



Un sano principio: la conservación de la empresa familiar frente al riesgo de desguace por *sucesión hereditaria*. El nuevo artículo 2377 y el sistema de partición hereditaria.

Por: Pablo A Van Thienen

I. Introducción.

Sin duda un principio basilar de conservación del aparato productivo de un país: el mantenimiento de las empresas familiares y su perduración en el tiempo, más allá de las vicisitudes de sus miembros.

No hay duda que el fallecimiento del socio pone en jaque la continuidad de las empresas familiares, y la culpa no es de los herederos, sino del sistema jurídico argentino que toma de la fuente romana

francesa la institución de la hijuela y el derecho “inalienable” del sucesor a heredar los bienes dejados por el causante; en este caso el fundador de una empresa.

Este régimen jurídico ideado para amparar a los herederos y distribuir la fortuna entre los “familiares” funciona razonablemente bien cuando los bienes a repartir son activos no productivos; en cambio cuando los bienes a repartir lo integran activos generadores de flujos de caja que exigen gestión profesional, planificación estratégica,

conocimiento y arte en la materia, la cosa comienza a complicarse y el sistema hace ruido. Es aquí donde el régimen sucesorio tradicional ideado por Vélez hace 150 años hizo añicos la matriz empresaria nacional; en particular las empresas pymes familiares.

Heredar acciones, cuotas o partes sociales de una empresa productiva con empleados, sindicatos, proveedores, clientes, desarrollo de canales, marca, sistemas, contratos, bancos, seguros, etc; no puede asimilarse a heredar un departamento, un casa de fin de semana, un auto o un Yacht; sin embargo el régimen de transmisión sucesoria es el mismo.

Nuestro legislador olvidó el siguiente principio: *“One size does not fit all”*. O sea, la misma solución no se puede aplicar a todos por igual. El viejo código no logró superar este escollo y el régimen sucesorio fue, sin duda, una de las principales causas de la liquidación y quiebra de empresas familiares.

Que nos trae de novedoso el nuevo código?

II. El nuevo sistema.

El nuevo código incorpora nuevas institutos –que el mercado irá puliendo con el correr la práctica – tales como la “indivisión-administración” de los artículos 2330 y siguientes, y la “atribución preferente” regulada en los artículos 2380 y siguientes del nuevo código.

Cómo compatibilizar estos nuevos institutos con el principio de “conservación de la empresa” consagrado en el nuevo artículo 2377 que dice así: *“Para la formación de los lotes no se tiene en cuenta la naturaleza ni el destino de los bienes,*

excepto que sean aplicables las normas referentes a la atribución preferencial. Debe evitarse el parcelamiento de los inmuebles y la división de las empresas”.

1. La atribución preferencial.

Este sistema parte de tres supuestos: (i) la atribución preferencial consensuada, (ii) la atribución preferencial estatutaria y (iii) la atribución preferencial judicial o no consensuada. Analicemos cada una de estas variantes para, desde aquí, evaluar si es real y efectivo el principio de conservación de la empresa, tal como lo proclama el nuevo código.

Veamos:

(i) *Atribución preferencia consensuada.*

Esta atribución preferencia es la que debería emerger del acuerdo familiar donde todos los miembros de la familia llegan a un consenso sobre la atribución de la empresa familiar a favor de determinados herederos y la forma de compensar sus créditos y débitos recíprocos; y la forma de pagar el precio si, de la partición, resulta una diferencia a favor de los coherederos que venden sus derechos sobre la empresa.

Podríamos decir que este sistema es el “ideal” pues parte del consenso, parte de un esquema de partición de la herencia planificado con anticipación y, por sobre todo, con el consenso y el acuerdo de todos los herederos.

Ahora bien, más allá de que el nuevo código lo haya incorporado como nuevo instituto, la verdad es que este esquema consensual de partición de la herencia también era posible bajo el código anterior. El principio de que con el consenso del

100% de los herederos podemos partir el pan como nos plazca, estaba vigente antes de ahora. O sea, en este capítulo el nuevo código no innova demasiado.

(ii) Atribución estatutaria.

Esta forma de atribución puede contar con el consenso formal de los herederos, sólo si son socios. Recordemos que la atribución estatutaria se incorpora a los estatutos de la sociedad.

El problema aquí es si los herederos no son socios al momento de incorporarse la cláusula a los estatutos; y donde el fundador decide entregar la empresa a ciertos herederos y no a todos. Si este fuera el escenario, observo un contexto de fuerte conflictividad familiar dentro del expediente sucesorio.

Será oponible a los herederos excluidos la cláusula de atribución preferencial incorporada unilateralmente por el Fundador en los estatutos?

La respuesta afirmativa se impone, pero no nos blindamos del conflicto familiar-societario.

No perdamos de vista que la atribución preferencial incorporada como cláusula a los estatutos puede ser, incluso, un acto quasi unilateral del fundador quien, siendo titular del control decide a puertas cerradas y en asamblea extraordinaria de socios disponer el 100% de las acciones a favor del heredero preferido mediante el instituto de la "atribución preferencial".

Qué dirán los demás coherederos? Aceptarán pacíficamente esta cláusula unilateral? Aceptarán los coherederos que algunos miembros de la familiar se queden con las joyas de la abuela?

Para la atribución preferencial estatutaria es irrelevante que los coherederos sean socios de la sociedad pues dicha preferencia se aplica por pacto estatutario donde los coherederos excluidos tienen dos opciones: (i) la disputan en tribunales o (ii) la aceptan y reciben el precio de las acciones que les hubiera correspondido de no existir la cláusula de atribución preferencial.

