

Donación inoficiosa

(Colación y planificación de la sucesión en empresas familiares)

Por P. Augusto VAN THIENEN

SUMARIO: I. Introducción. – II. Legítima (imperativa) y sucesión de empresas familiares. – III. Donación (inoficiosa) y planificación de la sucesión. – IV. Acción de colación y reducción. Valor de la empresa en marcha. (A) *Ventajas y desventajas del modelo Ley 17.811.* (B) *Ventajas y desventajas del modelo CCCN.* – V. La gestión del fundador y la relación de control. – VI. Externalidades (negativas) del modelo sucesorio argentino, - VII. Hablemos sobre planificación sucesoria y violencia de género. – VIII. Mis conclusiones.

I. Introducción

La Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza en el precedente “Zuccardi” sentó una doctrina que debe analizarse con sumo cuidado a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación, dado que aborda aspectos sumamente sensibles a la hora de implementar un esquema de planificación sucesoria de empresas familiares.

Mención aparte merecen los argumentos traídos por el máximo tribunal provincial sobre “justicia de género”, “discriminación”, “estereotipos”, “patrones culturales” y otros conceptos a mi modo de ver alejados de la realidad del caso, de la realidad de los negocios y, por sobre todo, violatorio de la libertad de disposición.

Se trata de la planificación patrimonial de la familia Zuccardi dueños de una afamada bodega mendocina junto con otras empresas pertenecientes al grupo empresario, siendo los únicos herederos legitimarios forzosos tres hijos: dos mujeres y un varón. A éste, le fue transferido la totalidad de las acciones de la bodega; mientras que a sus dos hermanas se les cedió el control accionario de otras dos empresas. Todo esto, mediante acuerdos firmados entre los progenitores (fundadores) y los tres herederos; entre ellos, sendas donaciones de participaciones societarias.

El precedente no sólo es relevante por el patrimonio involucrado y el valor de la marca “Zuccardi” dentro de la industria vitivinícola Argentina; sino, por la doctrina sentada que, a mi modo de ver, debe ser analizada con sumo cuidado.

Propongo al lector analizar los siguientes aspectos: 1) el impacto (negativo) de la legítima imperativa en la sucesión de empresas familiares, 2) los efectos jurídicos y patrimoniales de la donación (inoficiosa) en la planificación patrimonial de empresas familiares, 3) la acción de colación o reducción y el método de valuación de participaciones societarias, 4) la gestión del

fundador como valor de la legítima a distribuir entre todos los herederos, 5) las externalidades negativas o incentivos perversos del modelo sucesorio argentino, y por último, la teoría de género frente a la decisión de planificar la sucesión patrimonial.

Comencemos ...

II. Legítima (imperativa) y sucesión de empresas familiares

En una anterior oportunidad compartí algunas reflexiones sobre los efectos negativos del instituto de la legítima (imperativa) en el modelo sucesorio de empresas familiares; y el caso que comento, lo confirma¹.

Comentaba en dicha ocasión, que el instituto de la legítima imperativa genera dos externalidades negativas, por un lado, distorsiona las expectativas de los herederos exacerbando derechos patrimoniales; y por otro, limita la libertad de disposición del titular del patrimonio. El problema de fondo es que la pretendida justicia distributiva perseguida por este instituto termina tensionando y muchas veces lesionando profundos vínculos afectivos y familiares². Nuestros anales de jurisprudencia mercantil que tratan conflictos societarios dan cuenta de esto que afirmo.

Es que la legítima hereditaria como instituto imperativo y forzoso tiene como único objetivo proteger los derechos patrimoniales del heredero, dejando completamente al descubierto a un tercer sujeto de derecho: la empresa.

Pero lo más grave de este modelo es que la legítima (imperativa) termina distorsionando un principio elemental del derecho societario; y es que las empresas se fundan y desarrollan por un elemento subjetivo básico: acuerdos y consensos (conocido como “*affectio societatis*”). No es extraño que, cuando este elemento subjetivo desaparece, las empresas tienden a desaparecer, ya sea por liquidación voluntaria, o por quiebra.

Gracias al instituto de la legítima hereditaria hemos transformado (por imperativo legal) aquel contrato voluntario en un nuevo tipo societario: la sociedad forzosa. O sea, el heredero “forzoso” ingresa al contrato por fuerza de la ley minando las bases del negocio asociativo descrito en el artículo 1° de la Ley General de Sociedades. Aquella empresa que nació por la voluntad del fundador se transmite, por fuerza de la ley, a todos los herederos forzosos “*quienes no pueden ser excluidos por donación ni por testamento*”.

¡Así lo manda el Código!

Existen en el precedente “Zuccardi” elementos que subrayan esto que describo. En efecto, de los relatos evidenciados en la sentencia se observa con claridad un altísimo grado de conflictividad

¹ Legítima hereditaria (imperativa) y empresas familiares: un modelo para revisar. Augusto VAN THIENEN. Rev. LL

² 10 razones de por qué la legítima hereditaria destruye valor económico y corrompe lazos familiares. Augusto VAN THIENEN. Working Paper CEEDEFIaw <https://www.cedeflaw.org/pdfs/201753183414-135.pdf>

dentro del seno familiar, a tal punto que debieron contratar a un mediador, luego de efectuada las donaciones. Parece que la distribución de bienes no habría sido justa, ni equitativa, a los ojos de uno de los herederos (la actora). Parece que la actora (hermana del demandado) “*se mostró disconforme con el trato desigual que recibió en los anticipos de herencia*”. Incluso, “*habría firmado el acuerdo bajo protesta y con bronca*”. A tal punto fue ese sentimiento de injusticia que la actora se habría alejado de su hermano haciéndole saber sus razones.

