Código Civil” En: Revista Ius Et Veritas N° 41, Lima, 2001, Pág. 79

¹⁴⁰ CORNEJO GUERRERO, Carlos, “El sindicato de bloqueo de acciones” Cultural Cusco S.A., Lima, 1997, Pág. 15

¹⁴¹ PAZ ARES, Cándido “El Enforcement de los pactos parasociales” En: Derecho de sociedades y gobierno corporativo, Ed. Griley, Lima, 2008, Pág. 15

sin mediación de la sociedad. Los supuestos que ilustran esta categoría son los acuerdos dirigidos a (...) no incrementar la participación del capital por encima de un determinado porcentaje (“pactos de no agresión) (...) etc.”

En el caso que proponemos, un sindicato de voto o de relación, podría establecer que en caso algún o algunos accionistas soliciten aumentar el capital de la empresa, esta posibilidad de plantearlo en Junta de Accionistas requerirá previamente el voto aprobatorio universal de las ramas de familia que componen el sindicato. El objetivo a buscar es que en caso de no lograr el voto universal de los miembros del sindicato, exista la obligación de votar en contra del aumento de capital y emisión de nuevas acciones en la Junta General de accionistas que se discuta en agenda dicho aumento.

La segunda opción, es pactar mediante sindicato de voto o de relación la obligación de acordar plantear que todo aumento de capital relacionado a emisión de nuevas acciones, establezca un plazo amplio antes de la primera rueda que permita a las ramas familiares obtener recursos o financiarse con anticipación para participar en su suscripción y de esa manera no perder el porcentaje de control existente.

Consideramos que dichos acuerdos si son comunicados debidamente a la sociedad y registrados en el libro de matrícula de acciones, serán válidos y exigibles ante la sociedad conforme a lo señalado en el artículo 8° de la LGS siempre que no haya contradicción con lo establecido en el estatuto social de la empresa familiar. Asimismo, este tipo de acuerdos podrían ser perfectamente inscribibles en la partida registral de la empresa puesto que son convenios que ni versan sobre las nuevas acciones emitidas ni tienen por objeto el ejercicio de un derecho inherente a las mismas, no se regula el derecho de suscripción preferente, sino se establece un acuerdo de voto respecto a un aumento de capital o una obligación de procurar un período de tiempo holgado para aprobar el

aumento, lo que es permitido por el artículo 3° del Reglamento de Registro de Sociedades¹⁴².

4.3. Los supuestos de separación en los casos de reorganización de la Empresa Familiar:

Entendemos como reorganización aquellas modificaciones estatutarias de tal importancia que organizan de manera distinta a la sociedad, alterando la estructura global de la misma, en esta categoría entran fenómenos como la transformación, la fusión, la escisión y otras formas de reorganización que contemplan segregaciones patrimoniales simples, operaciones combinadas de reorganización múltiple, operaciones simultáneas, reorganizaciones de sociedades constituidas en el extranjero y las reorganizaciones de sucursales de sociedades constituidas en el extranjero.

Según Medrano Cornejo¹⁴³, en todos los países la legislación tiende a fomentar la reorganización de sociedades y empresas, dado que se entiende que estas figuras les permiten producir más y mejor, haciendo incidencia en el aspecto tributario, dicho autor señala algunas diferencias de los tipos de reorganización más importantes:

En los casos de fusión y escisión y la combinación de éstas, lo que se genera principalmente es que las acciones pertenecientes a una empresa, sean recibidas por los socios de las nuevas sociedades o de la sociedad absorbente, mientras

¹⁴² Artículo 3° del Reglamento del Registro de Sociedades R.N° 200-2001-SUNARP (...) son actos inscribibles en el Registro (...) i) Los convenios societarios entre socios que los obliguen entre sí y para con la sociedad, siempre que no versen sobre las acciones y no tengan por objeto el ejercicio de los derechos inherentes a ellas.

¹⁴³ MEDRANO CORNEJO, Humberto “Impuesto a la renta y reorganización de sociedades y empresas” En: Revista Ius Et Veritas año X N° 20, Lima, 2000, Pág. 312

que en los casos de la reorganización simple, según los artículos 391° y 392° de la LGS las acciones se entregan a una sociedad que hizo el aporte.

Al respecto, cabe preguntarnos qué tipo de inconvenientes podemos encontrar en una empresa familiar, que su órgano de Directorio sugiera a su Junta la aprobación de algún tipo de reorganización mencionada y cumpla con informar de forma transparente las consecuencias de la propuesta de reorganización empresarial.

