

## Programación patrimonial en la empresa familiar

Por Carlos Molina Sandoval. Publicado en La Ley el 8 de septiembre de 2015.

**Sumario:** I. Introducción. II. Importancia de la empresa familiar. III. Delimitaciones conceptuales. IV. Noción de familia. V. Nuevas reglas patrimoniales en el matrimonio. VI. Uniones convivenciales. VII. Protocolos en función de las nuevas realidades familiares. VIII. Estructura legal de la empresa familiar. IX. Sociedad anónima unipersonal. X. Sociedad simple. XI. Enajenación de participaciones societarias. XII. Donación de acciones. XIII. Utilidad del fideicomiso en la empresa familiar. XIV. Planificación sucesoria y pactos de herencia futura. XV. Límites de los nuevos pactos de herencia futura.

### I. Introducción.

En el mundo de los negocios el rol de las empresas familiares<sup>12</sup> es cada vez es más significativo. Si bien en el Código Civil y Comercial (CCC) las empresas familiares no tienen en su estructura general diferencias fundamentales con otras empresas (no familiares), el matiz afectivo, de confianza y familiar (y junto a ello, una serie de principios y valores que suelen presentarse) pueden transformarse en elementos no sólo diferenciadores sino superadores de otras formas empresariales. Puede decirse, incluso, que el CCC ha incorporado algunas disposiciones que facilitan o permiten un mejor desarrollo de la explotación de una empresa por la familia.

Además de los elementos organizacionales comunes a todas las empresas, existen algunos puntos y recaudos que deben tenerse cuando se trata de empresas familiares. La noción misma de empresa familiar no tiene una definición clara y concreta como objeto metodológico de esta disciplina<sup>3</sup> (lo que no significa que la empresa familiar no exista desde hace muchísimos años). De hecho, en algunos sectores productivos (agropecuario, que no ha merecido mayores modificaciones con el CCC) la legislación está fundada más que en el empresario de los agro-negocios en la familia agraria.

Por ello, el correcto enfoque del estudio de las empresas familiares debe realizarse no sólo en función de las normas que son aplicables a todas las empresas (familiares o no, aun cuando tengan más aplicación para ciertas empresas y no en otras) sino en elementos fundamentales como el management, la flexibilidad y adaptabilidad en el desarrollo de ciertos proyectos, rendimientos empresarios (y estructura óptica del capital), política de recursos humanos y el nepotismo, planificación del traspaso generacional, etc.

### II. Importancia de la empresa familiar.

No es una novedad argumentar sobre la importancia de la empresa familiar en la economía<sup>4</sup>. Existen diversos enfoques en orden a la ratificación de dicha importancia no sólo por el número de empresas familiares en cada economía regional. Se dice que en la República Argentina hay cerca de un millón de empresas familiares y que éstas constituyen una mayoría cercana al ochenta por ciento. Este porcentaje no es muy diferente al del resto de los países occidentales.

En general, se acepta que casi un tercio de las empresas más importantes del mundo están controladas por una o varias familias, que las empresas familiares generan aproximadamente el ochenta por ciento del empleo y que su incidencia en el PBI de cada país es sumamente significativa. Por ello, el papel central de la empresa familiar se relaciona con su rol activo y sustancial en la generación de riquezas y de empleo (lo que importa oportunidades de progreso de los distintos sujetos relacionados a la empresa familiar, léase empleados, propietarios, administradores, asesores e incluso el mismo Estado).

Testigo de esta importancia son los distintos programas y proyectos de consolidación y aumento de intervención en los negocios nacionales (e internacionales) implementados no sólo por asociaciones internacionales de empresas familiares sino por el mismo Estado a través de secretarías y ministerios relacionados con empresas familiares. Incluso los organismos estatales muchas veces suelen confundir las empresas familiares con las pequeñas y medianas empresas (pymes), cuando la empresa familiar puede ser un tipo de pyme, pero no necesariamente una pyme. Existen grandes empresas familiares<sup>5</sup> que no engastan en esta categoría y pequeñas empresas que no son familiares.

Sumado a ello, existen numerosos cursos y programas focalizados en empresas familiares (incluso cátedras universitarias) que trabajan sobre algunas debilidades de la empresa familiar en orden de no limitar sus posibilidades de desarrollo y profesionalización y permiten focalizar las distintas ventajas, flexibilidades y

<sup>1</sup> Remitimos a nuestro estudio complete en: MOLINA SANDOVAL, C., *Empresas familiares*, Errerius, 2014, Bs. As, 430 págs.

<sup>2</sup> SHARMA, P.; CHRISMAN, J.J. y CHUA, J.H., *Strategic Management of the Family Business: Past Research and Future Challenges*, Family Business Review 1997 (10), p. 3.

<sup>3</sup> MOLINA SANDOVAL, C., *La empresa familiar como enfoque metodológico*, RDCCyE, Abril de 2014 (año V, número 2), p. 149.

<sup>4</sup> Ver en este punto el informe de EUROPEAN COMMISSION ENTERPRISE AND INDUSTRY DIRECTORATE-GENERAL, *Overview of family-business-relevant issues: research, networks, policy measures and existing studies*, Final Report of The Expert Group, November 2009, p. 11 y ss.

<sup>5</sup> Justamente en grandes compañías familiares Morck y Yeung focalizan los problemas de agencias que no suelen ser tan comunes en pequeñas compañías (MORCK, R. y YEUNG, B., *Agency problems in large family business groups*, Entrepreneurship: Theory and Practice, Summer 2003, Vol. 27, Iss. 4, p. 382).

competencias para un adecuado crecimiento. El enfoque no es sólo en la dinámica interna de la empresa familiar sino también de la relación de empresas no familiares con proveedores o clientes que son empresas familiares. Un buen administrador<sup>6</sup> debe conocer las particularidades de las empresas con las que se relaciona. Además, las empresas familiares suelen ser más prudentes en la administración y los accionistas y directivos suelen reinvertir en la empresa los excedentes de utilidades, lo que multiplica los proyectos y negocios en los que participan las empresas familiares y enfatiza la importancia en el entorno económico de cada país.

### III. Delimitaciones conceptuales.

No existe acuerdo unánime acerca de los requisitos y condiciones para considerar que una empresa es familiar. El tema no es menor; todo lo contrario, es central y determina el enfoque analítico y metodológico de toda la problemática de la empresa familiar. Sólo teniendo en claro cuando los alcances conceptuales (límites analíticos) de una empresa familiar se podrán profundizar ciertas características, elementos y soluciones similares.

La problemática de la empresa familiar no importa el desarrollo de los problemas comunes a todas las empresas (o compartidos con empresas de cierta envergadura o estructura de control<sup>7</sup>); implica en estudio de problemas particulares y diferenciales que justifican un análisis especial. Incluso algunos problemas comunes a todas las empresas (v.gr., financiamiento, recursos humanos, gestión de la crisis) requieren en empresas familiares de la focalización de algunos aspectos particulares (v.gr., nepotismo en recursos humanos<sup>8</sup>, estructura de capital óptima en financiamiento, etc.).

El hecho de no engastar exactamente en una noción aceptada de empresa familiar no significa que muchas de las herramientas de planificación y gestión no puedan ser aplicables<sup>9</sup>. La relación entre la familia y el negocio es mucho más compleja que una definición académica. Por ello algunas soluciones (o enfoque específicos de problemas) pueden ser implementadas sin mayores conflictos y se adaptan perfectamente.

La idea de una clara delimitación de los alcances se funda más bien en trabajar con supuestos más indubitados y en donde la inter-dependencia entre la familia, la propiedad y la gestión tienen parámetros similares y para ser “útil la definición debe ser simple, clara y fácilmente aplicable”<sup>10</sup>. A partir de allí, la utilización de las herramientas familiares y las técnicas de consultoría deben ser implementadas con mayor cautela y procurando desarrollar los elementos diferenciales para no equivocar los correctos caminos.

Se ha señalado que el carácter familiar de la empresa implica un comportamiento en las personas que dirigen, poseen y/o gobiernan la compañía con la pretensión de moldear y perseguir la visión de grupo dominante familiar (que se configura como un grupo de poder capaz de controlar los recursos de la empresa) unido a la intención de mantener la empresa en el tiempo<sup>11</sup>.

