

NATURALEZA JURÍDICA Y VINCULATORIEDAD DEL PROTOCOLO  
DE FAMILIA

MAURICIO ZAPATA SÁNCHEZ  
HAROLD HUMBERTO GÓMEZ GALLEGO

ASESOR DE TESIS:  
YESID ECHEVERRY ENCISO

UNIVERSIDAD ICESI  
FACULTAD DE DERECHO  
SANTIAGO DE CALI  
2012

# Naturaleza Jurídica y Vinculatoriedad del Protocolo de Familia

Harold Humberto Gómez Gallego, Mauricio Zapata Sánchez  
*Especialización en Derecho Comercial, Universidad ICESI*  
*Santiago de Cali, Colombia*

hgomez@gomezzapataabogados.com  
mzapata@gomezzapataabogados.com

## I. INTRODUCCIÓN

Bajo los lineamientos que el capitalismo impone, vemos con preocupación la conducta que asumen los actores de la economía, principalmente las sociedades comerciales que tanto aportan en generación de empleo y bienestar social.

Las sociedades de familia aparecen con una participación importante en diferentes latitudes del globo. Colombia no es ajena a este fenómeno, pues por el contrario, gran parte de nuestras empresas son sociedades de familia. Debido a la frecuencia con que estos entes figuran en nuestros mercados, es fácil concluir que tienen cierta efectividad que lleva a muchos emprendedores a optar por modelos de este tipo; sin embargo, investigaciones reveladoras muestran que menos del 13% de las sociedades de familia sobreviven a la tercera generación, lo cual ha encendido las alarmas y llevado a personas expertas a construir figuras como el protocolo de familia, herramienta que propende por la perpetuidad de la entidad económica y la unión familiar.

A pesar de la corta edad de los protocolos, la adopción por parte de altos empresarios y su masificación en el mundo parecen augurarle un gran éxito. No es intención nuestra evaluar el desempeño de esta figura novedosa de cara a su propósito final que, como ya se dijo, hace referencia a la perpetuidad de la empresa y la unión familiar.

Pretendemos tan solo realizar un análisis de los textos que comúnmente se leen en los protocolos actuales, para posteriormente cuestionar su eficacia y vinculatoriedad al momento de buscar su ejecución judicial, y concluir exponiendo una estructura sugerida de las cláusulas que van a componer el régimen sancionatorio. Esperamos cumplir nuestro propósito.

Palabras claves: protocolo de familia, título ejecutivo, vinculatoriedad jurídica, eficacia jurídica

## II. CONCEPTO DEL PROTOCOLO DE FAMILIA

Para acercarnos apropiadamente al protocolo de familia es necesario antes hacer alusión al concepto de sociedades de familia, pues son éstas sociedades la razón de ser de aquél instrumento.

## A. Sociedades de Familia

Las sociedades de familia son instituciones, que a pesar de no encontrar una definición específica en la ley, sí pueden tener incidencia en la realidad jurídica y económica estatal. Por ello, como lo explicaremos más adelante, estas sociedades pueden, en mayor o menor medida, definir el futuro financiero de una región.

Por ahora diremos que estas sociedades se caracterizan por estar conformada por integrantes de una misma familia que poseen el control económico y financiero. El Decreto 187 de 1975 las define de la siguiente manera “... Art. 6º.- *Se considera de familia la sociedad que esté controlada económica, financiera y administrativamente por personas ligadas entre sí por matrimonio o por parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o único civil.*”

A pesar de su importancia en la economía, las empresas de familia cuentan con una tímida regulación; no obstante, la Superintendencia de Sociedades se ha pronunciado respecto de su definición de la siguiente forma: “(...) *para que una sociedad tenga el carácter de familia debe existir entre dos o más socios el parentesco de consanguinidad hasta el segundo grado (padre, madre o hijos y hermanos) o único civil (padre o madre adoptante o hijo adoptivo) o estar unidos entre sí matrimonialmente, siempre y cuando los socios así relacionados ejerzan sobre la sociedad un control económico, financiero o administrativo.*”<sup>1</sup> Otros autores como Urbina afirman lo siguiente: “*Una empresa familiar es la que está constituida como sociedad mercantil de*

*cualquier tipo, en la que el control de los votos está en manos de una familia determinada*”.<sup>2</sup> Con todo, se ha pasado de la definición de sociedad de familia desde la preponderancia de los lazos consanguíneos, hasta el control político que puede ejercer una familia con sus votos al interior de una empresa o grupo económico.

