

La importancia de los pactos del art. 1010 del CCyC. Su incidencia en el patrimonio familiar. Análisis a la luz de la legislación comparada:

Elda FERNÁNDEZ COSSINI

La familia siempre ha sido motor de la economía de los Estados. Inicialmente, el grupo familiar -en general liderado por el padre de familia- se encargaba de desarrollar actividades agrícola-ganaderas, oficios, actividades comerciales y posteriormente, industriales. A medida que fueron sofisticándose el trabajo y el mercado, la actividad económica familiar comenzó a desarrollarse en forma más organizada. Entonces comienza la noción de empresa familiar.

En la actualidad, en la Unión Europea se estima que el 60% del total de sus empresas son familiares (unas 17 millones) las que generan alrededor de 100 millones de puestos de trabajo. En EEUU por su parte, se calcula que el 80% de las empresas son familiares y aglutinan aproximadamente el 50% de la generación de empleo local.¹ Nuestro país sigue igual tendencia: “más del 80% de las sociedades comerciales reconocen su origen en sociedades de familia”.² De dichos números surge claramente la importancia económica de la empresa familiar, no sólo por sí misma sino por su trascendencia en el resto de la sociedad -puestos de trabajo, consumo, competencia, etc-. Sin embargo, resulta también innegable que en muchas ocasiones la continuidad de estas empresas enfrenta serias dificultades: “solo 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”.³ Es por ello, que la tendencia en el derecho comparado es incentivar las facilidades de transmisión de dichas empresas. A título de ejemplo podemos mencionar las Recomendaciones de la Comisión Europea del 7/12/1994 (94/1069/CE) sobre la transmisión de pequeñas y medianas empresas y la de 1998 (98/C93/02) sobre la sucesión en las pequeñas y medianas empresas en las cuales se mencionan distintas medidas consideradas beneficiosas para la consecución de estos objetivos, entre otras, la flexibilización de los pactos sobre herencia futura en relación a estas entidades.

Por nuestra parte, realizaremos en el presente, un breve análisis de la actualidad de la materia en nuestro Código Civil y Comercial de la Nación -en adelante CCCN- comparándolo con otros sistemas legislativos. Por cuestiones de extensión, hemos seleccionado para la comparación estrictamente los sistemas de Italia y España. El primero de ellos porque, como veremos, creemos que es el más cercano a nuestro sistema y el segundo por la proximidad cultural e histórica que tiene con nuestro derecho y nuestra sociedad en general. A tales efectos debemos aclarar que en el derecho italiano la materia bajo comentario surge del *Codice Civile* y se aplica a nivel nacional. En cambio, en el caso de la madre patria, su código civil prohíbe este tipo de pactos⁴, pero sí son receptados -y con bastante amplitud- por los derechos forales.⁵

¹ Datos según <http://www.iefamiliar.com/cifras/1> visto por última vez el 9/2/2018

² Córdoba, Marcos M. comentario al artículo 1010 en Lorenzetti, Ricardo Luís (Director), De Lorenzo, Miguel Federico-Lorenzetti, Pablo (Coordinadores) Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2015, p. 740

³ Vitolo, Daniel R.: «La regulación de las empresas conformadas como sociedades cerradas y de familia: el desafío legislativo», en Favier Dubois, Eduardo M. (h.) (dir.): La empresa familiar. Encuadre general, marco legal e instrumentación. Buenos Aires, Ad Hoc, 2010, p. 210

⁴ El Código Civil Español en su artículo 1271, ap. 2.º dice “sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056”. “Este precepto suscita críticas, tanto en cuanto la regla general prohibitiva no se considera adecuada, como porque la excepción que contempla no es tal, ya que la partición realizada por el testador (prevista en dicho art. 1056) constituye un acto unilateral, revocable y, en consecuencia, no tiene naturaleza de contrato, incluso si concurren a ese acto los favorecidos y prestan su asentimiento.”, cfr. Torres García, T. F., y Domínguez Luelmo, A., «La legítima en el Código Civil (I)», en Tratado de legítimas, coord.ª Torres García, T. F., Atelier, Barcelona, 2012, p. 36) citado por Requeixo Souto, Xaime Manuel, *Pactos de atribución particular post mortem. Ambito del artículo 1271, ap. 2.º, del Código civil*, ADC, tomo LXV, 2012, fasc. IV, P. 1749

⁵ La legislación que rige la materia es: En Aragón el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, en Cataluña la Ley 10/2009, de 10 de julio, del Libro cuarto del

D) Los pactos sobre herencia futura.

Históricamente, “los pactos sucesorios se desarrollaron en plenitud en el derecho germánico, (...) con un sistema sucesorio basado en la idea de la comunidad familiar y fundado en el parentesco de sangre, que predisponían a estas sociedades contra el testamento.”⁶. Por el contrario, el derecho romano veía con disvalor estas convenciones, por lo que las legislaciones romanistas siguieron la tendencia prohibitiva en la materia. De ese modo fue receptado en nuestro país en el Código velezano que prohibía enfáticamente cualquier convención sobre herencia futura⁷. La jurisprudencia sancionó con nulidad absoluta la trasgresión a dicha prohibición.⁸ Sin embargo, tal como adelantáramos en la introducción del presente, la tendencia actual es -incluso en los derechos que siguieron el derecho romano- la flexibilización de la prohibición.

