

Anatomía del pacto de herencia futura, valuación de los bienes y régimen de compensaciones: ¿Un pacto sin futuro?

Por P. Augusto Van Thienen

Introducción. – II. El pacto de herencia futura y la legítima hereditaria. – III. El pacto de herencia futura como preacuerdo particional. – IV. Pacto de herencia y compensación. – V. Pacto de compensación: ¿cómo se mide el valor de la legítima? – VI. Valor de los bienes a la fecha del pacto: una fórmula posible. – VII. El valor de los bienes a la fecha del pacto o a la partición: ¿cuáles son los incentivos? – VIII. Notoria desproporción de valores: ¿colación o nulidad? – IX. Acción judicial de revisión. – X. Toma de riesgo e incentivos. – XI. El pacto de herencia (futura) implica asumir un riesgo (futuro). – XII. El factor tiempo conspira contra la eficacia del pacto. XIII. El pacto de herencia futura no sirve para planificar la sucesión empresarial. No es más que un acuerdo preliminar.

I. Introducción

Coherente con el principio de conservación de la empresa familiar evitando su desguace en etapa de partición hereditaria (*vid.*, artículo 2377 del Código Civil y Comercial) se instituye, muy tímidamente, el “pacto de herencia futura” (*vid.*, artículo 1010 CCyC).

Se lo admite como negocio excepcional sólo habilitado para los titulares de participaciones societarias o propietarios de explotaciones productivas quedando por lo tanto excluidos quienes hayan creado un patrimonio gracias al esfuerzo del trabajo en relación de dependencia¹. Un pacto para unos pocos, un pacto para privilegiados².

Sin duda el término “*explotación productiva*” es un concepto demasiado abierto que encierra muchas incógnitas a la hora de planificar la transferencia ordenada de los *activos productivos*. Quizás, una forma de neutralizar el riesgo de interpretación judicial sea que el titular de la explotación productiva aporte el negocio a una estructura legal con personalidad jurídica obligándolo a incurrir en mayores costos de transacción.³

II. El pacto de herencia futura y la legítima hereditaria

El anterior sistema era refractario a este tipo de acuerdos tachándolos desde el vamos como negocios nuloabsolutos. Cualquier intento destinado a pactar derechos hereditarios “futuros” era mal visto por el anterior código pues se lo consideraba un pacto vejatorio de la legítima

¹ El pacto sucesorio y la empresa familiar en la unificación. CESARETTI - María, CESARETTI - Oscar Daniel / Revista: del Notario Nº 918 (oct - dic 2014).

² Un pacto que ignora que fuera del ámbito empresarial los conflictos entre los herederos persisten y, muchas veces, los bienes que integran la masa partible necesitan una gestión útil y responsable sin que para ello sea necesario contar con una explotación productiva; y mucho menos, ser empresario.

³ 1. Maffia, Osvaldo J., Manual de derecho sucesorio, tomo I.

hereditaria (*Vid.*, artículo 1175 CC). Recordemos que la legítima opera en nuestro modelo sucesorio como un “*piso garantizado*” para el heredero; y al mismo tiempo un “*techo obligatorio*” para el testador. Bajo el modelo de legítima imperativa el testador no puede disponer libremente de su fortuna más allá de ese piso garantizado.

El pacto de herencia se entrelaza con el instituto de la legítima hereditaria y; por lo tanto, no podemos analizar las bondades y beneficios de este pacto sin tener presente los límites que impone el modelo imperativo de legítimas columna vertebral de nuestro complejo sistema sucesorio⁴.

El artículo 2449 CCyC nos está indicando, sin rodeos, el verdadero peso específico que tiene el instituto de la legítima en nuestro sistema sucesorio: “*Es irrenunciable la porción legítima de una sucesión aún no abierta*”. O sea, ni el titular del derecho puede disponerlo.

Pero no sólo ello, el nuevo código (texto refundido) confirma la importancia estratégica de la legítima hereditaria prohibiendo al testador no sólo disponerla por donación o testamento; sino que le prohíbe imponer condiciones o gravámenes y la constitución de fideicomisos sobre herencias futuras. Con toda esta batería de normas imperativas no hay lugar a dudas de que el testador tiene las *manos atadas* para disponer libremente de sus bienes.

