

PACTO O ESTIPULACIÓN DE HERENCIA FUTURA EN LA DINÁMICA SOCIETARIA. FIDEICOMISO DE TRAZABILIDAD SUCESORIA: UNA VARIABLE INTERESANTE

Marcelo Alejandro David

INTRODUCCIÓN.

La nueva codificación unificada del derecho privado en la República Argentina si bien no ha receptado de un modo expreso y directo la problemática de la empresa familiar, es innegable reafirmar que se han incorporado al nuevo Código herramientas que resultarán de marcado interés para el presente y futuro de las organizaciones económicas familiares, así como para sus descendientes en el futuro, bregando siempre por el mantenimiento de las estructuras económicamente hábiles y socialmente útiles para el desarrollo de la economía en su conjunto.

Una de las visiones preventivas sobre la que se debe detener el operador jurídico y en su caso los asesores de estructuras empresariales familiares es en el ámbito de la sucesión de los patrimonios y en su caso en la posibilidad de preestablecer sistemas/modos de distribución sobre bienes y su destino en el futuro que sin dudas traten en la medida de lo posible de sostener la operatividad de las empresas familiares, marcando que la regla pase a ser excepción, y de este modo lograr que en el futuro las sucesiones intestadas no sean las principales *armas inordinadas de la extinción de sendas estructuras económicas organizadas familiares*.

La *planificación patrimonial futura* es sin dudas uno de los temas que mayor cantidad de capítulos conlleva en los actuales Protocolos de Empresa o sindicatos de accionistas, donde en un momento determinado la organización toma la decisión de incorporar una reglamentación que atienda y pretenda resolver en el presente y en el futuro los diversos inconvenientes que de usual y ordinario intentan trastocar la paz y operatividad de las empresas familiares.

Desde antaño, la manera de regular la *herencia futura* y las cláusulas que impedían como principio su negociación o resolución sobre pautas determinadas y/o determinables, resultaban un claro impedimento en las codificaciones conti-

mentales para prevenir futuros inconvenientes muchas veces encorsetados sobre un menú cerrado de opciones dado por el derecho testamentario, las transferencias gratuitas a modo de adelanto de herencia y el sucesorio intestado. De hecho, en la actualidad se mantiene la prohibición, como regla general, de disponer contratos sobre herencia futura y así lo marca el propio art. 1010 del Código Civil y Comercial como regla general, e incluso el propio artículo 1670 en el capítulo específico destinado a reglar el objeto del fideicomiso en general, y en lo específico que aquí interesa, expresa que el contenido del contrato no puede versar sobre herencia futura.

I. El pacto de herencia futura en el régimen anterior. antecedentes de la actual regulación

Vélez en su código derogado, establecía en el art. 1175 que los pactos sobre herencia futura o adelantamiento de herencia eran nulos de nulidad absoluta. Repudiando por ende el gran codificador argentino todo intento de avanzar sobre la legítima desde ese tipo de estipulaciones. Así la doctrina entendía que eran nulos por la *“inmoralidad de especular sobre la muerte de una persona y aunque se tiende a impedir que se generen convenciones que vulneren el principio democrático de la división igualitaria entre sucesores y que se realicen estipulaciones usurarias acerca del deceso de una persona”*¹.

A la fecha si bien la prohibición en sentido genérico se sostiene por el novel codificador en la primera parte del art. 1010 del Código Civil y Comercial de la Nación, lo cierto es que existe normada a la fecha excepciones a tal tajante e histórica prohibición y que, no alcanza a las estipulaciones sobre herencia futura que tengan por objeto una explotación productiva o participaciones societarias de cualquier tipo con claras miras y vinculaciones a enaltecer el principios de conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o resolución de conflictos. La diferencia de concepción, amén de filosófica en torno a la concepción aceptada de la muerte como un hecho de la realidad, no querida pero que se sabe que va a acontecer, abre sendos caminos a la prevención del derecho en el escenario de la transmisibilidad de al menos cierto tipo de bienes y derechos en el devenir de la herencia.

En las estructuras societarias cerradas y algunos casos familiares, que comprenden el mayor número de las sociedades inscriptas y en actividad en nuestro

¹ MEDINA, Graciela, *Pactos sobre Herencia Futura*, La Ley 2015-E, 1144. FERRER MEDINA, *Código Civil. Comentado. Sucesiones*. Tomo II, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires 2003, p. 106.

país, la causal del fallecimiento de los socios no prevista en sus contratos sociales o reglamentos parasocietarios entre los socios fundadores, signa en muchas oportunidades el germen de conflictos que pueden sin dudas resultar un óbice para la continuidad consensuada y pacífica de la operatoria.

La aleatoriedad de la composición del patrimonio en definitiva una vez fallecido el causante, no impide asignar en forma preventiva el destino de los bienes que conforme el art. 1010 C.C. y C. puede el titular de los bienes disponer para el futuro momento de su fallecimiento. Dejando asentado incluso que el mismo podrá modificar dichos acuerdos y adecuarlos en función de las circunstancias –muerte de algún integrante del pacto, situaciones de capacidades diferentes de otros, conflictos nuevos o diversas formas o crecimiento de la empresa, negocios o participaciones-. El comercio y la empresa como categoría histórica precisan de instrumentos que permitan estipulaciones que habiliten pensar en la continuidad de las estructuras negociales más allá de la finita vida de su fundador. El traspaso generacional en el marco de las empresas de familia, requiere de instrumentos maleables, que permitan prevenir conflictos y estructurar ciertas estabildades en el manejo y administración de los negocios empresariales. De este modo nos enrolamos en los detractares absolutos del direccionismo extremo del estado en la determinación de los designios y amplitud de la herencia en lo que se identifica con participaciones sociales o unidades de negocios.