Una sociedad de familia concentra, en gran medida, aspectos emocionales que no se regulan en ningún tipo societario, por ello algunas de las decisiones que se toman pueden resultar viscerales e ir en contra de los propósitos de la empresa. Tal vez por esta razón las empresas de familia tienden a fracasar más rápido que las empresas que no lo son, no obstante conocerse que son más productivas. Incluso, investigaciones realizadas dicen que estas sociedades son de un 8% a un 16% más productivas que las demás sociedades. Este tipo de empresa, como lo dice Gallo “(...) *es en la que una sola familia posee la mayoría del capital y tiene un control total. Los miembros de la familia también forman parte de la dirección y toman las decisiones más importantes (...)*”<sup>3</sup> sin embargo, como lo explica Liza Urbina Galiano, “*Una empresa familiar es la que está constituida como sociedad mercantil de cualquier tipo, en la que el control de los votos está en manos de una familia determinada*”.<sup>4</sup>

En Colombia, las sociedades de familia ocupan una porción importante de los negocios privados; un estudio avalado por la Superintendencia de Sociedades a cargo de los investigadores Andrés Gaitán Rozo y José Danilo Castro Velasco realizado en el año 2001, arrojó resultados reveladores respecto de tópicos de las

sociedades de familia como su participación en la economía nacional y la incidencia de estos entes en la generación de empleo. Algunos estudios consideran que entre el 68% y 80% de las sociedades que participan en la economía nacional son de familia.<sup>5</sup>

Su importancia para la economía es alta por varias razones:

1) Que una sociedad de familia es del 8% al 16% más productiva que una sociedad en donde no interviene un núcleo familiar;

2) En el año 2001 el número de estas sociedades en Colombia rondaba las 6.054, lo que permite concluir que tienen una participación del 67.8% del total de las constituidas en Colombia;

3) La mayoría de empresas de familia en nuestro país son sociedades medianas y pequeñas y,

4) Trabajan bajo los lineamientos de responsabilidad, amor y lealtad.

5) En el Valle del Cauca, Cundinamarca y Antioquia se encuentran ubicadas el 53% del total de las sociedades familiares existentes en Colombia.

En el mismo sentido, para el año 2001 existían en la capital del Valle del Cauca 870 sociedades inscritas en la Cámara de Comercio, de las cuales 750 eran sociedades de familia, es decir que un 86.20% de las sociedades vallecaucanas inscritas para el año 2001 eran empresas familiares.<sup>6</sup> En Santiago de Cali, de conformidad con lo anterior, existe una mayor disposición de las familias a reunirse y asociarse para crear empresa que la que existe en otras ciudades del país.

La razón de este fenómeno es que en nuestra región, los grandes terratenientes de la colonia que hicieron sus fortunas gracias a títulos nobiliarios dados por la realeza española de hace más de 200 años, se convirtieron en empresarios azucareros de la época, amasando fortunas que pudieron ser transmitidas de generación en generación, creando así una conciencia familiar de perpetuidad empresarial que aún se conserva.

Con todo, las empresas familiares son un fenómeno muy importante en Colombia y en el Valle del Cauca. Pero igualmente importante es tener en cuenta el riesgo latente de la innegable administración emocional que, no en pocas oportunidades, se presenta en esta clase de sociedades y que eventualmente puede llevar a la desaparición de la empresa, la pérdida de numerosos empleos directos y, como consecuencia, a la afectación negativa en la producción de bienestar social. Debido a lo anterior, los protocolos de familia aparecen en la escena a modo de remedio de las frecuentes disputas que se presentan al interior de las empresas familiares. Estos acuerdos no buscan otra cosa que la perpetuidad de la empresa, de una parte, y de la otra, un ambiente de unión y fortaleza de los lazos familiares. Por ello, este breve estudio se contrae al análisis de su naturaleza jurídica y los puntos neurales que hacen del protocolo de familia una herramienta verdaderamente eficaz y vinculante.

### *B. Protocolo de Familia*

El protocolo de familia es un acuerdo parasocial que celebran los integrantes de una familia que posean

el poder político de una o varias sociedades comerciales. La doctrina lo ha definido como el *“conjunto de reglas fijadas por la familia en el seno de la asamblea familiar, que determinan aspectos relativos a la forma como se desenvolverán las relaciones entre la familia y los distintos órganos, las funciones que desarrollarán las instituciones, los procedimientos a seguir para llegar a un acuerdo en la toma de decisiones, los valores esenciales e intrínsecos de la familia, y las estrategias que encauzarán el devenir empresarial”*.<sup>7</sup>

Para muchas empresas familiares los protocolos son el remedio a innumerables problemas. A manera de ejemplo, se puede citar el caso de una empresa farmacéutica Europea en la que se buscaba la internacionalización de la misma; en este caso concreto se pudo ver cómo los integrantes de la mesa de directores eran persona de la familia que no tenían experiencia,<sup>8</sup> hecho que en muchas ocasiones dificulta la expansión de la empresa, su internacionalización u optimización.

