

EMPRESA FAMILIAR Y PACTO SUCESORIO**Humberto G. Vargas Balaguer***

Resumen: En el presente artículo se analiza el pacto sucesorio incorporado por el Código Civil y Comercial en el artículo 1010, segundo párrafo, como excepción a la regla general de prohibición de los pactos sobre herencia futura, y cuyo fin es la continuidad de la empresa familiar, evitando su fragmentación o disolución. El mismo constituye una interesante y útil herramienta para la planificación de la sucesión y el traspaso de la empresa familiar a la próxima generación. Como ocurre con todo instituto jurídico nuevo, plantea cuestiones e interrogantes de diversa índole, máxime teniendo en cuenta las distintas normas que se entrecruzan en su abordaje (de familia, sucesorias, contractuales y societarias). A esos efectos, se examinan ciertos asuntos medulares de la figura y algunos de los varios problemas que se pueden presentar en la práctica, tomando posición al respecto. Previo a ello, se estudia su concepto, su regulación en el anterior régimen y el tratamiento que recibe en los ordenamientos jurídicos extranjeros que lo contemplan, brindándose un breve panorama sobre el tópic.

Palabras-Clave: Empresa familiar – Pacto sucesorio – Pactos sobre herencia futura – Planificación sucesoria.

Abstract: The present article analyzes the succession agreement incorporated by the Civil and Commercial Code in article 1010, second paragraph, as an exception to the general rule prohibiting pacts on future inheritance, and whose purpose is the continuity of family business, Avoiding its fragmentation or dissolution. It is an interesting and useful tool for the planning of succession and the transfer of family business to the next generation. As with any new legal institute, it raises questions and questions of various kinds, especially taking into account the different rules that are intertwined in its approach (family, succession, contractual and corporate). To that end, it examines certain core issues of the figure and some of the various problems that may arise in practice, taking a position on this. Prior to this, it is studied its concept, its regulation in the previous regime and the treatment that it receives in the foreign legal systems that contemplate it, being given a brief panorama on the topic.

Key words: Family business – Agreement as to succession – Pacts on future inheritance – Succession Planning.

Sumario: 1. Preliminar.- 2. Concepto.- 3. Pactos sobre herencia futura en el Código Civil de Vélez.- 4. Derecho comparado.- 5. Pactos sobre herencia futura en el Código Civil y Comercial.- 6. Finalidad del pacto.- 7. Objeto del pacto.- 8. Sujetos intervinientes. 8.1. El rol del cónyuge. 8.2. Situaciones que se pueden plantear.- 9. Instrumentación y contenido.- 10. La compensación.- 11. La legítima: Su afectación y consecuencias.- 12. Derechos de los acreedores.- 13. Diferencias entre el pacto sucesorio y el testamento. La irrevocabilidad del pacto.- 14. Modificación y extinción del pacto.- 15. Conclusiones.-

1. Preliminar

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor de Sociedades y Seguros y de Contratos Modernos en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo. Profesor de Derecho Comercial en la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad Católica de Cuyo. (humbertogvargas@speedy.com.ar).

Entre la gran cantidad y variedad de innovaciones del Código Civil y Comercial (CCyC), se destaca el pacto sobre herencia futura (también denominado *pacto sucesorio* o *pacto sobre sucesión futura*), previsto en el art. 1010, 2° párrafo.

Esta figura, inédita en nuestro derecho positivo, permitirá una mejor planificación y organización de la sucesión del futuro causante en una empresa familiar.

2. Concepto

Guastavino sostiene que los contratos referentes a una herencia futura, o pactos sucesorios, son aquellos cuyo objeto es el todo o parte de una herencia futura, y cuyo contenido concierne a su organización, o a un aspecto de esa organización, sea por referirse a una disposición o transferencia de derechos sucesorios eventuales, o por referirse a reglas de distribución de la herencia u otras cuestiones sucesorias¹.

Por su parte, Maffía define al pacto sucesorio como la convención mediante la cual el causante organiza su sucesión de acuerdo con otros interesados, o éstos, estipulando entre sí en vida del causante, transfieren o abdican sus derechos².

3. Pactos sobre herencia futura en el Código Civil de Vélez

El Código Civil de Vélez (CC), en el art. 1175, disponía que: “*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*”.

Es decir, el CC prohibía los contratos sobre herencia futura, aunque se celebraran con el consentimiento de la persona cuya sucesión se trataba o no, siendo la nulidad allí establecida de carácter absoluto³.

Esta prohibición se remonta al derecho romano y era la tendencia imperante en ese momento⁴.

Señala Guastavino que el fundamento de la prohibición legal era de índole moral; resultaba chocante admitir la legitimidad de pactos en los cuales se especula con la muerte de una persona⁵.

Otra consideración para la prohibición de esta clase de pactos, era que se prestan muy fácilmente para la lesión de una de las partes, por realizarse en situaciones muy especiales, generalmente de desventaja. En muchas ocasiones, quien celebra un pacto sobre herencia futura es un especulador que aprovecha una particular situación de la víctima⁶.

También se consideraba que mediante estos convenios se podían violar fácilmente las disposiciones legales sobre la legítima hereditaria.

Sin embargo, como lo señalaron Borda⁷ y Maffía⁸, en el ordenamiento jurídico argentino existían diseminadas varias excepciones a la prohibición, que posibilitaban pactos sobre la herencia futura, tales como: a) la partición por donación hecha en vida por los ascendientes respecto a sus descendientes (arts. 3514 a 3538, CC); b) la imputación de las liberalidades realizadas por los padres a favor de sus hijos, entendiéndose que debían comprenderse como un adelanto de la legítima (art.

¹ GUASTAVINO, Elías P., *Pactos sobre herencias futuras*, Ediar, Bs. As., 1968, p. 76.

² MAFFIA, Jorge O., *Manual de derecho sucesorio*, 3ª edición, Depalma, Bs. As., 1989, t. I, p. 8.

³ CNCiv., sala B, 14/5/51, LL, 62-805.

⁴ En la nota al art. 1175 Vélez cita el Código francés, el de Nápoles, el holandés, el italiano, y a los juristas Zachariae, Troplong y Aubry y Rau.

⁵ GUASTAVINO, Elías P., *Pactos sobre herencias futuras*, cit., p. 141.

⁶ LAVALLE COBO, Jorge E., en BELLUSCIO, Augusto (dir.) - ZANNONI, Eduardo A. (coord.), *Código civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Astrea, Bs. As., 1984, t. 5, ps. 806/807.

⁷ BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones*, 3ª edición, Perrot, Bs. As., 1971, t. II, nº 1247, ps. 175/176.

⁸ MAFFIA, Jorge O., *Manual de derecho sucesorio*, cit., t. II, ps. 10/11.

1805, última parte, CC); c) las donaciones hechas con la condición de que las cosas donadas se restituirían al donante si éste sobrevivía al donatario o al donatario y sus herederos (arts. 1803 y 1841, CC); d) la posibilidad de que ciertas enajenaciones realizadas por el causante en favor de sus herederos forzosos cedieran en la presunción que se establece de su gratuidad, permitiendo que los demás legitimarios reconozcan el carácter oneroso de ellas (art. 3604, CC).

A su vez, en la Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550 se preveían –y se prevén en la actualidad pues la redacción se ha mantenido en la hoy denominada Ley General de Sociedades– convenciones de herencia futura o *pactos de ingreso de herederos* a la sociedad frente al fallecimiento de los socios fundadores (arts. 90, 2° párr., y 155).

Cabe destacar que Borda ya en su época apuntaba que en el derecho se notaba una tendencia a suavizar el rigor de la regla del art. 1175 del CC, manifestando que “no todo pacto que tiene en miras bienes que se han de recibir por muerte de una persona es inmoral. Muchas veces las circunstancias los hacen razonables y prudentes”⁹.