Sin duda, aquellas razones que motivaron aquel sentimiento de bronca y consecuente distanciamiento no pueden ser otras que las expectativas patrimoniales exacerbadas generadas por el instituto de la legítima hereditaria (imperativa).

Es, precisamente, la legítima, la única razón por la cual esta heredera se terminó distanciando de su hermano con los efectos negativos que esta separación tiene a nivel afectivo y familiar, expandiéndose ese sentimiento de bronca e injusticia a los sobrinos, primos y nietos. El heredero perturbado en su legítima se siente menoscabado en sus derechos patrimoniales; porque así lo manda la ley.

A tal punto llega el poder del heredero forzoso en la distribución de los bienes de la herencia, que éste puede “tirar del mantel” solicitando colación y reducción aun cuando aquel haya consentido los acuerdos y aceptado la voluntad del fundador. Seguro, la heredera ha consentido muy enojada, frustrada en sus derechos; pero con libertad y sin vicio de la voluntad. Siendo esto así, no hay nada que cuestionar.

Me pregunto, ¿acaso usted nunca firmó un acuerdo a disgusto?

Habilitar la acción de colación (reducción) aun cuando el heredero perjudicado consintió los acuerdos formando parte del plan sucesorio es, sin duda, “tirar del mantel” o, “borrar con el codo lo que se escribió con la mano” trastocando principios elementales del derecho patrimonial y contractual. Sobre esto volveré más abajo.

Mencioné al principio de estas reflexiones que la legítima (imperativa) limita la libertad de disposición pudiendo el fundador disponer una porción mínima de su fortuna y patrimonio (33%). El problema de fondo de este modelo es que contradice la propia matriz de riesgo de las empresas familiares. El dueño de la empresa familiar suele reinvertir una porción significativa de la renta empresaria concentrando el riesgo en el propio negocio que le sirve de sustento económico para su desarrollo personal y familiar. Esta matriz de concentración de riesgo está íntimamente relacionada con la concentración de la gestión en manos de la propia familia. Pero no sólo en manos de la familia; sino, en manos de aquellos familiares considerados los más aptos e idóneos; sin importar el género³. Sobre esto volveré más abajo.

Con esto quiero decir que, bajo el modelo de legítimas el empresario cuenta con pocas opciones para disponer libremente de su empresa cediéndola a quienes considera lo más aptos. El instituto de la legítima, sumado a la porción disponible, terminan siendo una combinación letal para la transmisión generacional de empresas pymes familiares.

La legítima hereditaria es un instituto de derecho civil que conspira contra el modelo de gestión y riesgo, forzando la atomización del capital con la consecuente atomización del poder de decisión. Peor aún, termina forzando la incorporación de socios que no se eligen, aun cuando sean hermanos, primos, sobrinos o nietos. Reitero una vez más: *en el modelo de empresa familiar es lógico que la familia concentre el poder en manos de los herederos más aptos o idóneos asegurando la continuidad de la empresa, la visión del fundador y el desarrollo del negocio familiar.*

Sin duda, el modelo de legítima imperativa incentiva el modelo de heredero rentista (conocido como “*Free Rider*”) quien se beneficia expropiando renta a costa del esfuerzo de terceros. El caso que comento es un claro ejemplo de este fenómeno.

Para resumir, no dará lo mismo heredar activos inmobiliarios, un cuadro de Quinquela Martín y unas monedas de oro, que una empresa en marcha con activos y pasivos, empleados, sindicatos, relaciones con entidades gubernamentales, dueña de una marca, sistemas, administración y, sobre todo, generando riesgo. Este activo complejo merece un tratamiento sucesorio diferente que le permita a los emprendedores no sólo disponer de la empresa como mejor resulte a sus intereses personales y familiares; sino, además, permita minimizar el riesgo empresario asegurando la continuidad del negocio y la visión de trascendencia⁴.

