



Revista de
Derecho
Privado

**PROBLEMAS DE AGENCIA EN LAS SOCIEDADES DE FAMILIA:
EJECUCIÓN JUDICIAL Y ESTUDIO CRÍTICO DE LOS PROTOCOLOS
DE FAMILIA EN COLOMBIA**

JUAN SEBASTIÁN GAVIRIA GARLATTI

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.57.2017.12>

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Rev. derecho priv. No. 57

enero - junio de 2017. e-ISSN 1909-7794

Problemas de agencia en las sociedades de familia: ejecución judicial y estudio crítico de los protocolos de familia en Colombia

Resumen

Las sociedades de familia presentan unos problemas particulares debido a las relaciones de parentesco entre sus asociados. Además de los problemas de agencia clásicos, en particular del problema entre mayoritarios y minoritarios, las compañías familiares se encuentran especialmente expuestas a un cuarto problema de agencia que denominamos *de interés propio*, y que consiste en la dificultad de controlar las acciones de las personas que pueden dañarse a sí mismas y a quienes las rodean. Estos problemas de agencia pueden ser controlados a través de acuerdos de accionistas, que en las sociedades de familia reciben el nombre de *protocolos de familia*. Estos acuerdos pueden ejecutarse judicialmente ante la Superintendencia de Sociedades, lo que permite que los litigios societarios sean conocidos por un tribunal altamente especializado y eficiente, que cuenta con el poder de hacer cumplir lo acordado en pactos parasociales.

Palabras claves: sociedades de familia, protocolos de familia, problemas de agencia, problema de interés propio, ejecución judicial.

Agency problems in family companies: enforcement and study of family protocols in Colombia

Abstract

Family companies present special problems due to family ties among their shareholders. In addition to classic agency problems, particularly between majority and minority shareholders, family companies are specially exposed to a fourth agency problem, the self-interest problem. The self-interest problem lies in the difficulty to control the actions of people that can harm themselves and those around them. These problems can be controlled through shareholders' agreements, called family protocols in family companies. These agreements can be enforced upon the Colombian Superintendence of Companies, which allows corporate conflicts to be solved by a highly specialized and efficient Tribunal, able to materialize what was agreed in family protocols.

Keywords: family companies, family protocols, agency problems, self-interest problem, enforcement.

Problemas de agencia en las sociedades de familia: ejecución judicial y estudio crítico de los protocolos de familia en Colombia*

JUAN SEBASTIÁN GAVIRIA GARLATTI¹

SUMARIO

Introducción – I. PROBLEMAS DE AGENCIA EN LAS SOCIEDADES DE FAMILIA – A. *Breve descripción de las sociedades de familia* – B. *Tipos de problemas de agencia en el contexto de las sociedades de capital y en sociedades de familia* – 1. Entre los dueños de la compañía y los administradores – 2. Entre los socios mayoritarios y los minoritarios – 3. Entre la compañía misma, incluyendo a sus dueños, y terceros con los que la sociedad tenga vínculos contractuales – 4. Entre los distintos intereses de un mismo individuo. Problemas de agencia de *interés propio*: el problema de la superposición de roles, el altruismo y las malas relaciones familiares – II. UNA SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS DE AGENCIA EN LAS SOCIEDADES DE FAMILIA: EL PROTOCOLO DE FAMILIA – A. *Naturaleza de los protocolos de familia* – B. *La ejecución judicial de los protocolos de familia* – C. *Los protocolos de familia como solución* – IV. CONCLUSIONES – Referencias.

* Cómo citar este artículo: Gaviria Garlatti, J. S. (Junio, 2017). Problemas de agencia en las sociedades de familia: ejecución judicial y estudio crítico de los protocolos de familia en Colombia. *Revista de Derecho Privado*, (57). Universidad de los Andes (Colombia). <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.57.2017.12>

1. Abogado de la Universidad de los Andes, con opción en filosofía de la misma Universidad. Monitor de varias materias, entre ellas el Curso de Sociedades. Trabajó como asociado del equipo de Derecho Corporativo de la firma Philippi, Prietocarrizosa, Ferrero DU & Uría. Actualmente es ponente en el Grupo de Jurisdicción Societaria I de la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades. Correo: js.gaviria271@uniandes.edu.co

Introducción

En Colombia, según un estudio realizado por la Superintendencia de Sociedades en 2006, de las 19.109 empresas que enviaron reportes financieros a diciembre del 2005, el 70 % eran sociedades de familia, considerando por tales aquellas en donde existe entre dos o más socios un parentesco de consanguinidad hasta el segundo grado (padre, madre, hijos y hermanos) o único civil (padre o madre adoptante e hijo adoptivo), o están unidos entre sí matrimonialmente, siempre y cuando los socios así relacionados ejerzan sobre la sociedad un control económico, financiero o administrativo (Superintendencia de Sociedades, Cámara de Comercio de Bogotá y Confecámaras, 2009).

En estas sociedades cerradas y de capital concentrado surgen conflictos muy delicados y difíciles de resolver, debido a que en la administración de la compañía se suelen sobreponer problemas meramente familiares. Este tipo de problemas pueden ser de muy diversa naturaleza, desde roces personales entre los miembros de la familia hasta matrimonios, divorcios y sucesiones, entre otros, y pueden tener un fuerte impacto en el giro normal de los negocios de estas compañías.²

Una manera de evitar que se presenten conflictos intrasocietarios a raíz de problemas familiares es la suscripción de acuerdos parasociales. En el caso de las compañías familiares, estos acuerdos son llamados protocolos de familia.

Actualmente, sin embargo, en el país no existe una concepción adecuada de estos instrumentos, y esto hace que no terminen sirviendo para prevenir y solucionar los conflictos propios de las sociedades de familia. En efecto, esta figura se suele emplear como un mecanismo que se limita a establecer normas de convivencia y respeto entre los socios, sin entender la naturaleza de estas controversias desde un punto de vista de la teoría de los problemas de agencia en las sociedades de capital, que más adelante se explicará con detalle.

En Colombia, pues, se han implementado este tipo de contratos con escaso éxito, tanto en su concepción como en su ejecución judicial, por motivos normativos, judiciales y por la idea que se tiene de estos y de los problemas que pretenden resolver.

En primer lugar, según “lo dispuesto en el artículo 118 del Código de Comercio, (...) no resultan oponibles ante la sociedad, ni frente a terceros, los pactos que no consten en el con-

2. En la Sentencia No. 801-050 del 8 de noviembre de 2012, la Superintendencia de Sociedades conoció de un caso de una compañía compuesta por dos socios paritarios que, al momento de la constitución, eran cónyuges. Tras el surgimiento de conflictos entre los dos accionistas y el inicio de un proceso de divorcio entre ambos, uno de ellos (marido) decidió excluir a su socia haciendo un mal uso de los arbitrios de indemnización. Este tipo de situaciones podrían solucionarse a través de la creación de acuerdos parasociales que establezcan normas adicionales a los estatutos sociales, encaminadas a regular las relaciones entre socios y su impacto en el funcionamiento de la compañía.

trato social debidamente inscrito en el registro mercantil” (Reyes, 2014c, pp. 543-544).

Lo anterior quiere decir que, de conformidad con el Estatuto Mercantil, los acuerdos parasociales no son oponibles a la sociedad, y esto significa que, en casos de eventual incumplimiento, solo pueden ser exigibles en un proceso ordinario de responsabilidad contractual, mientras que las decisiones sociales tomadas en contradicción con el acuerdo conservan plena validez. Hacer valer estos acuerdos mediante un proceso de responsabilidad civil resulta del todo absurdo, ya que de esa forma no es posible ordenar a la sociedad que cumpla con lo pactado en el protocolo de familia suscrito por sus socios, y una tasación de perjuicios derivada de su incumplimiento es imposible, sin mencionar la muy extensa duración de estos procesos en la justicia ordinaria.

Ahora bien, el artículo 70 de la Ley 222 de 1995, por su parte, otorgó oponibilidad a estos contratos frente a la sociedad y a los accionistas no suscribientes, siempre y cuando quienes los celebren no sean administradores de la compañía, “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”. Sin embargo, debe anotarse que la misma norma restringe su aplicación únicamente a acuerdos sobre votaciones en la asamblea general de accionistas en sociedades anónimas.

