

La autonomía de la voluntad en la transmisión de la empresa: «El pacto de familia»

ROSARIA GIAMPETRAGLIA

Catedrática de Derecho civil de la Segunda Universidad de Nápoles

RESUMEN

El denominado «pacto de familia» se introdujo en el Código Civil italiano en 2006 y se encuentra regulado en los artículos 768-bis al 768-octies. Se trata de un acuerdo por el que un empresario puede transferir, total o parcialmente, su empresa, a uno o varios de sus descendientes, garantizando el derecho de los otros futuros legitimarios. Con esta figura el legislador italiano ha pretendido facilitar el paso generacional de la titularidad de las pequeñas y medianas empresas. Para ello se ha ocupado de favorecer la autonomía de la voluntad del empresario con esta posibilidad de «designar» quien de entre sus descendientes va a continuar al frente de la empresa, y sorteando así la rigidez de los pactos sucesorios. Con todo, la figura presenta ciertas dudas y problemas puestos de relieve por la doctrina y que aconsejan hacer determinados retoques en su actual regulación.

PALABRAS CLAVE

Autonomía de la voluntad, empresa, pacto de familia, legitimario, pacto sucesorio, descendiente.

ABSTRACT

The so called «family pact» was introduced in the Italian Civil Code in 2006 and is regulated by Articles 768 to 768-bis-bg. This is an agreement whereby an employer may transfer all or part of your business, one or more of its descendants, guaranteeing the right of the other future heirs. With this figure the Italian legislature intended to facilitate the generational passage of ownership of small and medium enterprises. This has been busy promoting the autonomy of the entrepreneur with the ability to «designate» who among

their descendants will continue to lead the company, and thus avoiding the rigidity of succession agreements. However, the figure presents some doubts and problems raised by the doctrine and advised to make certain tweaks to its current policy.

KEY WORDS

Family Pact, Autonomy of the will, company, family pact, forced heir, agreement as to succession, offspring.

SUMARIO: 1. *Introducción.*–2. *El pacto de familia: perfiles de efectividad.*–3. *Naturaleza y cargo del pacto de familia.*–4. *Estructura del pacto de familia y «partes».*–5. *Hipótesis problemáticas y disolución del pacto de familia.*–6. *Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN

El pacto de familia¹ es un instrumento introducido en el *corpus* del código civil italiano con la ley del 14 de febrero de 2006, n. 55².

¹ Para un estudio de carácter general de la institución Cfr. ROSSI CARLEO L., CUFFARO V., BELLISARIO E., *Famiglia e successioni. Le forme di circolazione della ricchezza familiare*, Turín, Giappichelli, 2005; AA.VV. *Patti di famiglia per l'impresa en I quaderni per la Fondazione italiana per il notariato, Il sole 24 ore*, Milán 2006; CACCAVALE C. *Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, en *Notariato*, 2006, fasc. 3, 289; GAZZONI F., *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, in *Giustizia civile*, 2006, II, pp. 220 y ss.; MANES P., *Prime considerazioni sul patto di famiglia nella gestione del passaggio generazionale della ricchezza familiare en Contratto ed impresa* 2006, pp. 540 y ss.; VINCENTI A., *Il patto di famiglia compie cinque anni: spunti di riflessione sul nuovo tipo contrattuale*, in *Diritto di famiglia*, 2011, fasc. 3, 1441, VITUCCI P., *Ipotesi sul patto di famiglia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2006, I, pp. 453 y ss. DELLE MONACHE S., *Funzione, contenuto ed effetti del patto di famiglia*, en *Tradizione e modernità nel diritto successorio*, a cura di DELLE MONACHE S., *Quaderni della rivista di diritto civile*, Padua, CEDAM 2007, 323; LA PORTA U., *Il patto di famiglia*, Turín, UTET, 2007; STUCCHI L., *L'art. 768 bis CC fattispecie e disciplina en Il patto di famiglia, Atti e contratti nel diritto civile e commerciale*, Turín 2007; PERLINGIERI G., *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione complessiva degli interessi*, in *Rassegna di diritto civile*, 2008, fasc. 1, 146; ROSSI CARLEO L., *Il patto di famiglia: una monade nel sistema? en Notariato*, 2008, fasc. 4, pp. 434 y ss.; MONCALVO F., *Il patto di famiglia sub art. 768 bis–768 octies cod. civ.*, en *Codice commentato ipertestuale delle successioni e delle donazioni*, dirigido por BONILINI G. e CONFORTINI M., Turín 2012, II ed., pp. 1099 y ss., VOLPE F., *Il patto di famiglia sub art. 768 bis–768 octies*, en *Comm. del codice civile dirigido por SCHLESINGER P.*, Milán 2012; BONILINI G., *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Turín 2013, pp. 227 y ss.