4. Derecho comparado

Los países de tradición jurídica romanista en general no admitieron los pactos sucesorios.

Por el contrario, los países de tradición germánica desde antaño fueron absolutamente permisivos con estos pactos, viéndolos como una forma normal de disposición del patrimonio por parte del futuro causante.

Así, el Código Civil de Alemania (BGB) admite el contrato sucesorio en su art. 1941, estableciendo que el futuro causante puede nombrar a un heredero, conceder legados e imponer condiciones por contrato. El BGB regula dos tipos de contratos sucesorios: el institutivo o *Erbvertrag* (arts. 2274 a 2302), y el renunciativo o *Erbverzicht* (arts. 2346 a 2352).

El Código Civil de Austria (ABGB), que se vio influenciado por el derecho alemán, también admite plenamente estos pactos, al igual que el Código Civil suizo; en éste país –al igual que los anteriormente mencionados– los pactos no son considerados contrarios al orden público, a la moral y a las leyes imperativas.

En la actualidad, en algunos países de tradición romanista se observa una flexibilización hacia la prohibición de estos pactos.

Tal es el caso de Italia que mediante la ley n° 55 de 14 de febrero de 2006 –modificatoria del Código Civil– introdujo la posibilidad de celebrar pactos de familia (*patto di famiglia*), en los arts. 768 *bis* a *octies* y 458 primera parte, como excepción a la regla general de la nulidad de los pactos sobre la sucesión futura que sigue proclamando el art. 458 del *Codice*.

El mismo se trata de un contrato, celebrado mediante acto público –bajo pena de nulidad, cfr. art. 768 *ter*–, por el cual el empresario transfiere, totalmente o en parte, la empresa, y el titular de participaciones sociales transfiere, totalmente o en parte, sus cuotas, a uno o más descendientes (art. 768 *bis*).

Por su parte en Francia, la ley 2006-728¹⁰ del 23 de junio de 2006, moderó notablemente el principio de prohibición de los pactos sobre sucesiones futuras.

El Código Civil de España prohíbe los pactos sucesorios (art. 1271, párrafo segundo). Sin embargo, el derecho foral de España acepta esta figura, en mayor o menor medida, según la legislación de cada

⁹ BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones*, cit., t. II, p. 176.

¹⁰ Esta ley de reforma de sucesiones y donaciones -una de las más amplias e importantes del derecho civil francés- modificó más de doscientos artículos del *Code civil*, que no había sufrido ningún cambio desde 1804. En los arts. 812/812-7, se incorporó al Código civil la figura del mandato póstumo, mediante el cual el futuro causante puede otorgar poder a una persona física o jurídica, con el encargo de administrar o gestionar la totalidad o parte de su herencia por cuenta y en interés de uno o varios herederos concretos.

Comunidad Autónoma, donde es una tradición su validez¹¹. Así ocurre en los territorios forales de Cataluña (arts. 431-1 a 431-17, Código Civil de Cataluña), Aragón (arts. 317 y 377 a 404, Código de Derecho Foral de Aragón), Galicia (arts. 209 a 227, ley 2/2006, de 14 de junio), Navarra (Libro II, Título IV, Capítulos I y II, leyes 172 a 183, ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo), Islas Baleares (Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, que aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares -CDCIB-)¹², y País Vasco (ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco).

En la Unión Europea, la transmisión de la pequeña y mediana empresa (PYME) representa uno de los temas claves de la política empresarial de la Comisión, la cual ha recomendado a los Estados miembros que adopten una serie de medidas –jurídicas, fiscales y de apoyo– para facilitar la transmisión de empresas con el fin de garantizar su supervivencia y el mantenimiento de los puestos de trabajo; a esos fines, se propone a los Estados Europeos que prohíban los pactos sobre la futura sucesión, que introduzcan cambios en su legislación para autorizar los mismos o flexibilizar la prohibición, o al menos incentiven la utilización de figuras como el pacto de empresa o protocolo familiar a efectos de paliar las consecuencias negativas que la prohibición de los pactos sucesorios produce en la transmisión de la riqueza empresarial. En tal sentido, la Comisión Europea formuló la Recomendación sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas, 94/1069/CE, del 7 de diciembre de 1994¹³. A esa Recomendación le siguió la Comunicación 98/C93/02, del 28 de marzo de 1998¹⁴.

5. Pactos sobre herencia futura en el Código Civil y Comercial

El art. 1010, en su primer párrafo, establece: *“Herencia futura. 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 que el nuevo Código mantiene la regla general de prohibición de los pactos sucesorios, como lo consagraba el viejo art. 1175 del Código Civil derogado.

No obstante –y éste es el cambio sustancial que se incorpora–, el segundo párrafo del art. 1010 expresa: *“Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión 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”*.

Tal dispositivo, que es una excepción al principio general en la materia, constituye una absoluta novedad en nuestro derecho positivo que ni siquiera se encontraba en el Proyecto de 1998.

Y su destinatario tiene nombre y apellido: la empresa familiar.

En Argentina, al igual que en cualquier país del mundo, las empresas familiares son uno de los principales agentes económicos y constituyen una pieza fundamental de motorización de cambios,

¹¹ DÍEZ-PICAZO, Luis - GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, 10ª edición, Tecnos, Madrid, 2006, p. 468.

¹² Cabe aclarar que en la región de Baleares, en Mallorca, Ibiza y Formentera se admiten los pactos sucesorios, no así en Menorca, ya que si bien el art. 6 del Libro I y el art. 69 del CDCIB indican que la sucesión se defiende por testamento, por ley y por los contratos regulados en dichos libros, ello es excluido en el art. 65 para Menorca, exceptuando la aplicación de los pactos contractuales por exclusión de los arts. 6 y 7. Es decir que en la isla de Menorca no se permiten los pactos contractuales y no se incluye excepción alguna al respecto.

¹³ Ver Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 385, del 31/12/1994, pág. 14. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A31994H1069>.

¹⁴ Ver Diario Oficial de las Comunidades Europeas, C 93, del 28/3/1998, pág. 2. [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A31998Y0328\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A31998Y0328(01)).

crecimiento y creación de riqueza. No importa la dimensión para encuadrar a una empresa en familiar. Esta puede ser micro, pequeña, mediana o grande, cerrada o abierta, conforme a la organización y forma que se le haya dado al emprendimiento económico. Lo cierto es que en su conjunto representan más del 80% de las empresas que funcionan en nuestro país¹⁵.

Tras las etapas de creación y crecimiento, la transmisión es la tercera fase crucial en el ciclo de la vida de una empresa. Uno de los principales problemas que se plantean en la empresa familiar ha sido y continúa siendo su transmisión; cuando el fundador llega a la edad de jubilarse y tiene que pensar en pasar el relevo intergeneracional, hay muchos intereses y partes en juego, no solo familiares sino también puestos de trabajo. De allí la importancia de planificar debida y ordenadamente la sucesión, para traspasar el negocio a la siguiente generación sin poner en peligro su continuidad ni crear fricciones o enemistades entre parientes.

En este contexto, la novel figura que nos ocupa se erige en un instrumento sumamente útil, pues en vida del titular o titulares de la empresa, se organiza la transmisión del negocio mediante un convenio en el cual se designa a el o los miembros de la familia que recibirán la propiedad de la empresa familiar o de las participaciones sociales a la muerte del causante, estableciéndose compensaciones para los otros herederos. De esta manera, se asegura la estabilidad y continuidad de la empresa familiar.

