

La protección de la empresa familiar en el Código Civil y Comercial ley 26994

Graciela Medina

Sumario: **1. Introducción.** **2. La empresa familiar no tiene una regulación específica en el Código Civil y Comercial Unificado.** **3. Los problemas que el régimen patrimonial del matrimonio acarrea a la empresa familiar en el Código Civil.** **4. El régimen patrimonial del Código Civil Unificado y su relación con la empresa familiar.** 4.1. La posibilidad de pactar el régimen patrimonial matrimonial. La imposibilidad de realizar contratos entre cónyuges. 4.2.a. Contrato de mandato entre cónyuges. 4.2.b. Contrato sobre herencia futura entre cónyuges con miras a la conservación de la unidad empresaria o la prevención o solución de conflictos. 4.2.c. Contratos de Sociedades. Entre cónyuges. 4.3. El protocolo familiar. 4.4. La necesidad del asentimiento conyugal para vender paquetes accionarios o participaciones en empresas. 4.4.a. Las participaciones en sociedades no exceptuadas en el inciso anterior. 4.4.b. Los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios. 4.4.c. Las promesas de venta. 4.5. La capitalización de utilidades de las acciones de una empresa familiar propia, vigente el régimen de comunidad. 4.6. La atribución preferencial. **5. Los problemas que la sucesión acarrea a la empresa familiar.** 5.1. La división por cabezas. 5.2 El alto porcentaje de legítimas. 5.3 El régimen de comunidad. 5.4 Prohibición del pacto sobre herencia futura. **6. La protección de la empresa familiar en el Código Civil y Comercial.** **7. Los pactos sobre herencia futura.** 7.1. Contratos o actos comprendidos en la prohibición. 7.2. Contrato que comprenda herencia futura y otros objetos. 7.3. Fundamentos de la nulidad. Los contratos otorgados sobre herencias futuras son de nulidad absoluta (art. 387 del Cód. Civil y Comercial). 7.4. Excepción a la nulidad de los contratos sobre herencia futura. 7.4.1. Antecedentes. 7.4.1.a. Derecho catalán. 7.4.1.b. Los pactos sucesorios en Italia. 7.4.1.c. Derecho Alemán. 7.4.1.d. Otros derechos. 7.5. Crítica a los pactos. 7.5.1. La inutilidad del pacto por la posibilidad de libre disposición de los bienes por parte del causante. 7.5.1.a. Nuestra respuesta a la crítica sobre la ineficacia del pacto por la libre disposición de bienes del causante. 7.5.2. La inmoralidad del pacto. 7.5.2.a. Respuesta a la crítica de la inmoralidad. La teoría de la circulación. 7.5.3.c. Crítica a la teoría de la circulación. 7.6. Conveniencia de asegurar la intangibilidad del derecho de testar. 7.7. Ámbito de los pactos. 7.8. Finalidad. 7.9. Contenido y compensaciones en favor de otros legitimarios. 7.10. Límites. 7.11. Legitimados para celebrar los pactos. 7.12. Otros tipos de pactos sobre herencia futura. 7.12.1. Pactos relativos a la colación. 7.12.1.a. Oportunidad. 7.12.1.b. Capacidad – representación 7.13. Extinción de los pactos. 7.14. Forma. **8. Atribución preferencial.** 8.1. Atribuciones preferenciales al momento de la partición. 8.1.1. Bienes que pueden ser sujetos de atribución preferencial. 8.1.2. Sujetos que pueden solicitar atribución preferencial. 8.1.3. La atribución preferencial y la partición. **9. Parcelamiento de empresas.** 9.1. Del pago de los lotes. **10. Partición por donación.** **11. Transmisión de los bienes a los legitimarios.** **12. La indivisión forzosa.** 12.1. Plazo de la indivisión. **13. Pacto de indivisión.** 13.1. Término de la indivisión. 13.2. Forma de pactar la indivisión. 13.3. La división anticipada. **14. Oposición a la división de la unidad económica.** **15. Posibilidad que el testador designe el administrador de la sucesión.** **16. Fideicomiso testamentario.** 16.1. Objeto del fideicomiso testamentario. 16.2. El fideicomiso y la legítima. **17. Conclusión**

1. Introducción¹

¹ Bibliografía General: ARAYA, Tomás M./ ROMERO, Melisa. La empresa familiar en el nuevo Código Civil y Comercial. DERECHO DE FAMILIA. REVISTA INTERDISCIPLINARIA DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA, Buenos Aires, AbeledoPerrot, Volumen: 70. Págs. 211 a 220. CALCATERRA, Gabriela, Prologuista: HERNÁNDEZ, Carlos A. La empresa familiar y los instrumentos jurídicos para la prevención de conflictos. Edición: [1a ed.] Serie: FEDYE. Contenido: Introducción al concepto de empresa familiar. Organización jurídica de la empresa familiar. Continuidad generacional de la empresa familiar. Protocolo familiar. Notas al pie de página. Topog.: /C6504 /C6505 /C6506. (En: Krasnow, Adriana N.; dir., Tratado de derecho de familia, Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley. Volumen: II). Págs. 901 a 950. ISBN: 978-987-03-2892-6. CAPPARELLI, Julio César, Sociedades entre cónyuges, ED, 4-5-05, n° 11.250, año XLIII, pág. 1. CARLINO, Bernardo P., Solución de conflictos en las sociedades de familia, Buenos Aires-Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007. CASADO, Fernando, "El compromiso del Instituto de la Empresa Familiar en la institucionalización del protocolo familiar en España", en el libro "El protocolo Familiar. La experiencia de una década" de Joan M. Amat y Juan F. Corona (Editores), Colección del Instituto de la Empresa Familiar, Deusto, Barcelona, 2007. DODERO, Santiago, El secreto de las empresas familiares exitosas, Buenos Aires, El Ateneo, 2008; Gallo-Amat, Los secretos de las empresas familiares centenarias, Colección Instituto de la Empresa Familiar, Barcelona, Deusto, 2003. CHIAPPINOTTO, Laura EMPRESAS DE FAMILIA-Algunas cláusulas contractuales no prohibidas entre cónyuges sugeridas a insertar en los Protocolos de Empresa de Familia. FAVIER DUBOIS, Eduardo, "El protocolo de la empresa familiar como instrumento de prevención de conflictos", www.fabierduboispagnolo.com. Pág. 1 "El protocolo de la sociedad de familia y sus desafíos" en "X Congreso argentino D. Societario", Ed. Despresa, Córdoba, 2007, Tomo I, Pág. 517; "La empresa familiar aspectos normativos e instrumentales" Revista de Derecho de Familia y de las Personas, año 3 N 7 agosto 2011. pag. 3; "El protocolo de la empresa familiar como instrumento de prevención de conflictos", en Errepar, DSE, n° 244, marzo 2008; También en la obra colectiva de Favier Dubois (h.), E. M. (Director), titulada "La Empresa Familiar. Encuadre general, marco legal e instrumentación", Ad Hoc, Buenos Aires, 2010, los trabajos de SOSA DE IRIGOYEN, María Susana, "El protocolo de empresa familiar. Antecedentes y bases para su redacción", en p. 235 y ss. FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h). La empresa familiar frente al nuevo Código Civil y Comercial. TEMAS DE DERECHO COMERCIAL EMPRESARIAL Y DEL CONSUMIDOR, Buenos Aires, Erreius, Volumen: Feb/2015. Págs. 51 a 62; La planificación sucesoria en la empresa familiar frente al Código Civil y Comercial. En: DERECHO DE FAMILIA. REVISTA INTERDISCIPLINARIA DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA, Buenos Aires, AbeledoPerrot, Volumen: 73. Págs. 189 a 21; Los fideicomisos para la protección de la empresa familiar. En: REVISTA DE DERECHO DE FAMILIA Y DE LAS PERSONAS, Buenos Aires, La Ley, Volumen: 2014-3. Págs. 3 a 14; La empresa familiar frente al derecho argentino. Hacia su reconocimiento doctrinario y sustentabilidad jurídica. En: El Derecho (2010) tomo 236 p. 729 y sigs. FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M. (dir.), Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993. FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h.) SPAGNOLO, Lucía. Las empresas familiares en Argentina: Su distancia cultural y legal respecto del modelo español y los cambios en curso. DFyP 2013 (junio), 48. FOURCADE, Antonio D., Participaciones societarias de los cónyuges. Encuadramiento jurídico y patrimonial de sus frutos, JA, 2007-1, fasc.7, 14-2-07, pág. 10. GUASTAVINO, E., Cuestiones sucesorias en las leyes 19.550 y 19.551 de sociedades y concursos en LL, 147-1064. GRANDAL, Ana M. (dir.), Cuestiones tributarias en la empresa familiar, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006. Vítolo, Daniel, Necesaria flexibilización del régimen legal de sociedades anónimas en el caso de sociedades "de familia", en la obra colectiva "Conflictos en sociedades...". FRIDMAN, Susana A. La empresa familiar y sus posibles conflictos: consideraciones sobre normas sucesorias en el Código Civil y Comercial de la Nación. [1ª ed.]. Contenido: Derecho sucesorio en empresa familiar entre sistema propio y códigos civiles. Normas relativas a transmisión hereditaria: Indivisión; Atribución preferencial; Pactos sobre herencias futuras. Bibliografía: p. 56. Notas al pie de página. Topog.: /D3436. En: Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Cuestiones mercantiles en el Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, FIDAS. Volumen: u. Págs. 45 a 56.

La empresa familiar es en este momento uno de los motores de la economía Argentina, Según los especialistas las empresas familiares en la Argentina representan aproximadamente el 80% de las compañías y generan en conjunto el 60% del producto bruto interno (PBI) y el 70% del empleo, según datos del Instituto de Empresa Familiar y Economía Sostenible (Efeso).² De allí que las empresas familiares representan un sector de alto valor estratégico para una nación. Pues si se las fortalece, promueve y desarrolla a pueden hacer aportes relevantes para el desarrollo económico del país y para el fortalecimiento familiar.

En el ránking Fortune 500, algunas empresas son familiares y poderosas. Entre ellas, Walmart, fundada en 1962 por la familia Walton; Ford, que ya va por la quinta generación de managers descendientes de Henry Ford y 110 años de historia; Gap, fundada por Doris y Donald Fisher en 1969. En la Argentina están Loma Negra, Arcor, Banco Galicia, Techint, Bunge y Börn y Acindar, entre otros casos de éxito.³

Estos datos convencen de la necesidad de tener una legislación que proteja a la empresa familiar y que busque paliar los grandes problemas que estas tienen.⁴

En el presente trabajo trataremos de analizar que normas contenidas en el Código Civil y Comercial unificado sirven para la protección de la empresa familiar, y al mismo tiempo señalaremos que disposiciones no contribuyen a su fortalecimiento.

Para comenzar analizaremos si la empresa familiar tiene una regulación específica en nuestro ordenamiento jurídico actualmente vigente, para luego analizar que disposiciones

GAGLIARDO, Mariano, Sociedades de familia y cuestiones patrimoniales, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999. GOTLIB, Gabriel/ BURMAN, Guillermo. La armonía en la empresa familiar y el nuevo Código. LA LEY. REVISTA JURIDICA ARGENTINA, Buenos Aires, La Ley, Volumen: 2016-B. Págs. 677 a 684. MARTÍNEZ, Joaquín Estanislao. El usufructo de acciones ante el cambio generacional de la empresa familiar. REVISTA DE DERECHO DE FAMILIA Y DE LAS PERSONAS, Buenos Aires, La Ley, Volumen: 2015-6. Págs. 139 a 151; El usufructo de acciones como herramienta en la planificación sucesoria de empresa familiar. DOCTRINA JUDICIAL, Buenos Aires, La Ley, Volumen: 2015-15. Págs. 1 a 12. MASRI, Victoria S. La empresa familiar. REVISTA DEL NOTARIADO. ORGANO DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, Capital Federal, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Volumen: 906. Págs. 25 a 37; "El protocolo familiar: valioso instrumento para la conservación de la empresa familiar" en p. 279 y ss.; y ROSALES MATIENZO, Rodrigo Nicolás, "Modelo de Protocolo Familiar". MOLINA SANDOVAL, Carlos A. Programación patrimonial en la empresa familiar. LA LEY. REVISTA JURIDICA ARGENTINA, Buenos Aires, La Ley, Volumen: 2015-E. Págs. 677 a 692. REYES LÓPEZ, María José (coord.) "La empresa familiar; encrucijada de intereses personales y empresariales", Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, p. 15.

² <http://www.efeso.com.ar/> consultado el 2 de agosto del 2016 Instituto para la Empresa Familiar y el desarrollo sostenible.

