



Fundaciones de interés privado como herramienta de gobierno corporativo, de protección patrimonial, sucesoral y en empresas de familia

Autor

Mara Mejia Moreno

Trabajo presentado como requisito para optar por el
título de Magister en Derecho corporativo

Director, Tutor

Juan Rafael Bravo gaviria

Universidad del Rosario

Facultad de jurisprudencia

Maestría en Derecho corporativo

Bogotá - Colombia

2024

FUNDACIONES DE INTERÉS PRIVADO COMO HERRAMIENTA DE GOBIERNO CORPORATIVO, DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL, SUCESORAL Y EN EMPRESAS DE FAMILIA.

Private interest foundations as a tool for asset protection, inheritance and corporate governance in family businesses.

Mara Mejia Moreno

Para citar este artículo/To cite this article

Mejía Moreno, Mara Fundaciones de interés privado como herramienta de protección patrimonial, sucesoral y de gobierno corporativo en empresas de familia (2024).

RESUMEN

El artículo presenta la figura de las fundaciones de interés privado como herramientas armonizadoras de gobierno corporativo, de protección patrimonial y, sucesoral en empresas de familia. En primer lugar, conceptualiza la importancia de la implementación de medidas eficaces de gobierno corporativo en empresas de

familia, así como detalla algunas medidas que a juicio de la autora deben ser implementadas en empresas de familia; posteriormente, aborda la importancia de la implementación de medidas de protección del patrimonio de la familia diferenciándolo del patrimonio de la empresa, así como la planificación oportuna de la estructura sucesoral tanto en el ámbito societario y de administración empresarial, así como en la sucesión del patrimonio de los padres fundadores o constituyentes. Finalmente expone a la fundación de interés privado como una herramienta societaria armonizadora de los anteriores conceptos.

Palabras Clave: Gobierno corporativo, empresas de familia, fundaciones de interés privado, protección patrimonial.

ABSTRACT

The article presents the figure of private interest foundations as harmonizing tools for corporate governance, asset protection and succession in family businesses. First, it conceptualizes the importance of implementing effective corporate governance measures in family businesses, as well as details some measures that in the author's opinion should be implemented in family businesses; subsequently, it addresses the importance of implementing measures to protect the family's assets, differentiating them from the company's assets, as well as the timely planning of the succession structure both in the corporate and business administration areas, as well as in the succession of the assets of the founding or constituent parents. Finally, it presents the private interest foundation as a corporate tool that harmonizes the above concepts.

Key words: Corporate governance, family businesses, private interest foundations, patrimonial protection.

SUMARIO.

I.) introducción, Importancia de implementación de medidas eficaces de gobierno corporativo en empresas de familia. II.) Importancia de implementación de medidas de protección patrimonial en empresas de familia. III.) Importancia de anticipación a planes sucesorales en empresas de familia. IV.) Las Fundaciones de interés privado como herramientas de protección patrimonial y de gobierno corporativo en empresas de familia.

INTRODUCCIÓN.

Sea lo primero precisar que, en Colombia, la gran mayoría de sociedades constituidas corresponden entre un 70% a 75% a empresas de familia, consideradas estas como debe existir entre dos o más socios un parentesco de consanguinidad hasta el segundo grado (padre, madre o hijos y hermanos) o único civil (padre o madre adoptante o hijo adoptivo), o estar unidos entre sí matrimonialmente, siempre y cuando los otros socios así relacionados, ejerzan, sobre la sociedad un control económico, financiero o administrativo (Superintendencia de sociedades, 2009), y es precisamente ese vínculo de cercanía y alto grado de confianza que deriva en modelos de negocios, de gobernanza y de fiscalización poco formales o ligeramente estructurados.

La estructura organizacional o de administración y gobierno de empresas de familia o cerradas resulta ser más compleja que una empresa abierta o no familiar, pues el interés de los asociados debe saber coexistir con los intereses y/o conflictos familiares y la empresa misma. Ahora bien, es importante mencionar que, el ámbito de aplicación de normas de gobierno corporativo en Colombia se basa en gran medida en una serie de lineamientos o gestiones voluntarias más no imperativas y, dicha implementación puede implicar el incurrir mayores gastos asociados a la administración de las empresas, por lo cual no resultan atractivos en pequeñas y medianas empresas.

Motivo de lo anterior, el incentivo principal de las empresas de familia al implementar medidas efectivas de gobierno corporativo debe ser la sostenibilidad de la empresa, es decir que esta logre ser viable en las transiciones generacionales. Ahora bien, los accionistas o socios no deberán confundir el pecunio familiar con el empresarial y deberán crear estrategias que permitan la división de patrimonios y la protección de estos ante terceros, o contingencias asociadas a la operación de las empresas de familia. De igual forma, el lograr la planificación de relevos generacionales en la estructura familiar permite garantizar la idoneidad de miembros y administradores de estas, y reducir los conflictos familiares a través de consejos que no se involucren en el ámbito administrativo o financiero (Guzmán Vásquez et al., 2020).

Todos estos elementos son fundamentales para preservar la viabilidad de una empresa de familia, pero ¿es posible encontrar un instrumento que logre compilar dichos elementos? A continuación, presentaremos las fundaciones de interés privado panameñas como aquellos instrumentos societarios que permiten, por una parte, implementar medidas de gobierno corporativo, gestionar el patrimonio familiar, determinar estructuras claras de sucesión centradas en los valores y propósitos familiares para procurar la viabilidad de las empresas de familia y garantizar su subsistencia entre generaciones.

Capítulo I. Importancia de implementación de medidas eficaces de gobierno corporativo en empresas de familia.

Existen gran diversidad de medidas de buen gobierno corporativo que una empresa de familia puede implementar para tratar de alinear los intereses de los involucrados, y procurar la sostenibilidad de esta, entendiendo a la sostenibilidad como la capacidad de una empresa de perdurar en el tiempo, y con relación a empresas de familia la sostenibilidad estará conceptuada como la capacidad de que estas puedan ser viables a través de los relevos generacionales que esta deba afrontar, es así como resaltamos dentro de esta clasificación a los protocolos de familia, los acuerdos de accionistas, el control accionario, la implementación de auditores independientes, y auditoría a administradores, la Implementación de medidas de Responsabilidad social empresarial, entre otras medidas de gobierno corporativo.

Como ya hemos mencionado las empresas de familia representan la mayor proporción de sociedades constituidas en el mercado colombiano, Confecamaras señaló en su informe que, las empresas de familia representan el 86,5% de las sociedades en Colombia. (PricewaterhouseCooper, 2019) Motivo de ello, durante

décadas este tipo de empresas han sido objeto de especial atención en cuanto a comportamientos financieros, de mercado y especialmente de gobierno corporativo.

En cuanto a este último, para efectos de nuestro estudio tomaremos la definición que describe al gobierno corporativo como ese conjunto de reglas que alinean el interés de los accionistas con la alta gerencia (Young & Thyl, 2008) en resumen el buen gobierno corporativo podría entenderse como los métodos que permiten dirigir armónicamente las relaciones entre los grupos de interés de una empresa.

Las principales dificultades de gobierno corporativo en las empresas es lograr un equilibrio entre los intereses de los accionistas o socios, administradores, y terceros (comunidad, proveedores, medio ambiente, etc) o stakeholders entendidos estos como aquellos miembros que pueden ser impactados por, o pueden ser capaz de determinar el éxito o el fracaso de una organización (Bourne, 2016) dichos conflictos son conocidos como “problemas de agencia”¹ en la doctrina sobre derecho corporativo. El lograr armonizar dichos conflictos, puede ser un factor determinante en la sostenibilidad de la empresa; es por ello que, es de suma importancia que las empresas de familia implementen medidas de gobierno corporativo ya que estas desde su génesis presentan un nivel de complejidad distinto a las empresas abiertas no familiares y es que, además de armonizar los temas operativos, logísticos, financieros y de funcionamiento, deben también lograr resolver los conflictos familiares.

Es así como, el converger sobre una persona calidad de accionista, administrador, proveedor y/o empleado de las empresas, genera a simple vista un conflicto de interés que la norma societaria colombiana no logra del todo regular; en esta medida se requiere que los métodos de dirección en una empresa estén alineados con los intereses de los participantes (grupos de interés) y se establezcan espacios independientes para abordar espacios de diálogo y concertación familiar diferentes de los que versen estrictamente sobre la administración y desenvolvimiento empresarial.