⁴ Demsetz y Lehn (1985) muestran que, mediante la concentración de propiedad y control, los directivos pueden mitigar los problemas de expropiación gerencial. Colocar a familiares en posiciones clave aumenta la posibilidad de monitorear y controlar la empresa por parte de la familia. Shleifer y Vishny (1986) encuentran una relación positiva entre la concentración de propiedad y el desempeño. Claessens y Djankov (1999), DeAngelo y DeAngelo (2000), Faccio y Lang (2001), Friend y Lang (1988), Johnson, Magee, Nagarajan y Newman (1985) y Singell (1997) argumentan que los accionistas mayoritarios pueden mitigar la expropiación gerencial en empresas con propiedad y control concentrados. Esto ocurre porque las empresas familiares cuentan con parientes dentro de la organización que conocen mejor el negocio, ya sea por su tiempo prolongado en la empresa o por ser los fundadores. Además, James (1999) señala que las empresas familiares realizan inversiones más eficientes debido a sus horizontes de inversión más largos, lo que ayuda a mitigar el problema de decisiones de inversión miopes a corto plazo de los gerentes. Basco y Pérez (2011) descubren que las empresas familiares logran resultados empresariales exitosos al combinar orientación familiar y empresarial en su toma de decisiones. Wang (2006) sostiene que las empresas familiares no tienen incentivos para comportarse de manera oportunista, ya que la junta está dispuesta a adoptar políticas para revertir daños a la reputación familiar y mejorar el desempeño a largo plazo. Otros autores (Claessens et al., 2002; Gorton y Schmid, 1996; Himmelberg et al., 1999; Holderness et al., 1999; La Porta et al., 2002; Lee, 2006; Morck et al., 1988; Shleifer y Vishny, 1997) encuentran evidencia de que las empresas familiares muestran un mejor desempeño que las no familiares. El lector interesado puede consultar “*The relationship among family business, corporate governance and firm performance: Evidence from the Mexican stock exchange*”. JM San Martín Reyna y Jorge A. Duran. <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1877858512000216>.

Una planificación patrimonial acordada por la totalidad de los miembros de la familia Zuccardi llega a tribunales 20 años más tarde gracias al instituto de la legítima (imperativa). Sin duda, este instituto debe ser revisado⁵.

III. Donación (inoficiosa) y planificación de la sucesión

Interesante como fue planteada la contienda. A sabiendas de la existencia de una donación en exceso de la porción legítima en favor de su hermano, y de la existencia de una compra simulada, la actora no planteó la nulidad de la donación excesiva; sino, la reducción. Recordemos que el instituto de la legítima ha sido concebido por la mayoría de la doctrina civilista como un instituto de orden público sucesorio, inalienable e indisponible. Pues bien, un punto a favor en este precedente es que se ha dismantelado esa tesis por completo echando por tierra doctrinas absolutistas que impregnaron nuestra academia y jurisprudencia durante muchas décadas.

Bajo el Código de Vélez, la donación (inoficiosa) generaba a favor del heredero legítimo perjudicado dos derechos, uno real y otro personal. El primero como acción de reducción, pudiendo el heredero legítimo perjudicado compensar el valor de su legítima mediante la reivindicación del bien; y el segundo, como acción de colación compensando el valor de la legítima mediante un pago. Ahora bien, bajo el viejo modelo Veleziano en la acción de reducción el heredero legítimo podía optar por ser compensado en valores.

¡Y esto fue lo que sucedió!

La actora habría acordado compensar el valor de su legítima perjudicada mediante un pago en valores. Con este pago, de prosperar, le evita al hermano tener que compartir la gestión de la bodega con su hermana. Y este dato no es baladí cuando estamos hablando de empresas familiares. La compensación en valores ratifica la matriz de concentración de riesgo y gestión mencionada anteriormente.

Pero no sólo pone en evidencia la matriz de riesgo sino, algo más importante, la natural apropiación de la empresa por la rama familiar que se ha dedicado a gestionar con éxito. O sea, siendo el hermano quien gestiona la bodega administrando la empresa desde hace varios años, no

⁵ La acción de reducción (hoy colación) debería prosperar, únicamente, a favor del heredero sorprendido en su buena fe ante una planificación patrimonial realizada a sus espaldas. Siendo la legítima un derecho patrimonial (disponible) y la acción de colación un derecho personal (disponible) no hay dudas que la firma de pacto de planificación sella la suerte de la acción de colación posterior. Habiendo el heredero prestado su consentimiento aceptando los términos de la planificación patrimonial y sucesoria no puede luego cuestionar el valor de la legítima; y mucho menos, cuestionarlo 20 años más tarde. Admitir esta conducta no sólo trastoca principios elementales del derecho contractual y patrimonial sino, principios elementales de la buena fe.

estaría dispuesto a aceptar el ingreso de un tercero; y mucho menos, pagar para que ese tercero ingrese como accionista *forzoso*.

Desconozco las razones que motivaron a la actora aceptar la compensación en valores, pero tengo una certeza: ser titular de una porción minoritaria del capital social y votos de una empresa cerrada familiar restaría liquidez a la porción legítima⁶. No dará lo mismo contar con fondos líquidos para invertir en otros activos, que recibir acciones de una bodega familiar. Parece que en este punto hubo acuerdo de ambos hermanos habiendo evaluado los riesgos de compensar con acciones. Más abajo volveré a la doctrina de violencia de género, y su íntima relación con este punto.

Es importante destacar aquí un dato: este acuerdo fue posible bajo las normas del viejo Código Civil; sin embargo, en la actualidad, bajo el Código Civil y Comercial refundido, tal acuerdo no es necesario, dado que al heredero legitimario perjudicado sólo le cabe demandar por colación. De acuerdo con el artículo 2386 CCCN (ley 27.587) la compensación por colación sólo corresponde sea realizada en dinero, quedando por lo tanto descartada la colación en especie que sí, estaba admitía en el código Veleziano.

