



Empresa familiar: Pago al “contado” y nuevo régimen de partición hereditaria. El seguro de vida como salida eficiente.

Por Pablo A. Van Thienen

I. Introducción.

El artículo 2380 del nuevo Código Civil y Comercial refundido expresamente impone a quien solicita la “atribución preferencial” de la empresa familiar, pagar a los coherederos el saldo de precio. Ahora bien, esa obligación de pago no es cosa menor pues el propio código, en un exceso de rigorismo, impone y obliga que sea “*al contado*”.

Es verdad que el propio codificador dejó una puerta abierta: “*salvo pacto en contrario*”. Pero lo cierto es que la llave para que esta puerta se abra no la tiene el heredero preferido, sino el coheredero excluido. Será éste quien deberá prestar su consentimiento para que el precio de su legítima hereditaria sea pagado en cuotas y a plazo. Sin ese consentimiento,

el pago de la legítima debe ser “*contado rabioso*”.

Aún cuando podamos especular que el término “contado” significa cualquier medio de pago que no sea diferido en el tiempo, léase pago en efectivo, títulos valores, valores negociables con oferta pública y cotización, bienes, activos fijos, etc, etc; lo cierto es que el pago al contado – cuando hablamos de empresas familiares – quiere decir, activos de la empresa familiar.

1. Cómo impacta este modelo de pago “al contado” en la empresa familiar de nuestro entorno.

En este tema nuestro legislador ha mirado al costado, ha mirado una realidad ajena a nuestra matriz

empresaria, ha copiado un modelo que no cuaja con nuestro entorno industrial, comercial o de producción.

Más allá de aquel dicho popular conocido por todos de *“empresario ricos con empresas pobres”*, la verdad es que el hombre de empresa, suele reinvertir las utilidades en su propio negocio, más allá de algunas inversiones que pueda realizar por fuera de la empresa, colocando sus excedentes financieros (vrg., la renta percibida del negocio por encima de sus gastos de manutención). Pero más allá de esta mirada *“financiera”* o de *“eficiencia operativa”*, en el modelo de empresa familiar se suele reinvertir en el negocio una porción significativa de las utilidades por una simple razón: todo el riesgo está concentrado en el negocio familiar y por lo tanto su sustentabilidad depende del éxito, crecimiento y desarrollo del negocio.

Y como todos los seres humanos poseemos, en mayor o menor medida, aversión al riesgo (riesgo al fracaso, riesgo de pérdida), el empresario familiar no escapa de las generales de la ley. La reinversión de las utilidades es una simple decisión humana: la *“aversión al riesgo”* o, para decirlo en un lenguaje más coloquial, *“temor a perder”*.

Esa aversión o temor al fracaso es una de las razones principales por la cual las empresas familiares carecen de management externo profesional. En la mirada del empresario, el externo no agrega valor, suma costos operativos y aumenta el riesgo de equivocación.

Asumir ese riesgo, y por lo tanto, sus costos, es una inversión que el empresario familiar no está dispuesto a hacer. *“Si el barco su hunde, lo hundo yo!”*

Bajo esta matriz de toma de decisión se moldea el 95% del PBI nacional compuesto por miles de empresas pymes familiares del sector comercial, industrial, de servicios y agropecuario. A ese mercado amplio, heterogéneo y dilatado es al que está dirigido el nuevo artículo 2380 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: *el heredero preferido debe pagar al contado el saldo del valor de la empresa.*

Y para colmo pueden darse dos escenarios posible: que el heredero no preferido (al que se pretende excluir) no esté dispuesto a aceptar la oferta de pago financiado o, (ii) que el heredero preferido no cuenta con liquidez o activos suficientes para pagar el valor de la empresa en marcha. En cualquiera de los dos escenarios (posibles) al heredero preferido no le quedará otro camino que *“convivir”* con el heredero no excluido. No hay que estar muy avisado para anticipar que la convivencia entre estos herederos no será la más productiva: *“Quise sacarte de la cancha, no me dejaste o no pude. Quisiste sacarme de la cancha y no te dejé”*. Cómo se sentirá uno y otro en esta convivencia plagada de miradas resentidas y sospechas?

