

El buen gobierno corporativo en las empresas familiares

Mario Bariona G.*

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 179-190

Resumen: Este ensayo proporciona al lector una serie de consideraciones sobre las empresas familiares, procurando llegar a su conceptualización, para luego analizar los temas relativos al buen gobierno corporativo común a todas las sociedades y de qué manera estas reglas sufren modificaciones en las llamadas empresas familiares.

Palabras claves: Empresas familiares; Derecho Comercial; Gobierno corporativo; Derecho societario; Órganos de gobierno de la sociedad familiar.

The good corporate governance in family businesses

Abstract: This paper provides the reader some considerations regarding the familiar societies, aiming a definition of such societies to further analyze the relevant points of a good corporate governance and how those points may be altered in family business.

Keywords: Family businesses; Commercial Law; Corporate governance; Corporate law; Governance entities of a familiar society.

Recibido: 19/11/2023
Aprobado: 26/11/2023

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andres Bello. Especialista en Derecho Mercantil de la Universidad Central de Venezuela. Director General de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil. Vice Presidente de la Asociación Venezolana de Arbitraje. Miembro fundador del Circulo Jurídico Iberoamericano de Derecho Mercantil. Profesor de Derecho Societario en el postgrado de la Universidad Católica Andres Bello y Universidad Central de Venezuela. Correo: mbariona@mbglegal.com

El buen gobierno corporativo en las empresas familiares

Mario Bariona G.*

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 179-190

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. Concepto de empresa familiar. 2. De las facultades y deberes de los órganos de gobierno. 3. De los órganos típicos y atípicos de gobierno societario. 4. De los objetivos perseguidos por el estudio del buen gobierno corporativo de las empresas familiares 5. De los órganos de gobierno societario previstos en el Código de Comercio de Venezuela y la posibilidad de implementar órganos distintos y su oponibilidad a terceros. 6. De los órganos de gobierno societario propios y adecuados a las empresas familiares.* CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Se conjugan en el presente análisis los temas de “empresa”, “empresa familiar”, “buen gobierno corporativo” y “buen gobierno corporativo en la empresa familiar”. Usamos adrede un acercamiento desde lo más genérico hacia lo específico. Iniciaremos con un breve recuento sobre la evolución del reconocimiento de la empresa o sociedad familiar y su particularidad respecto de las sociedades que no poseen este calificativo.

Como su nombre lo sugiere, se trata de organizaciones de comercio donde existe una vinculación de parentesco, bien sea consanguíneo, por afinidad o por adopción. Posteriormente, nos detendremos sobre los aspectos generales del buen gobierno corporativo pasando así a precisar estos aspectos encuadrándolos en un campo más conciso cual es el de la aplicación del buen gobierno corporativo a las empresas o sociedades de carácter familiar.

1. Concepto de empresa familiar

Cuando se habla de empresas familiares se hace referencia a aquellas organizaciones de comercio donde existe una vinculación de parentesco entre todos o la mayoría de los accionistas. El concepto de empresa familiar encuentra su explicación más

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andres Bello. Especialista en Derecho Mercantil de la Universidad Central de Venezuela. Director General de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil. Vice Presidente de la Asociación Venezolana de Arbitraje. Miembro fundador del Círculo Jurídico Iberoamericano de Derecho Mercantil. Profesor de Derecho Societario en el postgrado de la Universidad Católica Andres Bello y Universidad Central de Venezuela. Correo: mbariona@mbglegal.com

remota en la necesidad de reconocimiento jurídico respecto de aquellas personas que integraban un grupo de trabajo pero que no tenían compensación salarial y mucho menos participación societaria en la actividad empresarial¹.

Poco a poco se forja el concepto de empresa familiar para otorgar identidad a estas agrupaciones de trabajo organizado, capaces de producir un lucro en cabeza del emprendedor que lideraba el grupo y lo representaba.

A muchos años de distancia vemos que este líder correspondía a lo que hoy denominamos “director” de una empresa, puesto que asumía la función de dirigir a los miembros del grupo informal de trabajo y a la vez de representarlos en sus relaciones comerciales.

La primera reacción ante esta situación de hecho, fue la de reconocer el carácter de trabajadores a los integrantes del grupo de trabajo, otorgándoles por lo menos las más básicas prebendas laborales, que parecía ya un gran logro.

A medida que estos grupos de trabajo, constituidos por personas vinculadas familiarmente, reconocieron la conveniencia de constituirse en sociedades de comercio formalmente consideradas, fue consolidándose lo que antes era una simple percepción: A pesar que participaban de una figura jurídica prevista en las legislaciones respectivas, habían numerosos elementos en el desarrollo de estas aventuras societarias que las hacían únicas y diferentes frente al comportamiento de las sociedades de comercio ajenas a ese extraño elemento que era la vinculación familiar entre socios.

