La atribución preferencial "*estatutaria*" de acciones (o cuotas) en el nuevo código. Su impacto en las **Empresas Familiares**.

Por: Pablo A. Van Thienen

I. Introducción

El nuevo código incorpora la figura jurídica de la *atribución preferencial* cuando se trata de acciones, cuotas o participaciones sociales. Esta atribución preferencial no es más ni menos que un *derecho de preferencia*, o mejor dicho, el derecho a ser preferido, respecto de otros coherederos.

Las razones, los motivos o las causas por las cuales uno y varios coherederos son ungidos "preferidos", sólo quedan al exclusivo criterio de quien los consagra y los unge.

El código deja en manos de dos personas dicha consagración: (i) el socio fundador, socio principal, papá, mamá, tío, abuelo, etc; o (ii) el juez. A no dudarlo, esta última opción me provoca escozor!

Que un juez de la Nación, (del fuero civil) con las limitadas habilidades profesionales y desconocimiento total y absoluto sobre cómo funcionan las empresas tenga la responsabilidad de nombrar al sucesor preferido eligiendo a aquel que finalmente dirigirá los destinos de la empresa familiar; es **PELIGROSO** y **PREOCUPANTE**, peor aún, **IRRESPONSABLE**.

1. La atribución preferencial de la empresa familiar como cláusula estatutaria. Quién la diseña?

Frente a este escenario de incertidumbre y de alto "riesgo judicial", lo más conveniente para la continuidad de la empresa será que la atribución preferencial sea *fato in casa*. Es de esperar que el factor "riesgo judicial" opere como incentivo a la planificación de la sucesión dentro de la familia, evitando que los herederos transiten el tortuoso y conflictivo camino de la partición judicial de los bienes, quedando a merced de los juzgados civiles y donde el sistema judicial y sucesorio argentino suele transformarse en el campo de batalla donde se dirimen pujas de poder, egoísmos e intereses personales; y donde la empresa familiar queda rehén de estos conflictos.

Pero lo más grave es que el empresario ignora el sistema, y por lo tanto, al no conocerlo, no conoce los riesgos!

El régimen de preferencia del nuevo código incorpora a nuestro sistema sucesorio la siguiente novedad: crea una suerte de "*testamento-societario*" donde el socio (llamémoslo "Fundador") decide ungir al sucesor preferido para dirigir la empresa familiar y ser el dueño del 100% del capital o, en su caso, el dueño del control.

Bajo este nuevo modelo el nombramiento del heredero preferido se hace a nivel de la sociedad; esto quiere decir, utilizando la empresa como el instrumento jurídico necesario para implementar la preferencia; con lo que ello implica y significa teniendo en cuenta la complejidad de la sociedad como contrato y su especial marco legal.

Digo "testamento-societario" pues trato de simplificar el instituto, adecuándolo a la realidad actual de la empresa familiar de nuestro entorno.

No son pocos los casos donde los hijos (aún trabajando en la empresa familiar) no adquieren la calidad de socios hasta la muerte del Fundador. No son pocos los casos de empresas familiares donde el Fundador está abierto, permeable y dispuesto a compartir el management, pero no está dispuesto a ceder el capital. El capital no se toca!

El emprendedor, el empresario, el Fundador sabe y conoce que conservando el capital en sus manos, retiene poder. Y esto lo sabe, lo conoce, lo percibe y lo siente. El fundador sabe que cediendo el capital a sus herederos corre el riesgo de perder capacidad de acción.

El temor a esa pérdida de poder lleva a que los Fundadores se atrincheren detrás del capital y de las acciones. De esto no se habla …!

Ahora bien, aún en los casos donde el capital es transferido a los herederos forzosos, son muy pocos los ejemplos donde esa transferencia implica pérdida de control. Cuando los Fundadores ceden participaciones lo hacen en cantidades simbólicas o bajo la clásica fórmula de "*Donación con Reserva de Usufructo*".

La transferencia de poder a los herederos, en la mayoría de los casos, sólo opera en dos situaciones bien concretas: (i) cuando el Fundador así lo decida, o (ii) a su fallecimiento. Su estilo de liderazgo se mantendrá hasta los últimos días.

La transferencia de acciones en vida del Fundador es percibido por la familia como un simple acto formal y simbólico que responde más a una elemental planificación impositiva y sucesores, que a una real y verdadera sucesión del poder.

