

Legítima hereditaria (imperativa) y empresas familiares: un modelo para revisar

Por. Pablo A. Van Thienen¹

1.- Legítima hereditaria y modelo empresario. – 2. El modelo de legítima hereditaria (imperativa). – 3. Hablemos con franqueza. – 4. La legítima en la matriz empresaria. – 5. Legítima hereditaria vs concentración de riesgo. - 6. Legítima hereditaria: atomización de poder y conflicto. – 7. Socios a los palos ... porque así lo ordena la ley. – 8. La legítima hereditaria y modelo del “*Free Rider*”. – 9. Incentivos económicos (perversos) del modelo de legítimas. – 10. ¡Tiremos del mantel! – 11. La continuidad de la empresa. – 12. Hacia un nuevo modelo. – 13. Conclusión

1. Legítima hereditaria y modelo empresario

La transferencia del patrimonio empresario a las generaciones siguientes es un tema complejo que trae añadido un alto índice de fracaso a la hora de planificar la continuidad ordenada y exitosa de la empresa. De acuerdo con estudios empíricos internacionales tres de cada diez transferencias generacionales de empresas familiares llegan a resultado exitoso; esto quiere decir que el 70% de dichas transferencias fracasan en su intento².

Un “*Survey*” publicado por la firma Barclays Wealth llegó a la conclusión de que los dueños de patrimonios familiares tienen muy poca confianza en sus herederos para que los sucedan en la gestión del patrimonio empresario. Incluso este informe alerta que existe entre los dueños una alta percepción de que la transferencia de riqueza (“*Wealth*”) es una de las principales causales de conflicto.³

¹ Presidente. Director Académico y fundador del Instituto IDEF | Empresa & Familia. Member of the Institute for Family Business (UK). Foreign Scholar. College of Law. Florida International University (EEUU). Profesor de derecho societario, contratos, impuestos, gobierno corporativo, planificación patrimonial, finanzas corporativas y estados contables. Autor de libro “*Empresa Familiar. Sucesión & Planificación Patrimonial*” (2017). Ed., Distal. “*Acciones & Participaciones Societarias. Operaciones Complejas*” (2012). “Prima de emisión de acciones” (2019). Editor por CEDEFlaw. Autor del Research “*Corporate Governance and Rent Extraction Through Executive Compensation in Argentina*” (2013) y más de 200 artículos de doctrina. Director académico y fundador del Instituto CEDEFlaw.

² Vid., *Billionaires Insight. Are Billionaires Feeling the Pressure?* UBS/PwC. BILLIONAIRES 2016

³ Vid., “*The Transfer of Trust: Wealth and Succession in a Changing World*”. Barclays Wealth Insight. Volume 14. In cooperation with Leadbury Research. “*Our survey finds that across the world, 34% of the wealthy are either ambivalent or do not trust their children and stepchildren to protect their inheritance. There are trust issues in all the major regions, generally in those in the develop economies trust their children less than in the emerging countries*”.

¿Cuál es el rol del sistema jurídico sucesorio en la transferencia de activos empresarios? ¿Cuál es la función de la legítima hereditaria cuando hablamos de transferir activos productivos? ¿Acaso no llegó la hora de revisar el instituto de la legítima permitiendo a los empresarios planificar la sucesión transfiriendo sus activos en forma libre?

El presente trabajo invita al lector a reflexionar sobre los efectos “negativos” (externalidad negativa) que el instituto de la legítima hereditaria tiene en el modelo imperativo; y cómo este derecho patrimonial ha sido, tal vez, la principal causa de destrucción de valor en nuestro entorno empresario.

A continuación, comparto mis reflexiones:

2. El modelo de legítima hereditaria (imperativa)

No nos debe llamar la atención que en aquellas economías donde el testador posee libertad para planificar la transferencia de su patrimonio, la tasa de mortalidad empresarial y conflictividad familiar suele ser más baja si la comparamos con aquellos sistemas jurídicos donde la libertad para planificar se encuentra constreñida por normas imperativas tuitivas de derechos hereditarios⁴. En este tema, el sistema de legítimas ha jugado un rol clave como factor distorsivo puesto que genera en el beneficiario de aquel derecho una expectativa de propiedad que incentiva conductas contrarias al interés de la empresa. Y este conflicto es la cruz de todo el problema, y la piedra en el zapato del empresario, cuando éste intenta diseñar una transferencia ordenada del patrimonio productivo⁵.

Vale la pena destacar un dato no menor: nuestro sistema sucesorio no discrimina ni distingue entre empresarios y no empresarios; y no sólo eso, sino que somete a ambos modelos “de ahorro y acumulación de riqueza” a un mismo modelo de “legítimas”.

Esto quiere decir que el heredero del empresario posee iguales derechos de propiedad que el heredero del no empresario accediendo al patrimonio mediante el instituto de la legítima. Con esto quiero hacer notar lo siguiente: tanto el empresario como el no empresario poseen las mismas limitaciones para disponer de su fortuna y planificar la transferencia patrimonial puesto que ambos son medidos con la misma regla: la legítima.