Los pactos de herencia no escapan a esta lógica tuitiva obligando al testador y a los herederos transitar el expediente sucesorio, iniciar el proceso de evaluación de bienes, partición judicial de la herencia y armado de lotes, habilitar el espacio para promover las acciones de colación y reducción; y todos los reclamos que los herederos forzosos legitimarios tengan derecho a invocar en el trámite sucesorio, bajo el argumento de que su legítima hereditaria ha sido “mancillada”; aun cuando aquel prestó su consentimiento para la firma del acuerdo. Así las cosas, el pacto de herencia tiene todo el potencial bélico para convertirse en un verdadero Waterloo.

III. El pacto de herencia futura como preacuerdo particional

El código habilita estos pactos en términos muy precisos: “*Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a: (i) la conservación de la unidad de la gestión empresarial, o (ii) 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 (sea el causante y su cónyuge parte o no del pacto) si: (x) no afectan la legítima hereditaria, (y) los derechos del cónyuge, (z) ni los derechos de terceros*”.

Tal como está concebido este acuerdo particional anticipado sólo puede ser utilizado para dos fines bien concretos: (i) la conservación de la unidad de la gestión y (ii) la prevención de conflictos (familiares). Sin duda este acuerdo privado apunta a conservar la gestión y administración pacífica de la empresa familiar buscando eliminar potenciales conflictos sucesorios. Un pacto de herencia que contenga otra causa fin será tachado de nulo.

⁴ El lector interesado puede consultar “*Diez razones de por qué la legítima hereditaria destruye valor y corrompe lazos familiares*”. P. Augusto Van Thienen. White Paper CEDEFlaw <http://cedeflaw.org/pdfs/201753183414-135.pdf>

No se me escapa que “... *la prevención de conflictos* ...” es una causa-fin lo suficientemente amplia, difusa y vaga como para habilitar el diseño de cualquier pacto. O sea, bastará mencionar que la prevención del conflicto es la razón de fondo que motiva el pacto para que éste camine sin tropiezos. Ahora bien, más allá de que puedan existir otras razones de peso que puedan motivar el pacto, lo real y concreto es que nuestro codificador vuelve a mirar con sospecha y recelo estos acuerdos particionales anticipados habilitándolos sólo por dos razones taxativas. O sea, como en el Juego de la Oca, avanzamos dos casilleros para retroceder uno.

Observo con profunda preocupación que la eficacia y validez del pacto pende de un hilo muy finito y por tres razones bien concretas: (i) debe evitar perjudicar la legítima de los herederos forzosos, (2) debe evitar lesionar derechos del cónyuge y (3) debe evitar perjudicar derechos de terceros; y para colmo, todo ello, con proyección futura.

Semejante riesgo (futuro) convierte al pacto de herencia (futura) en un negocio extremadamente contingente; siendo éste el verdadero Talón de Aquiles de este negocio jurídico complejo.

Paso a explicarme:

(i) *La validez del pacto está sujeto a que no se afecte la legítima*

Este es el nudo gordiano del pacto de herencia puesto que la afectación de la legítima hereditaria está directamente relacionada con la distancia temporal que exista entre la fecha del pacto y la fecha de apertura del sucesorio. Está claro que a mayor distancia entre un punto y otro mayor será el riesgo contingente de afectar la legítima. O sea, el factor tiempo juega aquí un rol clave pues el pacto engendra en sus entrañas un riesgo implícito: *el valor futuro de la legítima*.

(ii) *La validez del pacto está sujeto a que se establezcan compensaciones*

El código expresamente condiciona la validez del pacto a la existencia de “*compensaciones*”.

Con esta fórmula tuitiva el legislador nos está indicando lo siguiente: compensado el valor de la legítima todo debe marchar sobre carriles; ahora bien, todos sabemos que el valor de la legítima sólo podrá conocerse con certeza dentro del expediente sucesorio con la tasación y valuación de los bienes que conforman la masa hereditaria. Siendo esto así advierto el siguiente escollo: previo a esta instancia judicial es jurídicamente ineficaz intentar cualquier compensación. O sea, el pacto de herencia futura tal como está diseñado en el Código Civil y Comercial no logra superar un mínimo *test de certeza* que pueda justificar invertir tiempo y dinero en una adecuada planificación de la sucesión. Lo real y concreto es que quienes fueron mejorados a la fecha del pacto, corren el riesgo de que años más tarde deban compensar; o a la inversa.