El fallecimiento no debe ser inmoral, sino que por el contrario debe para el operador del derecho, resultar una variable preventiva de innegable análisis y análisis al momento de conformar los vehículos jurídicos societarios o de estructuras las reglamentaciones o modificaciones estatutarias que aseguren la continuidad o al menos eviten los usuales planteos y conflictos conocidos. Respecto de la muerte y tal cual sostenían los romanos, sabemos que va a ocurrir pero no sabemos cuándo, y si encima conocemos por sendos estudios que las empresas familiares en muchos casos frente al fallecimiento del fundador siente un tremendo cimbronazo sino existen reglas de determinación de la forma de continuación en lo que comúnmente se conoce como sindicatos de acciones o protocolos de empresa.

En torno y por último a la circulación del capital, debemos remarcar que el estado en el marco del normado y público derecho sucesorio, al menos en el tramo que se identifica como la legítima no ha dado por lo general soluciones al tema. El nuevo ordenamiento ha previsto posibilidad de mejores, pactos de preferencia a herederos que hayan participado en unidades de negocios, pero en sí no es el estado quien debe definir los designios del traspaso generacional o de las mejores conformaciones de un patrimonio empresarial para apostar por su continuidad.

II. Objeto de los pactos de herencia futura

Principia la excepción tratada del art. 1010 C.C. y C. diciendo que “*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...*”.

Al respecto entendemos que el objeto de las estipulaciones de herencia futura puede representarse en *explotaciones productivas de cualquier clase* -agropecuaria, industrial, comercial, de servicios, entre otras- al punto que es dable inferir que no existe en el legislador rigor científico en la expresión, pudiendo emparentar a la misma a la propia empresa. Lo que no aclara el legislador si en la unidad productiva puede existir un solo grupo familiar o más de un grupo familiar, por cuanto de extender incluso el objeto a las participaciones sociales, deja entrever que pueden existir unidades de negocios en donde no solo se encuentre en juego el patrimonio del causante, sino varios patrimonios familiares de una organización cerrada que los nuclea. Ese entendemos ha sido el espíritu del legislador al generar una apertura a tan histórica prohibición de nuestra cultura jurídica en torno a la organización del patrimonio del causante en vida.

No creemos que el legislador haya limitado la aplicación del artículo 1010 última parte solo a empresas unifamiliares, sino que, por el contrario la aplicación puede tener por objeto sociedades plurifamiliares. En torno a la estipulación de los destinos de una explotación es dable referir que sobre la misma se debe tener situación de control que deberá ser sometido a las decisiones de la estructura de la que estemos tratando, no aplicando dicha situación cuando lo que se estipula afectar o transferir resulten simples participaciones societarias, donde no será necesaria el status de controlante del patrimonio del causante.

En torno a las participaciones sociales de cualquier tipo, coincidimos con la doctrina que la norma apunta a participaciones societarias de los tipos regulados en la Ley 19550, denominada a partir de la reforma Ley General de Sociedades debido a la necesaria línea unificadora. Con dicha aseveración claro que se aplica a las sociedades de capital como de interés, así como incluso a las sociedades civiles, ex irregulares, o de hecho instrumentadas, a la fecha conforme la mayoría de la doctrina encausadas en las sociedades de la sección IV de la ley -identificando a este tipo de sociedades como el detonante de una importante crisis del tipo en el marco de la teoría societaria tradicional-; aplica incluso a las Sociedades por Acciones simplificadas creadas por la normativa de emprendedores 27.349 (arts. 33 a 62) y a toda estructura societaria regular y no regular que exista o se cree en el futuro. Quedando en principio fuera de aplicación en modo directo al menos los contratos asociativos (arts. 1442 a 1447 C.C. y C.), agrupaciones de colaboración (arts. 1453 a 1462), uniones transitorias de empre-

sas (arts. 1463 a 1469), los consorcios de cooperación (1470 a 1478), por tratarse como en muchos otros casos de estructuras contractuales que técnicamente no poseen participaciones societarias no obstante contener plurilateralidad y organización en sus estructuras.

III. Legitimados para celebrar los pactos

La mayoría de la doctrina comparte el criterio de que los pactos de herencia futura pueden ser celebrados por los herederos forzosos y el causante o por los herederos forzosos solos o por el causante y el cónyuge. Estableciendo que respecto de los sujetos participantes puede darse entre el futuro causante y titular de la o las participaciones sociales o titular de unidad productiva no organizado en forma societaria con uno o con todos sus herederos forzosos².

Está claro que bregamos por la mayor participación de los herederos forzosos y legatarios en su caso, ello a los fines de evitar los riesgos futuros que sobre los mismos pueden producir las acciones de reducción de herencia (art. 2453 C.C. y C.), acción de complemento (art. 2451 C.C. y C.) y colación (art. 2385 ss. y ccctes. C.C. y C.); en tanto la estipulación dispuesta afecte la legítima protegida por la ley en clave orden público.