Definitivamente por la naturaleza de la operación, se puede tener como resultado luego de una fusión o escisión o múltiples combinaciones de éstas, un cambio en los porcentajes accionariales en una rama familiar. Para el caso de la Transformación (otro tipo de reorganización que permite que una sociedad pueda transformarse en cualquier otra clase o persona jurídica), el artículo 335° de la LGS establece que en principio la transformación a otra clase de sociedad o persona jurídica contemplada en las leyes del Perú, no modifica la participación porcentual de los socios en el capital de la sociedad, sin embargo permitiría la modificación de la estructura accionarial en caso de consentimiento expreso de los accionistas.

Por tanto, en principio cualquier procedimiento de reorganización podría contemplar un cambio de la estructura accionaria a veces mínima o a veces determinante para perder el control de la rama familiar. Al respecto, nuestra Ley General de Sociedades permite a los accionistas que no estén de acuerdo por cualquier razón con este planteamiento reorganizativo, a ejercer su derecho de separación, figura que consideramos necesaria para la protección de los accionistas minoritarios y que también incentivaría a los órganos societarios a lograr el consenso respecto a la familia empresaria.

En efecto, el derecho de separación regulado en el artículo 200° numeral 4) de la LGS permite al socio disconforme con cualquier modalidad de reorganización a separarse conforme lo establece nuestra Ley en los siguientes apartados:

En el caso de transformación, el artículo 338°, en el caso de acuerdo de fusión, el artículo 356° y para el caso de la escisión se permite la separación del socio disconforme en el artículo 385°.

El ejercicio del derecho de separación del socio familiar ante las formas de reorganización que puedan plantearse traería como consecuencia la obligación por parte de la sociedad a reembolsar el valor de las acciones que acuerden el accionista y la sociedad, si es que insisten con esa reorganización no aceptada en consenso. En este caso, será recomendable en caso que a pesar de las comunicaciones e información del directorio sobre la pertinencia de la reorganización, exista algún accionista que no esté de acuerdo con esa decisión a que se le permita ejercer su derecho de separación, reembolsándole el valor de sus acciones para liberarlo de su condición de accionista.

En ese supuesto, el tema de la valorización de las acciones debe ser previamente regulado. Consideramos que una forma de regular este tema tan importante es designar a un tercero ajeno a la empresa y a la familia empresaria con experiencia en las valuaciones de acciones, que genere confianza a los accionistas y cuyo resultado en la valorización sea inobjetable.

Para ello, este tercero tasador, tendrá que respetar la limitación normativa, respecto de los valores máximos de la acción que se pueden considerar de conformidad al artículo 200° de la LGS y que son:

- (i) Para empresas que no cotizan en bolsa: El valor de las acciones será el valor en libros del último día del mes anterior al de la fecha del ejercicio del derecho de separación. Siendo el valor en libros el resultado de

dividir el patrimonio neto de la sociedad entre el número total de acciones.

- (ii) Para las empresas que cotizan en bolsa: El valor es la cotización media ponderada del último semestre, para Elias Larosa¹⁴⁴ el valor a que hace referencia la LGS será el resultado de multiplicar los valores de negociación de cada acción en cada día de bolsa del último semestre por el número de acciones de cada negociación, luego sumar las cantidades así obtenidas y dividir esa suma por la suma de todas las acciones negociadas.

4.4. Los acuerdos de disolución, liquidación y exclusión de la empresa Familiar

Una empresa familiar como organismo vivo crece, se desarrolla y muere, en relación con la culminación del ciclo de la empresa en general, el inicio de esta muerte legal es el acuerdo de disolución que es el acto con el que se inicia el procedimiento de liquidación de la empresa para luego proceder a la extinción de la misma.

El artículo 407° de la LGS enumera nueve causas para disolver una sociedad, para el tema que nos ocupa, nos centraremos en el numeral 8° que corresponde al acuerdo de la Junta de Accionistas que conviene sin mediar causa legal o estatutaria que lo mejor para la familia empresaria y los accionistas es la disolución de la empresa.