Tengamos presente que a partir de la reforma al CCCN introducida por la ley 27.587 la acción de reducción ha quedado reducida a casos excepcionales quedando, incluso, vedada contra el heredero legitimario beneficiario quien, en caso de tener que compensar valores podrá hacerlo en dinero (2458 CCCN). O sea, bajo el CCCN (reformado por la ley 27.587) la acción de reducción y la acción de colación tienen, en términos económicos, los mismos efectos. Y este dato no es menor cuando hablamos de planificar la sucesión patrimonial de una empresa familiar.

En efecto, el CCCN viene a reforzar la tesis de que la donación (inoficiosa) es un acto jurídico lícito, válido entre las partes y oponible a terceros generando a favor del heredero legitimario perjudicado un derecho de crédito (acción de colación) y que el deudor está obligado a compensar con dinero.

Esto quiere decir que la apropiación de la empresa familiar vía donación (inoficiosa) es una opción interesante pues permite consolidar el poder de decisión en manos de los herederos que gestionan, evitando potenciales conflictos que puedan mellar la gestión pacífica de la empresa.

En síntesis, el precedente Zuccardi poner de relieve el potencial de la donación (inoficiosa) como herramienta de planificación sucesoria cuando de empresas familiares se trata. Sin duda, será mejor negociar un precio que sumar *socios forzosos*.

⁶ *Lack of Marketability and Minority Discounts in Valuing Close Corporation Stock: Elusiveness and Judicial Synchrony in Pursuit of Equitable Consensus*. Stephen J. Leacock.
<https://lawpublications.barry.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1139&context=facultyscholarship>.

Nudo gordiano del precedente que comento han sido los siguientes temas: 1) la valuación de la bodega, 2) momento a partir del cual se fija dicho valor y 3) cómo computar dentro de dicho valor (colacionable) la gestión empresarial.

Veamos ...

IV. Acción de colación y reducción. Valor de la empresa en marcha

Respecto del momento a partir del cual debemos fijar el valor de los bienes colacionables nuestro sistema jurídico ha tenido posiciones oscilantes y pendulares. En efecto, en el Código de Vélez (originario) los valores se tomaban a la época de la donación; pero con la reforma de la ley 17.811 (1968) aquella se corrió fijándola en la fecha de la muerte del causante. El actual CCCN expresamente dispone lo siguiente: *el valor se determina en la partición según el estado del bien a la época de la donación (artículo 2385); y agrega, el heredero obligado a colacionar no debe los frutos de los bienes sujetos a colación, pero debe los intereses del valor colacionable desde la notificación de la demanda (artículo 2394).*

Pero esto no es todo ... el Código agrega lo siguiente: *en todos los casos para la colación y el cálculo de la legítima, se debe tener en cuenta el valor de los bienes al tiempo en que se hacen las donaciones apreciado a valores constantes (artículo 2418).*

O sea, el valor colacionable se determina según el estado del bien a la fecha de la donación apreciado a valores constantes más intereses, quedando los frutos en poder del donatario.

El CCCN regresa al modelo de Vélez (originario) pero, manteniendo el valor actual de la legítima en moneda constante. Tengamos presente que el fundador, en el caso que estamos comentando falleció en el año 2014 siendo de aplicación las normas del Código Civil (Ley 17.811) esto es, a la fecha de la muerte del causante.

Ahora bien, siendo la donación (inoficiosa) una herramienta eficiente de planificación patrimonial empresaria, resulta vital entender cómo impacta esta fórmula de valor en el diseño de dicha planificación; y como puede impactar en los incentivos económicos del heredero gestor. En definitiva, se trata de que el heredero legitimario perjudicado (el Free Rider) no se apropie injustificadamente de valores que él no ha generado, ni contribuido a su generación. No sea cosa que, por portar apellido, pretenda apropiarse de una creación de valor que no le pertenece⁷.

Veamos ...

A. Ventajas y desventajas del modelo ley 17.811

Sin duda, la principal ventaja de este modelo es que permite tomar el valor presente de la empresa a la fecha del fallecimiento del causante, sin importar cuándo se celebró la donación.

⁷ Y esto que digo lo digo, sin importar si la gestión empresaria es familiar (o no).

Con esta fórmula jurídica se zanja la complejidad de tener que valorar empresas según su pasado mirando para atrás; aspecto técnico bastante complejo, por cierto.

Ahora bien, este beneficio se cobra un precio muy elevado; esto es, que el heredero legítimo perjudicado se termina apropiando de un mayor valor que no contribuyó a generar, inclinándose la balanza en perjuicio del donatario.

Está claro que las empresas tienen un valor intrínseco generado por la calidad del Management, la gestión eficiente de los recursos y sus perspectivas de generar *Free Cash Flow* para los accionistas; ganancias que, como expliqué más arriba, suelen reinvertirse en la propia empresa. El modelo de concentración de riesgo lleva, necesariamente, al propio apalancamiento financiero.

