

La planificación de la sucesión en la empresa familiar y el nuevo C.C.C.N

Oscar Daniel Cesaretti y María Cesaretti

Introducción

La empresa familiar viene siendo estudiada por diferentes ramas del saber científico. La economía, la sociología, la historia, la psicología y el derecho.

Para el derecho constituye un bien que jurídicamente debe ser pasible de una protección legal por múltiples razones que consideramos el presente como el ámbito para enunciarlas.

Como bien jurídicamente protegido y en el marco del pensamiento liberal económico que caracteriza nuestra CN, sus titulares gozan de la protección del derecho de propiedad, la acción de amparo y la indemnización por expropiación en función de la utilidad pública.

Corre por cuenta del empresario el manejo o la lectura oportuna de las políticas macroeconómicas que dicta el gobierno nacional, las que podrán coadyuvar o hacer fenecer su empresa.

La microeconomía de la empresa será resorte de la aptitud, capacidad, sagacidad e inteligencia del empresario.

Este marco de protección de la empresa familiar o de las empresas en general, no satisfacen plenamente el concepto de bien jurídicamente protegido por la ciencia del derecho.

Ya que la empresa familiar afronta, por su caracterización de mantener en una mano común el control de la misma diversos avatares de la vida común de todos nosotros (muerte, casamientos, divorcios) que la pueden afectar en su conformación de empresa familiar y aún de su propia subsistencia en su carácter de empresa.

La unificación

La unificación de la legislación civil y comercial, ha contribuido a la protección de la empresa familiar en diversos tópicos que si bien no han sido dados para esta en forma específica su utilización podrá contribuir a paliar y dar previsibilidad a los que denominas los avatares comunes de nosotros los mortales.

Con carácter enunciativo podemos señalar⁶⁵.

- 1.- Régimen de separación de bienes en el matrimonio.
- 2.- Incremento de la porción disponible por parte del causante.
- 3.- La posibilidad que el rol de fiduciante y fiduciario recaiga sobre la misma persona.
- 4.- La incorporación del contrato de arbitraje excluido los aspectos de estado civil, pero no los aspectos patrimoniales de los vínculos familiares.
- 5.- La nueva redacción del art 1024 CCC permitiría sostener que los efectos del protocolo y aun de pactos de sindicación de acciones se extiende a los sucesores universales.
- 6.- El pacto de herencia futura del art. 1010 CCC.
- 7.- La incorporación legislativa de los contratos conexos y su juego con el pacto de herencia futura y el protocolo familiar.
- 8.- Atribución preferencial de establecimiento del art. 2380 CCC.

Si bien los puntos comentados no han sido incorporados exclusivamente para el fenómeno de la empresa familiar, constituyen un avance significativo frente a las estrecheces que nos imponía la legislación de Vélez Sarfield.

El viejo derecho y el nuevo unificados hay dos cosas que no pueden solucionar frente a la empresa familiar:

- 1.- La muerte del páter empresario.
- 2.- La aptitud de la prole para gestionar la empresa familiar.

Respecto del segundo punto, es interesante advertir a los eventuales requirientes que la continuación de una empresa fundada como familiar a más que los mejores documentos necesita de sujetos con “animus emprendatorus”⁶⁶, y que para gerentes hay un universo de profesionales competentes. Consejo: venda en vida y compre un campo para los herederos con alto valor locativo.

⁶⁵ Seguimos los lineamientos de FAVIER DUBOIS, Eduardo en su publicación “La empresa familiar frente al nuevo Código Civil y Comercial”, Errepar, DSE 21/11/14.

⁶⁶ Vocablo inexistente.

Frente al primero de los enunciados, de curso inexorable, el pater podría optar:

a.- No hacer nada y partir la herencia conforme las reglas de las sucesiones.

b.- Un fideicomiso accionario como fiduciante-fiduciario y sus descendientes beneficiarios.

c.- Donar⁶⁷ con cargo las participaciones sociales⁶⁸, cargo referente al cumplimiento del protocolo familiar.

d.- Confeccionar un protocolo familiar y suscribir un pacto de herencia futura.

Seguramente podrán darse el entrecruzamiento de estas alternativas o nuevas que han escapado a nuestra previsión, pero un problema común que uno enfrenta en el diseño de alternativas es como asegurar el nivel de vida del pater empresario su cónyuge cuando su fondeo depende de la empresa.

Pacto de herencia futura

El artículo 1010 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCC)⁶⁹ el primer párrafo reitera la prohibición del 1175 CC y concordantes, siendo lo relevante el segundo que dice:

“Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios.

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

⁶⁷ La figura de la donación es utilizada para mantener el carácter de bien propio de la participación, y no estar alcanzada por el impuesto a las ganancias conforme la 26.893.