Lo anterior evidencia, pues, que el legislador colombiano había sido reticente frente a esta

figura, restringiendo injustificadamente sus efectos y posibilidades. Hasta el 2008, con el artículo 24 de la Ley 1258 de ese año, se dio un importante avance al aumentar el espectro que pueden cubrir los acuerdos parasociales, al poder versar ahora sobre “cualquier (...) asunto lícito”. Además de esto, la ley antes mencionada creó la posibilidad de hacer exigibles estos contratos ante la Superintendencia de Sociedades, la cual, en uso de facultades jurisdiccionales, constituye una corte altamente especializada en asuntos societarios capaz de resolver eficientemente este tipo de conflictos, a diferencia de lo que ocurre con la justicia ordinaria colombiana.

En cuanto a su ejecución judicial, la Superintendencia de Sociedades ya ha sentado importantes precedentes en la materia en casos como el de *Proedinsa Calle y Cía S. en C. contra Gimnasio Vermont Medellín S.A. y otros* (Sentencia N° 801-16 del 23 abril de 2013) y el de *Beatriz Helena Obando Benjumea contra Oben Muebles S.A.* (Auto N° 801-11759 del 20 de agosto de 2014), que se analizará más adelante. El impacto de estos pronunciamientos es de resaltar debido a la completa ausencia de providencias similares antes de la creación de la corte societaria de la referida entidad, en 2012.

A pesar de lo anterior, como se había anotado antes, existe un notorio rezago en la concepción de los protocolos de familia en Colombia, sobre todo en comparación con sistemas jurídicos del derecho anglosajón (*common law*) que permiten en mayor medida el crecimiento

de las sociedades de capital, ya que conciben estas últimas como vehículos de desarrollo económico. En Estados Unidos, por ejemplo,

los jueces antes veían con sospecha los inusuales mecanismos contractuales en las sociedades cerradas. Hoy las cortes hacen cumplir cualquier cosa que inventen los participantes. La evolución de los códigos de temas societarios de reglas prohibitivas a normas habilitadoras ha proveído a los participantes de empresas abiertas y cerradas de considerable flexibilidad en la estructuración de la compañía. (Easterbrook & Fischel, 1996, p. 234). [Traducción mía].

En Colombia, sin embargo, existe la errónea comprensión, compartida por un amplio sector de la doctrina nacional y recogida por el artículo 98 del Código de Comercio, que las sociedades de capital son meros contratos, en lugar de establecer que son vehículos encaminados a permitir el crecimiento económico, lo que crea obstáculos innecesarios para el emprendimiento.

Por este motivo, se pretende ofrecer aquí una reflexión particular sobre los protocolos de familia, con el objetivo de que estos resulten herramientas valiosas para las sociedades familiares colombianas, que les permitan evitar y resolver conflictos, así como el sano funciona-

miento de estas como creadoras de riqueza y de crecimiento económico.

Como se había anticipado, uno de los principales problemas que presenta el estado del arte actual de los protocolos de familia en Colombia es la forma en que estos son pensados. La anacrónica tradición civilista de nuestro sistema jurídico, que sigue permeando también el régimen mercantil, muchas veces se limita a reflexionar sobre sí misma sin proponer soluciones prácticas, y distrae a los distintos agentes jurídicos³ del verdadero objetivo del derecho comercial y, en particular, del derecho societario. Se debe, pues, tener en cuenta que el derecho de sociedades no existe por sí mismo, sino que debe ser entendido como un instrumento para el desarrollo empresarial y para cuidar los intereses de los distintos grupos de interés (*stakeholders*)⁴ de las sociedades de capital. Para lograr este objetivo, los protocolos de familia deben concebirse como herramientas útiles para resolver los problemas de agencia inherentes a la actividad empresarial.

Este artículo pretende describir los problemas de agencia particulares y típicos de las sociedades de familia. Además de esto, se explorará la naturaleza jurídica de los protocolos de familia, estudiando la doctrina, la normatividad que los regula y la jurisprudencia que se ha producido sobre la materia a nivel nacional e internacional. Desde un método dogmático y

3. Tales como los abogados, los jueces, los empresarios y los funcionarios públicos, entre otros.

4. Los socios y accionistas, los acreedores, los trabajadores, las entidades estatales, el fisco, etc.

comparado se analizará qué tipo de cláusulas es posible pactar para resolver los problemas que puedan surgir en el desarrollo de las compañías familiares. Finalmente, se estudiará la ejecución judicial de los protocolos de familia en Colombia, en escenarios como la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades, para terminar con algunas reflexiones finales a manera de conclusión.

I. PROBLEMAS DE AGENCIA EN LAS SOCIEDADES DE FAMILIA

La función más importante del derecho societario, según Kraakman et al. (2009), consiste en “reducir los costos que surgen de organizar un negocio a través de la forma societaria” (p. 2) [traducción mía]. Estos costos son generados por conflictos caracterizados por “lo que los economistas llaman *problemas de agencia*” (p. 35) [traducción mía].

Genéricamente, un problema de agencia surge cuando un mandante se ve beneficiado o perjudicado por las acciones u omisiones de un mandatario, de un *agente* (Jensen & Meckling, 1976). Una de las complicaciones que surgen de esta relación entre mandante y mandatario es la forma en que se debe incentivar a este último para que busque el interés del primero antes que el propio. Pero el problema medular de esta relación, y que el derecho de sociedades busca resolver, es la asimetría de información que existe entre el mandante y su agente. El agente, de hecho, por lo general posee

mejor información que la persona que le da el encargo, porque es él quien se encuentra en contacto directo con la actividad que está desempeñando.

A raíz de ese desequilibrio, el mandante no tiene forma de controlar el desempeño de su agente y de si este está cumpliendo con lo pactado. Debido a esto, “el agente tiene un incentivo para actuar de manera oportunista” (Kraakman et al., 2009, p. 35) [traducción mía], desempeñándose defectuosamente e incluso tomando para sí mismo las ganancias que corresponderían a su mandante. De esta forma, los beneficios que podría obtener quien confía el encargo se reducen, ya sea por el desvío de las ganancias o por los costos en que tendría que incurrir para controlar de cerca la actividad del agente.

Ahora bien, antes de analizar cada uno de los tipos de problemas de agencia que pueden surgir al interno de una compañía, estudiemos sucintamente cómo están estructuradas las sociedades de familia en cuanto a la transferibilidad de sus acciones o cuotas y su composición accionaria.

A. Breve descripción de las sociedades de familia

Para entender cómo se presentan estos problemas de agencia en las sociedades de familia es necesario, primero, estudiar su anatomía y de qué manera están compuestas desde un punto de vista accionario.

Como se afirmó al principio de este artículo, los propietarios de las sociedades de familia, sus socios o accionistas, guardan una relación de parentesco entre sí. Esta situación tiene consecuencias significativas en la estructura misma de este tipo de compañías. De esta forma, se trata de sociedades cerradas y de capital concentrado, lo que significa que son compañías que no cotizan sus acciones en el mercado de valores y que cuentan con un accionista o un bloque de accionistas controlante, lo que trae como consecuencia que la propiedad y la administración (*owner-management*) de la sociedad recaigan en un mismo sujeto.

Las sociedades cerradas han sido entendidas por la jurisprudencia estadounidense como compañías en las que “el capital es detentado por unas pocas manos, o en unas pocas familias, y en las que las acciones no suelen comprarse o venderse” (Bainbridge, 2002, p. 797) [traducción mía]. Adicionalmente,

algunas autoridades hacen énfasis en el número de accionistas, otros en la presencia de propietarios-administradores, otros en la ausencia de un mercado para el capital de la compañía, y otros en la existencia de restricciones formales a la posibilidad de transferir sus acciones. (Cary & Eisenberg, 1988, p. 329) [traducción mía].

Entre estas características de las sociedades cerradas, reseñadas por el derecho estadounidense, se destaca, y adquiere particular importancia en las sociedades de familia, la “*integra-*

ción de la propiedad y la administración, en la que los accionistas ocupan la mayor parte de los puestos administrativos de la compañía” (*Donahue v. Rodd Electrotype Co.*, 1975) [curativas en el original, traducción mía], tal como se irá viendo a lo largo de este artículo.