Un dato que no puede pasar inadvertido para el lector de estas líneas es que la afectación de la legítima dentro del pacto, sin compensación alguna, devenga la sanción de nulidad.

Está claro que todo acto de partición privada anticipada; ya sea bajo forma de donación o testamento (o a través de un pacto de herencia futura) siempre lleva implícito un riesgo: el valor futuro de la herencia. Ahora bien, mientras la donación o el testamento (inoficioso) están sujetos al *riesgo de colación y/o reducción*; observo con preocupación que el pacto de herencia futura violatorio de la legítima está sujeto a un riesgo mucho más severo: *la nulidad*. Mientras en la

donación o el testamento la violación de la legítima devenga un derecho de compensación y crédito; o en su caso acciones reipersecutorias con miras a complementar valores; la violación de la legítima en el pacto de herencia futura devenga; sin más, la nulidad del negocio jurídico con todos los efectos que ello trae aparejado⁵.

Dicho todo esto la pregunta que surge es ¿Cuál es la utilidad de estos pactos?

Tal como está diseñado en nuestro digesto actual el pacto de herencia operaría en la práctica como una suerte de acuerdo preliminar de partición de bienes hereditarios sujeto a condición suspensiva⁶. Siendo esto así me vuelvo a preguntar: ¿Cuál es la utilidad práctica?

IV. Pacto de herencia y compensación

El código no nos explica cómo se mide el valor de la legítima y cómo calcular los valores de los bienes a los efectos de la compensación. Sí, en cambio, está expresamente previsto en caso de donación o testamento. O sea, cuando por partición testamentaria o por donación se ha violado la legítima nace a favor del heredero legitimario perjudicado el derecho a compensar el valor expropiado pudiendo aquel ejecutar el crédito contra el heredero mejorado o, en su caso, reivindicar los bienes vía acción de reducción. Esto quiere decir que cuando la legítima es violentada por actos gratuitos (sean consensuados o de última voluntad) el código instituye dos mecanismos de protección precisos y determinados.

¿Qué ocurre frente a un pacto de herencia futura?

(i) *Legítima. Compensación y autonomía de la voluntad*

El silencio sobre este tema abre las puertas a la autonomía de configuración contractual pudiendo las partes del pacto fijar pautas de valuación y mecanismos de compensación absolutamente ajenos a los criterios de valuación y compensación expresamente establecidos por el código para la colación y/o reducción. Recordemos que el propio artículo 1010 CCyC dispone expresamente lo siguiente: “*establecer compensaciones*”.

Ahora bien, ¿cuál es la regla para *establecer* esas compensaciones?

Si la violación de la legítima devenga la nulidad del pacto está claro que la inclusión de un mecanismo contractual de compensación que intente tutelar la integridad patrimonial de la legítima no necesariamente debe regirse por las normas de la colación y/o reducción. O sea, al pacto de compensación no se le aplicarían las normas de la colación para la valuación de los bienes puesto que éstas están protegiendo el valor de la legítima sólo frente a dos negocios jurídicos inoficiosos: la donación y el testamento.

La coherencia del sistema debe avalar esta forma de interpretación más allá de que, finalmente, no nos quede otra opción que aplicar las normas de la colación para cubrir el vacío legal⁷.

⁵ Imaginemos un pacto de herencia futura que incluya donaciones y transferencia efectiva de bienes. ¿Colación o nulidad?

⁶ Su inserción en el Capítulo 5 (artículo 1010) Parte General de los Contratos junto con “Tratativas Contractuales”, “Contratos Preliminares”, “Pactos de Preferencia y Sujetos a Conformidad” es prueba elocuente de ello.

(ii) *Cláusula completa vs cláusula incompleta*

El pacto de herencia futura podría diseñar dos modelos de cláusula de compensación: me refiero al modelo completo o al modelo incompleto. El primero establecería el derecho a la compensación; esto es, una cláusula meramente declarativa que reconoce el derecho del heredero legítimo a ser compensado, y no más que eso. Bajo este modelo (que denomino “incompleto”) al juez del sucesorio no le quedará otro camino que recurrir por supletoriedad a las normas de la colación⁸. Está claro que el único objetivo práctico de este modelo es sortear la nulidad permitiendo la colación o reducción. Bajo este esquema cumplimos formalmente con la ley, pero no cumplimos con el objeto del pacto; que es, precisamente, minimizar los conflictos entre los herederos, lograr una partición consensuada de la masa hereditaria simplificando el proceso sucesorio⁹.