Para diseñar el artículo 2380 nuestro legislador partió de la base conceptual de que nuestro modelo de empresa

familiar es un modelo con inversiones en Miami, Punta del Este y Mónaco (London, New York y París); con inversiones en acciones y bonos del Gobierno de los EEUU, con varias hectáreas de campo y un lindo departamento en Barrio Parque; y alguna sociedad *off-shore* en alguna isla del Caribe o del Pacífico. Pero la realidad es bastante menos glamurosa. Nuestro empresario es un individuo que, luego de reinvertir sus utilidades, vive con lo puesto y, si le queda un resto, invierte en algún fideicomiso al costo pensando en dejarle algo a sus hijos, o asegurarse alguna jubilación o renta inmobiliaria. Es precisamente este modelo de empresario el representante de una clase media pujante y ascendente que caracterizó a nuestra matriz social. Nuestro empresario pyme no es tapa de la revista Caras o Vogue. Ese escenario lleno de luces y aplausos es para sólo un puñado de empresarios. Los primeros son “empresas familiares”, y los segundos suelen caer en la categoría de “familias empresarias”.

Si bien ambos formatos conviven (empresas familiares y familias empresarias), no es menos cierto que la primera representa un universo bastante más importante que la segunda.

O sea, el empresario suele tener su principal inversión en su propia empresa y sólo el saldo excedente (luego de pagado los cotos de vivir), en otras inversiones de capital. No digo que el empresario pyme no tenga propiedades inmobiliarias u otras inversiones en su

haber, pero lo cierto es que el valor de esas propiedades, en mucho casos, no alcanzan a cubrir el valor de mercado de la empresa.

Y esto que digo no es difícil de comprender.

Pensemos en un ejemplo simple y que representa el promedio nacional: Empresario dueño de una empresa valuada en u\$s5.000.000. Es una empresa con una facturación anual \$80.000.000 y un EBITDA anual de \$8.000.000 (10% de la facturación). Familia integrada por el fundador, su esposa y 5 hijos. La empresa es bien propio no ganancial. Uno de los hijos es el heredero que ejerce la preferencia y debe pagar “*al contado*” el precio de la legítima de los 5 herederos restantes, al valor de mercado de la empresa: u\$s5.000.000. Cuántos departamentos tienen que haber comprado el fundador para pagarle a los herederos excluidos el valor de la legítima?

El heredero preferido debe disponer de u\$s4.150.000 para desinteresar a los herederos no preferidos, y ese pago debe ser “*al contado*” y, como dicen en la jerga empresaria, “*contra culata de camión*”.

Para hacer frente a esta obligación nuestro legislador imaginó que nuestro empresario exitoso y rico tiene propiedades en Punta del Este o alguna cuenta en Islas Cayman o Panamá. Pero esa no es la realidad, generalizada, de nuestro entorno. Cómo hace el heredero

para compensar el valor de la empresa contra otros activos del acervo hereditario.

Pensemos en este mismo modelo, pero titular de 200has de tierra a un valor de u\$s5.000 la hectárea. Estamos hablando de un patrimonio de u\$s1.000.000 de un pequeño productor agropecuario que no posee credenciales para ser socio de la Sociedad Rural Argentina; o sea, estamos hablando de un chacarero dueño de una pequeña fracción de tierra, bien ubicada. Cuánto fideicomisos al costo tiene que tener este chacarero para compensar el valor de la legítima de los 5 herederos excluidos?

2. **Cómo se apalanca la salida de un socio en las empresas familiares.**

Es *vox populi* y práctica de mercado que la salida de un socio en las empresas pymes familiares se financia contra el flujo de fondos generado por el propio negocio.

La adquisición de participaciones societarias apalancada o financiada con recursos propios de la familia, es una muy *rara avis*. Los *Buyout Agreements* entre socios, de una empresa familiar, es muy raro entre nosotros.

Casi siempre, la forma de apalancar la adquisición de participaciones societarias en empresas familiares es aplicando recursos de la propia empresa, ya sea liquidando activos de la empresa o, inmovilizándolos mediante gravámenes. O sea, la empresa se endeuda para

financiar la compra de acciones, sea la compra entre los socios o, mediante un mecanismo de rescate de sus propias participaciones societarias. En definitiva, la opción de preferencia prevista en el nuevo código no es más ni menos que una *exclusión forzosa* por edicto judicial donde el juez del sucesorio determina que “Fulano”, “Sultano” o “Mengano” es el heredero preferido.