Quizás un enfoque práctico, que toma algunos elementos de la teoría de los sistemas y fundamentalmente la sociología de los problemas más comunes, permite una aproximación más adecuada al fenómeno de la empresa familiar en función de los siguientes elementos distintivos<sup>12</sup>:

(i) propiedad de la familia sobre la empresa o sus bienes;

(ii) influencia que la familia ejerce sobre la empresa (cultural, laboral, administración, financiera, etc.);

(iii) deseo de continuar la empresa en las futuras generaciones (y la posible incorporación de los herederos a la empresa).

Se ha dicho<sup>13</sup> que propiedad, gestión y continuidad parecen ser elementos definatorios de la naturaleza familiar de una empresa. En este sentido, mientras que algunos consideran que una empresa es familiar si lo es su propiedad<sup>14</sup>, otros consideran que el control de la propiedad, aun siendo necesario, no es suficiente, y exigen

---

<sup>6</sup> Pese a que se han establecido las ventajas de las empresa familiares, la literatura no ha puntualizado como la relación entre familia y empresa afecta la performance de del negocio familia. Desde una perspectiva del management estratégico los autores fijan objetivos en las investigaciones sobre negocios familiares para identificar la temas y lagunas que pueden ser explorados en futuros estudios (SHARMA, CHRISMAN y CHUA, *Strategic Management of the Family Business* cit., p. 7).

<sup>7</sup> Sobre las distintas nociones de control societario y contractual, ver: MOLINA SANDOVAL, C., *Grupo de sociedades: ¿el control externo es presupuesto para la extensión de quiebra?*, ED, ejemplar del 20/04/2.001, p. 1.

<sup>8</sup> Sin embargo, en contraste con la literatura clásica que ve en el nepotismo un problema general, algunos autores desarrollan la idea de por qué algunas firmas familiares se benefician con el nepotismo y en general distinguen dos tipos de nepotismo basados en cómo son elegidos los beneficiarios, distinguiendo entre el “entitlement nepotism” y el “reciprocal nepotism”. JASKIEWICZ, P.; UHLENBRUCK, K.; BALKIN, D.B. y REAY, T., *Is Nepotism Good or Bad? Types of Nepotism and Implications for Knowledge Management*, Family Business Review 2013 (26), p. 121.

<sup>9</sup> MOLINA SANDOVAL, C., *El fideicomiso en la dinámica mercantil*, Bdef, Bs. As.-Montevideo, 3° edic., 2013, p. 656.

<sup>10</sup> EUROPEAN COMMISSION ENTERPRISE AND INDUSTRY DIRECTORATE-GENERAL, *Overview of family-business-relevant issues* cit., p. 14.

<sup>11</sup> CHÚA, J., CHRISMAN, J. y SHARMA, P., *Defining the Family Business by behavior*, Entrepreneurship Theory and Practice, vol. 33, N° 3, p. 20 1999 cit. por Pérez Rodríguez, M.J. (coord.); Basco, R.; García-Tenorio Ronda, J.; Giménez Sánchez, J.; Sánchez Quirós, I., *Fundamentos en la Dirección de la Empresa Familiar*, Thompson, Madrid, 2007, p. 4.

En este estudio exhaustivo anterior (CHRISMAN, J., CHUA, J. y SHARMA, P., *A review and Annotated Bibliography of Family Business Studies*, Bostron, Kluwer, 1996) los autores encontraron veintiún definiciones diferentes de empresa familiar en la revisión que efectuaron a 250 artículos de investigación.

<sup>12</sup> Ampliamos en: MOLINA SANDOVAL, C., *Empresas familiares*, Errerius, 2014, Bs. As, 430 págs.

<sup>13</sup> CASILLAS, J.C.; DÍAZ, C. y VÁZQUEZ, A., *La gestión de la empresa familiar. Conceptos, casos y soluciones*, Thomson, Madrid, 2005, p. 7.

<sup>14</sup> LANDSBERG, I.; PERROW, E.L. y ROGOLSKY, S., *Family business as an emerging field*, Family Business Review, 1 (1), 1988 n 3

alguna de las otras dos características: la implicación de la familia en las tareas de gestión y dirección de la empresa<sup>15</sup> o la intención de transferir la empresa a generaciones futuras<sup>16</sup>.

De manera más general y abarcativa, se ha señalado que las empresas familiares constituyen toda la gama de empresas en las cuales un emprendedor (o director general) de la siguiente generación y uno o más miembros de la familia incluyen de manera significativa en la empresa y lo hacen a través de su participación en la administración o el consejo, su control sobre la propiedad, las preferencias estratégicas de los accionistas y la cultura y los valores que los accionistas de la familia imprimen a la empresa<sup>17</sup>.

No es posible una simplificación extrema en orden a determinar que cualquier negocio familiar que cuente con algunos de los elementos (propiedad o control de los bienes), dirección y gestión (como directores, empleados, asesores o consejeros) o transferencia generacional (en orden a la intención de procurar transmitir propiedad y dirección a la siguiente generación) sean recaudos independientes o aislados. El análisis es más complejo y requiere de un análisis conjunto de estos elementos (como una suerte de vasos comunicantes que condicionan el concepto), pero relacionados con otros elementos importantes tales como los culturales o axiológicos (que definen la conducta que se desarrolla en la empresa y en función de la interdependencia de la cultura de la familia y de la empresa).

En general, lo que determina el matiz diferencial de la empresa familiar es la posibilidad (actual o futura; o –al menos- su planificación) de que la siguiente generación participe en la empresa<sup>18</sup> y adoptar una serie de medidas o conductas que procuren la adecuada preservación de la empresa familiar<sup>19</sup> o una razonable interacción entre familia y negocio. Esta participación puede ser en la propiedad o en la gestión, pero siempre se basa en elementos que permitan una relativa influencia en la dinámica de la empresa familiar<sup>20</sup>.

La participación en la “propiedad” puede ser a través de la tenencia de acciones o participaciones societarias de la sociedad (o al menos su poder de voto o la influencia determinante en un fideicomiso de acciones<sup>21</sup>), de la titularidad (o usufructo<sup>22</sup>) sobre los inmuebles u otros activos (v.gr., marca, patente, know how, etc.) de la empresa familiar; la participación en la “gestión” puede derivarse de alguna posición estratégica en la empresa (dirección general, presidencia, etc.), pero también ocupando algunas otras posiciones, relaciones públicas, gerencia financiera, comercial, etc. Estos conceptos sólo tienen sentido si la intención, en algún punto, se relaciona con una estrategia o finalidad de preservación de la empresa familiar, mediante una adecuada armonía entre la empresa y la familia, en vistas al presente de la realidad empresaria, pero también mirando la posibilidad de que ésta se extienda en un futuro (y se extienda a sus sucesores). Más aún si existe una “identidad familiar” en la empresa que pueda brindar elementos caracterizantes de la familiaridad de la empresa<sup>23</sup>.

En algunos casos, pese a que el control societario (propiedad sobre los bienes empresarios) no es total y la gestión familiar en la empresa es menor (porque los familiares pueden ocupar posiciones no determinantes), cabe tener en cuenta otros elementos (v.gr., la intención de continuar con esta “tenue participación”, la intensidad de la “cultura familiar” o inclusive la auto-percepción de la empresa como familiar) para compensar los elementos definitorios en este punto.

#### IV. Noción de familia.

Pero si es la familia la que participa de la empresa cabe también definir una adecuada noción de familia. El CCC no define la familia, pero sí ha contemplado numerosas situaciones con importantes connotaciones familiares que antes eran desconocidas. Es verdad que la noción de familia no puede circunscribirse sólo a término jurídicos (y dejar que sea la ley o el Estado el que defina el concepto de familia), pero en la planificación de la empresa familiar los límites jurídicos son los que determinan elementos fundamentales a la hora de organizar temas patrimoniales, contractuales, conyugales, sucesorios, fiscales, etc. y el CCC es el principal marco normativo para estas cuestiones

Existe suficiente consenso en que la familia es una de las bases (sino la más importante) para un adecuado desarrollo de los seres humanos. Pero existe un concepto tradicional de familia (ligado fuertemente a la idea

---

<sup>15</sup> GALLO, M.A. y SVEEN, J., *Internationalizing the Family Business: Facilitating and Restraining Factors*, Family Business Review, 4 (2), 1991, p. 181; DONCKELS, R. y FRÖHLICH, E., *Are family business really different? European experiences from Stratos*, Family Business Review, 4 (2), 1991, p. 23.