³ Urien, Paula, "la Nacion" domingo 15 de marzo del 2015

⁴ Muchas son las definiciones de empresa familiar que se dan, por nuestra parte entendemos que es aquella en la que la familia posee una participación accionaria suficiente para ejercer el control y/o tiene suficiente representación en los órganos de gobierno corporativo, pudiendo o no intervenir en la gestión del día a día. Además de todo lo anterior, la familia debe haber dado pruebas explícitas de que piensa traspasar la propiedad y sus valores empresariales a la siguiente generación. En definitiva, hay empresa familiar cuando una parte esencial de su propiedad está en manos de una o varias familias, cuyos miembros intervienen de forma decisiva en la administración y dirección del negocio. Existe por lo tanto una estrecha relación entre propiedad y gestión o dicho de otro modo, entre la vida de la empresa y la vida de la familia.

Estamos convencidos que la empresa 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 una familia. LE NABASQUE, Herbé, BOUSSIER, Francis, RICHEN, Francois "La Transmission de l'entreprise familiale» Dalloz, Paris 1992, pág. 31 y sig.

del régimen patrimonial matrimonial son importantes para su desarrollo sustentable y cuales no la benefician y con posterioridad describiremos que disposiciones contractuales y sucesorias ayudan a superar directamente los inconvenientes que tienen las empresas familiares.

2. La empresa familiar no tiene una regulación específica en el Código Civil y Comercial Unificado⁵

Lo ideal hubiera sido que el CCyCN legislara en forma específica sobre las empresas familiares al menos en tres aspectos cuales son:

- * Definición de empresa familiar
- * Regulación del protocolo familiar.
- * Inclusión de normas específicas sobre las empresas familiares en la ley de sociedades

No obstante los múltiples pedidos que se hicieron para que se incluyeran disposiciones específicas sobre este trascendente vector de la economía Argentina, la Comisión Reformadora del Código Civil y Comercial no lo creyó necesario, no obstante lo cual existen una serie de normas que indirectamente constituyen una protección para la empresa familiar.

En este sentido cabe recordar que los grandes inconvenientes legislativos con los que se tropezaba la empresa familiar era la imposibilidad de pactar el régimen patrimonial matrimonial, el elevado sistema de legítimas, la imposibilidad de realizar pactos sobre herencia futura, la división de la herencia por cabeza y por estirpe sin atender al origen de los bienes, y la falta de normas sobre atribución preferencial de la empresa a quien la constituyó o formó parte de ella en caso de divorcio o de muerte . Elementos todos ellos que no facilitaban la subsistencia de la empresa familiar después del divorcio, ni el pase de la primera a la segunda generación después de la muerte porque la empresa familiar sería dividida en partes iguales, sin tener en cuenta ni la voluntad del fundador, ni lo que resultara mas beneficioso para el desarrollo empresario, ni el papel que cumplía cada uno de los sucesores en relación con la empresa.⁶

Estos inconvenientes tienen una mejor solución en el CCyCN porque se: disminuye las legítimas, se da posibilidades tanto de pactar el régimen patrimonial matrimonial, como de realizar pactos sucesorios, se prevé una atribución preferencial de la empresa al heredero o al cónyuge que participó en su formación o que trabajó en ella y se permiten la celebración de todo tipo de sociedades entre cónyuge.

Estas son reformas generales que contribuyen a la inserción y desarrollo de las empresas familiares como a las economías individuales en tanto son sinónimo de libertad. De ellas nos ocuparemos a lo largo de este trabajo en el que trataremos los aspectos que favorecen a la empresa familiar en el matrimonio como en la sucesión.

⁵Medina, Graciela Favier Dubois, Eduardo M:” Empresa familiar. Proyecto de incorporación al Código Civil” DFyP 2012 (enero-febrero), 01/01/2012, 3 Cita Online: AR/DOC/5659/2011

⁶ Favier Dubois, Eduardo M“Un nuevo marco legal para la Empresa Familiar en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, Errepar, DSE, nro.300, tomo XXIV, Noviembre 2012, pag. 1068 en coautoría con E.M. Favier Dubois (p).

3. Los problemas que el régimen patrimonial del matrimonio acarrea a la empresa familiar en el Código Civil

En el Código Civil existía un único Régimen Patrimonial del Matrimonio, cuya aplicación era imperativa legal y forzosa. Este era el régimen de comunidad de gananciales que básicamente establece que todos los bienes adquiridos a título oneroso después de la celebración del matrimonio son bienes gananciales que están destinados a ser divididos por mitades a la finalización del matrimonio por divorcio, por muerte o por cualquier causa de disolución del matrimonio.

El problema que este sistema de ganancialidad presenta a las sociedades de familia es que a la disolución del matrimonio por divorcio ingresan los ex cónyuges como socios a la empresa familiar.

Señala Favier Dubois “Es que si las cuotas o acciones son “gananciales” es posible que el ex cónyuge resentido pretenda ser incorporado como socio y, como tal, inicie una política de hostigamiento invocando los derechos que la ley de sociedades otorga al “inversor”, sea como venganza frente a los agravios sufridos y/o como modo de que se adquiere su parte social a un precio caprichoso. Estos derechos incluyen las facultades de votar (políticos) y de percibir dividendos (económicos) y un derecho instrumental a poseer información sobre los negocios sociales De tal modo es posible que el ex cónyuge en conflicto se presente de improviso a la sede social, acompañado por un escribano, un abogado y un contador, solicitando ver todos los libros y documentación social, requiriendo explicaciones sobre los negocios y amenazando con sucesivas comparecencias. También es posible que inicie acciones judiciales de exhibición de libros, convocatoria a asambleas, impugnación de asambleas, y remoción de administradores y que pida la intervención judicial de la sociedad. En algunos casos, puede ser que inicie denuncias fiscales o acciones penales por administración fraudulenta o evasión fiscal contra los administradores y socios. Todas estas acciones causarán un impacto muy negativo sobre los propios socios, los empleados, los clientes y proveedores de la empresa, perjudicando el normal desarrollo de sus actividades”⁷.

En el Código Civil estas situaciones no se podían evitar de ninguna manera porque era el único régimen patrimonial matrimonial posible, y como ya señaláramos su aplicación era legal y forzosa.

Por otra parte durante la sociedad conyugal los esposos tenían limitada entre si su posibilidad de contratación lo que tampoco favorecía a la organización societaria familiar.

Además existían dudas sobre el carácter ganancial o propio de las acciones provenientes de la capitalización de utilidades lo que también generaba un panorama poco claro en las

⁷ Favier Dubois, Eduardo “La Nueva Regulación del Matrimonio y el Mantenimiento de los Parientes Políticos Fuera de la Propiedad de la Empresa Familiar” SEPTIEMBRE 2, 2015 TRABAJOS DE DOCTRINA 0

organizaciones empresariales familiares en un régimen en el que solo se admitía el sistema de comunidad de ganancias.

Sumado a ello nos encontrábamos con indefiniciones acerca de la necesidad o no del asentimiento conyugal para la transferencia de cuotas partes de sociedades lo que complicaba la seguridad jurídica requerida para transferir sociedades familiares que como anunciábamos al principio constituyen el 80 por ciento de las empresas del país.

Planteados los problemas que se presentaban en el régimen del Código Civil, a continuación analizaremos como han sido tratados en el Código Civil unificado.

4. El régimen patrimonial matrimonial del Código Civil Unificado y su relación con la empresa familiar.

4.1. La posibilidad de pactar el régimen patrimonial matrimonial

El Código Civil y Comercial Unificado permite que los cónyuges opten por el régimen de separación de bienes o el régimen de comunidad, ya sea al momento de la constitución del matrimonio o que realicen un cambio de régimen patrimonial matrimonial después de celebradas las nupcias.⁸

Esta opción le permite a los cónyuges organizarse patrimonialmente durante el matrimonio con un régimen de separación de bienes lo que da seguridad a los miembros de la empresa familiar de que la estabilidad de esta no se verá alterada por la irrupción en la empresa en calidad de socio de un cónyuge despedido, ni tampoco por el pedido intempestivo de un ex cónyuge de liquidar la empresa familiar para cobrar en especie el 50% de su derecho a la ganancialidad.

A continuación analizaremos algunas cuestiones relacionadas con la empresa familiar que se suscitan en el régimen de comunidad⁹.

4.2. La imposibilidad de realizar contratos entre cónyuges.

Con el anterior régimen había contratos que se encontraban prohibidos, otros permitidos y otros que resultaban dudosos, pero no existía una norma que incapacitara a los cónyuges a celebrar contratos entre si

En el Código Civil Unificado La regla general es que los cónyuges no pueden celebrar entre si contratos, esta norma se encuentra contenida en el artículo 1002 que establece que no pueden contratar en interés propio los cónyuges bajo el régimen de comunidad entre si.

⁸ MEDINA, Graciela, ROVEDA, Eduardo “ Derecho de Familia” en Colección de Derecho Civil y Comercial dirigido por RIVERA- MEDINA- Abeledo Perrot, Buenos Aires 2016, pagina 273 y siguientes.

⁹ El régimen de comunidad de ganancias, es el que ha imperado en forma forzosa en nuestro país desde siempre y es el que mas enraizado se encuentra con la idiosincrasia y la cultura Argentina, donde la mayoría de los ciudadanos se han educado en un sistema que obliga a compartir por mitades lo ganado por un esposo durante el matrimonio presuponiendo que esta ganancia proviene del esfuerzo de los dos miembros de la pareja, y que ella se produce porque el que la obtiene fuera del hogar, cuenta con el apoyo de su cónyuge para lograrla

Esta disposición no se encontraba en el original anteproyecto elevado por la Comisión al Poder Ejecutivo y el fundamento aparente es la inviolabilidad del régimen patrimonial matrimonial, que de manera alguna justifica por ejemplo que los cónyuges no puedan celebrar contratos de depósitos entre sí y tengan que ir a depositar sus bienes en manos de un tercero, o que no puedan celebrar contrato de garaje o de guardería náutica o de fianza o contratos de fideicomiso.

La disposición que prohíbe la contratación entre cónyuges unidos por el régimen de comunidad es absurda, carente de sentido y contraria completamente al interés de la familia en general y de la empresa familiar en particular por lo que debe ser interpretada restrictivamente

En doctrina se señala que¹⁰ la prohibición de contratación entre cónyuges es desafortunada.” Ignora los principios troncales de autonomía e igualdad que sustentan la nueva formulación e implica un notable retroceso legislativo en tanto sustituye el principio de libertad contractual hoy reconocido, por el de incapacidad. Nótese que no sería posible realizar ni siquiera contratos que actualmente se consideran permitidos (depósito, comodato, mutuo, fianza, etc.). Por otra parte, la solución legal es contradictoria con la facultad de realizar todo tipo de sociedades, y probablemente tenga un efecto indeseado: forzar a aquellos esposos que necesiten o pretendan realizar contratos entre sí, a optar por el régimen de separación de bienes en el que sí les está permitido contratar”

Cabe señalar que el artículo 1002 sufre al menos tres excepciones en las cuales se permiten los contratos entre esposos unidos por el régimen de comunidad.

4.2.a. Contrato de mandato entre cónyuges

Los esposos pueden conferirse, uno al otro, mandatos o poderes para administrar sus bienes propios (art. 474). En estos casos es de aplicación la regulación general prevista para los mandatos. El mandato puede ser general o especial y su duración generalmente será por plazo indeterminado, pero el mandante podrá revocarlo libremente.

Cuando con el conocimiento y sin oposición del cónyuge titular de los bienes el otro cónyuge gestione los bienes privativos del otro, se reputa que existe un mandato tácito que se extiende a los actos de administración y goce con exclusión de los actos de disposición. De acuerdo a lo establecido en el artículo 1319 que establece que “ si una persona sabe que alguien está haciendo algo en su interés, y no lo impide, pudiendo hacerlo, se entiende que ha conferido tácitamente mandato y ejecución del mandato implica su aceptación aun sin mediar declaración expresa sobre ella.”

Los contratos de mandato entre cónyuges son útiles para gerenciar y administrar la empresa familiar de propiedad de ambos cónyuges, pero es insuficiente ante la limitación tremenda que genera la prohibición de contratar entre esposos unidos por el régimen de comunidad.

¹⁰ Molina de Juan, Mariel F. Régimen de bienes y autonomía de la voluntad. Elección y modificación del régimen. Convenios. Contratos entre cónyuges Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación. Familia 2014 (diciembre), 04/12/2014, 17 - LA LEY 2014-F, Cita Online: AR/DOC/4328/2014

4.2.b. Contrato sobre herencia futura entre cónyuges con miras a la conservación de la unidad empresarial o la prevención o solución de conflictos.