Así, supongamos el caso de un padre que es titular de una empresa, tiene tres hijos, dos de ellos trabajan en la empresa con dedicación y esmero, y el tercero no muestra un mínimo de interés por el negocio, salvo el de contar en un futuro con una cantidad de bienes para vivir cómodamente. Mediante un pacto sucesorio, el padre puede planificar la herencia estableciendo que los dos hijos que trabajan en la empresa lo sucederán en la dirección y propiedad de la misma, mientras que con respecto al hijo que no tiene interés en ella recibirá un campo u otros bienes, respetándose la legítima. Con ello se consigue que los hijos designados se impliquen de lleno en la gestión empresarial, con la motivación y seguridad de que la decisión de su padre es irrevocable y que, en el futuro, ellos accederán a la propiedad de la empresa en la que trabajan. Asimismo, el hijo que no ingresará en la empresa se queda conforme con el bien que recibirá.

- Otros pactos sobre herencia futura permitidos en el CCyC

Al igual que sucedía con el CC de Vélez, el CCyC admite distintos pactos sobre herencia futura, que constituyen una excepción al principio general de su prohibición sentado por el art. 1010, 1° párr., CCyC. Entre ellos: a) Partición por donación de ascendientes respecto de sus descendientes (arts. 2415/2420); b) Pacto de reversión de las cosas donadas, sujetando el contrato a la condición resolutoria de que el donatario, o el donatario, su cónyuge y sus descendientes fallezcan antes que el donante (arts. 1566/1567); c) Dispensa de colación o mejora a un heredero forzoso donatario, expresada en el mismo acto de la donación (art. 2385); d) Mejora a un beneficiario por actos entre vivos (art. 2461); e) Renuncia de los coherederos forzosos al derecho a reclamar la colación o la reducción, *que consintieron en la enajenación, sea onerosa o gratuita*, de bienes del futuro causante hacia un legitimario con la modalidad de reserva de usufructo, uso o habitación, o con la contraprestación de una renta vitalicia (art. 2461, última parte); f) Pacto de indivisión voluntaria entre herederos, por un plazo que no exceda de diez años (art. 2331).

6. Finalidad del pacto

La finalidad principal del pacto es la continuidad y la integridad de la empresa familiar, evitando su fragmentación o su disolución.

En efecto, el art. 1010, 2° párr., CCyC, dice que los pactos “...con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial...”.

¹⁵ Ntro. “Las Sociedades de Familia y el Protocolo Familiar”, La Voz del Foro, Año VII - N° 52 - Sept.-Dic. 2008, Publicación del Foro de Abogados de San Juan.

Como se advierte, el artículo emplea el término “unidad de la gestión empresarial”. Ahora bien, en la planificación sucesoria no solo se debe trabajar en la gestión sino también en la propiedad de la empresa. La gestión de una empresa comprende las actividades y medidas de administración y organización que llevan a cabo los administradores y directores. Pero el fin último al que apunta la norma es la preservación de la empresa de familia, manteniendo las participaciones sociales dentro del núcleo familiar. De allí que, a nuestro juicio, hubiese sido más apropiado consignar la oración “con miras a la conservación de la empresa”.

Asimismo, estos pactos pueden tener por finalidad “*la preservación o solución de conflictos*” familiares relacionados con la empresa o con las participaciones sociales del futuro causante.

7. Objeto del pacto

El objeto del pacto debe ser relativo a una “*explotación productiva*” o a “*participaciones societarias de cualquier tipo*”.

(i) Explotación productiva:

No existe una definición jurídica de “explotación productiva”, pero en nuestra opinión tal expresión se refiere al concepto de hacienda, fondo de comercio o establecimiento, entendido éste como *el conjunto de los bienes organizados por el empresario para el ejercicio de su actividad*¹⁶.

El art. art. 2330, inc. a), del CCyC habla de “*establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero, o cualquier otro que constituye una unidad económica*”. En términos similares alude el art. 2332. Ambas normas deben interpretarse en forma armónica con el art. 1010, 2° párrafo, en lo que aquí respecta.

Algunos autores han manifestado que esta “explotación” tiene la característica de pequeña o mediana empresa de naturaleza familiar¹⁷. No compartimos este criterio pues una empresa familiar con explotación productiva puede ser de cualquier dimensión, y no necesariamente pequeña o mediana. Como bien apunta Medina¹⁸, la empresa familiar no se define por su tamaño, ya que puede ser una empresa individual o una sociedad de envergadura internacional en la cual el capital se mantiene concentrado mayoritariamente en las manos de los miembros de la familia.

(ii) Participaciones societarias de cualquier tipo:

Con redacción similar a la que utiliza el art. 768 *bis* del Código Civil italiano, el art. 1010, 2° párr., del CCyC, dispone que también pueden ser objeto del pacto las “participaciones societarias de cualquier tipo”.

En consecuencia, quedan comprendidos los tipos societarios del Capítulo II de la LGS (sociedad colectiva, en comandita simple, de capital e industria, sociedad de responsabilidad limitada, sociedad anónima y en comandita por acciones), como igualmente las sociedades de la Sección IV del Capítulo I de la LGS, denominadas por la doctrina sociedades simples, libres o residuales. También se encuentran abarcadas las sociedades civiles existentes a la fecha de la entrada en vigencia de la ley 26.994 –las conformadas con esas características con posterioridad, quedan incluidas en el régimen previsto en los arts. 21 a 26 de la LGS–.

En relación al tema, Cesaretti y Cesaretti plantean una interesante cuestión: Expresan que 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 cual los lleva a considerar –con cita en doctrina italiana– que “las participaciones respecto de una sociedad meramente tenedora de bienes no podría ser objeto del

¹⁶ FONTANARROSA, Rodolfo O., *Derecho comercial argentino*, 9ª edición, Zavallía, Bs. As., 1: Parte General, p. 200.

¹⁷ FERRER, Francisco A. M., “Pactos sucesorios y el Código Civil y Comercial”, LL, 2015-D-1124. Cita Online: AR/DOC/2158/2015.

¹⁸ MEDINA, Graciela, “Empresa familiar”, LL, 2010-E-920.

pacto, por no desarrollar una actividad referida a la producción o intercambio de bienes y servicios”¹⁹.

Lo apuntado anteriormente nos conduce a formularnos la pregunta de si las participaciones en una sociedad holding familiar pueden ser objeto de un pacto sucesorio. La sociedad holding es aquella cuya única finalidad es ser tenedora de todas o de una parte significativa del capital de otras sociedades a las que controla y gestiona²⁰. Es decir, que una holding –en particular la holding “pura”– no explota una empresa en el sentido de “producción e intercambio de bienes y servicios” a que refiere el art. 1° de la LGS. En muchas empresas familiares se recurre a la figura de la sociedad holding (la “capogruppo”) que controla y dirige a las sociedades operativas de titularidad de la familia.

Sobre el punto en cuestión, entendemos que no se puede utilizar un criterio muy riguroso pues va en contra de la intención del legislador; además, compartimos la doctrina que opina que la sociedad holding ejercer actividad empresaria en forma indirecta. Por lo tanto, consideramos que la sociedad holding familiar puede ser objeto del pacto.

- El pacto sucesorio y la resolución parcial del contrato

Se debe conjugar la aplicación del pacto sucesorio regulado por el CCyC con la figura de la resolución parcial del contrato por muerte del socio de la LGS.

- *Sociedades de personas*: En las sociedades *intuitu personae* el fallecimiento de un socio resuelve parcialmente el contrato (art. 90, párr. 1°, LGS), por lo que el heredero no ingresa a la sociedad. Pero en las sociedades colectivas y en comandita simple es lícito pactar que la sociedad continúe con sus herederos (art. 90, párr. 2°, LGS). Por ende, si en el contrato social existe cláusula de ingreso, el pacto sucesorio tendrá plena operatividad. En caso de que el contrato no establezca el ingreso de los herederos del premuerto, para que el pacto sucesorio tenga aplicación, previamente a su entrada en vigencia se debe modificar el contrato social estableciendo el pacto de incorporación de herederos del socio (futuro causante).

