

La empresa familiar en el derecho argentino a la luz del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Mauricio BORETTO*

RESUMEN: Antes de la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en la República Argentina, al momento de planificar o ejecutar el tránsito generacional en la gestión y en la sucesión en la propiedad de la empresa familiar, la normativa aplicable solo aparecía tutelando los intereses individuales de los sujetos integrantes de la familia, considerándolos como propietarios “herederos” con derechos de orden público a tomar inmediata posesión de su porción “legítima” de la herencia en especie y a exigir en cualquier tiempo la partición, sin atender a la existencia de la empresa familiar como tal, y a la necesidad de su tutela y continuidad. Por el contrario, el nuevo régimen de Derecho privado sí prevé una serie de institutos novedosos en materia de contratos, sociedades, derecho de familia y sucesiones, de las que resulta un nuevo marco legal que es muy positivo para el mejor funcionamiento y continuidad de la empresa familiar.

PALABRAS CLAVES: Empresa familiar; propiedad; herederos; socios; generación; orden público; autonomía de la voluntad; sucesiones; contratos; régimen patrimonial del matrimonio.

SUMARIO: 1. Punto de partida; – 2. Régimen anterior al Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación; – 3. Panorama según el Nuevo Código Civil respecto de la empresa familiar; – 4. Conclusiones; – 5. Bibliografía.

TITLE: Family Enterprise in Argentinian Law According to the New Civil and Commercial Code of the Nation

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Univ. Nac. de Córdoba). Especialista en Sindicatura Concursal (Univ. Nac. de Cuyo). Especialista en Docencia Universitaria (Univ. Nac. de Cuyo). Especialista en Derecho de Daños (Univ. Nac. del Litoral). “XI Premio de Derecho Privado CASTAN TOBEÑAS” (Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, España). “Premio Joven jurista 2007” (Academia Nacional de Ciencias Jurídicas y Sociales de Córdoba). Premio Joven mendocino destacado (Consejo Empresario de Mendoza, 2006). Profesor de la asignatura “Derecho privado VIII” (títulos de crédito y concursos) y Derecho Privado IV” (Derecho de los contratos) (Facultad de derecho, Univ. Nac. de Cuyo). Profesor de la cátedra de “Introducción al Derecho Privado” (Facultad de Ciencias Económicas, Univ. Nac. de Cuyo). Publicaciones Internacionales: Chile (Editorial Jurídica de Chile), México (*Revista Lex Negotii*), España (*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* y *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*), Francia (*Revista Juris-Unión Internacional des Huissiers de Justice*), Rusia (ИПАКТНКА НСНОЮНТЕЮБНОТО ИПОНЗБОУИСТВА), Brasil (civilistica.com) e Italia (*Comparazione e Diritto Civile*). Autor de doce libros: entre otros, “Las garantías autoliquidables” (Rubinzal Culzoni), “Concurso, fideicomiso de garantía, cesión de crédito en garantía y descuento bancario” (Ad- Hoc), “Reformas al Derecho Privado Patrimonial en el Código Civil y Comercial: primeras aproximaciones y análisis críticos” en coautoría con Francisco Junyent Bas (Errepar), *Manual de Derecho Privado* en coautoría con Aida Kemelmajer de Carlucci (Facultad de Ciencias Económicas, Univ. Nac. de Cuyo). Publicaciones nacionales: más de noventa artículos publicados en la revista *La Ley*, *El Derecho*, *Jurisprudencia Argentina*, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, entre otras. Se desempeñó como consultor y asesor sobre la temática de las “garantías a primera demanda” o “garantías a primer requerimiento” o “garantías unilaterales” de la Subcomisión de “garantías patrimoniales (reales y personales)”, designada por la “Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación” (decreto presidencial 191/2011). Profesor invitado para el dictado de Cursos y Posgrados de la Universidad Nacional de Cuyo, Universidad de Mendoza, Universidad de Palermo (Buenos Aires), Universidad Austral (Buenos Aires), Universidad Católica de Córdoba, Universidad Católica de San Juan y Universidad de Chile. Miembro pleno del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal. Miembro del Instituto de Derecho Empresario de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas y Sociales de Buenos Aires. Evaluador experto CONEAU.