⁶⁸ Ver de los autores “Apuntes sobre la donación de acciones. Breve reflexión” donde se clarifica que las mismas no están sujetas a la acción del art. 2458 CCC. Revista del Notariado N° 922 Oct-Dic 2015. Por lo que si fueran cuotas sociales la solución no sería la misma por no revestir el carácter de títulos valores.

⁶⁹ El tenor del artículo resulta totalmente novedoso ya que no existen antecedentes en los restantes anteproyectos de reforma del C Civil ni el de unificación sancionado como ley 24.037 y posteriormente vetado por el P.E.N.

El legislador en el CCC sigue la línea del Código Civil Italiano, del de Cataluña⁷⁰, y de Aragón. Estos modelos a igual que nuestro 1010 CCC difieren sustancialmente del ensayado por el Código Civil Español en el art 1056⁷¹ que expresa: “El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo...” donde se observa la opción del legislador por la vía del testamento y no la figura del contrato que se menciona en los regímenes descriptos.

Por último, el modelo del C.C.C. tiene una modalidad que no encontramos en el derecho comparado al cual hemos accedido y que ha puesto de manifiesto Favier Dubois “El pacto es una convención accesoria, vale decir que

70 Para mayores detalles del régimen catalán ver Medina, Graciela “Empresa Familiar” LL 2010-E, p. 930.

71 El texto original del C. Civil decía: “Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos. El padre que en interés de su familia quiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril, podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos.” La reforma de dicho artículo por la ley 7/2003 del 1º de abril modificó el segundo párrafo conforme el siguiente tenor: “El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844.” La norma ha sido criticada fundamentalmente por la indeterminación respecto del momento de cuantificación de la legítima a pagar en metálico por la existencia de dos normas en el Código de soluciones contradictorias. El artículo 818 CC establece la muerte del testador como el momento temporal a tener en cuenta en la valoración de los bienes entregados. Por su parte el artículo 1074 CC acoge el criterio del momento de adjudicación. Otro sector de la doctrina rechaza la supuesta contradicción alegando que el art 818 CC es aplicable para la reducción de las disposiciones inoficiosas y el 1074 CC se emplea para calcular el caudal relicto. SERRAÑO CAÑAS, José Manuel, “El cambio generacional en empresas familiares”, p. 98 y nota 40, Marcial Pons, Madrid, 2013.

no podrá ser autónomo, sino que deberá estar dentro o vinculado directamente a un “protocolo familiar”⁷² o pacto de sindicación de acciones; aspecto que abordaremos al considerar la forma del mismo.

El Objeto del Pacto

La terminología del derecho foral español adopta el término sucesión contractual para caracterizar los pactos de herencia futura; contraponiendo este concepto a sucesión testamentaria y la legal.

El nuevo derecho civil del CCC se enrola en esta tendencia, si bien limitada en cuanto al acervo que puede ser objeto del pacto de herencia, únicamente a la empresa familiar.

Esto porque de acuerdo al texto del 1010 CCC el pacto debe ser relativo a una explotación productiva⁷³ o una participación societaria, excluyendo de su objeto principal, al resto del eventual acervo sucesorio.

Como afirmáramos *ut supra* el objeto inmediato del pacto es o una explotación productiva o participaciones sociales que recaerán sobre un o unos determinados legitimarios que hemos denominado como legitimarios-beneficiarios; pero como dice la norma estableciendo “... compensaciones a favor de otros legitimarios”. Los otros legitimarios serán los no beneficiarios de la explotación productiva o participaciones sociales. Y si establecemos compensaciones para los otros legitimarios, estamos extendiendo el objeto del pacto en forma indirecta a otros bienes que no conformen la explotación productiva o participaciones sociales.

Difícilmente el pacto con atribución a favor de determinados legitimarios (beneficiarios) y compensación a los restantes; pueda comprender la totalidad del acervo al momento del fallecimiento del futuro causante, y a falta de disposiciones testamentarias el patrimonio remanente de las previsiones contractuales será regido por la sucesión legal del CCC.

Volviendo sobre el objeto del pacto, el concepto de “participaciones sociales”⁷⁴ es comprensivo de cualquiera de los tipos sociales regulares de la ley 19.550, incluido el supuesto de “Asociación bajo forma de sociedad” del

72 FAVIER DUBOIS, Eduardo, “La empresa familiar frente al nuevo código civil y comercial”. Errepar DSE 21-11-2014

73 La expresión explotación productiva es acorde a la derogación de los actos de comercio del antiguo art. 8 del C de Com.

74 Idéntica terminología utiliza el C. Civil Italiano en el art 768 bis

art 3 de la Ley de Sociedades⁷⁵, las comprendidas en el nuevo art 17 y 21 de la ley societaria reformada por el CCC y las del art 31 L.S ya que la norma no exige que la actividad empresarial sea ejercida directamente por la sociedad cuyas participaciones sean objeto del pacto.