Salta a la vista que uno y otro modelo patrimonial difieren entre sí puesto que son muy diferentes los riesgos asumidos y la complejidad de los activos y pasivos a transferir. Incluso, uno podría aventurar que la relación personal y afectiva que los herederos forzosos poseen respecto del patrimonio a heredar son, en uno y otro, también, muy diferentes. Parece entonces que estas diferencias exigen, por supuesto, soluciones diferentes.

⁴ De acuerdo con el informe Berclays mientras en países cuyos sistemas jurídicos están regidos por el sistema codificado francés la transferencia de patrimonio es percibida por las familias encuestadas como causa de conflicto en más de un 50%, observamos que en los países del *Common Law* dicha percepción de conflictividad se reduce a un 30%.

⁵ Sugiero al lector tomarse un tiempo para leer “*El ocaso de la legítima hereditaria. Relato de una vanidad*”. Miguel Ángel BOLAÑOS RODRÍGUEZ. Pontificia Universidad Católica del Perú. Este autor nos propone ampliar la mirada sobre el instituto de la legítima hereditaria haciendo un fino análisis desde la perspectiva de la escuela de *Law & Economics*.

La institución de la legítima bajo el modelo imperativo no solo nos viene dada por la ley; sino, por sucesión cultural. Nuestro país adoptó un modelo sucesorio de fuente romano-germánica donde se impone la institución de la legítima en la transferencia patrimonial mortis causa. En estos modelos el régimen sucesorio prevé la transferencia a los sucesores universales bajo un sistema forzoso que llama a los herederos a suceder sobre todo o una fracción del patrimonio. La diferencia más importante que podemos encontrar dentro de estos modelos imperativos de fuente romano-germánico radica en dos aspectos clave: (1) el porcentaje de libre disponibilidad y (2) hasta dónde se extiende la legítima en la línea de filiación. O sea, un límite objetivo (la porción disponible) y otro subjetivo (el vínculo filial).

En este sistema de transferencia forzosa de la propiedad privada, el Estado se reserva -a través de los jueces- un rol clave arbitrando derechos patrimoniales y pujas de interés entre todos los que están llamados a suceder. O sea, el Estado regula estos derechos patrimoniales y fija las normas de distribución.

No pierdo de vista que el instituto de la legítima fue la natural reacción a un modelo previo, digamos feudal, donde los patrimonios heredados pasaban por completo al hijo mayor o al hijo varón. Si bien este sistema feudal aseguraba la continuidad del patrimonio en manos del linaje familiar, aquel resultó ser injusto pues beneficiaba a uno dejando al resto económicamente desamparados y sin recursos para llevar una vida digna. Como natural reacción a esta situación de injusticia emerge un instituto que fija una nueva regla de justicia distributiva: *“todos los bienes se reparten a todos los herederos por igual”*.

Pero este modelo también provocó reacciones puesto que, si bien mejoró los derechos de los herederos, terminaba limitando la libertad del testador para distribuir sus bienes. Aquel modelo de distribución donde todos los bienes pasaban sólo a los herederos forzosos también se percibió como rígido dando lugar así al nacimiento del “disponible”.

Vemos cómo el modelo de transferencia de la propiedad privada por sucesión avanza de un sistema de concentración “todo para uno” a un sistema distributivo “todo para todos y en partes iguales”; y dentro de este último se abre camino, tímidamente, la porción disponible⁶.

En el sistema del *Common Law* existe un régimen similar, pero con una diferencia cualitativa no menor: funciona por “*default*”. Esto quiere decir que funciona mientras el dueño del patrimonio no disponga lo contrario por testamento (*Will*) o por fideicomiso (*Trust*). O sea, la omisión del

⁶ “... hoy se tiende a una más grande libertad en todos los dominios, sea para lograr el otorgamiento de nuevas libertades, o para rechazar los límites de las existentes, o para suavizar ciertos constreñimientos. El derecho sucesorio no ha podido quedar al margen de esta evolución. Y así apreciamos que desde hace años se reclama desde diversos sectores una más amplia libertad testamentaria. La tendencia contemporánea del derecho negociado, que sostiene el predominio de la autonomía de la voluntad, ha conmocionado la prohibición de pactos sobre herencia futura y el régimen de las legítimas hereditarias, pilares fundamentales del orden público sucesorio clásico. Tales principios han sufrido el embate de una tendencia manifestada primigeniamente en la doctrina europea que brega por la flexibilización de la prohibición de los pactos. Y también se postula la disminución de las cuotas legítimas, el ablandamiento de su régimen protectorio e incluso también la derogación del sistema, para lograr la vigencia plena de la autonomía privada y de la libertad del futuro causante para disponer y organizar su futura sucesión”. Vid., Francisco FERRER “La contractualización del derecho sucesorio”. LL On-line AR/DOC/3168/2019

testamento o fideicomiso obliga a la apertura del juicio sucesorio y la intervención del Estado a través del juez; a esto se lo llama: “*to die intestated*”⁷.

En este sistema “liberal” el carácter imperativo nace a partir de que el empresario omite planificar; o sea, es un modelo legal supletorio de la voluntad del testador. El Estado interviene por omisión del privado siendo el juez quien distribuye los bienes según el sistema de legítimas; pero, por omisión del empresario.