<sup>16</sup> WARD, J., *The special role of strategic planning family businesses*, Family Business Review, vol. 1, N° 2, 1988, p. 105; GALLO, M.A., *Empresa familiar: textos y casos*, Praxis, Barcelona, 1995, p. 23.

<sup>17</sup> POZA, E.J., *Empresas familiares*, Cengage, México, 2011, p. 5.

<sup>18</sup> SRISOMBURANANONT, T., *Key success factors in transforming traditional family business for success and long-term survival in changing market*, Massachusetts Institute of Technology, June 2004, p. 23.

<sup>19</sup> TAPIÉS, J. y FERNÁNDEZ, M., *Values and longevity in Family Business: evidence from a cross-cultural analysis*, Working Paper 866, July 2010, Family-Owned Business Chair (IESE), p. 34.

<sup>20</sup> MARTÍN, R.M., *Lógica y dinámica en las empresas familiares*, en: “La empresa familiar. Encuadre general, marco legal e instrumentación” (Favier Dubois, dir.), Ad-Hoc, Bs. As., 2010, p. 27, en donde análisis algunos rasgos críticos de la organización.

<sup>21</sup> PAOLANTONIO, M. E., *Fideicomiso sobre acciones*, en: “Negocios parasocietarios” (Favier Dubois (h), Eduardo M., dir.), Ad-Hoc, 2ª edic., Bs. As., 1.999, p. 282, con cita sobre las situaciones de *deadlock* y las alternativas para su superación de: DOTI, V., *Clausole relative ad acquisto parziali di pacchetti azionari*, en: “Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento” (ed. A cargo de Bonelli, Franco y De André, Mauro), Giuffrè, Milán, 1.990, p. 219.

<sup>22</sup> MOLINA SANDOVAL, C., *Planificación societaria, usufructo de acciones y empresas familiares*, Revista Factor, Febrero de 2014 (año II, número 286), p. 4/6.

<sup>23</sup> WARD, J.L., *How Family Values and Vision Drive Business Strategy and Continuity*, Universia Business Review, 2011, p.

matrimonial) que está en crisis (y con ello, la unidad o estabilidad familiar que suele ser útil en una adecuada dinámica de la empresa familiar).

El concepto de familia ha cambiado y de ahí la concepción de nuevas formas de organización familiar o familiares, las denominadas “nuevas formas de familia” o “nuevas estructuras familiares”, que a veces ni son tan nuevas ni tan cercanas a la percepción tradicional de familia; no obstante, justificamos dicha denominación, importada de Europa, porque aunque no son de nueva generación -“nuevas” en el sentido más estricto de la palabra- sí son de gran proliferación en la actualidad y por otra parte son muestras del amplio abanico que debemos contemplar cuando hablamos de una nueva dimensión de la familia<sup>24</sup>. Prueba de ello es el art. 500, CCC, que regula las “uniones convivenciales”, con especiales efectos patrimoniales y económicos.

Aparecen así nuevos supuestos y contextos que no necesariamente engastan en el modelo familiar matrimonial tradicional con hijos e hijas (incluso nietos y otros familiares ascendientes y descendientes). En este contexto, en la actualidad aparecen familias reconstituidas, familias ensambladas o familias recompuestas (donde la nueva familia constituida deriva de una segunda o sucesivas nupcias y la relación con la nueva pareja y los hijos anteriores, la relación de los “hermanos” en dichas familias), matrimonio y divorcios de conveniencia (a los efectos de lograr ciudadanía y otros beneficios estatales), familias adoptivas internacionales (con referencia especial a niños refugiados y desplazados y en la que se brindan los dones primarios de cariño, estabilidad, educación y todo aquello que radie en su protección integral), niños sin cuidado parental (referencia especial a niños no acompañados y niños separados), familias de profesión (a las que se les paga un salario a familias por acoger a menores tutelados), familia relacionadas con reproducción asistida (ya que en la actualidad existen aproximadamente veintisiete maneras distintas de procrear y ninguna de ellas responde, en principio, a un capricho, en donde aparecen problemas tales adopción de embriones como posible solución a la esterilidad biológica y la maternidad subrogada), uniones convivenciales o de hecho (también llamadas “pareja de hecho”, “unión libre”, “uniones extramatrimoniales”, “familia de hecho”, “cohabitación legal”, “pacto de solidaridad”, “concubinato”, en las que se reivindican efectos patrimoniales, prestaciones económicas, laborales, de seguridad social, adopción, etcétera), familias monoparentales (cada vez es mayor número de hogares en el que las mujeres quedan a cargo de los hijos, sea por el divorcio, las separaciones o la decisión de ser madres solteras dada su actual aceptación social), familias de padres separados, hogares unifamiliares (constituido por personas solas, ya sean solteros, divorciados, personas de la tercera edad y/o jóvenes emancipados), familias homoparentales (en la que se incluyen “matrimonios” entre personas del mismo sexo), sociedades de convivencia, relaciones de poliamor o multiamor (relación que se da entre tres personas, normalmente, y aunque no hubo boda, tienen el compromiso de amarse, dejarse amar y respetar los amores de cualquiera de los tres, sin ser swinger), etcétera<sup>25</sup>. El CCC ha avanzado notablemente en estas cuestiones y no sólo ha regulado las uniones convivenciales sino que ha ratificado la aceptación a uniones o matrimonios del mismo sexo (art. 402, CCC), la protección de los solteros (arg. art. 246, inc. a, CCC), las nuevas reglas de la filiación (por naturaleza, técnicas de reproducción asistida o adopción, art. 558, CCC).

La correcta definición de la familia (y de los alcances de la familia empresaria) tiene importancia pues la problemática de la empresa familiar procura reglamentar la interrelación entre la familia, la propiedad y la gestión y, muchas veces, dicha armonización se logra a través de la superación de conflictos internos familiares<sup>26</sup> que pueden tener causas u orígenes variados.

Es por ello que en diagnósticos iniciales de consultoría familiar es frecuente definir primeramente el “genograma” (similar al “árbol genealógico familiar”) que no sólo detalla cuestiones vinculadas a parentescos, edades, vinculaciones familiares y políticas sino que procura informar sobre otros datos de interés (tales como divorcios, separaciones de hecho, conflictos, enfermedades, adicciones, incapacidades, etcétera), la calidad de las relaciones familiares (conflictivas o cercanas, relaciones afectuosas no familiares, adopciones, etc.) como así también algunos mensajes y valores generacionales transmitidos<sup>27</sup>.

## V. Nuevas reglas patrimoniales en el matrimonio

Si bien el CCC no regula directamente sobre la empresa familiar si ha modificado algunas reglas que impactan sobre ella. La cuestión familiar siempre estuvo regida por normas de orden público y con escaso margen para la realización o planificación de cuestiones patrimoniales o negocios entre sus miembros. La mayoría de los contratos se encuentran prohibidos entre los cónyuges o, incluso, entre padres e hijos y la planificación del futuro de una empresa familiar siempre encontraba límites en los cuestionados “pactos de herencia futura”<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> GONZÁLEZ MARTÍN, N., *Modelos familiares ante el nuevo orden jurídico: Una aproximación casuística*, DFyP 2012 (junio), p. 55.

<sup>25</sup> Ver el importante desarrollo de cada uno de estos supuestos en: GONZÁLEZ MARTÍN, *Modelos familiares* cit., p. 55.

<sup>26</sup> FOURCADE, M.V., *Análisis sistémico del conflicto en la empresa familiar*, en: “La empresa familiar. Encuadre general, marco legal e instrumentación” (Favier Dubois, dir.), Ad-Hoc, Bs. As., 2010, p. 51.

