

Universidad Austral. Maestría en

Derecho Empresarial.

Título de la monografía:

**ART. 1010 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL
DE LA NACIÓN COMO UNA MANERA DE
COMENZAR A TRANSITAR EL CAMINO HACIA
LA PROTECCIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR.**

Materia:

Dinámica Societaria.

Autor:

Luciano Nahuel Barili.

ART. 1010 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMO UNA MANERA DE COMENZAR A TRANSITAR EL CAMINO HACIA LA PROTECCIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR.

Luciano Nahuel Barili.

SUMARIO: I. Introducción. II. Empresa Familiar: II.a) Falta de regulación legal. II.b) La empresa familiar: Conceptualización y deformación práctica (concepto “erróneo”). II.c) Importancia de las empresas familiares en nuestro país. III. Pacto sobre herencia futura: III.a) Regla general. Excepción. Justificación. III.b) Fuentes. III.c) Objeto del pacto. Sujetos. III. d) Presupuesto para su validez. Oponibilidad. III. e) Forma. IV. Conclusión.

I) INTRODUCCIÓN.

Las empresas de familia juegan un rol preponderante en la realidad económica argentina. Las familias emprendedoras suelen servirse de las estructuras jurídicas contempladas en la Ley General de Sociedades para llevar adelante sus proyectos comerciales. Así, terminan por constituir sociedades de capital, las cuales muchas veces perduran en el tiempo, más allá de la vida de sus fundadores, incorporando a los herederos a dichas empresas, no estando todos ellos –en la mayoría de los casos– capacitados para cumplir con la consecución del objeto social, dejando al proyecto familiar en una situación patrimonial ruinosa.

Ostensiblemente, los juristas que llevaron adelante la redacción del Código Civil y Comercial de la Nación, han tomado nota de lo expuesto en el párrafo anterior, incorporando en dicho plexo normativo, la posibilidad de pactar sobre futuros derechos hereditarios, siempre y cuando, dichos pactos recaigan sobre una explotación productiva o participaciones societarias de cualquier tipo, teniendo como finalidad dicha convención lograr la conservación de la unidad de la gestión empresarial o la prevención o solución de potenciales conflictos futuros.

El objeto del presente trabajo estará centrado en poner de realce la importancia de los pactos de herencia futura para las empresas de familia, como herramientas jurídicas de carácter preventivo y organizativo que permitirán lograr la continuidad y la conservación de la empresa de familia a lo largo de los años y más allá de lo que la vida le depare a los miembros que la integran.

Para ello, será menester empezar por delinear un concepto de empresa familiar, poner de relieve su importancia en la economía de nuestro país, para luego arribar al análisis del instituto regulado en el artículo 1010 del Código Civil y Comercial de la Nación.

II) EMPRESA FAMILIAR

II. a) Falta de regulación legal

No existe norma -o conjunto de ellas- en el ordenamiento jurídico argentino, que regule el fenómeno de las empresas de familia, por lo que, como bien señala Azpiri, *“cuando los integrantes de una empresa con estas connotaciones deciden constituir una sociedad regular deberán optar por uno de los tipos previstos en la ley 19.550”*.¹

De más está decir que las estadísticas indican que, a la hora de constituir una sociedad de las previstas en la Ley General de Sociedades, se eligen aquellos tipos sociales donde la responsabilidad queda limitada a lo aportado por los socios, optándose, entonces, por la Sociedad de Responsabilidad Limitada (S.R.L) y en mayor medida por la Sociedad Anónima (S.A). Si bien esta última fue concebida como una estructura jurídica idónea para llevar adelante grandes emprendimientos empresariales, lo cierto es que en la realidad mercantil se le da un uso distinto, lo que ha llevado al Dr. Ernesto Martorell, a decir que *“...Uno de los vicios más comunes –dentro de la miríada que afecta el derecho societario argentino—es la utilización ad gustum de S.A, hasta para explotar una cabina de teléfono...”*.²

II. b) La empresa familiar: Conceptualización y deformación práctica (concepto “erróneo”).

Pese a que no existe una norma que defina los alcances del concepto de empresa familiar, podemos afirmar, siguiendo a calificada doctrina que *“hay empresa familiar cuando los integrantes de una familia dirigen, controlan y son propietarios de una*

¹ Jorge O. AZPIRI, “La sociedad de familia y la empresa familiar” (1998),

<ftp://www.justiciachaco.gov.ar/Biblioteca/SOCIEDAD%20FAMILIAR/AZPIRI%20-%20La%20Sociedad%20de%20Familia%20y%20la%20Empresa%20Familiar.doc>. , (disponible en Internet el 27-IX-2015).