ABSTRACT: Before the entry into force of the new Civil Code in Argentina, at the time of planning the generational transit in the management and in the succession in the ownership of the family business, the applicable legislation only appeared protecting the individual interests of the members of the family, considering them as heirs with rights of public order to take immediate possession of their legitimate portion of the inheritance in kind and to demand at any time the partition without considering the existence of the family business as such and the need for its guardianship and continuity. On the contrary, the new private law regime provides for a number of novel institutes in terms of contracts, societies, family law and succession, which is a new legal framework which is very positive for better functioning and continuity of the family business.

KEYWORDS: Family business; property; heir; member; generation; public order; autonomy of the will; succession; contracts; regime of the marriage.

SUMARIO: 1. Starting point; – 2. Regime before the New Civil and Commercial Code of the Nation; – 3. Panorama according to the New Civil Code relating to family enterprise; – 4. Conclusions; – 5. Bibliography.

1. Punto de partida¹

Hay “empresa familiar” cuando los integrantes de una familia dirigen, controlan y son propietarios de una empresa, que constituye su medio de vida, tienen la intención de mantener tal situación en el tiempo y hay marcada identificación entre la suerte de la familia y de la empresa

La empresa familiar tiene enorme importancia económica, social y moral reconocida en todo el mundo. Presenta grandes fortalezas -que las hace más exitosas que las no familiares- cuando están debidamente organizadas.

Cuando ello no ocurre, presentan debilidades originadas:

- principalmente de su informalidad,
- de la falta de profesionalización,
- de la falta de planeamiento de la sucesión,
- de la inexistencia de canales idóneos de comunicación y
- fundamentalmente, de la confusión de límites, de fondos y de roles entre la familia y la empresa.

¹ FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M., “La Empresa Familiar Frente al Nuevo Código Civil y Comercial”, <<http://www.favierduboisspagnolo.com>>; HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastian (dir.): *Código civil y comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, editorial del Ministerio de Justicia, 2015; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y BORETTO, Mauricio, “Manual de Derecho Privado”, EUDEBA – Rubinzal Culzoni, Bs. As.; LORENZETTI, Ricardo L. (dir.): *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2015; VAN THIENEN, Pablo, “La atribución preferencial de la empresa familiar a favor de los herederos: Cómo funciona?”, <<http://www.cedeflaw.com>>.

Ello crea la necesidad de acudir a procedimientos y herramientas que permitan brindarle una debida sustentabilidad de modo de posibilitar su continuación, principalmente al pasar a manos de las siguientes generaciones.

2. Régimen anterior al Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación²

a. Introducción

El derecho privado argentino relativo a los contratos, las sociedades, la familia y las sucesiones no implicaba un marco legislativo propicio para las empresas familiares y no poseía normas específicas que dieran sustento legal a su adecuado funcionamiento y a su continuación en el tiempo.

En la práctica, aun cuando luego de un arduo trabajo con la ayuda de un consultor, la familia empresaria lograba superar la confusión entre familia y empresa, estructurarse, profesionalizarse, crear sus órganos de gobierno empresarial (directorio) y familiar (consejo de familia), articular un plan de sucesión en la gestión y en la propiedad, y suscribir un acuerdo familiar o “protocolo de empresa familiar”; tales progresos en los planos de la gestión y de la familia se veían dificultados en el área jurídica por la falta de un marco legal favorable y/o por la existencia de normativa restrictiva.

b. Problemas que presentaba el régimen anterior

En su funcionamiento legal, las empresas familiares afrontaban importantes contingencias societarias derivadas de considerar al socio familiar como un “inversor”, lo que las lleva a gravosos conflictos.

Afrontaban también contingencias laborales y previsionales en la medida en que se consideraba administrativamente al familiar que trabajaba como a un tercero “dependiente”.

Asimismo, experimentaban contingencias fiscales, en tanto en muchos casos se pretendía desde el Fisco gravar como “transmisión” lo que es una simple continuidad empresaria en el tiempo.

² FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M., “La Empresa Familiar Frente al Nuevo Código Civil y Comercial”, <<http://www.favierduboisspagnolo.com>>.