Las diferencias entre las sociedades de comercio normales y las empresas familiares se centran en dos aspectos fundamentales: a.- El peso específico de cada socio en la emisión del voto y toma de decisiones y b.- En el gobierno de la empresa, entendido como la dirección de la sociedad.

Al no ser el tema central de este trabajo, nos referiremos brevemente al primer elemento de análisis, cual es la emisión del voto y toma de decisiones en las reuniones de accionistas, para luego referirnos más ampliamente a los temas de gobierno y dirección de la sociedad.

En efecto, la particularidad de la emisión del voto y toma de decisiones de las sociedades familiares consiste en la probable posición de control psicológico de uno de los socios sobre los demás, no derivada de un normal y natural liderazgo societario sino de rasgos de obediencia familiar que trascienden completamente el aspecto mercantil.

¹ Mezzasoma Lorenzo. *Impresa familiare nell'ordinamento italiano: Itinerario Giurisprudenziale*. En obra colectiva *Cuestiones civiles y mercantiles en la empresa familiar*. Coordinador Gallego Dominguez, Ignacio. La Ley. Wolterskluwer legal & regulation España S.A. 2022. Pg. 283

2. De las facultades y deberes de los órganos de gobierno

El gobierno de las sociedades mercantiles se ejerce y desarrolla a través de ciertos órganos establecidos bien en los estatutos, bien en la ley societaria de cada país. En Venezuela, a pesar de la vetusta adjudicación del carácter de mandatarios de la sociedad contenida en el Código de Comercio, la doctrina ha superado notoriamente esta discusión² determinando sin ambages que se trata de órganos de representación y dirección.

En efecto, como acabamos de señalar, las facultades, pero también los deberes de los órganos societarios abarcan tanto la dirección de la sociedad como la representación ante terceros. Nuestro Código de Comercio se limita a considerar que las sociedades de capitales serían dirigidas por la asamblea de accionistas y los directores serían unos simples ejecutores de ese mandato que impone la asamblea a estos.

La moderna concepción societaria, si bien deja en cabeza de la asamblea la toma de decisiones fundamentales para la sociedad, también reconoce que los órganos de dirección son quienes toman muchas y frecuentes decisiones que permiten la consecución del objeto social.

En sociedades mercantiles de capital abierto y en aquellas de capital cerrado, pero de grandes dimensiones, notamos el desplazamiento de la toma de decisiones desde la asamblea de accionistas hacia los directores de la sociedad. Aquella, se destinada a la definición de las líneas de máxima y eventos de gran importancia de la vida societaria. Los directores, en cambio, son llamados a conducir el día a día de la empresa, teniendo que tomar decisiones de suma importancia en armonía con los mandatos genéricos y abstractos de la asamblea de accionistas.

3. De los órganos típicos y atípicos de gobierno societario

Surge esta distinción para contemplar que la dirección de la sociedad puede ser confiada a órganos típicos, entendiéndose por tales aquellos que están previstos en un determinado conjunto de normas de un país. Ejemplo clásico de un órgano “típico” es la junta directiva prevista en nuestro Código de Comercio.

Sobre todo, en legislaciones vetustas como la nuestra, surge la discusión acerca de si los órganos societarios “atípicos” pueden tener existencia válida y vinculante, tanto para los socios de una sociedad como para los terceros que se vinculan a ella.

² Morles Hernandez, Alfredo. Curso de Derecho Mercantil. Tomo II. Página 1258. Universidad Católica Andres Bello. Quinta Edición. Caracas, 2000.

Citamos como ejemplo, la figura que será analizada en el presente trabajo cuya presencia en las empresas familiares es frecuente y nos referimos a los “consejos consultivos” o “consejos familiares”³. Estas agrupaciones de personas que son reguladas en algunos estatutos societarios, no desplazan ni invalidan en modo alguno las “juntas directivas” previstas en el Código de Comercio y consisten en un órgano que ayuda, coopera en la toma de decisiones, basado en la experiencia o tradición de sus integrantes.

Algunos doctrinarios han puesto en tela de juicio la validez y hasta la legalidad misma de tales “consejos familiares” al poner la mirada exclusivamente en el aspecto exegético de las normas que regulan las sociedades. En otras palabras, al no encontrar una norma legal que consagre la existencia de los “consejos consultivos” o “consejos familiares” se duda de su legitimidad y se discute igualmente sobre la posibilidad de imponer la ejecución de sus decisiones.