En resumen,

tres atributos distinguen este tipo de negocios de otras sociedades cerradas: (1) sus acciones están detentadas por dos o más generaciones de la misma familia nuclear, la mayoría de las cuales son miembros de la junta directiva y del equipo administrativo; (2) sus acciones están concentradas en las manos de un mismo propietario-administrador —el *accionista controlante*— que usualmente es el gerente y a menudo el fundador y la cabeza de la familia; y (3) sus acciones no se comercializan en mercados de valores ni son detentadas por inversionistas de capital. (Lubatkin, Ling & Schulze, 2007, p. 955) [traducción mía].

Las relaciones familiares entre sus socios, adicionalmente, dan un tinte particular a las sociedades familiares y a las dinámicas entre estos y los administradores. En este tipo de compañías, pues, se presenta un fenómeno conocido por los economistas como *altruismo* (Becker, 1981), que consiste en que un individuo ata su bienestar al bienestar de otros. El altruismo, el cual se tratará con mayor detalle cuando se analice el problema de agencia propio de las sociedades de familia, llamado problema de

autocontrol (*self-control problem*), hace que los padres, por ejemplo,

se preocupen por sus hijos, hace que los miembros de la familia sean considerados entre sí, y hace que el pertenecer a la misma familia sea algo valioso de formas que promueven y sostienen el vínculo familiar. Estos vínculos, pues, le otorgan a las compañías de familia una historia, un lenguaje y una identidad que las hace especiales. (Schulze, Lubatkin, Dino y Buchholz, 2001, p. 102) [traducción mía].

Antes de abordar el tema del altruismo y el autocontrol (*self-control*), se hará un breve estudio de los problemas de agencia clásicos.

B. Tipos de problemas de agencia en el contexto de las sociedades de capital y en sociedades de familia

1. Entre los dueños de la compañía y los administradores

El primero de los problemas de agencia surge entre los dueños de la compañía y los administradores. Los dueños, es decir los socios o accionistas de la compañía, han hecho una inversión de capital en un negocio que no administran directamente. Por este motivo, se ven obligados a contratar a un agente que vele por sus intereses y logre que su inversión inicial en el negocio produzca utilidades. “El problema aquí yace en asegurar que los administradores respondan a los intereses de los dueños antes

que perseguir sus intereses personales” (Kraakman et al., 2009, p. 36) [traducción mía].

Al haber siempre un controlante, este tiene la potestad de nombrar y remover a los administradores según considere conveniente, lo que crea incentivos para que estos respondan adecuadamente a los intereses del mayoritario.

Según Jensen & Meckling (1976), este tipo de problemas, sin embargo, se presentan “en la moderna compañía de capital disperso”, en la que existe una “separación de la propiedad y el control” (p. 309) [traducción mía]. Ahora bien, debido a que en Colombia no existen sociedades de capital disperso, este problema de agencia prácticamente no se presenta, o por lo menos los costos que produce son mínimos.

Desde este punto se puede observar que, en realidad, en un país donde la composición de capital es concentrada, el problema de agencia más relevante es el que se revisará a continuación.

2. Entre los socios mayoritarios y los minoritarios

El segundo problema de agencia, por su parte, nace entre los socios mayoritarios o controlantes y los minoritarios o no controlantes. “Aquí los dueños no controlantes pueden ser considerados como los mandantes y los controlantes como los agentes, y la dificultad yace en asegurar que los primeros no sean expropiados por los últimos” (Kraakman et al., 2009,

p. 36) [traducción mía]. Los controlantes, que tienen la potestad de nombrar y remover a los administradores por detentar la mayoría accionaria necesaria, son quienes en realidad dirigen la compañía. Los llamados *private benefits of control*, o beneficios privados del control, les dan la posibilidad de expropiar a los minoritarios de distintas formas. Estos mayoritarios pueden, por ejemplo, obtener las utilidades del negocio a través de mecanismos distintos a la repartición, con la asignación de salarios exorbitantes o con préstamos con la sociedad. A través de estas maniobras, además, los mayoritarios pueden llegar incluso a excluir a los minoritarios que, debido al mal rendimiento de su inversión, se pueden ver obligados a vender su parte de la compañía.

Como se anticipó en el acápite anterior, debido a que las sociedades en Colombia son de capital concentrado, este es el problema más común y que desata más procesos judiciales.⁵

Aunque este es un problema que se presenta en las sociedades de familia, se considera más importante centrarse en el problema de agencia de interés propio, que se analizará más adelante en detalle.

3. Entre la compañía misma, incluyendo a sus dueños, y terceros con los que la sociedad tenga vínculos contractuales

El tercer problema de agencia se da entre la compañía misma, incluyendo a sus dueños, y terceros con los que la sociedad tenga vínculos contractuales, como distintos acreedores, proveedores, empleados y clientes. En este caso la sociedad se comporta como el agente, y lo que debe buscarse es que este no actúe de forma oportunista hacia los mandatarios, “expropiando a los acreedores, explotando a los trabajadores o engañando a los consumidores” (Kraakman et al., 2009, p. 36) [traducción mía].

4. Entre los distintos intereses de un mismo individuo. Problemas de agencia de *interés propio*: el problema de la superposición de roles, el altruismo y las malas relaciones familiares

Este último problema de agencia es típico de las sociedades de familia y, por este motivo, se dedicará una parte más extensa a su estudio. Adicionalmente, este es el principal problema que se considera puede ser resuelto con la

5. Superintendencia de Sociedades, Encarnación Bohórquez contra Industrial Developers S.A.S., Sentencia No. 801-050 del 8 de noviembre de 2012; Superintendencia de Sociedades, Proedinsa Calle & Cía S. en C. contra Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. y otros, Sentencia No. 801-16 del 23 de abril de 2013; Superintendencia de Sociedades, Beatriz Helena Obando Benjumea contra Oben Muebles S.A., Auto N° 801-11759 del 20 de agosto de 2014; Superintendencia de Sociedades, Carlos Alberto Sierra Murillo y Summertree Trading Corporation contra Axede S.A., Sentencia No. 801-3 del 9 de enero de 2015; Superintendencia de Sociedades, María Victoria Solarte Daza contra CSS Constructores S.A. y otros, Auto No. 800-2730 del 17 de febrero de 2015; Superintendencia de Sociedades, María Virginia Cadena López y Fernando Alfredo Cadena López contra Amira López de Cadena, Miguel Eduardo Cadena López y otros, Sentencia No. 800-133 del 15 de octubre de 2015; entre otros.

implementación de protocolos de familia y su eventual ejecución judicial.

Ya se había dicho que los problemas de agencia surgen, genéricamente, de la presencia de intereses contrapuestos entre el agenciado y el agente, y del oportunismo que este último puede desarrollar en detrimento del primero. En las sociedades de familia, como se venía insinuando, los agenciados suelen ser los mismos agentes, ya que los socios de la compañía suelen ser los mismos administradores. De esta forma, se puede observar que estas personas, sobre todo el socio controlante y cabeza de la familia, en realidad presentan un problema de autocontrol.

La teoría clásica de los problemas de agencia consideraría que el hecho de que la propiedad y la administración de la compañía se encuentren en las mismas manos, como a menudo ocurre en las sociedades familiares, hace que esta funcione de manera más eficiente al no presentarse los costos derivados de los problemas de agencia entre socios y administradores, y entre socios mayoritarios y minoritarios. Lo anterior, sin embargo, no es del todo preciso ya que no tiene en cuenta los problemas de autocontrol derivados del altruismo en las relaciones familiares societarias.

La teoría de los problemas de agencia, que tenía en cuenta los tres problemas que se analizaron en los acápite anteriores, fue desarrollada, en un principio, por el administrador William Meckling y el economista Michael Jensen en el artículo “Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure”, publi-

cado en 1976. Posteriormente, sin embargo, los economistas, incluyendo al mismo Jensen, han empezado a entender que existe un cuarto problema de agencia que, probablemente, deba ser estudiado incluso con más detenimiento que los otros tres. Jensen, de hecho, acepta que él y Meckling se limitaron a discutir “una sola fuente de costos de agencia, la que emana de los conflictos de interés entre las personas” (1994, p. 13). A esto añade que

claramente existe una segunda gran fuente de costos de agencia, los costos en que se incurre como resultado de los problemas de *autocontrol* (...) —estos son las acciones que cometen las personas que les hacen daño a sí mismas y a aquellos a su alrededor. (Jensen, 1994, pp. 13-14) [traducción mía].

