



**La cláusula de “exclusión” de herederos en empresas familiares es más eficaz que el mecanismo de “atribución preferencial” del nuevo código: *One size does not fit all.***

**(Analizando los artículos 155 y 220.2 de la LGS)**

**Por Pablo A. Van Thienen**

### **A. Introducción.**

El nuevo código incorpora la figura de la atribución preferencial en etapa de partición de la sucesión, a favor de los herederos más idóneos; buscando con este mecanismo ofrecer a estos herederos la opción de quedarse con ciertos activos productivos generadores de riqueza.

Sin duda el nuevo régimen de atribución preferencial busca ofrecer a los herederos-gestores la posibilidad de apropiarse del activo producto en una suerte de venta “forzosa” impuesta a los

herederos que no califican para ser beneficiarios de dicha preferencia.

Quien tira los dados y dicta la suerte en este juego es el juez del sucesorio en etapa de partición de la herencia; y siempre a pedido de uno o varios herederos. Si varios son los interesados y los posibles candidatos a la preferencia; siendo sus cualidades personales y profesionales equivalentes, el juez tendrá una ardua tarea de selección. Cara o seca? Y este panorama se agrava cuando varios herederos están involucrados activamente en el negocio.

“Piedra, papel o tijera ...”

Sin duda el sistema de preferencia ideado por nuestro legislador apunta a la adquisición eficiente de activos productivos empresarios; esto es, en definitiva, a la adquisición de participaciones societarias en sociedades anónimas o de responsabilidad limitada.

Lo complejo y preocupante del sistema ideado en el nuevo código, es que obliga al adquirente a pagar **al contado** el precio de las acciones o cuotas.

Al contado?

Si bien el código prevé el pacto en contrario no es menos cierto que ese acuerdo o consentimiento tendrá un precio o prima muy elevado para el heredero preferido. Cuánto le costará al heredero preferente conseguir financiamiento del heredero no preferente para el pago del precio cuando el sistema obliga al pago al contado. O sea, se produce una situación de tensión negocial que puede hacer caer todo el sistema pues la imposibilidad de pago al contado hace trizas el esquema de preferencia ideado por el código y por lo tanto, la salida del heredero no preferido.

Uno tiene la sensación de que la comisión redactora pensó bajo la siguiente lógica: *“Si te vas a quedar con la empresa, entonces que sea al contado”*.

Y la verdad que el pago del precio “al contado” (o financiado) dependerá de

varios factores, entre ellos; (i) valor de la empresa, (ii) grado de liquidez del comprador, (iii) capacidad de endeudamiento, (iii) compra de una participación minoritaria, o (iv) compra del control, entre otros factores objetivos. Sin duda no dará lo mismo comprar una participación minoritaria o una participación de control y, tampoco será igual comprar una porción minoritaria de una empresa importante, a una participación de control de una pequeña compañía. Todos estos factores son olvidados por el nuevo código fijando un criterio absurdo y suicida: el pago al contado!

O sea el legislador se olvidó del principio: *“one size does not fit all”*.

Ante la imposibilidad de pago al contado (y en efectivo), nos preguntamos si la fórmula diseñada por el legislador no termina con la entrega o dación de bienes en pago en favor de los herederos no preferentes. Si esto fuera así, el propio código estaría poniendo los incentivos económicos fomentando la división o desguace de las empresas familiares; contradiciendo el principio de conservación de la empresa proclamado en el mismo código.

---

*“Lo complejo y preocupante del sistema ideado en el nuevo código, es que obliga al adquirente a pagar **al contado** el precio de las acciones o cuotas”*.

---

En este punto advierto, contradicción o, cuanto menos, hipocresía.

Convengamos que, en la mayoría de los casos, los “herederos de empresarios” no llegan a acumular tal nivel de liquidez de forma tal de afrontar un pago al contado de participaciones accionarias. Incluso si el pago lo hiciéramos con cargo a la empresa, observamos que ésta tampoco gozaría de semejante tesorería para llevar adelante semejante adquisición. Y si la empresa tampoco cuenta con capacidad de endeudamiento? Qué hacemos?