Es importante destacar aquí que en el modelo de empresa familiar de capital concentrado como es el caso que aquí comento, el control accionario es el principal incentivo a la creación de valor, la gestión eficiente, la maximización de las ganancias y su reinversión. Es importante señalar este aspecto para despejar aquellas posiciones que sostienen que el gestor familiar debe ser compensado con una remuneración. Lamento informar que no funciona así en las empresas familiares, sean estas argentinas, polacas o españolas. El familiar que gestiona y lidera la empresa no sólo necesita concentrar el poder y retener el control accionario; sino que, exige dicho control como compensación por su esfuerzo, dedicación y exclusividad. El control paga una prima.

En el modelo de capital concentrado, el capital financiero y el capital humano se fusionan y no admite diferencias en la *mindset* del empresario familiar. Es precisamente por la concentración de riesgo que aquel exige retener el control especulando que en algún momento aquella prima será compensada. No seamos ingenuos de creer que el heredero gestor se levanta a la mañana a cambio de un sueldo, un bonus o un viaje a Disney en familia.

Pues bien, en el modelo de la reforma 17.811 el legislador no vio estos inconvenientes, ni supo anticipar el efecto expropiatorio de dicha fórmula de valor. Bajo este modelo, el donatario se ve forzado a restituir una porción del valor creado por él. Así las cosas, el modelo de la Ley 17.811 crea dos derechos patrimoniales que se oponen generando profundas injusticias. Por un lado, la legítima que busca proteger el derecho patrimonial del heredero legítimo; y por otro, la acción de colación que termina expropiando valor de manera injustificada perjudicando derechos patrimoniales del heredero donatario.

O sea, el heredero (legítimo) y el donatario (beneficiario), ambos se ven perjudicados en sus derechos de propiedad.

B. Ventajas y desventajas del modelo CCCN

La principal desventaja de este modelo tiene que ver con la complejidad de valuar empresas con un espejo retrovisor. Resulta interesante imaginar cómo hacemos para tomar un valor histórico de bodegas Zuccardi (1992) en moneda constante (2014).

Tal como he expresado en una anterior ponencia⁸ el legislador imaginó esta fórmula para otro tipo de bienes o activos; tales como propiedades inmobiliarias, rodados u otros bienes transables con valores conocidos en épocas pasadas. No será difícil averiguar el precio histórico aproximado de un campo, un departamento o un taxi; pero resulta sumamente difícil (por no decir casi imposible) conocer el valor histórico (real) de una empresa cerrada familiar. No tengo la menor sospecha de que cualquier informe de valuación histórico de una empresa en marcha, por más fundado que esté, sus conclusiones se basaran en pura conjetura y especulación con un alto grado de error. Si esto es así, el informe pierde solidez y seriedad.

Teniendo en cuenta que las empresas (en marcha) se valúan por sus expectativas de ganancias futuras (x EBITDA) resulta sumamente complejo valuar una empresa en base al criterio histórico actualizado en moneda constante⁹. O sea, vamos para atrás (1992) para luego calcular del EBITDA x y ese resultado descontarlo a una tasa para aplicar la fórmula de Valor Actual Neto.

En síntesis, en el modelo de la Ley 17.811 el heredero legitimario estaría capturando un valor (actual) que no le corresponde, mientras que en el modelo del CCCN el heredero legitimario estaría capturando un valor (histórico) en moneda constante + intereses - ganancias. La diferencia de ambos modelos salta a la vista.

Sin duda, la actual fórmula incentiva a realizar la donación (inoficiosa) puesto que, cuánto más lejos esté la fecha de la donación de la fecha de partición, menos chances de capturar valor (actual) tendrá el heredero legitimario.

Un dato relevante: esta fórmula incentiva al heredero gestor a crear valor por encima de la inflación o tasa de descuento; de lo contrario, compartirá la ganancia con el heredero legitimario.

V. La gestión del fundador y la relación de control

El caso “Zuccardi” como el precedente “Neuhauss” ponen de relieve un tema muy caro para las empresas familiares: el valor del trabajo aportado por los socios en el proceso de creación de valor.

⁸ *Donación de acciones. Colación y valuación. El 2418 del CCyC. Nota al caso “Neuhauss”.* Augusto VAN THIENEN. Working Paper CEDEFIaw <https://www.cedeflaw.org/pdfs/2017551090-168.pdf>

⁹ Este método valoriza en el tiempo los flujos de fondos que genera la empresa tomando a tal efecto el beneficio operativo (EBITDA) que surge del estado de resultados. Dicho EBITDA se lo multiplica por cierta cantidad de períodos (múltiplos) con el objetivo de estimar un flujo de caja proyectado. A la suma total de estos flujos proyectados se le aplica una tasa de descuento (costo de oportunidad) para, precisamente, traer a hoy el valor de los flujos de fondos: valor actual. Augusto VAN THIENEN. Ob. cit 5.

En el precedente Neuhauss el heredero beneficiario de la donación pretendió descontar del valor de la legítima, el valor aportado por aquel como gestor de la empresa familiar; argumento rotundamente rechazado por el tribunal. En el caso Zuccardi la Suprema Corte de Mendoza abordó el tema desde un ángulo diferente y, al mismo tiempo, preocupante, argumentando que el mayor valor generado por el fundador en su rol de ejecutivo debe repartirse entre los herederos.

