

LOS PACTOS SOBRE HERENCIA FUTURA COMO HERRAMIENTA DE PLANIFICACIÓN SUCESORIA (CON ESPECIAL REFERENCIA AL PACTO DE FAMILIA DEL ART. 1010)

Por Carlos A. HERNÁNDEZ y Mariana B. IGLESIAS*

PUBLICADO EN DERECHO COMERCIAL Y DE LAS OBLIGACIONES – EDICIÓN ESPECIAL-
ABELED0 PERROT N° 272 MAYO/JUNIO 2015, p. 709 Y SS

Sumario: 1. Aspectos generales. 2. Orden público y autonomía de la voluntad en el nuevo Código Civil y Comercial. 3. El planificante y los posibles objetivos de su planificación 4. Los pactos sobre herencia futura como herramienta de planificación sucesoria. 4.1. Identificación de los pactos sobre herencia futura.. 4.2. Pactos sobre herencia futura en el Código unificado. 4.3. Consecuencias de la violación a la prohibición de los pactos sobre herencia futura. 5. Pactos sobre herencia futura excepcionalmente permitidos como herramientas de planificación sucesoria. 5.1. Pactos sobre herencia futura permitidos en general. 6. Pactos de familia del art. 1010 del Código Civil y Comercial de la Nación. 7. Conclusión

1. ASPECTOS GENERALES

En un trabajo realizado en coautoría hace ya algunos años, desarrollamos la temática de la planificación sucesoria¹⁻², resaltando la alta importancia social que reviste, al

* Profesores Titulares de Derecho Civil III (Contratos) y Derecho Civil VI (Sucesiones) de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, respectivamente.

¹ IGLESIAS, Mariana B. - HERNÁNDEZ, Carlos A., “La planificación sucesoria: Diálogo entre el Derecho Contractual y el Derecho Sucesorio”, LA LEY 2011-B, 1051 y ss.

² Entre muchos otros estudios, pueden verse con provecho: ARECHA, Martín – FAVIER DUBOIS, Eduardo (h) - RICHARD, Efraín – VÍTOLO, Daniel, *Conflictos en sociedades ‘cerradas’ y de familia*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2004; BASSET, Úrsula Cristina, *Fideicomiso testamentario. Una herramienta para la planificación hereditaria*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008; CALCATERRA, Gabriela – KRASNOW, Adriana, *Empresas de familia*, La Ley, 2010; CÓRDOBA, Marcos M., “Pacto sobre herencia futura. El derecho vigente y el proyectado”, DFyP 02/12/2013, 105; FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h.), “Los fideicomisos para la protección de la empresa familiar”, DFyP 01/04/2014, 3; 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 19/07/2013, 48; FERRER, Francisco A. M., *La sucesión beneficiaria*, Editorial Juris, Rosario, 2007; FERRER, Francisco A. M., *Fideicomiso Testamentario y Derecho Sucesorio*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000; FERRER, FRANCISCO A.M., “Los pactos sucesorios en el Código Civil y Comercial”, cita RC 343/2015; HERNÁNDEZ, Carlos A. – ESBORRAZ, David F., “El contrato de seguro de retiro y la renta vitalicia previsional en el marco de la ley 24.241”, en Derecho y Empresa, publicación del Departamento de Derecho de la Facultad de Ciencias Empresariales de la Universidad Austral, 1998, N° 7/8 (Homenaje a Juan C. Morandi), pág. 99 y ss.; IGLESIAS, Mariana B., “Cesión de herencia”, tesis doctoral (Facultad de Derecho UNR), inédita; IGLESIAS, Mariana B. “Los derechos sucesorios del conviviente” Fecha: 01-o7-2013 - Publicado: RDF 60-221. LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos. Parte general*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe; MEDINA, Graciela, “Empresa familiar”, LA LEY 2010-E, 920; MEDINA, Graciela - FAVIER DUBOIS, Eduardo M., “Empresa familiar. Proyecto de incorporación al Código Civil”, DFyP 01/01/2012, 3; MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Protocolo de empresas familiares”, LA LEY2013-B, 613; NATALE, Roberto M., *La acción de reducción*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2008; NICOLAU, Noemí L. – ARIZA, Ariel C. – FRUSTAGLI, Sandra A. – HERNÁNDEZ, Carlos A.,

constituir un verdadero mecanismo de prevención de conflictos. Y sosteníamos que existe cierto prejuicio en creer que la planificación constituye una estrategia sólo aplicable y útil para las grandes sucesiones. Señalábamos allí que ello era un equívoco, puesto que se trata de una herramienta valiosa también para resolver diferentes problemas, sea que se presenten como consecuencias de las propias transferencias ‘mortis causa’, o bien, a los efectos de dar una mayor protección económica a determinados herederos por encontrarse en una situación de debilidad.

Es decir que, buscando un objetivo u otro, no hay duda que planificar una sucesión supone una herramienta de prevención, que en los tiempos que corren resulta de suma utilidad.