- *Sociedades de responsabilidad limitada*: El art. 90 de la LGS no alude a las SRL. Y su falta de mención no responde a un olvido del legislador, sino que derechamente tal norma no es de aplicación a estas sociedades mixtas²¹. En el caso existe una disposición específica que es el art. 155, el cual expresa: “*Si el contrato previera la incorporación de los herederos del socio, el pacto será obligatorio para éstos y para los socios...*”. En consecuencia, si en el contrato social consta una cláusula de incorporación de herederos, rige la misma y el art. 155, LGS.

¿Y qué sucede si en el contrato no existe cláusula de incorporación? No se configura la resolución parcial del contrato –reiteramos que el art. 90 LGS no se aplica en la especie– sino que, como señala Roitman²², hay que estar a las reglas generales del régimen sucesorio (arts. 2277, 2278 y conc. CCyC), por lo que igualmente se produce la incorporación de los herederos en tanto continuadores de la persona del causante, siendo plenamente eficaz el pacto sucesorio, sin necesidad de reformar el contrato social a esos efectos.

Distinta es la situación si, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, en el instrumento constitutivo de la SRL se estableció como causal de resolución parcial la muerte de uno de los socios.

¹⁹ CESARETTI, Oscar Daniel - CESARETTI, María, “La planificación de la sucesión en la empresa familiar y el nuevo C.C.C.N.”, en XIII Congreso Argentino de Derecho Societario-IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Mendoza), Advocatus, 2016, t. III, p. 1548.

²⁰ FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (P) - FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (H), “La sociedad “holding” y la sociedad “filial” en el derecho argentino”, Errepar, DSE, Nro. 276, tomo XXII, Noviembre 2010, p. 1189.

²¹ Sobre el particular ver: ROITMAN, Horacio, *Ley de sociedades comerciales. Comentada y anotada*, La Ley, Bs. As., 2006, t. II, p. 352 y t. III, p. 172.

²² ROITMAN, Horacio, *Ley de sociedades comerciales...*, cit., t. III, ps 172 y 174.

Acá sí se torna necesario modificar el contrato social –eliminando la cláusula en tal sentido– para que el pacto sucesorio tenga operatividad cuando se produzca la muerte del socio.

También hay que contemplar el supuesto de que en el contrato existan cláusulas limitativas a la libre transmisibilidad de las cuotas, tales como el derecho de preferencia o de conformidad de los socios.

De existir una cláusula de preferencia y, en el caso de que los socios la ejerzan, se deberá liquidar a los herederos del socio fallecido el valor de su parte según lo previsto en el contrato social o, en su defecto, por valuación judicial por peritos²³. De no ejercerse este derecho, los herederos se incorporan a la sociedad la que *se hará efectiva cuando acrediten su calidad* (cfr. art. 155, LGS), esto es, con la sentencia de declaratoria de herederos que se debe entregar a la gerencia (art. 152, 2° párr., LGS); además, para su oponibilidad a terceros, se deberá inscribir la transmisión sucesoria en el Registro Público (art. 152, *in fine*, LGS)²⁴.

Lo mismo ocurre si existe una cláusula de conformidad, pues será necesario obtener la previa conformidad de los socios para que ingresen los herederos, de lo contrario no se incorporarán y se les deberá reembolsar el valor de las cuotas de que era titular el causante.

En síntesis, existiendo cláusulas que limiten la transmisibilidad *mortis causae* de las cuotas sociales, éstas se deben respetar y prevalecen sobre el pacto sucesorio, por lo que la operatividad del mismo queda sujeto a la condición de que no se ejerzan los derechos allí previstos.

- *Sociedades por acciones*: En las sociedades anónimas y en comanditas por acciones –para los socios comanditarios–, en cambio, la muerte del socio nunca produce la resolución del contrato. Para que opere el ingreso a la sociedad del heredero, éste deberá contar con la adjudicación de las acciones en el juicio sucesorio y, además, se deberá efectuar la inscripción en el libro de registro de acciones (art. 215, LGS). A partir de ese momento el heredero detenta el *status socii* y, si existe un pacto sucesorio, el mismo tendrá aplicación.

Puede suceder que el estatuto prevea limitaciones a la transmisibilidad *mortis causae* de las acciones nominativas o escriturales, en los términos del art. 214 de la LGS, lo cual ha sido admitido por la jurisprudencia en el fallo “El Chañar S.A.”²⁵

En tal supuesto, y, de existir cláusulas de consentimiento o de preferencia de adquisición de las acciones del causante por parte del resto o de determinados accionistas, las mismas se deben respetar por lo que el ingreso efectivo de los herederos a la sociedad quedará subordinado al ejercicio de esos derechos. Es decir, si los consocios del causante optan por la adquisición de dichas acciones, se deberá abonar a los herederos el valor de las acciones según las pautas reglamentadas en el estatuto. En caso contrario, de no ejercer el derecho de opción, los herederos ingresan a la sociedad. Salvo que, claro está, previa negociación y/o acuerdo se eliminen esas restricciones a la transmisibilidad de las acciones por vía de la reforma del estatuto; así, despejada toda limitación estatutaria al respecto, los herederos del socio fallecido designados en el pacto sucesorio se incorporan a la sociedad.

8. Sujetos intervinientes

Sólo eventuales herederos forzosos y el causante poseen aptitud para celebrar los pactos autorizados por el art. 1010, 2° párr., CCyC, toda vez que el mismo reza “*establecer compensaciones a favor de otros legitimarios*”²⁶. En consecuencia, el pacto sucesorio no puede otorgarse con personas humanas que no guardan vínculo de parentesco ente sí.

²³ PITA, Enrique, “Cesión de cuotas en la S.R.L. (Ley 22.903)”, RDCO, Año 20, 1987, p. 97.

²⁴ NISSEN, Ricardo Augusto, *Ley de sociedades comerciales*, 2ª edición, Ábaco, Bs. As., 1997, t. 3, ps. 54/55.

²⁵ CNCom., sala B, 27/10/1993, “El Chañar S.A. s/ inscripción”, LL, 1994-D-275; DJ, 1994-2-888; ED, 157-424.

²⁶ CÓRDOBA, Marcos M., en LORENZETTI, Ricardo Luis (dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. V, p. 743.

Debe repararse que la norma dispone: “*Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge...*”. Es decir, que pueden celebrarse aun sin la intervención del futuro causante y su cónyuge, por todos o algunos de sus herederos forzosos; ello, a diferencia del derecho italiano que en el art. 768 *quater* del Código Civil exige la participación del futuro causante y su cónyuge en el pacto de familia²⁷, lo cual consideramos más atinado.

8.1. El rol del cónyuge

Conforme al régimen patrimonial del matrimonio, el cónyuge puede asumir diferentes roles.

a) *Régimen de separación de bienes* (arts. 505 y sig., CCyC): Cuando el matrimonio hubiese adoptado este régimen y el pacto recayere sobre bienes de exclusiva titular del futuro causante, el cónyuge será legitimario. Téngase presente que de acuerdo al art. 2433 del CCyC el cónyuge en el régimen de separación respecto del acervo hereditario concurre con los descendientes por cabeza²⁸.

b) *Régimen de comunidad* (arts. 463 y sig. CCyC.): Cuando el matrimonio hubiese optado por este régimen y el pacto recae sobre una empresa o sobre participaciones societarias a nombre del futuro causante pero encuadrados en el carácter de bienes gananciales del art. 465 del CCyC, el cónyuge conserva los derechos sobre su mitad ganancial que, en caso de disolución de la comunidad por muerte, el supérstite no los recibirá en calidad de heredero sino como ex cónyuge por derecho propio. Por ende, en el pacto sucesorio no se podría disponer sobre la porción ganancial del cónyuge sin su consentimiento (art. 498, última parte, CCyC). Y sobre los bienes propios del futuro causante, a la muerte de éste, el cónyuge supérstite que concurre con descendientes tiene en el acervo hereditario la misma parte que un hijo (art. 2433, 1° párr., CCyC), no tendiendo parte alguna en la división de los bienes gananciales que correspondan al cónyuge prefallecido pues, en este caso, los descendientes excluyen al cónyuge (art. 2433, 2° párr., CCyC).