² Se indica que en el texto sucesivamente modificado y aprobado definitivamente como pacto de familia, confluyen dos propuestas de ley: el proyecto de ley S/1353/XIV («Nuevas normas en materia de pactos sucesorios relativos a la empresa»), comunicado a

El legislador, además de modificar el art. 458 CC, ha establecido, después del artículo 768 (del art. 768 *bis* al art. 768 *octies*) siete nuevos artículos, que constituyen ahora el capítulo V *bis* y que disciplinan el nuevo instituto como el contrato a través del cual el empresario transfiere, total o parcialmente, la empresa –y el titular de participaciones societarias transfiere, total o parcialmente, sus cuotas– a uno o más descendientes, garantizando la protección de los derechos de los futuros legitimarios.

Los beneficiarios están obligados a entregar a estos últimos una suma de dinero, o el equivalente *in natura*, cuyo valor será determinado en el momento del otorgamiento del pacto, según los criterios vigentes en tema de sucesión necesaria, con exclusión de los mecanismos de reducción y de colación hereditaria. El objeto del pacto de familia es, pues, la empresa y las participaciones societarias que el disponente transfiere «total o parcialmente» a uno o a más descendientes.

No obstante que el legislador tan sólo haya determinado el bien objeto del pacto y no haya dicho nada con respecto al derecho objeto de transmisión, se considera que éste último pueda ser identificado con el derecho de propiedad que naturalmente asegura la continuación de la empresa por parte del sujeto beneficiario y, según algunos autores, con un derecho de usufructo, a pesar de que éste se extinga con la muerte del usufructuario³. Además el pacto de familia puede encontrar aplicación también en el caso en que el titular de la empresa la haya arrendado a terceros⁴. El objeto del pacto de familia puede ser una sola sección de la empresa, siempre que ésta esté dotada de autonomía organizativa y de gestión respecto del complejo empresarial en su totalidad⁵. Se ha discutido ampliamente en la doctrina el caso de la transmisión de participa-

la Presidencia del Senado el 23 de abril de 2002 y el proyecto de ley C/3870/XIV («Introducción del artículo 734-*bis* del código civil, en materia de pactos sucesorios de empresa»), presentado el 8 de abril de 2003 a la Cámara de los Diputados.

³ Cfr. PETRELLI G., *La nuova disciplina del «patto di famiglia»*, en *Riv. not.*, 2006, 2, 401

⁴ En el caso contrario, se ha subrayado justamente que la institución no podría ser utilizada en el caso en que la empresa se hubiese arrendado justamente a quien, en la intención del disponente, sería el descendiente asignatario. Así, VERDICCHIO V. *Il patto di famiglia. Commentario alla legge 14 febbraio 2006 n. 55 en Le nuove leggi civili*, di DI MAURO N., MINERVINI E. VERDICCHIO V., Milán, 2006, 81.

⁵ Es interesante sobre este punto la opinión de quien considera que «en caso contrario, no se comprende por qué motivo bienes empresariales o participaciones sociales irrelevantes, de pura inversión financiera podrían recibir un trato preferencial, con una transmisión de derechos que hasta puede incidir en la cuota de los legitimarios futuros, mientras que otros bienes desligados de la misma forma de cualquier relación con la producción (cuadros, casas de verano, depósitos bancarios), estarían excluidos. Se nos presentaría, entonces, un evidente problema de constitucionalidad, por incoherencia de la norma (art. 3 cost.)» así GAZZONI F., *Appunti e spunti in tema del patto di famiglia in Giustizia civile*, 2006, II, 224

ciones societarias. La doctrina unánimemente ha excluido del posible objeto del pacto de familia cualquier participación en sociedades inmobiliarias de puro disfrute, formulando, en cambio, hipótesis discordantes en relación a la transmisión de participaciones sociales.

Algunos estudiosos, haciendo hincapié en la neutralidad de la referencia textual del artículo 768 *bis* CC a la titularidad de *participaciones societarias*, sostienen que pueda ser objeto del pacto de familia cualquier participación de todo tipo y entidad aunque esa represente una simple inversión económica financiera⁶.

La orientación contraria⁷, argumentando, en base a la *ratio* de la figura, limitaría el campo de las participaciones susceptibles de ser objeto del pacto de familia sólo a las que directamente o indirectamente estén en grado de garantizar al titular la posibilidad de controlar la realidad societaria cuya continuación ha querido asegurar el legislador. La institución en examen ha dado lugar a una literatura jurídica amplísima. Lo que parece debido, por un lado, a que el texto legal deja margen a muchas dudas de interpretación, y por otro, a la necesaria coordinación con otras instituciones del ordenamiento italiano.