Si bien el texto no distingue al referirse a participaciones societarias y sería abarcativo de cualquier tipo social, tal condición es necesaria pero no suficiente ya que se refiere a “con miras a la conservación de la unidad de gestión empresarial”; lo que nos lleva a considerar que las participaciones respecto de una sociedad meramente tenedora de bienes no podría ser objeto del pacto, por no desarrollar una actividad referida a la producción o intercambio de bienes o servicios.⁷⁶

En el derecho italiano, la caracterización de los pactos de familia surge de la reforma del 14 de febrero 2006 del en el art 768 bis “È patto di famiglia il contratto con cui, compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie societarie, l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l'azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti.” Aunque una de las finalidades del “patto di famiglia” del derecho italiano sea preservar bienes productivos del riesgo del fraccionamiento o disgregación, la técnica del legislador nacional ha sido más precisa al consignar como ya lo expresáramos que los pactos son con miras a la conservación de la unidad de gestión empresarial.

Los Sujetos del Pacto

Respecto de los sujetos que pueden ser partes, podemos observar diferentes modalidades de pactos⁷⁷, respecto de los sujetos que intervienen.

⁷⁵ Ver Ley 13.744 de Agrupamientos Industriales de la Prov. de Buenos Aires.

⁷⁶ BALESTRA, Luigi “Il patto di famiglia a un anno dalle sue introduzioni”, *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 1049 y la cita de autores de opinión contraria Diciembre 2007 N° 4, Giuffrè. TASSINARI, Federico “Il patto de famiglia per l'impresa e la tutela del legittimari” en *Problemas de Actualidad*, p. 814/I *Giurisprudenza Commerciale* 33.5 Septiembre-October 2006, Giuffrè.

⁷⁷ Código Civil Italiano art 768 bis caracteriza al pacto de familia como un contrato; el Código Civil de Catalunya en el Título III La sucesión contractual y las donaciones por causa de muerte su Capítulo I se refiere a Los Pactos Sucesorios arts. 431-1 y ss; Código de Derecho Foral de Aragón Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo dando a entender conforme la doctrina la prevalencia de la sucesión contractual sobre la testamentaria y la legal

Futuro causante, cónyuge-como legitimario-, legitimarios y legitimarios que revistan el carácter de beneficiarios⁷⁸ del pacto, respecto de la explotación productiva o participaciones sociales como determina el art 1010 CCC. El cónyuge podrá asumir diferentes roles, será legitimario, exclusivamente cuando el matrimonio hubiera adoptado el régimen de separación de bienes (art 505 CCC) y el pacto recayere sobre bienes de exclusiva titularidad del futuro causante. Téngase presente que conforme el art 2433 CCC el cónyuge en el régimen de separación respecto del acervo hereditario concurre con los descendientes por cabeza.

Cuando el matrimonio hubiera adoptado el régimen de comunidad (art 463 CCC), ya que la reforma mantiene la calificación histórica de bienes propios y gananciales y el régimen de comunidad a la extinción de la sociedad conyugal (art 475 CCC); por lo que el cónyuge detendrá un doble rol. Disponiendo respecto de la cuota ganancial que le corresponderá (art 498 CCC) y legitimario si en el acervo sucesorio existieran bienes propios (art 505 1° párrafo CCC).

Al margen del futuro causante y cónyuge la legislación propone en términos novedosos respecto del derecho comparado el “pacto de empresa familiar” sin la comparencia de los primeros, es decir entre los legitimarios descendientes exclusivamente.⁷⁹

Hemos descripto que el pacto podía conformarse en tres variantes principales en las dos primeras el rol del cónyuge estaba determinado por el régimen patrimonial del matrimonio y la tercera en la cual no participaban el futuro causante y cónyuge siendo partes exclusivamente los legitimarios.

Veamos cuando se modifica este cuadro de sujetos intervinientes y como puede o no afectar al pacto.

1°.- Preterición de algún legitimario, sean que vivan a la fecha del pacto o que nazcan a la apertura del sucesorio del futuro causante.

En las reglas del testamento y antes de la reforma del CC por la ley 17.711 el art 3715 anulaba la institución del heredero. La referida reforma expresamente opto por la solución contraria y no invalida la institución hereditaria,

⁷⁸ Denominamos legitimarios-beneficiarios aquellos que revistiendo tal carácter las estipulaciones referidas a futuros derechos hereditarios han sido concertadas en su beneficio.

⁷⁹ Consideramos que esta alternativa es pausable ya que la práctica nos ha demostrado que el cambio generacional en la gestión de la empresa familiar reviste una gran dificultad, y la alternativa de la regulación entre los legitimarios por sí es una forma de prevenir los eventuales conflictos. Para profundizar la temática *El cambio generacional en empresas familiares*, SERRANO CAÑAS, José Manuel, Marcial Pons

salvada que sea la legítima y pagadas las mandas, el resto debe entregarse al heredero instituido.

2º.- Matrimonio del futuro causante posterior al pacto.

El art 2514⁸⁰ del CCC establece que el matrimonio contraído por el testador revoca el testamento anterior otorgado.