Las diferentes legislaciones se refieren a la presente materia con distinta terminología: algunas veces se refieren a pactos o contratos sucesorios y otras, a herencia o sucesión contractual. En este sentido, ROCA SASTRE sostenía que pacto sucesorio no era sinónimo de sucesión contractual. El primero era más amplio ya que “abarca las tres manifestaciones típicas de contrato de institución o legado, contrato de renuncia y contrato sobre herencia de tercero. En cambio, la sucesión contractual se ajusta sólo al primer tipo de contrato”⁹ La doctrina actual, por su parte, siguiendo a DIEZ-PICAZO y GULLÓN distingue ambos conceptos considerando que contrato sucesorio es “todo negocio jurídico bilateral que produce consecuencias respecto de la herencia de la persona. Paralelamente, hay sucesión contractual cuando la ordenación del fenómeno hereditario se produce total o parcialmente por medio de un contrato.”¹⁰

Nuestro CCCN no habla de sucesión contractual ni de contrato sucesorio, sino que hace alusión a “pactos” los que, sin embargo, no define. Por ello, para una primera aproximación, nos resulta útil entenderlos como el acto jurídico “por el cual el causante organiza su sucesión de acuerdo con otros interesados, o éstos, estipulando por sí, en vida del causante, transfieren o abdican sus derechos (...)”¹¹. Dichos actos pueden clasificarse según su extensión,¹² su modo de celebración¹³, sus sujetos¹⁴ y su contenido¹⁵.

Como veremos, no todas las clases de pactos han sido receptados en el CCCN.

Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones; en **Galicia** la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, en **Islas Baleares** el Real Decreto legislativo 79/1990 del 6 de septiembre por el que se aprueba el texto refundido de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares (En el caso particular de esta legislación se divide la regulación por Islas, dedicando el Libro I a la regulación para Mallorca, el Libro II para Menorca y el Libro III para Ibiza y Formentera. En relación a los pactos sucesorios, la isla de Menorca se ve exceptuada de toda regulación conforme el artículo 65 de dicha norma), en el **País Vasco**: la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco (en el mismo sentido que la anterior, se subdivide su LIBRO II para Álava y el LIBRO III para Gipuzkoa; en **Navarra**: Ley 1/1973, de 1 de Marzo, por la que se aprueba la compilación del Derecho Civil foral de Navarra. El único derecho foral que no se refiere a la materia es el de la comunidad valenciana. Vale aclarar que cuando nos refiramos a algún artículo en especial, por cuestiones de brevedad nos limitaremos a citar el nombre de la comunidad y el número de artículo dando por entendido que nos referimos a la correspondiente ley aquí citada.

⁶ Ferrer, Francisco A. M., *Pactos sucesorios y el Código Civil y Comercial*, LA LEY 20/08/2015, Cita Online: AR/DOC/2158/2015, p. 2

⁷ Art. 1175 Código Civil velezano “No puede ser objeto de un contrato la herencia futura, aunque se celebre con el consentimiento de la persona de cuya sucesión se trate; ni los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares” en el mismo sentido teleológico encontramos los arts. 848, 1449, 3311 y 3312 todos ellos sobre materia no contractual.

⁸ CNCiv, sala B, C. U., R. M. (suc), 14/5/1951, LL 62-805

⁹ Roca Sastre, Ramón M. *Estudios de Derecho Privado*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, p. 341

¹⁰ Díez-Picazo, Luis, Gullón, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Tecnos, Madrid, 1992, Vol. IV, p. 507

¹¹ Juan Carlos RÉBORA, “*Derecho de las sucesiones*”, segunda edición, Buenos Aires, 1952, T1, § 44 citado por Guastavino, Elías P. *Pactos sobre herencias futuras*, Ediar Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1968, p.74

¹² En **máximos**, **intermedios** o **mínimos**, “según conciernan a la universalidad de la herencia futura, a una parte alícuota de ella o a objetos particulares comprendidos en la misma” Guastavino, Elías P. *Pactos sobre herencias futuras*, cit., p.95

¹³ “Pueden ser **directos**, cuando surgen explícita e inmediatamente de los términos de la convención; o **indirectos**, cuando se los otorga implícita o mediatamente” Guastavino, Elías P. *Pactos sobre herencias futuras*, cit. p.96

¹⁴ Serán **sobre la sucesión propia futura** o **sobre la sucesión ajena futura**, según si el futuro causante es o no parte de la convención

¹⁵ Serán: **institutivos**: “aquellos mediante los cuales el futuro causante conviene con la otra parte en designar a ésta o a un tercero, como heredero o legatario; o se instituyen recíprocamente entre sí las partes como herederas o legatarias”, Estos pactos son también llamados pactos de sucedendo o Erbvertrag en el derecho alemán, **renunciativos** “realizados por el sucesible o heredero presuntivo que abdica de su derecho eventual a la herencia del cocontratante o de un tercero, sin cederlo a persona determinada”, también llamados pacta non succedendo o Erbverzicht, **dispositivos** “aquellos por los cuales el sucesible cede su expectativa hereditaria en la sucesión no objeto de este negocio, a contrato sobre algún objeto comprendido en la misma” o pacto hereditarij testij o distributivus que son los

II) El sistema del CCCN. Análisis a la luz de la legislación comparada.

En primer lugar, debemos mencionar que en el CCCN el principio general continúa con la idea prohibitiva de estos pactos. El artículo 2286 CCCN mantiene la prohibición del art. 3311 velezano: “*las herencias futuras no pueden ser aceptadas ni renunciadas*” y el primer párrafo del artículo 1010 CCCN, similarmente al art. 1175 velezano ya mencionado indica “*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.*” Es decir, el principio general continúa siendo la prohibición, pero se permiten las excepciones previstas y se otorga la posibilidad de crear futuras excepciones a través del dictado de nuevas leyes que así lo consignent expresamente. Por su parte, el 2º párrafo del art. 1010 CCCN 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 del futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros.*”

Metodológicamente este artículo está ubicado en el Capítulo 5 (Objeto) del Título II (Contratos en general) del Libro Tercero (Derecho personales) del CCCN. Es decir, se encuentra en la parte de la teoría general del contrato, más específicamente en el capítulo que se refiere al objeto contractual. No solo la prohibición, sino también su excepción (ya que ambas se encuentran en el mismo artículo). Esto para nosotros es sumamente significativo ya que las legislaciones comparadas ubican la materia normalmente en aquellos libros o capítulos referentes al derecho sucesorio. Por ejemplo, en el derecho italiano tanto el Art. 458 que establece la prohibición de contratar sobre la propia sucesión o sobre futuros derechos hereditarios, como la excepción a dicho principio -prevista en los arts. 768 bis y siguientes- se encuentran ubicados en el libro Segundo “*Delle successioni*”.