Si bien entre ambos modelos podría haber algún punto de contacto, la verdad es que ambos difieren en su espíritu y naturaleza. Mientras el modelo adoptado por nosotros es imperativo, forzoso e ineludible; el modelo del *Common Law* es contractual-consensual-afectivo. O sea, el primero impone la intervención de un Estado paternalista que distribuye de manera forzosa e imperativa; mientras el segundo es un modelo privado y consensual donde el testador distribuye con absoluta libertad.

Al modelo sucesorio del *Common Law* lo he caracterizado como “afectivo” puesto que, a mi modo de ver las cosas, es mucho más eficiente una distribución libre y consensuada producto del afecto y el acuerdo filial a un modelo distributivo forzoso e imperativo donde el Estado reparte sin importar la calidad de los lazos afectivo-filiales; y sin considerar si el patrimonio a suceder es una empresa en marcha o par de calcetines.

3 Hablemos con franqueza

Son muy contados los casos (diría patológicos) donde el testador busca desheredar a su prole o a su cónyuge y son muy extraños los testamentos donde el propietario mejora con todos sus bienes a uno o alguno de sus herederos. O sea, lo normal y natural en las relaciones de familia es que los bienes pasen a todos los herederos; el problema de fondo es que el instituto de legítimas parte de un error base: limita la libertad de transferencia. Y la verdad es que, si el testador decide mejorar a unos sobre otros debemos partir de la presunción racional de que dicha mejora responde a un acto de amor, de fidelidad, de valoración, de reconocimiento, de equidad; o sea, responde a un acto de buena fe. Me pregunto: ¿Por qué ponerle precio a dicho reconocimiento fijándole un techo (1/3)?⁸

No desconozco los casos de simulación ilícita en el ámbito familiar – societario, pero sí llama la atención un dato relevante: el testador intenta mejorar a un heredero por alguna razón que, a su entender, justifica esa transferencia. Y diré más, nuestro modelo de legítimas incentiva este tipo

⁷ Uno de los principales incentivos que tienen los testadores bajo el régimen del *Common Law* para testar, legar o constituir fideicomisos es, precisamente el impuesto a la herencia (“*Estate Tax*”). Los patrimonios no transferidos por Will o Trust están alcanzados por este tributo, razón por la cual todos están adecuadamente incentivados para planificar la transferencia del patrimonio sin necesidad de morir intestado evitando el juicio sucesorio y los mayores costos transaccionales que ello significa.

⁸ Recordemos que nuestro código exige, para violentar la legítima, el acuerdo particional unánime de todos herederos forzosos debiendo éstos estar presentes y ser capaces. Esta libertad de consenso para acordar la partición no es más que un “espejismo” puesto que la fórmula “unanimidad de todos los presentes” tuerce el fiel de la balanza a favor del heredero disconforme poniendo en jaque el acuerdo particional. Con esta fórmula de consenso nuestro sistema sucesorio tiende a incentivar, de manera clara, conductas oportunistas contrarias a la buena fe contractual.

de conductas torcidas (vrg., simular ventas o constituir sociedades que esconden donaciones) puesto que estando coartada la libertad de disposición y planificación patrimonial, el empresario se ve forzado a echar mano a estos esquemas torcidos, cuando en rigor de verdad, sólo intenta mejorar a un heredero respecto de otro; y sus razones válidas tendrá para tomar esta decisión⁹.

Aquí me detengo y llamo a la siguiente reflexión: ¿qué es más eficiente un modelo que “reparte” y “distribuye” por imperio legal, o un modelo que “distribuye” por imperio del consenso y del afecto?¹⁰

4. La legítima en la matriz empresaria

Desde que se dictó nuestro código civil hasta nuestros días el instituto de la legítima hereditaria no ha sufrido variaciones de importancia. Podríamos afirmar que los cambios introducidos por el nuevo texto refundido del código civil y comercial no superan el test de eficiencia para lograr un sistema sucesorio ajustado a las necesidades de los empresarios.

Se ha querido ver en la ampliación de la porción disponible (ahora es 1/3) un avance hacia la modernidad de nuestro derecho sucesorio; sin embargo, mirado el problema un poco más de cerca observo que la ampliación de la fracción disponible no deja de ser una suerte de “placebo” para nuestro modelo sucesorio puesto que se no presenta como una respuesta acertada cuando, en rigor de verdad, es más de lo mismo.

Sin duda el instituto de la legítima funcionó muy bien si contextualizamos el código de Vélez con el entorno empresario de fines del siglo XIX caracterizado por una industria primaria incipiente focalizada en grandes latifundios y concentrada en pocas familias. Recordemos que el proceso industrial de nuestro país comenzó a gestarse seriamente a mediados del siglo XX, y en ese momento histórico se produjo la gran reforma del código civil con la ley 17.811 /68.

Sin embargo, dicha reforma no logra introducir cambios de peso respecto del instituto de la legítima hereditaria pues ésta venía arrojando resultados razonables en materia de fraccionamiento de tierras y, por lo tanto, no justificaba alterar el *status quo*¹¹. Sin embargo, aquella reforma hubiera sido una excelente ocasión para torcer la historia de lo que vendría pocos años más tarde; esto es, la fuerte atomización del capital empresario desembocando en

⁹ No se me escapa que un sistema de libre distribución podría incentivar el “mercado del afecto” poniéndole precio al cariño de los padres; sin embargo, el sistema de legítimas no es impermeable a estos incentivos. La diferencia entre uno y otro se da en que el primero es más transparente y eficiente, mientras el segundo es menos claro y más ineficiente.