Es práctica habitual de nuestro entorno empresario familiar que la asambleas de socios no sean una real y verdadera asamblea – tal como la imaginó el legislador – sino un trámite formal, burocrático y administrativo en el que la familia sólo estampa su firma, sin la más remota idea de qué está firmando. Es más, este tipo de procesos administrativos son generalmente ignorados por los miembros de la familia. Los libros societarios están en poder de los abogados o contadores y esos libros pasan de mano en mano cuando hay que firmarlos (habitualmente una vez al año para aprobar los balances). O sea, lo libros se firman no como resultado de un proceso de consenso y debate, sino porque lo pide la AFIP, o lo exigen los bancos para renovar el descubierto.

Es más, muchos hijos no involucrados en la gestión ocupan puestos en el directorio al sólo efecto de "justiciar" retiros de dinero.

Es el Fundador quien dirige e impone su estilo de conducción donde los herederos suelen – por respeto – someterse a ese estilo de liderazgo.

O sea, el control lo retiene siempre el Fundador, aun con transferencia formal del capital.

Bajo esta patología empresaria-familiar es razonable concluir que la cláusula de atribución preferencial quedará a merced del Fundador quien la diseñará y la armará a su medida.

Si bien el Fundador podría abrir el juego y someter la cláusula a discusión y debate entre todos los miembros de la familia (socios o no), dicho debate será bizantino puesto que, al final del día, se terminará imponiendo la voluntad del Fundador quien, como hemos dicho, posee el control en el más amplio sentido de la palabra.

Si consideramos que la cláusula de atribución preferencial es estatutaria, o sea que se aprueba a nivel de la sociedad mediante una reforma de los estatutos sociales, observamos que dicha cláusula la terminará aprobando – siempre – el Fundador; más allá de como estén distribuidas las acciones entre los sucesores y herederos quienes, rara vez, poseen el control de la asamblea. Son escasos los ejemplos donde los sucesores poseen votos suficientes para bloquear decisiones asamblearias. Teniendo el Fundador el control de la asamblea extraordinaria, la cláusula de atribución preferencial saldrá a la medida de aquel.

El régimen de preferencia del nuevo código incorpora a nuestro sistema sucesorio la siguiente novedad: crea una suerte de "testamento-societario" donde el socio (llamémoslo "Fundador") decide ungir al sucesor preferido para dirigir la empresa familiar y ser el dueño del 100% del capital o, en su caso, el dueño del control"

Con esto quiero decir que más allá de que los herederos sean socios (o no) esta condición no cambia la situación de fondo: la cláusula de atribución preferencial se aprueba como la diseña el Fundador. Es por esta razón que hablo de "*testamento-societario*". Al final de cuentas y más allá de cómo esté distribuido el capital de la empresa familiar, la reforma estatutaria incorporando la cláusula, será la que el Fundador decida incorporar; o sea, no dejará de ser un acto impuesto y unilateral, como sucede con los testamentos.

Aun cuando la cláusula sea abiertamente debatida, analizada y discutida con sinceridad, apertura y diálogo por todos los integrantes de la familia; y aun pensando que el Fundador

sólo posee una participación minoritaria con absoluta pérdida de control de los votos, cuesta imaginar a los herederos (ahora controlantes) negarse a aceptar la voluntad del Fundador. Todos sabemos la influencia dominante que ejercen los Fundadores sobre sus herederos, ya sea psicológica, moral, modelo, autoridad, o ejemplo. Ese peso se ejerce, y es lógico que así ocurra. Es común escuchar en reuniones familiares: "*Papá la empresa es tuya …*".

Ahora bien, más allá de estas particularidades propias de cada empresa y cada familia, es importante analizar qué impacto, y cómo funciona la cláusula estatutaria de atribución preferencial en la práctica.

Veamos:

2. La cláusula de atribución preferencial *(condición de emisión de la acción)*.

La nueva cláusula estatutaria se incorpora al contrato societario mediante la formas propias de cada tipo; o sea, mediando el quórum y la mayoría agravada para las asambleas extraordinarias.

Diseñar la cláusula de preferencia será vital y estratégico pues, del modelo de cláusula que adoptemos dependerá la mayor o menor flexibilidad que le otorguemos al mecanismo de atribución preferente.

A mi modo de ver las cosas la forma más eficiente de diseñar este mecanismo de preferencia es incorporando a los estatutos una cláusula abierta que simplemente siente el reconocimiento de ese derecho a favor de los herederos "preferidos", delegando en el órgano de administración la reglamentación del derecho de atribución preferencial e incorporando esa preferencia a los términos y condiciones de emisión de las acciones (si fuera una sociedad anónima).