² Ernesto Eduardo MARTORELL, Tratado de las Sociedades Comerciales y los Grupos Económicos, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, Tomo I, Pág. 67.

*empresa, la que constituye su medio de vida, y tienen la intención de mantener tal situación en el tiempo y con marcada identificación entre la suerte de la familia y de la empresa”.*³

Ahora bien, paralelamente a dicha definición, hay, a su vez, lo que se denomina “concepto erróneo” de este tipo de emprendimientos. Graciela Medina lo expone de manera muy clara al afirmar que “...no se debe construir una empresa familiar con la intención de que sea el futuro refugio donde los miembros de la familia que estén menos capacitados, o lo que es peor, sean humanamente menos virtuosos, ostenten el poder. Aparte de la falta de responsabilidad social de esta forma de pensar, si esta situación se promoviera o se permitiera, se llegaría con certeza a dar cumplimiento al dicho expuesto en el título de que “la primera generación hace una empresa familiar, la segunda generación la debilita y la tercera la entierra””⁴.-

II. c) Importancia de las empresas familiares en nuestro país.

Si bien no hay estadísticas que brinden información acerca de la cifra exacta de empresas familiares en nuestro país, se dice que hay aproximadamente un millón y que éstas constituyen una mayoría cercana al 80% del total de empresas existentes⁵. Sin embargo, este fenómeno no sólo se da en Argentina, sino que es propio de la economía mundial, en donde las empresas familiares representan entre el 70% y el 90% del total⁶.-

A su vez, también siguiendo datos estadísticos, hay que tener en cuenta que sólo el 40% de las empresas familiares llegan a lo que se denomina “segunda generación” y nada más que el 15% a la “tercera generación”. El resto terminan por cerrar de manera voluntaria o, lo que es más grave aún, luego de un proceso falencial. Esto muchas veces responde a conflictos originados en el propio seno familiar, que son completamente ajenos al ámbito societario estricto. La estructura legal elegida para llevar adelante los negocios y su falta de flexibilidad muchas veces se erige en obstáculo para lograr disipar el conflicto y salvar a la empresa⁷.-

³ Eduardo M. FAVIER DUBOIS, “La empresa familiar. Encuadre general, marco legal e instrumentación, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010.

⁴ Graciela MEDINA, “Empresa Familiar”, L.L, 2010-E, 920.

⁵ Carlos A. MOLINA SANDOVAL. “Programación patrimonial en la empresa familiar”, L.L, 2015-E, 1.

⁶ Victoria S. MASRI. “La empresa familiar”. Sup. La Ley - Col. Escribanos C.A.B.A. 12/09/2011, 5.

⁷ Daniel R. VITOLO, “La regulación de las empresas conformadas como sociedades cerradas y de familia: el desafío legislativo”, en Eduardo M. FAVIER DUBOIS (H) (DIRECTOR), La empresa

Favier Dubois (h) habla de crear una “cultura” tendiente a reconocer y proteger las empresas familiares, procurando un funcionamiento ordenado, provechoso y la continuidad de las mismas en el tiempo⁸. Quien suscribe entiende que, en la especie, el instituto regulado en el segundo párrafo del artículo 1010 del Código Civil y Comercial, responde en cierta medida a la búsqueda de esa “cultura”.

III) PACTOS SOBRE HERENCIA FUTURA

III. a) Regla general. Excepción. Justificación.

El artículo 1010 del Código Civil y Comercial de la Nación regula tanto la norma general como la excepción acerca de la posibilidad de celebrar pactos sobre herencia futura, estableciendo que:

“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.

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 empresaria 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”.

El primer párrafo no hace más que mantener la prohibición que establecía el artículo 1175 del Código Civil Velezano. Dicha regla encontraba sustento en la inmoralidad de los tratos sobre herencias de personas vivas y ello así porque se entendía que los mismos no sólo atentaban contra las normas imperativas, sino también contra las buenas costumbres. Con respecto a este punto y a la creación de la excepción prevista en el segundo párrafo del art. 1010, Lorenzetti afirma que “... *La inclusión de la excepción normativa que autoriza el pacto implica una transformación del orden moral por cuanto se ha producido una modificación de las normas imperativas y se ha optado*

familiar. Encuadre general, marco legal e instrumentación, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, Pág. 210 – 211.