A nuestro juicio, esta distinción debe resultar relevante al momento de la interpretación del artículo e inevitablemente repercute en la naturaleza jurídica del pacto. Respecto a esta se ha dicho que el pacto es una cláusula accesorias que modifica los efectos normales de un contrato¹⁶. Otra postura, en cambio, entiende que es un contrato.¹⁷ Por nuestra parte, entendemos que del texto de la norma no surge la idea de accesoriedad -que requeriría la primer teoría- y que por su ubicación metodológica¹⁸ y el texto de otras normas¹⁹ lo que el legislador pretendió fue establecer una excepción a la prohibición de la herencia futura como objeto de los contratos. Por ello, preferimos, en vez de hablar de contrato, hablar de “objeto contractual” entendido “operación económica”²⁰. Así, podrá ser el objeto de cualquier contrato sea “típico” o al decir -a nuestro juicio incorrecto- del CCCN, “nominado” (como un estatuto social²¹, un contrato de partición por ascendentes²², etc.) salvo, claro está, que sea incompatible

“concernientes a la división de la herencia; la partición puede ser realizada en vida por el causante, o él puede encomendar a otra persona la división hereditaria” Todo lo antedicho según Guastavino, Elías P. *Pactos sobre herencias futuras*, cit. p.98

¹⁶ Del mismo modo que los pactos de retroventa, reventa y preferencia previstos para el contrato de compraventa.

¹⁷ Medina, Graciela, “Las relaciones de familia y patrimoniales de la persona. La empresa familiar” en Graziabile, Darío J. (Coordinador), *Protección Jurídica de la Persona Homenaje al Dr. Julio César Rivera*, Buenos Aires, La Ley, 2010, p. 643, y Cesaretti, María y Cesaretti, Oscar D. *El pacto sucesorio y la empresa familiar en la unificación*. Revista del Notariado, Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, número 918, octubre-diciembre 2014, p. 61

¹⁸ Nótese que el artículo se encuentra en la sección que mencionamos y no, por ejemplo, en el Título IV del mismo Libro (Contratos en particular)

¹⁹ Como el art. 1670 CCCN, que mencionamos en la nota al pie n° 23 del presente

²⁰ Conf. Lorenzetti, Ricardo Luis, *Tratado de los contratos - Parte General*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2010, p. 391

²¹ “Cuando las empresas familiares se estructuran a través de sociedades la permisón admite la práctica de celebrar conjuntamente un reglamento, normado en el art. 5º de la ley 19.550, complementario del establecimiento de la empresa familiar, y es un instrumento que posee una ventaja peculiar: la inscripción en el Registro Público de Comercio que otorga mayor seguridad a terceros. Estas normas (...) pueden afectar cuestiones sucesorias” Aguirre, María T. *Compañías*

con la propia naturaleza del contrato o que exista prohibición expresa.²³ Podrá también ser objeto de un contrato “atípico” o “innominado” -como un contrato autónomo sobre herencia futura-. También entendemos que puede incorporarse a un protocolo de la empresa familiar²⁴ que a nuestro juicio no es un contrato, pero se convertiría en tal de incluir este objeto en su contenido. Hay doctrina que también entiende que podría ser objeto de convenciones matrimoniales.²⁵

Por otro lado, se ha dicho que al no mencionar el CCCN nada relativo a la forma de estos pactos se aplica el principio de libertad de formas.²⁶ A nuestro juicio, y siguiendo la línea de lo que entendemos por su naturaleza jurídica, consideramos que el pacto podrá realizarse con libertad de formas si se realiza autónomamente. En cambio, en caso de incluirse dentro de otro contrato deberá, lógicamente, adoptar la forma requerida para éste. Tanto en el derecho foral español como en el derecho italiano se exige como forma la escritura pública²⁷. Creemos que dada la relevancia que estos acuerdos pueden tener en el patrimonio familiar y la falta de legislación expresa en cuanto a su desenvolvimiento, la intervención notarial resulta imprescindible tal como veremos en el acápite correspondiente, por lo que consideramos que deberá ser la forma recomendada, más allá del estricto texto legal.

Por otra parte, en la mayoría de las legislaciones extranjeras bajo análisis se requiere como presupuesto de capacidad la mayoría de edad y la plena capacidad de obrar²⁸ y las aguas se encuentran divididas en cuanto a si estos actos pueden o no ser otorgados por un representante: en la comunidad de Aragón se encuentra absolutamente prohibido²⁹ mientras que en Galicia³⁰ y Navarra³¹ se permite con la exigencia de que la facultad conste expresamente en poder especial. En nuestro país no existe prohibición expresa por lo que entendemos que puede realizarse por medio de representantes. En ese sentido, consideramos que -no para el futuro causante, pero sí para los futuros herederos- realizar un pacto sobre herencia futura implica una forma de aceptación tácita de la herencia en los términos del art. 2293 CCCN por lo que de acuerdo con el art. 375 inc d) CCCN serán necesarias facultades expresas.

