



I. Introducción.

El nuevo código civil y comercial innova al incorporar dentro de su normativa el instituto de la “atribución preferencial” de la empresa familiar en caso de fallecimiento del dueño de un establecimiento, o del socio de una SRL, o del accionista de una sociedad anónima.

El instituto de la “atribución preferencia” se encuentra regulado en los artículos 2380 y 2381 del nuevo código.

Junto con la atribución preferencial, el código incorpora otra novedad: la indivisión y administración a favor de herederos. Para el lector interesado en leer nuestra opinión sobre este nuevo instituto ver: **Sucesión y empresa familiar: El heredero-gestor puede oponerse a que la empresa se divida en el sucesorio. Qué es esto?**

La atribución preferencial de la empresa familiar a favor de los herederos: Cómo funciona?

La diferencia entre la “atribución preferencial” y la “indivisión-administración”, es la etapa del proceso sucesorio. En el primero estamos en la etapa de partición hereditaria, mientras que en el segundo estamos en la etapa de indivisión sucesoria.

En la etapa de indivisión –digamos al inicio del proceso – un heredero puede solicitar al juez de la sucesión la indivisión “preferencial” del establecimiento o de las partes sociales, pudiendo la indivisión mantenerse por un plazo determinado (10 años), o hasta el fallecimiento del heredero preferido, quien además se convierte en administrador del establecimiento o de las partes sociales. Los derechos económicos del activo indiviso pertenecen a los coherederos.

En la etapa de partición –digamos en la conclusión del proceso - el heredero puede solicitar al juez del sucesorio la “atribución preferencial” del establecimiento o de las partes sociales. Aquí nos encontramos en la instancia donde uno o varios herederos deciden comprar el 100% de la empresa familiar. En este caso deben pagar a la masa el saldo del valor que surge de restar al valor de las hijuelas, el valor de la empresa.

El artículo 2380 dice lo siguiente: *“El cónyuge supérstite o un heredero pueden pedir la atribución preferencial en la partición, con cargo de pagar el saldo si lo hay ...”*

Esto es, sin duda, tierra fértil para la disputa y conflicto familiar. Y la razón es muy simple: el valor de mercado de las empresas familiares suele ser muy superior al valor del resto de los activos que componen el acervo sucesorio. O sea, es altamente probable que quienes pretendan quedarse con el establecimiento, o el 100% de las acciones terminen debiendo un saldo a la masa.

1. Qué herederos pueden solicitar la partición preferencial?

Sólo aquel que haya participado en su formación. Así lo expresa en forma contundente el artículo 2380: *“El cónyuge supérstite o un heredero pueden pedir la atribución preferencial en la partición (...) del establecimiento (...) en cuya formación participó”*.

O sea, sólo pueden solicitar la partición preferencial el cónyuge supérstite o un hijo, y siempre que éstos hayan participado en la formación de la empresa familiar. La pregunta que sigue es la siguiente: Y si no participaron de la formación? Y si se incorporaron luego de la formación? Qué entendemos por formación? La verdad un dato irrelevante e innecesario, además de confuso.

Acaso el heredero que no participó activamente en la formación de la empresa familiar no tendría legítimo derecho a adquirir el 100% de la empresa, convencido de sus habilidades emprendedoras?

Un dato no menor para destacar: el artículo 2380 –en el párrafo que estamos analizando - hace referencia sólo al “establecimiento”, dejando de lado a las acciones, cuota o partes sociales. O sea que el requisito de haber participado en la formación sólo sería exigible cuando la empresa familiar es un “establecimiento”.

Si el establecimiento deja de ser tal y se convierte en una persona jurídica, parece que el requisito del párrafo anterior no es de aplicación. O sea, cualquier heredero podría solicitar la partición preferencial. No queda claro!

Cuando la partición preferencial es sobre acciones, cuotas o partes sociales el código la admite; siempre y cuando la partición preferencial no afecte normas legales o cláusulas estatutarias sobre continuación de la empresa familiar con el cónyuge o con uno o varios herederos. Qué es esto?

2. Continuación de la empresa familiar con el cónyuge supérstite o los hijos: cláusula estatutaria.

Esta norma es muy llamativa.