El art. 1010 del Código Civil y Comercial contiene una excepción a la regla de prohibición de los contratos sobre herencia futura que está dirigida a facilitar la gestión y mantenimiento de la unidad de dirección de las denominadas empresas familiares

Los pactos sucesorios pueden celebrarse con el cónyuge de allí que constituya otra excepción a la regla de imposibilidad de celebrar contratos entre cónyuges.

4.2.c. Contratos de Sociedades. Entre cónyuges.

A partir de la unificación de los Códigos Civil y Comercial ya no existen restricciones para que los cónyuges integren sociedades de cualquier tipo, incluso alguna de aquellas no constituidas según los tipos regulares, ya sea que compartan la calidad de socios de manera originaria o derivada.

Así lo dispone el artículo 27 de la ley de sociedades que dispone que *Los cónyuges pueden integrar entre sí sociedades de cualquier tipo y las reguladas en la Sección IV.*

4.3. El protocolo familiar

El problema fundamental para la empresa familiar es determinar si los cónyuges unidos en un régimen de comunidad pueden firmar un “protocolo de la empresa Familiar”

Para determinar la importancia de la cuestión cabe recordar en que consiste el protocolo familiar: básicamente es un acuerdo que regula las relaciones de una familia con la empresa de la que ésta es propietaria.

En su variante formal, constituye un instrumento escrito, lo más completo y detallado posible, suscripto por todos los miembros de una familia que al mismo tiempo son socios de una empresa,¹¹ que delimita el marco de desarrollo y las reglas de actuación y relaciones entre la empresa familiar y su propiedad, sin que ello suponga interferir en la gestión de la empresa y su comunicación con terceros.¹²

Básicamente son funciones del protocolo las de regular los siguientes planos: a. las relaciones y límites entre la familia y la empresa; b. la profesionalización de la empresa; c. los intereses de la familia en la empresa; d. la sucesión en la gestión de la empresa; e. el mantenimiento familiar de la propiedad de la empresa y la sucesión en dicha propiedad.

Una función fundamental es la de constituir un instrumento para prevenir, gestionar y resolver conflictos entre los familiares-socios.

¹¹ Reyes López, María José (coord.) "La empresa familiar; encrucijada de intereses personales y empresariales", Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, p. 15; Favier Dubois "El protocolo de la empresa familiar como instrumento de prevención de conflictos", en Errepar, DSE, n° 244, marzo 2008; También en la obra colectiva de Favier Dubois (h.), E. M. (Director), titulada "La Empresa Familiar. Encuadre general, marco legal e instrumentación", Ad Hoc, Buenos Aires, 2010, los trabajos de SOSA DE IRIGOYEN, María Susana, "El protocolo de empresa familiar. Antecedentes y bases para su redacción", en p. 235 y ss.; MASRI, Victoria, "El protocolo familiar: valioso instrumento para la conservación de la empresa familiar" en p. 279 y ss.; y ROSALES MATIENZO, Rodrigo Nicolás, "Modelo de Protocolo Familiar", en p. 369 y ss.

¹²) CASADO, Fernando, "El compromiso del Instituto de la Empresa Familiar en la institucionalización del protocolo familiar en España", en el libro "El protocolo Familiar. La experiencia de una década" de Joan M. Amat y Juan F. Corona (Editores), Colección del Instituto de la Empresa Familiar, Deusto, Barcelona, 2007, p. 9.

En todos los casos, constituye un acuerdo marco que debe prever su revisión y actualización.

Ahora bien, el protocolo importa sobre todo un "proceso" de comunicación intra-familiar y de reflexión sobre la empresa cuya fuerza como instrumento de cohesión y ordenamiento comienza al momento de su elaboración.

Dicho proceso es el que permite a una familia la búsqueda de su propia identidad como empresaria y los elementos que permiten equilibrar dos realidades tan complejas y tan dinámicas como son la familia y la empresa en aras a la supervivencia de ella.¹³

Además el protocolo implica un "plan" o un ejercicio de planificación donde se deben tener en cuenta los elementos familiares, jurídicos (mercantiles y civiles), económicos, fiscales y empresariales. (6)

De lo expuesto vemos que es trascendente para la empresa que los cónyuges casados bajo el régimen de comunidad puedan celebrar un protocolo familiar. Aunque también advertimos que la respuesta al interrogante relativo a la validez de los protocolos familiares suscriptos por esposos casados con un régimen de comunidad, no es sencilla por la prohibición absoluta de contratar entre cónyuges que extrañamente establece el Código Civil y Comercial Unificado.

En principio nos inclinamos por entender que los cónyuges unido bajo el régimen de comunidad pueden firmar un protocolo porque dentro de una interpretación integradora del derecho se debe necesariamente admitir que si pueden celebrar contrato de sociedades y establecer sus estatutos se encuentran autorizados a celebrar protocolos familiares por aplicación de la vieja regla de que quien puede lo menos.

Es que si los cónyuges pueden celebrar sociedades necesariamente han de poder firmar acuerdos entre accionistas familiares cuyo objeto es regular la organización corporativa y las relaciones profesionales y económicas entre la familia empresaria y la empresa familiar. Concluimos en lo anteriormente expuesto porque una interpretación contraria, cual sería la de sostener que los cónyuges casados bajo el régimen de comunidad no pueden celebrar protocolos familiares, sería tanto como interpretar que los esposos que hayan contraído nupcias bajo ese régimen no puede celebrar empresas familiares o que si las constituyen estas estarían privadas de su bastión organizativo fundamental cual es el protocolo familiar o que el mismo quedaría relegado a la función de un "pacto de caballeros" de contenido moral pero sin eficacia jurídica.

Lo trascendente en el protocolo familiar es en primer lugar su realización y luego la posibilidad de darle eficacia contractual entre partes y frente a terceros, para lo cual debe realizarse en convenio válido.¹⁴

Como regla, el Protocolo no tiene valor frente a terceros, salvo que se incluyan sus previsiones en los estatutos o reglamentos societarios inscriptos, o en fideicomisos u otros contratos traslativos de la propiedad.

¹³Medina, Graciela Favier Dubois, Eduardo M. Empresa familiar. Proyecto de incorporación al Código Civil DFyP 2012 (enero-febrero), 01/01/2012, 3,Cita Online: AR/DOC/5659/2011

¹⁴ ACHARES-DI ORIO, Federico "El protocolo familiar. A propósito de la autonomía de la voluntad, sus límites y el contrato social" en R.D.C.O., n° 240, p. 1 y ss.

Ninguna duda cabe que los esposos pueden celebrar protocolos incluidos en los estatutos porque pueden celebrar sociedades, por otra parte estos serían válidos aún en sociedades “informales” que permiten la invocación entre socios e inclusive la oponibilidad de las cláusulas frente a terceros que las conocían al contratar, respecto de contratos no inscriptos (arts. 22 y 23 de la ley de sociedades).

Lo que no podrían hacer es celebrarlos en un contrato de fideicomiso, porque absurdamente no pueden celebrar contratos de fideicomisos entre si .

En definitiva la empresa familiar requiere de un protocolo que regule las relaciones entre la empresa y la familia y la norma debe ser interpretada de forma tal de no caer en la arbitrariedad contraria a la familia que tiene clara raigambre constitucional, ni a la empresa que es el motor de nuestra economía.

4.4. La necesidad del asentimiento conyugal para vender paquetes accionarios o participaciones en empresas.

Cabe señalar que los cónyuges que formen parte de una empresa familiar ganancial deben contar con el asentimiento conyugal para la transferencia de las acciones nominativas no endosables y cartulares con excepción de las autorizadas para la oferta pública según lo dispuesto en el artículo 470 inc b) del CCyCN que viene a poner fin a una larga disputa sobre la necesidad o innecesidad de brindar el asentimiento conyugal para la transferencia de acciones nominativas no endosables, ya que la ley había impuesto obligatoriamente su registro pero este no es un registro público porque no es llevado por un órgano público y puede ser llevado por la misma sociedad.

4.4.a. Las participaciones en sociedades no exceptuadas en el inciso anterior

De acuerdo a lo expuesto en el artículo 470 del Código Civil se requiere el asentimiento conyugal para disponer de las participaciones en cualquier sociedad, la ley no distingue entre sociedades regulares e irregulares, por lo tanto se requerirá contar con la conformidad del consorte para disponer de las participaciones gananciales en las sociedades de un solo socio, en las de capital e industria, en las colectivas, en las en comandita simple y en comandita por acciones, como así también en las sociedades en formación.

4.4.b. Los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios

Además se necesita autorización para enajenar los establecimientos comerciales industriales o agropecuarios.

Creemos que el artículo 470 comprende la transmisión de establecimientos comerciales e industriales contemplado en la ley 11867, pero también advertimos que la norma en comentario hace referencia a los establecimientos agropecuarios que no están comprendidos en la ley 11.867 y que también requieren asentimiento conyugal.

Los artículos 7 y 12 de la ley 11.867 establecen la obligatoriedad de inscribir la transferencia en el Registro Público de Comercio por lo tanto a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial unificado se requerirá el asentimiento conyugal para

transferir los establecimientos comerciales o industriales que se registren en el Registro Público de Comercio y también para los establecimientos agropecuarios.

4.4.c. Las promesas de venta

En la doctrina se ha discutido arduamente si era requisito necesario el contar con el asentimiento conyugal para disponer por boleto de compraventa y para ceder los derechos de un boleto de compraventa.

El Código Civil y Comercial unificado se ha inclinado por exigir el asentimiento en las promesas de venta. Consideramos que la solución encierra una respuesta práctica valiosa que va evitar multiplicidad de conflictos y que contribuye a dar seguridad jurídica.

Todas estas soluciones relativas a la transmisión de empresas, establecimientos o cuotas partes de sociedades, contribuyen indirectamente a dar seguridad jurídica a la empresa familiar porque brindan un marco jurídico claro a los requisitos de eficacia de la venta.

4.5. La capitalización de utilidades de las acciones de una empresa familiar propia, vigente el régimen de comunidad

Una cuestión que siempre ha generado mucho debate en el régimen patrimonial del matrimonio es la calificación de las nuevas acciones que surgen por la capitalización de utilidades de acciones propias vigente un matrimonio que se encuentra unido por un régimen de comunidad.

Lo que se discutía es si estas nuevas acciones eran propias o eran gananciales, La respuesta a este interrogante tiene muchísima importancia en las empresas familiares porque importa a la hora de la disolución permitir el ingreso del socio como cónyuge o no

Esta cuestión ha sido resuelta en el artículo 491 del CCyCN al decir que *“Si la participación de carácter propio de uno de los cónyuges en una sociedad adquiere un mayor valor a causa de la capitalización de utilidades durante la comunidad, el cónyuge socio debe recompensa a la comunidad...”*.

De la norma antes transcripta se desprende que tras la capitalización de utilidades de acciones de carácter propio solo nace una obligación de recompensa para el socio familiar respecto de su exconyuge pero las nuevas acciones no se transforman en gananciales, que serán propias. Por lo tanto el ex cónyuge no podrá ingresar como socio en la sociedad familiar.

4.6. La atribución preferencial

Como señaláramos con anterioridad un grave problema del régimen de comunidad es que el ex cónyuge puede pretender liquidar la empresa familiar al solicitar el 50 % de los bienes gananciales, ya que sabido es que ninguna empresa puede soportar la descapitalización producida por la venta del 50% de sus activos.

Por otra parte en el régimen anterior no había ninguna norma que estableciera que disuelto el régimen de comunidad al cónyuge que formó la empresa le correspondiera esta preferencialmente que a quien jamás participó en su formación.

Estos problemas han sido solucionados por el artículo 499 relativo a la .- Atribución preferencial. Que dice que *“Uno de los cónyuges puede solicitar la atribución preferencial de los bienes amparados por la propiedad intelectual o artística, de los bienes de uso relacionados con su actividad profesional, del establecimiento comercial, industrial o agropecuario por él adquirido o formado que constituya una unidad económica, y de la vivienda*

por él ocupada al tiempo de la extinción de la comunidad, aunque excedan de su parte en ésta, con cargo de pagar en dinero la diferencia al otro cónyuge o a sus herederos. Habida cuenta de las circunstancias, el juez puede conceder plazos para el pago si ofrece garantías suficientes.”