En cambio, un modelo donde se pacte el método de valuación de los bienes y la forma en cómo se implementará la compensación (el modelo completo) está dentro del amplio margen de la autonomía de la voluntad. Reitero, el texto del código dice: “*establecer compensaciones*”. Dado que el artículo 1010 CCyC ofrece un amplio margen de maniobra observo que el pacto de herencia podría incorporar métodos de valuación específicos y por lo tanto acordar; entre otros temas: 1) la forma de cálculo, 2) desde qué fecha se computan los valores, 3) si éstos son corrientes o históricos, 4) si se toman en cuenta los frutos e intereses, 5) la moneda de pago y todo cuanto se desee acordar. O sea, la autonomía de configuración contractual en este terreno no admitiría cortapisas¹⁰.

Si los herederos tienen capacidad para partir la herencia como les plazca luego de que ésta se encuentre abierta, con más razón podrían hacerlo en forma anticipada a través de un pacto de herencia futura. El problema de fondo que encierra este tipo de pactos es que no pueden anticipar el valor (futuro) de la porción legítima; y es por esta razón que el mecanismo o modelo de compensación adquiere vital importancia en la estrategia de planificación.

(iii) *Oponibilidad del pacto de herencia y cláusula de compensación*

Este aspecto es calve.

Incluida la cláusula de compensación no hay duda de que ésta es oponible a todos los herederos. La incógnita que encierra este modelo contractual de partición (futura) se presenta cuando la cláusula de compensación (completa o incompleta) no satisface los intereses de alguno de los herederos legítimos; o sea, cuando ciertos herederos que suscribieron el acuerdo consideran que la fórmula pactada termina vulnerando el valor de la porción legítima. En este caso debemos satisfacer al heredero legítimo que se siente con derecho a *ipatear el tablero!*

⁷ La colación o reducción no tienen por causa impugnar el acto inoficioso sino compensar valores y hacer efectivo el crédito. "A., H. S. c/ A., H. C. C. s/ colación" – CNCIV – EN PLENO – 01/02/2011. Siendo esto así, no podemos demandar la colación frente a un acto nulo.

⁸ El artículo 962 CCyC expresamente ordena que “*las normas relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes ...*”. Inversamente, podríamos sostener que las normas del código son imperativas cuando las partes guardan silencio contractual. Frente a una cláusula incompleta el juez podría recurrir a esta regla hermenéutica.

⁹ En este modelo incompleto las normas sobre colación y/o reducción se aplicarían en forma supletoria, tal como lo autoriza el código para los contratos incompletos (*vid.*, art. 962 CCyC).

¹⁰ Recordemos que el artículo 960 CCyC faculta a los jueces modificar las estipulaciones de los contratos sólo cuando lo autoriza la ley (a pedido de parte), o (de oficio) cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público. Restará analizar si el método de valuación de la legítima hace al orden público. Opino que no. El propio plazo de prescripción para las acciones de colación y/o reducción confirma esta postura.

Lo cierto es que si la cláusula de compensación no satisface a herederos legitimarios (presuntamente) perjudicados, observo que el pacto de herencia futura pende de un hilo muy finito¹¹.

Siendo esto así, observo que cualquier heredero no satisfecho con la cláusula de compensación (cualquiera sea la fórmula acordada) tiene derecho a solicitar al juez del sucesorio: 1) revisar la cláusula o, 2) demandar la nulidad por violación de la legítima¹².

¿Cómo se mide el valor de la legítima?

V. Pacto de compensación: ¿cómo se mide el valor de la legítima?

Calcular el valor de la legítima es faena sencilla cuando estamos en estado puro, esto es, en la instancia de partición de la herencia: si somos tres herederos y la masa de bienes hereditarios tiene un valor total de \$100 está claro que a cada uno nos corresponde, en etapa de partición, una tercera parte de aquel valor. Este ejercicio es simple cuando los bienes que integran la masa hereditaria ingresan al sucesorio sin una partición privada anticipada; ya sea por donación o testamento; o en el caso que estoy analizando, por un pacto de herencia. Es aquí donde el asunto se pone más complicado pues debemos tomar el valor de los bienes a la fecha de la donación, testamento (o pacto de herencia futura) y apreciarlos a la fecha de fallecimiento. Sólo de esa manera podremos saber si el valor de la legítima sufrió (o no) variaciones.