Esta decisión tan extrema, deberá haber sido discutida tanto en los órganos corporativos de la empresa como en el órgano familiar Consejo de Familia a fin de establecer los pros y contras de esta decisión. Una vez tomada la decisión y contando con los votos suficientes para el inicio del procedimiento de liquidación, consideramos que el principal objetivo de la familia empresaria será evitar la

¹⁴⁴ ELIAS LAROSA, Enrique “Derecho Societario Peruano” Op. Cit. Pág. 413

canibalización de los activos y procurar el desarrollo de una liquidación respetando el precio de mercado de todos sus bienes sociales.

Por ello, será recomendable la designación del liquidador o liquidadores ajenos a la familia empresaria que puedan realizar de forma objetiva y sin presión de ninguna de los miembros de la familia empresaria, el inventario, los estados financieros y demás cuentas, velar por la integridad del patrimonio de la sociedad, transferir los bienes sociales a título oneroso a un precio de mercado y exigir el pago a la sociedad de los créditos que adeuden los miembros de la familia empresaria.

4.5. Los órganos de gobierno en la empresa familiar

Durante la vida de una empresa familiar y conforme se van sumando distintos intereses muchas veces opuestos en este tipo de empresas, se hace necesario incorporar como órganos familiares a la Junta de Familia y Consejo de Familia, instituciones que desarrollamos en el Capítulo Primero numeral 3, como lo indicamos, éstos son espacios institucionalizados que procuran separar en la medida de lo posible familia y empresa a fin que se evite los riesgos de confusión entre los intereses o problemas familiares con los intereses empresariales.

Con ellos conviven los tradicionales órganos de gobierno que se ocupan de los temas relacionados con el negocio en sí, de obligatoria existencia según nuestra Ley General de Sociedades como son la Junta de Accionistas, el Directorio¹⁴⁵ y la Gerencia.

En efecto, reconocemos que en la primera etapa de la empresa familiar denominada etapa del fundador, en él coexiste simultáneamente la titularidad de la propiedad y la gestión de la empresa, lo que lleva irremediablemente confusión entre los valores empresariales y los familiares.

¹⁴⁵ Para el caso de la S.A.C. el órgano directorio es facultativo, pudiendo existir solo Junta General de Accionistas y Gerencia en su estructura societaria.

Sin embargo, conforme se va desarrollando la empresa y los componentes de la familia van aumentando (y con ello los conflictos), se hace necesario diferenciar familia y empresa desde la etapa de hermanos (segunda generación), el consorcio de primos (tercera generación) y la sucesivas generaciones, siendo el Protocolo Familiar el instrumento adecuado para delimitar las funciones de la Junta de Familia y el Consejo de Familia y establecer la adecuada y lógica coordinación con los órganos corporativos de gobierno de la empresa.

En ese sentido, los órganos de gobierno de la empresa familiar, si bien es cierto forman parte de la estructura de cualquier sociedad no familiar, en el tipo de empresa objeto de estudio de esta tesis se manifiestan características peculiares que pasamos a exponer:

- a) Junta General de Accionistas: Es el órgano supremo de la empresa familiar en donde se deciden cuestiones tan importantes que pueden modificar el estatuto de la empresa, para lo cual se siguen las formalidades, quórums y mayorías que determine la Ley y el mismo Estatuto.

Al respecto, es importante señalar que en caso el Protocolo Familiar establezca el acuerdo de la familia empresaria de un aspecto que requiere para su necesaria vinculación con la sociedad alguna modificación de estatutos, como por ejemplo limitaciones a la libre transferencia de acciones o establecimiento de prestaciones accesorias, será la Junta de Accionistas las que mediante sesión ordinaria o extraordinaria decida sobre la conformidad de estos cambios.

Por ello, en primer lugar debe haber un tratamiento equitativo en la información con los accionistas familiares o no y procurar en forma permanente una coordinación entre todos los socios de la empresa con el Consejo de Familia a fin de tener conocimiento y estar informado de las decisiones que este ente familiar acuerde y la potencial afectación que esta

pueda lograr en una Junta de Accionistas tomando en cuenta que el Consejo es la voz de la familia ante la Junta de Accionistas representado en el poder de sus acciones.

- b) El Directorio: Es el órgano que planea a mediano y largo plazo los objetivos de la empresa, sin embargo pese a que éste órgano es de obligatoria existencia en sociedad anónima ordinaria, muchas veces termina siendo un órgano de existencia en el papel y no hay un uso y aprovechamiento de esta figura. Esto se debe a que muchas veces se opta por elegir una misma persona en el cargo de Presidente del Directorio y los demás miembros son dependientes del Presidente y en ese mismo sentido se elige a esta misma persona como Gerente General, no habiendo diferenciación alguna entre ambos órganos y generándose la idea que no es un órgano necesario.