Además, los pactos podrán “ser celebrados por los herederos forzosos y el causante o por los herederos forzosos solos o por el causante y el cónyuge”³² En Italia, por su parte, deben participar el cónyuge y todos los legitimarios conocidos³³. Sin embargo,

Sebastián J. y Roca, Ricardo comentario al art. 1010 en Clusellas, Eduardo Gabriel (Coordinador) Código Civil y Comercial Comentado, Anotado y Concordado, Buenos Aires, Editorial Astrea-FEN, 2015, Tomo 3, p. 752

²² “La partición es un acto de contenido patrimonial, por lo cual es correcta la calificación de “contrato” ” Ferrer, Francisco A. M., *La partición mixta de herencia*, en *La Ley*, T° 2016-F, p.886, cita online AR/DOC/3623/2016.

²³ Por ejemplo, el art. 1670 CCCN manda que “pueden ser objeto del fideicomiso todos los bienes que se encuentran en el comercio, incluso universalidades, pero no pueden serlo las herencias futuras”. La mayoría de la doctrina, sin embargo, entiende que se trata de un refuerzo a lo prohibido en el primer párrafo del art. 1010 CCCN por lo que no obsta a su utilización como medio para formalizar pactos sobre herencia futura: Lisoprawski, Silvio V., *Fideicomiso de planeación patrimonial y la prohibición del pacto sobre herencia futura*, Publicado en: DCCyE 2015 (febrero), 24/02/2015, 119 - LA LEY 03/03/2015, Cita Online: AR/DOC/201/2015, p. 7. Carregal, Mario A, *Modificaciones del Código Civil y Comercial al fideicomiso*, Publicado en: LA LEY 18/04/2016, LA LEY 2016-B, 1166, Cita Online: AR/DOC/988/2016, p. 4 y Papa, Rodolfo G, *El contrato de fideicomiso en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Publicado en: RDCO 280, 14/10/2016, 561, Cita Online: AR/DOC/3121/2016, p. 7. Debemos reconocer que este contrato es de uso habitual e incluso recomendado en el derecho comparado -ver: Brantlry Latham, Sheryl, *The inheritance trust. Upstream Multigenerational Planning*, publicado en *Probate & Property*, Jan-Feb, 2003, p. 14 y ss

²⁴ Entendido como acuerdo que regula las relaciones de una familia con la empresa de la que ésta es propietaria. Esta posibilidad se encuentra plasmada en el modelo propuesto en Favier Dubois, Eduardo y Giralt Font, Martín, *Planificación patrimonial sucesoria*, LXXI Seminario Teórico Práctico Laureano Arturo Moreira, 9 y 10 de junio de 2016, p. 83 y ss

²⁵ Mazzinghi, Jorge A. M. “Las convenciones matrimoniales” Publicado en: RCCyC 2015 (diciembre), 16/12/2015, 41, Cita Online: AR/DOC/4259/2015, p. 2

²⁶ Rolón, Avelino (h.), *Pactos sobre herencia futura permitidos en el Código Civil y Comercial (art. 1010, segundo párrafo): una interesante herramienta de planificación del patrimonio familiar*, Publicado en: RCCyC 2016 (mayo), 05/05/2016, 129 Cita Online: AR/DOC/917/2016, p. 5, en el mismo sentido Medina y Cesaretti cit.

²⁷ Cataluña: art. 431.7; Aragón: art. 377; Galicia: art. 211; Islas Baleares: art 12, 50 y 72.1; País Vasco art. 74; Navarra: Ley 174 e Italia: Art. 768 ter

²⁸ Cataluña Art. 431-4, Galicia: Art. 210, Navarra: Ley 173

²⁹ Art.379

³⁰ Art. 212

³¹ Ley 173. 2° parr

³² Medina, Cecilia, *Pactos sobre herencia futura*, LA LEY 12/10/2015, LA LEY 2015 E 1144, Cita Online: AR/DOC/2208/2015, p. 6

existe discusión doctrinaria sobre qué sucede en caso de la no comparecencia de alguno, ya que el art. 768 sexies se refiere a las acciones del cónyuge y de los legitimarios que no hayan participado del pacto. Así, alguna doctrina entiende inválido el pacto al que le falte dicha participación, mientras que otra parte entiende que es simplemente inoponible a aquellos que no participaron.

III) Contenido del Pacto: empresa familiar y participaciones sociales

Para los derechos forales españoles, los pactos sucesorios pueden tener un contenido amplísimo³⁴ que directamente puede modificar las premisas sucesorias legales pudiéndose instituir herederos, disponer de la legítima, etc.

En el derecho italiano, en cambio, como mencionáramos, rige el principio del art. 458 que determina la nulidad del acto por el cual se dispone de derechos esperables de una sucesión aún no abierta, como también la renuncia a la misma salvo lo que resulte de las excepciones del art. 768 bis y siguientes. Estos artículos regulan el denominado *patto di famiglia* “que se define como el contrato mediante el cual el empresario transfiere, en todo o en parte, su patrimonio empresarial (l'azienda) o mediante el cual el titular de participaciones societarias transfiere, en todo o en parte, la propia cuota a uno o más descendientes; siempre con respeto a las normas sobre empresa familiar y a los distintos tipos de sociedad (art. 768-bis).”³⁵ Es por esto, que entendemos que el derecho italiano es el más cercano al régimen del CCCN, ya que las limitaciones respecto al contenido de los pactos son similares.