¹⁰ De acuerdo con el informe UBS & PwC el modelo europeo de sucesión supera al modelo norteamericano en cuanto a la conservación del patrimonio familiar y su traspaso a las siguientes generaciones. “*Europe stands out as the home of multigenerational billionaires*”. Vid., UBS/PwC. BILLIONAIRES 2016. Sin embargo, es importante destacar que en los EEUU las empresas familiares dejan de serlo por razones de mercado: (1) apertura del capital cotizando acciones en mercados de valores y (2) un mercado dinámico de adquisiciones empresarias que hacen que las empresas familiares pasen a manos de Private Equity Funds o Venture Capital Funds en una etapa previa al traspaso de la empresa, por sucesión, a la 2da o 3ra generación. En este proceso el modelo de legítimas nada tiene hacer y poco impacto tienen en el traspaso de las empresas a los herederos forzosos.

¹¹ Y en muchos casos concentración de tierras a partir de matrimonios de conveniencia, práctica habitual en la punta de la pirámide social, hasta la Segunda Guerra Mundial.

profundos conflictos hereditarios cuyo resultado fue un importante desguace de empresas familiares¹².

Para poner un poco de perspectiva sobre este tema vale la pena compartir un dato que considero clave: el traspaso generacional de empresas en nuestro país se produjo, de manera muy fuerte, durante el último tercio del siglo XX. En este período las empresas familiares pasaron a la segunda generación en su mayoría y, en contados casos, a la tercera. Empresas fundadas a mediados del siglo XX pasaron a manos de la segunda generación en los años ochenta y noventa¹³.

Sin duda la reforma del código del año 68 no pudo anticipar al problema que la legítima estaba provocando en el seno de empresas familiares puesto que dicho instituto no se percibía como un problema y tampoco se conocían sus efectos letales; y lo cierto es que el embrión se estaba gestando dentro del seno empresario, y nadie tuvo la capacidad de advertirlo.

Al momento de la reforma de la ley 17.711 / 68 nuestra burguesía industrial estaba amaneciendo y no se estaba visualizando el efecto destructor que la legítima hereditaria imperativa tendría sobre las empresas familiares¹⁴.

5. Legítima hereditaria vs concentración de riesgo

El modelo de legítima hereditaria (imperativa), en particular dentro del ámbito de las empresas familiares, genera una primera externalidad negativa: distribuye la propiedad entre todos los herederos forzosos provocando un efecto atomizador del capital y, por ende, del poder.

La segunda externalidad negativa es que, frente al exceso de la legítima nace a favor del heredero legitimario perjudicado el derecho a ser compensado pudiendo éste agredir el patrimonio mediante acciones personales (reducción) o reales (recupero).

En el diseño de la transferencia de bienes mortis causa nuestro legislador imaginó empresarios ricos y líquidos con activos suficientes para compensar a los herederos legitimarios perjudicados. O sea, si hay bienes en exceso (por fuera de la empresa) y logramos compensar al heredero legitimario perjudicado, entonces no hay exceso. ¿Se entiende? Esta fórmula de “compensaciones” puede funcionar de manera óptima sólo respecto de un puñado muy reducido de empresarios, me refiero a los “*Capitanes de la Industria*”. Ahora bien, este sistema de

¹² Es notorio pero, a pesar de que nuestro modelo sucesorio hunde sus raíces en el modelo germano, nuestro país está muy lejos de presentarse como un modelo de acumulación de riqueza con transferencia ordenada de patrimonios que aseguren la continuidad de empresas familiares. Todo lo contrario, nuestro modelo sucesorio incentiva la destrucción de riqueza; precisamente, por la fuerte atomización del capital y la descentralización de poder.

¹³ Considero 2da generación a los hijos del fundador.

¹⁴ Son muy pocas las empresas nacionales que superan los 80 años de vida. Algunos ejemplos sirven: Cervecería y Malterías Quilmes SA fundada por Otto Bemberg se vendió cuando la empresa cumplía 103 años. Lo mismo podríamos afirmar de la empresa Alpargatas SA vendida al grupo Camargo Correa, y otro tanto respecto de Acindar SA fundada por la familia Acevedo vendida a la empresa multinacional Arcelor-Mittal. También podemos citar Mastellone Hnos SA vendida al grupo Danone, Terrabussi SA, Loma Negra SA y tantas otras empresas y marcas emblemáticas.

compensaciones claramente no funciona para el resto de los empresarios pymes; y digo, no funciona, por la simple razón de que en el modelo pyme de “Empresa-Familiar” el riesgo de capital se encuentra fuertemente concentrado en manos de la familia. En este modelo la familia suele reinvertir una parte muy significativa de sus ahorros en la empresa (capitalización de utilidades) por la simple razón de que la empresa es la principal fuente de progreso y desarrollo familiar. Y otro dato que no podemos pasar inadvertido es que en este tipo de empresas la administración y gerenciamiento también se encuentra concentrada en manos de la familia puesto que ésta no confía en terceros la gestión del riesgo empresario. En este modelo de alta concentración de capital y management se da la natural aversión al riesgo que tenemos todos los seres humanos “racionales”. Por lo tanto, a mayor riesgo empresario mayores incentivos a concentrar el poder y la toma de decisiones.