⁸ Eduardo M. FAVIER DUBOIS (H), “La agenda jurídica de la empresa familiar”, en Eduardo M. FAVIER DUBOIS (H) (DIRECTOR), La empresa familiar. Encuadre general, marco legal e instrumentación, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, Pág. 97.

por la omisión de las buenas costumbres en una transformación justificada en necesidades del tráfico... ”⁹.-

Y en efecto, teniendo en cuenta la importancia que tienen estas empresas para la vida económica de nuestro país, el codificador ha buscado dotar de estabilidad a las relaciones jurídicas, con la finalidad de preservar la unidad de gestión empresarial mediante la prevención de conflictos. Considerando que la vida productiva hace a la base del progreso de toda comunidad, se ha creado así, la excepción en estudio, buscando estimular con ella la actividad económica¹⁰.-

Como se expusiera anteriormente, la trascendencia que tienen las empresas a nivel económico y social es enorme. Por ello, cuando el fundador del emprendimiento en cuestión muere, y dicha empresa pasa a ser parte del acervo hereditario, esto no sólo interesa a los herederos, sino también a la comunidad en donde dicha empresa opera¹¹.-

Sin perder de vista el “principio de conservación de la empresa”, consagrado en el Artículo 100 de la Ley General de Sociedad, la sola posibilidad de que existan conflictos entre los herederos que terminen por poner trabas en la gestión y administración de la empresa, o que la misma quede en manos de una persona sin idoneidad, justifican la inclusión de la herramienta jurídica en análisis.-

III. b) Fuentes.

Sin adentrarme en el estudio de las fuentes y antecedentes, considero relevante resaltar que la inclusión de la excepción a la prohibición al pacto sobre herencia futura encuentra su correlato en el derecho comparado, más precisamente, en el derecho italiano, así como también en el derecho catalán¹².-

III. c) Objeto del pacto. Sujetos. Presupuesto para su validez. Oponibilidad.

⁹ Ricardo Luis LORENZETTI, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2014, Tomo V, Pág. 738.

¹⁰ LORENZETTI, V, Pág. 741

¹¹ LORENZETTI, V, Pág. 738

¹² Julio César RIVERA, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, La Ley, Buenos Aires, 2014, Tomo III, Págs. 515-516. Y Graciela MEDINA, “Empresa Familiar”, L.L, 2010-E, 920.

El Código Civil y Comercial de la Nación limita el objeto de los pactos sobre herencia futura a “explotación productiva” o “participación societaria de cualquier tipo” y excluye de su objeto principal, al resto del eventual acervo sucesorio¹³.-

Cuando la ley se refiere a “participaciones sociales de cualquier tipo” da la pauta de que podría ser objeto del pacto, la transferencia de la participación en cualquier tipo social regular de la Ley.19.550¹⁴; por lo que podría pactarse la transferencia de partes de interés, cuotas sociales o acciones.

Únicamente se encuentran legitimados para celebrar este tipo de pactos los herederos forzosos y el causante. Al ser un contrato, se requiere el consentimiento de las partes, aplicándose las normas del Libro Tercero, Título Segundo, Capítulo Tercero, Sección Primera del Código Civil y Comercial.

La norma establece que estos pactos pueden ser válidos a pesar de que no intervenga en el acuerdo el titular del patrimonio que hace al objeto de dicha convención. Así, dicho pacto, aún cuando el titular no esté anoticiado de su celebración, será válido¹⁵.-

III. d) Presupuesto para la validez.

Constituye presupuesto para la validez del convenio, la no afectación de la legítima hereditaria. Esto conlleva a que todos los legitimarios, tarde o temprano, deban prestar su conformidad; pudiendo hacerlo en el acto mismo o, incluso, consintiéndolo con posterioridad¹⁶.

A su vez, la inclusión de cláusulas que hagan viable la compensación patrimonial a aquellos herederos excluidos del manejo de la empresa familiar será presupuesto ineludible para la validez de este tipo de pactos. En caso de que dicha empresa sea lo único que integre el acervo hereditario -en pos de la validez del pacto-, podrían incluirse cláusulas que estipulen, previa valuación, cubrir el monto total de lo

¹³ María CESARETTI Y Oscar CESARETTI, “El pacto sucesorio Vs. El fideicomiso en la empresa familiar a la luz de la unificación”, en Gabriela F. BOQUIN, Ricardo A. NISSEN, Daniel R. VITOLO (DIRECTORES), “Los aspectos empresarios en el nuevo código civil y comercial de la Nación”, FIDAS, Buenos Aires, 2015, Pág. 137.

¹⁴ María CESARETTI y Oscar CESARETTI, Pág. 137.

¹⁵ LORENZETTI, V, 743.