En el régimen del CCCN “los pactos sucesorios no pueden funcionar como fuente de la vocación sucesoria.”³⁶ porque “en el sistema Argentino los herederos son instituidos por ley o por testamento pero no por contrato.”³⁷ Más aún, los pactos no pueden versar sobre la universalidad de la herencia o cualquier bien de la misma sino que pueden únicamente ser “*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*”

La doctrina es unánime en entender que la finalidad de la norma es la conservación de la empresa familiar. Sin embargo, a diferencia del Código Italiano que la define en su artículo 230 bis, nuestro ordenamiento no la define. Favier Dubois (h) entiende que ésta “debe tratarse de una empresa, cualquiera sea su forma jurídica, que es de propiedad, conducida o controlada por un grupo familiar que hace de ella su medio de vida con (...) la intención de mantener la participación familiar en la empresa y de que ésta sea el sustento de la primera.”³⁸ Por su parte, el grupo de expertos en empresas familiares de la Comisión Europea la definen como “Una empresa, cualquiera sea su tamaño, si: 1) La mayor parte del poder de decisión lo tiene la persona o personas físicas que han creado la empresa o las personas físicas que han aportado el capital para su formación o sus cónyuges, padres o descendientes o los herederos directos de sus descendientes. 2) Al menos un representante de la familia participa formalmente en el gobierno de la empresa. 3) Las sociedades que cotizan en bolsa entran en la definición de empresa familiar si las personas que

³³ art. 768 quater

³⁴ Cataluña: art. 431-5, Aragón: art. 381; Galicia, art. 209, Islas Baleares arts. 8 a 13, arts. 50, 51 y 72 a 77) País Vasco art. 74, Navarra Ley 177

³⁵ Medina, Graciela, *Pactos sobre herencia futura*, cit. p. 3

³⁶ Ferrer, Francisco A. M., *Pactos sucesorios...* cit., p. 5

³⁷ Medina, Graciela, *Pactos sobre herencia futura*, cit. p. 2

³⁸ Medina, Graciela, “Las relaciones de familia y patrimoniales de la persona. La empresa familiar” cit., p. 629. Compartimos en este sentido la opinión de esta autora en cuanto considerar que es necesario que los miembros de la sociedad hagan de ella su forma de vida para considerar la empresa como familiar.

las han creado o que han aportado el capital para su formación, o sus padres, cónyuges o descendientes, tienen el 25% del poder de decisión sobre la base del capital”³⁹

Se ha dicho que “explotación productiva” “(semejante a: “establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o cualquier otro que constituya una unidad económica”, que emplea el art. 2.330 CCyC) alude a la denominada empresa unipersonal que opera sin formato jurídico personificante que la recubra. Queda abarcado aquí, pues, el llamado fondo de comercio, establecimiento o hacienda, titularizado y explotado por una sola persona, cuya transmisión inter vivos sigue siendo regulada por la vieja Ley 11.867”.⁴⁰ A nuestro juicio, la expresión no se refiere a la unipersonalidad o no de la conformación empresarial sino a que esta opere económicamente sin estar organizada bajo un formato societario.

Por otro lado, para el caso en que la empresa sí haya adoptado una organización societaria, la norma prevé la posibilidad de pactar sobre “participaciones sociales de cualquier tipo”. En este sentido se ha dicho que “el concepto de participaciones sociales es comprensivo de cualquiera de los tipos sociales regulares de la Ley 19.550, incluido el supuesto de asociación bajo forma de sociedad del artículo 3, las comprendidas en los nuevos artículos 17 y 21 (sustituídos por la Ley 26.994) y las del artículo 31, 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, al referirse a participaciones societarias, no distingue tipos sociales, tal condición es necesaria pero no suficiente, ya que expresa “con miras a la conservación de la unidad de gestión empresarial”. Ello nos lleva a considerar que las participaciones respecto de una sociedad meramente tenedora de bienes no podrían ser objeto del pacto por no desarrollar una actividad referida a la producción o intercambio de bienes o servicios”⁴¹.

Por último, no podemos dejar de mencionar que en el derecho catalán⁴² se prevé la inscripción de los pactos en el Registro de Actos de Última Voluntad. En nuestro derecho no se prevé tal registro ni obligación inscriptoria alguna, pero compartimos la opinión de que “dada la naturaleza de los intereses en juego en el pacto de herencia futura (...) consideramos aconsejable que los colegios de escribanos dicten normativas que hagan factible su inscripción en los registros de actos de última voluntad.”⁴³

IV) Violación de la legítima hereditaria, de los derechos del cónyuge y de los derechos de terceros.

Reza la última parte del art. 1010 CCCN: “*Estos pactos son válidos, (...) si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros.*”

Recordemos que los legitimarios no pueden ser privados de su porción legítima “*por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito*” -Art. 2444 CCCN- y que, además, “*es irrenunciable la porción legítima de una sucesión aún no abierta*” - Art. 2449 CCCN-. En ese sentido se ha dicho que como “los pactos son válidos si no afectan la legítima hereditaria, ello impone que todos los legitimarios presten su conformidad, ya sea participando del acto o consintiéndolo posteriormente.”⁴⁴ Por nuestra parte, entendemos que la condición planteada por el ordenamiento es la no afectación de la legítima. De no operar esta

³⁹ Medina, Graciela, “Las relaciones de familia y patrimoniales de la persona. La empresa familiar”, cit. p. 631

⁴⁰ Romero, Raúl, *Contrato Parasocietario Sobre Herencia Futura (Art. 1010, 2do. Párr. Ccyc)*, ponencia para el XIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mendoza, 2016, p. 5

⁴¹ Cesaretti, María y Cesaretti, Oscar D. *El pacto sucesorio y la empresa familiar...* cit., p. 58

⁴² Cataluña Artículo 431-8

⁴³ Cesaretti, María y Cesaretti, Oscar D. *El pacto sucesorio y la empresa familiar* cit. p. 63. Medina, Graciela, *Pactos sobre herencia*, cit., p. 8

⁴⁴ Códoba, María M. comentario al artículo 1010 en Cesaretti, Ricardo Luis (Director) cit. p. 744

circunstancia el legitimario no tendrá acción alguna para oponerse al pacto haya participado o no en él. Más aún, creemos que dado el art. 2449 CCCN ya citado, la participación en el acto del legitimario no beneficiario no obsta a que pueda reclamar compensaciones si se ve perjudicada su porción legítima una vez abierta la sucesión.