Estas acciones se presentan, según Jensen, por la naturaleza conflictiva interior del ser humano, que hace que este tenga comportamientos disfuncionales por los problemas de agencia que presenta consigo mismo (Thaler, 1981). De esta forma, es necesario estudiar más de cerca estos problemas para conseguir “mejores modelos y políticas, tanto públicas como privadas” (Jensen, 1994, p. 14) [traducción mía], entre las cuales se encuentran los protocolos de familia y su ejecución judicial, como se irá viendo a lo largo de este texto.

Entre las causas principales de los problemas de autocontrol, que en adelante denominaremos problemas de agencia de *interés propio*, se encuentra lo que los economistas cono-

cen como *altruismo*, que agrega otra serie de problemas a los tres problemas de agencia clásicos.

Como tal, el altruismo se alimenta a sí mismo y está movido por el interés personal individual, ya que permite que el individuo satisfaga simultáneamente preferencias tanto altruistas como egoístas (...) Los padres, por consiguiente, son generosos con sus hijos no solo porque los aman, sino porque también disminuirían su propio bienestar si actuaran de otra forma. (Schulze et al., 2001, p. 102) [traducción mía].

Este ejemplo de los padres, en realidad, aplica para todos los socios de la compañía familiar que guardan un parentesco entre sí. Vemos que el problema de agencia de *interés propio* se manifiesta en la triple personalidad que revisitan estas personas que son, al mismo tiempo, miembros de la familia, socios y administradores. Esta superposición de roles hace que una misma persona busque satisfacer distintos intereses que pueden llegar a ser contrapuestos entre sí. Un accionista de una sociedad busca recibir utilidades de la compañía de la que es socio, mientras que un administrador debe propender por decidir lo que sea más conveniente para el negocio, y un miembro de familia actúa también según su rol de padre, hijo, hermano o nieto y defiende sus intereses, consecuentemente.

De esta manera, un socio-administrador puede ser consciente de la necesidad de retener utilidades para reinvertirlas en la compañía, pero

su calidad de accionista le crea un problema de agencia de interés propio al hacerle decidir repartir utilidades de todos modos. Esta situación se agrava por los vínculos familiares y de afecto, por el altruismo del que estábamos hablando, debido a que si le sumamos la calidad de miembro de la familia al socio-administrador, este puede decidir guiado por sus afectos personales antes que por el bienestar de la empresa.

Veamos un ejemplo. El señor A, fundador de una compañía del sector de la construcción y accionista controlante de esta, tiene una oportunidad de comprar maquinaria nueva a un precio muy conveniente. Sin embargo, para poder hacerlo, es necesario un recorte sustancial en la repartición de utilidades de ese año. Los señores B, C y D son los hijos del señor A y al mismo tiempo los demás accionistas de la compañía. Adicionalmente, su padre los nombró como gerente financiero, gerente de ventas y gerente de recursos humanos, respectivamente. B, C y D reciben la mayor parte de sus ingresos de la sociedad que fundó su padre. Así las cosas, el señor A, para no perjudicar a sus hijos, que además reciben unos salarios exorbitantes, decide repartir utilidades normalmente y deja pasar la oportunidad de negocios. Meses más tarde, la compañía se ve obligada a comprar la maquinaria a un precio tres veces superior.

En el ejemplo anterior vemos una situación clara donde surgen costos para la sociedad de familia por los problemas de agencia de *interés propio*, causados por el altruismo y la superposición de roles. Así las cosas, este tipo de situaciones pueden producirse

en compañías familiares, porque el control sobre los recursos de la sociedad hace posible que los socios-administradores sean inusualmente generosos con sus hijos y parientes. La típica sociedad familiar, por ejemplo, provee a los miembros de la familia empleo seguro, así como bonificaciones y privilegios que de otra forma no recibirían. (Schulze et al., 2001, pp. 102-103) [traducción mía].

Esto último, además, genera malestar al interior de la empresa entre los administradores y empleados que, por no pertenecer a la familia y no ser socios de la compañía, no reciben los mismos beneficios.

Además de esto, la literatura económica sobre el altruismo también sugiere que

los agentes de la familia tienen incentivos para ser oportunistas (*free-riders*),⁶ ya que los padres propietarios-administradores tienen dificultades para monitorear y disciplinar su conducta. Debido a que el altruismo parcializa las percepciones paternas (*¡Mis hijos son un trabajador incansable!*) [cursivas en el original] se vuelve complicado para los agentes familiares tomar acciones que puedan dañar el bienestar de otro miembro de la familia (Schulze et al., 2001, p. 103) [traducción mía],

incluso si una decisión de ese talante es necesaria para el buen funcionamiento de la compañía.

Un claro ejemplo de lo anterior podría encontrarse en el caso de *Beatriz Helena Obando Benjumea contra Oben Muebles S.A.*⁷ que conoció la Superintendencia de Sociedades en el año 2014. En este, la demandante buscaba controvertir la decisión de la junta directiva de Oben Muebles S.A. de nombrar como su representante legal a la señora María del Socorro Obando. Según la demandante, esta decisión contravenía lo estipulado en el protocolo de familia, que exigía que el representante legal de la sociedad debía cumplir con ciertos requisitos profesionales que la señora María del Socorro no satisfacía. Al parecer, los miembros de la junta directiva que la nombraron para ocupar dicho cargo eran sus familiares, y tomaron esa decisión por sus vínculos familiares y afectivos. Es clara la presencia de un problema de agencia de interés propio generado por el altruismo, ya que las personas que la eligieron, al ser miembros de la junta directiva, deberían tener el interés de velar por el bienestar de la compañía y, por consiguiente, porque su representante legal contara con todas las calificaciones necesarias para poder desempeñar dicho rol. Sin embargo, al ser al tiempo miembros de una misma familia, estos miembros de la junta decidieron favorecer a su familiar a pesar de que esta no contara con los requisitos suficientes.

6. “La característica de la no exclusión causa problemas en una economía de mercado porque crea la posibilidad de que los individuos puedan beneficiarse sin contribuir con los costos. Esta tendencia de las personas de beneficiarse sin pagar es llamada *the free rider problem*” (Sulock, 1990, p. 65) [traducción mía].

7. Este caso se retomará más adelante cuando se hable de la ejecución judicial de los protocolos de familia.

Ahora bien, los problemas de interés propio, que se agudizan en presencia de relaciones de parentesco al interior de la empresa, no solo se producen por el altruismo. Las malas relaciones familiares juegan también un rol importante en este contexto, y pueden llevar a situaciones incluso más dañinas para la sociedad que el altruismo.

Las malas relaciones familiares, de hecho, pueden llegar a ser incluso más comunes que los problemas derivados del altruismo, o por lo menos sí generan más litigios judiciales.

En el caso de *María Victoria Solarte Daza contra CSS Constructores S.A. y otros* (en adelante CSS), tramitado por la Superintendencia de Sociedades en el 2015, por ejemplo, podemos observar un escenario donde se presentan el altruismo y las malas relaciones familiares, que dan lugar a un problema de interés propio. En este caso, la sociedad CSS es una compañía cuyas acciones, “desde el momento de su constitución y hasta el año 2013, (...) estuvieron distribuidas entre dos bloques de asociados con participaciones uniformes en el capital de la compañía”. Estos dos bloques estaban encabezados por dos hermanos y, tras la muerte de uno de ellos, sus herederos se convirtieron en accionistas de la sociedad. A pesar de que en principio seguía existiendo una composición accionaria paritaria, el bloque liderado por el hermano sobreviviente desplegó distintas maniobras, cuya legalidad se cuestiona en el aludido proceso, para diluir y eventualmente excluir a los herederos de su hermano.

El altruismo del hermano supérstite hacia sus familiares más allegados, que busca hacerlos accionistas con mayor participación en la sociedad, y sus posibles malas relaciones con sus otros parientes, a los que busca diluir y excluir de la compañía, son un ejemplo más del problema de agencia de interés propio que, eventualmente, podrá resultar en altos costos para la sociedad, de comprobarse la ilegalidad de las actuaciones que diluyeron a uno de los bloques accionarios.