Es decir que el cónyuge que constituyó o formó parte de la empresa durante la liquidación de su régimen de comunidad por divorcio puede solicitar una “atribución preferencial” de la empresa que contribuyó a formar o en la que participó aunque exceda de su parte en la liquidación, con cargo de pagar en dinero la diferencia al otro cónyuge o a sus herederos, pudiendo el juez conceder plazos para el pago contra garantías suficientes. Esto evita la liquidación de la empresa para satisfacer el 50% de la ganancialidad dándole tiempo para el pago de la porción que le corresponde a su cónyuge.

5. Los problemas que la sucesión acarrea a la empresa familiar.

5.1. La división por cabezas.

El principal problema que el derecho sucesorio acarrea a la empresa familiar es que al momento de la muerte del causante su patrimonio pasa a sus herederos y se divide de pleno derecho entre ellos y cuando el único patrimonio de la sucesión es la empresa esta debe ser dividida en tantas partes como herederos halla. Cuando en la empresa hay un grupo de herederos que trabaja en ella y otro que no lo hace, quienes son ajenos a la organización productiva no les interesa ser socios minoritarios en una sociedad de familia manejada por sus hermanos, y solicitan la entrega del capital o de los bienes, lo que lógicamente puede producir el quiebre de la empresa ya que ninguna organización empresarial por muy sólida que sea económicamente puede soportar una descapitalización inmediata del 25, 30 o 40%.

5.2 El alto porcentaje de legítimas.

Para solucionar el anterior problema una de las posibilidades es la realización de un testamento mediante el cual se traspase la empresa familiar al heredero o herederos que conocen el negocio o que han trabajado en él, en nuestro país hasta el año 2015 las legítimas eran muy altas ya que llegaban hasta los 4/5 en el caso de existencia de hijos.

El elevado porcentaje de legítimas conspiraba contra la posibilidad de solucionar los problemas de la sucesión en la empresa familiar porque poco o nada era lo que se podía testar.

5.3 El régimen de comunidad.

El régimen económico matrimonial argentino en el Código Civil era el de comunidad de gananciales. Este régimen conduce a que normalmente el testador no tenga poder de disposición unilateral mortis causa de los activos empresariales, que seguramente serán de naturaleza ganancial y especialmente produce la consecuencia de que a la muerte de uno de los progenitores se formara una comunidad hereditaria entre el viudo y los hijos herederos del premuerto. Difícilmente podrá en esta tesitura producir una adjudicación a uno de estos descendientes de los activos empresariales de esta comunidad, sobre los cuales el viudo conservara derechos derivados de la condición ganancial.

5.4 Prohibición del pacto sobre herencia futura.

Durante la vigencia del Código Civil los pactos sobre herencia futura se encontraban prohibidos en el país por ser considerados inmorales y contrarios al orden público, así el artículo 1175 disponía *“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.”*

La imposibilidad del pacto sobre herencia futura impedía la organización de la sucesión del empresario sobre todo durante su vida.

i. Prohibición de la sustitución fideicomisaria

En el Código Civil estaba prohibido dar un heredero al heredero o dicho en otros términos se encontraba interdictos los nombramientos sucesivos testamentarios y no se podía realizar ningún tipo de sustitución fideicomisaria, esta prohibición tampoco contribuía a la organización de la sucesión empresarial.

ii. Las limitaciones al fideicomiso¹⁵

El fideicomiso incorporado por la ley 24441 y en especial el fideicomiso testamentario permitían una pequeña forma de previsibilidad de organización para después de la muerte, pero este fideicomiso se encontraba limitado por la legítima que como ya habíamos dicho era excesivamente alta en nuestro país.

¹⁵ “Fideicomiso en el Código Civil y Comercial”. Lisoprawski, Silvio V. Publicado en: Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 21/04/2015, 510 Cita Online: AR/DOC/1073/2015; “Fideicomiso testamentario en el Código Civil y Comercial.” Kiper, Claudio M. - Lisoprawski, Silvio V. Publicado en: LA LEY 03/02/2015, 1 - LA LEY2015-A, 778 Cita Online: AR/DOC/308/2015. “El fideicomiso en la planificación sucesoria”. Molina Sandoval, Carlos A. Publicado en: LA LEY 15/04/2014, 1 - LA LEY2014-B, 860 Cita Online: AR/DOC/908/2014; “La porción legítima” García de Sain, Emma Beatriz Publicado en: DFyP 23/01/2014, 111 Cita Online: AR/DOC/4624/2013; “El fideicomiso testamentario. Como herramienta de planificación sucesoria. Marco legal vigente y proyectado” Merlo, Leandro Martín - Berbere Delgado, Jorge Carlos Publicado en: DFyP 19/07/2013, 91 Cita Online: AR/DOC/2171/2013 “La Legítima y el Fideicomiso Testamentario. Bielsa Ros, José María Publicado en: DFyP 01/06/2013, 127 Cita Online: AR/DOC/987/2013; “Observaciones al proyecto de Código Civil y Comercial en materia sucesoria” Ferrer, Francisco - Córdoba, Marcos M. - Natale, Roberto Miguel Publicado en: DFyP 01/10/2012, 127 Cita Online: AR/DOC/4864/2012; “El Fideicomiso en el Proyecto de Código” Kiper, Claudio M. - Lisoprawski, Silvio V. Publicado en: LA LEY 27/08/2012, 1 - LA LEY2012-E, 812 Cita Online: AR/DOC/3417/2012; “La mejora estricta para los herederos con discapacidad en el Proyecto de Código Civil y Comercial” Autor: Merlo, Leandro Martín Publicado en: DFyP 01/07/2012, 253 Cita Online: AR/DOC/3054/2012

iii. Los límites a la indivisibilidad.

La ley 14394 permitía establecer una indivisión sucesoria por un periodo de 10 años pero esta indivisión estaba pensada para los bienes y no para las acciones o cuotas partes de una SRL eso llevaba a que fuera difícil utilizar este sistema para proteger a la empresa de la partición forzosa que se producía con la muerte.

iv. La división de los bienes sin consideración a las capacidades profesionales,

El régimen sucesorio argentino contemplado en el Código Civil no establecía ninguna preferencia en la distribución de los bienes hereditarios para los herederos que hubieran participado en la empresa familiar, ni para quienes la hubieran fundado o la conocieran. La ley era indiferente a las capacidades empresariales y así bien podía tocarle en la liquidación y partición de la sucesión la empresa familiar destinada a la carpintería a un médico que no hubiera formado parte de ella ni tuviera ningún interés en el negocio y a su vez el derecho sucesorio no preveía para el heredero que si había formado parte del negocio y que entendía del mismo ninguna atribución preferencial, ni ninguna posibilidad de solicitar que judicialmente se le diera preferencia.

v. La acción de reducción

En el sistema del Código Civil como una forma de protección de la legítima se contemplaba la acción de reducción de las donaciones hechas en vida por el causante que superaran el valor de la cuota de libre disposición esta acción que nacía a la muerte del causante se podía ejercer contra los herederos o contra los terceros, aun contra los terceros que hubieran adquirido las cosas de buena fe y para un sector de la doctrina se trataba de una acción imprescriptible.

La acción de reducción constituía un claro valladar a la organización de la empresa familiar porque cualquier donación hecha en vida por el causante podía ser demandada de reducción cuando atacara la legítima y si en lugar de una donación se hubiera simulado una venta o se hubiera creado una sociedad con ánimo de defraudar al legitimario de todas maneras el acto podía ser inoponible a los herederos mediante el ejercicio de la acción de simulación o de fraude y la posterior acción de reducción.

Así con el fin de proteger la legítima se impedía muchas veces el desarrollo de la empresa que es en definitiva el motor de la economía tanto de la familia, como del país.

6. La protección de la empresa familiar en el Código Civil y Comercial

Como lo señaláramos al principio de este artículo la empresa familiar no tiene una regulación directa en el CCyCN ley 26994 a pesar de que la comisión recibió múltiples propuestas para realizar una regulación de la empresa familiar¹⁶, tampoco se ha regulado ni se ha definido la empresa en general, no obstante lo cual hay normas que claramente protegen a la empresa familiar sobre todo en lo que hace a la transmisión de los bienes por causa de muerte, estas normas facilitan la sucesión del empresario. A continuación

¹⁶ Ver al respecto Medina, Graciela, Eduardo Javier Dubois, "Empresa familiar. Proyecto de incorporación al Código Civil " La Ley DFyP 2012 (enero-febrero), 01/01/2012, 3

reseñaremos cuales son las previsiones del Código Civil y Comercial ley 26994 que influyen favorablemente la hora de la sucesión del creador o participe de una empresa de familia.

Comenzaremos por el tratamiento de los pactos sobre herencia futura.

7. Los pactos sobre herencia futura.

Los pactos sobre herencia futura están contemplados en el artículo 1010 del código civil y comercial unificado que específicamente dice *“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.*

Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresaria o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros.”

De la norma trasliterada se desprende que en los contratos sobre herencia futura, la regla general es que la herencia futura no puede ser objeto de contratos.

7.1. Contratos o actos comprendidos en la prohibición

La doctrina enseña que están abarcados por la prohibición: los pactos dispositivos, por los cuales el futuro heredero dispone contractualmente de los derechos hereditarios que adquirirá a la muerte de su causante (art. 1010); los pactos institutivos, esto es, el involucrado en un testamento hecho por dos o más personas, aun cuando sea recíproco (art. 2465, segundo párr. del Código Civil y Comercial, que reproduce la prohibición del art. 3618 del Cód. Civil); los pactos renunciativos; esto es, la ley no autoriza la renuncia ni la aceptación— de la herencia futura sea por un contrato, sea por un acto unilateral (art. 2286 del Cód. Civil y Comercial; en el Código Civil la misma regla estaba expuesta en los arts. 3311 y 3312).

7.2. Contrato que comprenda herencia futura y otros objetos

El Código Civil disponía la invalidez del contrato que comprendía bienes presentes y bienes causados en una herencia futura cuando se había contratado por un solo precio. Esta regla no aparece en el Código Civil y Comercial, con lo cual habrá que aplicar las reglas generales sobre nulidades, de modo que el acto podrá subsistir en la medida que sea separable la cláusula referida a la herencia futura o —como decía el Código— aquel en cuyo provecho se ha hecho el contrato consienta que el precio es solo por los bienes presentes.

7.3. Fundamentos de la nulidad. Los contratos otorgados sobre herencias futuras son de nulidad absoluta (art. 387 del Cód. Civil y Comercial).

La jurisprudencia ha señalado que los convenios en el código civil eran nulos por la inmoralidad de especular sobre la muerte de una persona y porque se tiende a impedir que se generen convenciones que vulneren el principio democrático de la división igualitaria entre sucesores y que se realicen estipulaciones usurarias acerca del deceso de una persona.¹⁷

La nulidad de estos pactos no alcanza a los convenios sobre herencia futura que tienen por objeto 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 porque en estos casos no hay una razón inmoral dado que no se especula con la futura muerte sino que se acepta el fallecimiento como un hecho inevitable y se tiende a minimizar los impactos sobre las empresas o a prevenir y solucionar los conflictos que la transmisión empresarial genera.

7.4. Excepción a la nulidad de los contratos sobre herencia futura

El Código Civil y Comercial sorprende con una excepción a la regla de prohibición de los contratos sobre herencia futura que parece estar dirigida a facilitar la gestión y mantenimiento de la unidad de dirección de las denominadas empresas familiares.

7.4.1. Antecedentes.

7.4.1.a. Derecho catalán

Con relación al pacto sobre herencia futura el derecho catalán dice que otorga al empresario un instrumento jurídico que puede ayudarlo a ordenar la transmisión del patrimonio familiar: el llamado “pacto sucesorio”, que consiste en un contrato por el cual las partes acuerdan instituir heredero, y/o realizar atribuciones particulares de la herencia de cualquiera de ellas.

La diferencia fundamental con los pactos sobre herencia futura establecidos en el artículo 1010 del Código Civil y Comercial Unificado radica en que en nuestros pactos no se puede instituir heredero porque en el sistema Argentino los herederos son instituidos por ley o por testamento pero no por contrato.

Los pactos sucesorios no son nuevos en el derecho de Cataluña, ya que desde siempre este orden jurídico ha conocido tradicionalmente los pactos sucesorios en forma de donación universal o heredamiento.

Estos pactos estaban destinados a la transmisión intergeneracional de los patrimonios familiares, de base típicamente agraria, por medio de la institución de heredero único, pactada en convenciones matrimoniales.

Con la estructura anterior eran muy poco usados ya que no respondían al tráfico negocial actual. La reforma adecua los pactos sucesorios de manera tal que puedan ser usados por los empresarios familiares a fin de ordenar la transmisión sucesoria de la empresa.