Es de destacar además que la planificación sucesoria requiere el planteo de una estrategia, que importa delinear un proceso expresado en un conjunto de acciones sistematizadas, cuyo objetivo es el logro de un determinado fin, que dependerá de lo que el planificador persiga, definiendo los propósitos de acción (camino a recorrer); e identificando y limitando los objetivos a seguir (adonde se quiere llegar).

Pero además ésta problemática, como toda expresión de lo “jurídico”, debe partir de una profunda y minuciosa indagación de las relaciones humanas que subyacen, desde que no puede caerse en una visión simplificadora, anclada en aspectos meramente formales, sin atender a la concreta relación familiar, las eventuales relaciones de poder que funcionen en cada familia concreta, la existencia o no de familia, los herederos con capacidades diferentes, la decisión sobre si la planificación elegida es con transferencia inmediata de bienes, o a operarse luego de la muerte del planificante, etc.. En otras palabras, no cabe limitarse a dar una solución desde lo formal y legal sino además, ahondar en la profundización social y familiar para que el trabajo realizado resulte eficaz al objetivo planteado.³

Finalmente, nos parece importante destacar los elementos de la planificación sucesoria: sujetos, objeto y causa. Los sujetos son el planificante y el planificado. El primero es aquel que decide avanzar en la planificación sucesoria y disponer y/u organizar su patrimonio con efectos luego de su muerte, mientras que el planificado es el beneficiario de la planificación sucesoria. De todas maneras, no debemos olvidar, que dentro de las herramientas que el nuevo Código ofrece, podemos encontrarnos con que los mismos sujetos son planificantes y planificados a la vez, ya que lo que hacen es ordenar una sucesión ajena sin que participe el futuro causante o propietario de los bienes hereditarios.

Fundamentos de Derecho Contractual, en coautoría, Editorial La Ley, Tomos I y II, Buenos Aires, 2009; ZANNONI, Eduardo A., *Derecho Civil. Derecho de las sucesiones*”, T 1 y 2, Astrea, Buenos Aires, 1997.

³ A los efectos del desarrollo del tema de la Estrategia, véase BENTOLILA, Juan José, “Estrategia profesional de la abogacía”, <http://centrodefilosofia.org.ar/publicaciones.htm>, número 46 enero a diciembre de 2013.

El objeto es el todo o parte del patrimonio del planificante o de un tercero (si en la planificación no participa el causante); y la causa es la voluntad del planificante (futuro causante y/o futuros herederos) de dejar ordenada –total o parcialmente- la sucesión futura.

2. ORDEN PÚBLICO Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

El Código Civil y Comercial unificado, plantea una flexibilización del orden público sucesorio, que queda demostrado en varias de sus disposiciones, tales como, la disminución de los montos de legítima (art. 2445), los límites a la acción de reducción (art. 2459), la mejora a favor del heredero con discapacidad (art. 2448), todo lo cual supone ampliar los márgenes de la autonomía privada, cercenada por la sucesión forzosa. De todas maneras, es indudable, que ante la existencia de herederos forzosos, resulta indispensable atender el orden público sucesorio, ya que no puede excederse –en cuanto a las liberalidades- de la porción disponible del autor de la sucesión.

3. EL PLANIFICANTE Y LOS POSIBLES OBJETIVOS DE SU PLANIFICACIÓN

Lo primero que debe atenderse ante una planificación sucesoria, es la verdadera voluntad del planificante, y el alcance que éste le quiere dar a la misma.

En este sentido, la planificación sucesoria puede realizarse: a) Sin transmisión inmediata de bienes, por ejemplo, a través de un testamento, en donde organiza y divide sus bienes para que tenga efectos luego de su muerte; o b) Con transmisión inmediata de bienes, por ejemplo, mediante el contrato de donación, teniendo en este caso voluntad de despojarse de su patrimonio en beneficio del o de los planificados con efectos en lo inmediato (en cuanto a la transferencia de los bienes) pero con consecuencias –eventualmente- para luego de su muerte; c) Con participación del futuro causante o su cónyuge; o d) Sin participación del futuro causante y su cónyuge.

En uno u otro caso, la planificación puede, además, perseguir diferentes objetivos:

1) *Planificación con fines de partición y/o indivisión*, es decir, para partir o mantener indiviso los bienes del acervo hereditario; por ejemplo la partición por ascendiente, que puede materializarse a través de una donación o de un testamento; o lo contrario, es decir, en vez de partir, generar una indivisión hereditaria a fin de que el beneficio para sus herederos consista en el retraso de la partición. El nuevo Código atiende a ambas hipótesis. En ese sentido el art. 2331 plantea la posibilidad del testador de generar una indivisión relativa a un bien determinado, a establecimientos comerciales, agrícolas, ganaderos, industriales, mineros, y de cualquier índole, o a cuotas societarias, por un plazo de 10 años o hasta que sus herederos alcancen la mayoría de edad.

Es interesante destacar la partición por ascendiente, figura que permite –a aquellas personas que tienen descendientes- realizar la partición de todos o parte de sus bienes, la

que si bien ya estaba regulada en el Código de Vélez aparece tipificada de manera más clara en el Código Civil y Comercial de la Nación. La misma puede realizarse recurriendo a la donación o al testamento, de acuerdo con la elección del ascendiente, pudiendo además utilizar esta partición para mejorar a uno de los herederos.(art. 2311 y ss.)

