

Indivisión forzosa de acciones, cuotas o partes sociales. Su impacto en la empresa familiar.

Por. Pablo A. VAN THIENEN

Sumario: I. - Introducción. II - El régimen de indivisión-administración a favor del heredero gestor. III - La administración de acciones, cuotas o partes sociales. IV - Administración condicionada: si no me gusta, se termina. V - Administración consensuada: acuerdo familiar. VI - Venta de las acciones, cuotas o partes sociales: qué hacemos? VII - Remoción o sustitución del cónyuge como administrador y mantenimiento de la indivisión. Se puede? VIII - El pacto de herencia futura. IX - El "Sucesor": el artículo 2333. X - Conclusiones preliminares.

I. Introducción.

Adecuando el régimen que ya existía en la vieja ley 14.394 del año 1954, el nuevo código incorpora la figura de la indivisión-administración o indivisión forzosa cuando se trata de establecimientos, cuotas, acciones o partes sociales. Si bien el régimen ya existía, el nuevo código agrega algunos detalles relevantes y, por supuesto, discutibles.

Sin duda un aspecto del nuevo código que vale la pena analizar y debatir para entender sus potenciales efectos prácticos. Considerando la matriz de la empresa familiar local donde no todos los herederos querrán trabajar, y no todos tienen un puesto para trabajar en la empresa, el instituto de la indivisión parece cuestionable. La posibilidad de que sólo algunos trabajen en la empresa fundada por papá, mamá o el abuelo inmigrante es, quizás, la principal patología de este tipo de organizaciones que, sumado el régimen sucesorio, resulta ser un cóctel difícil de digerir. Bajo el régimen sucesorio por todos conocido, los herederos se convierten en socios "*a los palos y a la fuerza*" sin importar si trabajan en la empresa, sin importar si quieren trabajar en la empresa, y sin importar si les interesa la empresa. En este contexto, todos estamos invitados a ser socios *porque así lo impone la ley!*

El régimen sucesorio diseñado por Vélez hace 150 años es, y ha sido, una de las causas de liquidación de empresas familiares; y lo más grave, la principal razón de las peleas

encarnizadas, rencillas y del conflicto familiar-empresario donde la empresa termina presa de una realidad humana y compleja. Y la razón es bien simple: es contrario al espíritu asociativo, y opuesto al sentido de “sociedad”, tener socios por “adhesión”, y peor aún, por “mandato legal”. El régimen sucesorio argentino (hasta hoy conocido) generaba dos *drivers* destructores de valor económico: por un lado, para los herederos-no gestores (o sea aquellos que no están involucrados en el negocio) la expectativa de obtener un beneficio económico con una mirada rentista y especuladora de la empresa familiar (intereses personales opuestos al interés de la empresa) y, (ii) para los herederos-gestores, la amenaza de que los “otros” ingresen al negocio, sin ser invitados ... por ellos!

La expectativa al derecho de propiedad viene gestado por el instituto de la “legítima” generando en el beneficiario de esa legítima el derecho a reclamar su parte en la empresa, y por lo tanto, cada heredero defendiendo su derecho de propiedad olvidando el interés del conjunto. O sea, la legítima hereditaria termina socavando las bases asociativas, pues aquel derecho hereditario es contrario, opuesto y refractario al interés social, o sea, al interés común de todos los socios. El instituto de la legítima – cuando el heredero es no gestor – es contrario al riesgo empresarial.

Este contexto obliga al fundador a tener que armonizar dichos intereses. Esa armonía familiar que el fundador supo cimentar en vida comienza a debilitarse y resquebrajarse una vez fallecido. Problemas tapados durante años, silencios comprados, pactos cómplices, costumbres familiares, prácticas informales, retiros de fondos, nueva visión del negocio, etc.; comienzan a salir a la luz y a la vista de todos los herederos dando inicio a una nueva etapa traumática y en general, no planificada: la sucesión.