Y ésta es la cruz del problema.

Aun en la partición por donación, con el consentimiento expreso de todos los herederos, si al momento de la valuación un heredero percibe lesionada su legítima nace a su favor el derecho a cuestionar la donación compensando el valor perdido. La colación está siempre disponible aun cuando el heredero legitimario perjudicado haya consentido expresa o tácitamente la voluntad del causante. Observo que tanto la donación como el pacto de herencia futura son negocios consentidos (el primero por el beneficiario de la donación y el segundo por todos) pudiendo el heredero legitimario perjudicado colacionar si éste sufriera algún menoscabo patrimonial.

¿Cómo hace el juez del sucesorio para conocer si el pacto de herencia lesiona la legítima en un pacto incompleto?

Parece que el único camino es echar mano a las normas del Código que regulan la colación. Veamos:

¹¹ La incertidumbre que genera el derecho a compensar inclina la balanza hacia el modelo incompleto puesto que este modelo de cláusula aplica normas de valuación y compensación previstas en el código y con carácter imperativo. Lo cierto es que el heredero legitimario perjudicado en un pacto de herencia no podría reclamar una compensación mayor al modelo imperativo previsto en el código para la colación por donación o testamento inoficioso. Sin embargo, la pregunta de fondo que debemos hacernos a esta altura es, es si el modelo incompleto es el más eficiente para los herederos, y el que mejor ordena los incentivos reduciendo los conflictos.

¹² La doctrina del precedente "Cardenau" permite anticipar esta contingencia. Desafortunadamente dicha doctrina pone un manto de sospecha sobre los acuerdos particionales anticipados, incluso, instrumentados bajo la figura de fideicomiso de planificación sucesoria. Tengamos presente que de acuerdo con el nuevo código tanto la acción de revisión como la acción de nulidad (relativa) poseen el mismo plazo de prescripción (2 años). *Vid.*, artículo 2562 CCyC.

- a. “La porción legítima ... se calcula sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante más el de los bienes donados ... a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación” (Art. 2445 CCyC).
- b. “En todos los casos para la colación y el cálculo de la legítima, se debe tener en cuenta el valor de los bienes al tiempo en que se hacen las donaciones, apreciado a valores constantes” (Art. 2418 CCyC).
- c. “Los herederos que concurren a la sucesión (...) deben colacionar a la masa hereditaria el valor de los bienes que le fueron donados (excepto dispensa o cláusula de mejora expresa) ... Dicho valor se determina a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación” (Art. 2385 CCyC).

Según estas normas la fórmula para determinar el valor de la legítima al momento de la partición hereditaria sería la siguiente: “... **se toma el valor del bien a la época de la donación según su estado**” (...) “**apreciado a valores constantes**”.

¿Es esta fórmula posible?

VI. Valor de los bienes a la fecha del pacto: una fórmula posible

Quien decide “*repartir sus vestiduras*” pactando de manera anticipada cómo se distribuirán al momento de la partición judicial, está, sin duda, asignándolos anticipadamente en forma gratuita. Ahora bien, frente al silencio del Código no nos queda otro camino que recurrir a la supletoriedad reinterprelando las normas de la siguiente manera: “... *en instancia de partición se toma el valor del bien según su estado a la época del **pacto de herencia futura** (...) apreciado en valores constantes*”.

Si bien esta fórmula nada tiene que ver con el pacto de herencia futura, es cierto que el juez del sucesorio estaría habilitado a recurrir a la misma; y por supuesto nada impide incorporarla al pacto como fórmula de compensación (incompleta). Quienes suscriban el pacto podrán acordar esta fórmula de valuación, y desde aquí, *establecer los valores a compensar* repartiendo los bienes de la herencia conforme lo acordado¹³.