Es dable también remarcar que la actual redacción del Código permite a los futuros y supuestos herederos forzosos que están legitimados a otorgar un pacto de herencia futura, incluso sin la participación del causante, remarcando que en dicho caso claramente los mismos no podrán perjudicar los derechos del cónyuge ni de los terceros. Pauta que nos permite poner en tela de juicio -en este caso- incluso la postura contractual que en forma pacífica los autores a la fecha sostienen, por cuanto se habilita el pacto sin la anuencia del futuro causante, operando como una oferta de cómo distribuir la herencia (participación privada) sin la anuencia del titular de la misma, anuencia que ni siquiera el fallecimiento podrá confirmar. Y en dicho caso estimamos que la naturaleza jurídica precisa del pacto de herencia futura es el de una estipulación unilateral o plurilateral, en su caso que solo dimana su alcance y legalidad con la confirmación de los vínculos parentales, matrimoniales y la no afrenta a la legítima.

Incluso esta visión crítica a la pauta tradicional contractualista del pacto de herencia futura nos hace sostener que en el “pacto de herencia futura” no rige la inhabilidad especial que establece el propio código vigente en el art. 1002 inc. d C.C. y C., donde el legislador inhibe a los cónyuges bajo el régimen de comuni-

² LOPEZ MORENO, Renato, *Las acciones o cuotas sociales y la normativa vigente del derecho sucesorio en el Código Civil y Comercial*, RDCO 281, 741.

dad contratar entre sí en interés propio. Ello por diversas razones que pasamos a exponer: en primer lugar, por cuanto no estamos de acuerdo con el hecho de sostener que disponer de la herencia futura sea solo un contrato. Pautando que dicha estipulación asigna derechos y hasta titularidad de los mismos frente al escenario de fallecimiento del titular del patrimonio -lo cual indica disponer del mismo para una vez extinguido el régimen de comunidad 475 C.C. y C.-, e incluso el mismo puede no participar de esa estipulación y sin embargo ser válida y oponible; por cuanto dispone de derechos más allá del régimen del matrimonio y de la sociedad conyugal, la que, claramente frente al fallecimiento opera su irremediable liquidación (art. 481 C.C. y C. que aplica las reglas de la herencia ante la extinción del régimen de la sociedad conyugal por el sistema de comunidad); por cuanto incluso la estipulación o serie de las mismas busca incluso tutelar un interés por encima del de los propio cónyuges y herederos que se representa en la conservación de unidades de negocios eminentemente familiares o cerradas con participación innegable de familias. Sumado al último proyecto de modificación pautado sobre el Código en donde con pluma de la Dra. Medina no solo se promueve la derogación del art. 1022 inc. c) del CCCN e incluso la ampliación del art. 1010 CCCN al punto que intenta legitimar en forma normativa los protocolos de empresa.

Por otro lado, la propia redacción del art. 1010 del C.C. y C. en tratamiento, dispone que la cónyuge puede o no participar, y si puede participar de pactos de herencia futura qué sentido tendría que lo haga solo por los derechos de los demás y no solo de sus propios derechos en lo que corresponde al fallecimiento de su cónyuge e incluso en lo que respecta a la conservación de unidad o unidades de negocios. Qué sentido tendría en dicho caso una inhabilidad *pensada para la vida* de los cónyuges, cuando se habla de partición o efectos posteriores al fallecimiento de seguir hablando o analizando si era régimen de comunidad o administración la sociedad conyugal en forma separada por los cónyuges -más allá de la asignación concreta de bienes propios y gananciales que a la postre por el fallecimiento han de generar irremediablemente una cuenta particionaria como lo indican las normas de liquidación de la comunidad por muerte-. Siendo innegable la disolución de la sociedad conyugal por el fallecimiento del cónyuge, en modo alguno debe resultar un óbice a la estipulación de derechos posteriores al fallecimiento por medio de pactos o asignaciones en torno a la herencia futura independientemente si el régimen de la sociedad conyugal extinguida era de comunidad o de administración separada, en tanto se respeta en este estadio tan solo el orden público sucesorio (siendo prueba de ello lo establecido en el art. 2308 C.C. y C.).

No se sostiene la conjugación de ambas normas en el sentido solo de pensar que el régimen de administración por separado de las unidades productivas o

de participaciones societarias gananciales, solo aplique en el régimen de administración los cónyuges entre sí pueden participar de pactos de herencia futura en interés propio. Sumado al hecho de que el interés de la cónyuge forma parte sustancial del derecho hereditario argentino -siendo ello una de las principales conquistas y adelantos hace 150 años aproximadamente por parte del Dalmacio Vélez Sarsfield³- al punto que participa en un 50% de los bienes gananciales, es indudable que habilitar las estipulaciones de herencia futura y decir que el cónyuge no puede participar en los supuestos excluidos de la inhabilidad tratada, sin dudas es una interpretación con la cual no estamos de acuerdo y sostenemos que frente al artículo 1010 última parte *el cónyuge no posee inhabilitación especial alguna más que el orden público sucesorio y los derechos de terceros que no puede perjudicar*. Por cuanto entendemos que la finalidad de la norma en estudio avanza más allá incluso del propio interés del cónyuge, donde la norma permite adentrarse en uno de los principios sustanciales del derecho empresarial moderno (art. 2 C.C. y C.) que se identifica con el mantenimiento o conservación de las unidades de negocios útiles y viables en marcha ⁴. Siendo ello una de las nuevas y plausibles modificaciones del derecho privado, al poner la mira en la prevención y en la conservación de unidades de negocios empresariales familiares en plena marcha y apostando por su continuidad.