La situación se agravaba:

- frente al supuesto de divorcio de algún socio familiar por el régimen patrimonial conyugal de ganancialidad absoluta, el que podía convertir al excónyuge no familiar en socio de la empresa familiar, con los consecuentes problemas, y
- por la imposibilidad de pactar un régimen patrimonial para el matrimonio y/o para el eventual divorcio

Al momento de planificar o ejecutar el tránsito generacional en la gestión y en la sucesión en la propiedad, la normativa sucesoria aplicable solo aparecía tutelando los intereses individuales de los sujetos integrantes de la familia, considerándolos como propietarios “herederos” con derechos de orden público a tomar inmediata posesión de su porción “legítima” de la herencia en especie y a exigir en cualquier tiempo la partición, sin atender a la existencia de la empresa familiar como tal, y a la necesidad de su tutela y continuidad.

Todos estos problemas hacían necesarias reformas legales que favorecieran el funcionamiento y continuidad de las empresas familiares, tanto en el ámbito “marco” del derecho de privado, como en el propio de la empresa familiar.

3. Panorama según el Nuevo Código Civil respecto de la empresa familiar³

El nuevo código no incluye una legislación especial en materia de empresa familiar que regule, por ejemplo, su reconocimiento, la definición legal, el principio de tutela y la reglamentación del protocolo de la empresa familiar con su publicidad y efectos.

No obstante, sí prevé una serie de institutos novedosos en materia de contratos, sociedades, derecho de familia y sucesiones, de las que resulta un nuevo marco legal que es muy positivo para el mejor funcionamiento y continuidad de la empresa familiar.

³ FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M., “La Empresa Familiar Frente al Nuevo Código Civil y Comercial”, <<http://www.favierduboisspagnolo.com>>; HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastian (dir.): *Código civil y comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, editorial del Ministerio de Justicia, 2015; LORENZETTI, Ricardo L. (dir.): *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2015.

a. Régimen legal de los contratos

a.1. Admisión del pacto sobre herencia futura cuando se trata de una empresa familiar

Es una de las modificaciones más trascendentes para la empresa familiar en tanto permitirá la mejor programación de la sucesión en la propiedad de la empresa.

Según el artículo 1010 CCyC sobre “Herencia futura”: existe una regla y una excepción.

- **REGLA:** La herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares, excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición legal expresa.

- **EXCEPCIÓN:**
 - ◆ 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

La norma atiende a la necesidad de facilitar la sucesión en la empresa familiar permitiendo al fundador transmitirla solo a los herederos con vocación de continuar la empresa, excluyendo a los demás.

Reconoce como antecedentes el “pacto de familia” de la ley italiana del 14-2-2006, nro.55, art.2º, que introduce los arts. 678bis a octavo (similar a la francesa), y el art. 1056, segunda parte, del código civil español, reformado por la ley 7/2003.

El “pacto de herencia futura” aparece como una convención accesoria de un “acuerdo de socios” entre herederos, vale decir que no podrá ser autónomo, sino que deberá estar dentro o vinculado directamente a un “protocolo familiar”.

a.2. Fortalecimiento del valor legal del “protocolo de la empresa familiar”

El Protocolo es un acuerdo marco de las relaciones de familia, propiedad y empresa, con valor moral y, en algunos casos, con limitado valor legal entre partes, discutiéndose su obligatoriedad para los herederos.

Como regla, el Protocolo no tiene valor frente a terceros, salvo que se incluyan sus previsiones en los estatutos o reglamentos societarios inscriptos, o en fideicomisos u otros contratos traslativos de la propiedad.

El nuevo Código incrementa el valor legal del Protocolo entre partes y frente a terceros conforme a cuatro normativas:

◆ En primer lugar:

- Por la admisión del “pacto de herencia futura” en el art. 1010 CCyC donde alude a *“Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de gestión empresaria o a la prevención o solución de conflictos...”*. Inequívocamente se refiere, aún sin nombrarlo, al protocolo de empresa familiar y, por ende, le da rango de contrato que incluye a disposiciones especiales con efectos entre partes y frente a terceros.

◆ En segundo término:

- el Protocolo debe ser incluido en la categoría de los “contratos asociativos” del art. 1442 y siguientes CCyC ya que es tanto “de colaboración” como “de organización” y también “participativo”, con una clara “comunidad de fin”: el funcionamiento y la continuidad de la empresa familiar. Estos contratos tienen libertad de formas (art. 1444), de contenidos (art. 1446) y “producen efectos entre las partes” aunque no estén inscriptos (art. 1447).