A fin de promover el desarrollo y uso del Directorio en la empresa familiar y de esa manera tener un órgano que establezca las estrategias del negocio a mediano y largo plazo, será recomendable que éste incorpore paulatinamente como miembros a directores independientes es decir directores profesionales y capacitados que ni se centren sólo a la defensa de los intereses de la familia ni que se limiten a establecer y controlar el cumplimiento de la estrategia adoptada por la sociedad sin interactuar con el Consejo de Familia y sin conocer las principales motivaciones de la familia empresaria estipulados en el Protocolo Familiar.

Un directorio con miembros independientes y que representen a todos los intereses que coexisten en la empresa puede impulsar el debate de ideas en la familia empresaria con sus propuestas objetivas, generando confianza en la familia empresaria.

- c) La Gerencia: Finalmente la gerencia es el órgano que administra la empresa y que se encarga de gestionarla día a día.

Si bien es cierto al inicio muchas veces es elegido para este cargo a un miembro de la familia, con el transcurrir del tiempo y de acuerdo a como se desarrolla la empresa se hace necesario establecer algunos requisitos para que sólo el miembro de la familia más capacitado acceda a cargos de gerencia o en algunos casos se opte por escoger a un profesional externo no familiar que tenga las suficientes cualidades para dicho puesto.

Luego de desarrollar los órganos de gobierno de la empresa familiar, nos queda analizar cómo podemos hacer vinculante para la sociedad los requisitos o condiciones para que un miembro de la familia acceda a cargos de dirección y de gerencia, tomando en cuenta que estos deben estar considerados vía protocolo familiar en el que se liste condiciones mínimas para que un miembro de la familia pueda ser nombrado en dichos cargos.

Para llegar a que se plasme vía Protocolo Familiar las condiciones mínimas señaladas, antes de ello y tal como lo señala Carmina Huerta¹⁴⁶ se deberá hacer *“un análisis de la situación de la familia y empresa así como su proyección de futuro, en orden a obtener conclusiones objetivas y prácticas a largo plazo”*. Continúa la autora señalando que *“de llegar a la conclusión de la existencia de candidatos familiares que puedan llevar el peso de la empresa y conducirla en el futuro, se deberá actuar en orden a programar y facilitar la entrada de esos familiares”*.

Para Sandra Echaiz¹⁴⁷, la empresa familiar tiene en el nepotismo unas de las razones por las que su continuidad en el tiempo es mínima, dado que *“muchas*

¹⁴⁶ HUERTA, Carmina, “Acceso a los puestos de dirección de los miembros familiares” En: Recomendaciones sobre el buen gobierno de las empresas familiares” Pág. 137

¹⁴⁷ ECHAIZ MORENO, Sandra “Derecho y empresas familiares” Op. Cit., Pág. 69

veces se emplea a parientes por el solo hecho de serlo, sin tener en cuenta la capacidad o la preparación profesional para el cumplimiento de las funciones (...)”

Por ello, el análisis y evaluación por parte de la familia empresaria respecto a los posibles candidatos que puedan asumir el peso de la dirección o gerencia en el futuro, deben centrarse en criterios objetivos que van a depender al tipo de empresa y tipo de familia a ser asesorada.

Carmina Huerta recomienda los siguientes requisitos básicos para incorporar a miembros de la familia en los cargos de dirección y cargos gerenciales¹⁴⁸:

- Formación académica adecuada: título universitario, maestría, idiomas
- Experiencia profesional durante, al menos, dos o tres años en empresas ajenas a la empresa familiar.
- Experiencia en la dirección de equipos y capacidad de liderazgo.
- Conocimiento de cada uno de los departamentos o sociedades que conforma la empresa familiar.
- Conocimiento del mercado en el que se desarrolla la empresa familiar.
- Buenas relaciones públicas tanto a nivel empresarial como familiar.

Consideramos que estos requisitos podrían estar plasmados en el estatuto, pero es muy común que las familias empresarias no estén de acuerdo con hacer público este tipo de convenios o pactos que normalmente se consignan en el protocolo familiar, por ello, sería recomendable que los accionistas familiares suscriban un convenio de accionistas en el que se plasme objetivamente los requisitos y/o condiciones para que miembros de la familia empresaria puedan calificar para ser nombrado por la Junta de Accionistas como director o ser nombrado por el directorio o Junta (si la sociedad no tuviera directorio) gerente de la empresa.