Llama la atención que el nuevo código admita, acepte o reconozca –en forma expresa- la validez de cláusulas estatutarias de “bloqueo” a favor de

determinadas personas integrantes del grupo familiar.

El artículo 2380 expresamente ordena que la partición preferencial sobre acciones, cuotas o partes sociales es lícita, siempre que dicha partición “no viole normas estatutarias que reconozcan esa preferencia a favor de otros herederos”. Y esto sí es novedoso pues el nuevo código no lo regula, pero lo reconoce elípticamente. Esto quiere decir que una empresa familiar podría incorporar en sus estatutos societarios vía asamblea extraordinaria la cláusula de “asignación preferencial” a favor de ciertos herederos. Esta cláusula

Sólo pueden solicitar la partición preferencial el cónyuge supérstite o un hijo, y siempre que éstos hayan participado en la formación de la empresa familiar.

prevalece sobre cualquier otro pedido de partición preferencial que se pueda solicitar en el expediente sucesorio. Y esto sí es una novedad!

O sea, el código estaría sugiriendo acordar estos pactos incorporando la preferencia a los estatutos sociales. En vez de partición preferencial, debería leerse como ... *mi heredero preferido!*

El nuevo código estaría facultando al socio fundador (papá, mamá o ambos) a designar quien de los hijos será el propietario del 100% de las acciones de la empresa familiar, o sea quien será el continuador de la empresa. A este efecto bastará incorporar a los estatutos de la sociedad la cláusula de “asignación preferencial” en caso de fallecimiento, convocando a tal efecto a una asamblea extraordinaria de socios. O sea, una

suerte de “atribución preferencial estatutaria! Es esperable que a dicha asamblea concurren padre e hijo preferido, quedando afuera del debate quienes no participan ni están involucrados en la gestión de la empresa familiar, y menos, en el capital.

3. Pago del precio por el heredero preferido.

El artículo 2380 expresamente impone a quien solicita la “atribución preferencial” pagar a los coherederos el saldo de precio “al contado”. Esto sí es poco probable que ocurra, y no tiene nada que ver el tamaño de la empresa familiar. Sea ésta pequeña, grande o muy grande, exigir el precio “al contado” puede poner en serio peligro la adquisición de la empresa familiar por el heredero preferido.

Valuada la empresa como negocio en marcha y de acuerdo con los métodos de valuación generalmente aceptados por el mercado financiero y, reconocido por los tribunales mercantiles de nuestro país (vrg., método de flujo de fondos descontados a valor presente), resulta que el valor de la empresa puede representar varios múltiplos de EBITDA (vrg., Beneficios operativos, antes de intereses, amortizaciones e impuestos). Exigir al heredero preferido pagar el precio “al contado” puede tornarse imposible poniendo en riesgo todo el sistema ideado por el código; que no es

otra cosa que incentivar la continuidad y el espíritu de trascendencia de la empresa familiar, más allá de su fundador, más allá de la segunda generación y logrando superar la tercera.

4. Pacto en contrario.

El pago “al contado y rabioso” es imperativo, por imperativo legal. O sea, si no se pacta lo contrario se aplica este principio; por lo tanto al heredero preferido le urge contar con dicho acuerdo. Ahora bien, vale la pena preguntarnos: cuál será el precio de ese consenso? A qué precio los coherederos están dispuestos a dar su consentimiento para permitir la expropiación? Cuál será la prima que deberá pagar el heredero preferido? Seguramente esa prima se trasladará a precio de la acción.

El nuevo código estaría facultando al socio fundador (papá, mamá o ambos) a designar quien de los hijos será el propietario del 100% de las acciones de la empresa familiar, o sea quien será el continuador de la empresa.

Y si no nos ponemos de acuerdo, la empresa familiar se desguaza y se reparte entre todos los coherederos. Imagino esta situación en el sector agropecuario donde el valor de la tierra excede por 10.000 veces el valor del negocio agropecuario.

Cuál serán los incentivos de los herederos para vender la empresa familiar al heredero preferido? Es muy probable que los incentivos económicos de cada uno de los herederos, estén dirigidos al desguace de la empresa.