El análisis de la disciplina dictada por la ley 55/2006, por tanto, no puede prescindir de una atenta valoración de la *ratio legis* y de una breve ilustración de las coordenadas del ordenamiento italiano en el que ha venido a insertarse, y en particular, del derecho suce-

⁶ Así pues FIETTA.G., *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati* in *Patti di famiglia per l'impresa Quaderni della fondazione italiana per il notariato*, Milán 2006, 89; LOMBARDI G. e MAISTO G., *Il patto di famiglia, l'imprenditore sceglie il proprio successore*, en *Corr. Giur.* 2006, 512, MASCHERONI A., *Patto di famiglia ed attualità degli interessi tutelati, l'ordinamento successorio italiano dopo la legge 14 febbraio 2006 n. 55*, en *Patti di famiglia per l'impresa, Quaderni della fondazione italiana per il notariato*, Milán 2006, pp. 22 y ss.; STUCCHI L., *L'art. 768 bis CC fattispecie e disciplina* in *Il patto di famiglia, Atti e contratti nel diritto civile e commerciale*, Turín, 2007, pp. 112 y ss.

⁷ Cfr. BONAFINI L., *Il patto di famiglia tra diritto commerciale e diritto successorio*, en *Contratto e impresa* 2006, pp. 1191 y ss. en concreto en la página 1224 y ss. l'A., observa: «en las sociedades de capital la operatividad del pacto de familia está limitada por la asignación de participaciones sociales que permitan transmitir la empresa» o la transferencia de una cuota de participación al capital que «permita saldar el perfil propietario con él *latu sensu* empresarial, es decir en caso de que se trate de una situación de control sobre la empresa»; BUSANI A. *Modifiche al codice civile in materia di patto di famiglia* (comentario a la l. 14 febrero 2006 n. 55) *Guida al diritto* 2006; CACCAVALE C. *Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie cit.*, pp. 32 y ss., COGNOLATO M., *La nuova disciplina dei patti di famiglia, tratti essenziali e principali problemi*, en *Studium Juris* 2006 224; GAZZONI F. *Appunti e spunti, cit.*, 220; PETRELLI G., *La nuova disciplina del «patto di famiglia» cit.*, 417 que evidencia la posibilidad de un uso impropio del instrumento que consistiría en «poner bienes muebles e inmuebles a nombre de una sociedad, al fin de atraer dichos bienes al régimen del pacto de familia»; VERDICCHIO V. *Il patto di famiglia cit.*, 81; VINCENTI V. *Il patto di famiglia compie cinque anni: spunti di riflessione sul nuovo tipo contrattuale*, en *Diritto di famiglia*, 2011, fasc. 3, 1442.

sorio, del derecho civil y del derecho mercantil⁸. El pacto de familia constituye la respuesta dada, por el legislador italiano, a las peticiones de los empresarios de tener a su disposición instrumentos idóneos para garantizar el paso generacional de sus empresas: representa, además, una señal de enorme relevancia y de notable carácter innovador desde el momento que tiende a exaltar y a valorizar el poder de la autonomía de la voluntad en un sector en el que tradicionalmente, siempre ha estado limitada.

Con el pacto de familia, los empresarios pueden asegurar la continuidad, la estabilidad y la eficiencia de una empresa ya activa en el mercado y pueden, gracias al principio de la autonomía de la voluntad, evitar que la misma se vea comprometida por las vicisitudes sucesorias. En el ciclo de la vida de una empresa, tras el momento de la creación y del crecimiento, el de la transmisión es seguramente el más delicado⁹. Está en juego no sólo la búsqueda del sucesor más adecuado sino también y sobre todo, desde un punto de vista económico y social, la protección de los puestos de trabajo.

La *ratio* de la reciente institución se halla, por ello, tanto en la exigencia de carácter general encaminada a salvaguardar la continuidad en la gestión de la empresa o en la titularidad de determinadas participaciones societarias, así como en la necesidad de superar la rigidez de la prohibición de los pactos sucesorios¹⁰, prohibición que tiende a comprimir el poder de la autonomía privada¹¹.

⁸ La nueva institución ha sido comparada con el test de Rorschach en que el objeto observado no acaba por expresar un significado propio sino revelando la idea que cada uno de los intérpretes tiene del sistema. La propuesta de FUSARO A., *Le attribuzioni ai legittimari diversi dall'assegnatario*, relazione (inedita) presentada al Encuentro organizado en Turín, el 13 de mayo de 2006, por el Consejo notarial de Turín está citado por AMADIO G., *Profili funzionali del patto di famiglia*, en *Riv. dir. civ.*, 2007, 345.

⁹ La exigencia de crear instrumentos idóneos a la transmisión generacional de la empresa ha sido abordada por la Comisión Europea que con una Comunicación de 1998 (publicada en G.U.C.E. n. C093 del 28.03.1998) ha revelado que «la transmisión de las empresas es un problema de enorme relieve de la política de empresa de la Comisión europea. Después de la creación y crecimiento, la transmisión es la tercera fases importante del ciclo de vida de una empresa. En el momento en que el fundador se retire y pase las consignas, están en juego los puestos de trabajo. Estudios recientes han demostrado que, en el curso de los próximos años, más de 5 millones de empresas en la Unión Europea, igual al 30% aproximadamente de ellas, es decir, 1,5 millones, desaparecerán por insuficiente preparación a su transmisión comprometiendo 6,3 millones aproximados de puestos de trabajo».