No olvidemos que en el modelo societario del tipo SRL, la propia ley prevé causales de exclusión mediante el rescate de las cuotas sociales. Nada impide que similar fórmula la apliquemos a las tipo anónimo. Incluso, el modelo SRL prevé el pacto de exclusión de heredero (por omisión del pacto de inclusión) lo que significa que el heredero del socio fallecido queda fuera del contrato social y por lo tanto de la sociedad. Estos son típicos negocios de rescate.

El modelo de preferencia introducido por el nuevo código significa que el heredero preferido puede apropiarse del 100% de la empresa y por lo tanto del 100% de los flujos de caja, pero con la pesada carga de *pagar el precio al contado*. Y esto nos lleva a la siguiente pregunta: quién paga este precio? Y, cómo se paga este precio?

3. **Salida del heredero excluido apalancado con activos de la empresa.**

Este negocio encierra, entre nosotros, una contingencia importante.

La contingencia estaría dada en que si la sociedad entra en un proceso falencial el síndico y el juez del concurso podrían interpretar que esa compra de participaciones societarias (entre socios) apalancada con fondos de la empresa, o con activos de la empresa familiar podría calificar como un *Leverage Buyout* figura etiquetada – por cierta jurisprudencia obtusa- como ilícita.

Siendo esto así, la rama familiar excluida podrá correr el riesgo de quedarse sin el pan y sin la torta en caso de que la empresa familiar se complique financieramente abriendo un concurso de acreedores.

La gravedad de la contingencia jurídica es seria, pues la nulidad del negocio lleva a la operación a su rechazo en el proceso de verificación haciendo caer la garantía sobre el activo societario. El precedente Havana, Sanatorio Humboldt y otros encienden una luz de alerta!

4. Salida del heredero excluido apalancado con activos de la empresa por rescate de acciones o cuotas.

El rescate de participaciones societarias a causa de fallecimiento es moneda de curso legal en la Argentina. Tanto para las SRL como para las SA, el rescate por fallecimiento del socio o accionista es práctica de mercado. La única diferencia entre uno y otro es que en el modelo de SRL está expresamente permitido, mientras que en el modelo SA hay que preverlo estatutariamente. El pacto de

incorporación de heredero es la fórmula utilizada para blindar a la SRL del ingreso de los herederos forzosos.

Tanto en la SA como en la SRL la salida del heredero por fallecimiento se implementa vía rescate de participaciones societarias. En el caso de salida del heredero por ejercicio del derecho de preferencia reconocido hoy en el régimen sucesorio del nuevo código civil y comercial, la mecánica de apalancamiento de salida no debería ser otro. El heredero que ejerce la preferencia “gatilla” el rescate debiendo la sociedad proceder al pago de las participaciones societarias. La obligación de rescatar surge del mandamiento judicial que reconoce la atribución preferencial ordenando el pago al contado.

Este mecanismo legal, contable, patrimonial y financiero se ajusta más a las necesidades del modelo de empresa familiar de nuestro entorno donde las familias empresarias suelen tener una parte significativa de su riqueza personal invertida en el negocio, y no en joyas, arte o cuentas en Suiza. Esta realidad es más de Hollywood que de la realidad del modelo pyme nacional.

5. El pago al contado. Cómo hacemos?

Está claro que si la sociedad es la deudora del precio por rescate de las participaciones societarias de los herederos no preferidos, esa obligación genera un pasivo “corriente” para la

sociedad, debiendo abonarse el precio con recursos propios, o con pasivos. Considerando que el rescate se apalanca con cargo a ganancias líquidas y realizadas, o reservas de libre disponibilidad, está claro que el precio a abonar no puede exceder –en ningún caso- el neto patrimonial pues, de lo contrario, la sociedad ingresaría en un terreno complicado: patrimonio neto negativo y disolución por pérdida del capital.

Esta suerte de “cap” legal o patrimonial impuesto por los artículos 154 y 221 de la ley 19.550 genera un serio inconveniente práctico pues no se le puede pagar al socio (heredero) excluido (no preferido) un valor por su participación societaria superior al valor contable o patrimonial de la empresa. La fórmula legal obliga calzar el valor del rescate con las reservas patrimoniales. Nos enfrentamos a un serio problema práctico, si el pago al contado significa “contado rabioso en efectivo, constante y sonante”.