8.1.1. Derechos: Sin perjuicio de que el art. 1010, 2° párr., no exige la necesaria participación del cónyuge en el pacto, 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, 2° 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, CCyC²⁹.

²⁷ No obstante la disposición del art. 758 *quater* del *Codice*, en Italiana existe un debate por la ambigüedad de las normas que reglan el *patto di familia*. Esto, por cuanto el legislador por un lado en el art. 768 *quater* especifica que en el pacto “tienen que” participar todos los legitimarios, por el otro prevé la hipótesis del cónyuge y de otros legitimarios “que no hayan participado en el contrato” que al abrir la sucesión del disponente podrán exigir un trato análogo al de los otros participantes legitimarios no beneficiarios. Por su parte, el art. 768 *sexies* hace referencia sólo a los legitimarios “añadidos”. De allí que parte de la doctrina considera necesaria para una válida conclusión del contrato la participación de todos los legitimarios existentes en ese entonces. Por lo cual la última norma descripta se referiría a los legitimarios añadidos como en el caso, por ejemplo, del disponente viudo al momento del pacto de familia que luego se ha vuelto a casar. Otros autores, para no reducir la capacidad aplicativa del instituto, pero también por razones prácticas, prefieren una lectura más elástica y coordinan las normas aseverando que hay pacto de familia válido incluso si no participan del mismo todos los legitimarios. En este última tesis el cónyuge y los otros legitimarios de los que habla el art. 768 *sexies* serían todos los que, por cualquier razón no han suscrito el contrato. Cfr. LIOTTA, Giovanni, “El pacto de familia en el derecho italiano. Notas breves”, <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-16/2202-el-pacto-de-familia-en-el-derecho-italiano-notas-breves-0-7331799424562416>.

²⁸ CESARETTI, Oscar Daniel - CESARETTI, María, “La planificación de la sucesión en la empresa familiar y el nuevo C.C.C.N.”, cit., t. III, p. 1549.

²⁹ Expresa CABRERA de GARIBOLDI, María del Lujan C., en CURA, José María (dir.) - GARCIA VILLALONGA, Julio César (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, 2ª edición, La Ley, Bs. As., 2016, t. VII, p. 255, que: “La norma contenida en este artículo y en el siguiente guarda estrecha relación con las indivisiones forzosas reguladas por los arts. 2332 y 2333. En efecto, si bien hay leves diferencias en la enunciación de los bienes sobre los que puede recaer la indivisión forzosa pedida por el cónyuge supérstite o por un heredero, y aquéllos de los que se puede pedir la atribución preferencial, lo cierto es que el espíritu de ambas normas es el mismo. Por un lado, se trata de preservar la unidad de la explotación económica que hubiera llevado adelante el causante, su cónyuge supérstite o alguno de sus herederos...Por ende, la diferencia en la enumeración de los bienes no debe ser obstáculo para aplicar un criterio general común: en todos

Por lo que concluimos que es conveniente la intervención del cónyuge en el pacto, para evitar conflictos futuros que es lo que precisamente tiende a prevenir el art. 1010 del CCyC.

8.2. Situaciones que se pueden plantear

En virtud de la redacción amplia de la norma en comentario, se pueden presentar distintos escenarios según los sujetos que intervienen en el pacto. A los fines de un mejor desarrollo expositivo del tema efectuaremos una división en dos grupos a los que denominaremos “pactos totalitarios” y “pactos parciales”, conforme intervengan todos o algunos de los sujetos involucrados. A su vez, dentro de estos últimos distinguiremos algunos supuestos en particular.

a) *Pactos totalitarios*: En los mismos participan tanto el futuro causante como su cónyuge y todos los herederos forzosos (futuro causante + cónyuge + todos los herederos forzosos). Esta sería la situación ideal pues todas las partes involucradas suscriben el pacto, eludiendo o minimizando conflictos a futuro.

b) *Pactos parciales*: En los mismos participan algunos de los sujetos involucrados:

Veamos:

1) Futuro causante + cónyuge + algunos herederos forzosos: En este caso los legitimarios que no han sido beneficiarios o asignatarios del pacto se los debe compensar por su porción legítima (arts. 2444, 2445 y sig., CCyC).

2) Futuro causante + todos los herederos forzosos - cónyuge: El artículo 1010, 2° párr., CCyC, permite este supuesto en que no participa el cónyuge. En cuanto a los derechos del cónyuge omitido, que no se deben afectar, ver punto 8.1.1 del presente capítulo.

3) Futuro causante + algunos herederos forzosos - cónyuge: También es una situación admitida conforme a la redacción del art. 1010, 2° párr. Acá tenemos dos partes legitimarias omitidas. Por un lado los herederos forzosos (ver punto b.1) y por el otro el cónyuge del futuro causante (ver punto b.2) el cual a su vez reenvía al punto 8.1.1).

4) Todos los herederos forzosos - futuro causante - cónyuge: Si bien está permitido por la redacción del texto legal, representa un supuesto reñido con la buena fe, la moral y las buenas costumbres (arts. 9 y 10, CCyC), en tanto los herederos que celebran el pacto se están repartiendo los bienes del futuro causante en vida de éste pero sin su intervención (quien por lo general en ese momento se encuentra en una edad avanzada y sin poder de mando en la empresa familiar).

Además, en la práctica se pueden presentar circunstancias que atentan contra la efectividad o viabilidad del pacto suscripto sin la intervención del futuro causante, pues éste –como es sabido– sobre los bienes y patrimonio de su propiedad tiene las más amplias facultades que le otorga el ordenamiento jurídico; por lo que, estando en vida, puede usar, gozar y disponer de ellos, libremente y en forma exclusiva y excluyente, sin más límites que los que establece la ley. Así, el futuro causante podría vender los bienes objeto del pacto o efectuar en relación a los mismos una partición entre sus descendientes (partición por ascendientes, art. 2411, CCyC), ya sea por donación (arts. 2415/2429, CCyC) o por testamento (arts. 2421/2423, CCyC).

Y en esos casos que es lo que impera ¿el pacto sucesorio celebrado entre los herederos forzosos o el acto de disposición del futuro causante? En respuesta a esta pregunta, Ferrer –cuya apreciación compartimos plenamente– expresa que en rigor técnico, los pactos no restringen el poder de disposición del titular de los bienes, desde que no ha sido parte del contrato³⁰, por lo cual prevalecerá su voluntad por el principio de la autonomía privada, y la cuestión la deberán resolver los

los casos en que el cónyuge supérstite o uno de los herederos pueden oponer la indivisión forzosa de alguno o algunos de los bienes de la herencia (conf. arts. 2332 y 2333) puede también pedir su atribución preferencial (conf. art. 2380”).

³⁰ SANCHEZ ARISTI, Rafael, “Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post mortem”, Comares, Granada, 2003, p. 163 y sig.

herederos entre sí, pues el acto que realizaron es aleatorio, es un contrato sometido a una condición suspensiva: que el futuro causante no disponga de sus bienes³¹.

También en el supuesto en análisis se omite la intervención del cónyuge, cuyos derechos no pueden ser afectados (ver punto 8.1.1 del presente capítulo).