¹⁰ Tales argumentaciones reciben un significativo apoyo por parte de los trabajos preparatorios a la ley n. 55 del 14 de febrero de 2006 y en concreto de la relación con la propuesta de ley n. 3870 presentada el 8/04/2003 donde se lee «La presente propuesta de ley se propone introducir en nuestra normativa una derogación al principio general de prohibición de los pactos sucesorios del artículo 458 del código civil, previendo la licitud de acuerdos que se ocupen de regular la sucesión del empresario o de quien sea titular de participaciones societarias».

¹¹ Cfr. CACCAVALE C., TASSINARI F., *Il divieto dei patti successori tra diritto positivo e prospettive di riforma*, en *Riv.dir.priv.*, 1997, pp. 74 y ss. y ZOPPINI A., *Il patto di*

En este sentido, es clarificadora la lectura de los trabajos preparatorios de la Ley 55/2006, que ofrecen una exposición clarísima del espíritu que anima la novedad en el Código civil que «por un lado consagra el principio por el que el solo acto de «última voluntad» reconocido en el ordenamiento es el testamento, acto unilateral revocable, inconciliable con la bilateralidad y la irrevocabilidad del contrato, y por otra parte prohíbe disponer de derechos que podrían derivar de una sucesión que aún no está abierta. No es fácil individualizar la *ratio* de tales prohibiciones, que se remontan al Derecho romano; pero ahora ya se va difundiendo cada vez más, ya sea en el mundo académico, ya sea en él de los profesionales y en el de la opinión pública, la convicción de la necesidad si no de anular tales prohibiciones, por lo menos de redimensionarlas admitiendo excepciones cada vez más amplias; de hecho la rigidez de nuestro ordenamiento contrasta no sólo con el fundamental ejercicio de la autonomía privada, reconocido y tutelado en líneas generales por el Código civil, y más aún, por la Constitución, pero del mismo modo y sobre todo con la necesidad de garantizar el dinamismo de las instituciones ligadas a la actividad empresarial, asegurando la máxima comerciabilidad de los bienes en los que se traduce jurídicamente dicha actividad: la compañía, en la que se realiza la empresa individual y las participaciones sociales en las que se concreta la empresa colectiva, es decir la que se desarrolla de forma societaria»¹².

En realidad, las innovaciones introducidas por la ley sobre el pacto de familia responden también a las demandas formuladas por la Comisión Europea en materia de transmisión de pequeñas y medianas empresas, como resulta de la Recomendación de la Comisión CE de 7 de diciembre de 1994: «sucesión en las pequeñas y medianas empresas»¹³ y de la Comunicación n. 98/C 93/02¹⁴ relativa a la transmisión de las pequeñas y medianas empresas.

La Recomendación enumera expresamente entre sus propósitos, el de ayudar al empresario a preparar eficazmente su sucesión a través de la predisposición de instrumentos adecuados para «proveer a fin que en el caso de muerte de un socio de una sociedad o

famiglia (linee per la riforma dei patti sulle successioni future), en *Dir. priv.*, 1998, 255 según el cual el pacto no resuelve las disputas pero «debe alcanzar tres objetivos: preservar la unidad del bien productivo; debe asegurar la univocidad del bien productivo; debe asegurar la univocidad del control, evitando la fragmentación que se produce con la sucesión hereditaria, y permitir adelantar en vida la transmisión de la empresa, y de esa forma, la investidura de la *leadership* en el complejo productivo».

¹² Relación a la propuesta de ley n. 3870 presentada el 8/04/2003.

¹³ Recomendación de la Comisión 94/1069/CE Publicada en G.U. CE 31.12.1994, L 385, 14 ss.

¹⁴ Publicada en la Gaceta Oficial de las Comunidades Europeas n. C93 del 28 de marzo 1998.

de un empresario individual, el derecho de familia, el derecho sucesorio (...) no puedan poner en peligro la continuidad de la empresa». En términos aún más claros la Comunicación n. 98/C 93/02 evidencia la exigencia de consentir al empresario también en nuestro País, disponer en vida de su propia empresa o compañía a favor del descendiente que considere el más idóneo para proseguir la gestión (si bien con el acuerdo de los otros descendientes y del cónyuge).

En la Comunicación ya citada más arriba se puede leer: «especialmente en el caso de las empresas familiares, los acuerdos (interfamiliares) pueden utilizarse para transmitir determinados criterios de gestión empresarial de una generación a otra», así como por otra parte ya sucede «en la mayoría de los Estados miembros». Ni siquiera tampoco consigue que «los Estados miembros que prohíben los pactos sucesorios (Italia, Francia, Bélgica, España¹⁵, Luxemburgo) deberían proveer para permitirlos, desde el momento que la ya mencionada prohibición complica inútilmente la buena gestión del patrimonio (familiar)»¹⁶. Los escritos de matriz europea han dado vida a un intenso debate doctrinal¹⁷ y a algunas hipótesis de reforma tendentes a la superación, total o parcial, de dichos principios. Una hipótesis normativa sobre la transmisión de bienes productivos fue elaborada por un grupo de estudio (el estudio fue objeto de una investigación encargada por el CNR, encomendada a A. Zoppini y coordinada por A. Masi y P. Rescigno¹⁸) que partía de la hipótesis de la inserción en el código civil de un artículo 734 *bis* CC sobre la transmisión de la empresa del empresario individual, y un artículo 2355 *bis* CC que tendría por objeto las participaciones societarias. En cuanto a la transmisión de los bienes productivos del empresario individual, la hipótesis normativa era similar a la disciplina actual del pacto de familia que se analizará en breve. Era