Ahora bien, dentro del amplio marco de la autonomía de configuración contractual nada obsta incluir una fórmula superadora o diferente a la anterior; esto es, tomar el valor de los bienes a la fecha de la partición. Esta fórmula dista mucho de la prevista en los artículos 2385 y 2445 CCyC puesto que computar el valor histórico de los bienes a la fecha del pacto de herencia no es equivalente a computar el valor de los bienes a la fecha de la partición. El primero toma el valor histórico apreciado en moneda constante (“*Adjusted Book Value*”), mientras que el segundo toma el valor de mercado (“*Fair Market Value*”). Uno y otro fijan los incentivos económicos de los herederos.

Vemos ...

¹³ Reitero una vez más, las normas sobre colación de bienes pueden aplicarse al pacto de herencia futura sea por expreso acuerdo de las partes o, en su caso, por vía supletoria; en este último supuesto la supletoriedad la aplicaría el juez del sucesorio haciendo uso de su facultad hermenéutica.

VII. El valor de los bienes a la fecha del pacto o a la partición: ¿cuáles son los incentivos?

Tomar el *valor del bien a la fecha del pacto de herencia y apreciarlos a valores constantes* sería una fórmula posible; y parece ser la fórmula aceptada por el código. O sea, acordado el valor de todos los bienes a la fecha del pacto la solución justa para compensar valores sería, apreciarlos a la fecha de la partición.

Si a todos los bienes que integran el pacto le aplicamos la misma fórmula de apreciación es altamente probable que a la fecha de la partición no haya alteraciones en el valor de la legítima y; por lo tanto, no hay necesidad de compensar. Recordemos que apreciar no es sinónimo de revaluar, ni retasar; sino, tomar el valor histórico apreciándolo por algún método equitativo.

Si los bienes que integran el pacto de herencia tienen un valor de \$100 a la fecha del pacto y los bienes se distribuyen en partes iguales entre tres herederos legitimarios; y a esos bienes les aplicamos la misma fórmula de *apreciación a valores constantes* es razonable que todos los bienes incrementen su valor en igual medida. Bajo esta fórmula los herederos conservan el valor de su legítima no siendo necesario realizar compensaciones.

Siguiendo con el ejemplo, si a uno de los herederos le asignamos el 100% de las participaciones societarias de la empresa valuada en \$33 (a la fecha del pacto) y a los otros dos le asignamos a cada uno bienes por igual valor; observo lo siguiente: aplicada la misma fórmula de apreciación los tres herederos legitimarios conservan la legítima inalterada y sin necesidad de compensar en etapa de partición¹⁴.

Esto quiere decir que el modelo de tasación a *valor histórico apreciado* neutralizaría el derecho de compensación y; por lo tanto, minimizando el riesgo de nulidad.

La fórmula de *valor histórico apreciado en moneda constante* tiene como externalidad positiva, además, operar como incentivo económico para el primer heredero de nuestro ejemplo puesto que frente a la expectativa de recibir el 100% de las participaciones societarias estará incentivado a incrementar el valor; como mínimo, a la tasa de apreciación pactada. Este heredero sentirá que el pacto de herencia lo favorece puesto que adquiere un bien cuyo valor de mercado en el tiempo, tiende a superar la tasa de apreciación.

Si la fórmula de compensación fuera a *valor de mercado* (a la fecha de la partición) aquel heredero intentará mantener inalterado el valor de la empresa buscando minimizar el riesgo de compensación. Por lo tanto, la fórmula *valor de mercado* tendría una externalidad negativa: incentivar al heredero beneficiario a mantener el valor de la empresa adoptando una conducta oportunista¹⁵.

En síntesis, el método de *valor de mercado* a la fecha de partición tiene como externalidad negativa que puede incentivar la no creación de valor; mientras que el método *valor histórico*

¹⁴ Cualquier diferencia de valor entre los herederos podrá incluso compensarse con la porción disponible.

¹⁵ "*Neuhaus v Neuhaus s/colación*". CNCivil, sala H.

apreciado tiene como externalidad positiva incentivar la creación de valor. La redacción y diseño del pacto debe contemplar ambos incentivos.

¿Qué sucede si el valor de mercado del bien a la fecha de la partición es notoriamente desproporcional al valor histórico apreciado expresamente pactado en la fórmula de compensación?