Además del caso anterior, en el proceso judicial adelantado por *María Virginia Cadena López y Fernando Alfredo Cadena López contra Amira López de Cadena, Miguel Eduardo Cadena López, Hacienda Los Mangos López de C. & Cía. S. en C. y MCH S.A.S.* (en adelante *Hacienda Los Mangos López de C. & Cía. S. en C.*), podemos identificar otro ejemplo del efecto de las malas relaciones familiares. En este caso, los socios gestores de una compañía creada en 1987 para administrar los activos que componían el patrimonio de la familia Cadena López, quienes eran madre e hijo, desarrollaron una serie de operaciones que llevaron a un cuantioso detrimento patrimonial de la sociedad cuyos socios comanditarios eran los hijos de la gestora y los hermanos del gestor. La Superintendencia de Sociedades, en efecto, declaró que los socios gestores de Hacienda Los Mangos López de C. & Cía. S. en C. y demandados en el proceso reseñado, “se apropiaron irregularmente de recursos líquidos” de la compañía (*Hacienda Los Mangos López de C. & Cía. S. en C.*, 2015).

Así las cosas, podemos observar que el cuarto problema de agencia, el problema de interés propio, adquiere particular relevancia en las sociedades de familia. Esto debido a la superposición de roles en las compañías familiares en las que los parientes, que al interior de su familia también desempeñan un papel determinado, son simultáneamente socios, administradores y familiares. Por lo anterior, el altruismo y las malas relaciones crean conflictos internos en los individuos, que los pueden llevar a tomar decisiones que los dañen a sí mismos y a la empresa. Por este motivo es necesario que existan reglas que eviten estos problemas, y que además puedan ser eficientemente ejecutadas ante un juez. La respuesta es el pacto parasocial llamado *protocolo de familia*, que se estudiará a continuación.

II. UNA SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS DE AGENCIA EN LAS SOCIEDADES DE FAMILIA: EL PROTOCOLO DE FAMILIA

A. Naturaleza de los protocolos de familia

En la introducción a este trabajo se había anunciado que los protocolos de familia son un tipo de acuerdo de accionistas, de pacto parasocial,⁸ especial de la sociedad de familia, sociedad que es definida por Fernández-Tresguerres como “aquella en la que sus titulares, o una parte de los mismos susceptible de ostentar

una posición de control, son parientes entre sí y participan en la gestión social” (2002, p. 89). Así las cosas, los protocolos de familia no son nada distinto que remedios contractuales que buscan prevenir y solucionar problemas que puedan surgir al interior de una sociedad cuyos socios guarden una relación de parentesco. Adicionalmente, el protocolo de familia permite “regular las relaciones presentes entre los familiares y prever cómo deben articularse las relaciones futuras, siendo el medio más adecuado para diseñar el cambio generacional en la empresa” (Galeote, 2009, p. 1002). “En definitiva, el protocolo familiar viene a ser un contrato marco donde se incluyen declaraciones de intenciones, muchas de las cuales necesitarán posteriormente el instrumento de desarrollo adecuado; así serán necesarios poderes, capitulaciones matrimoniales, en su caso, testamentos etc.” (Fernández-Tresguerres, 2002, p. 91).

En palabras del autor español Cándido Paz-Ares, los pactos parasociales son “convenios celebrados entre algunos o todos los socios de una sociedad anónima o limitada con el fin de completar, concretar o modificar, *en sus relaciones internas*, las reglas legales y estatutarias que la rigen” (2003, p. 19) [cursivas en el original]. Esta definición, sin embargo, al sostener que los acuerdos de accionistas recaen únicamente sobre las *relaciones internas* de quienes contratan, deja por fuera lo que, para

8. Así lo ha entendido también la Superintendencia de Sociedades en providencias como el Auto No. 801-11759 del 20 de agosto de 2014, en el caso de Beatriz Helena Obando Benjumea contra Oben Muebles S.A. En este caso, de hecho, el Despacho habla de “la posible violación de las disposiciones contenidas en un acuerdo celebrado entre los accionistas de Oben Muebles S.A. en el aludido convenio parasocial, denominado Protocolo de Familia.”

los efectos de este artículo, resulta más importante, que es la oponibilidad frente a la compañía de la que los contratantes son dueños.

Ahora bien, el abogado español Emilio Cuatrecasas, experto en protocolos de familia, por su parte, los define como documentos que contienen “la normativa (pautas y recomendaciones) que sirve para regular las relaciones profesionales y económicas entre la familia y la empresa de la que es propietaria, teniendo como objetivo primordial asegurar la continuidad de esta y favorecer su desarrollo económico” (citado en Beraza, 2000, p. 21). Esta definición resulta definitivamente más adecuada ya que, como se vio en el primer acápite de este escrito, los acuerdos de accionistas, desde la promulgación de la Ley 1258 de 2008 con su artículo 24, son oponibles frente a la sociedad con el cumplimiento de ciertos requisitos a los que más adelante se hará referencia.

Con todo, se considera que esta definición resulta insuficiente si se tiene en cuenta la teoría de los problemas de agencia de la que se habló anteriormente, sobre todo en cuanto al problema de interés propio que resulta particularmente relevante en las sociedades de familia. De esta forma, se propone que un protocolo familiar se conciba como un negocio jurídico celebrado por los asociados de una compañía de familia, que tiene como objetivo regular las relaciones entre los contratantes, y entre estos y la sociedad a la que pertenecen, teniendo en cuenta la superposición de roles de los integrantes de la compañía, que son al tiempo socios, administradores y parientes, así como

las dinámicas del altruismo y de las malas relaciones que derivan en una exacerbación del problema de agencia de interés propio.

Así las cosas, la naturaleza jurídica de los protocolos de familia es

la propia de los contratos atípicos, pues no responde a un tipo específico establecido por la Ley. Se trata de un instrumento de naturaleza jurídica compleja que se materializa en un contrato marco único que da sentido de unidad a todos los pactos en él convenidos” (Galeote, 2009, p. 1004).

Con esto en mente, se pasará a analizar cómo se encuentran regulados los protocolos de familia en Colombia. Lo primero que debe anotarse es que no existe una definición legal especial de dichos instrumentos, por lo que es necesario hacer referencia a las normas sobre acuerdos de accionistas. Tal como se había dicho al inicio del texto, el legislador colombiano, hasta antes de 2008, había mirado con sospecha este tipo de negocios jurídicos y había limitado notoriamente su campo de acción. En el Código de Comercio, que data de 1971, el único acuerdo válido en el ámbito societario era el contenido en los estatutos sociales. De esa manera, un pacto parasocial en aquel contexto no era sino un contrato como cualquier otro, ejecutable judicialmente en un proceso de responsabilidad contractual, donde los obligados serían únicamente las partes del contrato. Posteriormente, con el artículo 70 de la Ley 222 de 1995, se hizo referencia explícita a

los acuerdos de accionistas. A pesar de esto, esta norma dio un alcance muy limitado a los pactos parasociales, y por consiguiente a los protocolos de familia.

En primer lugar, prohíbe expresamente que un acuerdo de accionistas pueda ser suscrito por un socio que detente la calidad de administrador. Resulta evidente la inconveniencia de esta restricción en un contexto como el colombiano, donde la gran mayoría de sociedades son cerradas y con capital concentrado, características que, según se vio, resultan en que por lo general los socios de las compañías revistan cargos administrativos. Además de esto, en las empresas familiares aquí estudiadas, la coincidencia de propiedad y administración es aún más natural, por lo que la norma mencionada proscibiría de entrada la suscripción de protocolos de familia oponibles a la sociedad, en la inmensa mayoría de los casos. Adicionalmente, el artículo 70 limita el ámbito de aplicación de los pactos parasociales a sociedades anónimas y a acuerdos de voto.

Actualmente, sin embargo, el legislador amplió significativamente el alcance de los acuerdos de accionistas, aunque solo para la sociedad por acciones simplificada, con el artículo 24 de la Ley 1258 de 2008 que se considera pertinente transcribir en su integridad:

ARTÍCULO 24. ACUERDOS DE ACCIONISTAS. Los acuerdos de accionistas sobre la compra o venta de acciones, la preferencia para adquirirlas, las restricciones para transferirlas, el ejercicio del dere-

cho de voto, la persona que habrá de representar las acciones en la asamblea y cualquier otro asunto lícito, deberán ser acatados por la compañía cuando hubieren sido depositados en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad, siempre que su término no fuere superior a diez (10) años, prorrogables por voluntad unánime de sus suscriptores por períodos que no superen los diez (10) años.