Adicionalmente, teniendo en cuenta que las medidas de gobierno corporativo en su gran mayoría resultan ser guías de buenas prácticas o recomendaciones para implementar en las empresas, y no mandatorios o de estricto cumplimiento; dicha voluntariedad ha dificultado o reducido el interés de los accionistas o socios miembros de familia para implementarlas. No obstante, el mercado en general se muestra más receptivo en sostener negocios con empresas que cumplan altos estándares de gobierno corporativo. Así mismo, al existir medidas de control por parte de los accionistas o socios sobre la sociedad. Se ha logrado verificar que, las empresas con buenas prácticas de gobierno corporativo logran reducir el costo implícito en el capital ya que mitigan los problemas de agencia y de asimetría de la información (Byun et al., 2008). Por su parte, el consumidor, por ejemplo, se siente vinculado con algunos principios de gobierno corporativo y se fideliza con la empresa, como es el caso de aquellas empresas que promueven el bienestar de las

¹ El problema de agencia ocurre cuando existe discrepancia entre los intereses de varios grupos de interés de una sociedad como por ejemplo, entre los administradores y los accionistas; o entre los accionistas mayoritarios y minoritarios; o entre la sociedad y los acreedores.

comunidades, fauna o flora donde ejercen su actividad; o aquellas que tiene cero tolerancias con violación a derecho humanos, experimentación con animales, o explotación infantil. Así mismo los proveedores, preferirán contar con clientes que en sus procesos de debida diligencia evidencien contar con protocolos de conflictos de intereses, códigos de conducta, y/o medidas de transparencia, o celo tolerancia con el soborno trasnacional.

Ahora bien, como ingrediente complementario las empresas de familia deberán considerar implementar las siguientes medidas:

i. Implementación de protocolos de familia.

Las empresas de familia por la calidad especial de asociados, cuenta con otros “problemas de agencia” adicionales a los de las empresas tradicionales o abiertas, por ejemplo, la existencia de beneficios diferenciales entre los asociados. De acuerdo con Briano Turrent & Poletti Hughes (2017) los problemas de agencia en las empresas de familia pueden originarse por cuatro factores: extracción inadecuada de recursos, divergencia entre intereses familiares y empresariales, altruismo hacia quienes hacen parte de la familia y conflictos familiares.

En este sentido, reviste de gran importancia implementar medidas que permitan minimizar estos conflictos de agencias. Los protocolos de familia son medidas de gobierno corporativo de voluntaria implementación que buscan regular las relaciones de la familia y la empresa. Son una compilación de reglas escritas que pretenden preservar e institucionalizar los valores familiares, prevenir los conflictos o establecer mecanismos de protección; en suma, armonizar los intereses entre la familia y la empresa.

Los protocolos de familia no son un estándar, ya que el contenido del mismo dependerá directamente de la dinámica de cada familia, la extensión familiar y empresarial, los recursos disponibles, el nivel o complejidad de control que se quiera, el propósito u objetivo empresarial o familiar, etc... El objetivo principal del protocolo es garantizar la perdurabilidad de la empresa familiar, y para ello es necesario fijar los flujos adecuados de información, y el tipo e intensidad de las relaciones que se pueden establecer entre los integrantes.(Guzmán Vásquez et al., 2020)

De forma general los protocolos de familia incluyen entre otros los siguientes aspectos:

- i) ***los valores, la misión y visión de la familia y del protocolo;*** En este punto es importante realizar un análisis profundo de la realidad de los miembros familiares firmantes del acuerdo, entender que los motiva y por qué quieren establecer mecanismos de gobierno corporativo que estimulen la perpetuidad de la empresa entre generaciones, es lograr que los accionistas o socios firmantes tengan claro su norte, sus coordenadas,

sus convicciones y compartan unos mismos principios, valores, objetivos y metas. Es así como tenemos las siguientes definiciones: La misión es el motivo, propósito, "la misión es la expresión del carácter, identidad y razón de existir de una organización"; (Rivera, 1991) de otro lado, La visión de una empresa describe sus planes, el mundo, sus clientes y si misma. (Barraza, 2019) , por su parte definir los valores no es un ejercicio fácil ni siquiera para la doctrina misma, ellos trascienden al individuo "los valores constituyen códigos donde se ordenan jerárquicamente para cumplir el papel de dar sentido y orientar a las personas, las instituciones, los grupos y las sociedades." (Barba Martín & Alcántara Santuario, 2003) en este punto es importante señalar que, deberá realizarse el ejercicio de unificar la misión visión y valores tanto de la familia como la empresa y el protocolo mismo.

ii) *los propósitos y políticas que guían las relaciones entre los accionistas, o socios y las de estos con las sociedades;*

En este punto se debe señalar la motivación de la familia en conjunto que lograría materializarse con la implementación del protocolo por ejemplo: Garantizar la unión familiar y la permanencia de la empresa a través del tiempo; Fomentar el sentido de pertenencia hacia la empresa de todos los miembros de las familias; Preservar la integridad de la sociedad como unidad familiar de explotación económica y procurar, dentro de tal carácter, su desarrollo y fortalecimiento patrimonial; Prever mecanismos amigables para solucionar o prevenir las diferencias o conflictos que surjan entre los miembros de la familia y entre estos y la empresa. Así mismo en esta sección pueden establecerse obligaciones o políticas de carácter general aplicable en el protocolo tales como: Primacía de los intereses de las sociedades sobre los personales de los miembros de la familia; Respeto de las normas éticas y legales; Separación de las relaciones familiares y de los negocios.

iii) *Sobre la propiedad accionaria;*

Para efectos de garantizar la permanencia del control en la familia, y la preservación de la sociedad por generaciones, se hace necesario establecer algunas restricciones en la negociabilidad de las acciones o eventualmente establecer políticas sobre la distribución de utilidades para la reinversión productiva en aspectos empresariales por lo que es común que en los protocolos de familia se incluyen algunas cláusulas de obligatoria extensión a los estatutos sociales tales como **I.) El derecho de preferencia inclusive en los casos de asignaciones forzosas:** El derecho de preferencia consiste en el derecho que tienen los accionistas, o socios, o la sociedad misma en recibir el ofrecimiento para la compra de acciones, o la emisión de nuevas acciones sobre cualquier otro tercero. En este sentido en el evento que algún accionista decida vender su participación, este deberá primero ofrecerla a los demás accionistas, o socios o a la sociedad para que, vía readquisición de acciones se compren preferentemente esas acciones, en caso de que ningún accionista o la sociedad cuente con reserva para la adquisición o readquisición de acciones, según el caso, solo en dicho evento podrá ofrecerse a

un tercero. Eventualmente, también podrá establecerse la posibilidad que, la sociedad o los accionistas o socios que no hagan uso de su derecho preferente, presenten un tercero al accionista interesado en vender, con ello igualmente se quiere que no ingresen terceros no conocidos, pudiendo referir personas que se ajusten a la visión y propósitos de la compañía. Para el caso de emisión de acciones, estas serán ofrecidas para su suscripción preferente a los accionistas o socios existentes y solo en el evento en que estos rechacen suscribirlas se procederá a ofrecer a tercero. De forma tal que se conservará el control sobre los accionistas o socios ya existentes y se bloquea el ingreso de terceros a la sociedad. es importante mencionar que, deberán indicarse taxativamente que aplicará tal derecho preferente inclusión en el evento de adjudicaciones forzosas como remates, liquidaciones de sociedades conyugales o sucesiones, de forma tal que, si llegare algún acreedor, ex conyugue, o heredero o legatario, antes de realizarse la asignación a este deberá previamente la sociedad o los accionistas, o socios indicar que hacen uso o no del derecho preferente frente a la adquisición de las acciones y podrá evitar que terceros como ingresen como accionistas o socios a la sociedad en estos eventos. Es importante señalar que, dichas restricciones podrán establecerse en un periodo determinado de tiempo, y podrán ser renovadas conforme la dinámica de la sociedad. La normativa colombiana establece un término de 10 años para tales efectos. **II.) prohibición de pignoración de acciones:** en concordancia con lo anteriormente señalado otra forma de conservar el control accionario sobre la propiedad es no permitir que los accionistas o socios entreguen en prenda sus acciones de forma tal que esta no garantice obligaciones personales y no se vea siniestrada por riesgos asociados al patrimonio personal del accionista., **III.) prohibición de enajenación de acciones por determinado tiempo.** Finalmente, otra medida de control accionario es restringir la venta de las acciones por un tiempo determinado, de forma tal que, mientras la sociedad pasa por alguna etapa según la realidad de esta, los accionistas o socios tendrán la certeza que permanecerá la asamblea inamovible y no se encontrarán con otros asociados que puedan interferir en planes o proyectos preestablecidos. Este tipo de restricciones, igualmente deberán establecerse por el tiempo máximo legal permitido el cual es de 10 años.

iv) organización administrativa y el control de las sociedades;

Atendiendo a cada necesidad familiar y el tipo societario, deberá establecerse los organismos de administración y control societario. Por regla general la Junta de socios o asamblea de accionistas es el máximo órgano social, no obstante, por la estructura de la empresa se requiere que miembros expertos en el core del negocio se especialicen en atender cuestiones puntuales financieras y administrativas con potencial de crecimiento en rentabilidad y auditoria a los administradores de la sociedad, es por ello que se hace necesario el órgano de junta directiva que permita de forma descentralizada que se atiendan temáticas especializadas en un ámbito diferente al de los accionistas.