En esta nueva etapa comienzan las pujas de poder entre herederos-gestores y herederos-no gestores, o sea entre padres, hijos, tíos, sobrinos, primos, etc. La familia enfrentada por espacios de poder, egoísmo, protagonismo, celos, envidias, injusticias, etc., abandona la empresa que termina atrapada y ahogada en el conflicto, sin solución de continuidad. Que quede bien claro: esa puja de poder no busca otra cosa que hacernos del patrimonio productivo para interés propio; ya sea para interés propio de los herederos-gestores (que se sienten dueños de la empresa), o de los “otros”. Los anales de jurisprudencia dan cuenta de esto que decimos.

El nuevo código intenta poner paños fríos a esta compleja patología humana-familiar y empresaria.

El instituto de la indivisión-administración o indivisión forzosa sobre acciones, cuotas o partes sociales, es interesante, pero debe ser tomado con pinzas.

Veamos:

II. El régimen de indivisión-administración a favor del heredero gestor.

El artículo 2332 dice: “ Si en el acervo hereditario existe un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o de otra índole que constituya una unidad económica, o partes sociales, cuotas o acciones de una sociedad, el cónyuge supérstite que ha adquirido o constituido en todo o en parte el establecimiento, o que es el principal socio o accionista de la sociedad, puede oponerse a que se incluya dentro de la partición, excepto que puedan serle adjudicadas en su lote.

Tiene el mismo derecho el cónyuge que no adquirió ni constituyó el establecimiento pero que participa activamente en su explotación.

En estos casos la indivisión se mantiene por 10 años a partir de la muerte del causante, pero puede ser prorrogada judicialmente a pedido del cónyuge supérstite hasta su fallecimiento.

Durante la indivisión, la administración del establecimiento, de las partes sociales, cuotas o acciones corresponden al cónyuge supérstite.

A instancia de cualquiera de los herederos, el juez puede autorizar el cese de la indivisión antes del plazo fijado, si concurren causas graves o de manifiesta utilidad económica que justifiquen la decisión ...”.

En primer lugar vale destacar que no se trata de cualquier cónyuge sobreviviente, sino de uno muy especial: tiene que haber adquirido o constituido la empresa familiar, ser el cónyuge del socio de control o en su defecto poseer el control, o ser el cónyuge administrador aun cuando no lo haya adquirido ni sea el principal accionista. O sea, para el nuevo código el cónyuge supérstite pasivo no accede a este derecho.

El cónyuge que acompaña y mira desde afuera no puede acceder al régimen de indivisión-administración.

La indivisión forzosa se extiende por el plazo de 10 años y puede ser prorrogada judicialmente. Lo que no queda claro es si la prórroga puede ser solicitada con cláusula *bullet*, esto es directamente hasta el fallecimiento del beneficiario, o si la indivisión debe prorrogarse tanta veces como sea necesario, hasta el fallecimiento del cónyuge. Creemos que la cláusula de indivisión vitalicia sería posible, pues teniendo los coherederos la posibilidad de solicitar la división y partición del condominio por justa causa, no vemos inconveniente de que la indivisión se otorgue en forma vitalicia. O sea, protegido el derecho del coheredero a que sus bienes no sean mal administrados, mientras la confianza subsista, no vemos inconveniente en hacerlo vitalicio. Recordemos que la partición del condominio puede ser solicitada por cualquiera coheredero.

Otro dato no menor es que la prórroga la solicita el beneficiario. O sea, quedarían excluidos de solicitar la prórroga los coherederos que también pueden estar interesados en conservar la indivisión por consenso unánime. Si bien ellos pueden acceder al pacto de indivisión, entendemos que fuera de este supuesto expreso, la prórroga cae a su vencimiento, si el cónyuge no la solicita.