◆ En tercer lugar:

- por las normas sobre sociedades “informales” que permiten la invocación entre socios e inclusive la oponibilidad de las cláusulas frente a terceros que las conocían al contratar, respecto de contratos no inscriptos (arts. 22 y 23 de la ley general de sociedades 19.550). Los “protocolos familiares” que solo contemplan aspectos emocionales,

vinculares, de comunicación y de gestión, debe necesariamente adicionarse a un “pacto de socios”, como contrato, que le brinde valor legal.

◆ Finalmente:

- El art. 1024 CCyC, contempla la extensión activa y pasiva de los efectos del contrato a los sucesores universales, salvo inherencia, incompatibilidad o prohibición, lo que autoriza a trasladar los efectos del protocolo a los herederos.

a.3. Fideicomiso societario integrado exclusivamente por miembros de la familia empresaria

El fideicomiso accionario es uno de los mejores instrumentos para la ejecución del protocolo de la empresa familiar en la medida que permite que las cláusulas y previsiones del Protocolo constituyan las “instrucciones” del fundador, como fiduciante, dadas al fiduciario ejecutor.

Una de las mayores resistencias de la familia empresaria es cultural ya que no admite que un no familiar tenga tanto poder como el fiduciario de administrar las acciones, votar en las asambleas, elegir autoridades y disponer sobre honorarios y dividendos.

El art. 1671 CCyC establece que tanto el fiduciante, el fiduciario o el fideicomisario pueden ser beneficiarios.

La cuestión zanja una discusión durante la ley 24.441 en la que la doctrina mayoritaria entendía que el fiduciario no podía ser al mismo tiempo beneficiario, lo que ocurre generalmente en el fideicomiso financiero donde el acreedor bancario es fiduciario y beneficiario, por implicar necesario conflicto de intereses.

En materia de empresas familiares la reforma es buena ya que permitirá que, dentro del mismo grupo de la familia empresaria, uno de los herederos beneficiarios del plan de sucesión en la propiedad de la empresa, sea a la vez el fiduciario encargado de cumplir la manda del protocolo.

Al no exigirse la inmixión de un tercero no familiar en la propiedad fiduciaria, las posibilidades de aceptación de este fideicomiso por la familia son mucho mayores, además del abaratamiento de los costos.

Otra ventaja del fideicomiso societario es que el eventual conflicto de intereses puede ser debidamente controlado por los restantes beneficiarios familiares no fiduciarios. Si bien es cierto que el “fiduciario” y “beneficiario” familiar no podrá ser también “fideicomisario” (art. 1672, primer párrafo, in fine, CCyC), ello sigue permitiendo que tenga ese rol algún familiar no llamado a la sucesión generacional, como puede ser el caso de la madre.

a.4. Procedencia del arbitraje para dirimir los conflictos en las cuestiones patrimoniales de familia

El CCyC regula al “contrato de arbitraje” (arts. 1649 a 1665).

Si bien entre las controversias excluidas del arbitraje incluye expresamente a “...las cuestiones de familia...” (art. 1651), ello no obsta a que las cuestiones patrimoniales propias de la propiedad de la empresa y de su gestión puedan expresamente ser sometidas a arbitraje.

Se refuerza la validez de las cláusulas arbitrales para resolver conflictos en la empresa familiar y la conveniencia del mecanismo del arbitraje que pueden poseer grandes ventajas sobre el judicial en materia de agilidad, confidencialidad y especialidad.

b. Fortalecimiento del estatuto legal de las sociedades familiares “informales”

El nuevo texto de la ley general de sociedades (19.550) cambia fundamentalmente el régimen de la “empresa familiar informal”, o sea, aquella que -por falta de profesionalización- no acudió a instrumentarse como una sociedad “típica” (SRL, S.A., etc.) y, por ende, se regulaba antes del CCyC por las reglas de las “sociedades de hecho” (arts. 21 a 26 ley 19.550)

El nuevo texto modifica tales artículos para crear una nueva categoría societaria a la que denomina “de la Sección IV”, y que se corresponde al concepto de “sociedades informales” y agrupa, en una misma regulación, a las que hoy son las “sociedades civiles”, las “sociedad de hecho o irregulares” y las sociedades “nulas o anulables por atipicidad o falta de requisitos formales”.