Incluso hay autores que sostienen que del pacto de herencia futura pueden participar todos los herederos forzosos, debido a que el mismo conforma una subespecie de participación privada de la herencia ⁵.

IV. Formalidad del pacto o estipulación de herencia futura

la norma bajo análisis no recepta en torno a su instrumentación forma o formalidad alguna, motivo por la que debemos aplicar las restantes normas del ordenamiento privado para establecer en cada caso el modo en que el pacto o estipulación debe llevarse adelante. Comenzando por establecer que el ordenamiento dispone la libertad de formas de los actos jurídicos y de los contratos en

³ FERRER, Francisco A. M.; *Aspectos de las sucesiones en el nuevo código*; La Ley 23/09/2015, La Ley 2015-E-864 ss. y ccetes. donde el autor realiza un excelente tratamiento sintético de la evolución del derecho sucesorio argentino.

⁴ MARCOS, Fernando J.; *La conservación de la empresa como norte del Derecho concursal*; diario La Ley viernes 29 de junio de 2018. Artículo orientado al derecho concursal, que de todos modos valoriza la manera de otorgar trascendencia en el nuevo ordenamiento a los valores jurídicos.

⁵ VAN THIENEN, Pablo A.; *Pacto de herencia futura en las empresas familiares ¿Un pacto con poco futuro?*; La Ley 11/05/2018, La Ley 2018-B, 1214.

su caso, como primera pauta o tamiz a desandar (art. 284, 286, 287, 288 y en caso de aplicar la teoría contractualista art. 1015 C.C. y C.).

Por ende, el pacto o estipulación puede otorgarse por medio de un instrumento privado, siendo prudente que el mismo sea otorgado con sistema de fecha cierta (art. 317 C.C. y C.). Entendemos que el pacto de herencia futura no debe ser efectivizado ni canalizado por medio de un testamento, aunque tampoco existe impedimento como para que el art. 1010 analizado se vehiculice por medio de un testamento (sea este ológrafo 2477 o por escritura pública 2479 C.C. y C.). Sostenemos ello en función de su particular naturaleza jurídica y siempre y cuando nos encontremos frente al acuerdo que integre participaciones sociales de cualquier especie. Claro que en el escenario de las recomendaciones y a los fines de dotar al pacto o estipulación de la mayor seguridad jurídica, da la impresión que conviene que el mismo sea otorgado por escritura pública, dando cabal cumplimiento con las pautas que establecen las normas testamentarias de rigor, ello a los efectos de evitar conflictos en torno a la forma del otorgamiento del acuerdo o estipulación.

Cesaretti ⁶ indica pregonando -no obstante su estirpe de escribano- que “*sin lugar a dudas, la elección de la opción de escritura pública estará determinada por la matricidad que implica. La gravitación del pacto de herencia futura de la empresa familiar inclinará a los actores jurídicos por la opción de la escritura notarial. Igualmente dada la naturaleza de los intereses en juego en el pacto de herencia futura*”, pauta que compartimos pero que entendemos que no es una obligación tasada del legislador, sino una buena dosis de seguridad jurídica en el armado y porvenir del acuerdo o estipulación. Por otro lado, Eduardo Favier Dubois ⁷ al referirse sobre el tema ha sostenido que “*el pacto es una convección accesoria, vale decir que no podrá ser autónomo, sino que deberá estar dentro o vinculado directamente a un protocolo familiar o pacto de sindicación de acciones*”. Pauta que no compartimos en torno a la autonomía, entendiendo que el pacto podrá estar dotado de espíritu autónomo e incluso convivir con un protocolo o un sindicato de acciones, o vivir sin que los restantes instrumentos citados hayan visto la luz en el escenario de la herencia a tratarse. Sin dudas que se ven en las opiniones de los autores subjetividades de sus pasiones académicas, pero las mismas no deben atentar contra la autonomía que de principio tiene y asume el pacto o estipulación de herencia futura.

⁶ CESARETTI, María y CESARETTI, Oscar Daniel; *El pacto sucesorio y la empresa familiar en la unificación*; Revista del Notariado N 918, julio de 2015.

⁷ FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), *La empresa familiar frente al nuevo Código Civil y Comercial*, Doctrina Societaria y Concursal, Buenos Aires, Errepar, 21/11/2014.

V. Diversas modalidades. fideicomiso de administración con trazabilidad sucesoria un camino entre tantos. distinción con el fideicomiso testamentario

Existe innumerables modos de articular u de operar el pacto o estipulación de herencia futura, al punto que son inagotables las opciones creativas que se pueden desplegar. Al respecto podemos mencionar a) la transferencia de la explotación productiva en forma total o parcial, b) los términos y condiciones para perfeccionar una escisión de una sociedad en diversas con destino a cada uno de los herederos forzosos, los mismo respecto de términos y alcance de una fusión; c) la venta de activos de una unidad productiva para instrumentar recompensas, d) la asignación de preferencias a herederos que explotaban con el causante la unidad de negocios (art. 2380 C.C. y C.), la fijación de cláusulas de indivisión sobre la unidad productiva (art. 2331 C.C. y C.), mejoras a herederos con discapacidad en torno a los porcentajes de tenencias accionarias (art. 2448 C.C. y C.); e) sindicato de acciones, f) Protocolo de empresa; g) Fideicomiso testamentario, h) fideicomiso de trazabilidad sucesoria; avanzando en el tratamiento de esta última modalidad a renglón seguido.