Si se quiere incluir una junta directiva en una empresa de familia es importante que se tengan en cuenta las siguientes recomendaciones: a.) inicialmente establecer el tamaño de la junta y las calidades de las personas que entrarían a pertenecer a

esta; es común ver que, en algunas casos los accionistas son los mismo miembros de la junta directiva, y no tienen conocimientos técnicos o financieros relacionados con la dinámica de la compañía, por lo que, en estos caso la conformación de la junta no resulta ser funcional o cumplir con el objetivo por el cual se propone este órgano de gobierno. Adicionalmente; dicho aspecto deberá estudiarse teniendo en cuenta el tipo societario, por su parte, las sociedades Anónimas por ley deben contar con una junta directiva obligatoria, y los miembros no podrán tener vínculos de matrimonio o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o primero civil, excepto en las sociedades reconocidas como de familia (Congreso de la República de Colombia, 1971) de otro lado, en cuanto a su conformación es común que se establezcan miembros externos e independientes, es decir terceros expertos en finanzas y/o en el mercado sobre el cual se desarrolla al actividad comercial la empresa de familia. Finalmente; es posible que se establezcan comités especiales en atención a la calidad de los miembros ej: comité financiero, comité comercial, comité de crisis; etc...) funciones específicas y periodicidad de cesiones. Resulta ser indispensable que los directivos entiendan hasta donde van su facultades y capacidades de dirección ya que, si no se tiene un objetivo claro, es posible que no haya forma de supervisar o estimar si es productivo o no el órgano de gobierno. c.) política de remuneración y de manejo de conflicto de intereses.

v) *Sobre la organización familiar: Asamblea de Familia, Consejo de Familia y Veedor Familiar;*

Teniendo en cuenta su propósito de armonizar los intereses familiares, los protocolos de familia contemplan la creación de diversos espacios de concertación, es así como se propone que existan figuras como Asamblea de Familia, Consejo de Familia y Veedor Familiar; dependiendo el tamaño de la familia. Es así como, por ejemplo, la Asamblea de familia sería el espacio de integración y comunicación entre los accionistas o socios y los demás miembros familiares sobre asuntos de interés de las sociedades, también estará a cargo de recibir sugerencias y recomendaciones. De otro lado, el consejo de familia será el órgano encargado de dirimir conflictos y será conformado por representantes de líneas o grupos familiares; y finalmente el veedor será eventualmente un miembro externo e imparcial que sirva como mediador o amigable componedor respecto de los accionistas o socios, o familiares en conflicto que no haya logrado dirimir en las anteriores instancias, encargado de resolver conflictos de familia, distintos a los del ámbito empresarial.

vi) políticas en materia laboral; uno de los principales conflictos que se presentan en las empresas de familia es la forma en la cual se vinculan laboralmente sus miembros. Es común que no existan políticas claras sobre la vinculación, remuneración y/o promoción de miembros de familia en las empresas de familia, y entonces encontramos personal poco calificado para cargos directivos y de responsabilidad, como también inequidad en los salarios respecto a los no miembros de la familia. Los protocolos de familia deberán sentar las bases para

armonizar los intereses de todos los miembros, garantizando imparcialidad criterios claros de acceso y promoción de cargos como designación de órgano que establezca su remuneración, preferiblemente sobre la base de la remuneración del mercado sobre los cargos vacantes.

vii) políticas de gastos y recursos; el protocolo de familia deberá orientar el objetivo de la destinación de los recursos de la sociedad familiar o prohibiciones en su administración; por ejemplo, podrá indicarse que, parte de las utilidades serán reinvertidas en vehículos de alta rentabilidad e inversión, o que por su parte, los recursos de la empresa tendrá completa autonomía y no podrá ser administrada en aras de atender necesidades de índole personal de los accionistas o socios o miembros de la familia. Por su parte señalar una guía sobre la correcta administración de los recursos en especial del efectivo disponible o tarjetas empresariales.

viii) resolución de conflictos; resulta indispensable que, los protocolos de familia se anticipen a futuros conflictos, por lo anterior generar espacios de concertación o procedimientos claros para la resolución de conflictos resulta indispensable. Existe una percepción sobre los empresarios y es que las empresas de familia tienden a presentar mayor número de conflictos entre sus accionistas o asociados, por ello no son competitivas en el mercado, se ha mencionado incluso que, las disputas familiares generan conflictos que hacen a estas empresas menos eficientes (Schulze et al., 2002) precisamente porque se hace complicado la separación de los temas familiares y personales, respecto de los asuntos de la empresa misma

ix) sanciones por incumplimientos. Es importante mencionar que, los protocolos de familia son de voluntaria implementación, no obstante, reviste de gran importancia el establecer sanciones como mecanismo coercitivo para incentivar su cumplimiento. En este capítulo, deberá señalarse claramente el procedimiento aplicable para imponer sanciones, ej.: Etapa para notificaciones e invitación a subsanar el incumplimiento, periodo para subsanar, vinculación al veedor de familia para conciliar el presunto incumplimiento; y finalmente imposición de la sanción. Las sanciones podrán ser pecuniarias o administrativas; por una parte, por ejemplo, podrá constituirse un fondo de la familia que su función sea la reinversión o la que se defina en el protocolo, dichos fondos provendrán de las sanciones económicas impuestas en el protocolo. De otro lado, podrán existir sanciones como remociones de cargos o de calidad de accionista; por ende, se recomienda la graduación de las sanciones y establecer un procedimiento claro de aplicación.

Sin duda los protocolos de familia llegan a ser una de las herramientas de gobierno corporativo más robustas y completas para las empresas de familia ya que reúne elementos de dirección y control orientado en proteger los propósitos y valores familiares y procurar por la viabilidad generacional de la empresa.

ii. Implementación de acuerdos de accionistas o pactos sociales.

Los acuerdos de accionistas son acuerdos parasociales que regulan exclusivamente las relaciones de los accionistas dentro de una sociedad, los cuales serán vinculantes a los miembros firmantes y oponibles a terceros bajo el cumplimiento de ciertos requisitos de ley dependiendo el tipo societario en Colombia.

Los acuerdos de accionistas son comunes cuando las empresas tienen no solo accionistas miembros de familia, sino terceros vinculados; lo anterior permitiendo conservar el control, o anticipando la prevención o solución de conflictos. Preliminarmente, la norma comercial en Colombia (artículo 70 de la ley 222 de 1995) prevé los aspectos que pueden ser incluidos o no dentro de los acuerdos de accionistas o pactos sociales, en los siguientes términos:

Dos o más accionistas que no sean administradores de la sociedad, podrán celebrar acuerdos en virtud de los cuales se comprometan a votar en igual o determinado sentido en las asambleas de accionistas. Dicho acuerdo podrá comprender la estipulación que permita a uno o más de ellos o a un tercero, llevar la representación de todos en la reunión o reuniones de la asamblea. Esta estipulación producirá efectos respecto de la sociedad siempre que el acuerdo conste por escrito y que se entregue al representante legal para su depósito en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad. En lo demás, ni la sociedad ni los demás accionistas, responderán por el incumplimiento a los términos del acuerdo.(Congreso de la República de Colombia, 1995)”

Es así como por ejemplo podemos encontrar en dentro de estos, acuerdos de representación, donde se delega la representación en las asambleas de accionistas a un accionista en nombre de varios; por otro lado, acuerdos de votación, donde para ciertas decisiones que deban decidirse en asamblea se acuerda el sentido del voto, o la adición de algunos accionistas al sentido del voto de un accionista en particular. Dichos acuerdos lo que protegen es el control de algunos accionistas al actuar en bloque.

Por otra parte, algunos acuerdos de accionistas pueden incluir elementos que anteriormente revisamos dentro de los protocolos de familia tales como: ***los propósitos y políticas que guían las relaciones entre los accionistas y las de estos con las sociedades; Sobre la propiedad accionaria; resolución de conflictos; y sanciones por incumplimientos.***

Un elemento bastante común y característico de los acuerdos de accionistas que firman socios mayoritarios y minoritarios son las cláusulas de “tag along” y “drag along” las cuales se incluyen para, de alguna forma armonizar el problema de agencia entre socios mayoritarios y minoritarios, en este sentido, la cláusula “tag along” o de acompañamiento, podrá ser incluida para efectos de garantizar que, en el evento de que el accionista mayoritario reciba alguna propuesta de compra de su participación por un tercero, el accionista minoritario pueda optar o no por participar en dicha compraventa aprovechando las condiciones ofrecidas al accionista

mayoritario; por su parte la cláusula de “drag along” o de arrastre, contempla que los accionistas minoritarios deberán adherirse en el evento que el accionista mayoritario tenga una oferta de venta de sus acciones.