Si los coherederos optan por judicializar la cláusula de preferencia deberán acreditar en el expediente sus habilidades y cualidades personales y profesionales para gestionar la empresa familiar en mejores condiciones que el Sucesor y así rebatir la preferencia removiendo al Sucesor. O sea, entramos en una disputa

larga, confusa y de alto riesgo judicial: que el juez termine convencido que el Sucesor no debe ser tal.

Recordemos que la designación del Sucesor termina quedando en manos del juez quien deberá decidir "teniendo en cuenta la aptitud de los postulantes para continuar la explotación y la importancia de su participación personal en la actividad".

El Sucesor, si no cuenta con aptitudes profesionales, según el leal saber y entender del juez, podría no ser ungido Sucesor y por lo tanto removido de ese estatus.

Nuestro legislador olvidó el siguiente principio: "One size does not fit all". O sea, la misma solución no se puede aplicar a todos por igual. El viejo código no logró superar este escollo y el régimen sucesorio fue, sin duda, una de las principales causas de la liquidación y quiebra de empresas familiares

Para no correr este riesgo judicial, será vital que la cláusula estatutaria de atribución preferencial destaque en forma clara y fundada las habilidades personales y profesionales del Sucesor.

(iii) Atribución judicial.

Si no hay atribución preferencial (consensuada) o (estatutaria) los herederos tienen derecho a solicitar al juez se les reconozca el derecho a la “atribución preferencial” debiendo el o los herederos a ese efecto, probar las razones por las cuales se le debe reconocer ese derecho y darle el 100% de la empresa. Uno de los elementos a aportar como prueba en el expediente sucesorio será, las capacidades y habilidades personales y profesionales del candidato para ser ungido como el “preferido”. Cómo decidirá el juez la coronación del preferido es todo un misterio y no lo observo como un trámite simple y sencillo.

sin lugar a dudas, la cláusula estatutaria de atribución preferencial. O sea, el coheredero elegido (digamos el “Sucesor”) viene con el “Caballo del Comisario”. O sea los demás coherederos excluidos deberán competir por la preferencia contra el Sucesor.

Un dato no menor respecto de la cláusula de atribución preferencial es el pacto de plazo y forma de pago del precio de las acciones, cuotas o partes sociales.

2. La indivisión-administración.

Esta figura compite con la atribución preferencial, pues le reconoce a favor de ciertos coherederos “calificados” la posibilidad de constituirse en administrador de las cuotas, acciones o partes sociales durante un plazo determinado (10 años) renovable hasta el fallecimiento, sea el cónyuge el administrador o uno cualquiera de los hijos.

El problema de esta figura es que encierra el riesgo de cuestionamiento por parte de los coherederos quienes -a pesar de que la administración-indivisión fue impuesta por testamento- podrían solicitar al juez la división de las acciones, cuotas o partes sociales bajo el argumento de que “circunstancias graves” o “de manifiesta utilidad” así lo aconsejan. En ese caso, los coherederos ingresan a la sociedad como socios quedando el heredero administrador expuesto al riesgo de conflicto societario al adquirir los coherederos la calidad de socios o accionistas y por lo tanto, pudiendo

ejercer todos sus derechos políticos y para-políticos necesarios para entorpecer y/o bloquear la gestión, buscando así una salida extorsiva y el pago de una mayor prima por sus participaciones societarias.

3. Conclusión.

Está claro que de las figuras analizadas, la atribución preferencial, es mucho más eficiente que la figura de la indivisión-administración. Mientras la primera permite asignar al sucesor el 100% de las acciones de la empresa familiar, a cambio de un precio a favor de los coherederos excluidos, la indivisión-administración no es un

Más allá de las bondades que el nuevo régimen pueda traer, la verdad es que está muy lejos de ser un sistema moderno que le permita al empresario poder planificar la sucesión de la empresa sin que los herederos tengan la obligación de transitar el trámite del expediente sucesorio incentivando luchas de poder encarnizadas.

sistema eficaz pues conlleva el riesgo familiar; o sea, el riesgo de que algún coheredero intente disputar en tribunales la administración de la empresa y por ende dejar sin efecto la indivisión.

A mi modo de ver las cosas, la atribución preferencial es un mecanismo que está más alineado con el principio de no división de la empresa familiar y es mucho más eficiente que la indivisión-administración; aun cuando sobre el primero mantengo reservas.

Desafortunadamente nuestro sistema sucesorio no allana el camino y casi siempre ha sido fuente inagotable de interminables disputas familiares. En definitiva, la única solución posible para la conservación de la empresa, más allá de las normas que el legislador quiera imponer, es la planificación anticipada, consensuada y en armonía familiar. Fuera de este contexto, las sucesiones de empresas suelen estar alcanzadas por el conflicto, la extorsión, los celos y las envidias quedando la empresa tironeada por intereses personales, y por lo tanto expuesta al riesgo de desguace. El régimen hereditario argentino se ha mostrado impotente para evitar el conflicto familiar, y por ende incapaz de evitar la división y liquidación de las empresas.

Más allá de las bondades que el nuevo régimen pueda traer, la verdad es que está muy lejos de ser un sistema moderno que le permita al empresario poder planificar la sucesión de la empresa sin que los herederos tengan la obligación de transitar el trámite del expediente sucesorio incentivando luchas de poder encarnizadas.

Existe una salida posible que permite planificar la transmisión de la empresa a las siguientes generaciones sin tener que atravesar el conflicto, la

única salida es la planificación consensuada con todos los herederos y sucesores.