III. La administración de acciones, cuotas o partes sociales.

Durante el plazo de la indivisión el beneficiario conserva la “administración” de las acciones, cuotas o partes sociales, en particular el cónyuge supérstite. No estamos tan seguros que hablemos de “indivisión”. Aquí se trata del derecho de un heredero a solicitar que, respecto del establecimiento, o de las participaciones societarias no se lleve a cabo la partición, o sea, que dichos activos queden excluidos de la partición sucesoria; hasta el vencimiento de la administración. El artículo 2332 autoriza al cónyuge supérstite administrar el activo excluido de la partición, y dicha administración no incluye, obviamente, el derecho a disponer. O sea, el cónyuge sólo administra dichos activos durante el plazo de 10 años y sus sucesivas prórrogas.

Es más, el propio código autoriza la partición y la adjudicación de las acciones o del establecimiento “...si éstos le pueden se adjudicados en su lote”. O sea, el código está previendo esta situación precisamente dentro del proceso de partición hereditaria dándole al cónyuge la posibilidad de quedarse con la propiedad del establecimiento, de

las acciones, de las cuotas o partes sociales. El administrador podrá, en la etapa de partición, hacerse de la empresa familiar siempre que le puedan ser adjudicados en su lote. Esto último no resulta provechoso ni útil pues el beneficiario de la administración podría quedarse con la empresa familiar aun cuando no le puedan ser asignadas en su lote pagando a los coherederos el precio correspondiente. A excepción de que en el lote de los demás coherederos se incluya el crédito por el precio del establecimiento, cuotas o partes sociales a adquirir por el beneficiario.

Si bien el código nos habla de *“establecimiento comercial, agrícola, minero o industrial”*, interesa analizar aquí el caso de las acciones, cuotas o partes sociales.

Podemos aceptar que en nuestro entorno empresario todavía, quedan algunas empresas familiares en manos de personas físicas, pero convengamos que son hoy, una *“rara avis”*, o con un nivel de facturación o creación de empleo muy bajo. Quizás, el establecimiento sea el caso de los micro-emprendimientos. Cuesta imaginar un establecimiento para la explotación de una mina o de una industria!

Fuera de este contexto, las empresas Pymes familiares suelen estar organizadas bajo la forma jurídica de *“sociedades”*. Y este es el caso que nos interesa analizar aquí pues se trata de mantener fuera de la partición hereditaria participaciones societarias y, en especial, participaciones societarias del socio *“principal”*. O sea, del socio de control ya sea de derecho, o de hecho. No sabemos muy bien qué significa socio *“principal”*.

La distinción entre *“establecimiento”* y *“cuotas, acciones o partes sociales”* la reconoce el propio código pues la ley fuente de este sistema no preveía estos supuestos regulando sólo los establecimientos.

El cónyuge supérstite que solicita suspender la partición hereditaria se convierte en administrador de las partes sociales. Veamos un ejemplo: El cónyuge del fundador (titular del 90% de las acciones) al fallecer lo suceden su esposa y tres hijos. Las acciones son bien propio del fundador; o sea la cónyuge concurre a la sucesión junto con sus hijos debiendo partirse el capital social en 4 partes iguales = 22,5% para cada heredero.

La cónyuge ha sido una activa administradora de la empresa familiar y ha colaborado intensamente en la generación de valor. Solicita entonces al juez del sucesorio que el 90% del capital social de la empresa familiar quede excluido de la partición hereditaria,

y por el plazo de 10 años pudiendo renovarlo en forma indefinida hasta su fallecimiento. Esto quiere decir que durante ese plazo la cónyuge de nuestro ejemplo deberá administrar dichos activos debiendo en consecuencia asumir las responsabilidades del administrador de cosa ajena.

Estando la partición suspendida respecto de las acciones generándose así una indivisión forzosa, está claro que el código le ha dado al cónyuge la posibilidad de administrar, más no de apropiarse de las acciones. Surgen los siguientes interrogantes:

Qué pasa con los dividendos?