¹⁷ Ver la jurisprudencia citada por Medina, Graciela en Código civil comentado sucesiones tomo II. Dirigidos por Ferrer Medina. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires 2003, pág 106

En la reforma sucesoria en Cataluña, los pactos sucesorios sólo pueden celebrarse con el cónyuge o conviviente, con la familia de éste o con la familia propia, dentro de un cierto grado de parentesco por consanguinidad o afinidad. Esta regla tiene en cuenta el mayor riesgo de los contratos sucesorios entre no familiares, pero a la vez es suficientemente abierta para amparar los pactos que a veces se estipulan con ocasión de la transmisión de empresas familiares, en los que pueden llegar a intervenir varias generaciones de parientes en línea recta y otros miembros de la familia extensa. En consecuencia, los pactos sucesorios no pueden otorgarse con socios que no guardan vínculo de parentesco entre sí.

La restricción legal en cuanto al grupo de personas que pueden convenir pactos sucesorios no rige para ser favorecido, esto permite que se pacte que la empresa será transmitida a cualquier tercero.

En cuanto al contenido del pacto sucesorio, hay que tener presente que puede designar heredero o realizar asignaciones de elementos concretos de la herencia (las acciones de la empresa familiar, inmuebles...).

También puede imponer cargas al favorecido, como por ejemplo el cuidado y atención a alguno de los otorgantes y terceros, así como condiciones como podría ser por ejemplo designar al hijo beneficiario del negocio familiar siempre y cuando ostente el cargo de administrador de la compañía.

Incluso puede hacerse constar que el pacto se otorga con la finalidad de mantener y dar continuidad a la empresa familiar o la transmisión indivisa de un establecimiento profesional. También se admite expresamente la posibilidad de incluir en la escritura de pacto sucesorio otros pactos familiares y sociales o estipulaciones sobre la empresa familiar que hasta ahora se contenían en el protocolo familiar.

Así como se encuentran limitados quienes pueden formar pactos sucesorios, en cuanto a los beneficiarios, la ley no pone límite alguno y pueden serlo los propios otorgantes o terceros, sean o no familiares.

En definitiva, la restricción legal en cuanto al grupo de personas que pueden convenir pactos sucesorios no rige para ser favorecido.

Por otra parte, los pactos pueden contener disposiciones a favor de terceras personas, pero éstas no adquieren ningún derecho hasta la muerte del causante.

De esta forma se permite, por ejemplo, que el padre y la madre pacten, entre ellos dos, que la herencia (p. ej. que la empresa familiar) sea para un o unos hijos determinados, aunque no tengan el consentimiento de éstos, y, más adelante, si las circunstancias lo aconsejan, convenir un nuevo pacto sucesorio para instituir a otro hijo o a otra persona.

En cuanto a la forma de dejarlos sin efecto, los pactos pueden revocarse por indignidad del favorecido, por las causas pactadas expresamente en el contrato, por incumplimiento de cargas, por imposibilidad de cumplimiento de la finalidad esencial o por un cambio sustancial, sobrevenido e imprevisible de las circunstancias fundamentales.

7.4.1.b. Los pactos sucesorios en Italia¹⁸.

¹⁸ DEL PATTO DI FAMIGLIA. Art. 768-bis. - (Nozione). – È patto di famiglia il contratto con cui, compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie

En el año 2006 Italia modificó su legislación admitiendo una modalidad de pactos sobre herencia futura denominados “pactos de familia”, dando validez excepcional a los contratos sobre herencia futura para disponer de la empresa familiar.

La posibilidad de disponer de bienes y transmitirlos en vida por causa de muerte se introduce en el Código como una excepción a la regla general de la nulidad de los pactos sobre la sucesión futura que sigue proclamando el art. 458.

Después de la reforma de 2006, los nuevos apartados segundo a octavo del art. 768 del Código establecen el régimen jurídico para el “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).

7.4.1.c. Derecho Alemán

En el Derecho Alemán el contrato de herencia futura, que tiene por objeto la institución hereditaria, ha sido admitido en el art. 2.274 y siguientes del Código Civil Alemán con las siguientes características: El testador puede realizar un contrato de herencia sólo en persona. Los requisitos para que pueda hacerlos son: que tenga capacidad para contratar y que se realice ante un escribano en presencia simultánea de ambas partes. En el caso de un contrato de herencia entre los cónyuges o entre personas comprometidas que se unieron con un contrato de matrimonio en el mismo documento, la forma prescrita para el contrato de

societarie, l’imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l’azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti.

Art. 768-ter. - (Forma). – A pena di nullità il contratto deve essere concluso per atto pubblico.

Art. 768-quater. - (Partecipazione). – Al contratto devono partecipare anche il coniuge e tutti coloro che sarebbero legittimari ove in quel momento si aprisse la successione nel patrimonio dell’imprenditore.

Gli assegnatari dell’azienda o delle partecipazioni societarie devono liquidare gli altri partecipanti al contratto, ove questi non vi rinunzino in tutto o in parte, con il pagamento di una somma corrispondente al valore delle quote previste dagli articoli 536 e seguenti; i contraenti possono convenire che la liquidazione, in tutto o in parte, avvenga in natura.

I beni assegnati con lo stesso contratto agli altri partecipanti non assegnatari dell’azienda, secondo il valore attribuito in contratto, sono imputati alle quote di legittima loro spettanti; l’assegnazione può essere disposta anche con successivo contratto che sia espressamente dichiarato collegato al primo e purchè vi intervengano i medesimi soggetti che hanno partecipato al primo contratto o coloro che li abbiano sostituiti.

Quanto ricevuto dai contraenti non è soggetto a collazione o a riduzione.

Art. 768-quinquies. - (Vizi del consenso). – Il patto può essere impugnato dai partecipanti ai sensi degli articoli 1427 e seguenti.

L’azione si prescrive nel termine di un anno.

Art. 768-sexies. - (Rapporti con i terzi). – All’apertura della successione dell’imprenditore, il coniuge e gli altri legittimari che non abbiano partecipato al contratto possono chiedere ai beneficiari del contratto stesso il pagamento della somma prevista dal secondo comma dell’articolo 768-quater, aumentata degli interessi legali.

L’inosservanza delle disposizioni del primo comma costituisce motivo di impugnazione ai sensi dell’articolo 768-quinquies.

Art. 768-septies. - (Scioglimento). – Il contratto può essere sciolto o modificato dalle medesime persone che hanno concluso il patto di famiglia nei modi seguenti:

1) mediante diverso contratto, con le medesime caratteristiche e i medesimi presupposti di cui al presente capo;

2) mediante recesso, se espressamente previsto nel contratto stesso e, necessariamente, attraverso dichiarazione agli altri contraenti certificata da un notaio.

Art. 768-octies. - (Controversie). – Le controversie derivanti dalle disposizioni di cui al presente capo sono devolute preliminarmente a uno degli organismi di conciliazione previsti dall’articolo 38 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5».

matrimonio es suficiente. Las disposiciones que no sean instituciones de herederos, legados y las cargas testamentarias no se pueden hacer por contrato¹⁹.

7.4.1.d. Otros derechos

En algunos países nórdicos, Dinamarca y Noruega, se conoce el testamento mutuo al que se le reconocen algunos efectos similares a los de los pactos sucesorios, en particular su naturaleza irrevocable. En Dinamarca se ha introducido recientemente de forma limitada el pacto sucesorio, así el pacto de renuncia y el anticipo sucesorio, Vide RING, OLSEN-RING (2008, p. 437-438). En los países de tradición anglosajona o common law esta institución es desconocida como tal. Vide ODERSKY (2008, p. 747-748). Resulta, en este sentido, muy gráfica la reacción del parlamento escocés en la contribución realizada al Libro Verde sobre sucesiones y testamentos cuando, a la pregunta 3 planteada por la Comisión en relación con la ley que debería ser aplicable a los “agreements as to future successions”, responde “what does this mean??” (sic.). Más contemporizadoras, aunque igualmente desorientadas, otras contribuciones como la de la Law Society of Scotland o el Bar Council of England and Wales, que proponen aplicar the proper law of the contract. Mostrando también la distancia conceptual, la respuesta conjunta de la Law Society of England and Wales/Society of Trust & Estate Practitioners²⁰.

7.5. Crítica a los pactos

La regulación de los pactos sobre herencias futuras en el Código civil argentino ha sido duramente criticado por la doctrina civilista sobre todos por los autores Alejandro Laje²¹ y Marcos Córdoba²².

Las principales críticas que se le han hecho son las siguientes:

7.5.1. La inutilidad del pacto por la posibilidad de libre disposición de los bienes por parte del causante.

Explica Laje que en primer lugar, los bienes son de su titular hasta el último momento de su vida. Puede enajenarlos y hasta perderlos en una apuesta o en un juego de azar. Tornando ilusoria toda expectativa creada, y como se señaló, dificultando el tráfico comercial en vez de facilitararlo. Asimismo, es un principio general del derecho, por disposición de la más alta jerarquía normativa (art. 19 de la Constitución Nacional), que ningún habitante de la Nación está privado de lo que la ley no prohíbe. "Ello implica que las personas son libres para disponer de su herencia, salvo las limitaciones previstas por la ley".²³ Por lo que los pactos de terceros sobre aquella herencia, son tan aleatorios que resulta de dudosa eficacia

¹⁹ Pactos sobre herencias futuras, Autor: Laje, Alejandro Publicado en: DFyP 2014 (mayo), 07/05/2014, 139 Cita Online: AR/DOC/1021/2014

²⁰ Albert Font i Segura La ley aplicable a los pactos sucesorios Facultad de Derecho Universitat Pompeu Fabra InDret REVISTA PARA EL WWW. INDRET.COM ANÁLISIS DEL DERECHO

²¹ Pactos sobre herencias futuras, Autor: Laje, Alejandro Publicado en: DFyP 2014 (mayo), 07/05/2014, 139 Cita Online: AR/DOC/1021/2014

²² Córdoba, Marcos, “Pacto sobre herencia futura. El derecho vigente y el proyectado”, en Revista de Derecho de familia y de las Personas, Buenos Aires, La Ley, n° 11, 2013

²³ CORDOBA, Florencia Inés, Derecho de Familia y de las Personas, La Ley, 2014 (marzo), 67.

y conveniencia su regulación. También podría suceder que la muerte de uno de los cónyuges modifique el contenido de la transmisión, por lo que cualquier previsión que se hubiera hecho sobre el contenido de la herencia no tenga relación con lo efectivamente dispuesto en el pacto.

7.5.1.a. Nuestra respuesta a la crítica sobre la ineficacia del pacto por la libre disposición de bienes del causante.

Lo sostenido por el profesor Laje en cuanto a que el causante tiene la libre disposición de sus bienes hasta el momento de la muerte es cierto como también lo es que los pactos de terceros sobre aquella herencia están sujetos al alea de que el causante no disponga de la empresa antes de morir. Pero esto no le resta toda utilidad a los pactos sobre herencia futura por tres razones. La primera es que sostener ello sería tanto como sostener que todos los contratos sobre derechos eventuales carecen de valor, lo que no es cierto.

La segunda es que hay que tener en cuenta que hay dos tipos de pactos, los realizados por los terceros y los realizados por el causante, los realizados por el causante no están sujetos a la misma alea que los efectuados por los herederos porque el testador se obliga a transmitir esos bienes a determinados herederos y este constituye un pacto eficaz inter vivos que de no cumplirse puede dar lugar a responsabilidades. Hay que tener en cuenta que justamente por su naturaleza contractual son irrevocables por la mera voluntad del causante como sí lo son los testamentos.

La tercera es que aun cuando los pactos estén sujetos al alea de la existencia de la empresa después de la muerte lo cierto es que las empresas familiares tienen como características la intención de traspasar la propiedad y sus valores empresariales a la siguiente generación. Esta circunstancia es la que el profesor Laje no ha tenido en cuenta al formular sus reservas contra el instituto, ya que no advirtió las características de las empresas familiares cuyos fundadores no la hacen con el fin de lucrar con su venta sino que buscan transmitirla a sus descendientes o a su familia.

7.5.2. La inmoralidad del pacto.

Tanto el profesor Laje como el profesor Marcos Córdoba, manifiestan que es inmoral especular sobre los bienes que se recibirán de una persona aún con vida.

Córdoba expresa que “Lo anunciado en el proyecto de Código Unificado indica el intento de creación de un nuevo orden moral. Durante el casi siglo y medio de vigencia del Código Civil la doctrina autoral y jurisprudencial coincidió en que la prohibición de la ley se basaba en la inmoralidad de los tratos sobre herencias de personas vivas.²⁴ Ellos son no sólo contrarios a las normas imperativas sino también a las buenas costumbres, es decir, se trataría de objeto ilícito”.