<sup>27</sup> SHARMA, P.; RANIA LABAKI, R., MICHAEL-TSABARI, N. y RIVERA ALGARIN, J.O., *Analyzing Family Business Cases: Tools and Techniques*, Case Research Journal, Vol. 33, Issue 2, 2013, p. 3. En este artículo se dice que un genograma familiar (“family genogram”) es una representación visual de los miembros de la familia, sus salidas y entradas entro del sistema familiar y sus relaciones. Aclara que fue introducido por primera vez en 1985 por McGoldrick y Gerson a través de su libro titulado “*Genograms: Assessment and Intervention*” (ahora en una tercera edición con Petry) y que muchos programas informáticos (v.gr., genopro) están disponibles para crear un genograma. Cuando se analizan casos de empresas familiares, preparar un genograma del control de la familia, comenzando con la generación fundadora, puede ser una herramienta muy poderosa para capturar la llave del sistema familiar y las efectivas relaciones familiares.

<sup>28</sup> MOLINA SANDOVAL, C.A., *Planificación patrimonial en la empresa familiar: limitaciones en los pactos de herencia futura*” en: *Temas de Derecho Comercial, Empresarial y del Consumidor* Ed. Errerius Bs. As. ejemplar del Febrero de 2015, p. 63.

Fruto de un nuevo enfoque, más liberal, de la estructura de la familia (no tan verticalista) y del claro impacto que las “uniones convivenciales” (como una opción cada vez más común) tuvieron respecto del concepto de familia, el CCC ha flexibilizado ciertos “dogmas” que siempre limitaron la posibilidad de “pactar” dentro de la familia.

El CCC si bien no ha dado libertad plena a los pactos prenupciales (en su sentido más liberal) si ha establecido la posibilidad de que los futuros cónyuges opten por dos sistemas dentro del régimen patrimonial del matrimonio. Hoy podrán optar por el “régimen de comunidad de bienes” (muy similar al actual y que se sustenta en la división entre bienes propios y gananciales) o el “régimen de separación de bienes”. En este régimen “cada uno de los cónyuges conserva la libre administración y disposición de sus bienes personales, excepto lo dispuesto en el art. 456. Cada uno de ellos responde por las deudas por él contraídas, excepto lo dispuesto en el art. 461” (art. 505, CCC)<sup>29</sup>.

Hoy la “familia empresaria” puede estar organizada jurídicamente bajo dos esquemas diferentes de administración de bienes familiar. La asunción de cada esquema difiere notablemente en orden a la estructuración de la planificación patrimonial de la empresa familiar, ya que las consecuencias jurídicas (y eventualmente la posibilidad de extinción del vínculo mediante un divorcio) difieren en cada uno de los sistemas.

Incluso uno de los elementos o herramientas legales en orden a la planificación patrimonial puede ser, justamente, mutar el régimen de bienes que tenga el matrimonio. Recuérdese que la opción por uno de los regímenes matrimoniales no es inmutable sino que puede ser modificado por ambos cónyuges. El art. 449, CCC, señala que después de la celebración del matrimonio, el régimen patrimonial puede modificarse por convención expresa de los cónyuges. Este precepto señala que después de la celebración del matrimonio, el régimen patrimonial puede modificarse por convención de los cónyuges. Esta convención puede ser otorgada después de un año de aplicación del régimen patrimonial, convencional o legal, mediante escritura pública. Para que el cambio produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio.

Según el caso, la separación de bienes es una herramienta útil para evitar los inconvenientes que la “comunidad de bienes” suele ofrecer en aquellos matrimonios en los que el cónyuge no está comprometido con la gestión de la empresa familiar. Es una alternativa válida para “pactar” puertas adentro como será desarrollada la actividad empresarial, la que podría ser llevada a cabo por un cónyuge con sus hijos o nietos (o aún con los hijos del otro cónyuge). Las motivaciones y razones que originan los diversos modelos de planificación patrimoniales son muy diversos y muchas veces se originan en cuestiones nacidas en generaciones anteriores. Como se ve, la separación de bienes no es la regla (todo lo contrario, debe pactarse expresamente pues sino la regla es la comunidad de bienes), pero es una variante de planeación que puede ser útil para la empresa familiar.

En el régimen de separación de bienes los cónyuges podrían celebrar la más variada gama de contratos. Ello está permitido actualmente bajo el velo del art. 1002, inc. d, CCC. Este precepto señala que no pueden contratar en interés propio los cónyuges, bajo el régimen de comunidad, entre sí. Por ello, en una interpretación a contrario, los cónyuges entre sí podrían celebrar contratos de compraventa, cesión de derecho, mutuos, locación de un inmueble comercial hasta cincuenta años y cualquier otro contrato que permitiera una adecuada planificación patrimonial. Esto permitiría cesiones de acciones y participaciones societarias en empresas familiares. Obviamente, que esta posibilidad no sería lícita bajo el régimen de comunidad de bienes.

En las empresas familiares, se admite el mandato entre cónyuges (haya o no régimen de separación de bienes). En función del art. 459, CCC, uno de los cónyuges puede dar poder a otro para representarlo en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye, pero no para darse a sí mismo el asentimiento conyugal. La facultad de revocar el poder no puede ser objeto de limitaciones y no está obligado a rendir cuentas de los frutos y rentas percibidos, excepto pacto en contrario (art. 459, CCC).

En caso de falta de mandato, el art. 460, 2º párr., CCC, señala que a los actos otorgados por uno en representación del otro se les aplican las normas del mandato tácito o de la gestión de negocios, según sea el caso.

## **VI. Uniones convivenciales.**

En las uniones convivenciales (arts. 509 y ss., CCC) la situación tiene ahora mayor previsibilidad y no es necesario recurrir a antiguas figuras para lograr ciertas compensaciones (comunidad de bienes, condominio, sociedad de hecho, etc.). Se requiere que se trata de una relación afectiva de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida (siempre que sean mayores de edad, no tengan impedimento de ligamen o exista otra unión registrada) siempre que esta convivencia sea mayor a dos años (art. 510, inc. e, CCC).

A los efectos que ya tenía estas uniones convivenciales antes de su reconocimiento por el CCC (v.gr., derecho previsional, indemnización laboral, obra social, continuación del contrato de locación, daño moral en la mayoría

---

<sup>29</sup> Art. 456, CCC: “Ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de ella. El que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto o la restitución de los muebles dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, pero no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial. La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto que lo hayan sido por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro”.

Art. 461, CCC: “Los cónyuges responden solidariamente por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos de conformidad con lo dispuesto en el art. 455. Fuera de esos casos, y excepto disposición en contrario del régimen matrimonial, ninguno de los cónyuges responde por las obligaciones del otro”.

de la jurisprudencia, etc.), se ha incorporado un esquema para el régimen de los bienes familiares. La ley permite la celebración de pactos de convivencia (arts. 513 y ss., CCC) con un amplio respecto de la autonomía de los convivientes y con algunas limitaciones que no pueden ser objeto de modificación contractual (tales como el deber de asistencia a los convivientes, la contribución de los gastos del hogar, la responsabilidad por los gastos de sostenimiento del hogar y la imposibilidad de disponer de la vivienda familiar y de sus bienes).

Todo lo demás, por exclusión, puede ser objeto de contrato y no existen limitaciones para que los convivientes celebren todo tipo de contrato y acuerden, de común acuerdo, como van a administrar, gestionar y proyectar a futuro no sólo la empresa familiar en sí, sino también los bienes que la componen y los bienes de la familia empresario. Los límites sólo son los generales y algunos específicos derivados del régimen sucesorio (propios del sistema jurídico general).

El pacto de convivencia puede regular, entre otras cosas, la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común, en caso de ruptura de la convivencia (art. 514, inc. d, CCC).

La cesación de la convivencia puede generar un derecho a compensación económica (art. 524, CCC). En general, este derecho se otorga al conviviente que haya sufrido un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia y su ruptura. Esta compensación puede consistir en una prestación única o una renta por un tiempo determinado (que no puede ser mayor a la duración de la unión) y puede erogarse en dinero, con el usufructo de algunos bienes o de cualquier otro modo.