Siendo el cónyuge administrador, los dividendos deben ser distribuidos entre los coherederos. Así lo confirma el propio artículo 2334 que dice: *“Durante la indivisión los acreedores de los coherederos no pueden ejecutar el bien indiviso ni una porción ideal de éste, pero pueden cobrar sus créditos con las utilidades de la explotación correspondientes a su deudor”*.

No resulta claro el significado de “utilidad de la explotación” pues difiere de la noción de “dividendo” .

Ahora bien, esta norma nos aclara una cosa: el coheredero es sólo titular del derecho económico, pudiendo sus acreedores agredir sólo el derecho económico, más no el activo indiviso.

Qué pasa con el activo indiviso?

El régimen de condominio permite al condómino disponer de su parte indivisa. Ahora bien, estando sometida su parte a un sistema de indivisión forzosa bajo el régimen de indivisión-administración, el coheredero no administrador tiene vedado disponer de su parte hasta tanto cese la indivisión. Sólo tendrá derecho a obtener su parte proporcional de la renta, más no su venta.

Es interesante destacar aquí la real posibilidad de que la cuotaparte de acciones, cuotas o partes de una empresa familiar puedan venderse. En general estas cuotapartes carecen de mercado secundario siendo sus únicos compradores los mismos coherederos. O sea el único mercado secundario disponible para la potencial venta de estas cuotapartes de acciones son ellos mismos.

Nadie compra participaciones minoritarias de empresas familiares, sin un previo acuerdo de accionistas, menos se animarán a comprar una fracción indivisa. Ergo, el riesgo de venta de este tipo de activos es muy bajo o nulo.

El dato sí relevante es que aun reconociendo la indivisión sobre las acciones, cuotas o partes, el código deja inmune esas partes sociales de la agresión de los acreedores del coheredero, facilitando así la transferencia de esa partes sociales al vencimiento del condominio indiviso; momento a partir del cual el acreedor podrá agredir.

Qué pasa con los votos?

A nuestro modo de interpretar esta norma, obtenida la resolución judicial donde se suspende la partición respecto de las acciones generándose la indivisión forzosa, dicha resolución deberá, además, nombrar al cónyuge representante en los términos del artículo 2332. Ahora bien, dicho nombramiento significa asignarle al beneficiario la calidad de representante en los términos del artículo 209 de la ley 19.550?

Este dato no es menor pues siendo el cónyuge el administrador y por lo tanto representante del condominio aquel ejercerá la representación de los intereses de todos los accionistas en las asambleas quedando los herederos ajenos a esa actividad.

Tengamos presente que el artículo 209 de la ley 19.550 supone el acuerdo de los condóminos para designar representante con las facultades del caso; en cambio aquí, el nombramiento es judicial y puede no darse dicho consenso.

La falta de consenso tampoco obsta al ejercicio del mandato pues la designación de administrador surge la resolución judicial que ordena la indivisión forzosa por 10 años.

Qué pasa con el cónyuge administrador - no accionista?

Esta situación es también extraña pues nos encontraremos frente a un tercero que no es socio pero que tendrá la administración del 90% del capital social y votos indiviso. Esto lleva a formularnos la siguiente pregunta: el administrador del artículo 2332 es el apoderado del artículo 209 de la ley de sociedades?

IV. Administración condicionada: si no me gusta, se termina.

El artículo 2332 sujeta la administración a que no concurren *causas graves* o de *manifiesta utilidad económica* que justifiquen dejar sin efecto la administración, o si se quiere, la indivisión. Si bien estas causales estaban previstas en la ley 14.394 para la indivisión de establecimientos, no sabemos cuáles pueden ser las *causas graves* o de *manifiesta utilidad económica* que den lugar a dejar sin efecto la administración en el caso de acciones, cuotas o partes sociales. Cuál puede ser la manifiesta utilidad económica de partir el condominio sobre participaciones societarias?

O sea, los herederos excluidos de la partición –a solicitud unilateral del cónyuge- no cesarán en su tarea de buscar causas graves o alguna utilidad económica que justifique repartir las acciones, cuotas o partes sociales, ya!