Ambas cláusulas se tienen como derechos de accionistas minoritarios en la medida que, en caso de cambio de control podrán vender su participación con los mismos derechos económicos que lo haría un accionista mayoritario.

iii. Reglamentación de acciones permitiendo conservar el control en los accionistas o socio familiar, para permitir el ingreso de terceros.

Comúnmente las empresas de familia suelen ser empresas cerradas, es decir que no permiten que terceros ingresen como accionistas y que el control se conserve en el mismo núcleo familiar. No obstante, la dinámica de los negocios requiere que ingresen terceros inversores que garanticen la viabilidad de la empresa y flujo de recursos para nuevos proyectos. Las empresas de familia se caracterizan por el uso de herramientas de control tales como acciones preferenciales o “golden share²” que les permite aumentar el poder de decisión sobre la empresa. De esta forma, las empresas de familia pueden recibir a nuevos accionistas sin el riesgo de la pérdida del control.

Particularmente, en Colombia la figura societaria de las “Sociedades por acciones simplificadas” permite la creación de tipos de acciones con derechos diferenciales, por su parte la norma señala que: *Podrán crearse diversas clases y series de acciones, incluidas las siguientes, según los términos y condiciones previstos en las normas legales respectivas: (i) acciones privilegiadas; (ii) acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto; (iii) acciones con dividendo fijo anual y (iv) acciones de pago* (Congreso de la República de Colombia, 2008).

En este sentido la misma norma ilustra algunos ejercicios de gobierno corporativo como, por ejemplo, en caso que se requiera una inyección de recursos vía capital podrán crearse nuevas acciones sin derecho a voto, por lo cual podrán existir accionistas mayoritarios que preferentemente se paguen sus dividendos, pero que no tengan lugar en las deliberaciones del máximo órgano social. En el ejercicio práctico hemos encontrado que existen sociedades con acciones con derechos diferenciales o “Golden share”; que son de propiedad de los accionistas fundadores, las cuales tiene mayor participación de voto y de utilidades respecto de las acciones ordinarias, permitiendo preservar el control a los accionistas fundadores a si su participación accionaria sea menor. Dichas acciones tienen a su vez características especiales de titularidad, podrán ser “intuito persona” es decir que, en caso de muerte de accionista titular, estas desaparecen como “Golden share” y pasan a ser “ordinarias” a los accionistas adjudicados.

iv. tratamiento equitativo de los accionistas o socios.

²Las Golden share son acciones preferencial que otorgan al accionista un derecho diferencial de voto y puede servir como desempate o instrumento de control.

Un poco en contra vía con lo señalado anteriormente, es que, suele ser atractivo para el inversor externo (no miembro de familia) que quiera invertir en empresas de familia que garanticen un tratamiento equitativo a todos los accionistas. Es decir que no existan desigualdad en los derechos que se confieren los accionistas tanto mayoritarios como minoritarios, como tampoco, inequidad en el acceso a la información, o en el pago de dividendos, o sobre la toma de decisiones o quorum para deliberar o decidir.

Por ejemplo, los accionistas minoritarios y externos presentan un mayor riesgo de ser relegados de sus derechos cuando participan en una empresa de familia, dichas empresas suelen tener estructuras de control solidas que, a pesar de existir terceros dentro de la empresa de familia, son los miembros de familia quienes a la larga toman las decisiones en ella. Por tal razón, las empresas de familia no suelen ser atractivas a terceros inversores pues no se logra garantizar una armonía entre los problemas de agencia de accionistas mayoritarios y minoritarios. Por lo cual puede ser una mejor medida de gobierno corporativo el garantizar la equidad entre sus asociados.

v. Garantía de comunicación oportuna a los accionistas o socios.

Frecuentemente los accionistas no se encuentran vinculados directamente con la operación u administración de la empresa, por ello resulta necesario que se establezcan medidas que garanticen una comunicación oportuna a estos sobre todos los asuntos de interés tales como la situación financiera y resultados finales y parciales, sus órganos de gobierno, convocatoria a asambleas, operaciones con vinculadas, entre otros.

La OCDE señala a este como un principio de gobierno corporativo señalando que, Los *Principios* respaldan la divulgación oportuna de todas las novedades relevantes que surjan durante el tiempo transcurrido entre los diferentes informes periódicos. Asimismo, en ellos se aboga por divulgar entre los accionistas toda la información relevante o requerida de forma simultánea, de modo que se garantice un trato equitativo. Al mantener relaciones cercanas con los inversores y agentes del mercado, las empresas velarán por que no se vulnere este principio fundamental del trato equitativo.(G20 & OCDE, 2016) De esta forma se exhorta a que, sin importar la calidad de accionista (mayoritario o minoritario) a todos se garantice un trato equitativo en cuanto al acceso de información.

Es importante mencionar que, legalmente es poca la información que por mandato legal se debe comunicar a un accionista, por ello resulta de vital importancia el establecer las condiciones de acceso a la información (tiempo, modo y lugar). Es claro que, no toda la información de la compañía será susceptible de compartirse a los accionistas o socios; por ejemplo, los secretos empresariales no son objeto de divulgación, de hecho, se excluyen en el derecho de inspección reservado al accionista como así lo dispone la circular básica jurídica de la Superintendencia de sociedades que da alcance al derecho de inspección. En consecuencia, lo que legalmente debe comunicarse limita por ley a aquellos documentos y asuntos que

tengan relación directa con las materias o asuntos propios de la reunión ordinaria del máximo órgano social (G20 & OCDE, 2016).

El derecho de inspección lo define el código de comercio como el derecho de los socios o accionistas de inspeccionar los libros y papeles de la sociedad. Para el caso de las sociedades en comandita, colectivas, y limitada, este derecho puede ejercerse en cualquier tiempo (Congreso de la República de Colombia, 1971). Por su parte, para el caso de las sociedades anónimas la norma señala que deberá realizarse dentro de los quince (15) días hábiles anteriores a las reuniones de la asamblea general de accionistas (Congreso de la República de Colombia, 1971); y para el caso de las sociedades por acciones simplificadas, dentro de los cinco (5) días hábiles anteriores a la reunión en la que se han de aprobar estados financieros de fin de ejercicio, a menos que en los estatutos sociales se convenga un término superior (Congreso de la República de Colombia, 2008).

Por lo anterior, como medida de gobierno corporativo se propone que, las empresas de familia regulen dicho acceso a la información incluso de forma más amplia y detallada al derecho de inspección que contempla la normatividad existente de forma tal que se pueda establecer, por ejemplo: calendario de publicación y/o envío de información a accionistas, el medio de comunicación que se utilizará para tales efectos, los asuntos de interés no limitados a los asuntos financieros, sino de forma más amplia a toda la información relevante que pueda influir en la toma de decisiones del accionista o socio tales como; información de beneficiarios finales o reales, situación de control, información sobre órganos de administración e instrumentos de gobierno corporativos (códigos de ética y transparencia), como identificación de los cargos y perfiles, procesos de selección, remuneración o comisiones aplicables; operaciones con vinculadas, así también como información enfocada en grupos de interés, como empujados, medio ambiente y comunidad.

vi. Auditores independientes.

La norma colombiana contempla la figura de auditor de las sociedades como “revisor fiscal”; cuyas funciones son entre otras, la de verificar que las operaciones se ajusten a los estatutos sociales, a las decisiones de asamblea general o junta directiva; dar oportuna cuenta sobre las irregularidades que ocurran en el funcionamiento de sociedad; velar por que se lleve regularmente la contabilidad de la sociedad y las actas de las reuniones de la asamblea; convocar a la asamblea o a la junta de socios a reuniones extraordinarias cuando lo juzgue necesario. (Congreso de la República de Colombia, 1971). Si bien la norma trae algunas inhabilidades para la elección de los revisores fiscales, lo cierto es que, es común ver en sociedades de familia que, los revisores fiscales resultan ser asesores de larga trayectoria en las empresas y eventualmente vinculados por subordinación, y que, por la amplia confianza y trayectoria con los accionistas y/o administradores no ejercen su labor de auditar, por el contrario aprueban operaciones bajo la premisa de la confianza misma.