Ya Aida Kemelmajer de Carlucci⁸ ha dejado entrever sin afirmar que este tipo de fideicomisos encontraba en nuestro sistema dificultades para tornarse operativo y principalmente en la pauta de prohibición de actos de disposición y negocios sobre la herencia futura; en cambio Carregal⁹ afirma ya desde antaño que los referidos fideicomisos se encuentran al margen de la restricción, pues no teniendo por objeto una herencia como una universalidad, sino particulares y determinados cuya propiedad o dominio se transmite al fiduciario, mientras no se afecte la legítima, estos fideicomisos no violarían la prohibición.

Ya Gastaldi¹⁰ sostenía que nuestro régimen no es tan extremo como aparenta en torno a la prohibición de pactar con significancia y efecto sobre la herencia futura, entendiendo incluso que el modo en que la prohibición de objeto contractual se encontraba regulado en el Código de Vélez era ya una pieza amortizada de museo, mocionando en aquel entonces que nuestro debía sin lugar a dudas morigerar dicha prohibición.

⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “*Nuevamente sobre el fideicomiso sucesorio y la legítima del heredero*”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2001-3, Fideicomiso, Rubinzal Culzoni Santa Fe, p. 275 y ss.

⁹ CARREGAL, Mario, “*El fideicomiso*”, Universidad de Buenos Aires 1982, p. 107.

¹⁰ GASTALDI, José M, “*Cesión de derechos hereditarios y pactos sobre herencia futura (sobre la conveniencia de su admisión en nuestro derecho)*”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Instituto de Derecho Civil, Buenos Aires.

Pero no obstante lo invalorable esfuerzos doctrinarios, en las principales obras se conclusionaba que no se aconsejaba utilizar este tipo de acuerdos en función de las retrogradadas concepciones que poseía nuestro ordenamiento sucesorio en torno a la prohibición de disponer respecto de la herencia futuro como venimos tratando, sumado al hecho de la escasa jurisprudencia en la materia.

Pero parece que los codificadores –entre los cuales gratamente se encuentra la primera de la jurista citada en este acápite- le han dado certificado garantizado de ciudadanía y respaldo legal a su utilización.

Por lo expuesto y por sobre todas las cosas debido a la expresa norma sujeta a análisis, dejamos asentado que es plenamente válido que un fideicomiso de administración con trazabilidad sucesoria o de planificación patrimonial estructure y designe como beneficiarios/fideicomisarios a los herederos o legatarios del futuro causante titular total o parcialmente de una explotación productiva o de participaciones societarias. De este modo el legislador inserta ya conocidos principios societarios y concursualistas que se identifican con la salvaguarda de la empresa en marcha, o con la conservación de la unidad de gestión empresarial útil; y todo ello con la clara finalidad de evitar conflictos patrimoniales que en la escena de la empresa familiar se impregnan y entremezclan con históricos reclamos interpersonales que muchas veces ante de la falta de pautas pre acordadas llevan a los procesos sucesorios a años de indefinición, mayores costos y deterioros.

Sumamos nuestra más rotunda adhesión a tan buena y constructiva pauta legislativa que apunta a los beneficios contractuales enancados en la prevención de conflictos y por sobre todas las cosas en la manutención de explotaciones productivas conformadas o no sobre la base de negocios societarios. Pauta que aunada a un inteligente y previsor contrato de fideicomiso de administración con trazabilidad sucesoria sin dudas tiene sendas y constructivas pautas para sumar a la empresa familiar argentina.

Somos incluso defensores y promotores de los negocios fiduciarios en la Argentina, entendiendo que este contrato vincula la mejor manera de afectar el patrimonio con la creación de pautas propias de los derechos reales a través del dominio imperfecto, que sirve de cauce innegable para la canalización y vehiculización del crédito tan necesario en nuestro país, es una pauta generadora de confianza en función de la sectorización de los negocios de un patrimonio sin la necesidad de que la confianza comprenda a la totalidad del mismo y por ende a la totalidad de los acreedores y sujetos vinculados con el mismo. Exterioriza la posibilidad de que los negocios se acoten a su extensión justa, sumado claro está a su alta maleabilidad, posibilidad de transformación, de registración, de sustitución de sus integrantes de modos ágiles y alejados por ahora de la burocracia –aunque advertimos que en los últimos tiempos la voracidad reglamentarista de

algunos organismos se tienta con la posibilidad de atentar contra su funcionalidad lograda-

Es indudable que este tipo de decisiones legislativas en el marco del derecho privado y más específicamente en el marco de las empresas familiares genera una muy buena herramienta de prevención, organización y porque no de subsistencia de las estructuras empresariales con esas características. No es este trabajo el dirigido a enumerar las particularidades de la empresa familiar, pero sin dudas el fallecimiento del abuelo, del creador, del fundador del negocio y porque de su descendencia genera en las mayorías de las estructuras familiares sobre las que se asienta una empresa problemas de tinte comercial, financiero, personales, de celos, de competencia, de beneficios indebidos, que sin dudas atentan en caso de no establecer pautas claras contra la continuidad en paz de la organización, eventos que muchas veces incluso las hace sucumbir en el marco del propio conflicto.