Consideramos que la respuesta a estos interrogantes, y muchos más que la práctica profesional nos planteará debe partir de determinar la naturaleza de estos pactos.

Como primera observación a tal fin vemos que el CCC lo establece en el Libro Tercero Derechos Personales Título II Contratos en General y como una excepción a que la herencia futura no puede ser objeto de contrato.

El Código Civil Italiano por la ley del 14 de febrero de 2006 n.55 introdujo bajo la denominación “Del patto di familia” en el título IV referido a la división de la herencia del libro II que trata el régimen sucesorio.

Si bien una apreciación metodológica respecto donde insertar una norma no permite en hermenéutica establecer su naturaleza jurídica, es claro que estamos no ante un negocio mortis causa; sino ante un contrato entre vivos, por lo que las reglas testamentarias no serían de aplicación.⁸¹

Si bien hemos considerado no aplicable las reglas testamentarias, nos resta considerar la situación en la que el o los disponentes hubieran omitido a un legitimario.

El legislador no ha insertado en el artículo comentado una referencia como la expuesta en el artículo 768-quater del C.C. Italiano⁸² “Partecipazione.

80 La nueva redacción del CCC mejora el texto del 3826 del C.C. y adopta la postura de la doctrina y jurisprudencia al establecer expresamente que “...excepto que en este se instituya heredero al cónyuge o de que sus disposiciones resulte la voluntad de mantenerlas después del matrimonio”

81 Conforme TASSINARI, Federico “Il patto de familia per l’impresa e la tutela dei legittimari” en *Problemas de Actualidad*, p. 811/1 Revista Giurisprudenza Commerciale N° 33.5 setiembre-octubre 2006. Ed Giuffrè.

82 Aunque el legislador italiano ha determinado quienes deben revestir el carácter de partes del contrato ha omitido la eventual sanción por su violación. La sanción de nulidad del nuevo texto se relacionada por la violación a la forma impuesta (art. 768 ter). Para mayor complejidad de los doctrinarios italianos el art. 768 sexies establece “All’apertura della successione dell’imprenditore, il coniuge e gli altri legittimari che non abbiano partecipato al contratto possono chiedere ai beneficiari del contratto stesso il pagamento della somma prevista dal secondo comma dell’articolo 768-quater, aumentata degli interessi legali.” Dificultando la conciliación de ambos preceptos. Para algunos autores VITUCCI, Paola, *Ipotesi sul patto di famiglia*, p. 473 el

Al contratto devono partecipare anche il coniuge e tutti coloro che sarebbero legittimari ove in quel momento si aprisse la successione nel patrimonio dell'imprenditore", sin embargo, siendo el presupuesto de validez de los pactos la no afectación de la legítima, la preterición de un legitimario no tendrá otro efecto que la inoponibilidad del mismo al omitido (art. 1021 CCC), pero sí de tal circunstancia resultare la afectación de su legítima la no validez del contrato sería el resultado.

Como situación conflictiva de la eventual omisión de un legitimario, y respetada que sea la legítima con los bienes no incorporados al pacto, cabe analizar si éste puede oponerse a la adjudicación de la "explotación productiva o las participaciones sociales" resultante del pacto a favor de los otros legitimarios beneficiarios.

Si bien el pacto le resulta inoponible al omitido, no podemos sostener que éste sea inválido por cuanto el remanente del patrimonio del causante satisface la legítima del legitimario omitido.

Consideramos que la incorporación del régimen de atribución preferencial de los arts. 2380/ 2381 del CCC permite sostener que el legitimario-respetada que sea su cuota de la legítima-no podrá oponerse a la adjudicación preferencial que implica el pacto del art 1010 del CCC.

La conditio iuris del pacto de familia del derecho argentino es la no afectación de la legítima, sea de los otorgantes del pacto o en forma indirecta de los no partícipes.

Téngase presente que el nuevo CCC ha modificado la porción legítima de los descendientes (art. 2445 CCC) dando mayor espacio para la libre disponibilidad del futuro causante; y consideramos que éste podrá afectar la porción de libre disponibilidad por medio del pacto de familia, cuando sea necesaria para preservar la unidad de la explotación productiva o evitar la división de las participaciones sociales. El nuevo art. 2448 CCC (Mejora a favor de heredero con discapacidad), establece que el causante puede disponer, por el medio que estime conveniente... además de la porción disponible y no obser-

referido art. 768 sexies es aplicable para el supuestos de legitimarios devenidos como tales a posteriori del pacto de famiglia respecto de los cuales su derecho hereditario estaría reconducido a un derecho creditorio . Para OPPO, Giorgio, *Patto de Famiglia e Diritto della famiglia*, p. 442 se plantea que sucede con el pacto con nuevos legitimarios anteriores a la apertura de la sucesión, considerando que el pacto debe ser abandonado o reformulado. Ambos comentarios en *Revista di Diritto Civile*, 2006 N° 4 julio-agosto, Cedan.

vamos inconveniente en extender esta interpretación al pacto de familia a fin de preservar la estabilidad del mismo⁸³.