Esta medida de gobierno corporativo busca que, los auditores o revisores fiscales externos de la compañía ejerzan su labor a cabalidad, desde la independencia como terceros que propendan por los intereses de la empresa y no de forma parcializada sobre los intereses de los administradores y/o algún accionista o grupo de accionistas o socios.

Por lo anterior deberán implementarse medidas que garanticen la independencia del auditor tales como; i.) Establecer periodos de nombramiento de cargo de forma tal que, una vez culminado dicho periodo deba evaluarse otro perfil profesional para el cargo.; ii.) Establecer una remuneración acorde con el mercado; iii.) la prohibición de que los auditores tengan intereses financieros, o ejerzan cargos dentro de la compañía.

vii. Auditoría a administradores.

En las sociedades de familia suele presentarse el problema de agencia relacionado con la separación del control y la propiedad, el cual señala que es posible que los intereses de los administradores no converjan con los intereses de los accionistas, lo anterior por el nivel de acceso la información que tiene cada parte de interés. De otro lado suele presentarse la coincidencia de posiciones como accionistas y administrador de la sociedad, situación que coloca constantemente al individuo en una posición de conflicto de intereses que debe monitorearse por los demás asociados como medida de gobierno corporativo.

El implementar políticas de auditoría a los administradores, permite lograr un equilibrio en ambos casos expuestos ya sea el administrador un tercero ajeno a la empresa de familia, o un mismo accionista. Esta política de auditoría va en línea con el acceso a la información disponible a accionistas anteriormente señalada, de forma tal que, puedan los accionistas mantenerse al tanto de la gestión del administrador y elevar sugerencias al máximo órgano social, o plantear reformas o límites en las facultades del administrador oportunamente, siempre permeando los intereses de los asociados.

El Gobierno corporativo permite monitorear con más eficiencia la gestión de la empresa de forma tal que, los accionistas deberán establecer igualmente el mecanismo de auditoría a sus administradores comenzando por la determinación del órgano de gobierno encargado de su realización o análisis; o si por el contrario dicha auditoría sería prestada por un externo, la frecuencia o periodicidad de la auditoría, punto a analizar, plan de acción frente a contingencias, y medidas correctivas.

viii. Implementación de medidas de Responsabilidad social empresarial.

La Responsabilidad social empresarial es aquella relación que existe entre la empresa y la sociedad (Bonilla Sanabria, 2017); es decir en su actividad diaria la empresa impacta de forma positiva o negativa varios grupos de interés quienes dependiendo a su contexto mismo podrán ser sus accionistas, los administradores, la comunidad o ecosistema donde opera, los consumidores; etc.; en ese sentido deberá ser responsable por aquellas gestiones que pueden impactar a la sociedad

en general; por ende parte de las medidas de gobierno corporativo a implementar por las sociedades de familia pueden versar sobre acciones o información disponibles a los diferentes grupos de interés.

La primera acción a realizar por la sociedad será identificar los grupos de interés de esta, previo análisis de su contexto social político y geográfico. Luego de ello será su deber determinar el impacto (positivo o negativo) frente a sus grupos de interés; y finalmente establecer programas, políticas o acciones de mejora o de colaboración empresarial para minimizar impactos negativos, o afianzar las relaciones con sus grupos de interés.

A título de ejemplo con relación a sus grupos de interés podemos resaltar algunas medidas de responsabilidad social empresarial: **i.) Con relación a sus accionistas:** Transparencia en acceso a la información; primacía del interés de los asociados en la toma de decisiones gerenciales, oportunidad en la presentación de información financiera; flujo de caja disponible para la distribución de dividendos.; **ii.) Con relación a la comunidad:** Mejoramiento en vías de acceso; prevalencia en la selección y contratación de personal nativo; trabajo comunitario; prohibición de trabajo infantil; **iii.) Con relación a los empleados:** Políticas de incentivos de remuneración, auxilios educativos, auxilios de salud, programas de plan carrera; cumplimiento de normatividad internacional relacionada con trabajo forzoso; **iv.) Con relación al ecosistema:** dependiendo el impacto de la sociedad podrá resembrar árboles, utilización de material biodegradable en procesos productivos; reducción del impacto de CO2 en procesos productivos, implementación de economía circular, no utilización de animales en procesos experimentales, programas de reciclaje.

El implementar medidas de responsabilidad empresarial contribuyen a la sostenibilidad de las empresas de familia, ya que promueven las medidas de transparencia y posicionan a las empresas de familia como referentes de impacto social. Al ser medidas voluntarias, los inversores verán con mayor coherencia y solidez a las empresas que públicamente implemente y desarrollen dichos programas de responsabilidad empresarial, así mismo los consumidores que se mantiene al tanto de los trabajos y la forma en la que impactan las empresas a sus grupos de interés podrán tomar decisiones de consumos orientadas a los impactos de las empresas, por ende, podrán haber no solo consumidores sino una fidelización a través de los programas de Responsabilidad social empresarial.

Doctrinalmente se ha mencionado que, para las empresas familiares que se encuentran en las etapas fundacionales no es una exigencia inmediata formalizar e institucionalizar prácticas de gobierno. Este es un imperativo una vez que la segunda generación participa en las actividades empresariales (Monteferrante, 2012), en todo caso las medidas de gobierno corporativo a implementar deberán ajustarse a las necesidades reales y metodología de cada sociedad de familia, ya que no todas requieren la misma estructura organizacional o dispondrán de recursos para su implementación, o requerirán el nivel de gobierno corporativo más estricto; por lo anterior se deberá realizar un análisis de los problemas de agencias que se presenten en la estructura de gobierno y establecer las medidas de gobierno

corporativo que permitan armonizar conflictos de agencia y de sus grupos de interés para que, con dicha implementación y ejecución efectiva pueda ser sostenible la sociedad de familia entre generaciones.

Capítulo II.) Importancia de implementación de medidas de protección patrimonial en empresas de familia.

Uno de los principales problemas de las empresas de familia es la confusión del patrimonio social con el patrimonio de los accionista o socios miembros familiares, de allí que se puedan presentar conflictos de intereses con la administración de los ingresos o la disposición de los recursos. Es por ello que, implementar medidas de gobierno corporativo efectivas que describan los procedimientos, limitaciones y gestión de los recursos de la sociedad resulta indispensable.

No obstante, no basta con establecer políticas sobre la disposición y administración de recursos, ya que, si los patrimonios de los familiares y de la empresa de familia se mantienen en conjunto, puede que, el patrimonio familia entre a hacer parte de los activos que respalden las obligaciones o riesgos inherentes de la operación o que, (recordemos que, recordemos que, el patrimonio de la sociedad es la garantía o prenda general de los acreedores y lo constituye el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que integran la sociedad (Superintendencia de Sociedades, 2016) por su parte los activos de la operación entren en procesos de familia tales como liquidaciones de sociedades conyugales o patrimoniales o procesos sucesorales; etc... es así como, los accionistas o socios de sociedades familiares podrán implementar estrategias adicionales de protección patrimonial.

Existen herramientas de protección patrimonial que permiten, por una parte, separar la propiedad de las empresas operacionales del patrimonio de los accionistas o socios miembros de familia y por otro lado estructurar medidas de control y de gobierno corporativo y de orden o planeación sucesoral dentro de las que se encuentran las sociedades, vehículos fiduciarios, trust o fundaciones de interés privado.

I. Sociedades comerciales

Un mecanismo de protección patrimonial consiste en la constitución de una sociedad comercial destinada exclusivamente a la tenencia de activos e inversión de los accionistas o socios miembros de familia. En Colombia, a partir de la creación de las sociedades por acciones simplificadas S.A.S, con la ley 1258 de 2008 se reestructuraron las sociedades de protección patrimonial que tradicionalmente se utilizaban a través del modelo societario de las sociedades en comandita. En este entendido, los accionistas o socios miembros de familia extraerán de la sociedad operativa sus bienes personales para ser incluidos en su nueva sociedad patrimonial. De esta forma separan dichos activos ya sea de una enajenación forzosa, o de los riesgos de la operación de la sociedad operativa o generadora de riqueza, al ceder la titularidad en cabeza de una sociedad nueva y no vinculada a la operativa. Ahora bien, habrá de revisarse cada caso puntual para establecer el modo a través del cual se han de ceder estos activos a la titularidad de la nueva sociedad

ya sea a través de aporte a sociedad nacional, venta, o donación según sea más conveniente en cuanto al impacto tributario de la operación.

II. Fideicomisos

Otros mecanismos de protección patrimonial consisten en la constitución de vehículos fiduciarios de protección patrimonial como fideicomisos, trust o constitución de fundaciones de interés privado.