A diferencia del régimen anterior al CCyC, la ley 19.550 -en su nuevo texto- establece que el contrato sí puede ser invocado entre los socios y sus cláusulas pueden oponerse

contra los terceros que las conocían al contratar, incluso respecto de quién representa a la sociedad, todo lo que evita conflictos entre los socios y también con terceros.

También la sociedad podrá adquirir bienes registrales a su nombre, por un acto de reconocimiento de todos los socios, permitiendo separar los bienes personales de los bienes afectados a la empresa familiar.

Salvo pacto expreso, la responsabilidad de los socios por las deudas de la sociedad no es solidaria ni directa, sino que pasa a ser mancomunada (divida en partes iguales) y subsidiaria, aunque continúa siendo “ilimitada” (por lo que los socios responden con todo su patrimonio).

Asimismo, el pedido de disolución de un socio no opera si hay plazo pactado y si no lo hay, opera recién a los noventa días, pero permite a los restantes continuar con la sociedad pagando la parte social a los salientes, todo lo que garantiza la continuidad.

c. Régimen familiar

c.1. Capacidad de los cónyuges para ser socios

Los cónyuges pueden celebrar contrato de sociedad (art. 27, ley 19.550). En efecto, según la *específica* normativa societaria, los esposos pueden integrar entre sí sociedades de cualquier tipo y las reguladas en la Sección IV.

Es decir, según la ley 19.550 los cónyuges pueden ser miembros de:

- Todo tipo de sociedad (S.A., S.R.L., etc.)
- Inclusive sociedades de la Sección IV (“simples” o residuales”, donde la responsabilidad del socio es “ilimitada”)

El nuevo CCyC supera a la limitación anterior, que solo permitía a los cónyuges ser socios de sociedades en las que tengan responsabilidad limitada, y los autoriza a integrar cualquier tipo de sociedad, incluyendo a las informales de la Sección IV recién referidas (nuevo art. 27 L.S.)

Vale decir, desaparece la contingencia de que a una sociedad “comercial de hecho o informal” entre marido y mujer, o con hijos y nueras, sea nula y se le exija la liquidación y/o se le impida la “regularización”.

c.2. Opción por el régimen patrimonial conyugal de separación de bienes

Como una excepción al régimen general y supletorio de “comunidad de ganancias”, el nuevo Código posibilita a los cónyuges optar por un régimen patrimonial de separación de bienes (arts. 505 y stes.).

Tal opción se puede hacer por convención matrimonial previa (art. 446 inc. d), en el acta del matrimonio (art. 420 inc. J), o por convención modificatoria después de un año de matrimonio y por escritura pública a registrar marginalmente en el acta de casamiento (art. 449).

Esta opción podría incluirse como una “obligación” de los integrantes de la familia empresaria en una cláusula del protocolo, impedirá que el cónyuge no familiar que se divorcie pueda ingresar como socio, recibir acciones o tener derechos patrimoniales contra la empresa familiar, lo que evitará una gran cantidad de conflictos contribuyendo a la paz en la empresa familiar.

La doctrina se pregunta si acaso esta cláusula no lesiona la libertad individual de elegir el régimen patrimonial que desee el socio de la empresa familiar que contrae matrimonio (art. 14 y 33 Constitución Nacional).

d. Régimen sucesorio⁴

d.1. Reducción de la porción de la legítima hereditaria

La porción legítima de los herederos forzosos se reduce en el nuevo código pasando de $\frac{4}{5}$ a $\frac{2}{3}$ en el caso de descendientes (art. 2445), vale decir que se aumenta la porción disponible del testador que pasa a ser un tercio de los bienes con los cuales puede favorecer la propiedad de aquellos herederos con vocación de continuar la empresa familiar, ampliando los márgenes de la programación de la sucesión

Cabe señalar que de los $\frac{2}{3}$ indisponibles el causante puede disponer que $\frac{1}{3}$ se aplique como mejora estricta a descendientes o ascendientes con incapacidad (art. 2448 CCyC).