6. El seguro de vida y una salida posible.

Gracias a la industria del seguro, la humanidad llegó hasta aquí. Si no fuera por esta industria no habría automóviles, transporte de pasajeros o carga, no habría aviones, el hombre no hubiera llegado al espacio, no habría desarrollo científico ni médico. El seguro permite que las personas humanas y jurídicas tomen riesgos sin soportar los costos de su obrar negligente. Esta industria ha

generado la doctrina del “Moral Hazard” pues, mal aplicada puede generar conductas oportunistas por sus tomadores o beneficiarios.

En la industria pyme formada en la mayoría de los casos por personas físicas (l fundador y su familia) el seguro de vida juega un rol vital y trascendente pues permite minimizar los costos financieros de una contingencia inevitable añadida a nuestra condición humana: la muerte.

Pero la muerte de un hombre negocios fundador o continuador de una empresa pyme tiene daños colaterales muy significativo pues implica la incorporación “forzosa y por ley” de los sucesores universales al negocio familiar por vía del instituto de la legítima hereditaria. Y aquí vale la pena hacer una reflexión. El modelo sucesorio de nuestro entorno tiene un efecto atomizador del capital fenomenal. Basta como botón de muestra un solo ejemplo: el fundador dueño del 100% del capital social de una empresa pyme con esposa y 5 hijos a su fallecimiento deja 6 dueños con 5 posibles Ramas Familiares. O sea, bastó una sola generación para que el capital de esa empresa pyme quede atomizada en 5 socios (Ramas Familiares) dueñas del 20% cada una. Si estimamos que cada Ramas Familiares tiene 2 hijos, cada una de estas sub-Ramas Familiares diluirá su participación en 10% cada una. O sea, el capital queda repartido entre 10 Ramas Familiares de 10% cada una. Bastaron sólo dos generaciones para que esta empresa pyme sea inviable!

En el ejemplo que estamos dando ninguna Rama Familiar ejerció el derecho a la atribución preferencial; derecho que, en el caso de las Ramas Familiares a partir de la 1era generación (los hijos del Fundador) se ejercería no sólo sobre el 100% del capital de la empresa familiar, sino sobre el porcentaje del capital propiedad de esa específica Rama Familiar (20%). Esto quiere decir, un heredero dentro de la Rama Familiar que desea quedarse con el control de esa rama. Es esto posible bajo el nuevo código?

El codificador advirtió este efecto atomizador del régimen sucesorio y por esa razón incorpora el instituto de la atribución preferencial, pero con la carga de pagar al socio (excluido) heredero (no preferido) de pagarle el precio “al contado”.

Y aquí es donde el seguro de vida puede jugar un rol estratégico en este nuevo escenario sucesorio a partir del nuevo código civil y comercial. Expliqué en párrafos anteriores que las familias propietarias de empresas no cuentan (habitualmente) con la liquidez o cantidad de activos que permitan comprar la legítima del heredero excluido al valor de mercado de la empresa. He dicho también que el pago al contado torna inviable la opción de preferencia. Siendo esto así, el seguro de vida contratado por la propia sociedad es una alternativa muy eficiente en términos legales y financieros. Por un lado nos permite ejercer la opción de

preferencia; y por otro, permite pagar el precio de la legítima al contado, en efectivo y sin tener que desfinanciar la empresa o, destinar fondos líquidos de la empresa a fines no productivos.

El seguro de vida tiene la ventaja de que producido el evento (fallecimiento del socio) la sociedad procede al rescate de las participaciones societarias debiendo la compañía abonar el seguro, pudiendo acreditarse el pago en la cuenta de la sociedad o en la cuenta del fundador, o de los beneficiarios nombrados por el fundador en el contrato de seguro. En este caso, la aseguradora pagará a los beneficiarios indicados en la póliza pudiendo ser esos beneficiarios los herederos excluidos de la sociedad, por ejercicio de la atribución preferencial y reconocida por un juez. El mandamiento judicial reconociendo la preferencia sería la condición suspensiva a la que estaría sometido el rescate y el pago del precio.

A mi modo de ver las cosas, el problema que encierra la exigencia del pago “al contado” previsto en el nuevo artículo 2380 del código civil y comercial explicado hasta aquí, se soluciona con la contratación de seguros de vida. Esta es una solución eficiente que permite dos cosas: (i) ejercer el derecho de atribución preferencial, y (ii) evitar el ahogo financiero de la empresa familiar. Otra ventaja de esta solución es que la prima pagada por la empresa familiar (tomadora del seguro) es un gasto deducible del impuesto a las ganancias.