5) Algunos herederos forzosos - futuro causante - cónyuge: A tenor de la redacción del art. 1010, 2º párr., CCyC, igualmente sería posible que algunos de los herederos formalicen un pacto sucesorio, omitiendo a otros legitimarios, al futuro causante y a su cónyuge. Tal podría ser el caso de una familia compuesta por el padre, madre y tres hermanos. Dos de los hermanos trabajan en la empresa familiar junto con el padre y el tercero no interviene en ella porque no le interesa, porque no lo dejaron al no tener aptitudes o existir peleas internas, o por cualquier otro motivo. Viendo que el padre-fundador de la empresa ya está entrado en años y/o sin voluntad de continuar al frente de la administración de los negocios, los dos hermano que trabajan en la empresa deciden suscribir un pacto sucesorio estableciendo que ellos recibirán la explotación productiva o las acciones o cuotas de la sociedad, pero sin darle participación al padre (futuro causante), a su cónyuge ni al tercer hermano.

Si bien en teoría este supuesto podría darse, en la práctica es una potencial fuente de litigios. El primer escollo que se advierte es en lo relativo a las compensaciones que deben efectuarse al heredero excluido del pacto, quien debe dar su conformidad a tal fin. En caso contrario, el pacto solo tendrá efectos entre los legitimarios que los han suscripto, pero es inoponible respecto al omitido (art. 1021, CCyC). Asimismo, hay que tener en cuenta que no se puede violar la porción legítima del heredero que no suscribió el pacto.

Y en cuanto a la omisión del pacto del futuro causante y su cónyuge, remitimos a los comentarios vertidos *supra* (punto b.4).

En síntesis, un pacto así celebrado contraviene la letra y el espíritu del art. 1010, 2º párr., del nuevo Código, cuya finalidad es la continuación y unidad de la empresa familiar, evitando los conflictos entre familiares que pueden llevar a la fragmentación o división de aquella.

6) Todos o algunos de los herederos forzosos + cónyuge - futuro causante: También este es un caso reñido con la buena fe y la moral (arts. 9 y 10, CCyC). Resulta chocante la posibilidad de que los herederos y el cónyuge del futuro causante se distribuyan sus bienes pero dándole la espalda al mismo (sobre el particular, remitimos a los puntos b.4) y b.5) en lo pertinente). Además, podría encuadrarse en un supuesto de lesión para el futuro causante (art. 332, CCyC).

9. Instrumentación y contenido

En cuanto a la forma del pacto, el art. 1010, 2º párr., CCyC, no establece ninguna en particular, por lo que rige el principio de *libertad de formas* estatuido en el art. 1015 del CCyC, pudiendo instrumentarse por instrumento público (arts. 289 y sig., CCyC) o privado (arts. 287, 313 y conc. del CCyC), salvo que la ley imponga una forma determinada para el acto jurídico (arts. 284 y 285, CCyC). Ello, a diferencia del Código Civil italiano que impone en el art. 768 *ter* la obligación de celebrar el *patto di famiglia* por acto público bajo pena de nulidad.

Cabe destacar que si el pacto se formaliza por instrumento privado, es recomendable que se le dé fecha cierta (art. 317, CCyC), por los importantes efectos que se desprenden del mismo.

Respecto al contenido, el nuevo Código no establece un contenido contractual mínimo del pacto, por lo que rige el principio de *libertad de configuración*. Consecuentemente, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden determinar su contenido, siguiendo y respetando las

³¹ FERRER, Francisco A. M., "Pactos sucesorios y el Código Civil y Comercial", LL, 2015-D-1124. Cita Online: AR/DOC/2158/2015.

pautas que brinda el art. 1010, 2° párr., y dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres (art. 958, CCyC).

Sin perjuicio de lo apuntado, es conveniente que el pacto sea lo más detallado y preciso posible para evitar lagunas o interpretaciones divergentes. Entre otras especificaciones, es recomendable que contenga: la identificación de los sujetos intervinientes (para el caso de que al pacto no lo celebran todos los legitimarios, se deberían mencionar a los omitidos); finalidad; objeto del pacto, individualizando la explotación productiva o las participaciones societarias sobre las que recae y, en su caso, la porción que recibirán los legitimarios; las compensaciones con destino a los “otros” legitimarios; la valuación de los bienes (tanto los que integran la empresa como el resto) a la fecha de celebración del pacto; asimismo, se puede establecer –y es recomendable– la fórmula o el mecanismo de revaluación a la época del fallecimiento del causante, para evitar la afectación de la legítima hereditaria por el transcurso del tiempo, lo que, a la sazón, puede alterar los valores³²; las cargas a las que quedan sometidos los legitimarios-futuros beneficiarios de la empresa (v.gr., obligación de trabajar, dirigir o velar por la continuidad de la empresa, condiciones suspensivas o resolutorias, garantías de cumplimiento, etc.); derechos y obligaciones de las partes, reglas sobre la administración de la empresa familiar por parte del/los legítimo/s beneficiario/s, antes y después de fallecimiento del causante; causales de revocación; etc. Igualmente, si existe un Protocolo Familiar se deberá compatibilizar con el contenido del pacto sucesorio, adjuntándose o haciendo expresa referencia.

10. La compensación

El art. 1010, 2° párr., CCyC, dispone que los pactos sobre herencia futura “...pueden...establecer compensaciones a favor de otros legitimarios”.

Dos acotaciones preliminares:

El dispositivo emplea la expresión “pueden” y no deben. Es decir, que es facultativo. No obstante, es aconsejable que en todos los casos se establezcan las compensaciones para resguardar los derechos de la totalidad de los legitimarios y evitar controversias, máxime teniendo en cuenta la alta litigiosidad que existe en materia sucesoria.

Por otra parte, la norma alude a los “otros” legitimarios, en clara referencia a los legitimarios que no son beneficiarios o asignatarios del pacto.

¿Con que bienes se debe compensar? En el caso de que la empresa este organizada bajo la estructurada jurídica societaria, consideramos que se debería comenzar con bienes que no sean las participaciones sociales pues generalmente no es intención que los “otros” legitimarios continúen en la sociedad familiar a la muerte del causante.

¿Y qué sucede si el caudal hereditario está conformado únicamente por las participaciones sociales? Una alternativa para hacer frente a la compensación de la legítima –aunque no la más acorde al espíritu de la ley– es destinar parte del patrimonio de la sociedad a la constitución de una nueva (por vía de la escisión). Otra variante es que se satisfaga la legítima en dinero –en un pago o en cuotas– o con bienes de la sociedad, para así no tener que reducir o fraccionar la empresa familiar, como lo permite el Código Civil de Cataluña en su art. 451-11 y el Código Civil de Italia.

¿Se podría efectuar la compensación con bienes que no integren la empresa? Si bien el texto del art. 1010 del CCyC no es claro al respecto, a los fines prácticos consideramos viable que se compense con otros bienes del caudal hereditario que no formen parte de la empresa, hasta inclusive con bienes que no integren el caudal relicto, como por ejemplo, con bienes o dinero de los sucesores de la empresa (favorecidos).

³² La valuación es una cuestión sumamente importante y delicada, pues de ella depende en gran medida el éxito de la planificación patrimonial sucesoria que se pretende con el pacto sobre herencia futura.

Asimismo, la compensación puede consistir en una renta vitalicia, bonos de goce (art. 228, LGS), opción de venta de las acciones del legitimario que no continuará en la empresa, entre otras.

En el caso que la compensación de legítima se difiera en el tiempo, las partes podrán pactar – también– garantías personales o reales, que aseguren el cumplimiento³³.

Las compensaciones pueden efectuarse en vida del futuro causante o a su fallecimiento.