2) *Planificación con fines de mejorar a un heredero forzoso.* La mejora es un instrumento de escasa utilización entre nosotros, al menos desde lo formal, ya que con frecuencia, se recurre a ella mediante mecanismos simulatorios encaminados a beneficiar a un heredero de modo encubierto. Adviértase que la simulación es una planificación sucesoria deficiente, que importa la llave de acceso a numerosos conflictos.

La mejora puede hacerse mediante un testamento, aunque también puede instrumentarse por actos entre vivos, los que constituyen pactos sobre herencia futura excepcionalmente permitidos.

3) *Planificación con fines de administración*

En tales supuestos, nuestro ordenamiento jurídico brinda un conjunto de herramientas, presentes en el Derecho Sucesorio y en el Derecho Contractual, que persiguen planificar estrategias adecuadas. Así, por ejemplo, el fideicomiso se presenta como el instrumento paradigmático para ello.

4) *Planificación con fines de beneficiar a un extraño u ordenar la sucesión de herederos ab intestato no forzosos*

En ocasiones, la planificación pretende beneficiar a un extraño, es decir a un sujeto que no es heredero ab intestato, o que si bien lo es, no es legitimario, y por tanto a través del testamento desplazarlo, o lo contrario instituirlo como único heredero aunque haya más herederos, tal el ejemplo de los colaterales,

También puede perseguirse el garantizar un destino específico a ciertos bienes del acervo. En tal caso se sitúan las donaciones a favor de instituciones benéficas o para desarrollar o potenciar emprendimientos culturales. En este ámbito no pueden soslayarse los conflictos judiciales habidos con motivo de la interpretación y alcance temporal de los cargos bajo los cuales se otorgan dichas liberalidades, que ponen en evidencia la complejidad de la cuestión⁴.

5) *Planificación con fines de transmisión de la empresa familiar.* Aquí, se planifica para concretar una transmisión no traumática de los emprendimientos familiares. Este constituye un tema de estudio e interés en el último tiempo, que ha sido considerado principalmente desde la perspectiva del Derecho Societario, pese a su directa filiación con

⁴ “Uriarte, Carmen Rosario y otros c/ Estado Nacional”, CSJN, 11/0496, ED t. 168, pág. 326 y ss.; y “Girondo, Alberto E. c/ Museo Nacional de Bellas Artes”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, 24/11/2006, LL On Line.

el Derecho Contractual y el Derecho Sucesorio. La relevancia del tema resulta ostensible, y a él nos abocaremos, toda vez que interesa de modo especial para evitar que la muerte de alguno o varios de sus titulares pueda poner en riesgo la estructura de la empresa familiar.

6) *Planificación integral*. No solamente se planifica lo patrimonial sino también puede realizarse, además, el reconocimiento de un hijo o disposiciones sobre el propio cadáver. En este caso se puede recurrir al testamento, en cualquiera de sus formas y proceder al reconocimiento y a las disposiciones testamentarias.⁵

7) *Planificación con fines de protección a un heredero con capacidades diferentes*.

Muchas veces la decisión de recurrir a una planificación sucesoria puede provenir de la preocupación derivada de subsistencia económica de un hijo con capacidad diferente, luego de la muerte de sus padres; se planifica aquí para lograr la protección de ese heredero.

En este sentido debemos poner de resalto las herramientas que el Código Unificado nos brinda para ello; así el artículo 2448 dispone “*Mejora a favor de heredero con discapacidad. El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral*”. Es decir que en este caso la planificación sucesoria puede avanzar más allá de la porción disponible que tiene el planificante, permitiendo el avance sobre la legítima hereditaria.

4. LOS PACTOS SOBRE HERENCIA FUTURA COMO HERRAMIENTA DE PLANIFICACIÓN SUCESORIA

4.1. Identificación de los pactos sobre herencia futura

Elias GUASTAVINO, explica en su clásica obra *Pactos sobre herencia futura*⁶, que para su configuración se exige el cumplimiento de tres condiciones de existencia, a saber: a) Que se trate de una sucesión no abierta; b) Que el objeto de ese contrato importe el todo o parte de una sucesión no abierta; y c) Que dicho contrato se realice atendiendo a un futuro derecho hereditario, es decir como futuro heredero o futuro causante, y no a título de crédito u otra clase. Esta condición es la más importante y permite por tanto diferenciarlas,

⁵ FASSI, Santiago, *Tratado de los testamentos*, Vol. 1, Astrea, Buenos Aires, 1970, pág. 248 y ss.

⁶ Ed. Ediar, Bs. As., 1968.

por ejemplo, de la promesa post mortem y/o acto in diem mortis dilatti⁷, venta de cosa ajena; etc.