Situaciones como la anterior podrían controlarse con la implementación de un adecuado protocolo de familia, toda vez que en este acuerdo se consagran los deseos y objetivos que ésta se fija, como por ejemplo, que los integrantes que ocupen altos cargos en la empresa deberán tener nivel de especialización o maestría. De este modo, el negocio familiar tendría en su núcleo directivo personas capacitadas que puedan darle perpetuidad a la empresa.

Con todo, los protocolos de familia obedecen a fenómenos más sociales

que jurídicos a pesar de encontrar un marco legal precario en el artículo 1602 del Código Civil por ser acuerdos de naturaleza contractual. En cualquier caso, los protocolos de familia *“(…) determinan los límites operacionales de la empresa así como la forma como se desarrollarán, a lo largo de su existencia, la relación entre la familia y los diferentes órganos de la empresa y la familia”*.<sup>9</sup> Es de resaltar que, para efectos probatorios y de ejecución judicial, el protocolo debe constar por escrito.

### III. NATURALEZA JURÍDICA DEL PROTOCOLO DE FAMILIA

Sabemos que el acto jurídico es una de las clasificaciones que los doctrinantes hacen comúnmente del hecho jurídico; dentro de los actos jurídicos tenemos al negocio jurídico e incluido en éste, encontramos el contrato como instrumento de creación, modificación o extinción de derechos u obligaciones.<sup>10</sup> Como lo señalamos líneas atrás, la naturaleza del protocolo de familia es eminentemente contractual. El artículo 1495 de nuestro Código Civil define el contrato de la siguiente manera: *“Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.”*

Según este compendio normativo, podemos clasificar al protocolo de familia como un contrato bilateral, accesorio *-por depender de otro principal que en este caso es el contrato de sociedad-*, consensual, y en la mayoría de los casos, oneroso.<sup>11</sup> Decimos que se trata de un contrato

porque, a pesar de ser un documento en el que se estipula el régimen bajo el que habrán de regularse las relaciones entre familia – sociedad y entre los diferentes miembros de la familia, su objeto no es ser una norma inflexible que obligue de manera arbitraria al grupo familiar. Por el contrario, el protocolo pretende ser un instrumento obtenido del consenso para generar bienestar tanto al interior de la familia, como en la empresa o empresas sobre las que gravita su economía.

Teniendo en cuenta lo anterior, la tarea de quienes se aventuran a prestar sus servicios como facilitadores para la construcción de estos protocolos sobrepasa notablemente los límites del derecho. Se pretende lograr la obtención de un documento en el que queden condensados los lineamientos por los que se regirán los designios familiares y empresariales, algo que no resulta fácil si advertimos la pluralidad de personas que deben prestar su consentimiento. Fusionar de manera coherente los intereses personales de cada individuo sin olvidar el objetivo principal –*el interés general de la familia y la empresa*–, es sin duda uno de los aspectos más relevantes para lograr el éxito. Desafortunadamente, es frecuente encontrar protocolos diseñados para satisfacer los deseos personales del gestor de la compañía, a quien en ocasiones poco le interesa el aporte que sus parientes puedan hacer. Es claro que en estos términos el protocolo está destinado al fracaso.

Por ello, consideramos significativo resaltar la naturaleza contractual de esta herramienta. Como en todo contrato, gozar de consentimiento libre de vicios como

error, fuerza o dolo es capital para la validez del mismo. Las personas que signan el documento deben ser conscientes del régimen al que van a someterse y los beneficios que se derivan de su cumplimiento.

Examinemos el protocolo de familia de un grupo empresarial al que denominaremos “x”. Un párrafo de una de sus normas determina que: *“El familiar que adquiera o reciba a cualquier título acciones del GRUPO EMPRESARIAL (...) o de cualquiera otra de las sociedades, estará **obligado** a firmar su aceptación a los términos del presente convenio antes de que se formalice el traspaso de acciones”* (negritas propias)

El término “obligado” que condiciona aceptar primero las normas del protocolo antes de adquirir la calidad de accionista a cualquier título, puede llegar a lesionar gravemente por fuerza el consentimiento libre de vicios exigible a los contratos. Si tenemos en cuenta que el protocolo es un contrato accesorio que depende de otro principal llamado contrato de sociedad, ¿cómo puede condicionarse para adherir al contrato principal, antes haber adherido al contrato accesorio? ¿Qué pasa entonces con aquéllos que reciben las acciones en adjudicación dentro de un proceso de sucesión y no quieren firmar el protocolo? Son éstos algunos de los interrogantes que surgen cuando encontramos cláusulas impositivas que pretenden darle carácter de norma familiar más que de contrato.