7.5.2.a. Respuesta a la crítica de la inmoralidad.

²⁴ FORNIELES, Salvador, Tratado de las sucesiones, 2da. ed., Librería Jurídica, Buenos Aires, 1941, Tomo I, p. 87.

Coincidimos con Córdoba y Laje que la mera especulación sobre los bienes de una persona viva repugna el sentimiento de la moral común. Pero lo que ocurre es que los pactos sobre la herencia futura no tienen como objeto especular sobre los bienes de una herencia de alguien que aún no ha muerto. Sino que se trata de evitar a través de estos convenios los conflictos entre los herederos que se producen cuando fallece el dueño, el fundador o el director de la sociedad.

Estos pactos no son inmorales, son de gran valor porque buscan la continuidad de la empresa donde trabajan muchos empleados que dependen de la fuente de trabajo para su subsistencia.

7.5.3. La teoría de la circulación.

Señala el profesor Córdoba que el derecho patrimonial se basa en la evolución socio económica y en la transmisión de los bienes y que desde el dirigismo del orden público económico se pueden atentar contra el liberalismo.²⁵

7.5.3.c. Crítica a la teoría de la circulación.

Creemos que una sociedad liberal tiene como base una economía empresarial y que el estado tiene que protegerla sin que ello pueda ser considerado dirigismo económico, la protección de la empresa familiar plasmada en la posibilidad de hacer pactos sucesorios no es contraria a la dinámica de la transmisión hereditaria. Por el contrario la acepta, pero pretende que las reglas de la transición hereditaria no impidan la continuidad de la gestión empresarial por lo que a efectos de facilitar la continuidad de la gestión respecto de las explotaciones productivas o participaciones societarias permite la celebración de pactos sobre herencia futura que no violen la legítima.

7.6. Conveniencia de asegurar la intangibilidad del derecho de testar

Respecto de los pactos sobre la propia sucesión la principal razón para prohibirlos consistió en la conveniencia de asegurar la intangibilidad del derecho de testar con el fin de dejar incólume la facultad de disponer por acto de última voluntad **La verdadera razón de la prohibición de los pactos sucesorios**, extraída de la experiencia y de la sabiduría de las legislaciones tanto en Roma como en el antiguo y moderno derecho francés, **ha sido que es extremadamente peligroso que el hombre pueda disponer durante su vida por un compromiso irrevocable y definitivo de todos o parte de los bienes que dejará a su muerte, porque nadie sabe lo que el futuro le puede reservar**; los acontecimientos futuros pueden exigir resoluciones nuevas, diferentes a las tomadas anteriormente, y por ello la prudencia aconseja al hombre, y la ley se lo impone, **no disponer de los bienes más que por testamento, o sea mediante disposiciones siempre revocables hasta la muerte.**

7.7. Ámbito de los pactos

²⁵ Córdoba, Marcos, “Pacto sobre herencia futura. El derecho vigente y el proyectado”, en Revista de Derecho de familia y de las Personas, Buenos Aires, La Ley, n° 11, 2013

El nuevo Código alude a las participaciones societarias de cualquier tipo y a las explotaciones productivas. La expresión “explotaciones productivas no tiene un contenido jurídico preciso; parece que el Código quiere referirse a la “empresa individual o familiar” en la que trabajan padres e hijos y eventualmente otros parientes, muchas veces de manera informal, y que constituye la fuente del sustento familiar.

En definitiva los pactos se pueden realizar sobre:

- * Una empresa individual o familiar con o sin organización societaria.
- * Participaciones societarias en una empresa.

En este último caso se está refiriendo a pactos sobre acciones o sobre cuotas sociales tendientes a evitar su venta o sincronizar el actuar de los accionistas sin llegar a una sindicación de acciones.

Señala Cesaretti 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 (sustituidos 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”²⁶.

7.8. Finalidad²⁷

La finalidad de estos pactos son la conservación de la unidad de la gestión empresarial o/y la prevención o/y solución de conflictos.

En orden a la prevención o solución de conflictos se puede pactar la mediación como forma alternativa de solucionar los problemas entre los herederos, también se puede convenir que la resolución se hará por árbitros inclusive se puede decidir el derecho a aplicar al arbitraje o la cantidad de árbitros que deberán actuar en la cuestión, la sede del arbitraje o la forma de designación de los árbitros. Contrariamente a lo que sostienen los profesores Laje y Córdoba pactar que los conflictos en una sucesión futura se resolverán por mediación o por arbitraje de ninguna manera puede considerarse ni inmoral, ni contrario a las buenas costumbres, ni contrario a la transmisión de los bienes para después de la muerte. No se trata de inmovilizar fortunas sino de prevenir el estancamiento de la empresa por los problemas entre los herederos cuando desaparece el fundador.

²⁶ CESARETTI María y CESARETTI Oscar Daniel “El pacto sucesorio y la empresa familiar en la unificación” Revista del Notariado N 918, julio del 2015

²⁷ Córdoba, Marcos, “Pacto sobre herencia futura. El derecho vigente y el proyectado”, en Revista de Derecho de familia y de las Personas, Buenos Aires, La Ley, n° 11, 2013; y Laje, Alejandro, “Pactos sobre herencias futuras”, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Buenos Aires, La Ley, n° 4, 2014.

Hay que tener en cuenta que el nuevo Código regula al “contrato de arbitraje” en sus arts. 1649 a 1665, y entre las controversias excluidas menciona a “...las cuestiones de familia...” (art. 1651). De ello se sigue que no están excluidas las “cuestiones patrimoniales de familia” como es todo lo referente a la empresa familiar y a las relaciones familia, propiedad y negocio, por lo que pueden expresamente ser sometidas a arbitraje, lo que refuerza la validez de las cláusulas arbitrales para resolver conflictos en la empresa familiar y la conveniencia del mecanismo del arbitraje que pueden poseer grandes ventajas sobre el judicial en materia de agilidad, confidencialidad y especialidad²⁸.

7.9. Contenido y compensaciones en favor de otros legitimarios

Estos pactos pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios.

Tanto si los convenios se realizan entre herederos como si lo realiza el causante y su cónyuge se pueden establecer compensaciones económicas que varíaran de acuerdo a quien sea el que los realice, así si son los legitimarios quienes pactan pueden obligarse a distribuir los bienes de manera tal que algunos de ellos continúen con la empresa y otros reciban otros bienes ya sea de los mismos legitimarios o ya sea bienes que se presuman que formaran parte del caudal relicto. Si en cambio son los padres los que realizan el pacto sobre herencia futura pueden prever que la administración de la empresa la lleve alguno de los hijos que ha trabajado en ella o que las acciones o las cuotas sociales no sean divididas y en compensación se le atribuyan a los otros herederos bienes que no sean los de la empresa.

7.10. Límites

Son válidos los pactos de esta naturaleza si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros.

El profesor Marcos Córdoba²⁹ recuerda al profesor Luscchini Guastalla y señala que cuando muere el dueño el fundador o el director de la sociedad y la empresa entra en sucesión no existe solamente un tema económico sino también un tema de gestión directa o indirecta que hace a la economía en general. Fundado en ello destaca el valor de la continuidad de la gestión de la empresa y precisa que la doctrina duda mucho que el testamento sea la forma más apta para solucionar estos problemas, sino que se cree que es el contrato, como instrumento más apto para su objeto. Subraya que la norma en comentario permite, en cierto sentido, que se puedan redactar contratos en los cuales el objeto sea una sociedad en la medida que no afecten la porción de legítima. Distingue también entre las atribuciones mortis causa y las atribuciones post mortem, relacionando ello con los instrumentos alternativos para llevar a cabo una sucesión antes de la muerte. El

²⁸ Se trata de una opinión del profesor Favier Dubois a la que adherimos y que fuera expresada en Favier Dubois (h), E.M. (Director) “NEGOCIACION, MEDIACION Y ARBITRAJE EN LA EMPRESA FAMILIAR”, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2012

²⁹ Córdoba, Marcos en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo V. Director Ricardo Luis Lorenzetti. Editorial Rubinzal Culzoni. 2015, comentario al artículo 1010

distinguido profesor italiano Luschini Guastalla advierte sobre la vinculación de tales instrumentos con las figuras de la donación y del mandato.

La norma contenida en la última parte del artículo en comentario responde también a las cláusulas de consolidación, mediante las cuales los socios deciden si cuando uno de ellos muera los herederos se incorporan a la sociedad porque tienen confianza en que los herederos futuros sean capaces o la consecuencia es la contraria. Quedan comprendidas también en la normativa las cláusulas de continuación facultativa y la de opción recíproca para todos, por la cual en caso de muerte de un socio, el socio superviviente tiene la opción sobre la participación que forma objeto de la sucesión³⁰.

7.11. Legitimados para celebrar los pactos.

Los pactos sobre herencia futura pueden ser celebrados por los herederos forzosos y el causante o por los herederos forzosos solos o por el causante y el cónyuge.

Para que los pactos que contengan rentas vitalicias o usufructos, celebrados entre el causante y los herederos sean inatacables por acción de colación o de reducción todos los legitimarios deben prestar su conformidad pues en caso contrario poseen las acciones establecidas en los artículos 2453 (acción de reducción) 2451 (acción de complemento) y 2385. CCyCN. Cabe recordar que el mismo artículo 1010 del CCyCN establece que los pactos no pueden afectar la legítima.

Los pactos sobre herencia futura no solo deben entenderse como pacto de distribución de bienes sino que también pueden referirse a pactos sobre administración a los efectos de facilitar la continuidad de la gestión respecto de las explotaciones productivas o de las participaciones societarias. Para que estos pactos sobre gestión de la empresa a la muerte del causante sean útiles en principio, deben también contar con el consenso de los otros legitimados porque en estos temas el índice de litigiosidad es muy alto.³¹

7.12. Otros tipos de pactos sobre herencia futura.

Entre los pactos sobre herencia futura más aceptados y más conocidos, podemos nombrar la partición por ascendientes, los pactos relativos a la colación y los pactos en sociedades civiles y comerciales.

7.12.1. Pactos relativos a la colación

Dentro de los pactos relativos a la colación encontramos la dispensa de colación. Se entiende por dispensa de colación el pacto sobre herencia futura cuyo objeto es determinar que la entrega de valores o bienes por el causante se exima de la colación. En el código civil derogado la dispensa de la colación en principio solo podía ser hecha por testamento, por lo dispuesto en el art. 3484 y se discutía si la imputación de las liberalidades a la porción disponible podía ser hecha por actos entre vivos, por lo dispuesto en el art. 1805 del Código Civil.

³⁰ Lucchini Guastalla, Emanuele, Il contratto e il fatto illecito, Corso di diritto civile, Giuffrè, Milano, 2012. P. 147(Alpa, Guido, Manuale di diritto privato, 5ta ed., Cedam, Milano, 2007. P. 1359)

³¹ (Alpa, Guido, Manuale di diritto privato, 5ta ed., Cedam, Milano, 2007. P. 1359)

En la actualidad la dispensa de colación puede ser hecha por testamento o por el contrato de donación, de acuerdo en lo establecido en el art. 2385, con lo cual es claro que constituye un pacto sobre herencia futura.

Otro tipo de pacto sobre herencia futura relativa a la colación es el reconocimiento de la onerosidad de las enajenaciones o de eximición de la colación. El art. 2461 dispone “Si por acto entre vivos a título oneroso el causante transmite a alguno de los legitimarios la propiedad de bienes con reserva de usufructo, uso o habitación, o con la contraprestación de una renta vitalicia, se presume sin admitir prueba en contrario la gratuidad del acto y la intención de mejorar al beneficiario. Sin embargo, se deben deducir del valor de lo donado las sumas que el adquirente demuestre haber efectivamente pagado... El valor de los bienes debe ser imputado a la porción disponible y el excedente es objeto de colación... Esta imputación y esta colación no pueden ser demandadas por los legitimarios que consintieron en la enajenación, sea onerosa o gratuita, con algunas de las modalidades indicadas”.

El código civil presume que ciertas enajenaciones del causante a favor de los herederos forzosos son a título gratuito, pero permite que los demás legitimarios reconozcan que estos actos de disposiciones están excluidos de la colación. Al decir “que la colación no puede ser demandada por los legitimarios que consintieron la enajenación onerosa o gratuita”.