Por otro lado no puede confundirse al pacto sucesorio con la sucesión contractual, ya que esta última importa una especie del pacto sucesorio, mediante la cual el convenio se constituye en fuente de la vocación hereditaria, es decir, permite la creación de derechos hereditarios mediante un contrato, facultad que no es posible en nuestro Derecho⁸.

⁷ Ver ANDORNO, Luis, en "Fallo trascendente en materia de cesión gratuita de derechos de autor por parte de Jorge Luis Borges" LA LEY 1998-B, 758, en donde refiriéndose al precedente "*Kodama, María c/ Ferrari, Osvaldo A.*", explicaba las diferencias entre un pacto sobre herencia futura y los actos in diem mortis dilatti, sosteniendo que "*El más Alto Tribunal de la República invalidó la sentencia de dicha sala G, por las siguientes razones: 1) Por cuanto la Cámara debió establecer el criterio para distinguir los actos entre vivos de los actos por causa de muerte y desde esta perspectiva calificar el negocio jurídico enjuiciado para poder determinar si él estaba alcanzado por la nulidad de los arts. 1175 y 1790, Cód. Civil; 2) En razón de que la Cámara incurrió en una contradicción, pues, por un lado, compartió el criterio del a quo en el sentido de que el acto en cuestión era entre vivos y, por otro lado, decidió declarar la nulidad de dicho acto, debido a que la cesión importaba una donación por causa de muerte no reconocida por el art. 1803. Y la conclusión sólo puede admitir una premisa opuesta a la considerada; 3) Por cuanto la Cámara estableció que no había razón para afirmar que sólo las donaciones irrevocables están alcanzadas por el art. 1790, pues los demandados y el fallo de primer grado sostuvieron lo inverso. Las donaciones prohibidas por el art. 1790 se fundan únicamente en la perseverancia de la voluntad del promitente hasta su muerte, condición que no se verifica en la cesión concertada entre Borges y Ferrari; 4) En el fallo de la sala G se dice que existió una donación "mortis causa", y esta afirmación no tuvo desarrollo para determinar si el acto consiste en un pacto sucesorio o en una promesa "post-mortem" (no alcanzado por la prohibición de los arts. 1175 y 1790. Y 5) Finalmente, la Cámara no precisó el alcance acordado a la muerte del cedente, a cuyo efecto debió apreciar en función de la aceptación realizada por el cesionario, si la atribución destinada a éste era eventual o si surgió por medio del consentimiento de las partes aunque haya quedado diferida (en su plena eficacia) hasta la muerte del donante ("inter vivos in diem mortis dilati") por haber abdicado el cedente de la posibilidad de disponer de sus derechos. De este modo la cuestión fundamental a resolver en el presente juicio quedó circunscripta a determinar el sentido y alcance que correspondía atribuir al contrato celebrado entre Borges y Ferrari, conforme al cual, el primero "cede gratuitamente y en caso de fallecimiento a favor de Osvaldo Agustín Ferrari... los derechos de autor -dentro de lo comprendido en el art. primero de la ley 11.723 de propiedad intelectual (Adla, 1920-1940, 443)- y con respecto a lo realizado o a realizarse bajo cualquier forma de coautoría, colaboración entre el aquí cedente junto con el aquí cesionario, incluidas las obras póstumas. En consecuencia, subroga al cesionario en todos sus derechos de autor de lo antes mencionado y a partir de su fallecimiento, con las más amplias facultades para intervenir y ejercitar las acciones que competen en los aspectos mencionados, al cedente". Presente Ferrari en el acto "manifiesta su conformidad y aceptación...V. Conclusiones. Como síntesis de lo expuesto en el presente comentario caben a nuestro juicio las siguientes conclusiones fundamentales: En primer lugar, que parece más adecuado sostener que en el ordenamiento jurídico argentino existe una división fundamental entre actos "entre vivos" y actos "mortis causa". En segundo lugar, que tales actos "mortis causa" comprenden la especie de las disposiciones "de última voluntad". En tercer lugar, que la oposición lógica aparece con los actos entre vivos y los actos de última voluntad. En cuarto lugar, en cuanto los actos "in diem mortis dilati" constituyen una especie de los negocios entre vivos. En quinto lugar, en cuanto corresponde distinguir los pactos sucesorios ex art. 1790 - correlacionados con el art. 1175 del Cód. Civil y otros- de las donaciones modales sujetas a condición resolutoria ex art. 1803, y de los actos entre vivos "in diem mortis dilati" que están sujetos a condición suspensiva o a plazo suspensivo incierto. En sexto lugar, en cuanto en el presente caso, es razonable concluir que el escritor Borges ha querido conceder al demandado, a través del acto firme e irrevocable del 21 de octubre de 1985, una atribución válida mediante un contrato de cesión aplazado ("in diem mortis dilati")".*

⁸ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo VI, Derecho de Sucesiones, Ed. Reus, Madrid, 2015, pág. 778.

Finalmente también, para el nuevo Código, no resulta determinante la transmisión de bienes en sentido estricto a fin de tipificar o configurar un pacto sucesorio.