En el “patto de famiglia” del derecho italiano, como habíamos comentado el art. 768-quarter establece la participación del cónyuge y los legitimarios, no estableciendo sanción para el caso de una eventual omisión. Pero a diferencia del derecho nacional el nuevo sistema del CC Italiano altera sustancialmente el régimen sucesorio al establecer el art. 768-quarter que los bienes que reciban los contratantes⁸⁴ están exentos de la acción de colación o reducción.

El derecho nacional se encuentra muy lejos de esta alternativa de crear un régimen autónomo sucesorio por la aceptación del pacto del art. 1010 CCC.

Sus efectos son específicamente limitados, y como expresáramos sujetos a la no violación de la legítima tanto de las partes como aquellos legitimarios que no lo han sido⁸⁵.

Hay otro sujeto que no está previsto en la redacción del CCC y su incorporación no consideramos incompatible con el modelo legal. Hablamos de la sociedad como parte del contrato, si bien esta no revistirá el carácter de legitimaria, el pacto del art. 1010 CCC responde a un doble filtro de legitimación. El primero el respeto a la porción legítima, como ya hemos expresado reiteradamente, y el segundo ha sido dictado en función del interés social-como medio de preservar la estructura empresarial ante el régimen sucesorio-, por lo que podemos calificar con la terminología de Alfredo Rovira ⁸⁶ “Convenios destinados a procurar ventajas a la sociedad”. Esta incorporación de la sociedad podrá ser en forma directa, suscribiendo el pacto-que como hemos reseñado debe ser conexo a un documento referente a la “conservación de la unidad de gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos”, o bien mediante la figura del art. 1027 CCC, es decir una estipulación de favor de terceros.

83 Ver art. 2414 CCC que en la partición por el ascendiente sea por donación o por testamento permite la disposición de la porción disponible en el referido acto en tanto se manifieste expresamente.-

84 El término “contraenti” del art. 768-quarter también dificulta interpretar si se refiere a los legitimarios-beneficiarios (assegnatari para la doctrina italiana) o es extensivo a todos los contratantes. TASSINARI, Federico, ob. cit., p. 817/I.

85 Si el art. 1010 CCC establece la validez del pacto aunque no sean parte el futuro causante y su cónyuge con mas razón pueden no ser parte algún descendiente

86 ROVIRA, Alfredo, “Pactos de socios” p. 97, Astrea.

Las formas del pacto

A diferencia del CC italiano cuyo art. 768 ter expresamente establece bajo pena de nulidad el otorgamiento del mismo por acto público, el CCC no realiza mención alguna al respecto.

Como hemos expresado no constituye una partición por donación en la cual la existencia de bienes raíces determinará la forma escritura pública (art 1017 inc. 1 CCC), ni una partición testamentaria que recepta las formas autorizadas para el testamento, es claro que el legislador ha optado por la libertad formal (arg. art. 1015 CCC).

Como habíamos expresado, el pacto de herencia es una convención 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”, conforme surge del tenor del art. 1010 CCC; ambos instrumentos gozan de libertad respecto de la forma a ser otorgados, y podrán ser otorgados en diferentes oportunidades, satisfaciendo la vinculación entre sí como condición de la referida norma.

Es decir, la relación entre ambos instrumentos será de conexidad conforme el art. 1073 CCC ya que “se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común...”.

Si el instrumento relativo a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos hubiera sido otorgado por escritura pública la característica de conexidad no determina que el pacto a ser otorgado a posteriori sea accesorio para ser aplicable el art. 1017 inc. b) del CCC.

Igualmente gozando el pacto de herencia futura del carácter de una partición anticipada de la masa hereditaria, - ya que la unidad productiva o las participaciones sociales- son atribuidas preferencialmente a determinado legionario-beneficiario; tal carácter de operación tampoco impone la forma de escritura pública (arg. art. 2369 CCC).

Sin lugar a dudas la determinación de la opción de escritura pública estará determinada por la matricidad que implica la misma.

Igualmente, dada la naturaleza de los intereses en juego en el pacto de herencia futura, y siguiendo el modelo del C.C. de Cataluña⁸⁷ consideramos

⁸⁷ Artículo 431-8. Publicidad de los pactos sucesorios.

1. Los pactos sucesorios deben hacerse constar en el Registro de Actos de Última Voluntad en la forma, en el plazo y con el alcance establecidos por la normativa que lo regula. A tal fin, el notario que autoriza la escritura que los contiene debe hacer la comunicación procedente.

aconsejable que los respectivos Colegios de Escribanos dicten una normativa que haga factible la inscripción de los mismos en el respectivos Registros de Actos de última Voluntad.