El conviviente que hubiera dedicado todos sus esfuerzos a la familia (empresaria) y resignado su crecimiento profesional, comercial o económico en beneficio (directo o indirecto) de la empresa familiar tiene en el CCC un reconocimiento económico y el mismo también en cuenta las particularidades de cada realidad familiar. En ese marco, las posibilidades negociales son muy amplias y las técnicas de planificación patrimonial en esta realidad familiar. Los miembros de la familia (pero especialmente los convivientes) pueden regular los aspectos societarios, contractuales, laborales, contractuales, financieros, etc. de la empresa y profesional adecuadamente las diversas situaciones (*rectius*: las siete posibilidades) que se originan en la interrelación entre la familia, la propiedad o la empresa y la gestión o trabajo en la empresa (también conocido como el esquema de los tres círculos).

Esta mayor flexibilidad y versatilidad del nuevo esquema familiar (cada vez más frecuente en las nuevas generaciones) permitirá una ejercitación y práctica en programaciones familiares (sobre todo en vistas a la incorporación de las generaciones futuras) que –de seguir la tendencia mundial– servirá como eje para futuras regulaciones jurídicas de las empresas familiares.

## **VII. Protocolos en función de las nuevas realidades familiares.**

En función de ello, el consultor de empresas familiares y sus diversos asesores profesionales deben incorporar la regulación jurídica de los sistemas familiares para redactar adecuadamente los protocolos y diversos instrumentos de profesionalización de la empresa familiar. El protocolo familiar, como eje y herramienta fundamental de la regulación de las relaciones entre la familia, la empresa y la gestión<sup>30</sup>, debe contemplar estas situaciones y permitir estructurar las bases de las nuevas posibilidades legales.

Si bien el margen de libertad es mayor en las uniones convivenciales que en el matrimonio, aun en este caso la posibilidad concreta del régimen de separación de bienes brinda muchos elementos en la estructuración de negocios, acuerdos y demás instrumentos. Los cónyuges (a fortiori, los convivientes) tienen la posibilidad de fijar no sólo las cuestiones tradicionales (misión empresaria, valores esenciales, pautas de ejecución, cultura familiar, formas de las notificaciones y fundamentalmente de las cuestiones conflictivas, etc.) sino que podrán pautarse esquemas más sofisticados, en los que la comunión entre la propiedad, la gestión y la familia se relacionen con ratios de rendimientos, con asignación de beneficios económicos en función del logro de objetivos empresariales, con tableros de planificación que tengan en cuenta las modernas técnicas del management empresarial.

Las políticas de recursos humanos, sobre todo respecto de familiares, suele mezclar el nepotismo (fundamentalmente el *entitlement* nepotismo) y ciertas ventajas laborales para familiares del fundador o de la familia empresaria con un esquema inadecuado de retribución, incentivos y castigos para esos mismos familiares (cuya retribución muchas veces no responde a parámetros profesionales).

La posibilidad de “enfaticar” la autonomía de la voluntad aún dentro de la familia (cualquiera haya sido el modelo que se haya asumido) impone un doble desafío de cara a lograr beneficios en la proyección sobre los negocios familiares, pues sobre la base de los enfoques tradicionales (ya aceptados y comúnmente aceptados) se debe evolucionar a una nueva forma de concebir, planificar y estructurar la actividad de la empresa familiar.

## **VIII. Estructura legal de la empresa familiar.**

La estructura legal de la empresa familiar no ha tenido significativos avances en el CCC. Si bien el impacto del CCC sobre la regulación de las sociedades en general (se ha difuminado la noción de sociedades comerciales y civiles) es muy importante, los aspectos relevantes para las sociedades familiares no son sustanciales.

El diseño legal (y su estructuración legal y contractual) no cuenta con regulaciones específicas. Igualmente, la regulación de la sociedad anónima unipersonal y el nuevo régimen de las sociedades simples (también llamadas del “Sección IV”), requieren de algunas previsiones especiales que requieren un enfoque especial.

---

<sup>30</sup> MOJINA SANDOVAL, C. A. *Protocolo de empresas familiares*. La Ley, ejemplar del 25 de Febrero de 2013, n. 1

El art. 27, LGS, señala que los cónyuges pueden integrar entre sí sociedades de cualquier tipo y las reguladas en la Sección IV. No es difícil advertir que este dispositivo legal es una clara consecuencia de la mayor flexibilidad que incorpora el régimen matrimonial. Recuérdese que en la versión anterior los cónyuges sólo podían integrar sociedades en las que se limitara la responsabilidad patrimonial (en especial, sociedades anónimas y de responsabilidad limitada) y que el fundamento era evitar la especulación económica entre cónyuges y que el fracaso económico de la sociedad no se extendiera a la familia.

Los cónyuges (a fortiori, los convivientes de la unión convivencial) pueden integrar sociedades de cualquier tipo sin importar la estructura legal (haya o no responsabilidad solidaria por los pasivos societarios). Esta libertad en la elección del tipo también se extiende (implícitamente) a la fijación de su contenido contractual y en la que se pueden estipular cláusulas de todo tipo. No importa, en este aspecto, si el régimen de bienes elegido por los cónyuges es de comunidad de bienes o de separación de bienes. La ley no distingue y por ello no podría limitarse la libertad de los cónyuges sin norma expresa.

Este precepto se complementa, con la libertad existente en el régimen de separación de bienes de los cónyuges o en el régimen específico de las uniones convivenciales de poder enajenarse las participaciones societarias (de cualquier tipo societario) entre los cónyuges. Una planificación patrimonial desarrollada sobre la base de un protocolo y de otros instrumentos (fideicomisos, acuerdos de accionistas, etc.) puede contemplar no sólo la compraventa de acciones o cuotas sociales sino complejos esquemas de opciones y/o cláusulas de preferencia, encajados a ciertos condicionamientos patrimoniales o de la gestión empresarial.

### **IX. Sociedad anónima unipersonal.**

Se ha dicho que la sociedad anónima unipersonal no es apta para la empresa familiar, lo que es un error de prejuicio en orden a la dimensión o estructura que requiere la empresa familiar. Debe recordarse que empresa familiar no es sinónimo de pequeña o mediana empresa sino que es una empresa controlada (o cuyos activos son poseídos) por una familia y que –sobre la base de una determinada cultura empresarial familiar- procura su delegación o transmisión en las futuras generaciones familiares. De allí que puede haber empresas familiares de mucha importancia económica (y por ello de mayores necesidades organizacionales), como así también pequeñas empresas que no sean familiares.

Igualmente, cabe aclarar que la sociedad anónima unipersonal está pensada para la gran empresa (familiar o no) y en general no son muchas las empresas que requieren de la pesada estructura orgánica de la sociedad anónima unipersonal<sup>31</sup>. Se puede lograr un diseño societario similar a la sociedad unipersonal mediante combinaciones de un controlante claramente mayoritario y algún minoritario familiar con un porcentaje de dos o tres puntos porcentuales.

La sociedad anónima unipersonal, al estar comprendidas en el art. 299, LGS, requiere un directorio plural de tres miembros y de una sindicatura colegiada (de tres abogados o contadores titulares y de tres abogados o contadores suplentes). Es claro que esta exigencia no está pensada para la mayoría de las empresas, de las cuales en su gran mayoría son empresas familiares. Por ello, difícilmente sea una estructura societaria que se utilice asiduamente en las organizaciones y programaciones de patrimonios y empresas familiares.

### **X. Sociedad simple.**

Distinto es el caso de la sociedad simple (o de la Sección IV), en donde la LGS ha abarcado a toda sociedad que no tenga contrato social, que no culmine con los trámites de registración o a la que simplemente le falte algún requisito esencial. Viene a cubrir el vacío legal que genera la derogación de las sociedades civiles (muchas veces utilizadas para organizaciones agropecuarias o profesionales) o las irregulares y de hecho (que tanta conflictividad han generado).

En líneas generales, si la sociedad simple carece de un contrato por escrito, con la salvedad de que sus socios van a ser mancomunadamente responsables (excepto que hubieran consentido otro tipo de responsabilidad), el régimen será muy similar al que regía a las sociedades de hechos del régimen societario anterior. Si cuenta con contrato social suscrito por las partes, la regulación es claramente diferenciada ya que los socios (e incluso los terceros que conocieron el contrato social) deberán respetar lo pactado expresamente no sólo en orden a sus participaciones societarias sino a la forma de organización (en sus cuatro esferas orgánicas, representación, administración, gobierno y fiscalización).