⁴ FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M., “La Empresa Familiar Frente al Nuevo Código Civil y Comercial”, <<http://www.favierduboisspagnolo.com>>; VAN THIENEN, Pablo, “La atribución preferencial de la empresa familiar a favor de los herederos: Cómo funciona?”, <<http://www.cedeflaw.com>>.

d.2. Límites a la acción de reducción en donaciones

Si bien el nuevo CCyC toma partida por los efectos reipersecutorios sobre adquirentes de bienes registrales en el caso de donaciones que afectaren la legítima, admite que pueda desinteresarse al legitimario satisfaciendo en dinero la cuota legítima (art.2458) y dispone una prescripción adquisitiva de la acción de reducción si poseyeron la cosa donada durante diez años desde la adquisición de la posesión (art. 2459).

Finalmente, el art. 2461, sobre transmisión de bienes a los legitimarios, establece que los legitimarios que consintieron la enajenación no pueden reclamar la imputación y la colación del excedente.

d.3. Refuerzo del régimen de indivisión forzosa hereditaria

Clarifica los bienes que pueden ser objeto de indivisión por diez años, o hasta la mayoría de edad si hay hijos menores, por el testador incluyendo expresamente a las “partes sociales, cuotas o acciones de la sociedad de la cual es principal socio o accionista” (art. 2330 inc. c, CCyC).

Permite que el pacto de indivisión de los herederos por diez años pueda ser renovado por igual plazo (art.2331, CCyC).

También da derecho de oponerse a la partición del establecimiento o de las partes sociales al cónyuge supérstite que ha adquirido o constituido en todo o en parte al establecimiento o es principal socio de la sociedad, salvo que se le adjudique (art. 2332 CCyC).

Asimismo, da derecho de oposición a la partición del establecimiento al heredero que hubiere participado activamente en la explotación de la empresa (art. 2333, CCyC).

Finalmente, impide a los acreedores de los coherederos ejecutar el bien indiviso y la porción ideal (de titularidad exclusiva de cada coheredero), pudiéndose cobrar solo sobre las utilidades (art. 2334 CCyC), a diferencia de los acreedores del causante.

d.4. Mejoras en materia de partición hereditaria

El art. 2411 del nuevo Código permite la “partición por ascendientes” también por medio de donación y no solo por testamento, lo que se reglamenta en los arts. 2415 a 2420.

Por su parte, en materia de procedimientos de partición, cuando se trata de un establecimiento, el cónyuge sobreviviente o el heredero que hubieran participado en su formación, pueden pedir la atribución preferencial en la partición con cargo de pagar el saldo.

También pueden pedir la preferencia en el caso de sociedad si no afecta las disposiciones legales o las cláusulas estatutarias (art. 2380 CCyC).

Puede pedirse la atribución preferente por el cónyuge o heredero respecto del local de uso profesional y de las cosas muebles de la explotación rural donde hubiera participado (art. 2381 inc. b y c), lo que ayuda a tutelar la continuación de la “empresa familiar profesional” y de la “empresa familiar agropecuaria”.

Cuando varios interesados pidan la adjudicación preferencial, el juez tendrá en cuenta “la aptitud” para continuar la explotación y la importancia de su “participación personal” en la actividad (art.2382 CCyC), lo que implica también posibilitar la continuación de la empresa familiar.

Asimismo, el art. 2347 CCyC permite al testador designar al administrador de la sucesión y el modo de su reemplazo, lo que también refuerza las facultades del causante para programar la ejecución de la sucesión.

d.5. ¿Cómo funciona la atribución preferencial de la empresa familiar a favor de los herederos?⁵

El CCyC innova al incorporar dentro de su normativa el instituto de la “atribución preferencial” de la empresa familiar en caso de fallecimiento del dueño de un establecimiento, o del socio de una SRL, o del accionista de una sociedad anónima.

Junto con la atribución preferencial, el código incorpora otra novedad: la indivisión y administración a favor de herederos. La diferencia entre la “atribución preferencial” y la “indivisión administración”, es la etapa del proceso sucesorio.

- En el primero estamos en la etapa de partición hereditaria,
- En el segundo estamos en la etapa de indivisión sucesoria

⁵ VAN THIENEN, Pablo, “La *atribución preferencial* de la empresa familiar a favor de los herederos: Cómo funciona?”, <<http://www.cedeflaw.com>>.