Siguiendo con el ejemplo anterior, y con las patologías de las empresas familiares mencionadas al inicio de estas reflexiones, los hijos - que tienen la expectativa de acceder a la mayoría del capital por partición sucesoria y así hacerse de los flujos de fondos de la empresa familiar- no cesarán en sus esfuerzos por desplazar a su madre de la administración de “mis” acciones.

El esquema planteado por la norma 2332 para participaciones societarias es fuente inagotable de conflicto familiar-sucesorio-empresario; aún cuando dichas causales ya se encontraban reconocidas en la ley 14.394. Este derecho “a la división” con el ánimo de acceder a las acciones de la SA o a las cuotas de la SRL, abre a los coherederos la posibilidad de perturbar la gestión pacífica de la empresa familiar, y pone en cabeza del heredero-administrador una amenaza permanente.

Y éste es quizás, el aspecto negativo de la norma que da por tierra con todo el sistema ideado pues deja al cónyuge supérstite a merced de la agresión de los coherederos, debiendo aquel ponerse en una posición de defensa permanente. No faltarán excusas, razones y motivos para argumentar la “*manifiesta utilidad económica*” de desplazar al cónyuge de la administración a partir de la división del condominioⁱ.

Es fácil observar que la decisión de nombrar al cónyuge supérstite administrador de las acciones, cuotas o partes sociales postergando en el tiempo la partición y por ende el pleno uso y goce de aquellos activos, es una decisión que sólo la toman dos personas a espaldas de los coherederos: el cónyuge y el juez. Esta situación puede generar situaciones de fuerte tensión familiarⁱⁱ.

Negaré el juez conceder la administración ante la oposición de los hijos?

Tienen los hijos legitimación activa para oponerse a la administración e indivisión fuera de las causas expresamente previstas en el código? La experiencia forense indicada que en la práctica así funciona, siendo esto así, resulta muy complejo cuando se trata de empresas familiares organizadas bajo la forma jurídica de sociedades.

V. Administración consensuada: acuerdo familiar.

A los efectos de evitar situaciones de potencial conflicto entre el cónyuge supérstite (beneficiario del sistema) y sus hijos, es altamente conveniente planificar esta situación con anticipación.

No obstante ser el cónyuge supérstite el beneficiario de la administración, y ser éste el único legitimado para formular la solicitud ante el juez; el artículo 2332 no prohíbe que la indivisión-administración venga “empaquetada” dentro de un acuerdo familiar, tal como lo reconocía la vieja ley 14.394 para los “establecimientos”.

Y ésta sí es una novedad muy interesante que nos plantea el nuevo código para las acciones, cuotas o partes sociales: plantear al juez del sucesorio la administración a favor de uno de los herederos pudiendo la familia empresaria acordar previamente la designación de uno de los herederos como administrador del patrimonio familiar empresario; en este caso, mamá, papá o alguno/s de los hijos.

O sea, más allá de que “ley” le reconoce el derecho al cónyuge y a los hijos, parece más sensato que ese nombramiento esté ungido por el consenso familiar, y no por la decisión de un juez cuyo conocimiento de la empresa y la familia son muy escasos y limitados. Este acuerdo resulta muy interesante pues permite a la familia llegar a consensos previos fijando las bases de la administración del patrimonio familiar donde los herederos forzosos aceptan designar a mamá o papá como las personas capaces e idóneas para administrar las acciones, el establecimiento; y en definitiva, la empresa familiar.

Está claro que este consenso puede lograrse pos-mortem o en vida del causante. La sugerencia es que sea en vida, pues la mayoría de las veces es la persona con la

autoridad y capacidad para lograr equilibrios familiares, y por lo tanto permitir el consenso entre sucesores y herederos es papá o mamá.