En cambio, los Capitanes de la Industria se caracterizan por tener el riesgo atomizado y distribuido en varios negocios, inversiones y empresas. En este modelo el riesgo se encuentra distribuido y por lo tanto el empresario puede correr el riesgo de delegar en terceros la gestión profesional de los activos empresarios. A este modelo de gestión se lo denomina “Familia-Empresaria”¹⁵.

Vemos así dos modelos de riesgo empresario absolutamente diferentes donde el instituto de la legítima hereditaria no distingue; sin embargo, la penetración de la legítima en el modelo de concentración de riesgo (Empresa Familiar) es letal para su subsistencia puesto que el testador tiene muy limitada la capacidad de compensar el exceso. La familia tiene “*todos los huevos puestos en una misma canasta*” y, para colmo, limitada su libertad para planificar la sucesión.

6. Legítima hereditaria: atomización de poder y conflicto

La sola mención de que la legítima hereditaria atomiza el capital y, por lo tanto, la toma de decisiones y descentralización del poder nos está indicando que algo no está funcionando bien en el modelo legitimario. El Estado impone un modelo de atomización de poder que el empresario no sólo no desea; sino que es contrario al riesgo asumido. A esta altura bien vale la pena hacernos la siguiente pregunta: de qué sirve crear una empresa, hacerla crecer y multiplicarla en valor si al final de mis días dicho patrimonio quedará (forzosamente) desguazado por efecto de la legítima (imperativa).

Tengamos muy presente que el efecto “atomización” se produce de manera inevitable en una suerte de profecía autocumplida puesto que el empresario sólo está autorizado a disponer hasta el tercio del total de su fortuna; y si aquel no cuenta con bienes en exceso suficientes para compensar a los herederos legitimarios perjudicados permitiendo que los herederos (gestores) controlen la empresa, el efecto “atomización” es un hecho inevitable con altísimo costo emocional y familiar.

¹⁵ Estudios empíricos muestran que las Familias Empresarias se capitalizan a tasas más crecientes que las Empresas Familiares debido; precisamente, a la capacidad que tienen las primeras de asumir inversiones de más alto riesgo y; por lo tanto, tomar decisiones de inversión menos conservadoras con mayores tasas de retorno. La capitalización y diversificación permite lograr medios de compensación eficientes a la hora de superar la porción legítima; o sea, hay más activos disponibles para distribuir entre todos los herederos manteniendo el control de la empresa sólo en poder de los herederos mejorados.

Los anales de jurisprudencia, en particular aquellos que tratan conflictos societarios debatiendo peleas encarnizadas entre hermanos, primos, padres, hijos y tíos lo acredita con sobrada elocuencia. Son muchos los casos en el ámbito societario que reflejan este alto nivel de conflictividad donde queda en evidencia que los herederos (gestores) buscan desplazar y excluir a los herederos (rentistas); pero también queda en evidencia que el conflicto societario se presenta como la única estrategia del heredero (rentista) para hacer líquida su herencia. O sea, las dos caras de uno cuño.

Las estrategias de exclusión son moneda corriente en nuestro entorno empresario a través de diferentes vías: 1) aumentos de capital injustificados, 2) emisión de acciones a la par, 3) pago de honorarios excesivos, 4) política de reservas abusivas, entre muchas otras. En el ámbito sucesorio los herederos acuden a las acciones de simulación cuestionando la licitud de sociedades violatorias de la legítima.

En resumen, la estructura societaria no soluciona el problema de la legítima; sino todo lo contrario, lo potencia y agrava. La combinación entre derecho sucesorio y derecho societario se convierte así en un trago amargo difícil de digerir cuando el conflicto estalla entre herederos legitimarios.

Y la culpa de todo es de la legítima ...

7. Socios a los palos ... porque así lo ordena la ley

El conflicto señalado en el apartado anterior nace de una tercera externalidad negativa generada por el modelo de legítima hereditaria (imperativa).

La legítima no encaja en el modelo empresario, pues aquella es contraria y opuesta al espíritu asociativo otorgando *status socii* y derechos de socio a quienes no se eligieron; y esto sí es muy grave pues crea un modelo complejo de “*sociedad forzada y a los palos*”.

Por supuesto, nada bueno puede salir de un contrato forzoso.