4.2. Pactos sobre herencia futura en el Código unificado

Fiel a su tradición, el nuevo Código –al igual que el de Vélez-, prohíbe –por regla- a los pactos sobre herencia futura. Así el artículo 1010 en su primer párrafo expresa que “*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.*”

En síntesis, tenemos una regla de prohibición de dichos pactos, pero la misma contiene excepciones, ya sea en la segunda parte del mismo artículo, o en otras disposiciones expresas en donde se los habilita⁹, tales como –a título de ejemplo- la mejora por actos entre vivos, que abordaremos en el párrafo siguiente. Por tanto, la expresión contenida en el citado párrafo primero, en cuanto afirma “*excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición legal expresa*”, adquiere así una notable significación.

A su vez la regla de prohibición mencionada, se ve reforzada por otras normas en idéntico sentido, y es por tal motivo, que no es posible renunciar a la herencia antes de la muerte del autor de la sucesión a la que se pretende renunciar, como surge del Art. 2286 que establece que “*Las herencias futuras no pueden ser aceptadas ni renunciadas*”; tampoco se pueden renunciar a las acciones que protegen derechos hereditarios de sucesiones no abiertas; o a la legítima antes de la muerte del causante. Así el Art. 2449 sostiene que “*Es irrenunciable la porción legítima de una sucesión aún no abierta.*”

De todas maneras, y como ya explicábamos, existen importantes excepciones, que al igual que la segunda parte del art. 1010, constituyen claras herramientas de prevención y planificación sucesoria.

4.3. CONSECUENCIAS DE LA VIOLACIÓN A LA PROHIBICIÓN DE LOS PACTOS SOBRE HERENCIA FUTURA

Hemos explicado, que el artículo 1010, prohíbe los pactos sobre herencia futura con la salvedad de aquellos que se encuentren excepcionalmente permitidos por ley. También señalamos que, las excepciones, conceden claras herramientas de prevención y planificación sucesoria.

Ahora nos proponemos precisar el alcance de sus efectos cuando se avanza sobre un pacto prohibido. Es que para evitar la concreción de un pacto sucesorio que quede en la

⁹ Una posición diferente parece asumir Marcos CÓRDOBA, en LORENZETTI, Ricardo L., *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, T. V, Rubinzal Culzoni, pág. 736, Pto. I), quien al resumir el contenido del artículo sostiene que “*La ley prohíbe los pactos sobre herencia futura o sobre los objetos contenidos en ella, exceptuando a los que se refieren a entes productivos o la prevención o solución de conflictos*”

órbita prohibida, primero hay que tener muy en cuenta las condiciones de existencia de los pactos, esto es, cuando se configura un pacto sobre herencia futura; diferenciarlo de otros que no son de herencia futura, aunque la muerte sea tenida en cuenta para sus efectos, como sucede con las promesas post mortem u otros contratos similares, y finalmente solo pactar respecto de aquellos supuestos que se encuentran permitidos por ley.

Es válido resaltar, la técnica jurídica que requiere el asesoramiento sobre este tipo de contratos, ya que avanzar sobre supuestos prohibidos por ley, puede convertirse en un instrumento útil sólo para aquellos herederos que pretendan cuestionar la planificación realizada, y la llave de acceso a conflictos judiciales que son los que se han pretendido evitar.

Se impone comentar aquí, qué ocurre si se realiza un pacto sobre herencia futura prohibido. La respuesta es contundente: la sanción que trae aparejada la realización de un pacto cuyo objeto es una herencia futura y que no se encuentra amparada en ninguna excepción legal es la nulidad absoluta, tal como surge de los artículos 386 y 387 del nuevo régimen, en cuanto establecen, respectivamente que *“Son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres. Son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción sólo en protección del interés de ciertas personas”*, y que *“La nulidad absoluta puede declararse por el juez, aun sin mediar petición de parte, si es manifiesta en el momento de dictar sentencia. Puede alegarse por el Ministerio Público y por cualquier interesado, excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho. No puede sanearse por la confirmación del acto ni por la prescripción”*.

Surge patente que al contravenirse normas de orden público, la sanción de nulidad sea la absoluta. Además – y según el caso también- puede accionar el heredero que resultó perjudicado por dicho pacto, luego de la muerte del causante, mediante las acciones sucesorias idóneas, de acuerdo a la situación de hecho planteada.

Muchas veces también, nos encontramos con pactos prohibidos simulados, tal el caso de la renuncia encubierta a la acción de colación. Así vemos asiduamente, por ejemplo, que un padre dona un departamento a uno de sus hijos y en la escritura de donación, el notario hace comparecer al otro hijo y hermano del donatario, a los efectos de manifestar que ha recibido –antes de ese acto- igual cantidad en dinero en efectivo que el valor de lo donado, resultando dicha manifestación un claro pacto sobre herencia futura prohibido, renunciativo de la acción de colación y simulado. De no juzgárselo de este modo, cual sería el sentido del comparendo de un hermano a una donación que le resulta totalmente ajena? La respuesta parece obvia, debido a que se busca sortear por esa vía los límites impuestos a la renuncia directa u ostensible a la acción de colación antes de la muerte de su padre, por constituir un pacto prohibido.