Los efectos

La primera observación que debemos consignar es que el pacto de herencia futura en el nuevo derecho argentino, no reviste el carácter de pacto institorio ya que no instituye la calidad de herederos, la misma, está dada por el ordenamiento legal y no es disponible por la autonomía de la voluntad.

Tampoco avala o faculta en forma directa o tangencial a una afectación de la legítima respecto de algún heredero forzoso, estando sujeta la validez del pacto al respecto a la referida institución.

Ergo la validez del pacto será evaluada en oportunidad de la apertura de la sucesión, ya que el futuro causante conserva la titularidad de los bienes, pudiendo resultar de esta circunstancia, que las previsiones del pacto a dicho momento resultaren lesivas a la legítima.

¿Es similar la validez de un pacto que, en forma originaria, es decir desde su suscripción, determina la violación de la legítima, de aquel que suscripto respetando las cuotas legitimarias deviene en una violación de las mismas?.

Consideramos que ambos supuestos no son asimilables, en el primero de los supuestos el pacto in totum estará afectado en cuanto a su validez; en el otro caso se estará a dicha consecuencia en tanto y en cuanto los remedios para recomponer las cuotas legitimarias afectaren la atribución preferencial realizada por el causante, impidiendo la finalidad económica del mismo que

2. Los heredamientos y las atribuciones particulares ordenados en pacto sucesorio pueden hacerse constar en el Registro de la Propiedad, en vida del causante, por medio de nota al margen de la inscripción de los bienes inmuebles incluidos en el heredamiento y que no hayan sido transmitidos de presente o de los bienes inmuebles que sean objeto de una atribución particular.

3. Si los heredamientos o atribuciones particulares incluyen o tienen por objeto acciones nominativas o participaciones sociales, pueden hacerse constar, en vida del causante, en los respectivos asentamientos del libro registro de acciones nominativas o del libro registro de socios.

4. Si la finalidad de un pacto sucesorio es el mantenimiento y continuidad de una empresa familiar, puede hacerse constar la existencia del mismo en el Registro Mercantil con el alcance y de la forma que la ley establece para la publicidad de los protocolos familiares, sin perjuicio que consten, además, las cláusulas estatutarias que se refieran al mismo.

era la conservación de la unidad de gestión empresarial. Nos enfrentamos en este caso a la “Frustración de la finalidad” del contrato conforme lo determinado en el art. 1090 del CCC “La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su rescisión, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración...”. Si el legitimario-beneficiario no puede recomponer⁸⁸ la cuota legitimaria de los coherederos estará afectada la validez del mismo, y el juez deberá proseguir el sucesorio por la vía de la sucesión intestada es decir y a fin de aclarar este concepto el haber sucesorio será objeto de partición conforme las previsiones del CCC.

Otro efecto que cabe consignar y tangencialmente se enunció al exponer la frase La Sucesión Contractual al principio de esta entrega, es que el pacto de herencia futura es una partición⁸⁹, que impedirá la existencia parcial de la comunidad hereditaria respecto de los bienes atribuidos al legitimario-beneficiario. A diferencia de la partición testamentaria el pacto de herencia futura es un contrato, ergo acto inter-vivos, y la partición testamentaria como su nombre lo indica un acto de última voluntad; pero ambos buscan el efecto de obviar la comunidad hereditaria.⁹⁰

Para el pacto de herencia futura la no existencia de comunidad hereditaria es parcial, ya que el objeto del pacto no es la totalidad de los bienes del futuro causante-como ya expresáramos-sino exclusivamente los consignados en el art. 1010 del CCC.

Como habíamos comentado el pacto es un contrato inter vivos pero que surtirá efecto a partir de la apertura del sucesorio de futuro causante; y a más de aspectos relacionados a la afectación o no de la legítima a dicho momento,

⁸⁸ El art. 2454 del CCC faculta al donatario a entregar una suma de dinero a sus coherederos para completar el valor de la legítima afectada. Igualmente para reforzar esta alternativa el 2375 CCC reiterando conceptos del C. Civil establece respecto de la partición que “Aunque los bienes sean divisibles, no se los debe dividir si ello hace antieconómico el aprovechamiento de las partes”. Se nos dira que las participaciones sociales son divisibles, pero justamente partir las mismas frustra el contrato que tenía por finalidad conservar la unidad de gestión empresarial, para asegurar la continuidad de la empresa familiar.

⁸⁹ “Una partición hecha por el ascendiente entre sus descendientes en su testamento, por ejemplo, puede impedir *ab initio*, la relación de comunidad o indivisión...” Zannoni, Eduardo, *Derecho de las Sucesiones*, t. II, p. 611, Astrea, tercera edición.

⁹⁰ “Si la partición hecha por los ascendientes no comprenden todos los bienes que dejan a su muerte, el esto se distribuye y divide según las reglas legales” dice el art. 2412 CCC.

cabe que los bienes objeto del mismo ya no existieran en el patrimonio por lo que, el contrato carecería de objeto.