Por ello proponemos que la utilización del fideicomiso de trazabilidad sucesoria puede sin lugar a dudas prevenir los conflictos más usuales en sentido genérico y los particulares de una organización determinada, dando así prevención y claridad en el modo de resolver los posibles conflictos futuros en el marco de la organización.

Previo a avanzar sobre el tema del presente trabajo es dable que nos detengamos en primer lugar a distinguir dos figuras jurídicas que si bien parecen en su nombre rezar sobre lo mismo, lo cierto y concreto es que ambos difieren concretamente en su tratamiento y efectos.

El fideicomiso testamentario en el nuevo código se encuentra reglado en los artículos 1699 y 1700 respectivamente, remarcando que se trata de un contrato (causa) sujeto a una condición cierta pero indeterminada que es que el fiduciante en un momento de su vida fallezca, o sea, no está destinado a crear un negocio fiduciario actual sino futuro, y se perfeccionará su puesta en funcionamiento a partir del fallecimiento del causante/fiduciante. Para ser más gráficos es dable señalar que en este tipo de contratos se dispone por testamento la conformación de una propiedad fiduciaria donde el fiduciante en vida dispone para su deceso que otra persona –fiduciario- de cumplimiento con el destino de sus bienes en favor de sus herederos y legatarios –beneficiarios/fideicomisarios- incorporados en cumplimiento de las pautas que gobiernan la herencia con altas pautas de corte publicista (porcentajes de libre disponibilidad, legítima, entre otros). Debiendo en dicho caso el contrato dar cumplimiento con lo normado por los artículos 2448 y 2493 del Código Civil y Comercial en lo referente a la forma de los testamentos y su contenido.

En cambio el *fideicomiso de trazabilidad sucesoria* (finalidad) es un negocio fiduciario actual, donde una persona en vida dispone que por ejemplo las

acciones de su sociedad familiar sean administradas por un fiduciario por un lapso de tiempo determinado conforme las pautas, condiciones y mandas que establezca su creador en el rol de fiduciante, para que la administración fiduciaria entregue los frutos a sus beneficiarios designados y en el momento de culminar por cumplimiento del plazo o extinguirse el contrato por muerte del fiduciante por ejemplo, los bienes pasen a manos del o los fideicomisarios. En el caso el contrato se hace operativo desde su constitución y no necesita de un hecho futuro como el deceso, pero el *fideicomiso con trazabilidad sucesoria* puede operar aún incluso en caso de muerte, por cuanto claramente el contrato puede establecer a quien debe transmitir el fiduciario los bienes para el caso de muerte del fiduciante en el futuro. En el ejemplo dado el negocio fiduciario comienza a surtir efecto desde su constitución y el deceso no es el gatillo de su inicio, sino que en el caso la muerte puede ser un hecho jurídico de posterior incidencia en el mismo, a diferencia de lo que sucede con el fideicomiso testamentario donde nace la operatividad del mismo con la muerte y de hecho el plazo del dominio fiduciario se computa desde dicho momento.

El punto de encuentro si se quiere de ambas figuras es que en el *fideicomiso de trazabilidad sucesoria* la muerte debe ser considerada como una posibilidad futura de un contrato ya operativo y en curso. Y nos preguntamos cual sería el impedimento legal de establecer como beneficiarios y en su caso fideicomisarios a los propios herederos forzosos y legatarios –en su caso- respetando las pautas de la legítima (art. 2444, 2445 C.C. y C. –descendientes $\frac{2}{3}$, ascendientes $\frac{1}{2}$ y cónyuge $\frac{1}{2}$) y disponibilidades libres del nuevo código ($\frac{1}{3}$ del patrimonio). En dicho caso la cláusula posible indicaría que en caso de deceso el fiduciario transmitirá los bienes a los fideicomisarios incluidos en el presente contrato, debiendo por ende cumplirse la manda propia de trazabilidad sucesoria.

Como podemos observar claramente el *fideicomiso de trazabilidad sucesoria* no se identifica con un pacto sobre herencia futura -pero lo puede contener-, puesto que si bien es cierto que es indudablemente un contrato el mismo busca desde su creación preservar y administrar el patrimonio actual del fiduciante que claramente como pauta normal de su vida en un futuro y en vigencia del contrato de fideicomiso puede fallecer –posibilidad-, pero reiteramos la muerte no es la causa fundamental ni la finalidad prístina y única de este contrato. El motivo central del *fideicomiso de trazabilidad sucesoria* es como expresáramos en la introducción una herramienta para preservar el patrimonio del fiduciante en el marco de una administración organizada tendiente a beneficiar en el caso a la estructura de la empresa familiar en su conjunto. Tampoco por ende se trata de organizar una sucesión futura, sino de planificar el patrimonio en la actualidad siendo en dicho marco el deceso una de las tantas pautas contractuales a tratar el ejemplo de contrato de fideicomiso de acciones, donde incluso se pueden

pactar beneficios para los fundadores de la empresa familiar, prever situaciones de subsistencia en caso de capacidades restringidas, rentas vitalicias, profesionalización de la administración, entre muchas otras que conforman este tipo de contratos.