Tal vez pueda pensarse que artículos como el anteriormente transcrito son necesarios para revestir al instrumento de la importancia y

seriedad que merece, no obstante, es nuestro sentir que ante las controversias e incumplimientos, estas cláusulas carecen de eficacia. Por ello insistimos con vehemencia en que el protocolo debe ser resultado del consenso familiar, o por lo menos, de quienes lo suscriben. Todo aquél que por condiciones de edad, parentesco, o cualquier otra razón adhiera a este contrato debe estar de acuerdo con sus términos.

No obstante lo anterior, hay quienes sostienen que el concepto de contrato se queda corto frente a la realidad del protocolo, pues aunque algunos integrantes de la familia no hayan participado en su construcción ni prestado su consentimiento, terminan siendo afectados por las normas que allí quedaron estipuladas. En este sentido, el efecto interpartes al que alude el artículo 1602 del Código Civil quedaría relegado y se instalaría un sistema de responsabilidad muy diferente al de los contratos.

Es frecuente ver en la redacción de los protocolos algunas cláusulas que indican las calidades que debe tener una persona para aspirar a determinado cargo al interior de la empresa. A pesar de no haber signado el protocolo, por razones obvias, aquél que no cumpla tales requisitorias no podrá ser tenido en cuenta en el proceso de selección. Por ello, en ocasiones, se refieren al protocolo como “pacto de honor familiar”. Aunque lo anterior pueda tener algo de cierto, recordemos que el contrato es fuente de **derechos** y obligaciones. No sólo se generan obligaciones para quienes lo suscriben, sino que además se tiene acceso a derechos o beneficios. En este orden de ideas, el cumplimiento de

las condiciones establecidas en el protocolo para ocupar una vacante es simplemente un requisito para acceder a un beneficio, y por tanto puede ser exigido tanto al familiar que lo signó como a aquél que aún no lo ha hecho, o incluso, a un particular.

Ahora bien, existen cláusulas más agresivas que conllevan obligaciones de dar, en las que se manifiesta un tinte sancionatorio para quienes contravengan las normas capitales del protocolo. En el entramado del régimen sancionatorio de este particular contrato, estas cláusulas adquieren verdadera relevancia dado el mérito ejecutivo que en un momento dado puedan prestar, logrando la efectividad de los medios coercitivos para su cumplimiento. Es esta precisamente la razón que nos lleva a abordar el tema de las obligaciones insertas en el régimen sancionatorio de los protocolos.

#### IV. EFICACIA Y VINCULATORIEDAD DEL PROTOCOLO

El protocolo de familia, como lo hemos dicho, es un acuerdo parasocial que realizan los socios de una empresa que tengan mayoría de votos y una relación de parentesco entre sí. Como cualquier acuerdo, este tiene vinculatoriedad jurídica al momento que las partes lo suscriben, toda vez que su perfeccionamiento es consensual. Así mismo, se establecen obligaciones que en caso tal de ser incumplidas por los suscribientes se podrán hacer efectivas ante la jurisdicción civil. Pero dicha eficacia jurídica no es cierta en todos los casos, pues en últimas, si el acuerdo suscrito no goza de los elementos básicos para demandar

ejecutivamente, sólo se podrá hacer efectivo a través de un proceso declarativo, el cual, como es bien sabido es complejo y oneroso, además de que tiene, según estudios,<sup>12</sup> un tiempo estimado de resolución que supera los mil días. En nuestro criterio personal, dicho término tiende a extenderse más en la mayoría de los casos.

Pero, ¿qué tipo de obligaciones encontramos regularmente en los protocolos? En cualquier acuerdo que tenga efectos jurídicos se pueden presentar tres tipos de obligaciones que son: de dar, de hacer y de no hacer.

Obligaciones de dar: la obligación de dar comprende varias aristas. La “(...) primera es hacer tradición de la cosa; la segunda, conservarla si es un cuerpo cierto, hasta su entrega y entregar propiamente hablando dicha cosa”<sup>13</sup> según lo expresa el art. 1605 del Código Civil. En este caso, la obligación de dar no se entenderá cumplida hasta que no se haya agotado la totalidad de ese contenido, por ello, las obligaciones de dar tienen como objeto la transferencia del dominio.