¹⁶ LORENZETTI, V, 744.

que le correspondiere a cada heredero a través de fondos generados por la propia sociedad.

Pero ahora bien, siendo el pacto sobre herencia futura un contrato extra-societario, el mismo, como tal, no podrá ser oponible a la sociedad, al menos que se encuentre previsto en el estatuto. Para ello, se requerirá de cierta “conciencia previsoras” por parte de los fundadores para contemplar dichos pactos en los estatutos o contratos sociales.

III. e) Forma del pacto.

El codificador ha optado por la libertad formal en este tipo de pactos; rigiendo, por ende, lo establecido en el artículo 1015 del Código Civil y Comercial de la Nación.

El pacto de herencia es una convención accesoria, por lo que carece de autonomía y debe estar dentro o vinculado directamente a un “protocolo familiar” o “pacto de sindicación de acciones”, conforme surge de la interpretación del artículo 1010 del Código Civil y Comercial de la Nación. Dado que estos instrumentos también gozan de libertad formal, los mismos pueden celebrarse en forma diferida en el tiempo, requiriéndose, únicamente, la vinculación entre sí exigida por la referida norma¹⁷.-

Teniendo en cuenta la importancia de dicho pacto para prevenir posibles contingencias y asegurar la continuación de la empresa, es dable suponer que se optara por la escritura pública como forma para hacer constar la celebración de dicho convenio¹⁸.-

IV. CONCLUSIÓN.

Son varias las conclusiones a las que ha llegado el suscripto luego del estudiar el fenómeno de la empresa familiar y la excepción del artículo 1010 segundo párrafo del Código Civil y Comercial de la Nación:

- Las sociedades de familias son fundamentales para el desarrollo y progreso de nuestra economía, por lo que deben ser materia de tratamiento en el ámbito legislativo, mediante la sanción de normas que tiendan a protegerlas.

¹⁷ María CESARETTI y Oscar CESARETTI, Pág. 141.

¹⁸ María CESARETTI y Oscar CESARETTI, Pág. 142.

- La reforma hecha a la Ley General de Sociedades debería haber incluido un capítulo referido a este tipo de sociedades. La experiencia indica que, al utilizar los emprendimientos familiares, los tipos sociales regulados en la ley 19.550 como estructuras jurídicas de sus negocios, muchas veces y como consecuencia de los conflictos que se suscitan en el ámbito familiar, se ven atrapados en sistemas rígidos de los cuales es muy difícil salir para encontrar soluciones. Lo lógico hubiera sido la creación de un nuevo tipo social que contemple las necesidades de estas empresas.
- El artículo 1010 del Código Civil y Comercial de la Nación es un acierto del codificador. La incorporación de instrumentos jurídicos que contemplen las necesidades de las empresas familiares es parte del camino que debemos transitar.
- Para realmente aprovechar el instituto en análisis, se requerirá de un fuerte criterio de planificación y prevención por parte de los empresarios argentinos.
- Tales pactos, en la medida en la que no adolezcan de algún vicio susceptible de provocar su nulidad, servirán para prevenir conflictos y asegurar, en un mayor grado de probabilidades, la continuación de la empresa.
- El pacto, accesorio del protocolo familiar o sindicación de acciones, para ser oponible a la sociedad, deberá estar previsto en el estatuto o contrato social.

BIBLIOGRAFIA:

CERRA, Maximiliano, “Continuidad de la sociedad con los herederos del socio fallecido”, L.L, 06/IV/2015,102

FAVIER DUBOIS (P) y Eduardo M. FAVIER DUBOIS (H): Eduardo M “Derecho societario para la actuación profesional”, Erreius, Buenos Aires, 2015.

FAVIER DUBOIS (H) Eduardo M.: “La empresa familiar. Encuadre general, marco legal e instrumentación”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010.

- “Las empresas familiares en Argentina: Su distancia cultural y legal respecto del modelo español y los cambios en curso”, L.L, 19/VII/2013, 48.

LAJE, Alejandro, “Pactos sobre herencias futuras”, L.L, 07/V/2014, 139.

LORENZETTI, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2014, Tomo V.

MARTOREL Ernesto: “Tratado de las sociedades comerciales y los grupos económicos”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008.

MASRI. “La empresa familiar”. Sup. La Ley - Col. Escribanos C.A.B.A. 12/09/2011, 5.

MEDINA, Graciela. “Empresa Familiar”, L.L, 2010-E, 920.

MOLINA SANDOVAL. “Programación patrimonial en la empresa familiar”, L.L, 2015-E, 1.

RIVERA, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, La Ley, Buenos Aires, 2014, Tomo III.