En síntesis, la realización de un pacto sobre herencia futura –que no se encuentre expresamente autorizado por ley- es nulo de nulidad absoluta.

5. PACTOS SOBRE HERENCIA FUTURA EXCEPCIONALMENTE PERMITIDOS COMO HERRAMIENTAS DE PLANIFICACIÓN SUCESORIA.

5.1. Pactos sobre herencia futura permitidos en general

Llegamos ahora al tema de los pactos sobre herencia futura, que por excepción se encuentran permitidos.

A) Nuestro Código Civil y Comercial autoriza realizar mejoras por actos entre vivos, que constituyen tres supuestos de pactos sobre herencia permitidos:

1) La mejora realizada en el acto mismo de la donación como surge del art. 2385, que expresa que *“Los descendientes del causante y el cónyuge supérstite que concurren a la sucesión intestada deben colacionar a la masa hereditaria el valor de los bienes que les fueron donados por el causante, excepto dispensa o cláusula de mejora expresa en el acto de la donación o en el testamento.”* Por tanto los descendientes del causante y el cónyuge supérstite que hayan recibido donaciones durante su vida deben colacionar su valor luego de la muerte del donante, salvo que exista una dispensa (o lo que es lo mismo una mejora). Cuando dicha mejora se hace por actos entre vivos (donación) es un pacto permitido conforme el artículo recién citado;

2) La partición donación por ascendiente. Aquí nos encontramos con que el art. 2414 permite realizar mejoras mediante cualquiera de las formas que se adopten para realizar una partición por ascendiente, sólo que constituye un pacto sobre herencia futura permitido, cuando se la realiza mediante una donación;

3) Mejorar por actos entre vivos a través del art. 2461 que textualmente expresa que *“Transmisión de bienes a legitimarios. 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.”*

Asimismo, la última parte del art. 2461 importa también, un pacto sobre herencia futura, y en nuestra opinión, renunciativo de las acciones de colación, por parte de aquellos legitimarios que consintieron en la enajenación, la que por supuesto refiere a la parte que

excede la porción disponible. Es decir que el artículo funcionaría de la siguiente manera: Si el futuro causante transmite bienes a sus legitimarios a título oneroso, con la modalidad de reserva de usufructo, uso o habitación o renta vitalicia, se presume la gratuidad del acto y se lo toma como una mejora. Por tanto luego de su muerte, y a la hora de determinar si esa mejora excedió o no la porción disponible del testador deberá atenderse no solamente al valor de los bienes transmitidos, y al monto de disponible que se dispone, sino también habrá de descontarse las sumas efectivamente abonadas por dicho bien. Pero no tendrán acción aquellos legitimarios que hayan consentido en la enajenación, sea onerosa o gratuita; es decir que también se ampara la posibilidad de un pacto renunciativo de las acciones (a modo de excepción) cuando la enajenación reúna cualquiera de las tres modalidades exigidas por el artículo - no solo cuando lo sea a título oneroso- sino también gratuito. Con ello, y a nuestro modo de ver, se terminan con las discusiones que traía el viejo art. 3604, y por tanto si nos encontramos con una donación del futuro causante realizada a un legitimario con reserva de usufructo –por ejemplo- y algunos o todos los restantes legitimarios consintieron en la enajenación, aquellos que lo hicieron, no tendrán las acciones sucesorias. Entendemos que en este caso no se trata de un reconocimiento de la onerosidad del acto, como algunos sostenían respecto del 3604, sino de un pacto renunciativo de acciones puesto que alcanza este pacto a la transferencia de bienes tanto gratuita y como onerosa.

B) Otro pacto sobre herencia futura excepcionalmente permitido es la partición donación por ascendiente regulada en los artículos 2415 a 2420 del nuevo Código.

Esta figura, que –como decíamos- ya aparecía regulada en el Código de Vélez, resultó muy controvertida, entre otros aspectos por la contradicción que surgía del art. 3524 acerca de si se podía –o no- realizar mejoras por actos entre vivos mediante la utilización de la partición donación por ascendiente, y también debido a la interpretación que se hacía del art. 3426 en cuanto a la imposibilidad de tomar este formato mientras se encontraba vigente la sociedad conyugal.

El nuevo Código Civil y Comercial resuelve muchas de las controvertidas opiniones de esta figura en el Código de Vélez, que a priori debemos decir, importa una convergencia de normas relativas al contrato de donación y a la partición hereditaria.