Las obligaciones de hacer: “(...) contemplan la ejecución de un hecho: entregar una cosa, prestar un servicio, transportar una persona o una cosa, firmar un escrito, celebrar un contrato, medir un terreno, contar o pesar ciertos objetos, designar una persona etc.”<sup>14</sup> A manera de coloquio, nos permitimos citar las siguientes cláusulas establecidas en un protocolo que muestra este tipo de obligación: “ (...) g) Todo miembro soltero del Grupo

*Familiar (...) y sus descendientes que fueren a contraer nupcias mediante rito religioso o civil, deberá hacer previamente las correspondientes capitulaciones matrimoniales con su futuro(a) conyugue y una vez formalizada la unión, deberán realizar la liquidación de la sociedad conyugal”* allí se puede ver que la obligación de los miembros de la sociedad es de hacer, pues contempla la ejecución de un hecho que es la realización de capitulaciones matrimoniales y liquidación de la sociedad conyugal de los miembros que recién han contraído nupcias. No obstante, la obligación sólo puede recaer sobre los miembros que suscriban el acuerdo y no sobre los descendientes que no lo hicieren.

Las obligaciones de no hacer: este tipo de obligaciones, a pesar de ser poco comunes, tienen su génesis en una abstención o una carga que debe soportar el deudor -*artículo 1612 del Código Civil*- es así como “(...) El deudor, para cumplir su obligación debe, en vez de actuar, omitir hacerlo; o, cuando lo haga, debe abstenerse de producir determinado resultado contrario a la convención o la ley”.<sup>15</sup>

Como ejemplo, exponemos la siguiente cláusula que se estipuló en un protocolo de familia y que nos puede ilustrar de forma clara una obligación de no hacer: “(...) ningún miembro de los accionistas familiares o sus descendientes podrá participar en forma alguna en negocios con empresas que sea (sic) consideradas por el grupo líder familiar como competencia directa de los negocios básicos del grupo empresarial (...) o en las cuales se prevea un conflicto de intereses (...)”

Con base en lo anterior, es nuestra intención proponer a través de este artículo la forma en que debe estructurarse el clausulado del régimen sancionatorio de los protocolos, de modo que se pueda hacer efectivo a través de un proceso ejecutivo ante la jurisdicción.

Como ya lo hemos dicho, en muchas ocasiones y debido a la inadecuada redacción de las cláusulas que componen su régimen sancionatorio, el protocolo no tiene un medio efectivo jurisdiccional para realizar el cobro de obligaciones sean de dar, hacer o no hacer. No obstante, esas obligaciones pueden prestar merito ejecutivo a las voces del artículo 488 del Código de Procedimiento Civil. Toda obligación que pretenda hacerse efectiva de manera directa deberá estar contenida en un título ejecutivo y gozar de las siguientes características: i) que sea clara; ii) que sea expresa, y iii) que sea actualmente exigible.

La doctrina explica estas características en los siguientes términos: *“Que una obligación sea expresa significa que en él (se refiere al título ejecutivo) esté identificada la prestación debida, de manera que no haya duda alguna de quién la suscribe (...) Que el documento contenga una obligación clara, significa que tal prestación se identifique plenamente, sin dificultades, o lo que es lo mismo, que no haya duda alguna de la naturaleza, límites, alcance y demás elementos de la prestación cuyo recaudo se pretende (...) Que la obligación sea exigible tiene que ver con la circunstancia de que pueda demandarse el pago o cumplimiento de ella, lo cual corrientemente ocurre cuando ha vencido el plazo o se ha*

*cumplido la condición a la que estaba sujeta (...)”<sup>16</sup>* (paréntesis fuera de texto)

El protocolo de familia no se convertirá en título ejecutivo sino hasta cuando se cumpla con las tres situaciones expuestas, por lo demás, para poder hacerse exigible el protocolo ante la jurisdicción, se deberá iniciar un proceso declarativo para lograr el cumplimiento de las obligaciones establecidas, en todo o en parte, del régimen sancionatorio que se haya estipulado en dicho acuerdo.

Para los suscritos, esta breve investigación no se basa en la efectividad de los protocolos al interior de la sociedad, es decir; si el protocolo logra o no la perpetuidad de la empresa familiar; pretendemos tan solo establecer un medio más eficaz para el cobro de las obligaciones no cumplidas por quienes suscriben el acuerdo y establecer así un marco de referencia por el cual se pueden guiar los profesionales que desarrollan estos acuerdos parasociales.