¹⁵ Nota de la traductora. En España en orden a la transmisión de empresas o sociedades de capital se cuenta con lo dispuesto en el art. 1056 CC en la redacción dada por la Ley 7/2003, de la sociedad limitada Nueva empresa. También puede resultar útil la fiducia sucesoria del artículo 831 CC.

¹⁶ Emblemático ha sido en Francia el caso de una antigua y prestigiosa empresa productora de Champán la Taittinger fundada en 1734 y que lleva un nombre que la identifica con una de las más grandes familias francesas, que contribuyó de manera determinante al éxito del Champán en el mundo. Pues en 2005 la Taittinger, justamente por irresolubles problemas sucesorios, fue cedida a la multinacional Starwood Capital. Finalmente, el 31 de mayo de 2006, cuando la Banca Crédit Agricole, en colaboración con Pierre-Emmanuel Taittinger, condujo una compleja operación encaminada a la readquisición de la sociedad, la empresa volvió a las manos de un descendiente de la familia.

¹⁷ *Cfr.* nota 18.

¹⁸ Los resultados del estudio, organizado por la Universidad de Macerata, en colaboración con el C.N.E.L., con el C.N.N. y con el grupo de investigación del C.N.R. en tema de «sucesión hereditaria de bienes productivos», fueron elaborados a través de una serie de encuentros de estudio y presentados y debatidos en la Convention de Macerata del 24 marzo de 1997.

sensiblemente diferente a la de la transmisión de las cuotas societarias. Se consentía, de hecho, que el acto constitutivo pudiese prever, a favor de la sociedad, de los socios, o de terceros, el derecho de adquisición de las acciones nominativas incluidas en la sucesión por un precio correspondiente a su valor. Los herederos, pues, habrían tenido que vender obligatoriamente las participaciones sociales a los beneficiarios. Hay que apuntar, finalmente, un impulso por parte de la doctrina que cada vez más insistentemente propone una superación de los actuales principios, ya sea por lo tocante a las características de la sucesión forzosa, ya sea por lo que concierne a la prohibición de los pactos sucesorios¹⁹. En realidad, los principios innovadores de la Ley 55/2006 se han recibido con particular intensidad en nuestro País, cuya economía está caracterizada por la presencia de un gran número de pequeñas y medianas empresas familiares. Ante un sistema normativo insensible a las exigencias de modernización y competitividad haciendo intransmisible de hecho el patrimonio empresarial a la generación sucesiva a menudo, se corre el riesgo, de que la vida de una empresa coincida con la de su titular.

2. EL PACTO DE FAMILIA: PERFILES EFECTIVOS

Para hacer más fácil el análisis del pacto de familia, se considera útil analizar, brevemente, algunos conceptos del derecho sucesorio con el fin de insertar con una mayor claridad y renovado conocimiento, la nueva institución en el contexto del ordenamiento vigente a través del examen de diferentes puntos de fricción con algunos principios del derecho sucesorio²⁰. Aunque se registren posiciones divergentes sobre la estructura –bi o multilateral– del pacto de familia, la doctrina mayoritaria reconoce a este último la naturaleza de negocio jurídico multilateral por la participación del disponente, del beneficiario y de los legitimarios²¹. No obstante

¹⁹ Cfr. AMADIO G., *Divieto di patti successori ed attualità degli interessi tutelati*, en *Patti di famiglia per l'impresa*, Milán, 2006, pp. 71 y ss.; GAZZONI F., *Competitività e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati articolo 561 e 563 CC)*, en *Giust. civ.*, 2006, pp. 3 y ss.; AMADIO G., *La successione necessaria tra proposte di abrogazione e istanze di riforma*, en *Riv. notariato*, 2007, pp. 803 y ss.

²⁰ A tal punto que la doctrina se ha preguntado si el instituto sea una «mónada del sistema» ROSSI CARLEO L., *Il patto di famiglia: una monade nel sistema?*, en *Notariato*, 2008, 439.

²¹ La cuestión sobre la naturaleza jurídica de la estructura del pacto de familia ha sido largamente tratada por diferentes investigadores a los que remitimos también para la bibliografía aquí citada. Acerca de eso cfr. ANDRINI M. C., *Il patto di famiglia: tipo contrattuale e forma negoziale*, 2006, en www.filodiritto.com; CACCAVALE C. *Appunti per uno studio sul patto di famiglia profili strutturali e funzionali della fattispecie* en *Notaria-*

que el pacto de familia haya sido considerado generalmente un contrato, y por tanto un acto *inter vivos*, su disciplina está constituida esencialmente por normas de coordinación entre la transmisión inmediata y la sucesiva apertura de la sucesión del disponente.