Los accionistas suscriptores del acuerdo deberán indicar, en el momento de depositarlo, la persona que habrá de representarlos para recibir información o para suministrarla cuando esta fuere solicitada. La compañía podrá requerir por escrito al representante aclaraciones sobre cualquiera de las cláusulas del acuerdo, en cuyo caso la respuesta deberá suministrarse, también por escrito, dentro de los cinco (5) días comunes siguientes al recibo de la solicitud.

PARÁGRAFO 1o. El Presidente de la asamblea o del órgano colegiado de deliberación de la compañía no computará el voto proferido en contravención a un acuerdo de accionistas debidamente depositado.

PARÁGRAFO 2o. En las condiciones previstas en el acuerdo, los accionistas podrán promover ante la Superintendencia de Sociedades, mediante el trámite del proceso verbal sumario, la ejecución específica de las obligaciones pactadas en los acuerdos.

Lo primero que debe mencionarse de este artículo es que abre la posibilidad para pactar “cualquier asunto lícito” en los acuerdos de accionistas, sin limitarse a acuerdos de voto como lo hacía el artículo 70 de la Ley 222 de 1995. Adicionalmente, estos pactos que pueden ahora versar sobre “cualquier cosa que inventen los participantes (Easterbrook & Fischel, 1996, p. 234) [traducción mía], deben ser acatados por la compañía si se cumple con el requisito de depositar el acuerdo en las oficinas de la sociedad. Al respecto, Reyes Villamizar (2014a, p. 246) ha mencionado que,

en efecto, estos pueden referirse, entre otros temas, a la compra o venta de acciones, a la preferencia para adquirirlas, a las restricciones para transferirlas, al ejercicio del derecho de voto y a la persona que habrá de representar las acciones en la asamblea. Dentro de estos convenios son muy conocidas las denominadas opciones de compra o de venta (*calls* y *puts*), las cláusulas de adhesión (*tag-along*), las de arrastre (*drag-along*) y los convenios de compra y venta (*buy-out agreements*).

Esta discusión sobre qué tipo de acuerdos resultan válidos y ejecutables puede observarse en la jurisprudencia estadounidense de los años 30. En el célebre caso *McQuade v. Stoneham & McGraw*, la Corte de Apelaciones de Nueva York se negó a ejecutar el acuerdo de accionistas entre las dos partes debido a que, en su criterio, el pacto parasocial iba en contra de las facultades normalmente confiadas a los administradores de la compañía, por lo que este resultaba nulo.

Dos años más tarde, sin embargo, la misma Corte conoció el caso *Clark v. Dodge* y decidió ejecutar un acuerdo de accionistas muy similar al que dio lugar al caso *McQuade*, mientras que la Corte Suprema de Illinois decidió en el mismo sentido en *Galler v. Galler*. Es por este motivo que autores como Easterbrook & Fischel llegaron a afirmar que “hoy las cortes ejecutan acuerdos voluntarios de todo tipo en compañías cerradas” (1996, p. 235) [traducción mía].

Esto significa que las cláusulas sobre temas importantes para la sociedad de familia, como las sucesiones de poder, las sucesiones patrimoniales, los problemas en la sociedad conyugal, la incorporación de “colaterales” y los conflictos latentes (Carlino, 2007) pueden incluirse y hacerse valer entre los suscribientes y la compañía. En verdad, al dar esta vía libre, la norma permite incluir pactos tendientes a reducir los costos surgidos de los problemas de agencia que se presentan al interior de la sociedad de familia, en particular los problemas de agencia de interés propio.

En segundo lugar, el párrafo primero del artículo 24 de la Ley 1258 de 2008 establece que “el Presidente de la asamblea o del órgano colegiado de deliberación de la compañía no computará el voto proferido en contravención a un acuerdo de accionistas debidamente depositado”. Llama la atención por qué el legislador limitó esta obligación únicamente a los acuerdos de voto, cuando en la misma norma se dispuso que “cualquier asunto lícito” contenido en el pacto parasocial es oponible a la sociedad. Se considera, pues, que este párrafo

sobra en la norma, debido a que el simple hecho de que se consagra la oponibilidad de lo acordado en instrumentos como los protocolos de familia basta para saber que la compañía debe cumplir con lo estipulado en estos, por lo que lo único que logra este parágrafo es confusión en el operador jurídico.

Ahora bien, aunque la norma haya ampliado el alcance de los pactos parasociales y su oponibilidad frente a la compañía, dejó de lado la posibilidad de que el acuerdo se haga efectivo incluso frente a terceros, posibilidad que se analizará en el siguiente acápite.

Por último, el segundo parágrafo del artículo 24 de la Ley 1258 de 2008 instaura la ejecución específica de los acuerdos ante la Superintendencia de Sociedades, a prevención del juez civil competente. Se estudiará la ejecución específica en el próximo acápite.

B. La ejecución judicial de los protocolos de familia

Dentro de la libertad contractual de los suscribientes de un protocolo de familia se encuentra el alcance que desean darle en cuanto a las personas que se pretende obligar. En este orden de ideas, es posible encontrar (i) ‘pactos morales’ que se limitan a fijar lineamientos de conducta y de convivencia y que no es posible exigir judicialmente, (ii) pactos que obligan a sus suscriptores y a la sociedad —que suelen ser pactos relativos a la conducta que los familiares deben seguir en su relación con

el resto de miembros o con la sociedad, obligaciones de no concurrencia, los pasos a seguir para nombrar un nuevo gerente director de la empresa, la regulación del acceso de los familiares a determinados puestos de trabajo en la empresa— y (iii) pactos con eficacia frente a terceros o *erga omnes* (Galeote, 2009, p. 1003).

En nuestra legislación, como ya se ha mencionado, en las sociedades por acciones simplificadas es posible suscribir protocolos que contengan acuerdos de la segunda categoría, pero no de la tercera categoría. La única forma de lograr eficacia frente a terceros es a través de los estatutos mismos de la compañía inscritos en el registro mercantil.

En España, sin embargo, pueden incluirse pactos de la tercera categoría, ya que es posible que los protocolos de familia se inscriban en el registro mercantil y que estos puedan

hacerse valer frente a otros miembros de la sociedad, frente a terceros o frente a la sociedad en sí misma considerada. En este sentido, recordamos que la publicidad de los protocolos familiares (...) ha sido desarrollada por el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares. (Galeote, 2009, p. 1003).

Resulta muy valioso que exista la posibilidad de hacer oponibles frente a terceros los acuerdos contenidos en protocolos de familia. Muchos de los problemas que surgen en las sociedades de familia, precisamente, involucran personas

en principio ajenas a la compañía, tales como los cónyuges de los socios u otros familiares que podrían eventualmente tener derechos con respecto a la sociedad. No siempre es deseable que este tipo de personas se involucren con la sociedad, por lo que en los protocolos se suelen incluir cláusulas tendientes a excluir la entrada de terceros, ya sea como socios o como empleados de cualquier tipo. Muchas veces se busca que los suscribientes hagan capitulaciones y se establezcan obligaciones frente a la manera en que se deban tramitar las sucesiones. Sin embargo, si el protocolo no es oponible frente a terceros, este tipo de compromisos pueden llegar a ser difíciles de cumplir.

En todo caso, lo cierto es que en Colombia la eficacia de los acuerdos de accionistas llega solo a incluir a los suscribientes y a la compañía de la que son dueños.

Ahora bien, para lograr cumplir con la eficacia que se le desea imprimir a un pacto parasocial es fundamental que exista un juez que logre ejecutar lo pactado de manera eficiente y con una buena comprensión de las dinámicas propias del derecho societario.

Mariana Pargendler señala que las

Cortes han jugado un rol modesto y en ocasiones incluso dañino en la transformación del gobierno corporativo en los

mercados emergentes. Las desventajas de confiar en la rama judicial para la protección de los inversionistas incluyen demoras injustificadas, falta de sofisticación técnica e inclusive corrupción. (2015, p. 11) [traducción mía].