El pacto de herencia futura donde al legitimario-beneficiario se le atribuye la explotación productiva o las participaciones, no puede implicar la renuncia a la integridad de su cuota legitimaria ya que el CCC mantiene que las herencias futuras no pueden ser aceptadas ni renunciadas⁹¹.

Puede el pacto de herencia como contrato conexo a un protocolo familiar pre-establecer una determinada mecánica para el avalúo de los bienes objeto de éste. Y si ese mecanismo o alternativa de valuación afecta la legítima del legitimario-beneficiario, será considerada una renuncia anticipada o una violación al art. 2447, que determina “El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas...” Ciertamente no se puede considerar que las eventuales valuaciones que expusiera el futuro causante en el protocolo o en el pacto pueden revestir cualquiera de los caracteres enunciados, ni tampoco tendrán fuerza vinculante respecto de los legitimarios.

El valor que se le debe asignar es de orden moral exclusivamente, el futuro causante ha justificado la atribución de los bienes objeto del pacto, procurando demostrar que no afectará la legítima de los restantes legitimarios; pero tal circunstancia jurídicamente tan solo se podrá verificar a la apertura del sucesorio. En consecuencia, si no hay acuerdo entre los legitimarios respecto de los valores de los bienes atribuidos vía pacto al legitimario-beneficiario y los restantes legitimarios se estará a la partición judicial (art. 2371 inc. c del CCC) y la formación de los lotes deberá respetar la atribución preferencial a favor del legitimario-beneficiario conforme surge del 2377 CCC.

Conteste el legislador de la situación que puede originarse respecto de los valores de la explotación productiva o las participaciones sociales desde el pacto hasta la apertura del sucesorio y a fin de preservar la continuidad de la empresa familiar, las correspondientes hijuelas podrán ser cubiertas con dinero⁹² (art. 2377 CCC); confiriendo para el caso de existir una atribución prefe-

⁹¹ Art. 2286 CCC.

⁹² El art. 1056 del C. Civil de España establece “...El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de

rencial (art. 1010 CCC) la posibilidad de que el saldo a satisfacer represente más de la mitad del valor del lote. Y en caso de espera para las operaciones de equilibrio de las hijuelas, los saldos juegan en función del mayor o menor valor de los bienes atribuidos cuando las variaciones resultaren apreciables con relación al valor asignados a los lotes.

A diferencia del modelo español comentado en nota 23, no existe de parte del legislador plazo para el pago para respetar las hijuelas, se estará, en consecuencia, al acuerdo entre los legitimarios. Si la intención es preservar la empresa familiar que desde el punto de económico es un bien social, la solución española del plazo máximo legal resulta más satisfactoria; en este caso el legislador nacional ha razonado con un concepto individualista.

La Valuación de los bienes objeto del pacto

Seguramente la mayoría de los pactos de herencia futura se efectuarán en torno a participaciones sociales. El patrimonio del futuro causante se podrá conformar por estas participaciones y otros activos excluidos del emprendimiento social.

Ciertamente respetando la premisa de no afectar la legítima de sus herederos, el causante y los legitimarios-beneficiarios determinarán los valores de los activos que conforman su patrimonio; y en base a tales criterios se conformará la asignación a sus descendientes.

A la apertura del sucesorio, el criterio de paridad ensayado en oportunidad de suscribirse el pacto puede haber variado. En nuestro país tan solo por el efecto inflacionario todas las cuentas a largo plazo resultan inconducentes, aún las valoraciones efectuadas en moneda extranjera, debiendo agregar que, en el caso de las participaciones sociales, hablamos de una empresa, cuyo patrimonio neto puede ser sustancialmente disímil al previsto en forma originaria, tan solo por el riesgo empresario o la técnica contable (amortización de los bienes de capital, no expresión contable de los activos intangibles)

Es legítimo pactar un mecanismo de avalúo para las participaciones sociales y los activos excluidos del emprendimiento social. Afecta esta previsión a lo

extinción de las obligaciones...”. La filosofía de ambas normas coinciden en procurar la continuidad de la empresa familiar; la expresión de efectivo extrahereditario resulta superflua. La eventual deuda que asuma el legitimario-beneficiario con la atribución preferencial será de él y no de la empresa representada por la “participaciones sociales” atribuidas.

normado en el art. 2447 CCC “El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas; si lo hace, se tiene por no escritas”⁹³.

Consideramos que no se dan en el caso planteado las restricciones del referido artículo. En primer término, la norma se refiere a una imposición unilateral del testador, y en el caso en análisis estamos hablando de un contrato entre el futuro causante y los legitimarios-beneficiarios y los legitimarios.