El testamento como sostiene Kiper y Lisoprawski ¹¹ “es un típico acto *mortis causa* y de última voluntad, para disponer de los bienes”.

De esta manera mocionamos que el fideicomiso de administración con trazabilidad sucesoria puede en el marco de manejo y gestión actual de los negocios significar una válida y legal herramienta que permita incluso prever como una pauta más de su contenido la situación sucesoria, pudiendo incluso evitar problemas o cuestiones futuras que se dan en el terreno de la indefinición o carencia de acuerdos previos a la muerte o deceso del dueño de la partición societaria.

VI. Por qué el fideicomiso es beneficioso

Ya de por sí el fideicomiso posee toda una serie de ventajas contractuales en pos de la protección de patrimonios o sectores del mismo. En dicho sentido es dable revalidar:

a) El fideicomiso en empresas familiares puede servir para que los titulares de los derechos sobre las mismas (capital social, bienes registrables como inmuebles, maquinarias, marcas, patentes, modelo de utilidad, entre otros) puedan predeterminar pautas a cumplirse respecto de dicho tramo del patrimonio en vida y al momento de su fallecimiento. Pudiendo como fiduciante promover las pautas rectoras sobre las cuales el fiduciario deberá navegar el cumplimiento de la manda fiduciaria.

b) Este esquema permite la sectorización del patrimonio, permite proteger al mismo de los embates de los acreedores del patrimonio del fiduciante en general, permite la subsunción del riesgo del patrimonio a esta afectación específica sin que el resto de los negocios en su caso del fiduciante pongan en riesgo la subsistencia familiar, el fideicomiso es plenamente amalgamable con los protocolos de empresa -incluso de estos mismos pueden ser un invalorable vehículo- como para que los herederos del titular o titulares de la empresa puedan conocer las preestablecidas pautas de administración: puede pactarse la mejor y más profesional forma de administración de la empresa familiar, las pautas de honorarios al directorio, la pautas de reinversión, las pautas concretas de valores de parti-

¹¹ KIPER, Claudio M. y LISOPRWASKI, Silvio V., “*Tratado de Fideicomiso*”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2012, Tomo II, p. 562.

participaciones sociales en escenarios de recesos societarios, las pautas de ingresos de nuevos socios, las pautas de indivisión en su caso de sectores de la firma en su caso (2330 a 2334), pautarse las situaciones incluso de divorcio o extinción de unión convivencial; en definitiva en el fideicomiso de planificación familiar o propiamente de trazabilidad sucesoria pueden las partes establecer todo tipo de pautas de administración de las participaciones sociales conforme el andamiaje legal permitido expresamente por el art. 1010 del Código Civil y Comercial de la Nación.

c) Le posibilita transferir en vida la propiedad fiduciaria de determinados bienes o la nuda propiedad de éstos, manteniendo en este caso el fiduciante el usufructo vitalicio en caso de establecerlo, con lo cual se asegura la intangibilidad jurídica del patrimonio transferido, hasta el momento en que corresponda asignarlo a los beneficiarios ¹².

d) Pautas de modificación y revocabilidad. Igual que el testador está capacitado para modificar o revocar el fideicomiso a voluntad, el fiduciante podrá hacerlo si así lo ha reservado en el contrato. Puede disponer que el fideicomiso sea revocable, con lo cual se reserva el derecho de excluir determinados bienes o de sustituirlos en cualquier momento, como también de suprimir o incorporar determinados fiduciarios, si por diversas razones así lo creyera conveniente. Del mismo modo, quedaría habilitado para sustituir beneficiarios.

e) Puede reservarse el derecho de modificar o suprimir determinadas cláusulas contractuales, sin intervención de los beneficiarios/herederos o legatarios en el caso.

f) Puede designar beneficiarios a sus herederos o a terceros en las proporciones que crea convenientes -respetando los principios de la legítima-, disponiendo incluso el momento en que cada uno de ellos accederá al beneficio.

g) La actuación del fiduciario sustituye en la práctica la función que tendría un albacea testamentario, aportando mayor seguridad al constituyente en el sentido de que será rigurosamente respetada su voluntad.

VII. Efectos del fideicomiso de trazabilidad sucesoria

Este tipo de contratos tiende sin dudas no solo a generar un patrimonio de afectación separado de los patrimonios del fiduciante y fiduciario en el marco del dominio imperfecto, sino que añanan un importante plafón de acuerdos fami-

¹² MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “*El fideicomiso en la planificación sucesoria*” Publicado en: La Ley 15/04/2014, 1 - La Ley 2014-B, 860.

liares –de una sola rama familiares o de diversas familias en el marco del mismo negocio- que sin dudas tienen a lograr una:

Planificación con fines de partición o división: Claramente vislumbrado en el hecho de que el o los titulares de participaciones sociales puedan mediante un fideicomiso de acciones con trazabilidad sucesoria, no solo asegurar el buen gobierno actual de la unidad de negocios y la equidad para los miembros de la familia, sino que le permite al fiduciante/causante futuro, acordar las pautas de su partición, pautas que serán aceptadas por todos los sujetos participantes y con vida al momento de su otorgamiento. También el código civil y comercial permite a la fecha que en los casos en los que el acervo hereditario esté conformado por un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o de otra índole que constituya una unidad económica, o partes parciales, cuotas o acciones de una sociedad, el cónyuge supérstite que haya conformado el mismo puede oponerse a que se incluya la misma en la participación salvo que pueda serle adjudicado en lotes, así como en el caso de que el cónyuge no lo haya conformado pero participa activamente en la explotación. Teniendo incluso la cónyuge y/o cualquier heredero que haya participado en la forma indicada, el derecho a que se sostenga la indivisión post hereditaria hasta que la misma sobrevivan (arts. 2332 y 2333 C.C. y C.). Incluso en esta misma línea el art. 2380 del Código establece que el cónyuge sobreviviente o los herederos pueden pedir o que se les pacte en el fideicomiso atribución preferencial en la partición, con cargo de pagar saldos a los restantes herederos en el caso de que así resulte de la atribución de lotes, lo mismo puede establecerse respecto de las participaciones sociales.

Planificación con fines de mejorar a un heredero forzoso: Permite sin lugar a dudas este tipo de fideicomisos incorporar pautas para la vida del fiduciante en lo que hace a su manutención e incluso permite en dichos escenarios mejorar a herederos forzosos para el caso de que los mismos sean los que efectivamente desplieguen tareas en la administración y desarrollo de la gestión empresarial de la empresa familia, donde no siempre todos los participantes de la familia son los que llevan la gestión de la empresa adelante. Existen incluso en el propio código civil y comercial pautas que permiten mejorar la herencia a favor de herederos discapacitados (persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral), mocionando el propio legislador al fideicomiso como canal o cauce apto para esta pauta de mejoramiento de la legítima legalmente habilitado el fiduciante, pudiendo este último pactar de mejorar a dicho heredero en un tercio de las porciones legítimas (art. 2448 C.C. y C.).

Planificación con fines de otorgar la administración a favor de un heredero forzoso: Pudiendo como explicitamos por medio del fideicomiso de trazabilidad sucesoria erigir como fiduciario al heredero mejor capacitado para administrar desde la constitución el fideicomiso y en su caso dar cumplimiento cabal a las mandas fiduciarias para cuando suceda el deceso del creador de la fiducia.

Planificación con fines de beneficiar a un extraño: Puede en el marco del acuerdo fiduciario conformar beneficios a favor como beneficiarios o como fideicomisarios de personas no herederas conforme lo autoriza la pauta de las porciones disponibles y hasta los límites que las mismas imponen so perjuicio de avanzarse en forma indebida sobre los derechos inalienables que otorga la legítima en la normativa sucesorio que estos fines venimos tratando.

Planificación con fines de creación de instancias eficaces de autocomposición: Claro que la pauta del fideicomiso de administración con trazabilidad sucesoria podrá y así aconsejamos prever la creación de medios alternativos de conflictos, de generación de procesos aptos para evitar la judicialización en casos de controversia. Son ejemplo de ellos la conformación de la mediación extrajudicial, los arbitrajes, las pautas de terceros tasadores de renombre o con trayectoria, la designación de remedios preventivos en caso de que el fideicomiso posea dificultades financieras a los fines de evitar la liquidación judicial del mismo como primera pauta y medida ¹³.

Planificación con fines de transmisión de la empresa familiar¹⁴, tendiente a concordar una transmisión no conflictiva y muchos menos traumática de los emprendimientos familiares, centrando una interconexión muchas veces entre el derecho societario y el derecho de las sucesiones a los fines de salvaguardar las unidades de negocios tan positivas en su desarrollo para cualquier sistema económico.

VIII. Conclusión

Sin dudas que el art. 1010 del Código Civil y Comercial de la Nación recientemente sancionado morigeró la prohibición absoluta que existía en el Código de Vélez respecto de los pactos o estipulaciones que comprendan derechos de herencia futura, entendiendo que lo receptado por el nuevo codificador es lo que la doctrina nacional y extranjera venía requiriendo y hacia donde los códigos

¹³ DAVID, Marcelo Alejandro; *Liquidación de patrimonios fideicomitidos en el Código Civil y Comercial*, Revista de Derecho Comercial N° 275, ps. 1705 a 1715.

¹⁴ BORELLI MARCHI, Roberto, *Fideicomiso de planeamiento familiar*, Montevideo, junio de 2008, citado por los autores referenciados en la nota 1.

más modernos se venían direccionando. A la fecha esta morigeración pasa a ser una herramienta a nuestro criterio crucial en el escenario posible de evitar los desmembramientos y conflictos que tornan frente a una sucesión no planificada a la empresa familiar a la decadencia, la inviabilidad o cuanto menos al escenario de conflictos entre herederos. Mucho más si nos detenemos en el análisis y particularidades de las denominadas empresas familiares en donde las pautas del derecho de familia, del derecho sucesorio y del derecho societario juegan un partido conjunto que sucumbe sin dudas frente a la no previsión contractual. Por ello mocionamos y entendemos plausibles esta como otras normas que otorgan al operador jurídico que trabaja en el asesoramiento de unidades de negocios familiares una posibilidad muy concreta de conformar intereses actuales para evitar conflictos y batallas judiciales futuras, todo en el escenario de la salvaguarda de las unidades de negocios y porque no de la concordia familiar.