Lo cierto es que el filtro del pacto sobre herencia futura será la apertura de la sucesión. Recién en este momento se podrá saber el valor actual de la empresa y si las compensaciones son acorde o no a la porción legítima de los legitimarios.

Teniendo en cuenta los efectos perjudiciales que puede tener para la subsistencia de la empresa familiar una compensación incorrecta, injusta o no prevista, es importante resaltar que la planificación de la sucesión plasmada en el pacto se debe realizar de manera integral, regulando el destino de cada uno de los bienes del futuro causante. De este modo, se podrán encajar todas las piezas que entran en juego en el momento de la apertura de la sucesión.

11. La legítima: Su afectación y consecuencias

La legítima es la parte del patrimonio del causante de la cual ciertos parientes próximos no pueden ser privados sin justa causa, por actos a título gratuito³⁴.

Para calcular la legítima no se considera únicamente la herencia, es decir, el patrimonio dejado al fallecer, sino también los bienes donados en vida por el causante. Por lo tanto, los herederos forzosos, no sólo pueden atacar el testamento que ha afectado su porción legítima, sino también las donaciones³⁵.

Tienen porción legítima de la que no pueden ser privados por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito, los descendientes, los ascendientes y el cónyuge (cfr. art. 2444, CCyC).

El CCyC, en el art. 2445, ha reducido la porción legítima quedando establecida en dos tercios para los descendientes, un medio para los ascendientes, al igual que para el cónyuge que se fija también en un medio.

Sobre el resto, es decir, sobre la porción que no está comprendida en la legítima, el testador puede disponer según su voluntad. Ésta es la porción disponible.

Apunta Fornieles que la legítima y la porción disponible son las dos partes correlativas de un mismo todo, la herencia, y establecer el monto de la una equivale a fijar el de la otra³⁶.

Según se advierte, el nuevo Código ha flexibilizado la legítima, otorgando mayor margen a la libertad de disposición del futuro causante; inclusive se puede ampliar si existe un heredero discapacitado (art. 2448, CCyC). Llevando estos conceptos a la figura objeto del presente estudio, en un pacto sucesorio el futuro causante podrá destinar libremente la porción disponible en aras de “conservar la unidad de la gestión empresarial” o de “prevenir o solucionar conflictos”, si así lo requieren las circunstancias o él lo decide (p.ej: disponiendo que el 33,33% de su patrimonio será a favor de uno o alguno de sus descendientes que continuarán con la empresa a su muerte).

³³ ROMERO, Raúl J., “Contrato parasocietario sobre herencia futura (Art. 1010, 2° párr., CCyC)”, en XIII Congreso Argentino de Derecho Societario-IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Mendoza), *Advocatus*, 2016, t. III, p. 1567.

³⁴ BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil argentino. Sucesiones*, 3ª edición, Perrot, Bs. As., 1970, t. II, n° 903, p. 94.

³⁵ BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil argentino. Sucesiones*, cit., t. II, n° 903, p. 94.

³⁶ FORNIELES, Salvador, *Tratado de las sucesiones*, 4ª edición, TEA, Bs. As., 1958, p. 98.

Sabido es que la legítima es inviolable e irrenunciable, encargándose el CCyC de protegerla en distintas normas (arts. 2447, 2449 y conc.). El art. 1010 del CCyC también ampara este derecho al expresa que los “*pactos son válidos...si no afectan la legítima hereditaria...*”

Ahora bien ¿Qué sucede si mediante un pacto sobre herencia futura se afecta la legítima? Esta es una cuestión central de la novel figura.

Alguna doctrina sostiene que la sanción es la nulidad del pacto y la consecuente caída de toda la planificación familiar³⁷. No concordamos con esta postura, pues va en contra de la finalidad que tuvo el legislador con el art. 1010, 2° párr., CCyC, que es la conservación de la empresa familiar a la muerte del fundador. De modo análogo, esto es lo que persigue el art. 100 de la LGS y los arts. 189 y conc. de la LCQ.

En respuesta a la misma pregunta formulada anteriormente, Romero –a cuya tesis adherimos– sostiene que si la limitación a la legítima no se respeta “ello no da lugar a la nulidad del acto por el que se la haya violado, sino a la reclamación por parte del legitimario afectado a fin de que se le entregue o se le complemente su legítima individual, reduciéndose las disposiciones testamentarias (institución de heredero o establecimiento de legado) o las donaciones...En consecuencia, si interpretamos la mentada disposición contenida en el art. 1010 CCyC, de modo coherente con todo el ordenamiento (art. 2° 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”³⁸

En nuestra opinión, existen otros remedios para mantener incólume la legítima, pero la solución no es la nulidad *per se* del pacto.

En efecto, el legitimario que se ve afectado en su legítima, ya sea por omisión o por recibir menos de lo que le corresponde por ley, 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.

En cuanto al legitimario que no ha suscripto el pacto sucesorio, le resulta inoponible por aplicación del principio de los *efectos relativos* de los actos jurídicos, esto es, que los contratos producen efectos exclusivos entre las partes contratantes, pero no respecto a los terceros (art. 1021, CCyC)³⁹. En tal caso, y de resultar afectada la legítima del legitimario omitido, la consecuencia no es la nulidad del pacto sino la ineficacia (art. 396, CCyC). Y al ser ineficaz (o inoponible) el acto pierde virtualidad jurídica en relación al tercero (en el caso, el legitimario omitido del pacto) pero conserva toda su validez entre las partes. Es decir, aún en el supuesto que analizamos, el acto (pacto) no “cae”, por el contrario subsiste y es válido entre los contratantes, sin perjuicio de que no produce efectos en relación a quien no concurrió a su otorgamiento. En tal virtud, el legitimario afectado puede ejercer las acciones mencionadas anteriormente para recomponer su porción legítima.

Además, cabe acotar que si el legitimario preterido ha participado activamente en la explotación de la empresa o contribuido en su formación, podrá oponerse a la partición solicitando la indivisión forzosa (art. 2333, CCyC) o pedir la atribución preferencial del establecimiento o de los derechos sociales (art. 2380, CCyC).

³⁷ 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://cedeflaw.org/pdfs/2016620171617-67.pdf>.

³⁸ ROMERO, Raúl J., “Contrato parasocietario sobre herencia futura (Art. 1010, 2° párr., CCyC)”, cit., t. III, p. 1567.

³⁹ “1- La fuerza obligatoria de los contratos reposa en la voluntad de las partes y, por consiguiente, no puede tener eficacia ni producir efecto alguno respecto a las personas que no han concurrido al otorgamiento de aquellos. 2- Los contratos no producen efecto alguno, ni pueden por consiguiente aprovechar o perjudicar a las personas que no han concurrido al otorgamiento de ellos, ni han estado representadas en su realización, es decir, a los terceros” (CCiv. y Com., Córdoba, sala 5ª, 19/11/1992, “Clérico, Lucía M. y otro c/ Giménez, Oscar y otro”, LLC, 1993-450, Cita Online: AR/JUR/2681/1992).

Distinta es la situación si la legítima es violada en un pacto sucesorio con lesión (art. 332, CCyC) o simulación (arts. 333 a 337, CCyC). En estos supuestos el pacto sería nulo, pero no por afectación de la legítima, sino por un vicio del acto jurídico.

Por último, ha de señalarse que, por la naturaleza misma de la legítima, los herederos forzosos sólo podrán evaluar si su porción ha sido respetada o vulnerada recién después de la muerte del causante. Ello es así, porque hasta el instante mismo de su muerte, el autor de la sucesión puede incorporar bienes a su patrimonio, o bien perderlos o disponer de ellos; de tal modo, el valor del haber relicto (y por ende el del haber líquido) recién se “cierra” en el momento del fallecimiento del causante. Es más, probablemente tampoco pueda efectuarse el cálculo hasta el momento de la partición, dado que las donaciones efectuadas por el causante se valúan al momento de esa etapa del sucesorio, según el estado de los bienes al momento de la donación⁴⁰. O sea, que la situación de los legitimarios en cuanto a la medida de sus derechos es incierta hasta ese entonces. Por lo que, como dijimos anteriormente, el “filtro” de la validez o corrección de los pactos sucesorios es la apertura de la sucesión.