En posición opuesta, otros autores apelan al principio de la “autonomía de la voluntad” imperante en materia contractual y por ende en materia de contratos societarios, y reconocen plena vigencia y capacidad a los órganos societarios “atípicos” siempre y cuando estos: a.- No desplacen a los órganos típicos; b.- No induzcan en error a terceros en cuanto a la exacta representación de la sociedad y su capacidad de obligarse.

4. De los objetivos perseguidos por el estudio del buen gobierno corporativo de las empresas familiares

Los principales objetivos deseados por esta disciplina surgen como una reacción a aquellas características de la empresa familiar que la hacen vulnerable y a veces inoperante para el logro del objeto social. Hemos visto, y recalcamos aquí que las debilidades frecuentemente identificadas en las empresas de carácter familiar son:

- Poder de decisión y ejecución concentrados en una sola persona.
- Posición de dominio del fundador o fundadores de la sociedad coincidente con posiciones familiares de patriarcado insuperables o difíciles de superar.
- Falta de preparación ante una eventual y futura sucesión.

Ante estas debilidades, los estudiosos de las sociedades familiares crean una serie de respuestas que se resumen en los siguientes principios:

- Creación y valor del “Protocolo Familiar”⁴.

³ Velayos lluis Cristina. Los Órganos de Gobierno de la Sociedad Familiar. Thomson Reuters Aranzadi. 2012. Pg. 78.

⁴ RD 171/2007. Publicado en el Boletín Oficial del Estado del Gobierno de España # 65 del 16 de marzo de 2007.

- Descentralización del poder.
- Creación de órganos control tanto en el aspecto de ejecución de decisiones como en la toma de decisiones.
- Creación de órganos consultivos internos.

Vemos entonces que hay una separación respecto a la estructura de gobierno normal de las sociedades que no entran en el apelativo de “familiares”. Cobra especial importancia el llamado “protocolo familiar” como acuerdo o base metaestatutaria al ser un negocio jurídico que genera derechos y obligaciones en sus participantes y que puede regular una o varias sociedades⁵.

Tales “protocolos familiares” pueden ser ejecutados judicialmente (o arbitrariamente de ser el caso) puesto que el incumplimiento de las obligaciones que se asumen puede generar la necesidad de exigir compulsivamente su cumplimiento y la indemnización de daños y perjuicios correspondiente.

5. De los órganos de gobierno societario previstos en el Código de comercio de Venezuela y la posibilidad de implementar órganos distintos y su oponibilidad a terceros

Como hemos afirmado repetidamente, la regulación societaria de las compañías de capital cerrado en Venezuela es tremendamente escueta y vetusta. Al no haberse modernizado desde 1955, fecha de la última reforma del Código de Comercio⁶ muchos de los artículos correspondientes a las sociedades de comercio han perdido conexión con la modernidad global en esta materia.

Y decimos, además, que es escueta por cuanto apenas se dedican algunos artículos a regular las obligaciones de los administradores, sin hacer mayor referencia a la organización de estos en juntas de administración o juntas directivas y sus reglas de funcionamiento.

Ahora bien, surge la pregunta inmediatamente siguiente y necesaria al respecto: ¿Estas normas relativas a la dirección de las sociedades son de orden público? ¿O es posible para las partes pactar algo distinto en los estatutos?

La respuesta no es tan sencilla e implica una distinción: La autonomía de la voluntad de los integrantes del contrato societario jamás podría implicar la disminución o eliminación de representantes de la sociedad a tal punto que pueda afectar la inteligibilidad del mecanismo de representación para los terceros que se relacionan con ella.

⁵ Velayos Lluís, Cristina. Ob. Cit. Pg. 232.

⁶ Gaceta Oficial de la República de Venezuela número 475 Extraordinaria del 21 de diciembre de 1955.

Hemos sostenido en otras oportunidades que esencialmente son dos las funciones de los directores de la sociedad: a.- La función de dirección de la sociedad donde, dentro de los parámetros dictados por la asamblea y dentro de los parámetros derivados del objeto social los directores deben tomar diariamente decisiones que darán el rumbo definitivo a la sociedad; b.- La función de ejecución y representación de la sociedad en la materialización de las decisiones tomadas conforme el anterior literal.

Luego, concluimos que en materia de dirección de sociedades sí es posible la creación de órganos de administración distintos a los previstos en el Código de Comercio, así como el dar regulación de funcionamiento especial a estos órganos adicionales, siempre que no se cause con ello confusión en los terceros que negocian con la sociedad de comercio. Tampoco será posible la eliminación de los órganos de gobierno establecidos en el Código de Comercio, ni la reducción o ablación de los diferentes grados de responsabilidad de los administradores.