El tribunal, sostiene lo siguiente: “*Siendo frecuente que el causante done parte de su empresa a uno de sus herederos legitimarios, habrá de merecer especial consideración determinar si el causante ha conservado, en parte o en todo el control de la empresa y si ha gestionado o cogestionado la misma, a la par del donatario*”. Y remata ... “*En esta hipótesis, de haberse incrementado el valor de la empresa, dicha plusvalía beneficiará simétricamente al conjunto de los herederos...*”

Mientras en el caso Neuhauss el tribunal rechazó el descuento de la plusvalía generada gracias a la gestión del heredero, en el precedente Zuccardi el tribunal justifica dicha plusvalía distribuyéndola entre todos los herederos. Pero lo cierto es que no corresponde sumar, ni restar dicho valor dado que la gestión exitosa (o no) hace al valor intrínseco del activo. Me pregunto: ¿Qué pasa si la gestión es no familiar? ¿Qué pasa si en vez de crear valor se destruye valor? En síntesis, la Suprema Corte de Mendoza en este punto equivoca su análisis.

Para fundar su decisión en cuanto a que el mayor valor de la empresa correspondía ser distribuido a prorrata entre todos los herederos el máximo tribunal basó su postura en estos elementos de prueba: 1) los donatarios mantendrán a los donantes en sus funciones en forma vitalicia. 2) la voluntad del causante es mantener la unidad de gestión de las empresas, 3) ninguna prueba surge de autos que permita afirmar que el fundador no tenía injerencia alguna en el desenvolvimiento de las empresas aun luego de realizada la donación y 4) aún luego de la donación el fundador continuó percibiendo honorarios como director de la bodega.

Poco y nada tiene que ver los argumentos sostenidos por el máximo tribunal para justificar la distribución del mayor valor de la empresa entre 1992 y 2014.

VI. Externalidades (negativas) del modelo sucesorio argentino

Como vengo insistiendo desde el inicio de estas reflexiones, la principal externalidad negativa del modelo sucesorio argentino es seguir manteniendo el modelo imperativo de legítima hereditaria.

Sin duda, a partir de este instituto (perverso) se derivan muchas consecuencias no deseadas ya explicadas, pero que bien vale la pena volver a mencionar: *la legítima hereditaria genera en el heredero (rentista) expectativas patrimoniales desmedidas con derecho a reclamar su parte como si fuera el Gordo de Navidad.*

La acción de colación o reducción busca proteger el valor de la legítima del heredero desposeído sin importar si lo que está en juego son dos lotes baldíos en el medio de un médano, o una empresa en marcha. El código no distingue, pero tampoco distinguen los jueces, y el caso que comento es prueba de ello.

Es notorio que, pudiendo el fundador disponer de todos sus bienes en vida gastándose toda su fortuna (sin llegar al extremo de la acción de prodigalidad) esa misma libertad se vea coartada cuando este empresario desea planificar su sucesión.

Si el empresario, en vez de vender decide planificar cediendo la empresa a los herederos que considera idóneos, aquel se ve obligado a compensar valores equilibrando hijuelas. ¿Por qué?

O sea, el empresario preventivo y ordenado que dese anticiparse y planificar su sucesión debe, necesariamente, garantizar la consistencia patrimonial de la legítima de todos sus herederos forzosos; caso contrario, el heredero perjudicado tendrá derecho a *patear el tablero* en cualquier momento dentro de los 10 años del fallecimiento. ¿Por qué?

Esta dilatación del plazo de prescripción, duplicando el plazo normal para reclamar cualquier otro derecho de crédito, es prueba elocuente de esto afirmo; esto es, la excesiva protección de los derechos patrimoniales de los herederos forzosos. ¿Por qué?

Semejante grado de protección patrimonial agrega incertidumbre a la planificación generando una profunda distorsión de incentivos que terminan reduciendo el valor de la empresa. ¿Están los herederos gestores incentivados a generar valor? Tal vez, ésta, sea una de las principales externalidades negativas del modelo de legítimas que vengo cuestionando y cuyos efectos son imperceptibles.

Si el valor de la donación se fija a la fecha en que se realizó la liberalidad, ajustada en moneda constante más intereses, esta fórmula determinará los incentivos y, por lo tanto, el esquema de planificación. Si la creación de valor (medido en moneda constante) supera los intereses, entonces el heredero gestor habrá ganado; caso contrario, parte del valor le será injustamente expropiado.

La fórmula de valor del CCCN excluye los frutos; o sea, las ganancias generadas por el negocio. En este punto no queda claro si dichos frutos aluden a ganancias distribuidas (dividendos) o ganancias pasadas a reserva que, año a año, terminan incrementando el valor patrimonial de la empresa. Tengamos presente que, cualquiera sea el método de valuación, el valor de libros es el valor mínimo de una hacienda empresaria.

Para concluir, el instituto de la legítima hereditaria y la acción de colación por el plazo de 10 años valuando los bienes en moneda constante más intereses es un modelo que no solo coarta la libertad de planificación sucesoria; sino que, además, generara incertidumbre. El heredero

legitimario siempre tendrá derecho a cuestionar la equidad de la planificación; incluso, cuando la haya consentido, tal como lo prueba este expediente¹⁰.