VIII. Notoria desproporción de valores: ¿colación o nulidad?

Volviendo al ejemplo anterior, si la masa de bienes que integran el pacto suman un valor total de \$100; y a ese valor le asignamos igual tasa de apreciación para alcanzar un valor homogéneo y constante sobre todos los bienes que integran el pacto; puede ocurrir que, más allá de la fórmula de apreciación que pactemos si a la fecha de la partición judicial alguno de los bienes que integran el pacto incrementa su valor en forma significativa; esa desproporción podría invalidarlo con fundamento; precisamente, en la violación de la legítima.

Siendo esto así observo que el modelo de valuación a *valor histórico apreciado* tiene como externalidad positiva generar incentivos internos para maximizar el valor de la empresa; y como externalidad negativa generar incentivos externos para anular el pacto. En cambio, el modelo de valuación a valor de mercado tiene como externalidad negativa generar incentivos internos a la no creación de valor; y como externalidad positiva neutralizar los incentivos externos para anular el pacto.

Si usted comparte este punto de vista parece que el pacto de herencia futura tiene poco futuro; precisamente por anidar todas estas contingencias e incertidumbres.

IX. Acción judicial de revisión

En nuestro derecho positivo la notoria desproporción de valores puede devengar el reajuste equitativo de las prestaciones, la resolución del acuerdo; o en su caso, la nulidad del negocio jurídico. La lesión subjetiva, la imprevisión y las cláusulas leoninas del artículo 13 de la Ley General de Sociedades son ejemplo de ello. Si bien la sanción prevista por el código para los pactos de herencia es la nulidad por violación de la legítima, el heredero legitimario perjudicado podría intentar una tercera vía solicitando al juez la revisión del pacto y, sólo en subsidio, la nulidad.

La acción judicial de revisión implica que el juez estará habilitado a rever la fórmula compensatoria buscando un equilibrio que restituya la justicia conmutativa del pacto.

La duda, que resta develar es si la nulidad es relativa o absoluta. Este dato a clave puesto que dependiendo de una u otra dependerá la prescripción¹⁶.

Si usted comparte este punto de vista parece que el pacto de herencia futura tiene poco futuro; precisamente por anidar una nueva contingencia: la *revisión judicial*.

¹⁶ El precedente "Cardenau" podría sellar la suerte de este debate complicando aún más las cosas y sumando mayor incertidumbre al negocio particional.

X. Toma de riesgo e incentivos

Acordar un pacto de herencia donde consentimos no sólo el valor de los bienes; sino, además, cómo se distribuirán a la fecha de la partición es un negocio jurídico complejo que exige equilibrio; pero, sobre todo, tomar riesgos.

No podemos perder de vista que este negocio contractual busca dotar al empresario de una herramienta de consenso destinada a: 1) minimizar el riesgo de conflicto y 2) servir como herramienta de planificación para la transferencia ordenada de la empresa a favor de ciertos herederos legitimarios considerados estratégicos para la continuidad de la empresa familiar. Está claro y parece evidente que el pacto de herencia incorporado a nuestro código tiene por objetivo asegurar el poder de voto, el poder de decisión y la unidad de gestión en manos de algunos herederos clave. Pero la paradoja es que para que la planificación funcione bien y sea oponible se debe resguardar la legítima ... de todos los herederos. ¿Cómo hacemos?

Ponernos de acuerdo sobre el valor de los bienes (a la fecha del pacto) respetando la legítima de cada heredero no zanja el problema. El equilibrio económico y patrimonial acordado (a la fecha del pacto) puede verse completamente alterado a la fecha de la partición.

Este modelo, diríamos, “*revisionista*” termina conspirando contra la causa fin del pacto como modelo contractual de planificación patrimonial, puesto que incentiva revisar, discutir y cuestionar el riesgo oportunamente asumido por las partes del acuerdo. O sea, acordamos el valor de los bienes a una fecha dada pero más tarde cuestionamos aquel valor. Está claro que esta regla legal rompe principios basilares del derecho contractual patrimonial. Aquí advierto tierra fértil para el conflicto haciendo añicos unos de los fines perseguidos por este instituto: *¡Evitar conflictos!*

Teniendo en cuenta que todos los mortales tenemos aversión al riesgo, no nos gusta la incertidumbre y buscamos maximizar nuestras ganancias; está claro que los incentivos potencian el conflicto puesto que el valor (futuro) de la legítima termina siendo la llave maestra que permite desatar el pacto de herencia.