Así se ha explicado que *“La partición contiene dos elementos inseparables y esenciales; es una donación y desde este punto de vista transfiere irrevocablemente el dominio a los donatarios, necesitando ser aceptada por estos y aplicándose reglas de fondo propias de las donaciones; y es al mismo tiempo una partición, de donde nacen los derechos propios de los partícipes, como ser la garantía recíproca de las cosas comprendidas en sus porciones”*¹⁰

En el Código Civil y Comercial no cabe duda que se le aplican las normas generales del contrato de donación y surge claro también, las normas hereditarias que la figura

¹⁰ GUASTAVINO, *Pactos sobre herencia futura*, Ed. Ediar, pág. 311.

contiene, por ejemplo en cuanto a que el descendiente omitido o el hijo póstumo pueden ejercer la acción de reducción si no existen bienes suficientes luego de la muerte del donante, o la garantía recíproca de evicción entre los copartícipes de la partición por ascendiente respecto de los bienes donados, pudiendo iniciar la respectiva acción aún antes de la apertura de la sucesión. El mismo sentido resulta del artículo 2420, en cuanto expresa que *“Revocación. La partición por donación puede ser revocada por el ascendiente, con relación a uno o más de los donatarios, en los casos en que se autoriza la revocación de las donaciones y cuando el donatario incurre en actos que justifican la exclusión de la herencia por indignidad.”* donde claramente subyacen normas de la sucesión mortis causa y las donaciones.

Ya explicaba GUASTAVINO¹¹ que la partición de la herencia por donación del ascendiente tiene varios fines, tales como prevenir contiendas relativas a la formación de los lotes, colaborando con la pacificación familiar; permitir a los ascendientes –a partir del conocimiento que tiene de sus hijos-; dar a cada uno lo que pueda necesitar, evitando que muchas veces sea la suerte la que decida la adjudicación de los lotes; proporcionar al ascendiente un medio de liberarse -cuando llega a cierta edad- de las preocupaciones derivadas de la gestión patrimonial¹².

Además de las ideas que esbozaba GUASTAVINO, debemos agregar que a partir del nuevo Código, esta figura se torna más interesante a los efectos de la planificación sucesoria como método de prevención de conflictos ya que: a) Posibilita la inclusión del cónyuge supérstite en la partición por donación por ascendiente, habilitando una gran herramienta de protección y prevención; b) Habilita la opción de solo donar la nuda propiedad, reservándose el usufructo; c) Permite como consecuencia de la donación recibir una contraprestación de renta vitalicia.

Pero no es todo. Creemos también que va a constituir una herramienta muy interesante de canalización y complemento en cuánto a la efectivización del pacto sobre herencia futura permitido del art. 1010 del Código unificado, al que nos referiremos en el próximo punto.

De todas maneras, y más allá de nuestra opinión, hay voces que no le reconocen la utilidad que nosotros vemos. Así se ha dicho que *“Entre nosotros es una institución muy poco usada. No se ve la ventaja que pueda tener, incluso en el orden teórico pues si los padres quieren favorecer en vida a sus hijos pueden usar el procedimiento más simple de la donación, que es el que efectivamente se realiza. No creemos aconsejable que el padre se despoje en vida de todo su patrimonio a través de donaciones a sus hijos, pues su vaciamiento patrimonial en muchos casos provocará situaciones penosas frente a los que benefició generosamente”*¹³. No compartimos el criterio del destacado jurista citado, sobre todo porque el nuevo Código ha perfilado la figura atendiendo a varios extremos –que no eran tenidos en cuenta en la legislación anterior- y solucionando aquellos que resultaban

¹¹ GUASTAVINO, *op.cit.*, pág. 306

¹² Guastavino, *op.cit.*, pág. 306, nota 398, citando a Videla Escalada explica que el mencionado autor sostenía que *“que la partición por ascendiente, aunque ha sido poco utilizada tiene innegables ventajas, especialmente al permitir que se prevea el desarrollo, para después de su fallecimiento, de las distintas empresas a que pueda estar ligado”*

¹³ PEREZ LASALA, *Tratado de Sucesiones*, Ed. Rubinzal Culzoni, 2015, T. 1, pág. 769/70,

altamente conflictivos. En este sentido el Código unificado avanza sobre la posibilidad de la utilización de esta figura sin despojarse de los beneficios que le otorgan los bienes (donación con reserva de usufructo) o recibiendo una renta vitalicia si donó propiedad plena; o incluyendo al cónyuge en una partición donación de bienes propios. Finalmente, también entendemos, que no pueden compararse la simple donación con la partición donación por ascendiente, ya que de elegirse ésta última –por ejemplo- importa reconocer –entre los beneficiarios- responsabilidad por evicción la que –obviamente- no juega en las simples donaciones. En síntesis se trata de opciones que deben ser utilizadas según la necesidad concreta del caso, teniendo implicancias y consecuencias diferentes según se recurra a una u a otra.