Cierto es que esta disposición a suscitado críticas de la doctrina entre ellas la de Azpiri, pero no menos cierto es que resulta un pacto sobre herencia futura de muchísima utilidad para evitar conflictos a futuro y disminuir la litigiosidad. Azpiri entiende que es evidente que este tipo de reconocimiento roza muy de cerca la prohibición de efectuar pactos sobre herencia futura porque aquí se está renunciando indirectamente a la posibilidad de demandar la colación no solo en la medida de la porción disponible sino también sobre el excedente porque al reconocerse que el acto ha sido oneroso no puede resultar afectada la legítima. Con mayor razón, considera que, no debería admitirse el consentimiento en la enajenación cuando el acto ha sido gratuito debido a que se trata de actos típicos que dan lugar a la procedencia de las acciones de colación y de reducción y las mismas estarían siendo renunciadas indirectamente en vida del causante.

Sin lugar a dudas el reconocimiento de la onerosidad y la eximición de la colación aun en el caso de gratuidad constituye un pacto sucesorio no prohibido, en efecto es un pacto sucesorio porque este consentimiento con la enajenación por parte de los legitimarios se otorga en previsión de una sucesión todavía no abierta, el objeto del contrato forma parte de esa sucesión ya que alude al modo de imputación de la transmisión en el acervo hereditario y el contrato se realiza en virtud de un derecho hereditario y no a título de crédito, con ello se reúne las condiciones de existencia de los pactos sucesorios.

El efecto principal del consentimiento en la enajenación por los legitimarios es que no se permite después a quienes lo formularon computar el bien enajenado en la masa para el cálculo de la legítima, según Guastavino podría suponerse que el pacto se aproxima a los pactos enunciativos pero en la medida de que se aseguren los derechos del heredero adquirente constituyen un pacto dispositivo.

7.12.1.a. Oportunidad

El consentimiento con la enajenación previsto en el art. 2461 puede ser simultaneo con el mismo acto de enajenación o puede ser anterior o posterior.

“Si el reconocimiento es anterior o posterior al acto de enajenación debe estar directamente relacionado, de modo concreto, al supuesto particular; de lo contrario, podría involucrar un acto de reconocimiento genérico, e ilícito por quedar comprendido en la prohibición de los pactos sobre herencia futura.”³²

7.12.1.b. Capacidad – representación

En principio el consentimiento en la enajenación del art. 2461 tiene que ser efectuado por quienes tienen capacidad de disposición.

En el derecho alemán se excluye la posibilidad de representación en los pactos sobre herencia futura, el código civil argentino nada dice de sí pueden ser hechas por representante aplicando la regla de que todo lo que no está prohibido está permitido podrían ser hechas por representante salvo por los representantes de los incapaces a quienes deberían de designársele un representante especial para que autorizados por los jueces ,previa comprobación de la sinceridad del acto, den su consentimiento a la enajenación que el progenitor desea realizar a favor de otros herederos forzosos.³³

7.13. Extinción de los pactos

Hay muchas causas para la extinción de los pactos sobre herencia futura entre ellas cabe mencionar las siguientes

a) Cumplimiento del objeto

La forma natural de extinción del pacto es el cumplimiento de su objeto, por ejemplo en los pactos dispositivos el cumplimiento radica en la adquisición del derecho por la persona a la cual se lo ha transmitido en vida del causante.³⁴

b) Imposibilidad

Otro motivo de extinción del pacto se da por la imposibilidad de su cumplimiento 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.

c) Premoriencia del instituido como administrador

Normalmente la premoriencia del instituido no pone fin a los pactos, pero en estos pactos es muy importante las condiciones personales del instituido si este fallece no se puede transmitir a los herederos la obligación de administrar la herencia o la atribución de la empresa familiar ya que seguramente estuvo condicionada a las características del heredero, en este supuesto es conveniente establecer que la premoriencia del instituido como administrador constituya una condición resolutoria expresa por las partes. También puede convenirse el derecho de reversión por premoriencia del donatario en la partición por

³² Guastavino, Elias “Pactos sobre herencia futura”. Ediar 1968, pág. 376.-

³³ Guastavino, Elias “Pactos sobre herencia futura”. Ediar 1968, pág. 378.-

³⁴ Guastavino, Elias “Pactos sobre herencia futura”. Ediar 1968, pág. 116.-

donación, en este caso el derecho del donante a recuperar lo donado a la muerte del donatario no se fundaría en un acto mortis causa sino en una disposición inter vivos.

d) Mutuo acuerdo

El pacto sobre herencia futura puede resolverse por mutuo acuerdo de las partes, si en el pacto sucesorio entre los cónyuges se estableció algún derecho para algún descendiente o tercero las partes pueden resolver su extinción sin que el beneficiario pueda oponerse.

e) Inoficiosidad

Si el pacto sobre herencia futura lesiona la legítima de los herederos forzosos estos pueden impugnarla por acción de reducción, si se tratara de un acto simulado habrá que iniciar primero la acción de simulación y luego la de reducción. En la jurisprudencia anterior al CCC se aceptaba que la constitución de sociedades con algunos herederos excluyendo a otros herederos constituía un pacto sobre herencia futura que era inoponible al heredero excluido, en la actualidad esta jurisprudencia carece de vigencia a partir de lo dispuesto por el art. 1010, salvo que viole la legítima.

f) Revocación

En principio los pactos sobre herencia futura son irrevocables por voluntad del otorgante pero siempre se ha relacionado a los pactos sobre herencia futura con los de revocación de donaciones y legados ya que el pacto presupone una aptitud consideración hacia el instituyente motivo por el cual se podría revocar por ingratitud o por inejecución de cargo.

7.14. Forma

El CCyCN no estableció una forma determinada para la realización del pacto sobre herencia futura así que en principio rige la libertad de forma, aunque por razones de seguridad siempre será conveniente la escritura pública.

Sobre el tema expresa Cesaretti que “Sin lugar a dudas, la elección de la opción de escritura pública estará determinada por la matricidad que implica. La gravitación del pacto de herencia en la vida futura de la empresa familiar inclinará a los actores jurídicos por la opción de la escritura notarial. Igualmente, dada la naturaleza de los intereses en juego en el pacto de herencia futura –y siguiendo el modelo del Código Civil de Cataluña consideramos aconsejable que los colegios de escribanos dicten normativas que hagan factible su inscripción en los registros de actos de última voluntad”³⁵

Por su parte Favier Dubois al referirse a los pactos sobre herencia futura del artículo 1010 del CCyCN expresa que: “el pacto es una convención accesorio, vale decir que no podrá ser autónomo, sino que deberá estar dentro o vinculado directamente a un protocolo familiar” o pacto de sindicación de acciones³⁶.

8.

9. Parcelamiento de empresas.

³⁵ CESARETTI María y CESARETTI Oscar Daniel “El pacto sucesorio y la empresa familiar en la unificación” Revista del Notariado N 918, julio del 2015

³⁶ FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h.), “La empresa familiar frente al nuevo Código Civil y Comercial”, Doctrina Societaria y Concursal, Buenos Aires, Errepar, 21/11/2014.

Otra de las normas que contribuyen a evitar la liquidación de la empresa familiar está contenida en el artículo 2377 que establece que en la partición hereditaria al formar los lotes partibles debe evitarse la división de las empresas y que si la composición de la masa no permite formar lotes de igual valor las diferencias entre el valor de los bienes que integran un lote y el monto de la hijuela correspondiente deben ser cubiertas con dinero garantizándose el saldo pendiente a satisfacción del acreedor, el saldo no puede superar la mitad del valor del lote excepto en el caso de atribución preferencial. Esto implica que si por la atribución preferencial el establecimiento se le otorgara al cónyuge o a uno de los herederos el saldo que este deba pagar por su lote puede tener un valor muy superior a la mitad de la valuación de la empresa.

9.1. Del pago de los lotes.

Excepto acuerdo en contrario, si al deudor del saldo se le conceden plazos para el pago y, por circunstancias económicas, el valor de los bienes que le han sido atribuidos aumenta o disminuye apreciablemente, las sumas debidas aumentan o disminuyen en igual proporción. Si hay cosas gravadas con derechos reales de garantía, debe ponerse a cargo del adjudicatario la deuda respectiva, imputándose a la hijuela la diferencia entre el valor de la cosa y el importe de la deuda.

Las sumas que deben ser colacionadas por uno de los coherederos se imputan a sus derechos sobre la masa.

La regla en materia sucesoria es que las cosas se transmiten a los herederos al momento de la muerte del causante, pero en el caso de empresas que se atribuyan a un heredero para evitar su parcelamiento o en razón de que constituya una unidad económica en cuya formación participo y por esta atribución deba pagar a los restantes herederos un saldo de precio el bien no se considera transmitido hasta tanto no salde el precio, es por eso que si se conceden plazos y durante el transcurso del plazo aumenta o disminuyen el valor de los bienes también debe aumentar o disminuir el valor de lo que debe, esto siempre y cuando la unidad empresaria no haya aumentado su valor por el trabajo del heredero a quien se le atribuyo o no haya perdido su importancia económica por su mala gestión.

La regla contenida en el 2377 3º párr. quiere evitar la influencia de la inflación o de las circunstancias económicas derivadas del hecho del príncipe, en estos casos resultaría injusto que los herederos se vieran beneficiados o perjudicados por la mera depreciación económica o por los cambios en el régimen de importación y exportación establecido por el gobierno.

10. Partición por donación

La partición por donación se encuentra contemplada en los artículos 2415 y 2416, esta forma de partición colabora al régimen de la empresa familiar porque permite que en vida de los causantes se realice la distribución de sus bienes, pero con respecto a las empresas tiene el inconveniente que la partición por donación no puede tener por objeto bienes futuros, ello implica que solo van a ser incluidos los bienes existentes al momento de la donación pero no aquellos que adquiera o genera el padre empresario con posterioridad.

Es importante tener en cuenta que en todos los casos para la colación el cálculo de la legítima se debe tener en cuenta el valor de los bienes al tiempo en que se hacen las donaciones apreciados a valores constantes.

Cuando el dueño de la empresa quiere seguir conduciéndola pero al mismo tiempo quiere evitar que este bien entre en sucesión lo que puede hacer es transmitir por donación la nuda propiedad reservándose el usufructo de los bienes de acuerdo a lo establecido en el art. 2416.

Cuando a la inversa el gestor de la unidad económica quiere deshacerse de la responsabilidad de la conducción pero al mismo tiempo quiere asegurar su futuro económico lo que corresponde hacer es realizar una partición por donación y constituir una renta vitalicia en favor del donante, conforme lo establecido por el art. 2416 del CCyCN.

Los empresarios pueden tener la actitud de los sucesores después de realizada la donación, es decir pueden tener miedo de que los donatarios incumplan con sus deberes filiales después de que hayan recibido los bienes a través de una donación, en este caso hay que recordar que la donación puede ser revocada por las causales normales de revocación de donaciones contempladas en el art. 1569 del CCyCN por inexecución de los cargos, por ingratitud del donatario y, en caso de habérselo estipulado expresamente, por supernacencia de hijos, pero también puede ser revocada la partición por donación por las causales de indignidad contempladas en el art. 2381 CCyCN.

11. Transmisión de los bienes a los legitimarios

El artículo 2461 del CCyCN establece *“Si por acto entre vivos a título oneroso el causante transmite a alguno de los legitimarios la propiedad de bienes con reserva de usufructo, uso o habitación, o con la contraprestación de una renta vitalicia, se presume sin admitir prueba en contrario la gratuidad del acto y la intención de mejorar al beneficiario. Sin embargo, se deben deducir del valor de lo donado las sumas que el adquirente demuestre haber efectivamente pagado.*

El valor de los bienes debe ser imputado a la porción disponible y el excedente es objeto de colación.

Esta imputación y esta colación no pueden ser demandadas por los legitimarios que consintieron en la enajenación, sea onerosa o gratuita, con algunas de las modalidades indicadas.”

Lo importante de esta norma a los fines de la organización de la transmisión de la empresa familiar es que cuando se donen bienes con reserva de usufructo o con la contraprestación de una renta vitalicia se puede evitar que ellos sean objeto de colación cuando todos los legitimarios consienten la enajenación, sea esta onerosa o gratuita, cierto es que la norma ha sido criticada por Ferrer, Córdoba, Natale y Pitrau³⁷, pero también es cierto que ella contribuye a dar seguridad al tráfico jurídico.