Un modelo de condición podría ser la denominada clausula socini usual en los testamentos españoles que podemos resumir como aquella disposición del testador que prohibió la intervención judicial y cualquier otra en su testamentaria, aun cuando en ella hubiere interesados menores de edad, ausentes o incapacitados, expresando su deseo de que todas sus operaciones se ejecutasen extrajudicialmente por su comisario contador partidor. El incumplimiento de dichas prohibiciones suponía que el heredero incumplidor quedara automáticamente instituido heredero en la proporción o cuota que en concepto de legítima estricta o corta señala la ley, acreciendo la parte en que habían sido mejorados los restantes⁹⁴. O imponer gravamen sería la constitución del derecho real de usufructo sobre todo o una parte de la herencia⁹⁵, afectando la legítima. Por último, conforme el art. 2343 CCC permite a los copropietarios si están todos de acuerdo la designación por parte de ellos del valuador-lo que implica igualmente la determinación del sistema de valuación- no vemos impedimento que este acuerdo sea expresado en el contrato de asignación de herencia futura.

La frustración del contrato

El CCC en su artículo 1090 habla de la frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte a declarar su resolución... Si bien dicha previsión legal no será aplicable al pacto-contrato de herencia futura; nos permite tratar la frustración del pacto.

Podemos afrontar diversas alternativas así por ejemplo:

1.- Que a la apertura de la sucesión no exista la empresa por cualquier de las causas que podemos imaginarnos.

⁹³ El texto es similar al derogado 3598 del C.C.

⁹⁴ La Sala Civil del Tribunal Supremo de España por sentencia del 17/1/2014 recurso 731/2011 declaró la validez de la misma.

⁹⁵ El art. 2130 inc d) del CCC faculta por testamento la constitución del derecho de usufructo.

2.- Que los activos extrasocietarios no existan por lo que no se podrá igualar la legítima entre los legitimarios-beneficiarios y los no beneficiarios.

3.- Cuando la afectación de la legítima no se ha podido restablecer entre los coherederos.

Consideramos que estos y seguramente otros serán supuestos de frustración del pacto de herencia futura, y el proceso sucesorio se deberá encaminar por el régimen general sucesorio⁹⁶.

Las conclusiones

1.- Técnicamente el art. 1010 del CCC no constituye un pacto institorio, ya que no instituye la calidad de herederos, la misma, está dada por el ordenamiento legal y no es disponible por la autonomía de la voluntad.

2.- Reviste carácter contractual, su eventual modificación en todo o en parte estará sujeto al consentimiento de los otorgantes del mismo. Es técnicamente necesario en caso de modificación relacionar los respectivos instrumentos para una correcta interpretación de la voluntad de los otorgantes.

3.- Las atribuciones conferidas a los legitimarios-beneficiarios revisten carácter irrevocable, salvo su modificación conforme el apartado anterior.

4.- Constituye un negocio inter-vivos, y no un acto de última voluntad.

5.- Tiene efecto traslativo a partir de su suscripción respecto de los otorgantes, ya que el derecho de los beneficiarios a la explotación productiva o a las participaciones societarias se incorpora a su patrimonio en forma irrevocable, estando sujeto la materialización del mismo a la apertura del sucesorio.

6.- El futuro causante mantiene el dominio pleno de los bienes objeto del pacto, y constituyen prenda común de sus acreedores.

7.- Todos los legitimarios conservan el derecho a mantener incólume su porción legítima.

8.- Al mantenerse el régimen sucesorio legal e igualmente las disposiciones sobre la legítima, el legitimario omitido o sobreviviente conserva las acciones correspondientes.

9.- Los bienes no comprendidos en el pacto por su objeto se distribuyen y dividen según las reglas legales.

10.- Los legitimarios no beneficiados con la asignación del futuro cau-

⁹⁶ El cónyuge sobreviviente o cualquier heredero podrá ejercer la facultad de atribución preferencial del art. 2380 CCC

sante por omisión deben respetar la correspondiente asignación en la medida que se conforme su cuota legitimaria, igualmente el legitimario sobreviviente.

11.- El pacto no puede incorporar renuncia anticipada de la legítima (art. 2449 CCC).

12.- Los legitimarios beneficiarios de la asignación por el pacto reciben los bienes a título sucesorio.

13.- La asignación de la unidad productiva o de las participaciones sociales determina que dichos bienes no conforman la indivisión y no serán objeto de partición entre los restantes legitimarios del causante. Podrá existir partición entre los legitimarios-beneficiarios de la asignación cuanto esta fuere en parte pro indivisa.

14.- El pacto es una convención 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” o (art. 1010 CCC)

15.- La incorporación de este instituto al derecho privado nacional no implica la construcción de un nuevo orden moral⁹⁷.

⁹⁷ Con una postura absolutamente crítica al régimen del CCC véase a CÓRDOBA, Marcos en “Pacto sobre herencia futura. El derecho vigente y el proyectado” en *Revista de derecho de familia y las personas*, La Ley, Diciembre de 2013, Año V, N° 11 así como a LAJE, Alejandro en “Pactos sobre herencias futuras” en la misma publicación Mayo 2014, Año VI, N° 4