Este instrumento permite recurrir a diferentes alternativas a la hora de realizar la partición donación: a) Partición donación mediante un acto único o en actos separados. El Código admite su realización mediante un único acto o por actos separados, mientras el ascendiente participe en todos (art. 2415); b) Partición donación con transferencia de la propiedad plena o solo la nuda propiedad reservándose el usufructo, o propiedad plena con constitución de una renta vitalicia a favor del donante. Puede transferirse la propiedad plena o bien reservarse el usufructo o pactarse entre el donante y el donatario una renta vitalicia a favor del primero. Resultan muy interesantes las dos últimas modalidades, ya que sin desprenderse de las utilidades que el patrimonio le reditúa –en el caso del usufructo-, o de recibir por ello una renta vitalicia (art. 2416), permite planificar sin que el donante quede desprotegido. Pensemos en una persona, cansada de lidiar con su empresa agropecuaria, divide todo el campo entre sus descendientes y el cónyuge, pero se reserva el usufructo, o transfiere propiedad plena del predio rural y pacta para sí una renta vitalicia cuyos obligados al pago son los donatarios; c) Partición donación de la totalidad de los bienes o de solo alguno de ellos: Es decisión del donante incluir la totalidad de los bienes o solo algunos de ellos, dividiéndose los restantes luego de la apertura de la sucesión conforme las reglas de la sucesión ab intestato (art. 2412); d) Partición donación con fines de constituir una mejora. En ese sentido el art. 2414 expresa que *“En la partición, el ascendiente puede mejorar a alguno de sus descendientes o al cónyuge dentro de los límites de la porción disponible, pero debe manifestarlo expresamente.”* Pensemos por ejemplo en parejas con diferencia de edad e hijos de uno de los cónyuges con una pareja anterior, en donde pretende beneficiar con la mejora al cónyuge o a determinados hijos.

No podemos olvidar incluir en este punto al artículo 2448, al que ya nos hemos referido.

6. PACTOS DE FAMILIA DEL ART. 1010 EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Este pacto sobre herencia futura permitido constituye una de las grandes novedades y ventajas –entre tantas- que nos aporta el nuevo código. Al respecto la segunda parte del art. 1010 textualmente sostiene que *“Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, 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.”

Nos encontramos con pactos que flexibilizaron el orden público sucesorio, permitiendo que la transmisión hereditaria no genere –como recomendaba la Comisión Europea- la destrucción de la pequeña y mediana empresa –entre otros aspectos- por no poder financiar las compensaciones a los herederos, lo que terminaba fulminando la empresa. De esta forma se permite que durante la vida pueda organizarse la transmisión hereditaria a los efectos que la misma se realice sin conflictos ni crisis, que puedan atentar contra el funcionamiento y la propia existencia de la Empresa.

Requisitos de validez del pacto del 1010 segunda parte:

1) Que se trate de una explotación productiva o participaciones societarias. Refiriéndose a la expresión “explotaciones productivas” Julio César RIVERA explica que *“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 de sustento familiar”*¹⁴. Esta definición nos parece sumamente atinada, ya que no debemos pensar estos pactos solo para las empresas bajo un sistema formal, sino también para toda explotación productiva familiar informal. No hay duda en lo relativo a las participaciones societarias, donde basta con que el futuro causante sea accionista o tenga cuotas sociales de una SRL para que pueda recurrir a este pacto sucesorio permitido para organizar su sucesión.

2) Que el objeto sea la conservación de la unidad de la gestión empresaria o a la prevención o solución de conflictos.

La amplitud en cuanto al objetivo que persiga el pacto resulta evidente. Por tanto se podría pactar u acordar temas relativos a la transmisión de la gestión de la Empresa, o a la adjudicación de la misma si esto tiene por causa –y así se lo estipula en el pacto- evitar conflictos; o en su caso si por ejemplo hubiera legitimarios que participen en diferentes empresas mediante un pacto se adjudiquen dichas empresas según la participación que cada uno tenga en las mismas. En este sentido, interpretamos que resulta indispensable –a los efectos de evitar nulidades- plasmar debidamente la causa.

3) Que sea realizada entre los herederos, con o sin la participación del futuro causante y su cónyuge. De esta forma, podría suceder que se pacte entre los futuros herederos sin que del mismo participe el propietario de la explotación o participación societaria.

¹⁴ RIVERA, Julio César, en RIVERA-MEDINA, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Ed. La Ley, BsAs, 2014, T. III, pag. 517, pto. 4.2.

En cuanto al contenido, podemos decir que estos pactos no solo incluyen la posibilidad de disponer de derechos hereditarios de una sucesión no abierta, sino también compensar. Es decir que no cabe duda que se permite pactar sobre la adjudicación de la empresa o participaciones societarias, y al mismo tiempo compensar con otros bienes a quienes no les fue adjudicada la explotación o la participación societaria.

A nuestro modo de ver, no caben dudas, que estos pactos pueden efectivizarse inmediatamente –es decir con transferencia de bienes- por ejemplo a través de la partición donación por ascendiente; o en su caso, que el pacto no importe ninguna transmisión, sino que pueda ejecutarse luego de la muerte, no configurándose en este supuesto una promesa post mortem, ya que todos sus efectos dependen de la muerte del causante, el objeto es parte o todo de la herencia no abierta y claramente participan a título hereditario.

Finalmente, aparece el límite, y aquí el gran tema del Derecho Sucesorio: no puede afectarse la legítima hereditaria, ni los derechos de terceros ni los derechos del cónyuge.

De allí la importancia de conjugar debidamente todos los aspectos implicados a los fines del asesoramiento y redacción de los respectivos instrumentos, a fin de evitar futuros cuestionamientos.

7. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como sucede con muchos otros temas, el nuevo Código aporta instrumentos en claves de prevención. Se busca así, conformar una nueva cultura jurídica.