Los fideicomisos son negocios jurídicos por medio del cual se constituye la propiedad fiduciaria de un conjunto de derechos que son transmitidos por el fideicomitente al fiduciario para que los administre o ejerza de conformidad con las instrucciones contenidas en el fideicomiso, en beneficio de una persona (beneficiario), que es designada en el mismo, y la restituya al cumplimiento del plazo o condición al fideicomitente o la transmita al beneficiario (Rufas Vallés, 2017).

III. Trust

Por su parte, los trust son contratos cuya legislación se encuentra principalmente desarrollada en Estados Unidos, bastante similares a los fideicomisos latinoamericanos, por medio del cual un sujeto, denominado trustee, ostenta la titularidad de determinados bienes con la obligación de administrarlos, junto con sus frutos, en beneficio de las personas designadas como beneficiarios del trust (Rufas Vallés, 2017).

IV. Fundaciones de interés privado

Finalmente, las fundaciones de interés privado no son contratos, por el contrario, son figuras de naturaleza societaria con personería jurídica cuya legislación se encuentra principalmente desarrollada en Panamá; se trata de una figura que comparte notas de los testamentos, los fideicomisos y las sociedades o corporaciones, siendo una figura o estructura que puede ser empleada de una manera muy eficiente, para la planificación fiscal y para la protección del patrimonio. Incluso pueden llevar a cabo, sin mayores problemas las funciones de un fideicomiso (Rufas Vallés, 2017).

V. Conclusiones

En estos vehículos de protección patrimonial internacional converge la característica de desprender la titularidad del bien y entregarla a un tercero para su administración y retribución a beneficiarios, de forma tal que, los bienes no podrán ser incluidos en enajenaciones forzosas como tampoco podrán ser perseguidos por acreedores de los accionistas o socio miembros familiares, como menos de los acreedores de las sociedades operativas brindando un nivel de protección mayor al patrimonio familiar. El ingrediente adicional que hace más atractivo estos vehículos fiduciarios es la confidencialidad ante terceros, ya que, la titularidad de los activos estará en cabeza de los administradores que son terceros ajenos a la sociedad, inclusive a los socios o accionistas miembros de familia, en consecuencia si bien el patrimonio de los accionista puede resultar inamovible, la disposición de los bienes

no la hace directamente el socio o accionistas, si no por el contrario se realiza a través del administrador fiduciario con base en las instrucciones dadas por el fideicomitente, el settlor, o el protector en cada vehículo respectivamente.

Las empresas de familia que busquen ser sostenibles en relevos generacionales deben sin duda alguna implementar medidas de protección patrimonial de forma tal que, procuren separar los bienes o activos del patrimonio familiar de los riesgos inherentes de la actividad productiva. Así mismo, el establecer políticas claras sobre la gestión de recursos patrimoniales o de conflicto de intereses sobre el particular, son elementos claves e indispensables que permitirán igualmente anticiparse a conflictos familiares, o la pérdida o disminución del patrimonio por el siniestro de actividades comerciales.

Capítulo III.) Importancia de anticipación a planes sucesorales en empresas de familia.

En cuanto a la planeación sucesoral de empresas de familia deberán considerarse dos aspectos; por una parte, la sucesión administrativa o gerencial de la empresa o de gobierno corporativo; y por otra parte la de los patrimonios familiares.

Como vimos en el primer capítulo los protocolos de familia como medida de buena práctica deberá contener un capítulo especializado en la reglamentación respecto de la contratación de los miembros de la familia dentro de la empresa, de forma tal que su acceso sea ajustado a las necesidades reales de la empresa de familia y en cuanto a su remuneración deberán procurar que esta se alinee a los parámetros del mercado, o políticas internas de la empresa de familia con relación a las aptitudes que se ajusten a la idoneidad del cargo. En este sentido se recomienda restringir el acceso a cargo en la empresa de familia por la condición de per tener solamente a líneas o estirpes sucesorales.

Ahora bien, adicionalmente en cuanto a los cargos de alta dirección u órganos colegiados de gobierno deberá así mismo existir una reglamentación respecto a sucesión o elección de dichos miembros. Como vimos igualmente en el primer capítulo pueden existir varios órganos de gobierno como lo es la asamblea de familia, el consejo de familia, la junta directiva, etc... comúnmente cuando la empresa se encuentra en un relevo generacional donde concurren varias generaciones y diversidad de grupos familiares, dichos órganos de gobierno son conformados por varias grupos familiares por ende al fallecer algún miembro deberá establecerse algunos criterios adicionales a la relación filial para el relevo de los cargos en mención. Ahora bien, también es posible establecer algunos mínimos para considerar o someter vacancia algunos cargos como edad, condición física o mental, comisión de algún delito, o conflictos de interés.

Mencionada medida, evitará la perpetuidad en cargos permitiendo el dinamismo en la sociedad familiar y estableciendo reglas de acceso claras, de forma tal que permitirá eventualmente que, el personal idóneo ocupe los cargos idóneos que permitan la unidad de propósito familiar y la relevación generacional tornando a la sociedad sostenible.

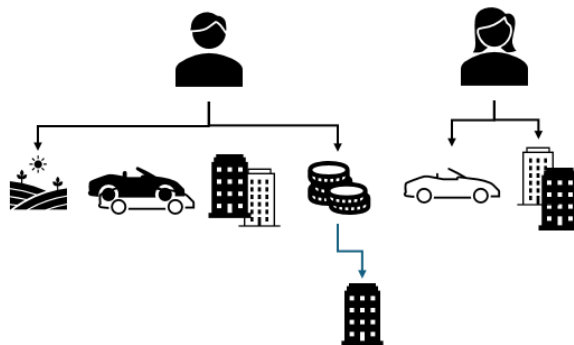
De otro lado; la sucesión patrimonial busca determinar el destino de los bienes que pertenecen a la familia, pudiéndose incorporar disposiciones relativas a todo tipo de bienes (presentes, futuros), los derechos que sobre los bienes corresponden a cada uno de los miembros (usufructo, propiedad, nuda propiedad, etc.), la forma de transmitir o acceder a los bienes (testamento, fiducia, donación, etc.) y los requisitos o condiciones para lograrlo (plazos o condiciones). (Guzmán Vásquez et al., 2020). En este caso, las sociedades por acciones simplificadas y las figuras fiduciarias que revisamos en el capítulo segundo son instrumentos de gestión patrimonial óptimos ya que por una parte, protegen el patrimonio familiar al separarlo del accionista y de la sociedad familiar operativa; y de otro lado, permiten anticipar sucesoramente la adjudicación de dichos bienes para el caso de los relevos generacionales.

Veamos un ejemplo práctico de la gestión patrimonial que se puede realizar a través de los instrumentos enunciados previamente.

Franklin padre de familia tiene los siguientes bienes a título personal: un lote, dos automóviles, dos apartamentos (uno de habitación y otro vacacional), 500 acciones en la empresa de familia junto con sus hermanos.

La empresa de familia adquirió un inmueble a su nombre que es donde habita el abuelo fundador.

Judith la esposa de Franklin tiene un vehículo, y dos apartamentos.



Franklin y Judith, deciden constituir una sociedad donde ellos junto con sus tres hijos son accionistas y aportan al capital de la sociedad sus bienes a título personal, de forma que la sociedad es la propietaria de tres automóviles, cuatro apartamentos, y 500 acciones en la empresa de familia junto con sus hermanos. De esta forma, en caso de muerte de Franklin y/o Judith, sus tres hijos solo deberán hacerse cargo dentro de la sucesión de las acciones de los padres dentro de la sociedad de gestión patrimonial y no entrarán en controversias relativas a la adjudicación de los bienes sociales, pues todos pertenecen a la sociedad, y los accionistas lo son en igualdad de proporción. De igual forma no les corresponderá asumir el impuesto de ganancia ocasional por sucesión del valor de los inmuebles, pues solo se incluirán las acciones dentro del proceso sucesoral.