12. Derechos de los acreedores

El art. 1010, 2° párr., CCyC, en su última parte dispone que los pactos son válidos si no afectan “...los derechos de terceros”.

Debemos partir de la base que el pacto sucesorio no tiene efectos con respecto a los terceros (arts. 396 y 1021, CCyC). De modo que 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.

13. Diferencias entre el pacto sucesorio y el testamento. La irrevocabilidad del pacto

El testamento es un acto unilateral y personalísimo, en el que únicamente concurre la voluntad del otorgante. Por el contrario, los pactos sucesorios son un contrato y como tal, requieren el consenso de los firmantes, lo que implica un acuerdo de voluntades, que no existe en el testamento⁴¹.

Además, el testamento es un acto esencialmente revocable (art. 2511, CCyC). Por el contrario, los pactos sucesorios son irrevocables, salvo su modificación o extinción por acuerdo de todos los otorgantes, o por las causales convenidas o las establecidas por ley.

Esa irrevocabilidad del pacto sucesorio es consecuencia necesaria de su naturaleza jurídica contractual: al ser un negocio jurídico que se perfecciona con el acuerdo de dos o más voluntades, se le aplican las reglas de los contratos (y no las disposiciones testamentarias).

De esta manera, los pactos sucesorios se diferencian del testamento, cuya característica es su revocabilidad sin tachas, en que en los pactos se toma la irrevocabilidad como punto de partida, teniendo vocación de estabilidad en el tiempo. Tal característica reviste una gran importancia para la transmisión de la empresa familiar cuando se produce el relevo generacional.

Encontrándonos en el análisis del tema que nos ocupa en el presente capítulo, surge el siguiente interrogante: ¿Qué sucede si lo convenido en el pacto sucesorio está en contradicción con un testamento? Puede ocurrir que las disposiciones consignadas en ambos recaigan sobre los mismos

⁴⁰ CABRERA de GARIBOLDI, María del Lujan C., en CURA, José María (dir.) - GARCIA VILLALONGA, Julio César (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, cit., t. VII, p. 322

⁴¹ MEDINA, Graciela, “Empresa familiar”, LL, 2010-E-920.

bienes o participaciones societarias pero de modo incompatible entre sí, por ejemplo, en el pacto sucesorio se acuerda que las acciones o cuotas de la sociedad familiar las recibirán determinados beneficiarios a la muerte del futuro causante, y por testamento de éste último se destinan esas mismas acciones o cuotas o una parte de ellas a otros legitimario. Entonces ¿qué acto jurídico tiene validez o prevalece sobre el otro?

Para responder la pregunta se debe distinguir en primer lugar si el futuro causante intervino o no en el pacto sucesorio. A su vez, en el caso de que lo haya suscripto, ver si fue antes o después del testamento.

En el supuesto de que el futuro causante no haya intervenido en el pacto sucesorio, y por acto anterior o posterior testa, tiene validez el testamento por sobre el pacto en virtud de las facultades con que se encuentra investido el testador, de *disponer libremente de sus bienes para después de su muerte, respetando las porciones legítimas* (art. 2462, CCyC). Téngase en cuenta que el futuro causante que no ha sido parte firmante del pacto, no se encuentra obligado o condicionado por el mismo, por lo que válidamente puede disponer de sus bienes por testamento, el cual prevalecerá sobre un pacto sucesorio instrumentado sin su intervención.

Distinta sería la situación si el futuro causante suscribió el pacto sucesorio y luego otorga un testamento. En tal caso, salvo que medie algún vicio nulificante del pacto, el testador no podrá válidamente disponer por ese acto unilateral de voluntad, de lo que ha dispuesto por contrato, desbaratando de tal manera la legítima expectativa del resto de los otorgantes⁴², a quienes se les afectaría su derecho de propiedad respecto a los derechos que resulten del pacto (art. 965, CCyC; arts. 14 y 17, CN). En este caso, el contrato es vinculante para el futuro causante (art. 959, CCyC), rigiendo el principio de buena fe (art. 961, CCyC) y la teoría de los actos propios, pues se pondría en contradicción con su anterior conducta deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz⁴³. En cambio, si el futuro causante otorgó el testamento con anterioridad a suscribir el pacto sucesorio, sin revocar expresamente aquel en este acto ¿ese testamento correría la misma suerte de las causales en las que la ley presume que ha cambiado la voluntad del testador –revocación tácita–, como en los supuestos de testamento posterior (art. 2513, CCyC) o revocación por matrimonio (art. 2514, CCyC)? Sobre el particular, sostiene Romero que “debe tenerse por revocado a dicho testamento, por aplicación de la regla de la *factia concludentia*”⁴⁴.

14. Modificación y extinción del pacto

Conforme vimos anteriormente, la irrevocabilidad es una nota característica de los pactos sucesorios. Sin embargo, se pueden modificar, total o parcialmente, mediante acuerdo de todos los firmantes del pacto.

Asimismo, el pacto se puede extinguir por los mismos modos que los contratos en general, v.gr.:

1. *Por decisión de todos los sujetos otorgantes del pacto.* Así, por mutuo consentimiento, las partes lo pueden dejar sin efecto.

2. *Por incumplimiento de las condiciones impuestas en el pacto.* Nada impide que el futuro causante establezca condiciones resolutorias o suspensivas (arts. 343 y sig., CCyC) o plazos (art. 350, CCyC), para garantizar o reforzar el cumplimiento del pacto por parte de los legitimarios beneficiarios. Ante su incumplimiento por éstos, el futuro causante lo puede dejar sin efecto debiendo notificar al resto de los otorgantes.

3. *Por imposibilidad de cumplimiento* (arts. 955 y 956, CCyC).

⁴² ROMERO, Raúl J., “Contrato parasocietario sobre herencia futura (Art. 1010, 2° párr., CCyC)”, cit., t. III, p. 1567.

⁴³ SCBA, Ac. 55783, 21/11/95, “Zoratti, Pedro c/ Cooperativa Provisión de Carniceros s/ cobro de honorarios”, DJBA, 150-51; CSN, causa Z 36 XXIII, “Zambrano, Luis María c/ Saravia, José Manuel y otros”, 16/2/93.

⁴⁴ ROMERO, Raúl J., “Contrato parasocietario sobre herencia futura (Art. 1010, 2° párr., CCyC)”, cit., t. III, p. 1567.

4. *Por frustración de la finalidad del pacto* (art. 1090, CCyC).
5. *Por excesiva onerosidad sobreviniente* o aplicación de la teoría de la imprevisión (art. 1091, CCyC).
6. *Por configuración de las nulidades previstas en el CCyC.*
7. *Por causas pactadas expresamente en el pacto.*

15. Conclusiones

Consideramos positivo que el legislador haya introducido en el art. 1010, 2° párrafo, del CCyC, el pacto sobre herencia futura pues constituye un instrumento útil para la planificación de la sucesión y el traspaso de la empresa familiar a la siguiente generación, procurando su continuidad y evitando conflictos entre parientes.

No obstante, muchas son las dudas interpretativas y los interrogantes que se plantean con la nueva figura. Por ende, por ahora solo caben apreciaciones y conclusiones provisionales hasta tanto veamos como se desenvuelve en la práctica y recaigan fallos que traten el asunto. Solo la evolución del instituto en el tiempo nos dirá si es verdaderamente eficaz (o no) para su implementación en nuestro país.