En Colombia, lo dicho por Pargendler resulta particularmente cierto. Los largos tiempos procesales de la jurisdicción civil, aunados a la falta de especialización en temas societarios de los jueces civiles, hacen que sea muy difícil cumplir con la eficacia de las normas societarias.

Por este motivo, se destaca como uno de los mayores avances de la Ley 1258 de 2008, en lo referente a los protocolos de familia, la posibilidad de hacer efectivas, frente a la Superintendencia de Sociedades, las obligaciones emanadas de los acuerdos con respecto a sus suscriptores y a la sociedad. La Superintendencia de Sociedades constituye un foro altamente especializado en temas societarios, y cuenta con la capacidad para adelantar procesos judiciales de forma eficiente,⁹ logrando desempeñar un papel positivo en la evolución del derecho societario y de las prácticas de gobierno corporativo, como lo son los protocolos de familia, en Colombia.

Además del artículo 24 de la ley mencionada, también el artículo 24 del Código General del Proceso, en su numeral 5 literal a), le otorga facultades jurisdiccionales a la referida Superin-

9. De acuerdo con la Superintendencia de Sociedades, un proceso judicial en la Delegatura de Procedimientos Mercantiles dura en promedio 160 días, según consulta del 8 de mayo de 2016, de <http://www.supersociedades.gov.co/procedimientos-mercantiles/la-delegatura/Paginas/default.aspx>

tendencia para resolver “las controversias relacionadas con el cumplimiento de los acuerdos de accionistas y la ejecución específica de las obligaciones pactadas en los acuerdos”.

Así las cosas, la Superintendencia de Sociedades se encuentra facultada para hacer valer lo acordado en los pactos parasociales frente a la sociedad, bajo lo que la ley conoce como ejecución específica. Tales han sido los casos de *Proedinsa Calle & Cía S. en C. contra Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. y otros* y *Beatriz Helena Obando contra Oben Muebles S.A.*

En el caso del *Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A.*, la Superintendencia de Sociedades, en sentencia del 23 de abril de 2013, señaló en la parte considerativa que la

demanda presentada ante el Despacho está orientada a que se declare el incumplimiento del acuerdo de accionistas celebrado el 25 de marzo de 2009, entre Proedinsa Calle & Cía S. en C., Inversiones Vermont Uno S. en C., Inversiones Vermont Dos S. en C. e Inversiones Vermont Tres S. en C. En la demanda se solicita, además, que este Despacho deje sin efectos las actuaciones realizadas en el curso de un proceso de emisión primaria de acciones adelantado por Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A.

De esta forma, el Despacho afirmó que el

incumplimiento de un convenio de esa naturaleza puede dar lugar a la ejecución

específica de las obligaciones correspondientes. Esta acción judicial, descrita en el párrafo segundo del artículo 24 de la Ley 1258 de 2008, puede presentarse ante la Superintendencia de Sociedades en el caso de las sociedades anónimas, por disposición del artículo 252 de la Ley 1450 de 2011. De otra parte, en los términos del artículo 70 de la Ley 222 de 1995, es factible controvertir los votos computados en contra de lo pactado en un acuerdo oponible a la sociedad, con el fin de impugnar la correspondiente determinación asamblearia. (*Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A.*)

Así las cosas, una vez comprobado que el referido acuerdo cumplía con los requisitos establecidos por el artículo 70 de la Ley 222 de 1995, la Superintendencia de Sociedades resolvió declarar el incumplimiento del acuerdo, la nulidad absoluta de la decisión tomada por la sociedad en contravención de este y oficiar al representante legal de la compañía para proceder de conformidad con la sentencia y cumplir lo estipulado en el pacto parasocial.

En el caso de *Oben Muebles S.A.*, la Superintendencia refirió que las

pretensiones de la demandante encuentran fundamento en la posible violación de las disposiciones contenidas en un acuerdo celebrado entre los accionistas de Oben Muebles S.A. En el aludido convenio parasocial, denominado Protocolo de Familia, se han establecido algunas calificaciones profesionales que deben

acreditar los sujetos que se proponen ocupar el cargo de representante legal de la compañía.

En esta ocasión, el Despacho decretó las medidas cautelares solicitadas por la demandante, en vista de que en efecto se produjo un incumplimiento del protocolo de familia.

La ejecución específica, entonces, es una acción judicial que tiene por objeto hacer cumplir lo establecido en un pacto parasocial, lo que quiere decir que no se limita a la mera declaración del incumplimiento contractual y a la tasación de los perjuicios emanados de este, sino que pretende materializar lo convenido entre las partes del contrato y la sociedad de la cual son socios.

En resumen, la legislación colombiana permite la ejecución de los acuerdos de accionistas, y por consiguiente de los protocolos de familia, ante un operador judicial especializado como lo es la Superintendencia de Sociedades. En el caso particular de las sociedades por acciones simplificadas, que es el tipo societario que se recomienda para suscribir protocolos de familia, es posible ejecutar los acuerdos contenidos en el protocolo familiar, incluso obligando a la sociedad misma, aunque esta no haya suscrito directamente el protocolo.

C. Los protocolos de familia como solución

Tras haber examinado la naturaleza jurídica de los protocolos de familia y la posibilidad de ejecutarlos judicialmente, se estudiará ahora

cómo estos instrumentos contractuales pueden mitigar los costos emanados de los problemas de agencia que se presentan en las sociedades familiares, en especial de los problemas de agencia de interés propio.

Se había afirmado que los problemas de agencia de interés propio tienen como fuente los problemas de *autocontrol*, o bien “las acciones que cometen las personas que les hacen daño a sí mismas y a aquellos a su alrededor” (Jensen, 1994, p. 12) [traducción mía]. De esa manera, la superposición de roles, el altruismo y las malas relaciones familiares hacen que este problema de interés propio pueda generar altos costos para los socios y para la sociedad de familia.

Así las cosas, una forma de controlar este problema es “atar una porción de la compensación del agente de familia a ganancias que puedan ser efectivamente monitoreadas y tasadas, como los rendimientos de la compañía” (Schulze et al., 2001, p. 103) [traducción mía]. De esta forma, lo que debe buscarse es hacer que los ingresos de los agentes de familia dependan de lograr cumplir ciertas metas en beneficio de la compañía. Lo anterior contribuye a morigerar los costos del problema de agencia de interés propio al permitir que los distintos familiares trabajen en la compañía, y de esta forma se satisface el altruismo de los padres mayoritarios, y se reduce el riesgo de que los hijos sean *free-riders* y de que esto perjudique a la empresa. Así, si se adoptan mecanismos de gobierno corporativo dentro de los protocolos de familia encaminados a lograr lo apenas descrito, los dueños de la compañía tienen incentivos para

hacer implementar y hacer cumplir estos acuerdos que controlan los costos de los problemas de agencia de interés propio que ponen en riesgo la viabilidad de la sociedad de familia.

Por lo tanto, las sociedades cerradas (*owner-managed*) necesitan de juntas directivas vigilantes cuya habilidad de monitorear y disciplinar la administración no esté comprometida por el poder del gerente —y de los demás socios pertenecientes a la familia— y de su poder y autoridad y/o hegemonía sobre la junta directiva. (Schulze et al., 2001, p. 104) [traducción mía].

Lo que debe buscarse, en términos generales, es la adopción de una serie de mecanismos que delimiten los intereses en conflicto de los miembros de la sociedad de familia, con el objetivo de asegurar el desempeño y bienestar de la empresa que, a fin de cuentas, terminará por beneficiarlos a todos. De esta forma, las sociedades cerradas familiares con capital concentrado que cuentan con buenas prácticas de gobierno corporativo están en la capacidad de rendir mejor que aquellas que no cuentan con estas prácticas (Schulze et al., 2001, p. 106).

III. CONCLUSIONES

Las sociedades de familia presentan unos problemas particulares debido a las relaciones de parentesco entre sus asociados. Además de los problemas de agencia clásicos, en particular del problema entre mayoritarios y minoritarios, las compañías familiares se encuentran

especialmente expuestas a un cuarto problema de agencia que denominamos de interés propio, y que consiste en la dificultad de controlar las acciones de las personas que pueden dañarse a sí mismas y a quienes las rodean.