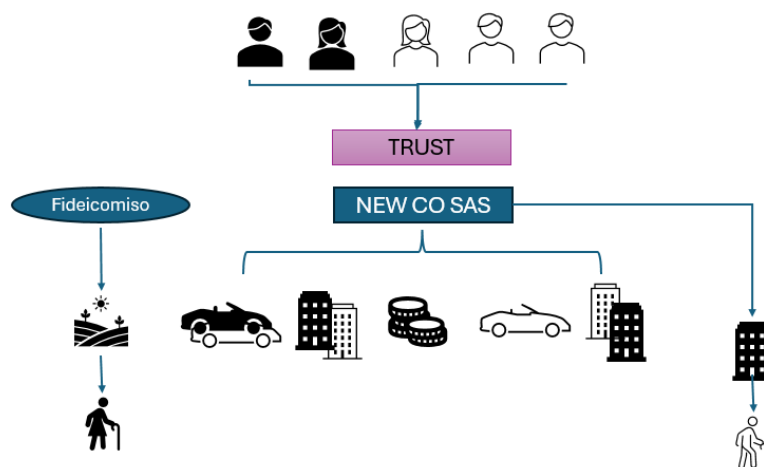
Ahora bien; con relación al inmueble del abuelo fundador este corre el riesgo que, en caso de algún proceso judicial en contra de la empresa de familia, el inmueble

entre a respaldar la obligación reclamada judicialmente, de forma tal que pueda ser embargado y expulsado de dicha propiedad. Por lo tanto, se recomienda que, dicho inmueble sea vendido, o donado en la proporción que corresponda a la empresa familiar de franklin y Judith; y a los hermanos de franklin en la proporción que corresponda y que, estos entreguen en usufructo dicho bien al abuelo fundador, de forma tal que soluciona la confusión de patrimonios, se anticipan a la sucesión, y garantizan que el abuelo fundador pueda usufructuar el bien de forma vitalicia.

Franklin padre de familia igualmente consideró importante implementar medidas de gestión patrimonial y decidió suscribir un TRUST en Estados unidos de la siguiente forma: en calidad de representante legal de la sociedad patrimonial (*settlor*) entregó la titularidad de bienes subyacentes. En consecuencia, dentro del contrato de trust indicó al *trustee* las condiciones en las cuales podrán usufructuarse o sucederse los bienes subyacentes por los *beneficiarios*.

Condiciones: 1.) Los beneficiarios principales son Franklin y Judith quienes hasta su fallecimiento serán quienes usufructuarán las acciones de la sociedad.; 2.) los beneficiarios secundarios serán los tres hijos en igualdad de proporción. 3.) el *trustee* deberá autorizar la enajenación global de activos o de bienes inmuebles de la sociedad en caso de fallecimiento de ambos beneficiarios principales bajo las siguientes reglas: a.) no podrán venderse los inmuebles en un tiempo inferior a un año de la muerte de los beneficiarios principales, b.) en caso que algún accionista tenga menos de 25 años no podrá recibir la totalidad del beneficio económico, en consecuencia recibirá un estipendio mensual que cubra los gastos de su congrua subsistencia hasta cumplir la edad señalada. 4.) Con relación a los demás activos podrán ser negociados libremente por los representantes legales la sociedad.

Ahora bien, con relación al lote de propiedad de franklin, este lo entregó a una fiducia para que lo administre de forma tal que, será la fiduciaria quien suscriba los contratos de arrendamiento o compraventa, pague los impuestos y realice gestiones de mejora y mantenimiento del lote por cuenta y orden del fideicomitente en favor de la madre quien es la única beneficiaria del fideicomiso.



Capitulo IV.) Las Fundaciones de interés privado como herramientas de gobierno corporativo, de protección patrimonial y planeación sucesoral en empresas de familia.

Ahora bien, como presentamos anteriormente las Fundaciones de Interés privado son principalmente instrumentos de gestión patrimonial, como lo dispuso la ley 25 de 1995 de Panamá, las Fundaciones de Interés Privado (en adelante “FIP”); no persiguen animo de lucro, por el contrario, solo realizan operaciones comerciales ocasionales en atención a lo dispuesto en el acta fundacional y Reglamento privado que las regula; donde este último funge como aquella lista de deseos, donde se estipula la forma en la cual deben ser administrador los bienes que componen el capital de la fundación.

Algunas características propias de las FIP son:

- Se rigen por el acta fundacional y sus reglamentos.
- Los designios pueden establecerse para su ejecución desde el momento de su creación o después de la muerte de su fundador.
- Su patrimonio inicial no podrá ser inferior a 10.000 balboas.
- Deberá contar con un Agente residente panameño, que debe ser abogado o una firma de abogados.
- La inscripción del acta fundacional en el Registro Público le otorga personería jurídica.
- Los bienes de la fundación constituyen un patrimonio separado de los bienes del fundador.
- Podrán existir fundaciones irrevocables, es decir que el control de la fundación no recae en el fundador.
- La existencia de disposiciones legales en materia sucesoral del domicilio del fundador o de los beneficiarios no es oponible a la fundación.
- El patrimonio de la fundación puede componerse de cualquier bien lícito.
- Será administrada por un consejo fundacional.
- Podrá además contar con un protector quien autorizará las decisiones del consejo fundacional y verifica que se cumpla lo estipulado en el reglamento.

La ley estableció taxativamente lo que debe contener el acta fundacional, sin embargo, respecto del reglamento fundacional el cual es de carácter privado, es de libre adopción y estructuración; por lo cual, en él se pueden incluir amplias disposiciones relacionadas con temas relevantes en materia de gobierno corporativo; gestión de patrimonios familiares, y de anticipación o planeación sucesoral y que hemos resaltado a lo largo de nuestro planteamiento.

Por lo anterior, podemos encontrar algunos Reglamentos Fundacionales lo suficientemente robustos que, contengan entre otras las siguientes temáticas ya desarrolladas:

- Los propósitos y políticas que guían las relaciones y/o la forma de administrar el patrimonio de la fundación.

Es común que, a la Fundación de Interés privado se le aporten al capital las acciones de sociedades o grupos empresariales completos, es por ello que, siendo el Reglamento Fundacional la guía de funcionamiento y administración de los bienes incluidos acciones de la familia, en el reglamento se incluyan propósitos y políticas que motivan su creación y que puedan orientar o perfilar la forma en la cual los protectores y administradores deben garantizar la ejecución de los designios en el estipulados.

- Disposiciones sobre la propiedad accionaria o administración y transmisión de acciones en sociedades:

En línea con el ítem anterior, se podrá incluir algunas limitaciones respecto de la transferencia o enajenación de los bienes que conforman el capital de la fundación, es así como por ejemplo para el caso de las acciones podrán establecerse limitaciones en su pignoración y enajenación como ocurre en los protocolos de familia o acuerdos de accionistas.

En general sobre cualquier tipo de bien podrán incluirse limitaciones como, por ejemplo: i.) no se podrán enajenar los inmuebles si no hasta 10 años siguientes a la firma del presente Reglamento Fundacional; ii.) el beneficiario solo podrá enajenar los bienes si este tiene más de 25 años y/ una carrera profesional; iii.) el beneficiario que desee enajenar los bienes deberá previamente firmar capitulaciones matrimoniales.

- Capítulo sobre la organización familiar, Consejo de Familia, Veedor Familiar y resolución de conflictos.

Así como en los protocolos de familia, podrá incluir órganos colegiados de personas destinados a fines específicos que permitan la sostenibilidad del patrimonio familiar. Por ejemplo; podrán establecerse veedurías, que se encarguen que dirimir los posibles conflictos que se presenten entre protectores y beneficiarios para que, una vez dirimido el conflicto puedan los administradores tomar las decisiones que correspondan de conformidad con lo dispuesto en el reglamento.

Por lo otro lado, el establecer figuras como consejos de familia que no se involucren en el ámbito administrativo o financiero, si no que dicha figure procure contribuir al mantenimiento de la unidad familiar, al buen gobierno de las relaciones entre los tres ejes (familia, empresa y Accionistas). Estas figuras son claves sobre todo cuando quienes ejecutan la dirección y administración de fundación son relevos generacionales o protectores o beneficiarios secundario o sustitutos.

- Capítulo sobre la Política de gastos y administración efectivo.

Es común ver en los reglamentos fundaciones que, por ejemplo, se establecen algunas políticas o instrucciones sobre el manejo de efectivo o recursos. Por ejemplo, instrucciones de giros como estipendios mensuales vitalicios, ocurre comúnmente cuando por ejemplo existen menores, personas con discapacidad o limitaciones, o adultos mayores. También es posible que se limiten los montos

a ejecutar o reinvertir en casos de gastos o inversiones, o según su nivel de riesgo.

- Capítulo sobre la Responsabilidad social empresarial.

Dentro de las estipulaciones sobre la disposición de los activos o patrimonio familiar es probable que algunas familias destinen parte de sus recursos enfocados a comunidades, medio ambiente, o a entidades sin ánimo de lucro que promueva fines sociales. De igual forma, teniendo en cuenta que, el reglamento fundacional es una previsión anticipada de la gestión patrimonial, en caso de que no haya algún heredero o beneficiario a quien distribuir los rendimientos o que disfrute del patrimonio de la fundación suele establecerse alguna organización no gubernamental como destinataria de estos fondos.

- Capítulo sobre la Gestión patrimonial y anticipación sucesoral.