Este acuerdo familiar debería contemplar, como mínimo, los siguientes aspectos: (i) nombramiento del administrador de las acciones, (ii) plazo de duración de esa calidad de administrador, (iii) derechos y obligaciones del administrador, (iv) derecho de voto y dividendos respecto de las acciones, (v) (vi) mayorías “internas” para adoptar decisiones en asambleas, para la venta de las acciones o cuotas, (vii) poder general de representación, (viii) causales precisas que motivan la extinción de la indivisión y por ende de la administración, entre otros aspectos.

Qué pasa si queremos vender?

VI. Venta de las acciones, cuotas o partes sociales: qué hacemos?

Durante el plazo de la indivisión-administración puede ocurrir que sea conveniente vender el activo productivo.

No parece fácil transitar la venta del establecimiento o las partes sociales siendo éstos activos, cosas o bienes registrables. La duda se presenta al no saber quién figura como titular registral del activo y tampoco conocer los alcances de la administración. Si seguimos a pie juntillas el texto del artículo 2332 del nuevo código, no surge claro a nombre de quien figurará registrado el activo una vez concedida la indivisión judicial, pues todavía no hay partición. Sí sabemos que se anota en los registros la designación del administrador y el estado de indivisión del bien.

El artículo 2334 nos puede dar una pista pues dice que la indivisión para ser oponible a terceros debe estar inscripta en los registros. En el caso de las acciones, sería una suerte de artículo 215 de la ley 19.550. Ahora bien, la anotación de la “indivisión” no implica asignar titularidad, sino simplemente anotar una “restricción al dominio” de bienes cuya partición se encuentra en suspenso, en virtud del artículo 2332.

A quién la formula la oferta de compra el potencial comprador? A quién le paga el precio? Con quién suscribe el contrato de transferencia?, etc.

Dependiendo de la existencia o no de acuerdo familiar, el proceso de adquisición será más o menos tortuoso y complejo. Tengamos muy presente que el nuevo régimen de

indivisión forzosa no prevé la situación donde el condómino tiene la libertad de disponer de su parte, y tenemos serias dudas de qué normas del régimen de condominio se aplican a este particular sistema de indivisión cuando se trata de partes sociales, cuotas o acciones.

Esta situación genera incertidumbre a la hora de plantear la venta del activo pues el potencial adquirente deberá hacer la auditoría legal de la indivisión judicial, y del acuerdo familiar, si éste existiera. Es altamente probable que dicho acuerdo familiar, si existe, se acompañe al expediente sucesorio. En este sentido el acuerdo familiar puede ser un valioso instrumento que permita facilitar la venta de las acciones, cuotas o partes sociales.

VII. Remoción o sustitución del cónyuge como administrador y mantenimiento de la indivisión. Se puede?

La respuesta a este interrogante la deberíamos encontrar en el interés jurídico tutelado por la norma. A primera vista uno podría concluir que el interés jurídico protegido es el del cónyuge supérstite que acompaña en causante en la gestión de la empresa familiar; sin embargo, uno también podría concluir que el interés jurídico protegido es el de la empresa familiar como fuente generadora de riqueza y empleo. Es legítimo pensar que el nuevo código crea el artículo 2332 con el objetivo de darle continuidad a la empresa permitiendo a quienes la gestionan, o a quienes la han fundado, continuar con la explotación evitando el desguace de la empresa a causa del fallecimiento del socio principal.

Se creemos que éste último es el real interés jurídico y económico protegido, no habría inconveniente en que el cónyuge (beneficiario de la norma) pueda ser sustituido o removido de su condición de administrador del establecimiento o de las acciones, cuotas o partes sociales, pudiendo mantenerse la indivisión por el plazo que los herederos estimen conveniente, hasta el fallecimiento del cónyuge supérstite; si fuera el caso. O sea, se mantiene la indivisión pero se sustituye al administrador.

Este pacto no luce contrario a derecho pues no se encuentra expresamente prohibido, y además, es coherente con el espíritu del artículo 2332 que busca la no división de la empresa familiar. Este tipo de pacto consensuado en un acuerdo familiar de indivisión-

administración pudiendo el administrador ser reemplazado o sustituido, luce favorable al interés de la empresa y la familia.