¹⁴⁸ HUERTA, Carmina, Op. Cit, Pág. 138

A este tipo de acuerdos la doctrina la denomina pactos de organización, en la que *“los socios expresan su voluntad de reglamentar la organización, funcionamiento y en definitiva el sistema de toma de decisiones de la sociedad (...)”*¹⁴⁹ siendo un espectro muy amplio.

Para Conde Granados¹⁵⁰ los pactos de organización son los más relevantes y los más conflictivos jurídicamente, reglamentan la organización, funcionamiento y el sistema de toma de decisiones dentro de la sociedad. Paz Ares¹⁵¹, por su parte señala que los pactos de organización tienen como objeto el control de la sociedad y pueden contemplar entre muchos, los pactos sobre contratación por parte de la sociedad de socios y familiares.

Un convenio de accionistas de esta clase, comunicado debidamente a la sociedad y registrado en el libro de matrícula de acciones, será válido y exigible ante la sociedad conforme a lo señalado en el artículo 8° de la LGS siempre que no haya contradicción conforme lo establecido en el pactos social o estatuto social de la empresa familiar y ley imperativa.

¹⁴⁹ VELARDE SAFFER, Luis Miguel y GONZALES LA ROSA, Daniel, Op. Cit. Pág. 41

¹⁵⁰ CONDE GRANADOS, Jorge “Alcances y operatividad de los convenios de accionistas en las sociedades anónimas” En: Revista Foro Jurídico N° 13, Lima, PUCP, 2014 Pág. 31

¹⁵¹ PAZ ARES, Cándido, “El Enforcement de los pactos parasociales” Op. Cit. Pág. 16

CONCLUSIONES

1. Las sociedades de familia muchas veces ignoradas y postergadas en su regulación se definen como aquellas en la que la familia empresaria ostenta la propiedad y control de la misma y donde existe la vocación de continuidad, característica en la que se basa el *affectio societatis* de este tipo de empresa.
2. Las particularidades de la empresa familiar traspasan el tipo societario en el que se encuentra constituido, en ese sentido una sociedad anónima familiar tendría características personales que hacen válido el cuestionamiento de la tradicional clasificación de sociedades como de personas y sociedades de capitales para determinados tipos societarios.
3. Del análisis de los tipos de sociedades personalistas e híbridas, un caso interesante es la Sociedad en Comandita por acciones como tipo social que podría adecuarse a la naturaleza de la empresa familiar, sin embargo la complejidad de este tipo social en cuanto a la duplicidad de responsabilidad y procedimiento engorroso para la aprobación de transferencia de acciones, desincentivan este tipo societario. Esta misma complejidad deviene en que la figura esté en desuso en nuestro país.
4. En el Perú las sociedades familiares optan por constituirse en su gran mayoría como Sociedades Anónimas por su gran flexibilidad y estructura corporativa, de ahí la necesidad de implementar en los estatutos de estas empresas herramientas societarias reguladas por la LGS que refuercen la característica de *intuitio personae* a fin de garantizar su continuidad.

5. Es recomendable que la empresa familiar institucionalice en el seno de la familia empresaria órganos de familia tales como la Junta de Familia y el Consejo de Familia, así como fomentar el desarrollo de un proceso continuo para la elaboración y constante adaptación de un protocolo familiar que es un acuerdo que contiene elementos morales y elementos jurídicos.
6. Respecto de los elementos jurídicos del protocolo familiar, dichos acuerdos, permiten generar convenios de accionistas que son regulados por la LGS y que pueden servir de mucha utilidad para su exigencia en el seno de la sociedad.
7. El protocolo familiar por sí mismo no garantiza la continuidad de la empresa familiar, hace falta otras herramientas civiles y societarias que la complementen, siendo pertinente aplicar según la forma societaria de la empresa familiar regulaciones de entrada y salida de socios, limitaciones a la libre transferencia de acciones, empleo de clases de acciones y convenios de accionistas para regular aspectos relacionados al control y propiedad de este tipo de empresas.
8. El derecho de separación puede ser empleado como un remedio ex ante frente a decisiones de los accionistas mayoritarios que durante la vida de la empresa familiar, consideren necesario dejar de serlo. Ante ello, el derecho de separación permitirá que los socios mayoritarios calculen bien sus decisiones dado que podría traer como consecuencia la salida de un accionista disconforme y las consecuencias económicas que esta decisión conllevaría a la sociedad.
9. La exclusión de socios por incumplimiento de obligaciones señaladas en el estatuto no sólo puede considerarse en las S.A.C., consideramos que en el caso de las empresa familiares constituidas o derivadas en S.A. ordinarias, convendría que la sociedad establezca como causales de exclusión