Como el artículo 1010 CCCN se refiere a la validez del acto, la mayoría de la doctrina entiende que la sanción por su violación es la nulidad del pacto. Por nuestra parte, compartimos la opinión de que “si interpretamos la mentada disposición ... de modo coherente con todo el ordenamiento (art. 2º CCyC), arribamos a la conclusión que si el contrato sobre herencia futura no respeta el régimen limitativo de la legítima, entonces los legitimarios afectados podrán reclamar la entrega de su legítima, el complemento o la reducción correspondiente, mas no la nulidad del acto”.⁴⁵ Esta es una muy seria limitación que no existe en el derecho comparado bajo comentario. El derecho italiano que, como dijimos, es el más cercano al nuestro en la materia, manda expresamente en el art. 768 quater que lo recibido de los contrayentes no está sometido a colación o reducción.

Recordemos, además, que en nuestro derecho, conforme al art. 2445, las porciones legítimas “*se calculan sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante más el de los bienes donados computables para cada legitimario, a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación*”. Si bien se refiere a donación entendemos que se aplica en general a los actos realizados a título gratuito. El momento en que se realiza el cálculo es una vez acaecido el fallecimiento del causante. Esto significa que en ese momento puede resultar violatorio de la legítima un pacto que no lo era cuando se celebró. Además, la determinación de los valores puede resultar sumamente compleja en materia de empresa familiar y más aún en caso de empresas no organizadas societariamente que pueden tener serias deficiencias -o directamente ausencia- de libros contables.

Además, el texto del 1010 CCCN dice que pueden establecerse “compensaciones en favor de otros legitimarios”. Sin lugar a duda, la estipulación más conveniente será en sumas de dinero. Sin embargo, también podrán establecerse compensaciones que involucren otros bienes. Al efecto se ha dicho que “En principio parecería que no podrían tratarse de bienes diferentes de los que enumera el artículo, es decir los que compongan una explotación productiva o participaciones sociales de cualquier tipo.”⁴⁶ No compartimos esta opinión, ya que dicha restricción no surge de la norma por lo que entendemos que las partes podrán pactar las compensaciones con cualquier bien. Esta posibilidad, sin embargo, puede resultar engorrosa porque “mientras las empresas están sometidas a valuaciones fluctuantes y variables, y a métodos de valuación específicos (vrg., múltiplos de EBITDA⁴⁷), otros activos (especialmente los inmobiliarios) suelen, en el tiempo, ser mucho más estables; salvo situaciones de capitalización extraordinarias.”⁴⁸ Es por ello que entendemos que deben ser pactadas con el mayor detalle posible las cláusulas que establezcan compensaciones y métodos valuatorios, para lo cual, a nuestro juicio, como veremos más adelante, será sumamente relevante la intervención notarial.

⁴⁵ Vargas Balaguer, Humberto G., “Empresa Familiar y Pacto Sucesorio” *Revista Estudios de Derecho Empresario*-Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, Vol. 11, p. 140. Conforme este autor, el legitimario reclamante podrá ejercer las acciones de entrega de la legítima (art. 2450, CCyC), de complemento (art. 2451, CCyC), de reducción (arts. 2417, 2452, 2453 y sig., CCyC), o de colación (arts. 2385 y sig., salvo la excepción establecida en el art. 2461, última parte, CCyC), según el caso en particular.

⁴⁶ Rolón, Avelino (h.), *Pactos sobre herencia futura permitidos en el Código Civil y Comercial...* cit., p. 6

⁴⁷ *Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation, and Amortization*

⁴⁸ Van Thienen, Pablo A. *La verdad detrás del pacto de herencia futura y su im(pacto) en las empresas familiares. ¿Un pacto con poco futuro?* http://cebs.com.ar/revista/2016/2017/1617_67.pdf (última vez el 02/2018)

En cuanto a la advertencia que realiza el texto bajo comentario sobre la salvaguarda de los derechos del cónyuge compartimos la opinión de que éste, a falta de participación “conserva los siguientes derechos *a*) recompensa (arts. 491/495, CCyC); *b*) compensación si se trata de un bien propio del causante, al ser el cónyuge –como hemos visto– en este supuesto legitimario (art. 1010, 2º párr., CCyC); *c*) oponerse a la partición solicitando la indivisión forzosa si se configuran los recaudos del art. 2332, CCyC; *d*) pedir la atribución preferencial del establecimiento o de los derechos sociales, en los términos del art. 2380, CCyC.”⁴⁹

En las legislaciones forales españolas, en algunos casos se exige parentesco -sanguíneo o por afinidad- o lazos de convivencia entre los otorgantes⁵⁰ mientras que en otros no se indica que los otorgantes deban tener parentesco alguno.⁵¹

Por último, en cuanto a los terceros, están excluidos de los efectos del contrato (1021 CCCN). Pero “si el pacto ha sido celebrado en fraude a sus derechos, podrán ejercer la acción revocatoria o pauliana (arts. 338 y conc., CCyC). De igual manera podrán ejercer la acción de simulación si se configuran los recaudos establecidos por la ley (arts. 333, 336 y conc., CCyC). También los acreedores pueden usar la acción de reducción (arts. 2417 sig., CCyC), por la vía subrogatoria.”⁵²

V) Efectos y extinción

A nuestro juicio, los contratos que incluyan pactos sobre herencia futura obligan a las partes en los mismos términos que cualquier otro contrato, esto es, al decir velezano, son para las partes como la ley misma⁵³. Esto implica que son, en principio, irrevocables. Del mismo modo lo receptan las legislaciones comparadas que analizamos en el presente⁵⁴. Sin embargo, es cierto que “el contrato participa de una disciplina común, desde el punto de vista de los efectos, ya que los que produce son inmediatos y esos acuerdos, en esos contenidos, deben conciliarse con el contenido propio del Derecho sucesorio, que sólo produce efectos después de la muerte.”⁵⁵ Claramente, las consecuencias de este hecho variarán dependiendo de que el causante sea o no parte del contrato. Si éste ha participado, deberá someterse - “en vida”, lógicamente- a lo pactado o atenerse a las consecuencias que acarree su incumplimiento contractual. Si este no ha participado o si ha participado, pero no se ha efectivizado la transmisión de sus bienes, éstos continúan siendo prenda común de sus acreedores, lo cual implica un riesgo para sus co-contratantes. Entendemos recomendable que se prevean expresamente en el contrato las consecuencias de las posibles contingencias que de ello deriven.