³⁷ Pitrau Osvaldo “Comentario al Artículo 2461” en Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Directores Medina y Rivera. Tomo VI. Pág. 435
Amarante, Antonio Armando, “Comentarios respecto de la legítima en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, DFyP 2012 (noviembre), 165; Cerávolo, Francisco, “Donaciones inoficiosas. Propuesta de modificación del Proyecto de Código”, LA LEY, 2012-F, 904; Córdoba, Marcos, “Las reformas en materia de

12. La indivisión forzosa.

Otra norma que contribuye a perpetuar en el tiempo la empresa familiar y evitar las consecuencias de una división impuesta por la ley es la indivisión forzosa.³⁸

El artículo 2330 reproduce la estructura del art 51 de la ley 14394, mejorando su redacción en tanto aclara que la indivisión debe ser establecida en testamento y amplía su objeto porque se agrega la referencia a las partes sociales, cuotas o acciones de la sociedad de la cual es principal accionista.

Rolleri afirma *“Ello se encuentra vinculado y concuerda con lo previsto en el art. 1010, en relación con lo que la parte de la doctrina ha venido denominando “planificación sucesoria” la cual consiste en articular un conjunto de medidas o de acciones, con vistas a evitar los conflictos que puedan sobrevenir a la muerte de una persona, ya que dicha norma tiende a proteger de esta manera, el ámbito de una unidad de negocios, como los es una explotación productiva o participaciones societarias, especialmente familiares.*

Al respecto se ha expresado que el derecho privado debe proteger la dinámica de los negocios jurídicos para garantizar la continuidad de la actividad productiva, aún durante el estado de indivisión hereditaria, debe formular normas que armonicen el derecho societario al derecho sucesorio, para otorgar claridad al actual sistema, debiendo flexibilizarse las normas del derecho sucesorio y permitiendo anticipar extrajudicialmente el modo en que se efectuará la transmisión mortis causa de las empresas familiares, con fundamento en el principio de conservación de la empresa y la tutela del interés familiar.

En ese mismo sentido, dicho criterio es recepcionado por el modificado art. 28 de la ley 19.550 de sociedades comerciales, resguardando, para el caso de cualquier sociedad constituida con bienes sometidos a indivisión forzosa hereditaria, a los herederos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringida, al exigir imperativamente que éstos deberán revestir el carácter de socios con responsabilidad limitada. Por otro lado dicha norma prevé, además, que el contrato constitutivo debe ser aprobado por el juez de la sucesión y en caso de existir la posibilidad de colisión de intereses entre el representante legal, el curador o el sostén y la persona menor de edad, incapaz o con capacidad

sucesiones”, en Comentario al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, Rivera, Julio César Medina, Graciela (coord.), Abeledo Perrot, 2012; Di Lella, Pedro, “De la transmisión de derechos por causa de muerte”, en Comentario..., cit.; Rolleri, Gabriel, “Indivisión forzosa y partición”, en Comentario..., cit.; Ferrer Francisco, Córdoba Marcos M. y Natale Roberto M., Observaciones al proyecto de Código Civil y Comercial en materia sucesoria, DFyP 2012 (octubre), 127; Ferrer, Francisco, “Discapacidad y derecho sucesorio en el Proyecto de Código”, LA LEY 25/10/2012; id., “Colación, valor colacionable y proyecto de Código Civil”, DFyP 2014 (mayo), 115; Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, t. II, 1463/Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales, t. II, 301; ; Lamber, Néstor Daniel y Piazza, Marta Rosa, “La legítima y el Proyecto de Unificación de Código Civil y Comercial año 2012”, Revista del Notariado, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, octubre-diciembre 2013, 914; Lo Prete, Octavio, La Legítima Hereditaria, en Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, 2012; Medina, Graciela y González Magaña, Ignacio, “Sucesiones intestadas”, en Comentario..., cit.; Molina Sandoval, Carlos A., “El fideicomiso en la planificación sucesoria”, LA LEY, 2014-B, 860, AR/DOC/908/2014; Rolleri Gabriel G. y Olmo, Juan Pablo, “Beneficiarios de la mejora a favor del heredero con discapacidad”, DFyP 2014 (enero), 115; Solavagione, Josefina M., “La legítima hereditaria y el orden público en el régimen del Código Civil”, DFyP 2014 (junio), 127.

³⁸ Ferrer, Francisco, Córdoba Marcos M., Natale, Roberto M., “Observaciones al proyecto de Código Civil y Comercial en materia sucesoria”, RDFyP, Año 4, Número 9, octubre de 2012, La Ley, Buenos Aires, 2012; Rolleri, Gabriel, “Indivisión forzosa y partición”; Di Lella, Pedro, “De la transmisión de derechos por causa de muerte”, en Rivera, Julio César (dir.), Medina, Graciela (coord.), Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

restringida, se debe designar un tutor ad hoc para la celebración del contrato y para el contralor de la administración de la sociedad si fuere ejercida por aquél.”

12.1. Plazo de la indivisión

El plazo establecido para la indivisión es de 10 años, pero consideramos que los herederos por unanimidad pueden solicitar al juez del sucesorio que cese la indivisión y este deberá aceptarlo porque si ninguno de los herederos quiere mantener la co-propiedad sobre la empresa es sin duda útil ponerle fin.

13. Pacto de indivisión

Otra herramienta útil para evitar la liquidación de la empresa es el pacto de indivisión que puede convenir los herederos contemplado en el artículo 2331 del CCyCN

13.1. Término de la indivisión

El plazo por el cual se puede mantener indivisa una herencia es de 10 años y este plazo puede ser renovado por otros 10 años más, la posibilidad de prolongar la indivisión tiene su razón de ser en el hecho de que ella no le es impuesta por un tercero como en el caso de la indivisión establecida por el causante sino que es producto de su voluntad de no partir la herencia o algún bien que la compone³⁹.

13.2. Forma de pactar la indivisión

En principio no se establece una forma obligatoria para pactar la indivisión salvo que existan herederos menores caso en el cual el convenio debe ser aprobado judicialmente.

Si la indivisión recae sobre inmuebles necesariamente deberá hacerse por escritura pública para poder inscribirse en el RPI y si se trata de indivisión sobre cuotas parte esta deberá inscribirse en la IGJ o en el Registro de comercio para lo cual también será necesaria la escritura pública.

13.3. La división anticipada

Cualquiera de los coherederos puede pedir la división antes del vencimiento del plazo siempre que medien causas justificadas

14. Oposición a la división de la unidad económica.

Para preservar la continuidad de la empresa familiar es CCyCN prevé que el cónyuge y el heredero que han adquirido o constituido en todo o en parte el establecimiento o que es el principal socio accionista de la sociedad pueden oponerse a que este se incluya en la partición en el caso del heredero siempre y cuando haya participado activamente en su explotación.

³⁹ Rolleri, Gabriel G., Código Civil y comercial de la nación comentado. Dirección Rivera – Medina. Comentario al artículo 2331, pág. 165

No todo heredero puede oponerse a la partición solo pueden oponerse aquellos que cumplan con las normas del art 2332 del CCyCN

- 1) Existencia de un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o de otra índole que constituye una unidad económica, o partes sociales, cuotas o acciones de una sociedad
- 2) El heredero debe haber participado activamente en la explotación de la empresa, tanto al haber adquirido o constituido en todo o en parte el establecimiento, o que sea el principal socio o accionista de la sociedad
- 3) Cuando, aun sin adquirir ni constituir dicho establecimiento, participó activamente en su explotación.

15. Posibilidad que el testador designe el administrador de la sucesión

El artículo 2347 dispone *“El testador puede designar uno o varios administradores y establecer el modo de su reemplazo. Se considera nombrado administrador a quien el testador haya señalado expresamente como tal, o lo haya designado como liquidador de la sucesión, albacea, ejecutor testamentario o de otra manera similar.”*

La posibilidad de designar el administrador de la sucesión evita muchos conflictos en la empresa familiar porque permite la designación del sucesor en la dirección empresarial, lo que evita las discusiones sobre el tema y los roces entre los posibles sucesores.

16. Fideicomiso testamentario

El fideicomiso testamentario está regulado en el art. 2493, el fideicomiso testamentario ya había sido incorporado a nuestra legislación por la ley 24441. El nuevo código legisla sobre el instituto introduciendo algunos cambios importantes, estos cambios están relacionados con:

16.1. Objeto del fideicomiso testamentario

La ley 2441 exigía la individualización de los bienes que constituían el objeto del fideicomiso testamentario la cuestión está en determinar si el fideicomiso testamentario puede constituirse sobre una universalidad.

La actual redacción del artículo 2493 no deja dudas que el testador puede establecer un fideicomiso sobre la universalidad de la herencia o sobre algunos bienes, ello permite claramente constituir un fideicomiso sobre la empresa familiar.

16.2. El fideicomiso y la legítima

El testador fiduciario podría mediante un fideicomiso testamentario imponer la indivisión hereditaria de los bienes fideicomitados durante 30 años, lo que lógicamente va contra las normas del derecho sucesorio, en este caso los herederos forzosos designados como fideicomisarios podrían cuestionar el fideicomiso cuando esto constituye un verdadero perjuicio para los legitimarios.⁴⁰

⁴⁰ Kiper, Claudio M. - Lisoprawski, Silvio V. Fideicomiso Testamentario en el Código Civil y comercial. Publicado en: LA LEY 03/02/2015, 1 - LA LEY2015-A, 778, MERLO, Leandro, BERBERE, Delgado Jorge

Azpíri y Requeijo agregan que cuando el beneficiario no sea heredero legítimo, habrá que observar si las rentas a recibir exceden la porción disponible del testador, y entienden que el heredero legítimo puede elegir entre cumplir con la disposición testamentaria tal como la estableció el causante o entregar al beneficiario la porción disponible. Esta solución la consideran aplicable al supuesto de beneficiario heredero legítimo⁴¹

Cabe señalar que el fideicomiso testamentario debe ser inscripto en la IGJ y en el Registro de bienes inmuebles con los alcances de la Resolución General IGJ N07/2015) Sobre la registración hay que tener en cuenta que el Artículo 284 de la res. gral. 07/2015, establece que A partir de las vigencias de estas Normas, se registrarán en este Registro Público a cargo de la Inspección General de Justicia los contratos de fideicomiso, en los siguientes supuestos:

1. *Cuando uno o más de los fiduciarios designados posea domicilio real o especial en jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y;*
2. *Cuando acciones de una sociedad inscripta ante este Organismo formen parte de los bienes objeto del contrato de fideicomiso.*

En caso de tratarse de contratos de fideicomiso que involucren bienes registrables no sujetos a la competencia de este organismo, deberá cumplirse, luego de la registración de este Organismo, la inscripción fiduciaria de dichos bienes ante el organismo que corresponda, conforme lo establecido en los artículos 1682, 1683 y 1684 del Código Civil y Comercial de la Nación.⁴²

17. Conclusión

La empresa familiar carece de un marco regulatorio propio en el CCyCN unificado pero este contiene más de una decena de reglas que pueden ser utilizadas por los operadores jurídicos para evitar los problemas de las empresas familiares y para facilitar su transmisión mortis causa e impedir su desaparición entre la primera y la segunda generación. Entre estas normas cabe destacar las siguientes:

- 1) La facultad de elección del régimen patrimonial limitada a la opción de separación de bienes.
- 2) La posibilidad de contratación entre cónyuges en el régimen de separación de bienes.
- 3) La posibilidad de constituir cualquier tipo de sociedades entre cónyuges en ambos regímenes.
- 4) La disminución del sistema de legítimas.
- 5) La regulación del fideicomiso testamentario.
- 6) La indivisión de la empresa por voluntad del testador.

“El fideicomiso testamentario. Como herramienta de planificación sucesoria. Marco Legal vigente y proyectado” DFyP2013. (julio) 91

⁴¹ AZPIRI, J. - REQUEIJO, O., "El fideicomiso y el derecho sucesorio", LL 1995-D-1127

⁴² Sobre el tema ver KIPER, Claudio y LISOPRAWSKI Silvio “Registro de Contratos de Fideicomiso La reciente resolución IGJ N 07/2015” en diario La Ley 7/08/2015

- 7) La posibilidad de imponer la indivisión de la unidad empresaria por el cónyuge y por los herederos que hubieran participado en su formación.
- 8) La posibilidad de realizar pactos sobre herencia futura art. 1010 CCyCN
- 9) La prescripción adquisitiva de las donaciones. Art. 2459
- 10) La atribución preferencial.
- 11) La posibilidad de la elección del administrador por el testador.
- 12) La partición por donación unida a la renta vitalicia a favor del donante.
- 13) La aceptación por todos los herederos de la transmisión de los bienes a los legitimarios en los límites del art. 2461 del CCyCN

El estudio y desarrollo de todos estos institutos seguramente contribuirá a la continuidad de las unidades empresariales familiares y a la amplitud de su desarrollo económico.