VIII. Pacto de herencia futura. Conviene?

Esta sí es una novedad del código que vale la pena analizar dentro del marco de la planificación de la sucesión. Sin duda el pacto de herencia futura es un instrumento atractivo que merece ser atendido. Veamos:

El artículo 1010, en su 2do párrafo dice así: *Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros.*

Tal como está redactada la norma, el pacto de herencia futura aparece complejo y lleno de misterios. La implementación del pacto surge tortuoso pues resulta muy difícil predecir sus efectos futuros entre los herederos. Si bien el nuevo código admite y recepta el pacto de herencia futura sobre *participaciones societarias de cualquier tipo*, su redacción genera tal grado de incertidumbre que termina desincentivando el pacto. No sea cosa que el remedio sea peor que la enfermedad.

El pacto de herencia futura creado para *la prevención o solución de conflictos* puede tornarse, en el futuro, en ... la madre de todos los conflictos.

Condicionar la validez del pacto a: (i) la no afectación de la legítima, (ii) a la no afectación de los derechos del cónyuge y (iii) a la no afectación de los derechos de terceros; es generar tal nivel de incertidumbre sobre el acuerdo presente que torna inviable la planificación seria de la sucesión de la empresa familiar.

El artículo 1010 presupone un modelo de sucesión donde se dan los siguientes factores: (i) además de la empresa familiar existen otros activos para compensar y (ii) el valor de la empresa es simétrico o equivalente a los otros activos no productivos. Y esto es una falacia. Muchas familias poseen la empresa, siendo éste su principal y, tal vez, único activo. Siendo esto así nos preguntamos lo siguiente: cómo funciona el pacto de herencia futura? Cómo compensamos el valor de la legítima?

Y lo más grave es que producida la descompensación de este derecho, el coheredero perjudicado puede solicitar la nulidad del pacto por ser contrario a la ley.

Siendo las empresas activos productivos dinámicos y cambiantes, parece inviable acceder a un pacto de herencia futura donde la certeza de los derechos de propiedad queden sometidos a eventos ingobernables e impredecibles. Cómo saber si en el futuro el pacto afectará derechos de terceros?

IX. El “Sucesor”: el artículo 2333.

El derecho a la “indivisión” y “administración” de las acciones, cuotas o partes sociales también le asiste al heredero que, antes de la muerte del socio “principal”, haya participado “activamente” de la explotación de la empresa.

O sea, el artículo 2332 debería leerse de la siguiente manera:

“Si en el acervo hereditario existe un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o de otra índole que constituya una unidad económica, o partes sociales, cuotas o acciones de una sociedad, el heredero que ha participado activamente en la explotación de la empresa puede oponerse a que se incluya dentro de la partición, excepto que puedan serle adjudicadas en su lote.

El párrafo siguiente se elimina.

En estos casos la indivisión se mantiene por 10 años a partir de la muerte del causante, pero puede ser prorrogada judicialmente a pedido del heredero hasta su fallecimiento.

Durante la indivisión, la administración del establecimiento, de las partes sociales, cuotas o acciones corresponden al heredero.

A instancia de cualquiera de los herederos, el juez puede autorizar el cese de la indivisión antes del plazo fijado, si concurren causas graves o de manifiesta utilidad económica que justifiquen la decisión ...”.

El derecho a requerir la indivisión-administración le corresponde a un tipo de heredero muy especial: a aquel que ha participado “activamente” en la explotación de la empresa. Esta norma da a entender que fuera de este perfil de heredero no hay espacio para solicitar la indivisión-administración. Si el heredero no ha participado en la

gestión, y para colmo, en “forma activa”; no califica para solicitar la indivisión-administración.

Y si el heredero no ha participado activamente de la explotación de la empresa familiar?