Hasta hoy, quienes se dedican a la planificación patrimonial y sucesoria de empresas familiares recurren a mecanismos mucho más simples que la compleja partición por atribución preferencial diseñada el nuevo código. Si sabemos que una porción importante del PBI nacional está en poder de empresas familiares organizadas bajo la figura de la SA o de SRL, basta recurrir a los mecanismos que nos ofrece este sistema legal para que la sucesión del empresario quede perfectamente encapsulada, pudiendo aquel asignar las participaciones societarias a favor de los herederos – gestores (quienes explotan la empresa), dejando fuera de la gestión y del patrimonio a los herederos no gestores.

La solución a este problema no es ninguna novedad entre nosotros. La ley 19.550 prevé tanto para el tipo SRL como para el tipo SA el mecanismo de “exclusión” por fallecimiento del socio.

La SRL a través del artículo 155 y la SA a través del artículo 220.2 de la LGS.

Mediante este mecanismo de exclusión por fallecimiento la LGS blindada a la empresa de la agresión del sistema de la legítima hereditaria. Veamos:

### **1. El artículo 155 y el pacto de incorporación de herederos.**

La SRL nace blindada de la agresión de la legítima. O sea, la propia ley 19.550 le concede a los socios de la SRL la opción de proteger el negocio excluyendo –por omisión- a los herederos de la sociedad. Por principio, los sucesores o herederos del socio de la SRL no ingresan a la empresa. Esta es la fórmula que nos trae el artículo 155. Esto quiere decir que el empresario que desea fundar una empresa dejando bien en claro que los sucesores no ingresan al negocio en caso de fallecimiento, sólo tiene que constituir una SRL. Basta que constituya este tipo social para que el negocio quede “blindado” del ingreso de los herederos.

Para que los sucesores ingresen como socios, el fundador debe preverlo expresamente bajo la llamada “cláusula de incorporación de herederos”. O sea, en el tipo SRL el heredero ingresa a la sociedad por expresa disposición estatutaria. El silencio en este aspecto opera como “blindaje”.

Si herederos deciden ingresar a trabajar a la empresa en vida del padre, sólo podrán acceder al capital por nuevos

aportes, más no por sucesión, transferencia o donación. Por lo tanto, observamos que el artículo 155 puede generar el siguiente fenómeno: heredero gestor no titular de participaciones societarias. El heredero, en este modelo, puede acceder al “trabajo” más no a la “propiedad”. Para aquel la única forma de acceder al capital y por ende participar del negocio familiar es: (i) mediante la compra de participaciones a los otros socios o, (ii) suscribiendo un aumento de capital renunciando los socios a ejercer la preferencia.

En este contexto observamos que la fórmula de “pacto de NO incorporación de herederos”, sumado a un contrato de opción de compra a favor del sucesor-gestor, es la vía alternativa al régimen de partición preferencial previsto en el nuevo código, y que obliga ponerlo en marcha dentro del expediente sucesorio y como mecanismo de partición hereditaria asumiendo el juez del sucesorio un rol peligroso y equivocado: otorgar la preferencia.

El pacto de NO incorporación de herederos tiene la ventaja de ser estatutario, obligatorio para los herederos y oponible al sucesorio. En cambio, el sistema de partición hereditaria obliga transitar el expediente sucesorio generando costos transaccionales innecesarios y, lo más grave, poniendo la gestión y el liderazgo de la empresa a riesgo. Me pregunto lo siguiente: cómo gestionará la empresa familiar el heredero gestor sometido a la

tensión y riesgo de perder la preferencia?

En el régimen de exclusión estatutaria por pacto de no incorporación de herederos, observamos que el fallecimiento del socio devenga a favor de aquellos el derecho a cobrar el valor de las participaciones societarias, más no el derecho a ser socios de la empresa familiar. Punto y aparte.

Mientras el deudor de precio es la sociedad, el acreedor será la sucesión. La sociedad rescata las cuotas pagando a la sucesión el precio. Ese precio se partirá entre los herederos forzosos en instancia de partición de la herencia. Si uno de los coherederos contara con una opción de compra (Opción Call) a los efectos de adquirir cuotas de la sociedad (las cuotas rescatadas en cartera) el heredero beneficiario de la Opción Call ejerce la opción adquiriendo por lo tanto la calidad de socio. El precio puede abonarse en la forma pactada en el contrato de opción o mediante compensación de créditos y débitos recíprocos, líquidos y exigibles dentro del expediente sucesorio.