Es importante destacar aquí que el nuevo código sienta el principio de conservación de la empresa familiar a partir del artículo 2377 que establece lo siguiente: “*debe evitarse el parcelamiento de los inmuebles y la división de las empresas*” y, hace expresa alusión al régimen de “*atribución preferencia*”. O sea, éste régimen tiene por objetivo principal: evitar el desguace de empresas familiares, el tema es cómo funciona este sistema si los herederos llegan a la sucesión sin un acuerdo familiar previo.

5. Cláusula estatutaria de atribución preferente de acciones, cuotas o partes sociales: Y el plazo de pago del precio?

Tal como hemos visto en párrafos anteriores, el nuevo código admitiría el pacto de atribución preferente vía reforma de estatutos. Al mismo tiempo exige el pago al contado ... *salvo pacto en contrario*. Me pregunto: podríamos incorporar en la cláusula de atribución preferente estatutaria, la forma y el plazo de pago del precio de las acciones?

Formulo esta pregunta pues es muy probable que la incorporación a los estatutos sociales de la cláusula de atribución preferente se lleve a cabo a puertas cerradas entre papá, mamá y el heredero preferido. En este caso, los coherederos que no participan de la gestión y nos son accionistas no prestan su consentimiento a la forma de pago.

O sea, mientras el pacto de preferencia puede ser incorporado a los estatutos a espaldas de los coherederos, la cláusula de pago de precio y la forma de pago, exigiría la unanimidad de todos los coherederos.

6. El juez elije al más idóneo cuando la partición preferente es solicitada por varios coherederos. Qué es esto?

El artículo 2382 regula un aspecto complejo de esta relación de preferencia. Regula la situación donde varios coherederos solicitan la preferencia pero no están dispuestos a gestionar juntos. Aquí el código le impone al juez la compleja misión de elegir al preferido, al capaz, al más idóneo, al más apto. Qué es esto?

Sí, será el juez quien – dentro de sus limitadísimas capacidades técnicas – deberá decidir quién es el heredero elegido. El juez será el responsable de ungir al sucesor continuador de la empresa familiar.

Y qué ocurrirá si el heredero o los herederos que solicitan la preferencia no tienen antecedentes?

**Me pregunto:
podríamos
incorporar en la
cláusula de
atribución preferente
estatutaria, la forma y
el plazo de pago del
precio de las
acciones?**

No he revisado el derecho comparado pero me animo a anticipar que este es un verdadero invento criollo. La norma expresamente dice: *“el juez debe decidir teniendo en cuenta la aptitud de los postulantes para continuar la explotación y la importancia de su participación personal en la actividad”*

No hay duda que esta tarea de selección será fácil cuando el juez se enfrente entre coherederos que participan de la gestión de la empresa familiar y quienes tienen sus proyectos personales y profesionales fuera de la empresa. Aquí el tema aparece más simple, o un poco menos complejo. Ahora, si los coherederos han participado activamente en la gestión, y ocupándose de diferentes áreas de responsabilidad: comercial, marketing, distribución, ventas, finanzas, administración, planta, RRHH, etc; como hará el juez para determinar quién es el más idóneo.

La verdad, esta norma parece desconocer la matriz de la empresa familiar donde quienes se involucran en la empresa suelen participar de varios roles en forma simultánea absorbiendo múltiples funciones y responsabilidades. Es precisamente la ausencia de management profesional, de estructura gerencial, de organigrama, las razones del fracaso de la empresa familiar. Cómo se las arreglará el juez para determinar quién es el elegido. No lo sabemos.

7. Rol del juez en sucesiones con alto voltaje de conflictividad o

en sucesiones al 50% cada heredero.

El instituto del artículo 2382 puede estar pensado para destrabar sucesiones de alto voltaje. Esta puede ser una herramienta eficaz para que el juez logre –a partir de la solicitud de preferencia presentada por uno o varios herederos “cortar por lo sano”, y de una manera arbitraria asignar la empresa familiar a quien él considere el más apto.

Bastará que dos herederos presenten la solicitud de preferencia y no estén de acuerdo con continuar juntos, para que el juez quede habilitado a nombrar al más idóneo debiendo éste abonar el precio al contado al heredero excluido.

El lector interesado puede leer:

Sucesión e indivisión forzosa en el nuevo código: su impacto en las empresas familiares.

Espero estas reflexiones sean de utilidad.