Este requisito contradice el espíritu del nuevo código, de evitar la división de empresas familiares. Es interesante pero, aun no habiendo el heredero participado activamente de la empresa familiar, muchas veces se da el caso de que el fallecimiento del socio principal, opera como el disparador que motiva una nueva y activa participación de los herederos.

No es raro encontrar en muchas empresas familiares la siguiente patología: herederos que se alejan de la empresa familiar, precisamente, por estar involucrado activamente en la gestión el fundador. Diferencias de visión, diferencias de valores, de estilos de gestión, presiones psicológicas, cambios culturales y generacionales, nuevas capacidades, etc.; hacen que los herederos se alejen de la empresa de la familia. Muchas veces para preservar la relación familiar el heredero opta por tomar distancia de la empresa y adquirir su experiencia profesional en otras organizaciones. La relación padre-hijo suele ser extremadamente compleja cuando se traduce en una nueva relación: jefe-empleado.

La limitación al “*heredero que participa activamente en la explotación*” es un error y una falla del sistema que deberá corregirse, pues contradice el espíritu de conservación, continuidad y trascendencia de la empresa familiar.

X. Conclusiones preliminares.

El sistema de indivisión-administración no luce muy seductor para quienes deseen continuar con la gestión de la empresa familiar. El sistema de nombramiento judicial del administrador luce complejo, tortuoso y plagado de potenciales conflictos.

Antes de embarcarse en este sistema es recomendable que los herederos lleguen a un consenso unánime. El consenso por mayoría no es posible, en esta instancia.

Los herederos no gestores aparecen como una amenaza externa que debe ser neutralizado con el consenso familiar.

El consenso familiar debería lograrse en vida del fundador pues suele ser la única persona con ascendencia suficiente para lograr dichos acuerdos familiares. Dejar pasar esta oportunidad puede poner en jaque el sistema de indivisión-administración.

Aprovechar los momentos de paz y armonía familiar es la ocasión óptima para avanzar en este tipo de consensos. Desatado el conflicto dentro del seno de la familia puede generar serios inconvenientes para lograr el consenso deseado poniendo en riesgo la continuidad de la empresa familiar.

Similar crítica merece la indivisión testamentaria prevista en el artículo 2330 pues, no sólo la limita a 10 años sin posibilidad de renovarla; sino que olvida que la indivisión forzosa, unilateral e impuesta por el Fundador tiene, en nuestro derecho, el conflicto familiar dentro de su ADN.

En este contexto de incertidumbre y de fuente inagotable de lucha de poderes y vanidades, no hay duda que la administración-indivisión no es la solución más eficaz para lograr la continuación y espíritu de trascendencia de la empresa familiar copiando hoy, aspectos regulados en la vieja ley 14.394, que data del año 1954, redactada en otro contexto y en otra realidad social, económica y humana.

El sistema de atribución preferencial previsto en el nuevo código (art. 2380 a 2383) luce más atractivo y eficiente.

El fideicomiso testamentario, o fideicomiso de administración sucesoria luce, también, como instrumento eficaz para la planificación de la sucesión en la empresa familiar.

El pacto de exclusión de herederos también mediante el rescate de acciones o cuotas sociales previsto en el artículo 150 y 220.2 de la ley 19.550.

ⁱ Si bien el cónyuge supérstite con derecho a la indivisión-administración, es el cónyuge del socio "principal", entendemos que esa calidad no preserva al cónyuge-administrador de la agresión de sus hijos quienes accediendo a los votos pueden ejercer los derechos que les reconoce la ley de sociedades, en particular, la acción de remoción y acción social minoritaria de responsabilidad.

ⁱⁱ Igual situación encontramos en la indivisión testamentaria donde el "patrón de estancia" impone a sus herederos la indivisión forzosa. Cuesta imaginar que esta fórmula imperativa y autoritaria transite el expediente sucesorio en paz y en armonía familiar. Este tipo de indivisión testamentaria será otra fuente inagotable de conflicto sucesorio.