VII. Hablemos sobre planificación sucesoria y violencia de género

No puedo dejar de señalar, la profunda sorpresa y consternación que ha causado en mí, toparme con argumentos sobre violencia de género absolutamente extraños a un pleito sucesorio, “*tirado de los pelos*” y “*atados con alambre*” buscando empatizar con la parte actora (mujer) quien habría sido víctima, padeciendo violencia de género y, por lo tanto, excluida de la bodega.

O sea, a partir del precedente Zuccardi el fundador no solo tendrá coartada su libertad de planificar a causa de la legítima hereditaria y las acciones de compensación; sino que, ahora, se suma la doctrina sobre violencia de género.

Pero lo más grave es que la Suprema Corte de Mendoza avaló la existencia de violencia de género a partir del trato discriminatorio manifestado en los siguientes actos:

1. **Acto de fecha 13/12/1991.** Manuscrito que refleja la intención de los padres en la distribución de los bienes. Allí, ambos dejan saber su clara finalidad de “*premiar al más creativo, al más innovador*” y, por ello, sostienen que se necesita de un “*buen trabajo de dirección y especialmente conducción, ya que las transformaciones que los tiempos han traído exigen un trabajo lleno de dedicación y sabiduría*”. Además, agregan “*la bodega es una empresa muy sensible que debe ser manejada con manos y mentalidad avezadas y con gran dedicación*”
2. **Acto de fecha 23/03/1992.** Al donar los bienes se distribuyen dos empresas constructoras entre los tres hermanos, pero únicamente al varón le dejan el 87,46% del paquete accionario de la bodega.
3. **Mediador año 2000.** Los conflictos familiares llegaron a tal dimensión que la familia recurrió a un mediador. Respecto del hijo varón se habría informado lo siguiente: el hijo varón aparece como el “*continuador del mandato familiar-laboral*” siendo el “*el más apto para cuidar las empresas*”; mientras que respecto de la actora (mujer) se informó lo que sigue: si bien “*es muy valorada por su inteligencia y capacidad, tiene una vocación*

¹⁰ El lector interesado puede ver *Anatomía del pacto de herencia futura, valuación de los bienes y régimen de compensaciones: ¿Un pacto sin futuro?* Augusto VAN THIENEN. Working Paper CEDEFIaw <https://www.cedeflaw.org/pdfs/20201112123556-192.pdf>. Fideicomiso de planificación patrimonial con efecto sucesorio. Legítima vs orden público. Augusto VAN THIENEN. Working Paper CEDEFIaw <https://www.cedeflaw.org/pdfs/20200630152711-191.pdf>. En este último paper cuestiono la doctrina del caso Cardenau donde la CCivil y Com de Necochea cuestionó la licitud de un fideicomiso de planificación sucesoria donde el heredero aceptó asumir el rol de fiduciario, pero cuestionó años más tarde y una vez fallecido su padre, que dicho fideicomiso terminaba perjudicando su legítima. Sucede que los hijos del fiduciario (nietos del fundador) eran los únicos beneficiarios del mencionado fideicomiso. Otra prueba acabada de la exagerada protección judicial de los derechos patrimoniales de los herederos.

política muy fuerte y un carácter rebelde y contestatario siendo muy difícil de asimilar para hacerla compatible con la conducción y el trabajo empresario, que requiere esfuerzo, tenacidad y una total entrega”. Se destacó su carácter señalando lo siguiente: “se les vuelve inmanejable, incontrolable y por lo tanto también incompatible con la continuidad que requiere este traspaso anticipado de las empresas”

En base a estos elementos de prueba el tribunal concluyo lo siguiente:

1. En el ámbito empresarial es donde más se constatan situaciones en las cuales se impide a las mujeres acceder a cargos de dirección y decisión.
2. Sus padres no consideraron que tuviera la capacidad, la aptitud, la creatividad y la tenacidad para llevar adelante la empresa familiar (...) cualidades todas que encontraron sólo en el hijo varón.
3. La actora, por el sólo hecho de ser mujer, recibió un trato desigual en la distribución de los bienes familiares.
4. Lamentablemente, la actora nació mujer, inmanejable, incontrolable, rebelde, contestataria, siendo más conveniente para toda la familia alejarla de los asuntos de la empresa.

No descarto que en el ecosistema empresarial existan conductas discriminatorias que impidan a la mujer llegar a cargos de dirección (el llamado Techo de Cristal), y está claro que en la actualidad hay una clara tendencia hacia un equilibrio; pero, siempre, basado en la capacidad de las personas, y no, en su sexo.

Me pregunto si, más allá de la condición sexual, usted le daría la gestión de su empresa a una persona *inmanejable, incontrolable, rebelde y contestataria*; cualidades absolutamente contrarias a las de una persona que debe compartir la gestión o liderar los destinos de una empresa (sea familiar o no).