En la etapa de indivisión –digamos al inicio del proceso – un heredero puede solicitar al juez de la sucesión la indivisión “preferencial” del establecimiento o de las partes sociales, pudiendo la indivisión mantenerse por un plazo determinado (10 años), o hasta el fallecimiento del heredero preferido, quien además se convierte en administrador del establecimiento o de las partes sociales. Los derechos económicos del activo indiviso pertenecen a los coherederos.

En la etapa de partición -digamos en la conclusión del proceso- el heredero puede solicitar al juez del sucesorio la “atribución preferencial” del establecimiento o de las partes sociales

Aquí nos encontramos en la instancia donde uno o varios herederos deciden comprar el 100% de la empresa familiar.

En este caso deben pagar a la masa el saldo del valor que surge de restar al valor de las hijuelas, el valor de la empresa.

d.6. ¿Qué herederos pueden pedir la partición preferencial?

Sólo aquel que haya participado en su formación. Así lo expresa en forma contundente el artículo 2380: *“El cónyuge supérstite o un heredero pueden pedir la atribución preferencial en la partición (...) del establecimiento (...) en cuya formación participó”*.

Los interrogantes que siguen son los siguientes:

- ¿Y si no participaron de la formación?
- ¿Y si se incorporaron luego de la formación?
- ¿Qué entendemos por formación?
- ¿Acaso el heredero que no participó activamente en la formación de la empresa familiar no tendría legítimo derecho a adquirir el 100% de la empresa, convencido de sus habilidades emprendedoras?

Un dato no menor para destacar: el artículo 2380 -en el párrafo que estamos analizando- hace referencia sólo al “establecimiento”, dejando de lado a las acciones, cuota o partes sociales.

O sea que el requisito de haber participado en la formación sólo sería exigible cuando la empresa familiar es un “establecimiento”.

Si el establecimiento deja de ser tal y se convierte en una persona jurídica, parece que el requisito del párrafo anterior no es de aplicación. ... O sea, cualquier heredero podría solicitar la partición preferencial...

En caso de explotación en forma social, puede pedirse la atribución preferencial de los derechos sociales, si ello no afecta las disposiciones legales o las cláusulas estatutarias sobre la continuación de una sociedad con el cónyuge sobreviviente o con uno o varios herederos (art. 2380, 2do párrafo CCyC).

d.7. Cláusulas estatutarias de bloqueo⁶

Cuando la partición preferencial es sobre acciones, cuotas o partes sociales el código la admite; *siempre y cuando la partición preferencial no afecte normas legales o cláusulas estatutarias sobre continuación de la empresa familiar con el cónyuge o con uno o varios herederos.*

¿Qué es esto?

El artículo 2380 expresamente ordena que la partición preferencial sobre acciones, cuotas o partes sociales es lícita, siempre que dicha partición “*no viole normas estatutarias que reconozcan esa preferencia a favor de otros herederos*”.

Esto quiere decir que una empresa familiar podría incorporar en sus estatutos societarios vía asamblea extraordinaria la cláusula de “asignación preferencial” a favor de ciertos herederos.

Esta cláusula prevalece sobre cualquier otro pedido de partición preferencial que se pueda solicitar en el expediente sucesorio.

El nuevo código estaría facultando al socio fundador (papá, mamá o ambos) a designar quien de los hijos será el propietario del 100% de las acciones de la empresa familiar, o sea quien será el continuador de la empresa.

⁶ VAN THIENEN, Pablo, “La atribución preferencial de la empresa familiar a favor de los herederos: Cómo funciona?”, <<http://www.cedeflaw.com>>.

A este efecto bastará incorporar a los estatutos de la sociedad la cláusula de “asignación preferencial” en caso de fallecimiento, convocando a tal efecto a una asamblea extraordinaria de socios.

d.8. Pago del precio por el heredero preferido

El artículo 2380 CCyC expresamente impone a quien solicita la “atribución preferencial” pagar a los coherederos el saldo de precio “al contado” (salvo acuerdo en contrario con los coherederos que no se quedan con la empresa familiar).

Esto sí es poco probable que ocurra, y no tiene nada que ver el tamaño de la empresa familiar.