Desde esta perspectiva, hay una doble apertura de la sucesión: *ficta*, en el momento de la estipulación del pacto; real, en el de la muerte del empresario²². En el momento de la apertura de la sucesión los legitimarios, es decir, los descendientes, el cónyuge y –en el caso en que falten descendientes legítimos o naturales– también los ascendientes, tienen derecho a una cuota parte del patrimonio del *de cuius*. Su derecho es inviolable. En el caso en que el *de cuius* haya excluido a tales sujetos en un testamento o no haya respetado la cuota parte que les correspondía, éstos últimos pueden ejercitar la acción de reducción con el fin de que se declaren ineficaces las disposiciones lesivas de su derecho, de modo que pueda intentarse una sucesiva acción de restitución para obtener la satisfacción completa de sus derechos sucesorios.

La tutela de los derechos de los legitimarios requiere previamente que se individualice la masa hereditaria con respecto a la que habrá de determinar el monto de las cuotas. Este resultado se obtiene con la reunión ficticia: al *relictum* se le restan las deudas y se le añade el *donatum*. La legítima será una cuota calculada sobre el monto del patrimonio hereditario así cuantificado. Mientras la reunión ficticia sólo es una operación de cómputo que no aumenta la masa a dividir, la colación, que se realiza en los casos frecuentes en que concurren varios descendientes o descendientes con el cónyuge, representa una operación que aumenta la masa hereditaria a subdividir. También en este caso hay una reunión del *relictum* con el *donatum*.

El hijo que concurre a la sucesión con otros hijos, y el cónyuge que concurre con ellos, están llamados a entregar a los coherederos todo lo que en vida recibieron a título de liberalidad del *de cuius*. Ahora bien, estas breves premisas se revelan necesarias para el fin de examinar el principal efecto del pacto de familia así como su absoluta peculiaridad que es la falta de sujeción de las transmisio-

to 2006 fasc. 3, 297; GAZZONI F., *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, en *Giust. civ.*, 2006, pp. 217 y ss.; TASSINARI F., *Il patto di famiglia per l'impresa e la tutela dei legittimari*, in *Quaderni della fonazione italiana per il notariato, Patti di famiglia per l'impresa*, 2006, 150; SCODELLARI F., *Donazione di azienda e di partecipazione societarie: la responsabilità del donatario nella disciplina dei patti di famiglia introdotta dalla l.n.55 del 2006*, en *Giur.merito*, 2007, I, pp. 30 y ss.; BONAMINI T., *Sulla partecipazione di un incapace al patto di famiglia*, en *Famiglia, persone e successioni* fasc. n. 12/2012 852; GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Nápoles, 2013, 491.

²² BONILINI G., *Patto di famiglia e diritto delle successioni mortis causa*, en *Famiglia, Persone e Successioni*, 2007, 391.

nes a reducción y colación. Finalmente, se considera oportuno adoptar como objeto de investigación un perfil problemático de notable relieve, el atinente a la relación entre la disciplina del pacto de familia y la prohibición de los pactos sucesorios.

La nulidad de los pactos sucesorios está sancionada en términos inequívocos, en nuestro ordenamiento, por el artículo 458 CC que textualmente dice «es nula cualquier convención con la que alguno dispone de su propia sucesión. Y es nulo igualmente todo acto con el que alguno dispone de los derechos que le pueden corresponder sobre una sucesión aún no abierta, o renuncia a ellos».

Con la reforma que ha introducido el pacto de familia, la ley n. 55 del 14 febrero 2006, ha añadido al artículo 458 CC, siguiente inciso: «*Salvo lo dispuesto por los arts. 768 bis y sucesivos*». El inciso en examen ha puesto en cuestión si la disciplina del pacto de familia debe ser considerada una derogación de la prohibición del artículo 458 CC²³. La norma en cuestión prohíbe expresamente tres tipos de pactos sucesorios: y especialmente: los pactos sucesorios institutivos con los que alguno se compromete a disponer de su propio patrimonio para después de su muerte, a favor de una determinada persona, y los pactos dispositivos cuyo supuesto de hecho adviene cuando se dispone de derechos que puedan corresponder al sujeto de una futura sucesión y los pactos renunciativos que consisten en la renuncia a sucesiones no abiertas todavía. Resulta, por lo tanto, necesario, considerar la compatibilidad de la nueva institución con las singulares figuras de pactos sucesorios mencionadas y disciplinadas por el artículo 458 CC. El inciso se ha situado en el comienzo del artículo y por ello parece referirse sólo a la primera categoría de los pactos mencionados: los pactos institutivos. No obstante, se ha puesto de relieve correctamente que, al referirse al pacto de familia, el artículo 458 CC se limita a reenviar a las normas que lo regulan y, por lo tanto, es necesario dirigirse a esas normas para averiguar su naturaleza, sólo estas últimas se encuentran en situación de aclarar el tipo de derogación que la prohibición