Quizá el eje más importante de las fundaciones de interés privado es la Gestión patrimonial y anticipación sucesoral, en línea con los insumos anteriormente señalados, encontramos que, las fundaciones de interés privado pueden contener en su patrimonio el patrimonio completo de la familia, compuesto por efectivo, bienes inmuebles, acciones o portafolios y cualquier otro activo tangible o no de especial protección. La Fundación de Interés privado se convierte entonces en el instrumento de directriz sobre los designios del fundador para la gestión y preservación del patrimonio de los aportantes y/o beneficiarios que en su mayoría resultan ser patrimonios familiares.

lo primero que se debe realizar es una separación entre los patrimonios que son de mayor riesgo, de los de menor riesgo; hablemos de activos productivos y activos patrimoniales. Dependiendo de donde se encuentre ubicados podrá realizarse un análisis sobre, si dichos activos se aporten directamente a la FIP, o en su defecto previamente se incluyan dentro de otro vehículo como una Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) en Colombia, para luego su posterior aporte a la FIP.

El abuelo fundador decidió constituir una fundación de interés privado en Panamá a la cual le donó las acciones de la sociedad familiar operativa y unos bienes a título personal que este tenía anticipando su fallecimiento. En consecuencia, procedió a suscribir su reglamento fundacional en el cual señaló lo siguiente:

1. los beneficiarios principales de la Fundación de interés privado son el abuelo fundador y su esposa; en caso de fallecimiento de alguno de los dos, los hijos entrarán a ser beneficiarios principales en la proporción del conyugue fallecido. Los beneficiarios secundarios son sus tres hijos en igualdad de proporción, en el evento de muerte de ambos beneficiarios principales. En caso de muerte de algún beneficiario secundario lo serán sus herederos por estirpe y en caso de muerte de todos los herederos lo será una entidad no gubernamental encargada del apoyo a madres cabeza de hogar.
2. Los protectores de la Fundación de interés privado son el abuelo fundador y su esposa; en caso de fallecimiento de alguno de los dos, los hijos entrarán

a ser protectores principales en la proporción del conyugue fallecido. Los protectores secundarios son sus tres hijos en igualdad de proporción, en el evento de muerte de ambos protectores principales. En caso de muerte de algún protector secundario lo serán sus herederos por estirpe que haya culminado estudios superiores o profesionales y no tenga algún impedimento o incapacidad legal.

3. El consejo fundacional será nominal, designado por los agentes residentes.
4. Se designa como veedor de familia o arbitro a Pepito Pérez, quien se encargará de mediar frente a los conflictos que pueda suscitarse entre los protectores y los beneficiarios, o entre estos últimos; siendo este un tercero imparcial y con calidades y aptitudes profesionales y personales que propenderán por el bienestar de la familia.
5. Para efectos de la sucesión de acciones estas estarán limitadas a la acreditación de los siguientes requisitos: i.) la suscripción de un protocolo de familia, ii.) la creación del órgano de asamblea de familia, y iii.) de comité de familia. vi.) La implementación de medidas de responsabilidad social empresarial y la puesta en marcha de un programa social.
6. La vigencia de la Fundación de interés privada será indeterminada, y deberá culminar en tanto no existan bienes que administrar.

Conclusiones:

En búsqueda de la sostenibilidad de empresas o patrimonios familiares resaltamos dentro de nuestro artículo, por una parte; la relevancia de la implementación de medidas eficaces de Gobierno Corporativo en empresas de familia, así como mencionamos algunas medidas que se sugieren ser implementadas. En igual medida, resaltamos la importancia de la implementación de medidas de Protección del Patrimonio de la Familia diferenciándolo del patrimonio de la empresa, así como la Planificación oportuna de la estructura Sucesoral tanto en el ámbito societario y gerencial, como en la sucesión del patrimonio de los padres fundadores o constituyentes, o patrimonio familiar. En nuestro artículo estudiamos varias herramientas que logran los objetivos inicialmente mencionados, donde preliminarmente se podría pensar que, la implementación de la totalidad de las medidas presentadas resultaría altamente costoso y demandaría de considerable tiempo en su implementación. No obstante; el artículo presentó la figura de las Fundaciones de Interés Privado (FIP) como herramientas armonizadoras de Gobierno Corporativo, de Protección Patrimonial y, Sucesoral en empresas de familia. De forma tal que, no sería necesario el construir o utilizar diversidad de instrumentos jurídicos en simultaneo para procurar por la sostenibilidad buscada, ya que esta figura logra efectivamente condensar varios elementos de la normativa y costumbre internacional como protocolos de familia, acuerdos de accionistas, fideicomisos, y testamentos que permiten una óptima gestión patrimonial y de control societario en empresas de familia optimizando los costos de sostenimiento de estructuras, o simplificando las existentes.

Referencias

- Barba Martín, L., & Alcántara Santuario, A. (2003). Los valores y la formación universitaria. *Reencuentro. Análisis de problemas universitarios*, 38, 16-23.
- Barraza, H. J. (2019, enero 26). *¿Cuál es la diferencia entre Propósito, Misión y Visión?* chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://gc.scalahed.com/recursos/files/r161r/w25317w/M1DPI106_S2_Cual_es_la_diferencia_entre.pdf
- Bonilla Sanabria, F. A. (2017). Comentarios sobre la responsabilidad social empresarial, el derecho societario y la empresa de grupo. *Vniversitas*, 66(134), 21. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj134.crse>
- Bourne, L. (2016). *Stakeholder Relationship Management: A Maturity Model for Organisational Implementation*. CRC Press.
- Briano-Turrent, G. del C., & Poletti-Hughes, J. (2017). Corporate governance compliance of family and non-family listed firms in emerging markets: Evidence from Latin America—ScienceDirect. *Journal of Family Business Strategy*, 8, 237-247.
- Byun, H.-Y., Kwak, S.-K., & Hwang, L.-S. (2008). The Implied Cost of Equity Capital and Corporate Governance Practices. *Asia-Pacific Journal of Financial Studies*, 37, 139-184.
- Congreso de la República de Colombia. (1971). *Código de comercio Decreto 410 de 1971*
[<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41102>].

Diario Oficial 33.339 de junio 16 de 1971.

<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41102>

Congreso de la República de Colombia. (1995). *Ley 222 de 1995*. Diario Oficial No. 42.156.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6739>

Congreso de la República de Colombia. (2008). *Ley 1258 de 2008*. Diario Oficial 47.194.

<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=34130&dt=S>

G20 & OCDE. (2016). *Principios de Gobierno Corporativo*. OECD Publishing.

<https://doi.org/10.1787/9789264259171-es>

Guzmán Vásquez, A., Del Hierro Hoyos, José Elías, Higuera Rodríguez, Mónica Paola, Felipe, H. V., Márquez Arango, Diego Felipe, Mejía Londoño, María Paz, Wilches, J. T., & Trujillo Dávila, M. A. (2020). *Protocolos de Familia: Su relevancia como mecanismo de gobierno familiar y empresarial*. Editorial CESA.

Monteferrante, P. (2012). Entre la familia y el negocio. *Debates IESA*, 17(3), 1-6.

PricewaterhouseCooper. (2019). *Empresas Familiares en Colombia: Un legado que trasciende*.

[https://www.pwc.com/co/en/publications/technology/PwCColombiaFamilyBusiness%20\(1\).pdf](https://www.pwc.com/co/en/publications/technology/PwCColombiaFamilyBusiness%20(1).pdf)

Rivera, O. (1991). *Los conceptos de: Misión, visión y proposito estrategico*.

Universidad de Deusto.

https://www.academia.edu/download/53655475/Mision__Vision_y_Proposito_Estrategico.pdf

Rufas Vallés, M. J. (2017). Análisis de figuras similares al trust anglosajón: Las Fundaciones de Interés Privado de Panamá y los Stiftung y Anstalt de Liechtenstein. Los fideicomisos latinoamericanos*. *Cuadernos de Formación*, 21(19).

Schulze, W. S., Lubatkin, M. H., & Dino, R. N. (2002). Altruism, Agency, and the Competitiveness of Family Firms. *Managerial and Decision Economics*, 23(4/5), 247-259.

Superintendencia de sociedades. (2009, abril 11). *Oficio 220-071917*.

<https://tesauro.supersociedades.gov.co/jsonviewer/eE3hFIIBllrnnHGSltiL>

Superintendencia de Sociedades. (2016). *Oficio 220-016521*.

<https://tesauro.supersociedades.gov.co/jsonviewer/phzsClgBWsm0E8MWts>

_t

Young, S., & Thyl, V. (2008). A holistic model of corporate governance: a new research framework. *Corporate Governance: The International Journal of Business in Society*, 8(1), 94-108.

<https://doi.org/10.1108/14720700810853437>