No cualquier socio puede representar a la sociedad simple sino que aquel que se haya establecido como representante será el único que podrá representar a la sociedad frente a terceros. Podría ocurrir que el tercero no haya conocido dicho contrato (en cuyo caso no podrá serle oponible y cualquier socio puede obligar a la sociedad), pero para lo demás las pautas contractuales serán vinculantes.

También puede ser titular de bienes registrables, especialmente inmuebles. El art. 23, 2º parte, LGS, señala que para adquirir bienes registrables la sociedad debe acreditar ante el Registro su existencia y las facultades de su representante por un acto de reconocimiento de todos quienes afirman ser sus socios. Este acto debe ser instrumentado en escritura pública o instrumento privado por firma autenticada por escribano. El bien se inscribirá a nombre de la sociedad, debiéndose indicar la proporción en que participan los socios de tal sociedad.

---

<sup>31</sup> MOJINA SANDOVAL, C. *Sociedad anónima unipersonal*. I.L. ejemplar del 9 de Diciembre de 2014. n. 1/6

Paralelamente, el art. 25, LGS, habilita un mecanismo de saneamiento más adecuado para la sociedad, ya que a falta de acuerdo, el tribunal podrá decidir la cuestión en un procedimiento sumario. Además, si el contrato prevé un plazo de duración, no será factible solicitar la disolución (como lo establecía el régimen anterior).

Finalmente, el régimen de responsabilidad de los socios es más amigable ya que se contempla como regla la mancomunación (y no la solidaridad), incluso frente a acreedores laborales y/o fiscales. Su relevancia es sumamente notable en el ámbito concursal, ya que la quiebra de la sociedad simple no importará la extensión de quiebra de sus socios (art. 160, LCQ), salvo que se haya pactado expresamente la solidaridad.

## **XI. Enajenación de participaciones societarias.**

La enajenación de participaciones societarias requiere, según el caso, de “asentimiento conyugal”. Las participaciones societarias no son bienes muebles, a tenor de lo establecido por el art. 1815, 2º párr., CCC. En efecto, este precepto señala que cuando en el CCC se hace mención a bienes o cosas muebles registrables no se comprenden los títulos valores. El art. 226, LGS, estipula expresamente que el régimen de las acciones se gobiernan por el sistema general de los títulos valores. Cuestión aparte merece el tema de las sociedades de responsabilidad limitada en el que las cuotas sociales no pueden ser asimiladas a títulos valores (pues el régimen de transmisión, registración e incluso de representación es claramente diferente), lo que motivaría, al menos, la duda de si la cuota social de una sociedad de responsabilidad es un bien registrable (es obvio que no es una cosa en sentido estricto) o si se le puede asimilar analógicamente al régimen de las sociedades anónimas.

El asentimiento conyugal (rectifica la crítica que se realizaba al término “consentimiento” a que aludía el anterior art. 1277) se requiere, obviamente, sólo para cónyuges que tienen el régimen patrimonial de comunidad de bienes (y no de separación de bienes). Obviamente que este asentimiento tampoco es exigido en las uniones convivenciales, salvo que expresamente lo hubieran en el pacto de convivencia. El art. 470, CCC, señala que la administración y disposición de los bienes gananciales corresponde al cónyuge que los ha adquirido. Sin embargo, es necesario el asentimiento del otro para enajenar o gravar: a) los bienes registrables; b) las acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública, sin perjuicio de la aplicación del art. 1824; c) las participaciones en sociedades no exceptuadas en el inciso anterior; d) los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios. El incumplimiento al otorgamiento del asentimiento conyugal determina la nulidad de la transferencia societaria. El art. 456, CCC, señala que el que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto o la restitución de los bienes dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, pero no más allá de los seis meses de la extinción del régimen matrimonial.

Por su parte, el art. 1824, CCC, señala que el incumplimiento del requisito previsto en el art. 470, inc. b, en los títulos nominativos no endosables o no cartulares no es oponible a terceros portadores de buena fe. Al efecto previsto por este artículo se considera de buena fe al adquirente de un título valor incorporado al régimen de oferta pública.

De lo dicho, se sigue que el asentimiento conyugal se requiere para todas las participaciones societarias. No sólo las de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada sino también las de una sociedad colectiva, capital e industria y especialmente las sociedades de la “Sección IV”. También en cooperativas y sociedades de garantía recíproca. Las sociedades extranjeras (art. 118, LGS) se regirán por lo establecido por el ordenamiento donde se constituyó la sociedad (lugar de constitución).

## **XII. Donación de acciones.**

La determinación de la naturaleza bien registrable (o no) de las participaciones societarias puede parecer estéril frente a la exigencia de contar con asentimiento conyugal para todas las enajenaciones que se realicen bajo el sistema de comunidad de bienes (incluso cuando pudiera no haber siquiera contrato social, a tenor de los arts. 21 y ss., LGS). Pero no lo es frente al análisis que pudiera exigirse a la forma que deben tener las donaciones de participaciones societarias. El art. 1552, CCC, señala respecto de la forma que deben ser hechas en escritura pública, bajo pena de nulidad, las donaciones de cosas inmuebles, las de cosas muebles registrables y las de prestaciones periódicas o vitalicias.

La consecuencia legal por omitir la forma no es menor sino que es sumamente relevante: la nulidad del acto. El acto será nulo por defecto de forma (lo que implica volver las cosas al mismo estado anterior a la realización del acto nulo).

Por ello, considerar o no considerar a las acciones de una sociedad anónima bienes muebles registrables es sumamente relevante para determinar si la donación requiere de escritura pública o es suficiente el instrumento privado. A tenor del art. 1815, 2º párr., CCC, los títulos valores (aún los escriturales o los que requieren registro) no son bienes registrables; luego, si la acción es un título valor (art. 226, LGS), no es un bien registrable y por ello no requiere de escritura pública. Existiendo libertad de formas (art. 1015, CCC) y no estipulando en otra sección la obligatoriedad de escritura pública (art. 1017, incs. a) a d), CCC), parece razonable entender que la forma suficiente para la donación de acciones es el instrumento privado (y obviamente, el cumplimiento de todos los recaudos previstos por la LGS). Si hubiera querido imponer una formalidad expresa que contraríe la libertad de formas debería haberlo hecho de manera expresa.

La cuestión es, quizás, más dudosa en la sociedad de responsabilidad limitada en la que las cuotas sociales no pueden entenderse como títulos valores. Pese a ello, tampoco puede entenderse lógicamente que el contrato



social (constitutivo y fundacional de la persona jurídica privada) pueda celebrarse por instrumento privado con autenticación de firma y la transferencia a título gratuito de una cuota social deba hacerse mediante escritura pública. No sólo no está expreso sino que el art. 1016, CCC, señala que la formalidad exigida para la celebración del contrato rige también para las modificaciones ulteriores que le sean introducidas, excepto que ellas versen solamente sobre estipulaciones accesorias o secundarias o que exista disposición legal en contrario. En la sociedad de responsabilidad limitada cualquier enajenación (a título oneroso o gratuito) importa una modificación del contrato social. Esa es la regla justamente diferencial respecto de otros tipos societarios. Por ello, no sólo no existe norma expresa en contrario (pues el art. 1552, CCC, no es lo suficientemente claro) sino que el propio art. 1016, CCC, admite que si el contrato principal (contrato social) pudiere hacerse por instrumento privado sus modificaciones también asuman esta forma. El art. 1546, CCC, prohíbe las donaciones hechas bajo la condición suspensiva de producir efectos a partir del fallecimiento del donante y establece que la aceptación de la donación debe producirse en vida del donante y del donatario (art. 1545, CCC).

### **XIII. Utilidad del fideicomiso en la empresa familiar.**

Si bien se derogó la Ley 24.441, el fideicomiso se incorporó al CCC, a partir del art. 1666. Muchas de las disposiciones han sido redactadas de mejor manera y también se han previsto algunas cuestiones relevantes reclamadas por la jurisprudencia (v.gr., el mejoramiento del sistema de liquidación del patrimonio fideicomitado, la regulación del fideicomiso de garantía, etc.).