En este punto vale la pena retomar aquello que mencioné más arriba sobre la matriz de riesgo de las empresas familiares. Es precisamente por esa matriz de alta concentración de riesgo que el fundador decide ceder el control de la empresa a aquellos herederos que le garanticen y aseguren no sólo la continuidad; sino, la toma de decisiones controladas y de bajo riesgo. Hay un dato subjetivo o emocional que no puede pasar inadvertido: *a medida que el fundador crece en edad y sabiduría, se vuelve más conservador en su toma de riesgo*. La sucesión de la empresa es una decisión estratégica de sumo riesgo que busca asegurar no sólo la gestión pacífica del negocio familiar; sino, además, los ingresos futuros del fundador. No olvidemos que dentro del plan

sucesorio se habría pactado una renta vitalicia asegurando un ingreso futuro para el padre y la madre. Podríamos especular con lo siguiente: una persona rebelde y contestaria aumenta el riesgo de perder ese beneficio.

En este punto quiero detenerme un minuto sobre la personalidad de la actora como persona *rebelde, contestaria, incontrolable e inmanejable*, dado que dicha personalidad aparentemente compleja pudo ser un determinante no sólo para la exclusión de la bodega; sino que, pudo ser un factor de distanciamiento afectivo y emocional con sus progenitores. Bien pudo el fundador excluir al heredero por este motivo subjetivo y afectivo y sin importar si estamos frente a un varón, una mujer o alguien perteneciente a la comunidad LGTB.

Es lícito que un padre o una madre excluya de la herencia a aquellos hijos cuyos lazos de afecto se encuentran dañados o profundamente lastimados. Frente a esta realidad, sólo cabe colacionar.

Sin embargo, en el caso que comento, la actora sólo fue excluida de la bodega y le fueron cedidas participaciones societarias en dos empresas constructoras. Evidentemente, en opinión del fundador, la personalidad rebelde y contestaria estaría más alineada con los ladrillos y el cemento, que con un buen vino de montaña del Valle de Uco.

En síntesis, el fundador debe tener la más absoluta libertad para elegir y seleccionar a los herederos que posean las cualidades personales y profesionales para gerenciar, dirigir y liderar los destinos de la empresa, sin importar el género o el sexo.

A. Régimen de atribución preferente y la doctrina Zuccardi

Es importante analizar esta preocupante doctrina frente al régimen de atribución preferente del CCCN. No sea cosa que, a partir de la *Doctrina Zuccardi* pongamos en jaque este sistema de selección.

Recordemos que el CCCN admite que el fundador pueda asignar las participaciones societarias a favor de aquellos herederos considerados “preferentes”, en particular, aquellos vinculados con la gestión de la empresa familiar. Más allá de las críticas que este sistema pueda merecer, y que he comentado en una anterior oportunidad¹¹, está claro que la doctrina Zuccardi puede hacer trizas este instituto bajo el argumento de que la atribución preferente está viciada de violencia de género.

B. Doctrina Zuccardi y pacto de herencia futura

¹¹ 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) Augusto VAN THIENEN. Workin Paper CEDElaw <https://www.cedeflaw.org/pdfs/20175319917-152.pdf>.

Descartada la aplicación de la teoría basada en género, resta por analizar los efectos del precedente Zuccardi frente a los pactos de herencia futura. Y destaco esto, dado que nos encontramos frente a un precedente que avala la conducta oportunista de: “tiremos del mantel”.

En efecto, aun habiendo firmado los acuerdos de partición mediante donación y otros pactos, la actora se sintió con derecho a “tirar del mantel” contradiciendo su conducta. Avalar esta conducta contradictoria, aun cuando, los valores sean “notorios” y “excesivos”, pone un manto de duda sobre la eficiente planificación patrimonial de la sucesión cuando tenemos, entre manos, una empresa en marcha.

Recordemos que el pacto de herencia futura puede ser declarado nulo si aquel violenta la legítima hereditaria. O sea, no se trata de compensar valores por colación sino, de la nulidad de la planificación.

¡Siendo esto así, el precedente Zuccardi enciende una luz de alarma!

VIII. Mis conclusiones

Queda en evidencia la conducta oportunista del heredero que, invocando desproporción de valores y violencia de género intenta dejar sin efecto una planificación sucesoria que funcionó muy bien durante más de 20 años, permitiendo al fundador junto a su hijo, crear valor posicionando a la marca Zuccardi entre una de las bodegas más prestigiosas, compitiendo con marcas internacionales.

El precedente Zuccardi confirma mi tesis de que la donación (inoficiosa) es una herramienta de planificación eficiente cuando se trata de planificar la sucesión de empresas familiares permitiendo conservar el control de la gestión y el capital, compensando el valor (histórico) de la legítima.

La fórmula de valor para colacionar propuesta por el CCCN puede servir de incentivo económico para una adecuada planificación de la sucesión, cuando hablamos de empresas familiares.

Un dato me llama poderosamente la atención en este caso: quien demandó invocando violencia de género solicitando la restitución de las acciones mediante la acción de reducción, terminó acordado un pago en dinero. Parece entonces que, aquel aspecto vinculado a la discriminación por género no resultó ser tan relevante a la hora de compensar. En definitiva, el instituto de la legítima puso precio a los vínculos familiares.

Resulta extraño que la Suprema Corte de Justicia de Mendoza no haya dictado sentencia utilizando lenguaje inclusivo. Hubiera sido más coherente.

Espero que estas reflexiones sean de utilidad.