XI. El pacto de herencia (futura) implica asumir un riesgo (futuro)

Si los bienes a la fecha del pacto tienen en conjunto un valor total de \$100 asignándose a cada heredero un tercio de dicho valor, el riesgo contractual que asumen quienes suscriben el pacto es que el valor de los bienes oscile (para arriba o para abajo) entre la fecha del pacto y la fecha de partición judicial. Ahora bien, lo interesante de tomar este riesgo es que las empresas pueden oscilar de precio capitalizándose y multiplicando su valor a tasas muy superiores a otros bienes no productivos; y es precisamente esa capitalización la que podría llevar a una notoria desproporción de valores a la fecha de la partición, habilitando todo tipo de cuestionamientos. Lo que no podemos perder de vista es que ese, precisamente, ha sido el riesgo contractual asumido por todos los suscriptores del pacto. Pero ojo, también corremos el riesgo de que la empresa se liquide. O sea, el riesgo de creación o destrucción de valor lo asumen todas las partes que suscriben el pacto. ¿Por qué revisarlo?

Resulta llamativo que un negocio destinado a tener efectos patrimoniales futuros tomando como punto de partida valores presentes pretenda ser revisado tomando valores futuros y sin considerar el riesgo asumido por quienes integran el pacto. En definitiva, los herederos que suscriben el acuerdo adquieren sobre el bien asignado una opción al valor actual. Así funcionan las opciones, y no veo por qué un pacto de herencia futura no puede funcionar con igual lógica económica y jurídica; al final de cuentas un pacto de herencia futura no es más que un *forward de derechos*.

Si el código admite la libre partición de la herencia por acuerdo de todos los herederos siempre que sean capaces y mayores de edad, no veo razones sinceras para no permitir un acuerdo de partición anticipada de la herencia con similares recaudos de validez: (i) unanimidad, (ii) mayoría de edad y (iii) capacidad.

XII. El factor tiempo conspira contra la eficacia del pacto

Está claro que cuanto mayor sea la distancia entre la fecha del pacto y la fecha de la partición mayor será la incertidumbre, la variación de precios y por ende el riesgo de impugnación. Sin duda esta incertidumbre temporal conspira contra la eficacia del pacto dado que aquellos que deseen planificar la herencia con cierto grado de certidumbre buscarán neutralizar el riesgo acortando esa distancia. El problema es que la “muerte” es un hecho inevitable y al mismo tiempo imprevisible; y por lo tanto con muy pocas chances para anticipar los riesgos de nulidad.

Un pacto de herencia acordado con todos mis herederos y confeccionado como un “verdadero traje a medida” años más tarde puede no calzar porque nos hemos cargado unos kilitos de más. Lo cierto es que aquel traje hoy ya no sirve pudiendo los herederos disconformes acceder a un nuevo sastre (léase el juez del sucesorio) para que confeccione un nuevo traje a medida de los caprichos, intereses personales, necesidades y expectativas económicas.

XIII. El pacto de herencia futura no sirve para planificar la sucesión empresaria. No es más que un acuerdo preliminar

Basta repasar las enseñanzas de las Escrituras del Nuevo Testamento en la parábola del Padre Misericordioso (conocida también como la Parábola del Hijo Pródigo) para darnos cuenta de que la herencia y la sucesión han sido fuente de celos, caprichos, envidias y conflicto familiar desde los primeros tiempos de la humanidad; y que lamentablemente 20 siglos más tarde, el sistema legal basado en legítimas hereditarias imperativas no ha sabido superar ni resolver.

El pacto de herencia futura se presenta como el instrumento pensado para proteger al empresario, conservar la unidad productiva evitando la división de las empresas; sin embargo, tal como está diseñado aquel pacto se le añade un grado de incertidumbre de tal magnitud y envergadura que conspira contra su eficacia como negocio de planificación sucesoria.

Concluyo con esta reflexión: cuáles son los incentivos para incurrir en costos de transacción anticipados contratando valuadores especializados, contadores, abogados, negociando con mis herederos; si al final de mis días se repartirán mis vestiduras dentro de un expediente sucesorio

cuestionando la letra y la validez del pacto gracias al derecho patrimonial dogmático que le reconoce el instituto de la *legítima forzosa e imperativa*.