No cabe aquí hacer un detallado análisis de cada una de las modificaciones registradas en el contrato de fideicomiso. Las dos principales modificaciones que producen un impacto significativo en la planificación patrimonial en la empresa familiar son la necesidad de registración del contrato y la posibilidad expresa de que el fiduciario sea, a la vez, beneficiario del contrato.

La registración del contrato de fideicomiso no ha sido planteada de manera adecuada y las reglamentaciones administrativas (v.gr., Resolución 7/2015 de IGJ) tampoco han logrado tomar la verdadera esencia de la registración. La falta de claridad de la norma (que sólo dice casi de manera circunstancial que el contrato es registrable: “El contrato, que debe inscribirse en el Registro Público que corresponda, puede celebrarse por instrumento público o privado”, sic art. 1669, CCC) generará problemas en orden a la seguridad jurídica y al cumplimiento de los distintos aspectos del contrato. Recuérdese que no es la inscripción del dominio fiduciario la que se exige (la que depende del tipo de bienes que corresponda) sino la inscripción del contrato en sí y de todo un elenco de actos que pueden desarrollarse internamente en el fideicomiso y cuyo contralor de legalidad debe cumplir el fiduciario.

El art. 1673, CCC, señala que el fiduciario puede ser cualquier persona humana o jurídica y que el fiduciario puede ser beneficiario. En tal caso, debe evitar cualquier conflicto de intereses y obrar privilegiando los de los restantes sujetos intervinientes en el contrato.

Este es quizás el mejor avance en materia de programación del patrimonio familiar<sup>32</sup>. En la práctica, el fideicomiso se ha utilizada para muchas finalidades conexas (o incluso estructurales) de la adecuada organización del patrimonio familiar. El fideicomiso permite “unificar” las participaciones societarias del fundador (o de todo el grupo familiar), permite realizar aportes de bienes inmuebles en orden a organizar o administrar de una manera más eficiente el patrimonio familiar, admite fondos de garantía y/ financiamiento de necesidades alimentarias, profesionales o aún empresarias de las generaciones siguientes, permite adaptar una estructura contractual flexible con la “impermeabilización” patrimonial de la que goza el esquema de dominio fiduciario. Parece haber quedado superado la posibilidad concreta de celebrar fideicomisos de planeación patrimonial o que procuren organizar todo el patrimonio completo de una determinada persona humana o jurídica.

Pero muchas veces la selección de un fiduciario de confianza de todos los miembros de la familia era una selección difícil, sobre todo si el fiduciario elegido tenía una eventual vocación sucesoria sobre los bienes que integraban el patrimonio fideicomitado (ya que de heredar la posición de beneficiario en el fideicomiso se produciría la yuxtaposición de dos roles contractuales: fiduciario y beneficiario).

El art. 1673, CCC, admite esta posibilidad y el fiduciario de un fideicomiso de acciones no sólo deberá administrar adecuadamente dichas participaciones societarias (en orden a los derechos de información, votación, elección de directores, distribución de dividendos, etc.) sino que podrá recibir directamente los beneficios que pudieran generar dichas acciones sin entrar en una zona de dudosa validez.

El fiduciario puede ser el encargado de distribuir y organizar el patrimonio familiar (según las instrucciones dadas por el fiduciante u otros sujetos, v.gr., asesores de management, legales, fiscales, etc.) y podrá –en dicho cometido- recibir parte de dichos bienes a título personal.

El valor confianza y fundamentalmente los principios que gobiernan una determinada familia empresaria (sumado a ciertas políticas conservadoras en orden a la distribución de las ganancias de la empresa familiar) son los que permiten que en muchos casos una empresa familiar tenga márgenes de maniobra mucho más ágiles a la hora de adaptarse a escenarios macroeconómicos pesimistas (o incluso a problemas endógenos de la misma estructura productiva). La solidaridad en la familia hace que estas ayudas no sólo queden en las necesidades afectivas o emocionales sino imponen cierta diferencia de esfuerzos frente a situaciones particulares de alguno de los miembros (enfermedades, embarazos, crisis matrimoniales, problemas con descendientes, etc.).

<sup>32</sup> MOJINA SANDOVAL, C. A. *El fideicomiso en la planificación sucesoria*. La Ley, ejemplar del 15 de Abril de 2014, p. 1/6

Obviamente que el límite de actuación es el conflicto de intereses (esto es, debe evitar beneficiarse a expensas del patrimonio familiar) y –en su caso- debe priorizar los intereses familiares. Esta previsión normativa es justamente uno de los ejes del adecuado funcionamiento de la familia empresaria (evitar lucrar a expensas de la familia). El protocolo familia (o el mismo fideicomiso) puede regular los distintos aspectos o procedimientos para tratar situaciones de posibles conflictos. No sólo puede definir de manera general cuales son estos conflictos sino que puede poner ejemplos y supuestos concretos en los que el conflicto de interés se presume o podría estar presente. También puede incorporar reglas y mecanismos para resolver estas cuestiones, sea imponiendo la abstención de actuación o requiriendo un dictamen de un profesional independiente (muchas veces no designado por el propio fiduciario sino por los restantes miembros de la familia) que establezca como actuar. La valuación de ciertos bienes y las llamadas “condiciones de mercado” son los límites naturales que existen para la administración y disposición de ciertos bienes.

El protocolo familiar debería contar con pautas o exigencia de asesoramiento a los miembros de la familia en la comprensión del funcionamiento del fideicomiso en general pero especialmente en el fideicomiso familiar de la cual son o tienen vocación de ser beneficiarios. Se requiere un adecuado sistema de suministro de informaciones y también la fijación de ciertas reglas que permitan tomar ciertas decisiones con bases mínimas de consenso.

El art. 1670, CCC, admite que cualquier bien puede ser aportado al fideicomiso, incluso universalidades, pero no acepta la posibilidad de que “incluya pactos de herencia futura”. Es claro que esta norma es sobreabundante, ya que en la parte general que regula los contratos expresamente se prohíbe los pactos de herencia futura con una salvedad justamente pensada para la empresa familia (art. 1010, 2º párr., CCC).

Podría discutirse si el fideicomiso no puede albergar un pacto de herencia futura de los que están admitidos expresamente en el art. 1010f, 2º párr., CCC, y que justamente se flexibiliza para las necesidades de programación de una empresa familiar. La discusión parece superflua, ya que sería un contrasentido prohibir los pactos de herencia futura específicos de la empresa familiar que se instrumenten mediante fideicomiso pero permitir todos los demás. Lo determinante de la norma (y fundamentalmente de la prohibición) no es la forma que asuman sino el contenido que derive de la implementación. El sentido axiológico de la norma procura evitar la tergiversación de esta clase de pactos, independientemente del vehículo formal que se utilice.

#### **XIV. Planificación sucesoria y pactos de herencia futura.**

Nadie puede dudar de que resulta mejor planificar que no hacerlo. La planificación tiene múltiples ventajas, en general preventivas<sup>33</sup>, entre las que se mencionan:

- (i) opera como un mecanismo de prevención de conflictos (pues una adecuada planificación sucesoria debe adelantarse a los posibles problemas mediante el acuerdo y consenso familiar y pudiendo conocer, en detalle, la voluntad del fundador);
- (ii) brinda mayores posibilidad de continuidad a la empresa (pues al prevenir conflictos, en algún modo, garantiza un mejor posicionamiento de la empresa y brinda fortaleza –minimizando las naturales debilidades que la sucesión acarrea al cambio generacional-);
- (iii) facilita la toma de ciertas decisiones que involucran la venta de la empresa o la compensación de ciertos bienes del patrimonio (evitando colaciones u otras acciones sucesorias);
- (iv) permite organizar al empresario que planifica sus ingresos futuros y cómo se va a desarrollar el cambio de mando (y de propiedad), pero garantizando un nivel mínimo de ingresos y su personal sustentabilidad patrimonial (mediante pactos de accionistas, usufructos, etc.);
- (v) facilita la apertura de información a los futuros herederos y la transmisión de ciertos bienes a personas importantes en el plan de sucesión, evitando de esa manera los naturales problemas de información que tienen los traspasos de activos, acciones y empresas (problemas que se potencian cuando esa transmisión no es planificada).