En cuanto a la extinción, consideramos que las causales dependerán del contrato en que se hayan pactado. A título de ejemplo se puede mencionar: la imposibilidad “ya sea por destrucción de la cosa o por disposición del causante, cuando el causante no fue parte del pacto o tratándose de una empresa por quiebra de la empresa.”⁵⁶, el mutuo acuerdo -a realizarse, lógicamente, por las mismas partes que intervinieron en el contrato original-⁵⁷, la inoficiosidad -en el caso de que el contrato fuera gratuito-, la revocación -por ingratitud, inejecución de cargos⁵⁸ y supernacencia de hijos si esto último fue estipulado expresamente⁵⁹-; “por un

⁴⁹ Vargas Balaguer, Humberto G., “Empresa Familiar y Pacto Sucesorio” cit. p. 135

⁵⁰ Cataluña Artículo 431-2

⁵¹ Aragón y País vasco. Entendemos que responde a ello el hecho de que en estas comunidades el sistema de legítima es mucho más flexible que en nuestro país, pudiendo modificarse, enajenarse, etc. sin restricciones.

⁵² Vargas Balaguer, Humberto G., “Empresa Familiar y Pacto Sucesorio” cit., p. 141

⁵³ Actualmente art. 959 CCCN y conc.

⁵⁴ Navarra: Ley178; Cataluña art. 431.18

⁵⁵ Córdoba, Marcos M. comentario al artículo 1010 en Lorenzetti, Ricardo Luis (Director), cit. , p. 742

⁵⁶ Medina, Graciela, *Pactos sobre herencia futura* cit., p. 7

⁵⁷ En el mismo sentido: Italia Art. 768-septies, País Vasco Art. 80, Navarra: Ley 182

⁵⁸ En el mismo sentido: Cataluña: art. 431-14, País Vasco Art. 79

⁵⁹ Revocación del art. 1542 CCCN

cambio sustancial, sobrevenido e imprevisible de las circunstancias fundamentales”⁶⁰ y por supuesto, cualquier otra causal expresamente pactada en el contrato.⁶¹ En caso de extinción por fallecimiento del beneficiario, entendemos que resulta de plena aplicación el art. 1024 CCCN. Por supuesto que el contrato también se extinguirá por su cumplimiento.

Por último, se ha dicho que “La contradicción entre el Pacto y un testamento se debe resolver a favor de la voluntad del testador.”⁶² Estamos de acuerdo con esta afirmación en tanto y en cuanto el pacto haya sido celebrado sin intervención del testador/causante, ya que, en este caso, éste no manifestó su voluntad. Sin embargo, y dada la irrevocabilidad que ponderamos, entendemos que si aquel sí participó en la celebración del contrato continente del pacto, éste prevalece por sobre el testamento, del mismo modo que prevalecería una donación sobre un posterior legado del mismo bien.

VI) Relevancia de la intervención notarial

VALLET de GOYTISOLO afirmaba que la seguridad jurídica y la vida comercial sana no pueden existir la una sin la otra. Para conseguir las es necesario que se cumplan dos objetivos: “El ajustamiento a derecho de las disposiciones de voluntad y de los contratos y la certeza de que lo dispuesto o convenido logre una permanencia que alcance fielmente más allá de la más exacta y dilatada memoria humana”⁶³ En el caso que comentamos, entendemos que la letra del 2º párrafo del art. 1010 padece de los dos grandes males del lenguaje natural: la ambigüedad⁶⁴ y la vaguedad.⁶⁵ Tal vez esto haya sido realizado adrede por el legislador para otorgarle flexibilidad y dinamismo a la norma, pero como contraposición, inevitablemente desmedra la seguridad jurídica. Es por ello que entendemos imprescindible la función del notario como intérprete de la voluntad de los requirentes y traductor de dicha voluntad en un acto jurídico eficaz y perdurable.

En ese sentido consideramos que primeramente se deberá indagar en “el "genograma" (similar al "árbol genealógico familiar") que no sólo detalla cuestiones vinculadas a parentescos, edades, vinculaciones familiares y políticas sino que procura informar sobre otros datos de interés (tales como divorcios, separaciones de hecho, conflictos, enfermedades, adicciones, incapacidades, etcétera), la calidad de las relaciones familiares (conflictivas o cercanas, relaciones afectuosas no familiares, adopciones, etc.) como así también algunos mensajes y valores generacionales transmitidos”⁶⁶ y en todos aquellos elementos de funcionamiento de la empresa que puedan ser relevantes en el futuro. Para esto la entrevista preliminar y el asesoramiento del notario son imprescindibles.