Finalmente, la implementación de los diferentes órganos de gobierno societario derivados bien del Código de Comercio o bien de la autonomía de la voluntad, deberá estar siempre basada en no crear o inducir en confusión a los terceros que contraten con la sociedad.

En efecto, una regulación del gobierno societario familiar muy enrevesada o contradictoria en sus disposiciones puede llegar a crear inseguridad en los terceros ajenos a la sociedad y por ende a dudar de la correcta interpretación de los estatutos.

6. De los órganos de gobierno societario propios y adecuados a las empresas familiares

6.1.- El protocolo familiar. Aunque no es un órgano societario propiamente dicho, es aquí obligatoria la mención del “Protocolo Familiar” como antecedente de gran relevancia en el buen gobierno de las sociedades.

Su concepto ha sido aproximado por diversos autores, siendo de nuestra preferencia el que sigue:

Herramienta que pretende la ordenación de la empresa con la familia, el accionariado y la gestión, pero introduciendo otro factor, se refieren especialmente a la previsión de la sucesión en la empresa estableciendo, incluso, los supuestos en los que ésta deja de ser una empresa familiar; instrumento para la autorregulación de la sociedad familiar en las áreas que le son trascendentes, las cuales no coinciden necesariamente con lo previsto en la normativa societaria⁷.

⁷ Fernandez-Tresguerres Garcia, A. Protocolo Familiar: Un instrumento para la autorregulación de la sociedad familiar. Revista Derecho de Sociedades. Num 12. 3ª época; mayo 1999, págs.. 89 a 113.

Nos apoyaremos igualmente en el Real Decreto 171/2007 publicado en el BOE número, el cual señala en su artículo 2.1 “A los efectos de este real decreto se entiende por protocolo familiar aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad”.

De estas y otras definiciones, podemos individualizar los siguientes aspectos característicos:

a.- El protocolo familiar tiene una naturaleza esencialmente contractual. Es un conjunto de pactos o acuerdos que generan obligaciones y derechos entre las partes⁸.

b.- Por lo tanto, comulga de los requisitos generales del contrato esto es: Consentimiento libre de violencia, capacidad, objeto y causa posible y lícita.

No es infrecuente que las empresas familiares se constituyan y operen como administradoras de bienes familiares, apartándose por ende del comercio normalmente entendido. Este propósito, a veces velado, a veces evidente, hace que los conceptos de objeto y causa del acuerdo denominado protocolo familiar deban manejarse a través un análisis particular, diferente del que se haría en cualquier otro tipo de contratación.

c.- Es esencialmente revisable y modificable. Lejos de ser una regulación inmodificable, puede ser revisada y adaptada bien en base a revisiones periódicas preestablecidas, bien en base a revisiones que surjan de cambios en los elementos esenciales del contrato o del entorno socioeconómico de la empresa.

d.- Debe interpretarse e integrarse conforme a las reglas generales de interpretación del contrato en Venezuela.

A pesar del conocido adagio que sostiene que el contrato es ley entre las partes, el método de interpretación, no puede ser el mismo método de interpretación de la ley en sentido formal.

Al contrario, debe aplicarse el método de interpretación contenido en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, el cual remite al sentenciador, en caso de oscuridad en el contrato, a descubrir la verdadera voluntad de las partes, allende la simple escritura de las cláusulas del contrato.

⁸ Proserpi, Francesco. *Impresa Familiare*. Dott. A. Giuffrè Editore. 2006 Milano Italia. Pg. 43.

e.- Su incumplimiento puede originar la exigencia del cumplimiento o la extinción del mismo, acompañado de daños y perjuicios en ambos casos.

6.2.- La asamblea familiar. Sostuvimos anteriormente en este mismo trabajo, que en razón del principio de la autonomía de la voluntad de las partes es factible la creación de órganos de gobierno societario distintos y coexistentes con los órganos típicos de dirección de la sociedad.

Debemos advertir al lector que los términos que se adjudican a cada órgano pueden tener diferentes acepciones en diversas partes del mundo, inclusive entre doctrinarios de un mismo país. Así cuando se hable de “asamblea familiar” o “concejo familiar” no podremos pretender que sean términos unívocos y precisos.

Deberá el lector, prestar más bien atención a la explicación que se dé de cada institución y sus peculiaridades.

Dicho lo anterior, por asamblea familiar se entiende aquella agrupación de personas unidas por el vínculo familiar de consanguinidad que está destinada a fomentar la unión, el compromiso y la concordia entre los miembros de la familia, mediante un encuentro formal que, como mínimo tendrá carácter anual⁹.