²³ Cfr. LENZI R., *Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma*, en *Riv. not.*, 1989, 1209; RESCIGNO P., *Trasmissione della ricchezza e patti successori*, en *Vita not.*, 1993, 1281; RESCIGNO P., *Attualità e destino dei patti successori*, en AA.VV., *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padua, 1995, 1; SCHLESINGER P., *Interessi dell'impresa e interessi familiari nella vicenda successoria*, in AA.VV., *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padua, 1995, 131; CACCAVALE C. e TASSINARI F., *Il divieto dei patti successori tra diritto positivo e prospettive di riforma*, en *Riv. Dir. Priv.*, 1997, 74; IEVA M., *Il trasferimento dei beni produttivi in funzione successoria: patto di famiglia e patto di impresa. Profili generali di revisione del divieto dei patti successori*, en *Riv. not.*, 1997, 1371; ZOPPINI A., *Il patto di famiglia. Linee per la riforma dei patti per le successioni future*, in *Studi in onore di Salis*, Turin, 2000, vol. II, 1265.

cuestionada padece, y aún previamente, si se trata efectivamente de una derogación²⁴.

En realidad, la lectura de las normas dictadas por el legislador en tema de pacto de familia, a la luz de la prohibición establecida en el artículo 458 CC, revela que el pacto de familia no es un pacto institutivo por parte del disponente²⁵. Analizando los efectos de la institución comentada, de hecho, emerge que el pacto de familia produce efectos traslativos inmediatos y definitivos y consecuentemente no parecería posible calificarlo como un acto de disposición de la propia sucesión: la empresa y las participaciones sociales entran de inmediato a formar parte del patrimonio del asignatario.

Bajo el aspecto relativo a la estructura del caso en cuestión se reconoce la falta, en el disponente, del poder de revocación de la atribución objeto del pacto de familia, por lo tanto, la atribución de la empresa o de las participaciones se produce definitivamente. (característica esencial de los actos *mortis causa* es en cambio la revocabilidad *usque ad vitae supremum exitum*). Un aspecto añadido que evidencia una incompatibilidad de cierta relevancia entre el pacto de familia y los actos *mortis causa*: el objeto del contrato, de hecho, se determina con referencia al momento de la estipulación, y no son relevantes las sucesivas modificaciones en la consistencia o en el valor de los bienes atribuidos, desde un punto de vista subjetivo, en cambio, los beneficiarios de las atribuciones patrimoniales se individualizan en el momento en que el pacto se perfecciona, y no con referencia al momento de la muerte del disponente. En consecuencia, en el caso de premoriencia del asignatario al disponente, los bienes asignados ya habrán entrado en su patrimonio y, por lo tanto, formarán parte de su sucesión, y no de la del disponente. En otros términos, el pacto sucesorio institutivo²⁶ es decir el acuerdo por el cual un individuo pacta con un beneficiario ese

²⁴ CACCAVALE C., *Appunti per uno studio del patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, en *Notariato*, 2006, 292.

²⁵ DELLE MONACHE S., *Spunti ricostruttivi e qualche spigolatura in tema di patto di famiglia*, en *Riv. not.*, 2006, 4, 889; PETRELLI G., *La nuova disciplina del «patto di famiglia»*, en *Riv. notariato*, 2006, pp. 401 y ss.; BONILINI G., *Patto di famiglia e diritto delle successioni mortis causa*, en *Famiglia, Persone e Successioni*, 2007, 391.

²⁶ En realidad la Corte de Casación en la sentencia n. 5870 del 9 de mayo 2000 ha formulado una definición satisfactoria de pacto sucesorio institutivo que es «convención con objeto de la disposición de bienes que llevan a una sucesión no abierta todavía, la cual constituye la actuación de la intención de las partes, respectivamente, de hacerse cargo por completo o en parte de la propia sucesión y de adquirir un derecho sobre los bienes de la futura herencia a título de herederos o legatarios. Tal acuerdo debe ser capaz de crear un verdadero *vinculum iuris* del cual la siguiente disposición testamentaria constituye el incumplimiento. A consecuencia de eso, deber ser excluida la subsistencia de un pacto sucesorio cuando entre las partes no haya intervenido alguna convención y la persona, de cuya herencia se trate, haya manifestado verbalmente al interesado o a un tercero la intención de poder disponer de sus bienes de una determinada manera, considerado que tal promesa verbal no crea ningún vínculo jurídico y, por eso, no es apto para limitar la plena

aspecto de su sucesión²⁷, se configura como un acto *mortis causa*²⁸ y en cambio el pacto de familia tiene, bajo un perfil estructural, el aspecto de un acto *inter vivos*. Desde el momento que, por los motivos expuestos, el pacto de familia puede ser considerado un acto *inter vivos* se puede fácilmente excluir que ello represente un pacto sucesorio institutivo, que es un acto *mortis causa*.