Por otro lado, recordemos, estos pactos no están excluidos del sistema de la legítima hereditaria. Por ello, “Los textos deben poseer precisiones técnicas ciertas para facilitar la protección de los derechos de los legitimarios ya que ello es necesario en razón

⁶⁰ Medina, Graciela, “Las relaciones de familia y patrimoniales de la persona.” cit., p. 645. En el mismo sentido: Cataluña: art. 431-14

⁶¹ En el mismo sentido Italia Art. 768-septies. Cataluña: art. 431-14, País Vasco Art. 79

⁶² Rolón, Avelino (h.), *Pactos sobre herencia futura permitidos en el Código Civil y Comercial cit.*, p. 7

⁶³ Vallet de Goytisolo, Juan B., *La función notarial de tipo latino*, Lima, Gaceta Notarial, 2012, p. 22

⁶⁴ Ambigüedad se refiere a que la palabra tiene más de un significado, en cuyo caso precisaremos saber “el contexto lingüístico en que aparecen” y la “situación humana dentro de la que son usadas” para poder determinar el significado de las mismas (conf. Carrió, Genaro, *Notas Sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2006, p. 29)

⁶⁵ Vaguedad se refiere a la “falta de precisión en el significado (designación) de una palabra” Guibourg, Ricardo A. - Ghigliani, Alejandro M. - Guarinoni, Ricardo V., *Introducción al conocimiento científico*, Buenos Aires, Eudeba, 2001, p.48. Lamentablemente, en el lenguaje natural “todas las palabras que usamos para hablar del mundo que nos rodea y de nosotros mismos, son, al menos, *potencialmente* vagas” Esta potencialidad es llamada “textura abierta del lenguaje” según Waismann y “vaguedad intencional” según Carnap (conf. Carrió, Genaro, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, cit. p. 35)

⁶⁶ Melina Scazzari, Carlos A., *Reconstrucción patrimonial en la sucesión familiar*, LA LEY 08/00/2015, 08/00/2015, 1, Cit. Online: AB/DOC/2086/2015 - 4

de que la litigiosidad en materia sucesoria es muy alta.»⁶⁷ Pero, además, consideramos que debe también respetarse la voluntad del futuro causante. Por ello, será necesario prever muy detalladamente el sistema de compensaciones, estableciendo formas, plazos de pago y cualquier otra vicisitud que pueda ser relevante y, fundamentalmente, pactar un sistema claro de valuación de los bienes en juego. Se nos ocurre que, además, podría someterse lo pactado a métodos alternativos de solución de conflictos -vg. mediación, arbitraje, etc.- para la solución de las vicisitudes que no se hubieran previsto. Para todo esto, resultan imprescindibles la idoneidad y capacitación notarial.

Conclusiones

Entendemos que permitir la inclusión de pactos sobre herencia futura como objeto contractual resulta de suma importancia para la planificación del patrimonio familiar.

En el derecho comparado que hemos brevemente comentado estos pactos han resultado muy útiles, pero creemos que ello se debe fundamentalmente a dos cuestiones: Por un lado, el tratamiento impositivo que acompañó a la legislación, desde la reforma de leyes impositivas⁶⁸ hasta el tratamiento jurisprudencial en la materia⁶⁹ y por otro lado, porque en dichos ordenamientos los pactos no son comprendidos por la normativa que refiere a la legítima hereditaria. En nuestro derecho, esto no es así, lo que puede limitar significativamente su efectividad.

Por todo esto, estamos convencidos de que para esta nueva herramienta pueda desarrollarse en todo su potencial será absolutamente relevante el acompañamiento del notario, desde la entrevista preliminar, el asesoramiento y la capacitación constante para intentar prever la mayor cantidad de vicisitudes y sus respectivas soluciones en pos de la prevención de conflictos y, en definitiva, de la seguridad jurídica lo que resultará beneficioso para las partes contractuales pero, además, para la comunidad toda.

Para finalizar, hacemos nuestra una de las conclusiones de la XIII Jornada Notarial Iberoamericana: “El deseo de que la empresa familiar permanezca en la familia, y ésta en aquélla, requiere una voluntad y previsión del fundador en orden a la sucesión de la empresa. Resulta necesario profundizar en las reformas sustantivas y fiscales que faciliten la conservación de la empresa familiar en las segundas y sucesivas generaciones. Es recomendable, incluso, que la previsión sea más ambiciosa, buscando una articulación ordenada y global de las relaciones generales entre la empresa y la familia, formulando al efecto un documento adecuado. A tal fin, el notario, como experto conocedor de ambas instituciones, puede prestar un asesoramiento de gran utilidad.»⁷⁰

⁶⁷ Córdoba, Marcos M. comentario al artículo 1010 en Lorenzetti, Ricardo Luis (Director), cit. , p. 742

⁶⁸ A título de ejemplo ver la ley del Parlament de les Illes Balears 22/2006 de 19 de diciembre de reforma del Impuesto de Sucesiones y donaciones o la ley de la Comunidad de Galicia 29/1987 de 18 de diciembre del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, La Resolución de 29 de junio de 2000 por la que se ordena la publicación del acuerdo de convalidación del Real Decreto ley 3/2000, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas fiscales urgentes de estímulo al ahorro familiar y a la pequeña y mediana empresa (corregida el 29 de julio de 2000) aprobado por Ley 6/2000, de 13 de diciembre, la Resolución 2/1999, de 23 de marzo, de la Dirección General de Tributos, relativa a la aplicación de las reducciones en la base imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, en materia de vivienda habitual y empresa familiar o la Ley 10/1985, de 16 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de Cantabria de Protección y Modernización de la Empresa Familiar Agraria

⁶⁹ El Tribunal Supremo español, dictó sentencia el 9 de febrero de 2016 determinando que las herencias recibidas mediante pactos sucesorios entre vivos no tributarán en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) como ganancia patrimonial en las comunidades Autónomas en cuyo derecho foral estén previstos (en el caso del fallo se trataba de un contribuyente de Galicia)

⁷⁰ Conclusiones tema III, XIII JORNADA NOTARIAL IBEROAMERICANA, A Coruña, Domingo 26-27-28 de junio 2009

Bibliografía

La bibliografía utilizada para el presente ha sido debidamente identificada en la respectiva nota al pie de página.