Primero, debemos decir que es imposible que de acuerdo a lo que se ha dicho anteriormente, el protocolo como documento singular configure un título ejecutivo. Ello en razón a que las sanciones que dan origen a las obligaciones de las que venimos hablando, se presentan en aquella herramienta tan solo de manera abstracta, de modo que de la lectura de su texto no es válido inferir que exista una obligación clara, expresa y exigible por mediar incumplimiento de alguna de sus normas.

Para acudir a la jurisdicción ordinaria como medio coercitivo en sede del proceso ejecutivo, es necesario completar el título con otro

documento, por lo cual y desde ahora, reconocemos que en estos casos nos encontramos frente a un título complejo. En nuestro criterio, el documento que integra el título ejecutivo no es otro que el acta que sea levantada por el órgano familiar (consejo de familia) designado dentro del mismo protocolo, para cumplir la función de verificar la salvaguarda del debido proceso y posteriormente, decidir si confirma o no la sanción que, en todo caso, debe estar preestablecida en cuanto a su claridad y exigibilidad en el protocolo. En lo que atañe a la expresividad, es imposible que dentro del texto de este contrato se haga mención expresa a quien tiene la calidad de deudor de la obligación por cuanto aún no se ha declarado su incumplimiento.

Examinemos la estructura de la cláusula única sancionatoria inserta en uno de los protocolos que fueron abordados en esta investigación. Reza la norma: *“(…) el miembro familiar que incumpla total o parcialmente alguna de las normas en el presente convenio será sancionado retirándolo por un periodo mínimo de un (1) año del consejo de familia, y del grupo líder familiar y no tendrá derecho a hacerse representar por otra persona en los mismos. Adicionalmente perderá durante este periodo el derecho a los beneficios provenientes del fondo (...) y deberá cancelar a dicho fondo una suma de dinero equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales. La sanción será decidida y ejecutoriada por el grupo líder familiar”*

Respecto de las sanciones que aluden al retiro de los órganos familiares, no haremos disertación alguna por cuanto la verificación de su

ejecución corresponde precisamente a esos órganos resultando totalmente ajena a la jurisdicción ordinaria, pues será según las preceptivas del protocolo el consejo de familia o el grupo líder familiar quien ordene directamente dicho retiro. Algo similar ocurre con la pérdida de beneficios derivados del fondo empresarial; sin embargo, advertimos de la lectura de la cláusula en cita que quien incumpla total o parcialmente algunas de las normas del convenio, será castigado además cancelando la suma de dinero equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Nótese que en esta cláusula parece resultar igualmente grave la contravención de cualquiera de las normas del protocolo. Como primera crítica, encontramos que las múltiples sanciones consagradas en el régimen de aquel documento se hallan mezcladas en una misma cláusula que no distingue niveles de obligaciones y consecuentemente niveles de sanciones que pueden ir de las más leves a las más graves. No se trata de convertir el régimen sancionatorio de los protocolos en todo un código punitivo, pero sí al menos, establecer tratamientos diferentes de acuerdo a la gravedad del incumplimiento.

De otro lado, la redacción de la norma parece insuficiente para lograr la ejecución de la obligación de dar que contempla. Bajo la hipótesis de que alguno de los socios incurriera en incumplimiento y fuera sancionado por el órgano de familia correspondiente ¿sería posible lograr que un juez de la república siquiera libre mandamiento de pago presentando aquel protocolo como título? En nuestro sentir la respuesta es no. La razón es que si

observamos la forma en que está construida la multicitada cláusula, notaremos que aunque la obligación aparece clara, carece de exigibilidad y expresividad.

En cuanto a su exigibilidad es evidente que no se posibilita la inserción de un plazo, pues desconocemos el momento en el que se generará el incumplimiento, pero sí es posible añadir una condición como lo sería la ejecutoria de la decisión del órgano de familia al que corresponda declarar dicho incumplimiento. En estos términos creemos necesario que sea el mismo signante del protocolo, el que autorice de manera expresa a esas instituciones familiares para que, de la decisión que allí se tome, él adquiera la calidad de incumplido y por tanto de deudor, lo que debe hacerse a través de una cláusula que así lo determine utilizando la figura del mandato.

El mandato que debe quedar contemplado operaría en varios frentes. De una parte se faculta al Consejo de Familia para que adelante el proceso correspondiente y determine el incumplimiento, y de la otra se autoriza expresamente para que en tal caso, el presidente de dicho órgano inicie el proceso judicial ejecutivo en contra del deudor.