En el caso de una SRL, no quedaría otra opción que incorporar el derecho de preferencia en forma detallada y completa al contrato de SRL e inscribirlo en el Registro Público de Comercio.

La transferencia de poder a los herederos, en la mayoría de los casos, sólo opera en dos situaciones bien concretas: (i) cuando el Fundador así lo decida, o (ii) a su fallecimiento. Su estilo de liderazgo se mantendrá hasta los últimos días

Teniendo en cuenta que las condiciones de la empresa y de la familia pueden sufrir cambios y variaciones en el tiempo, es recomendable ajustar las condiciones de emisión de las acciones a las nuevas circunstancias sin necesidad de tener que estar reformando los estatutos y generando nuevos costes transaccionales innecesarios. Las condiciones de emisión de las acciones son "ley para las partes" y por lo tanto se aplica en forma imperativa a todos quienes posean acciones de la sociedad, ya sea por transferencia entre vivos o por causa de muerte.

Ergo, considero más eficiente dejar en cabeza del órgano de administración ajustar, adecuar y modificar el derecho de preferencia a las necesidades de la empresa familiar, y la evolución de la familia y sus herederos.

Sin duda, el modelo SA es mucho más amigable y flexible.

3. Oponibilidad de la cláusula de preferencia a los herederos no socios.

La duda que presenta esta cláusula de preferencia es si puede oponerse a quienes no eran socios al momento de incorporase la cláusula en los estatutos. O sea, a quienes no consintieron la preferencia y, ante la apertura del expediente sucesorio se enteran por "sorpresa" que la empresa que ellos tanto anhelaban heredar, en realidad pasa a ciertos herederos preferidos por cláusula de preferencia incorporada por el Fundador de manera unilateral e inconsulta a los estatutos de la sociedad.

Diseñar la cláusula de preferencia será vital y estratégico pues, del modelo de cláusula que adoptemos dependerá la mayor o menor flexibilidad que le otorguemos al mecanismo de atribución preferente

Cómo funciona, dependerá del tipo social. Veamos:

(i) El tipo SRL y el modelo de pacto de incorporación-exclusión.

El pacto de atribución preferente sería la contracara del pacto de exclusión tácito previsto en la ley de sociedades comerciales para el modelo SRL. Recordemos que el artículo 90 de la LGS expresamente ordena lo siguiente: "*En las sociedades colectivas y en comandita simple, es lícito pactar que la sociedad continúe con sus herederos. Dicho pacto obliga a éstos sin necesidad de un nuevo contrato …*". Y para las SRL el artículo 155 nos dice: "*Si el contrato previera la incorporación de los herederos del socio, el pacto será obligatorio para éstos y para los socios …*".

O sea, los herederos se incorporan a la sociedad siempre y cuando dicha incorporación esté expresamente prevista y autorizada en el contrato social; de lo contrario, la propia ley los excluye de la sociedad. El sistema funciona por "default". Si los socios en la SRL no dicen nada, los herederos quedan jugando el partido fuera de la cancha, para que puedan entrar debe haber un permiso expreso en los estatutos. Lo interesante de este modelo es que el pacto de incorporación (incorporado a los estatutos por los socios fundadores) se aplica a los herederos, y les es oponible a todos, le caiga a quien le caiga.

A partir del artículo 2380 del nuevo código interpretado junto con el artículo 150 de la LGS llegamos a la conclusión de que el pacto de incorporación de herederos puede traer anexado, ahora, una cláusula de atribución preferente a favor de ciertos herederos estratégicos o preferidos.

Siendo esto así, el nuevo artículo 2380 estaría aceptando que la cláusula de incorporación de herederos en el modelo SRL tenga nombre y apellido; o sea, tenga un sucesor.

Y esto sí es una buena noticia!

La fórmula del artículo 2380, combinado con el artículo 150 de la LGS, sería algo así como "**pacto de incorporación-exclusión**"

Pueden los herederos excluidos invocar que ese pacto de preferencia les es inoponible y que ellos también tienen derecho a ser reconocidos como socios?

La respuesta la encontramos en el mismo artículo 150 de la LGS. Observemos que esa norma expresamente dice que: "*el pacto será obligatorio para éstos y para los socios …*".