aquellas relacionadas a mantener su carácter cerrado como es la obligación de pactar la separación de bienes en caso que los accionistas contraigan matrimonio civil y/u obligaciones relacionadas a mantener el prestigio de la familia empresaria al establecer por ejemplo causales relacionadas a no tener sentencias judiciales consentidas.

10. Es necesario incorporar legislativamente como único supuesto de exclusión en una sociedad anónima ordinaria por causales estatutarias, a la empresa familiar, para lo cual la formalidad de la exclusión debe realizarse ex post mediante resolución judicial o laudo arbitral, toda vez que es necesario garantizar que se trata de una empresa familiar y que las causales invocadas tengan relación con la defensa del carácter cerrado y el prestigio de la familia empresaria.
11. En el caso de las cláusulas de limitación de la transferencia de acciones, consideramos que no es recomendable utilizar en las empresas familiares las cláusulas de consentimiento dado que podría interpretarse que el impedimento en la transferencia será absoluto, en base a las mismas características de la empresa familiar. El uso de las cláusulas de preferencia o tanteo es lo más óptimo en este tipo de empresas pudiendo pactar derechos de adquisición preferente inclusive a familiares no socios para procurar que no se altere los porcentajes de las acciones correspondientes a determinada rama familiar.
12. Es recomendable la incorporación en la empresa familiar de acciones sin derecho a voto que permitirán sin riesgo de pérdida de control, otorgar un aliciente a los socios expectativos con derechos y preferencias económicas.
13. La obligación del directorio como órgano informativo tanto a favor de los accionistas como de la familia empresaria es fundamental en los casos de modificación de estatutos y reorganización empresarial a fin de dar a

conocer si estas figuras modifican la estructura accionarial que conlleve a la pérdida del control de la familia o modificar el equilibrio de los porcentajes de las ramas familiares.

14. El derecho de suscripción preferente es de gran utilidad para que los accionistas no pierdan la proporción de sus acciones ante el aumento de capital por emisión de nuevas acciones, sin embargo no es suficiente para garantizar a las ramas familiares de una empresa familiar a mantener su porcentaje accionarial, por lo que consideramos pertinente realizar convenios entre accionistas que bajo la forma de un sindicato de voto o de relación sea necesario el consentimiento de todas las ramas familiares para un futuro aumento de capital o en su defecto obligarse a un plazo más holgado para el aumento de capital a fin que la rama familiar que no tenga recursos suficientes para suscribir las nuevas acciones, pueda financiarse para este objetivo.

15. Es recomendable promover la elección paulatina de directores independientes en la empresa familiar y en caso se opte por que sean miembros de la familia los elegidos para cargos de dirección y/o de gerencia, será necesario un convenio de accionistas que regule las condiciones imprescindibles y objetivas para que un miembro de la familia empresaria acceda a esos cargos, acuerdo o pacto de organización que debidamente comunicado a la sociedad serán válidos y exigibles ante la sociedad.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