Centrémonos en la última de las facultades aludidas. Antes que nada, fijémonos en la figura del acreedor de la obligación de dar para determinar quién está legitimado en la causa por activa. Si partimos de la cláusula que se expuso a manera de ejemplo, vemos como de la redacción se sustrae que la parte incumplida *“deberá cancelar a dicho fondo* (refiriéndose a un fondo económico creado para el

bienestar de la familia) *una suma de dinero equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales”* (Paréntesis propio). Esto quiere decir que quien está legitimado en la causa es el fondo familiar, situación que genera un problema grave por carecer tal patrimonio de personalidad jurídica. El fondo en sí mismo carece del atributo necesario para demandar y en tal sentido, no puede ser representado para estos fines.

Es claro que la redacción de la norma en cita es inapropiada e ineficaz a la hora de utilizar los medios judiciales coercitivos en aras de lograr el pago de la obligación. Buscando solución a este escollo, presentamos dos posibles alternativas que facilitarían el acceso a la administración de justicia. De un lado, sería posible redactar la norma de modo que no sea el fondo o el Consejo de familia el acreedor de la obligación, sino que ésta naciera a favor de los demás miembros de la familia que han suscrito el protocolo, quienes en el mismo texto pueden otorgar poder a quien funja como presidente del consejo de familia con el objeto de que los represente en un eventual proceso ejecutivo.

Esta opción, a pesar de ser completamente viable, cuenta con el problema de no cumplir con la teleología de la sanción, que distinto a enriquecer individualmente a los miembros del grupo familiar, tiene por objeto el castigo ejemplarizante y el resarcimiento en parte de los perjuicios que el infractor ha cometido en contra del grupo familiar visto en su conjunto. Por lo tanto, es de esperarse que el dinero proveniente de estas sanciones sea destinado al fondo familiar o al

Consejo de Familia y no a los parientes que signaron el protocolo.

Consideramos entonces que sería más apropiado constituir al Consejo de Familia en una sociedad sin ánimo de lucro que tenga como objeto: (i) la preservación de la armonía familiar y (ii) la perpetuidad del ente económico (entiéndase sociedad comercial de familia), utilizando para ello los designios consignados en el protocolo, dentro de los cuales, la conformación de este Consejo quedaría expresada meramente en forma de promesa de su constitución. Teniendo un órgano fortalecido bajo la figura de la asociación, se supera el inconveniente de la representación jurídica y se le concede una variedad de potestades que contractualmente hubiese sido imposible. Además, sería en este caso el representante legal de la sociedad sin ánimo de lucro quien se legitime para demandar.

Como todo en el mundo jurídico, las soluciones que se plantean deben ser desarrolladas, contempladas en toda su extensión y discutida su conveniencia en cada caso particular.

Proponemos a continuación un modelo sencillo de cláusula que recoge las observaciones precitadas: “Las partes que suscriben el presente contrato declaran que su incumplimiento será verificado por “x” órgano familiar, luego de lo cual, éste decidirá si confirma o no la sanción preestablecida en el protocolo. La decisión ejecutoriada dará a la parte incumplida la calidad de deudor y el acta que se levante de ella en conjunto con el protocolo prestarán mérito ejecutivo. El representante legal del Consejo de Familia será el legitimado

en la causa por activa para acudir a las instancias judiciales. La obligación será exigible una vez ejecutoriada la decisión confirmatoria de la sanción por el órgano familiar”.

Debemos precisar que en caso de que el Consejo de Familia no sea una persona jurídica, es decir, que no se haya optado por constituirlo en sociedad sin ánimo de lucro, es pertinente sustituir en la cláusula lo relacionado con la legitimación en la causa por una redacción que contemple que la sanción se pagará a favor de los demás miembros firmantes del protocolo, y que serán representados por el presidente del Consejo de Familia.

Otra característica importante de la que debe gozar el protocolo es que conste en escritura pública. La razón es que por todo lo anteriormente expuesto, resulta palmario que deben iniciarse tantos procesos ejecutivos como incumplimientos se generen de sus cláusulas, lo que a la luz del artículo 65 del Código de Procedimiento Civil constituye un poder especial para varios procesos separados, y en estos casos, la norma en cita exige tal solemnidad.

Para concluir, anotamos que de la adecuada redacción y la claridad con la que sea manejado el clausulado del régimen sancionatorio de un protocolo, al igual que pasa con múltiples contratos, depende la eficacia y vinculatoriedad que el documento ostente cuando acudimos a la jurisdicción ordinaria buscando lograr su ejecución. No en pocas oportunidades vemos normas que mencionan la fórmula típica “*lo aquí expuesto presta mérito ejecutivo*”, pero

que a la hora de demandar no reúnen los requisitos legales y en consecuencia, terminan obligando a quien pretende su ejecución a adelantar previamente un proceso declarativo que, como ya lo indicamos, es sumamente desgastante.