Un dato es notorio: quien libremente decide fundar una empresa asociándose o de manera unipersonal corre el riesgo de que aquella empresa se convierta, por efecto del sistema de legítimas, en una sociedad forzada e imperativa donde los socios ya no se eligen; sino que se imponen; y lo más grave, se imponen por ley. ¡El absurdo salta a la vista!¹⁶

Está claro que este modelo de socio forzoso e imperativo contradice un principio cardinal de toda asociación de voluntades destinada a participar en las ganancias y soportar las pérdidas que debe existir en toda asociación de capital; esto es, la *affectio societatis*. En pocas palabras el

¹⁶ Es cierto que el modelo SRL estatuye la cláusula de incorporación de herederos y esto quiere decir que, si el contrato social omite esta cláusula, los herederos del socio fallecido no ingresan a la sociedad como socios quedando a favor de ellos un crédito por el valor de las participaciones societarias. Si bien ésta es una fórmula de “blindaje” a favor de la sociedad (tipo SRL) observemos que respecto de la SA no opera similar protección pudiendo los herederos del accionista fallecido ingresar a la sociedad como nuevos socios. Es discutible respecto de la SAS cuál modelo rige, si el pacto de incorporación del tipo SRL o el régimen amplio del tipo SA.

régimen de legítimas atenta contra el artículo fundacional de la Ley General de Sociedades inspirado en la asunción del riesgo compartido.

Tanto en el modelo unipersonal como en el modelo pluripersonal el modelo de legítimas es letal por donde se lo mire. Quien gestiona los activos empresarios está forzado por “ley” a convivir con nuevos propietarios que no eligió ni seleccionó; sino que le vienen impuestos por lazos de sangre; y peor aún, por portar “apellido”.

No descuido que el actual código incorpora la fórmula de exclusión o preferencia a favor de ciertos herederos preferidos para continuar la empresa; sin embargo, esta fórmula posee su propio Talón de Aquiles: el pago de la compensación debe ser al contado. Siendo esto así, una fórmula impracticable para el modelo de concentración que vengo explicando.¹⁷

Quienes antes del fallecimiento del testador carecían de voz y voto, ahora poseen el derecho a votar y opinar sobre la “razonabilidad” de las decisiones de negocios. La legítima les ha otorgado título de dueño que en el modelo empresario significa: título de socio o accionista.

8. La legítima hereditaria y modelo del “*Free Rider*”

El fallecimiento del fundador abre dos puertas de doble hoja. La primera permite el ingreso de los herederos al patrimonio empresario, y la segunda, el ingreso de los herederos a la gestión de ese patrimonio. La llave para abrir ambas puertas está en la legítima hereditaria (imperativa).

Este modelo luce muy atractivo y provechoso para el heredero; sin embargo, es muy poco eficiente para el empresario y mucho menos eficaz para la empresa y la sociedad en su conjunto. De acuerdo con nuestro sistema sucesorio la herencia funciona bajo la siguiente fórmula: *todos los herederos tienen derecho a recibir el patrimonio del causante y ninguno puede ser privado de ese patrimonio por testamento o donación, salvo la porción disponible.*

Cuando digo que el modelo es muy atractivo para el heredero estoy diciendo que aquel recibe por herencia todo el patrimonio del fundador “*porque así lo manda la ley*”. El Estado tutela a los herederos reconociéndoles el derecho a recibir todo el patrimonio creado, gestado, multiplicado, liderado y administrado por el testador. Ese patrimonio productivo, a su vez, complejo, generador de riqueza, dinámico y que precisa ser gestionado, liderado y gerenciado se reparte entre todos los herederos forzosos en partes iguales “*por mandato de ley*”¹⁸.

Para mí, este modelo legitimario termina incentivando conductas “*rentistas*” poniendo a disposición del heredero (pasivo) un patrimonio productivo que muchas veces desconoce y no ha trabajado ni gestionado. A esta posición de privilegio se la conoce en la doctrina de *Law & Economics* como la posición del “*Free Rider*”, esto quiere decir, aquellos individuos que,

¹⁷ El lector interesado puede consultar mi crítica al modelo de indivisión forzosa y atribución preferencial diseñado por el código civil y comercial refundido. Vid., P. Augusto VAN THIENEN. “Atribución preferencial estatutaria: ¿cómo funciona? White Paper CEDEFlaw: <http://cedeflaw.org/pdfs/20175319635-151.pdf>

¹⁸ Entre nosotros existe una fuerte tendencia cultural que entiende el sistema de reparto “por igual” como “equitativo” sin que el mismo merezca mayores reproches. La encuesta relevada en el trabajo Berclays indica que en América Latina el 70% de los empresarios considera importante llevar adelante una planificación de la sucesión. En esta encuesta se tomó sólo a Brasil y México como las dos mayores economías de la región.

tomando beneficios del sistema, no asume costos ni toma riesgos aprovechando los costos y riesgos asumidos por otros.

Una mirada profunda de este modelo oportunista nos debería llevar a la reflexión de si el sistema de legítimas incentiva el valor del trabajo y el esfuerzo como motor de desarrollo personal y social, o si, por el contrario, incentiva un modelo opuesto de despilfarro y prodigalidad.

El fallecimiento del causante abre una tercera puerta, y quizás la más compleja: la relación de los herederos (gestores) con los herederos (rentistas)¹⁹.

9. Incentivos económicos (perversos) del modelo de legítimas

El modelo imperativo pone los incentivos económicos en el lugar equivocado puesto que reconoce un derecho de propiedad que sólo protege y tutela al heredero legítimo; descuidando por completo el derecho de propiedad del empresario, tomador de riesgo, administrador y gestor; o sea de quien fuera el hacedor del patrimonio y la fortuna sobre la cual el heredero exige ser reconocido como dueño, como si hubiera ganado el Gordo de Navidad.