Es un órgano de carácter meramente informativo que procura aumentar la frecuencia y calidad de las relaciones familiares partiendo de la visión comercial y patrimonial que deriva de asociación de los miembros de la familia en una o más empresas.

Este órgano no toma decisiones y por lo tanto sus conclusiones no son ejecutables forzosamente. Al contrario, debe ser creador de armonía y consenso entre los miembros de una familia.

6.3.- El consejo de familia. Este órgano, en cambio, es el órgano ejecutivo del protocolo familiar. Sus decisiones pueden ser objeto de ejecución forzosa en caso de desacato por parte del sujeto de la decisión.

Insistimos en que, en base a la autonomía de la voluntad, las partes intervinientes en un contrato societario pueden crear estos y otros órganos de gobierno societario¹⁰, denominándolos como se afirma pocas líneas más arriba o con otros apelativos. Lo realmente importante es y será siempre que la voluntad de las partes esté claramente recogida y dirigida a procurar los efectos que realmente se desean crear.

⁹ Velayos Lluís, Cristina. Ob. Cit. Pg 83

¹⁰ Perez-Serrabona, Francisco Javier. El gobierno corporativo en la empresa familiar. Transición, gestión y perdurabilidad generacional de la sociedad familiar. En obra colectiva Cuestiones civiles y mercantiles en la empresa familiar. Coordinador Gallego Dominguez, Ignacio. La Ley. Wolterskluwer legal & regulation España S.A. 2022. Pg. 367

CONCLUSIONES

El presente trabajo pretende aportar ideas y principios novedosos al estudio de la empresa familiar en Venezuela, basándose en las normas vigentes aplicables del Código de Comercio y los principios y regulaciones globales de la sociedad mercantil generalmente entendida.

El primer aporte y conclusión que proponemos al lector es la real necesidad del estudio de la empresa familiar como un ente particular y distinto a la sociedad mercantil en general. Se llega mediante el presente trabajo, a la conclusión que la empresa familiar está imbuida por una serie de características y de principios que hacen necesario su estudio y regulación como una especie dentro del género de las sociedades

En segundo lugar, se efectuó la identificación de los órganos típicos y atípicos de gobierno de sociedad, entendiendo por los primeros, aquellos que están regulados en el Código de Comercio de Venezuela y, por los segundos, aquellos que las partes deseen crear, siempre dentro de los límites de las normas de orden público.

En tercer lugar, se propone al lector la identificación de una serie de conductas peculiares e identificables de los socios de las empresas familiares que, en ocasiones, impiden radicalmente el buen gobierno societario. Al mismo tiempo que se enumeran estas conductas, se proponen remedios y correctivos a las mismas en base a mecanismos de buen gobierno corporativo.

Adicionalmente, se analizan los órganos atípicos clásicos de gobierno corporativo de empresas familiares y se sugieren ideas para su formación y buen funcionamiento.

Sirva el presente trabajo como un humilde aporte al estudio de las empresas familiares, cuya existencia en la realidad económica venezolana es innegable pero que han quedado injustamente relegadas respecto a los avances legales, doctrinarios y jurisprudenciales de otros países.

BIBLIOGRAFÍA

Boletín Oficial del Estado del Gobierno de España <https://www.boe.es/eli/es/rd/2007/02/09/171/con>

Código de Comercio de la República de Venezuela. Gaceta Oficial Extraordinaria 475 del 21 de diciembre de 1955.

Mezzasoma, Lorenzo. *Impresa familiare nell'ordinamento italiano: Itinerario Giurisprudenziale*. En obra colectiva *Cuestiones civiles y mercantiles en la empresa familiar*. Coordinador Gallego Dominguez, Ignacio. La Ley. Wolterskluwer legal & regulation España S.A. 2022.

Morles Hernandez, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo II. Universidad Católica Andrés Bello. Quinta Edición. Caracas, 2000.

Perez-Serrabona, Francisco Javier. El gobierno corporativo en la empresa familiar. Transición, gestión y perdurabilidad generacional de la sociedad familiar. En obra colectiva Cuestiones civiles y mercantiles en la empresa familiar. Coordinador Gallego Dominguez, Ignacio. La Ley. Wolterskluwer legal & regulation España S.A. 2022.

Prosperi, Francesco. Impresa Familiare. Dott.A. Giuffre Editore. 2006. Milano. Italia.

School Of Management Bocconi. SDABOCCONI. www.sdabocconi.it

Velayos Lluís, Cristina. Los Órganos de Gobierno de la Sociedad Familiar. Thomson Reuters Aranzadi. 2012.