Esto significa que anexado a los estatutos sociales el pacto de incorporación-exclusión, éste se torna obligatorio para todos los herederos. La apertura del sucesorio hace nacer a favor de los herederos excluidos (no preferidos) el pago del precio de las partes sociales. El cobro del precio de las partes sociales sería el único derecho que el heredero no preferido tiene respecto de la empresa familiar. Pero no te entusiasmes …., de acuerdo con el código, el pago de ese precio debe ser "*al contado rabioso*" (art. 2380). Si bien "al contado", no significa "efectivo", al contado quiere decir sin plazo.

(ii) El tipo SA y el modelo de exclusión-incorporación.

La LGS no trae respecto del tipo anónimo la cláusula de incorporación como la SRL, pues aquel fue concebido para la acumulación de grandes capitales, de grandes inversiones, hasta incluso para cotizar en bolsa de valores; sin embargo, la realidad socio-económica de nuestro país y la matriz empresaria de nuestro entorno llevó a moldear el tipo SA acercándolo cada vez más al modelo personalista e *intuito persona*. La realidad económico-social de nuestro país bajo el formato de alta concentración del capital en pocas manos, barrió con el dogma de que la SA es una sociedad *intuito rei.* Este dogma se ha convertido en mito desoído por la práctica empresaria argentina donde la empresa familiar se ha organizado, en su gran mayoría, bajo el modelo anónimo.

*La fórmula del artículo 2380, combinado con el artículo 150 de la LGS, sería algo así como "**pacto de incorporación-exclusión**"*

Bajo este molde no es necesario el pacto de incorporación de herederos pues la entrada del heredero a la sociedad viene añadida al tipo. Los herederos se incorporan a la sociedad por imperio legal. O sea, mientras las acciones de la SA se heredan por impero de ley, las cuotas de la SRL no se heredan, salvo que el fundador pacte lo contrario en los estatutos (ver (i) anterior).

Esto significa que en las SA el modelo no es pacto de incorporación de herederos, sino todo lo opuesto: pacto de "exclusión de herederos". O sea en el caso de la SA la incorporación del heredero funciona por "default"; si el fundador no pacta nada, los herederos y sucesores se convierten en accionistas. Punto y aparte!

Esto significa que, si el fundador deseara transferir a favor del heredero preferido la totalidad de sus acciones esto obliga excluir a los otros coherederos. El pacto de atribución preferente obliga elegir a unos y sacar a otros; o sea, obliga excluir!

El pacto de exclusión cuenta con el aval de nuestros tribunales quienes desde larga data han reconocido la validez de estos pactos en empresas cerradas familiares y donde la exclusión de los herederos a cambio de un precio justo por las acciones del fundador, es una cláusula válida y lícita que no lesiona el orden público sucesorio. Hoy, contamos con el aval del artículo 2380 del nuevo código y con el nuevo instituto de la atribución preferencial; lo cual viene a fortalecer y darle un empujón importante a la idea de la exclusión del heredero en la SA.

Es sano, para la continuidad de la SA familiar que el fundador planifique el sucesorio asignando las acciones de la empresa a quien él considera el más apto para continuarla, el más comprometido con el proyecto, el más

hábil y el que está dispuesto a continuar con la visión de la empresa familiar.

(iii) Cómo se apalanca la atribución preferencial?

Hasta hoy, el fundador podía incorporar a los estatutos sociales la cláusula de exclusión por fallecimiento y por lo tanto naciendo a favor de los herederos el derecho a cobrar el precio de las acciones vía rescate por la sociedad. La exclusión del socio, y por ende el rescate de las acciones podía financiarse con cargo a reservas de libre disponibilidad (rescate con acciones en cartera), o con cargo a capital social (reducción voluntaria del capital), dependiendo del modelo de rescate fijado en los estatutos sociales.

El mecanismo de atribución preferente no cambia en absoluto este esquema de apalancamiento financiero donde la sociedad procede al rescate de las acciones de los herederos no preferidos. La duda que plantea el esquema de rescate es que la sociedad cuente en su patrimonio con suficientes reservas libres para pagar a los herederos excluidos el valor de las participaciones societarias; valor que debería ser "de mercado". Dependiendo de cuán importante sea el porcentaje de acciones a rescatar, será la magnitud de las reservas que se necesiten para llevar a cabo el rescate.

En una sucesión correctamente planificada el fundador podría ceder (en vida) parte de sus acciones al sucesor preferido, de forma tal de dejar una porción menor como rescate por exclusión. De esta forma la sociedad financia el rescate sin exigirle al heredero preferido un desembolso que, probablemente no tenga.