Sea esta pequeña, grande o muy grande, exigir el precio “al contado” puede poner en serio peligro la adquisición de la empresa familiar por el heredero preferido.

d.9. ¿Qué pasa cuando la atribución preferencial la piden varios coherederos?

El art. 2382 CCyC dice que será el juez quien –dentro de sus limitadísimas capacidades técnicas– deberá decidir quién es el heredero elegido.

El juez será el responsable de ungir al sucesor continuador de la empresa familiar, *“teniendo en cuenta la aptitud de los postulantes para continuar la explotación y la importancia de su participación personal en la actividad”*.

Si los coherederos han participado activamente en la gestión, y ocupándose de diferentes áreas de responsabilidad: comercial, marketing, distribución, ventas, finanzas, administración, planta, RRHH, etc.

¿Como hará el juez para determinar quién es el más idóneo?

Queda planteado el interrogante.

4. Conclusiones⁷

El adecuado funcionamiento y la continuidad en el tiempo de las empresas familiares requieren, además de un trabajo de sustentación en los ámbitos de la empresa y la familia, un marco jurídico adecuado que brinde seguridad a los acuerdos.

Si bien el nuevo Código Civil y Comercial no regula expresamente a la empresa familiar en cuanto a su reconocimiento, definición conceptual y principio de protección, como así tampoco sobre los efectos y publicidad del “protocolo de empresa familiar”, contiene una serie de normas que configuran un marco legislativo favorable.

En materia de contratos se destacan:

- la admisión del “pacto de herencia futura” cuando se trata de una empresa familiar,
- el fortalecimiento del valor legal del “Protocolo” y
- la admisión de fideicomisos que, al ser el fiduciario también beneficiario, permiten ser instrumentados con la exclusiva participación de integrantes de la familia

Se suma la ratificación del arbitraje como instrumento idóneo para dirimir los conflictos patrimoniales de la empresa familiar y la consolidación de los poderes de los árbitros.

En el ámbito societario, el nuevo Código favorece:

- el estatuto legal de las empresas familiares “informales” en materia de valor de los pactos internos,
- capacidad para bienes registrales y limitación de responsabilidad,
- además de admitir la capacidad de los cónyuges para constituir cualquier tipo social formal o informal.

⁷ FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M., “La Empresa Familiar Frente al Nuevo Código Civil y Comercial”, <<http://www.favierduboisspagnolo.com>>; HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastian (dir.): *Código civil y comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, editorial del Ministerio de Justicia, 2015; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y BORETTO, Mauricio, “Manual de Derecho Privado”, EUDEBA – Rubinzal Culzoni, Bs. As.; LORENZETTI, Ricardo L. (dir.): *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2015; VAN THIENEN, Pablo, “La atribución preferencial de la empresa familiar a favor de los herederos: Cómo funciona?”, <<http://www.cedeflaw.com>>.

En lo que hace al derecho de familia, el CCyC admite la opción por un régimen patrimonial con “separación de bienes” y la celebración de cualquier contrato entre cónyuges bajo ese régimen.

En cuestiones sucesorias, el CCyC acrecienta:

- las posibilidades de planificación al reducir el porcentaje de la legítima de los herederos forzosos,
- limitar los efectos de la acción de reducción,
- dar mas fuerza a la indivisión forzosa hereditaria y
- mejorar el ámbito de las particiones sucesorias

5. Bibliografía

FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M., “La Empresa Familiar Frente al Nuevo Código Civil y Comercial”, <<http://www.favierduboisspagnolo.com>>.

HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastian (dir.): *Código civil y comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, editorial del Ministerio de Justicia, 2015.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y BORETTO, Mauricio, “Manual de Derecho Privado”, EUDEBA – Rubinzal Culzoni, Bs. As.

LORENZETTI, Ricardo L. (dir.): *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2015.

VAN THIENEN, Pablo, “La atribución preferencial de la empresa familiar a favor de los herederos: Cómo funciona?”, <<http://www.cedeflaw.com>>.

civilistica.com

Recebido em: 11.1.2019

Publicação a convite.

Como citar: BORETTO, Mauricio. La empresa familiar en el derecho argentino a la luz del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 8, n. 3, 2019. Disponível em: <<http://civilistica.com/la-empresa-familiar/>>. Data de acesso.