Y los incentivos del modelo imperativo se explican por las siguientes conductas que paso a mencionar y que, más allá de que podamos criticarlas, son completamente racionales dado que todos somos seres que buscamos maximizar nuestra utilidad invirtiendo el menor costo.

1. *El heredero buscará satisfacer sus necesidades personales priorizando sus propios intereses por sobre el interés de la empresa.*
2. *La legítima otorga al heredero el derecho de propiedad sobre cierta fracción del patrimonio y como tal buscará hacerlo líquido o apropiárselo; muchas veces, a cualquier costo.*
3. *La apropiación de esa fracción de patrimonio no es otra cosa que la materialización de un derecho de propiedad reconocido por la ley.*

¹⁹ Está claro que mientras el heredero (gestor) buscará reinvertir las utilidades, el heredero (rentista) reclamará el dividendo; y nos enfrenta a la política de dividendos. Mientras el heredero (gestor) cobra por su trabajo y por gestionar un patrimonio común, el heredero (rentista) reclamará la renta del capital heredado; y esto nos enfrenta a la política de honorarios de directores. Mientras el heredero (gestor) decide reinvertir las ganancias financiando inversiones y capital de trabajo, el heredero (rentista) reclamará que esas inversiones se financien con deuda exigiendo una política de dividendos más generosa. La legítima hereditaria nos enfrenta a visiones e intereses encontrados puesto que no todos los herederos querrán renunciar a sus dividendos postergando consumos personales para satisfacción y disfrute hoy. Y esto sí es un problema que la legítima no sólo no resuelve; sino que potencia y multiplica. El nuevo código intenta resolver este problema mediante el instituto de la atribución preferencial (estatutaria o judicial) olvidando el legislador que dicho mecanismo de preferencia será un campo minado si los herederos no compartan la cláusula de preferencia. El modelo de atribución preferente enfrenta, inevitablemente, a los herederos al conflicto judicial quedando la empresa rehén de estos intereses en pugna. Colofón: la liquidación de la empresa familiar.

Es indiscutible que desde ese lugar de privilegio poco espacio queda para convencer al heredero de subordinar su posición al interés grupal. El precio para ceder su privilegio debe ser de tal peso y magnitud que pague el costo de oportunidad; de lo contrario por qué resignar o subordinar un derecho patrimonial expresamente reconocido en la ley sucesoria; y para colmo, con carácter de “inviolable” dado que el propietario no puede limitarlo ni por donación ni testamento.

Está claro que los incentivos económicos están puestos en favor del heredero y en perjuicio de la empresa. En este terreno el fiel de la balanza está decididamente inclinado.

10. ¡Tiremos del mantel!

Que quede claro, la fórmula “*tiremos del mantel*” la promueve el propio Estado a partir de la legítima hereditaria (imperativa).

El fenómeno *atomización* no sólo se agudiza cuando el patrimonio pasa a las siguientes generaciones; sino que, además, cada una de las siguientes generaciones va perdiendo vínculo “afectivo” con la empresa. Esta licuación del vínculo afectivo termina siendo un círculo vicioso pues finalmente termina gestando la conducta egoísta de “tirar del mantel”. Siendo esto así, la situación se agrava a medida que el patrimonio se atomiza y pasa a las siguientes generaciones; por lo tanto, el proceso de desguace es casi inevitable.

Es natural dentro del proceso de desarrollo familiar y personal que no todos los herederos terminen alineados con ese interés común puesto que es racional que los herederos busquen desarrollar su propio proyecto profesional por fuera de la empresa familiar. Es normal, natural y racional que algunos de los herederos decidan explorar nuevas experiencias generando su fortuna personal por fuera del proyecto empresario familiar²⁰.

Cuando el interés individual supera al interés del todo no queda otro camino que la partición y división del patrimonio puesto que, sumar mi parte al todo quiere decir limitar mi derecho de propiedad postergando un consumo hoy. Y como las personas tendemos a maximizar nuestros beneficios, “*tirar del mantel*” responde a esa decisión racional de maximización, sin importar cuántos platos, tazas de porcelana o copas de cristal se rompen en esa decisión.

11. La continuidad de la empresa

El nuevo código introduce algunos institutos que buscan morigerar los efectos negativos de la legítima hereditaria imperativa. El legislador ha tomado nota de esta realidad y ha expresado claramente su intención de proteger la unidad y continuidad de la empresa familiar. El código lo dice en forma clara y sin rodeos buscando revertir las externalidades negativas de un instituto jurídico que ha conspirado contra la continuidad de las empresas. Y para ello ha introducido algunos institutos novedosos tendientes a lograr, aparentemente, ese objetivo. Me refiero a la indivisión forzosa, la atribución preferencial y el pacto de herencia futura.

²⁰ “We will see a huge handover of wealth to the next generation, many of whom will be millennials whose primary interest may lie outside the family business”. UBS & PwC. BILLIONAIRES 2016.