#### **XV. Límites de los nuevos pactos de herencia futura.**

El eje de la prohibición de los pactos sobre herencias futuras es el art. 1010, CCC, que señala que “las herencias futuras no pueden ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares”. El art. 1546, CCC, prohíbe las donaciones hechas bajo la condición suspensiva de producir efectos a partir del fallecimiento del donante y en el ámbito sucesorio establece la prohibición de aceptar o repudiar herencias futuras (art. 2286, CCC), como también dispone la irrenunciabilidad de la porción legítima de una sucesión futura (art. 2449, CCC).

En cuanto a los avances, el nuevo régimen prevé la dispensa de colación o cláusula de mejora efectuada por el padre a favor del descendiente en el acto de la donación (art. 2385, CCC); la partición por donación por ascendiente (arts. 2411/2420, CCC, para con sus descendientes); el pacto de conformidad con las enajenaciones efectuadas por el futuro causante a uno de sus herederos forzosos, con la modalidad de reserva de usufructo, uso o habitación, o la contraprestación de una renta vitalicia, que impide a los legitimarios que consintieron la enajenación demandar en el futuro la colación (art. 2461, CCC).

Pero la gran novedad, que toma la tendencia en derecho comparado, es el art. 1010, 2º párr., CCC, que dice: “Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias, con miras a la conservación

---

<sup>33</sup> DE MASSIS, A., CHUA, J.H.; CHRISMAN, J.J., *Factors Preventing Intra-Family Succession*, Family Business Review June 2008 vol 21 no 2 p. 193

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 a favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no partes el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge ni los derechos de terceros”.

Define Guastavino al pacto sucesorio como “el contrato cuyo objeto es el todo o parte de una herencia futura, y cuyo contenido concierne a su organización o un aspecto de esa organización, por referir a disposición o transferencia de derechos sucesorios eventuales o por referir a reglas de distribución de la herencia o a otras cuestiones sucesorias”<sup>34</sup>.

Los requisitos para que exista pacto sobre herencia futura son los siguientes: **(i)** que se celebre en previsión de una sucesión no abierta todavía; **(ii)** que el objeto del contrato forme parte de esa sucesión, o que el pacto refiera a la universalidad o a una fracción de la misma; **(iii)** que el contrato se realice en virtud de un derecho hereditario y no a título de crédito u otra clase<sup>35</sup>.

El promitente, por ejemplo, debe transmitir la cosa objeto del contrato en virtud de un derecho hereditario sobre la misma. Si las cosas o derechos objeto del contrato no han sido consideradas como objetos hereditarios futuros, y si aquel que contrata en relación a ellas no actúa como causante o como heredero con derecho eventual a ellos, no habrá estrictamente un contrato sobre herencia futura, sin perjuicio de que la nulidad del acto se funde en otras razones legales<sup>36</sup>.

Se han distinguido los pactos “institutivos” (mediante los cuales el futuro causante conviene con la otra parte en designar a ésta o a un tercero como heredero o legatario o se instituyen recíprocamente entre sí como herederos o legatarios, *pactos in succedendo*), pactos “renunciativos” (realizados por el heredero presuntivo que abdica de su derecho eventual a la herencia del cocontratante o de un tercero sin cederlo a persona determinada, *pactos non succedendo*); pactos “dispositivos” (en los cuales el sucesible cede su expectativa hereditaria en la sucesión no abierta de otra persona, o contrata sobre algún objeto comprendido en la misma)<sup>37</sup>.

Cabe señalar que los únicos pactos de herencia futura admitidos son los que tienen como objeto mantener la unidad de gestión empresarial (aspecto esencial y básico en las empresas familiar y que constituye muchas veces el principal objetivo del fundador en aras de garantizar cierta uniformidad en el management) o, también, la prevención de conflictos entre los futuros herederos (en aras de garantizar la estabilidad y continuidad de la empresa familiar).

Es obvio que estas dos finalidades están presentes en la mayoría de las planificaciones de empresas familiares y de sus protocolos familiares. La idea eje de la empresa familiar, como dijimos, es justamente la conservación de una adecuada gestión empresarial en las siguientes generaciones, siempre bajo el norte de evitar futuros conflictos y, por supuesto, respetar los límites que el derecho sucesorio impone para estas cuestiones.

Por ello, Ferrer ha señalado que los pactos pueden asumir diversas modalidades<sup>38</sup>:

**(i)** Transferir la explotación productiva o las participaciones societarias a uno de los herederos, que será el que resulte más idóneo al titular para mantener la continuidad de su empresa, pudiendo reservarse el usufructo o pactar una renta vitalicia, en cuyo caso deberá compensar las cuotas legítimas de los otros herederos forzosos, en dinero efectivo o con otros bienes, que se incluirán en ese acto, o con bienes que hayan recibido con anterioridad. En este supuesto el futuro causante es el transmitente y parte necesaria del contrato, como también el beneficiado y los demás legitimarios. Corresponde aplicar las normas sobre la partición por donación (arts. 2411/2420).

**(ii)** La misma finalidad el futuro causante la puede lograr mediante la constitución de un fideicomiso inter vivos transfiriendo a un fiduciario todos los bienes que integran su patrimonio, o parte de los mismos incluyendo la propiedad fiduciaria de la explotación productiva o de las participaciones societarias, designándose beneficiario, y fijando como condición resolutoria del contrato su eventual fallecimiento, instruyendo al fiduciario para que una vez acaecido su deceso, transfiera la explotación productiva o las participaciones societarias al heredero legítimo que designe, y a los demás, que les transfiera los bienes que indique en compensación para cubrir sus cuotas legítimas.

**(iii)** Los herederos legitimarios presuntivos del titular de una explotación productiva o de participaciones societarias, pueden ceder sus futuros derechos hereditarios sobre dichos bienes a uno u otros de los legitimarios, pactándose una compensación a favor (del o) de los cedentes, previniendo de tal modo futuras y eventuales controversias.

**(iv)** Pueden también los herederos presuntivos convenir entre sí cuál de ellos se hará cargo de la gestión y administración de la explotación productiva o de las participaciones societarias del futuro causante, pactándose en compensación un mayor porcentaje a su favor en la futura titularidad de la empresa o de las participaciones societarias, o en otros bienes del futuro causante, con lo cual solucionan eventuales y futuros conflictos.

**(v)** Uno de los legitimarios puede transferir a otro sus futuros derechos hereditarios sobre la explotación productiva o participaciones societarias, para compensar una deuda que mantenía con el mismo, o compensarlo con otro bien del mismo legítimo, o con los derechos hereditarios eventuales de éste sobre futuros bienes hereditarios, a fin de prevenir o solucionar una disputa.

<sup>34</sup> GUASTAVINO, E. P., *Pactos sobre herencias futuras*, Ediar, Bs. As., 1968, p. 76.

<sup>35</sup> BELLUSCIO, A.C., *Pacto sobre herencia futura, donación de exigibilidad diferida, y obligación de procurar prestación de tercero*, LA LEY 1981-D, p. 336; GUASTAVINO, *Pactos sobre herencias futuras* cit., p. 76.

<sup>36</sup> GUASTAVINO, *Pactos sobre herencias futuras* cit., p. 76.

<sup>37</sup> GUASTAVINO, *Pactos sobre herencias futuras* cit., p. 98.

<sup>38</sup> FERRER F. A. M. *Pactos sucesorios y el Código Civil y Comercial* La Ley 20.08.2015, n. 1

Si bien no es un pacto de herencia futura, el nuevo CCC si permite contratos de locación con fines comerciales a largo plazo. El art. 1197, CCC, expresamente señala que el tiempo de la locación, cualquiera sea su objeto, no puede exceder de veinte años para el destino habitacional y de cincuenta para otros destinos. Con lo cual, dicha duración (verdadera ampliación si se compara con la limitación tradicional del esquema anterior) va a ser una herramienta muy importante para poder planificar en la empresa familiar a largo plazo y pudiendo coordinar las relaciones entre los bienes familiar (muchas veces no integrados a la actividad específica) y la gestión empresarial (que requiere de cierta previsibilidad).