- AMAT, Joan “La Continuidad de la Empresa Familiar”, Barcelona: Gestión, 2000
- AMAT, Juan y CORONA, Juan “El Protocolo Familiar; la experiencia de una década “, Barcelona Deustuo, 2007.
- BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo “Comentarios a la ley general de sociedades” Lima: Gaceta Jurídica, 2006
- CORDOVA BELTRAN, Flor de María “Derecho de Sociedades y Gobierno Corporativo” Lima, Grijley, 2008
- CORNEJO CHAVEZ, Héctor “Derecho Familiar Peruano” Tomo I y II, Lima Studium, 1991.
- CORNEJO GUERRERO, Carlos “El Sindicato de bloqueo de acciones” Lima, Editorial Cusco, 1997
- ELIAS LAROZA, Enrique “Derecho Societario Peruano” Trujillo: Normas Legales, 2002.
- ECHAIZ MORENO, Daniel, “Manual Societario” Lima, Grijley, 2012
- ECHAIZ MORENO, Daniel Y OTROS, “Estudio de Derecho Societario” Trujillo, Normas Legales, 2005
- ECHAIZ MORENO, Daniel, “Derecho Societario: Un nuevo enfoque jurídico de los temas societarios” Lima, Gaceta Jurídica, 2009
- ECHAIZ MORENO, Sandra Violeta “Derecho y empresas familiares” Lima, Thomson Reuters, 2014
- FOINT GALAN, Juan Ignacio y Javier PAGADOR LOPEZ “Lecciones de Derecho Mercantil” Décimo sexta edición, Madrid Editorial Tecnos, 2013
- GARRIGUES, Joaquin “Curso de Derecho Mercantil” México, Editorial Porrúa S.A., 1979
- GOMEZ BETANCOURT, Gonzalo “¿Son iguales todas las empresas familiares? Caminos por recorrer, Bogotá, Editorial Norma, 2005
- GUTIERREZ CAMACHO, Walter Y OTROS “La constitución comentada Tomo I” Lima, Gaceta Jurídica, 2005
- HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo Y OTROS “Nuevo Derecho Societario Peruano: Primer Seminario Nacional sobre la Ley General de Sociedades; Lima fondo Editorial de la Universidad de Lima, 1998.

HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo “La sociedad anónima. Un enfoque teórico y práctico” Lima, Gaceta Jurídica, 2016

HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo Y OTROS “Tratado de Derecho Mercantil” Tomo I; Lima, Gaceta Jurídica, 2003

LANSBERG, Ivan “Los sucesores de la empresa familiar”, Barcelona, Granica 2000

LEACH, Peter “La empresa familiar”, Barcelona: Granica 1999.

MENA RAMIREZ, Miguel, “La empresa en el Perú” Lima, Cultural Cusco, 1986

MONTOYA MANFREDI, Ulises y Hernando “Derecho Comercial” Tomo I”, Novena Edición, Lima Grijley, 1998.

OLIVAS, José Luis y otros “Recomendaciones sobre el buen gobierno de las empresas familiares “Navarra; fundación de Estudios Bursátiles y Financieros 2006.

PIZARRO ARANGURN, Luis y LANFRANCO GARRIDO LECCA, Fernando “Manual del Buen Gobierno Corporativo para empresas familiares “, Lima, Procapitales, 2005.

RODRIGUEZ ALCAIDE, José Javier y otros “Empresa Familiar y Sociedad Mercantil” Madrid, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, 2006

RUBIO CORREA, Marcial, “Título Preliminar. Biblioteca para conocer el Código Civil Vol III, Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 1996

SANCHEZ RUIZ, Mercedes “La faculta de exclusión de socios en la teoría general de sociedades” Navarra, Civitas, 2006

TORRES Y TORRES LARA, Carlos “Nuevos Temas de derecho de la empresa “, Lima Asesorandina 1989

REVISTAS:

ABRAMOVICH ACKERMAN, Daniel “Una aproximación práctica a los convenios de accionistas en la sociedad anónima, En: Revista Ius Et Veritas N° 20, Lima, Gráfica Educativa, 2000

AGUILAR LLANOS, Benjamín “El Consejo de Familia” En: Revista Persona y Familia N° 1 Volumen 1, Ed. Getprint EIRL, Lima, 2012

CHULIA, Vincent “Organización jurídica de la empresa familiar” En: Revista de Derecho Patrimonial N° 5, Ed. Aranzadi, Madrid, 2000

CONDE GRANADOS, Jorge “Alcances y operatividad de los convenios de accionistas en las sociedades anónimas” En: Revista Foro Jurídico N°13, PUCP, Lima, 2014

CUCURULL POBLET, Tatiana “La eficacia del protocolo familiar frente a los Estatutos Sociales” En: Revista de Derecho UNED N° 16, UDED, Madrid, 2015

LUJAN FERREYRA, Jorgelina “Exclusión de socios en las empresas de familia constituidas como SRL y SA” En: Revista Argentina de Derecho Societario N°13, Buenos Aires, 2016

MEDRANO CORNEJO, Humberto “Impuesto a la renta y reorganización de sociedades y empresas” En: Revista Ius Et Veritas año X N° 20, Lima, 2000.