O sea, la partición preferencial puede fácilmente eludirse acudiendo a mecanismos más inteligentes, consensuados y transparente donde el heredero que trabaja en la empresa siempre tiene la opción de ingresar a la sociedad ejerciendo el Call; y no por mandato legal. Si no ejerce dicha opción, cobrará el precio en la partición sucesoria. Incluso la Opción Call podría

tener un plazo de vigencia de 1 ó 2 años luego de fallecido el causante, vencido el cual cae automáticamente la opción.

En definitiva el sistema de atribución preferencial se lo planifica a nivel de sociedad mediante cláusulas estatutarias expresas que dispongan estos mecanismos de cobertura donde la sociedad quede blindada de la agresión de los herederos especuladores.

En síntesis, el artículo 155 blinda a la SRL del virus de la legítima pudiendo la sociedad y sus socios establecer pactos que permitan asegurar que ingresen a la empresa (como socios) aquellos herederos que están involucrados en la gestión o, en su caso, herederos que tengas las calidades humanas y profesionales necesarias y adecuadas para ser socios y gestores de la empresa.

En el modelo SRL basta no decir nada en los estatutos para que opere automáticamente la exclusión de los herederos.

Qué ocurre en la SA?

## **2. El pacto de exclusión de herederos del artículo 220.2**

A diferencia de lo que ocurre con el artículo 155, en el caso de una SA, la ley exige pacto expreso de exclusión. O sea,

sin el pacto expreso de exclusión la SA nace sin anticuerpos y con la amenaza cierta del virus de la legítima. Son los propios socios quienes deben pactar la cláusula de exclusión, puesto que omitida ésta los herederos ingresan de manera forzosa a la sociedad, por la puerta grande y sin que nadie los haya invitado!

## **3. La partición preferencial en el nuevo código.**

El régimen de partición preferencial busca dar a los herederos la posibilidad de quedarse con la empresa familiar en una suerte de *Beauty Contest* judicial; sin embargo, el heredero preferido debe pagar el precio al contado.

En cambio, el sistema de exclusión de herederos por fallecimiento, permite a la sociedad sacarse de encima a los sucesores forzosos sin correr con los riesgos del heredero oportunista que ingresa a la sociedad como socio buscando sólo la renta de los activos productivos.

La fórmula de exclusión es muy sana y ventajosa pues permite al heredero ingresar a la sociedad, siempre que la sociedad opte por incorporarlo.

## **4. Rescate de participación societaria por fallecimiento.**

Si las participaciones societarias del socio fallecido son adquiridas con cargo a ganancias y reservas patrimoniales de libre disponibilidad, conservando la sociedad dichas participaciones en cartera, la sociedad podría enajenar dichas participaciones otorgando derecho de preferente compra a determinados “herederos preferidos”, pudiendo éstos ejercer la opción en un plazo determinado; vencido el cual se cae la preferencia. Caído este derecho, la sociedad puede ofrecer las participaciones en cartera a los restantes accionistas, o proceder a la reducción de capital.

Incluso se puede conceder la opción de compra sujeto al cumplimiento -a la fecha del ejercicio de la opción- de ciertas cualidades profesionales y personales del heredero; pudiendo ser las siguientes: (i) que el heredero sea mayor de edad, (ii) haya trabajado en la empresa cierta cantidad de años, (iii) y el ejercicio de la opción sea “ad-referendum” de la asamblea de accionistas.

O sea, la atribución preferencial cualquiera sea el formato (consensuado o judicial) no es la salida adecuada para resolver el real problema de fondo de las empresas familiares: la legítima.

El pacto de no incorporación de herederos (en el modelo de SRL) o el

pacto de exclusión de heredero por fallecimiento del accionista (en el modelo SA) son las dos caras de un mismo cuño.

En nuestra opinión este sistema de exclusión es justo y equitativo si buscamos blindar la empresa familiar de la amenaza de los herederos especuladores, rentistas y oportunistas; como así también, de los herederos forzosos no estratégicos.

Un sistema que permite a la sociedad rescatar sus participaciones societarias

pagando por ello a los herederos un justo precio de mercado (*Fair Market Value*) es la salida más eficiente para resolver la crisis de la empresa familiar, la división de activos productivos y por

lo tanto lograr el espíritu de trascendencia de dichas empresas deben tener para lograr vencer el mal de la 3ra generación.

---

*“... el sistema de exclusión de herederos por fallecimiento, permite a la sociedad sacarse de encima a los sucesores forzosos sin correr con los riesgos del heredero oportunista que ingresa a la sociedad como socio buscando sólo la renta de los activos productivos”.*

---