Sin embargo, observo con preocupación que ninguno de los institutos mencionados morigera los efectos negativos de la legítima, ni protege la continuidad de la empresa; sino todo lo contrario, son fuente inagotable de conflictos dentro del expediente sucesorio. Y es que la legítima sigue en pie y con mucha más fuerza que antes pues el heredero forzoso legitimario queda en una posición de monopolio a la hora de negociar sus derechos patrimoniales tanto en la indivisión forzosa como en la atribución preferente y en los pactos de herencia. En definitiva, como todos tendemos a maximizar nuestras utilidades dado que somos seres racionales y egoístas, la legítima incentiva invertir tiempo y dinero por la defensa de mis derechos patrimoniales, incentivo económico que será directamente proporcional al tamaño del patrimonio heredado.

En definitiva, resulta incompatible pretender defender el interés de la empresa familiar y su continuidad intergeneracional si al mismo tiempo le reconocemos al heredero legitimario derechos patrimoniales y creditorios con un monopolio de negociación único. Claramente el sistema sucesorio tutela el interés del heredero dejando a la empresa a merced de los intereses de los herederos y sin posibilidad de encontrar una salida negociada pagando una prima muy alta²¹.

Estos institutos no sirven para lograr la declamada continuidad de la empresa familiar pues la legítima termina contaminando cualquier intento por planificar la sucesión; aun cuando dicha planificación signifique ceder el 100% de la empresa a los herederos que la gestionan sin que el resto de los herederos deban ser compensados en igual medida; y esta es la cruz del problema.

12. Hacia un nuevo modelo

Nuestro código ha dado un salto cultural significativo para nuestro entorno social, reconociendo plena libertad en el ámbito patrimonial del matrimonio pudiendo las partes optar por el régimen de gananciales (imperativo).

Es importante notar aquí que el modelo de ganancialidad se impone como método supletorio de la voluntad de las partes; esto es, los bienes serán gananciales; salvo pacto en contrario. Nuestro legislador adopta aquí una mirada “liberal” del derecho patrimonial-matrimonial dejando en manos de los adultos administrar sus derechos económicos.

Ahora bien, este nivel de libertad no lo encontramos en el régimen patrimonial-sucesorio. El Estado adopta aquí una postura paternalista bajo el instituto de la legítima hereditaria; y la razón detrás de este modelo tuitivo no sería otro que la presunta incapacidad de los padres (también adultos) para encontrar modelos de distribución justos y equitativos asegurando a sus herederos una vida digna. La intromisión del Estado, limitando la libertad para diseñar la forma más eficiente de distribuir no sólo parte de un error; sino que luce, cuanto menos, autoritaria.

No deja de llamar mi atención un dato muy sugestivo: mientras el legislador adopta una postura de absoluta libertad (en la entrada), y con esto me refiero a las diferentes formas de planificar el

²¹ El régimen de atribución preferente es un buen ejemplo de esto que digo puesto que el código exige pagar “al contado” al heredero legitimario la compensación. El lector interesado puede leer mi crítica al instituto de la atribución preferencial (judicial o testamentaria) en “*Atribución preferencial: ¿Cómo funciona?*” P. Augusto VAN THIENEN. White Paper CEDEFLaw www.cedeflaw.org

patrimonio cuando los individuos deciden unirse para formar una familia; al mismo tiempo el código adopta una postura restrictiva (en la salida) cuando esa planificación se da en etapa de fallecimiento. Vale destacar que aquella libertad funciona, incluso, en caso de liquidación (no mortis causa) de la sociedad conyugal o unión convivencial.

Quienes se unen para formar una familia deben saber que el modelo liberal-consensual permitido (en la entrada) se verá modificado por un modelo imperativo-legal (en la salida) al momento de extinguirse el vínculo contractual por fallecimiento. ¿Acaso una trampa que nos tendió el sistema?

Postulo que la sucesión patrimonial debiera contar con un modelo alternativo igual, análogo o similar al previsto para el régimen patrimonial del matrimonio. En definitiva, el modelo patrimonial del matrimonio opera por “default”; esto es, si las partes no pactan un régimen especial sobre sus bienes se les aplica de manera imperativa el régimen de ganancialidad.

Se propone un modelo la legítima hereditaria imperativa (supletorio) donde los empresarios pueden contar con una herramienta que les permita planificar la sucesión de la manera más eficiente y equitativa distribuyendo sus bienes entre aquellos que el testador considere dignos.

La justicia distributiva del régimen sucesorio actual, bajo el modelo de legítimas atenta contra: 1) una distribución más razonable de la herencia, 2) el interés de la empresa familiar y 3) la eficiencia de costos transaccionales en la transferencia de los bienes.

13. Conclusión

El derecho como ciencia social es un sistema creado no sólo con el objetivo de reducir los costes de transacción dando certezas a los operadores mercantiles; sino, por sobre todas las cosas, es un sistema que debe tender a facilitar y pacificar las relaciones jurídicas y humanas. El derecho no debe ser un sistema que aliente conductas oportunistas generando expectativas irracionales y tampoco creando derechos ilusorios contaminando las relaciones de familia. Es misión fundamental del derecho servir de lubricante para dinamizar el engranaje de la sociedad y la transferencia eficiente de los bienes; en particular, de quienes invierten capital de riesgo creando riqueza, trabajo y bienestar a toda la sociedad.

Un sistema sucesorio que alienta el interés personal poniendo todos los incentivos patrimoniales y económicos del lado del heredero forzoso es un sistema que destruye valor económico y corrompe lazos familiares.