MONTOYA ALBERTI, Hernando, “Exclusión del accionista por pacto o normas estatutarias en las sociedades anónimas ordinarias” En: Revista Diálogo con la Jurisprudencia N° 189, Lima, Gaceta Jurídica, 2014

PEREZ DE MADRID CARRERAS, Valerio, “La empresa, el protocolo y la sociedad “familiar” anotaciones al RD 171/2007, de 9 de Febrero, por el que regula la publicidad de los protocolos familiares” En: Revista Cuadernos de Derecho y Comercio N° 48, Madrid, Ed. Colegio de Oficiales de Corredores de Comercio de España, 2007

PIZARRO ARANGUREN, Luis y LANFRANCO GARRIDO LECCA, Fernando, “El planteamiento sucesorio como práctica de buen gobierno corporativo de las empresas familiares” En: Revista de Derecho Ius Et Veritas 32, Lima : Editorial Mavisa, 2003.

SALAS SANCHEZ, Julio, “Los convenios de accionistas en la ley general de sociedades y la autonomía de la voluntad” En: Revista Ius et Veritas N° 36, Lima, Grafica Educativa, 2008

TORRES CARRASCO, Manuel Alberto, “Justificación y Validez del acuerdo de exclusión de socios” En revista Actualidad Jurídica N° 104, Lima, 2002

TRUJILLO, José y ASTUQUIPAN, Carlos “Grupos de familia, públicas virtudes de las empresas familiares” En: Revistas Businnes Perú N° 50, Lima, 1998

ENCICLOPEDIAS:

OSORIO Y FLORIT, Manuel Y OTROS , “ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA” Buenos Aires, Driskill S.A. 1979

PAGINAS WEB:

ARTEGA ECHEVERRÍA, Ignacio “En búsqueda del concepto jurídico de empresa” En: Revista Chilena de Derecho de Empresa Vol 29 N° 03, 2002 Pág. 607 Ubicado en red: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2650242.pdf> Octubre 2017

CARRIZO COUTO, R. “La empresa familiar más antigua del mundo”, En: www.elpais.com/articulo/economia/familiar/antiguo/mundo. Ubicado en red el mes de abril del 2007.

CORTAZAR LORENTE, CARLOS, “Derecho y empresa familiar: El protocolo y sus instrumentos de desarrollo”, En: <http://civil.ugg.edu/tosso/2004/textos/ton/2/cgl.htm>. Ubicado en red el mes de diciembre del 2007.

GOMEZ BETANCOURT, Gonzalo y LÓPEZ, María Piedad, “Iniciando un proceso de protocolo familiar” En: http://inalde.edu.co/inalde/investigación/e_familiar . Ubicado en red el mes de diciembre de 2007

MONTOYA STHAL, Alfonso “La conveniencia de regular permisivamente la unipersonalidad societaria en el Perú En: <http://ius360.com/privado/corporativo/la-conveniencia-de-regular-permisivamente-la-unipersonalidad-societaria-en-el-peru> . Ubicado en red el mes de Octubre de 2017

RODRIGUEZ DÍAZ, Rafael, “El Protocolo Familiar ¿Si o No?” Pág. 20 En: <http://www.acefam.org/wp-content/uploads/13-02-13-AT-Canarias-Libro-El-protocolo-familiar-Rafael-Rodriguez-Diaz.pdf> (Ubicado en red en Setiembre de 2017)

PINTO ANDRADE, Cristobal, “La genérica validez de los pactos y acuerdos matrimoniales en previsión de la ruptura” En: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales> Ubicado en red el mes de Agosto de 2017

RODRIGUEZ, María En: Revista Alnavío ubicado en la red: <https://alnavio.com/noticia/10445/actualidad/las-empresas-familiares-salen-a-bolsa-para-hacerse-visibles-y-crecer.html>. Ubicado en la red en el mes de Noviembre de 2017

VALMAÑA CAVANES, Antonio, “El protocolo familiar jurídico: necesidad de normas vinculantes para la consecución de sus objetivos. En: <http://dialnet.unirioja.es/decaraga/articulo/3666674.pdf> . Ubicado en red el mes de junio de 2017

TESIS:

VALMAÑA CAVANES, Antonio, “Régimen jurídico del protocolo familiar” Tesis Doctoral presentada ante la Universidad Rovira I Virgini, Tarragona, año 2013, Ubicado en red: <http://www.tdx.cat/bitstream/headkle/10803/292369/tesi.pdf?sequence=1>