## V. CONCLUSIONES

Presentamos las siguientes conclusiones punto a punto, como un breve resumen de los aspectos más importantes tratados en la investigación:

1) Las sociedades de familia son un fenómeno societario que no se encuentra suficientemente regulado por la legislación actual colombiana.

2) Las sociedades de familia tienen un porcentaje de productividad más alto que las sociedades que no lo son.

3) La naturaleza jurídica del protocolo de familia es eminentemente contractual.

4) El protocolo de familia es un contrato accesorio del contrato de sociedad.

5) Debido a su carácter contractual, la vinculatoriedad del protocolo presupone el consentimiento libre de vicios, por lo que es importante que esta herramienta sea el resultado del consenso de quienes lo suscriben.

6) Es posible encontrar en los protocolos obligaciones de dar, de hacer y de no hacer.

7) Muchos de los protocolos de familia confeccionados en la actualidad

no gozan de eficacia jurídica, pues para ejecutar obligaciones contraídas por los firmantes se deben iniciar procesos declarativos que son onerosos y demorados.

8) Es necesario que en el cuerpo del protocolo, las partes expresen su voluntad de someterse a la confirmación por parte del órgano de familia correspondiente de la sanción preestablecida en el mismo.

9) Dado a lo abstracto de su contenido, es imposible que el protocolo de familia preste mérito ejecutivo por sí mismo. Para lograr dicha facultad, es necesario completar el título con el acta que declare el incumplimiento emitida por el órgano de familia correspondiente.

10) Se pueden iniciar procesos ejecutivos con obligaciones contenidas en los protocolos, siempre y cuando se establezcan obligaciones claras, expresas y actualmente exigibles.

11) Debido a que en el texto del protocolo se otorga un poder especial para varios procesos separados, es necesario cumplir con la solemnidad del artículo 65 del Código de Procedimiento Civil elevándolo a escritura pública.

12) Se debe determinar cuidadosamente a favor de quién nacen las obligaciones que se derivan de las sanciones, pues en la mayoría de los casos los órganos de familia carecen de personalidad jurídica y en consecuencia de representación.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- [1] Oficio 220-1636 del 21 de marzo de 1997 Superintendencia de Sociedades.
- [2] URBINA, Galiano Liza; Algunos aspectos jurídicos del protocolo de familia a la luz de la legislación Colombiana. Universitas, número 106, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, diciembre 2003, pág. 796.
- [3] Internationalizing the family businesses: facilitating and restraining forces” family businesses review, pág. 181.
- [4] URBINA, Galiano Liza; Algunos aspectos jurídicos del protocolo de familia a la luz de la legislación Colombiana. Universitas, número 106, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, diciembre 2003, pág. 796.
- [5] GAITÁN ROZO, Andrés, y CASTRO VELASCO, José Danilo, Sociedades de Familia en Colombia, Superintendencia de Sociedades, Bogotá D.C., 2001.
- [6] Ob. Cit, pág. 43.
- [7] URBINA GALIANO, Liza; GONZÁLEZ, Lilian; PERALTA, Clarena; la empresa de familia ante el derecho de sociedades, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de ciencias Jurídicas, especialización en el derecho de sociedades , Bogotá D.C., 2001.
- [8] GALLO, Miguel Ángel; SVEEN, Jannicke, en la Family Business Review, artículo Internationalizing the Family Business: Facilitating and Restraining Factors. 1991. Pág. 185
- [9] URBINA, Galiano Liza; Algunos aspectos jurídicos del protocolo de familia a la luz de la legislación Colombiana. Universitas, número 106, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, diciembre 2003, pág. 799.
- [10] MONROY CABRA, Marco Gerardo; Introducción al Derecho, cuarta edición, Editorial Temis, Bogotá 1977, pág. 357 y siguientes.
- [11] Código Civil Colombiano, artículos 1495 a 1500.
- [12] Según una investigación realizada en la universidad javeriana, la mora judicial se debe a que alrededor del 52% de los procesos que ingresan a los despachos judiciales son acciones de tutela. <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/comunicacion/tesis202.pdf>
- [13] PÉREZ VIVEZ, Álvaro. Teoría General de las Obligaciones; Volumen III, parte segunda cuarta edición, Ediciones Doctrina y Ley Ltda. pág. 154.
- [14] Ob. Cit. pág. 158.
- [15] Ob. Cit. pág. 229.
- [16] BEJARANO GUZMÁN, Ramiro; Procesos Declarativos, Ejecutivos y Arbitrales, Quinta edición, Temis. pág. 515.