Este problema surge en las sociedades de familia por la superposición de roles, el altruismo y las malas relaciones entre los familiares. Los miembros de este tipo de sociedades cerradas y de capital concentrado suelen ser contemporáneamente socios, administradores y parientes, lo que dificulta enormemente que sus intereses se alineen en una misma dirección, situación que genera altos costos. Adicionalmente, al guardar vínculos de parentesco entre sí, los socios de estas compañías presentan relaciones de afecto o incluso de odio, lo que muchas veces nubla su juicio y los expone a tomar decisiones que los perjudica y que amenazan la viabilidad de su empresa.

Es importante que los socios de una sociedad de familia que revisten cargos administrativos reciban incentivos acordes a su rendimiento en la compañía, y no por el simple hecho de ser miembros de la familia que controla la empresa. Además de esto, deben cumplir con los procedimientos y deberes de cualquier administrador o empleado de la compañía. Así las cosas, los protocolos de familia deben buscar controlar este tipo de situaciones y poner límites a los intereses incompatibles que estas personas presentan al interior de una compañía familiar.

Estos acuerdos parasociales, en sociedades por acciones simplificadas, pueden versar so-

bre cualquier asunto lícito, lo que permite reglamentar un amplio espectro de situaciones de tal forma que se reduzcan los costos que los problemas de agencia pueden generar en la compañía. Debe aclararse que en las sociedades anónimas los pactos parasociales solo pueden versar sobre acuerdos de votación, mientras que en los demás tipos societarios estos pactos solo generan efectos *inter partes*, cuyo incumplimiento únicamente puede dar lugar a una acción de responsabilidad contractual y no a la ejecución específica de las obligaciones en ellos contenidas.

Adicionalmente, la legislación colombiana, al haber facultado a la Superintendencia de Sociedades para resolver conflictos judiciales que surjan del incumplimiento de estos acuerdos de accionistas, ofrece la posibilidad de que los litigios societarios sean conocidos por este tribunal altamente especializado y eficiente, que cuenta con el poder de hacer cumplir lo acordado en pactos parasociales.

Referencias

- Bainbridge, S. M. (2002). *Corporation Law and Economics*. New York: Foundation Press.
- Beatriz Helena Obando Benjumea vs. Oben Muebles S.A.* Auto N° 801-11759 (Superintendencia de Sociedades, 20 de agosto de 2014).
- Becker, G. S. (1981). *A Treatise on the Family*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Beraza, A. (Septiembre 2000). El protocolo como instrumento de garantía de la continuidad de la empresa familiar. *Revista de Dirección y Administración de Empresas*, (8), 17-27. Recuperado el 7 de mayo de 2016 de ehu: https://www.ehu.es/documents/2069587/2112959/8_3.pdf
- Carlino, B. (2007). *Solución de conflictos en las sociedades de familia*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores.
- Carlos Alberto Sierra Murillo y Summertree Trading Corporation vs. Axede S.A.*, Sentencia No. 801-3 (Superintendencia de Sociedades, 9 de enero de 2015).
- Cary, W., & Eisenberg, M. (1988). *Corporations. Cases and Materials*. Westbury, New York: The Foundation Press, Inc.
- Decreto 410 de 1971 [Presidencia de la República]. *Código de Comercio de Colombia*.
- Donahue vs. Rodd Electrotipe Co.*, 367 Mass. 578, 328 N.E.2d 505 (Supreme Judicial Court of Massachusetts, 1975).
- Easterbrook, F., & Fischel, D. (1996). *The Economic Structure of Corporate Law*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

11. *Encarnación Bohórquez vs. Industrial Developers S.A.S.*, Sentencia No. 801-050 (Superintendencia de Sociedades, 8 de noviembre de 2012).
12. Fernández-Tresguerres, A. (2002). Protocolo familiar: un instrumento para la autorregulación de la sociedad familiar. *Revista de Derecho de Sociedades*, (19), 89-113.
13. Galeote, M. (2009). Los protocolos familiares. En A. Campuzano (Ed.), *La sociedad de responsabilidad limitada*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
14. *Galler vs. Galler*, 32 Ill. 2d 16, 203 N. E. 2d 577 (Supreme Court of Illinois, 1964).
15. *E. K. Buck Retail Stores vs. Harkert*. 157 Neb. 867 (Supreme Court of Nebraska, 1954).
16. Jensen, M. C. (1994). Self-Interest, Altruism, Incentives, and Agency Theory. *Journal of Applied Corporate Finance*, 7(2), 13-14. Recuperado el 3 de mayo de 2016 de papers: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=5566
17. Jensen, M. C., & Meckling, W. H. (1976). Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. *Journal of Financial Economics*, 3(4), 305-360.
18. Kraakman, R., Armour, J., Davies, P., Enriques, L., Hansmann, H., Hertig, G., Hopt, (...) & Rock, G. (2009). *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*. Oxford: Oxford University Press.
19. Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 1995. DO N° 42.156.
20. Ley 1258 de 2008. Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada. Diciembre 5 de 2008. DO N° 47.194.
21. Lubatkin, M. H., Ling, Y., & Schulze, W. (August 2007). An Organizational Justice-Based View of Self-Control and Agency Costs in Family Firms. *Journal of Management Studies*, 44(6), 955-971.
22. *María Victoria Solarte Daza vs. CSS Constructores S.A. y otros*. Auto No. 800-2730 (Superintendencia de Sociedades, 17 de febrero de 2015).
23. *María Virginia Cadena López y Fernando Alfredo Cadena López vs. Amira López de Cadena, Miguel Eduardo Cadena López y otros*. Sentencia No. 800-133 (Superintendencia de Sociedades, 15 de octubre de 2015).
24. *McQuade vs. Stoneham & McGraw*, 263 N. Y. 323, 189 N. E. 234 (Court of Appeals of the State of New York, 1934).
25. Pargendler, M. (2015). Corporate Governance in Emerging Markets. En J. N.

- Gordon & W. G. Ringe (Eds.), *The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance* (pp. 1-29). Oxford; Oxford University Press. Recuperado el 4 de mayo de 2016 de oxfordhandbooks: <http://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780198743682.001.0001/oxfordhb-9780198743682-e-33>
26. Paz-Ares, C. (2003). El enforcement de los pactos parasociales. *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, (5), 19-43. Recuperado el 7 de mayo de 2016 de uria: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1052/documento/03Candido.pdf>
27. *Proedinsa Calle & Cía S. en C. vs. Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. y otros*. Sentencia No. 801-16 (Superintendencia de Sociedades, 23 de abril de 2013).
28. Reyes Villamizar, F. (2013a). *Derecho societario en Estados Unidos y la Unión Europea*. Bogotá: Legis Editores.
29. Reyes Villamizar, F. (2013b). *Análisis económico del derecho Societario*. Bogotá: Legis Editores.
30. Reyes Villamizar, F. (2014a). *La sociedad por acciones simplificada*. Bogotá: Legis Editores.
31. Reyes Villamizar, F. (2014b). *Derecho societario* (t. I). Bogotá: Temis.
32. Schulze, W., Lubatkin, M., Dino, R., & Buchholz, A. (2001). Agency Relationships in Family Firms: Theory and Evidence. *Organization Science*, 12(2), 99-116. Recuperado el 3 de mayo de 2016 de web.a.ebscohost:: <http://web.a.ebscohost.com.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/ehost/pdfviewer/pdfviewer?sid=a0226370-b78e-474d-a24d-25255d65798a%40sessionmgr4003&vid=3&hid=4212>
33. Sulock, J. M. (1990). The Free Rider and Voting Paradox "Games". *Journal of Economic Education*, 21(1), 65-69. Recuperado el 9 de mayo de 2016 de jstor: https://www.jstor.org/stable/1182409?seq=1#page_scan_tab_contents
34. Superintendencia de Sociedades. Grupo de Estadística. (2006). *Sociedades de familia en Colombia año 2005*. Bogotá: Autor.
35. Superintendencia de Sociedades, Cámara de Comercio de Bogotá y Confecámaras. (2009). *Guía colombiana de gobierno corporativo para sociedades cerradas y de familia*. Recuperado el 3 de septiembre de 2015 de supersociedades: <http://www.supersociedades.gov.co/web/documentos/guia%20colombiana%20de%20gobierno%20corporativo.pdf>