La doctrina, en cambio, está dividida en cuanto a la posibilidad de reconducir al pacto de familia al esquema de los pactos sucesorios dispositivos y renunciativos. Algunos estudiosos²⁹ niegan que el artículo 768 *quater* CC, párrafo 1 en la parte en que prevé la liquidación o la renuncia a la liquidación de los derechos de los legitimarios no asignatarios pueda configurarse como un pacto sucesorio dispositivo o renunciativo desde el momento que la norma, lejos de determinar una falta de uso del derecho por parte del legitimario comporta un reforzamiento del mismo derecho que vuelve a ser actual y ejercitable de inmediato. El pacto de familia y los pactos sucesorios dispositivos y renunciativos se ponen, según la construcción operada por parte de la doctrina, sobre dos planos diferentes: en cuanto si el objeto de los pactos dispositivos y renunciativos son derechos que podrán llegar al sujeto de una sucesión todavía no abierta, el objeto del pacto de familia es el derecho actual a la liquidación. Claramente, en el caso de que no se reconozca en la regulación del pacto de familia ninguna violación del artículo 458 CC, aparece superflua la introducción del párrafo inicial «*Salvo lo dispuesto por los arts. 768 bis y sucesivos*», su única función sería la de impedir que pueda surgir cual-

libertad del testador que es objeto de defensa legal. » cfr. Cass. 9 maggio 2000 n. 5870 en *Riv. not.*, 2001, 227, con nota de GAZZONI.

²⁷ GIAMPICCOLO G., *Contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milán, 1954., 43; CARIOTA-FERRARA L., *Le successioni per causa di morte*, I, 3, Napoli, 1959, 45; DE GIORGI M.V., *I patti sulle successioni future*, Nápoles, 1976, 37; FERRI G.B., *Disposizioni generali sulle successioni*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1997, 99

²⁸ Según las palabras de GIAMPICCOLO G., *Voce Atto mortis causa* en *Enc. Dir. IV*, Milán 1959, pp. 232 y ss., define *mortis causa* el acto «que tiene como fin propio regular relaciones y situaciones que nacen con la muerte del sujeto, o que, a partir de su muerte, tienen una calificación autónoma (...) la atribución *mortis causa*, por lo tanto, para que sea así, no puede no tener como objeto *quod superest*, e implica siempre la condición de supervivencia del beneficiario al atribuyente»

²⁹ AMADIO G., *Patto di famiglia e funzione divisionale*, en *Rivista del Notariato*, 2006, pp. 860 y ss.; CACCAVALE C., *Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, cit., 36-38; DELLE MONACHE S., en *Il Patto di famiglia*, a cura di DELLE MONACHE S., cit., 22; DI MAURO N., *Il Patto di Famiglia, Commentario alla Legge 14 febbraio 2006 n. 55*, in *Le Nuove Leggi Civili*, di DI MAURO N. - MINERVINI E. - VERDICCHIO V., Milán, 2006, pp. 20 y ss.; VITUCCI P., *Ipotesi sul patto di famiglia*, en *Riv. Dir. Civ.*, 2006, 459 e 460; BONILINI G., *Patto di famiglia e diritto delle successioni mortis causa*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2007, 5, 390; PALAZZO A., *Il patto di famiglia tra tradizione e rinnovamento del diritto privato*, en *Rivista di diritto civile*, 2007 266.

quier duda sobre la compatibilidad del pacto de familia con el ordenamiento italiano.

Pero en realidad, asegurada la naturaleza del pacto de familia de acto *inter vivos*, de hecho, el mismo aparece como susceptible de integrar los extremos de un pacto dispositivo o renunciativo, desde el momento en que, más allá de los formalismos, objeto del pacto del artículo 768 *quater* CC, estarían precisamente los derechos a la legítima³⁰.

Merece señalarse la observación de un respetado investigador que juzga «pleonástica» la nueva formulación del artículo 458 CC³¹. Según esa opinión es posible entrever en el horizonte un sistema sucesorio binario: él del empresario y él de quien no es empresario. Desde esta perspectiva, el pacto de familia y la prohibición de pactos sucesorios estarían colocados sobre planos distintos y que no interfieren entre sí. De hecho, mientras que el pacto de familia afecta solamente a los titulares del *status* de empresarios y legitimarios, y su estructura presupone también un objeto específico, los pactos sucesorios, en cambio, no preven una especial calificación subjetiva, pudiendo estipularse también por un sujeto que no tenga la condición de empresario con otros sujetos no legitimarios o bien por un empresario que quiera disponer de su empresa y de otros bienes fuera del ámbito del pacto de familia. Parte de la doctrina ha elaborado la teoría del pacto de familia como pacto sucesorio institutivo, considerando que sería posible diferir la eficacia del mismo a través de la oposición de un término o una condición³².

³⁰ En un sentido acorde cfr. CALOGERO M., *Disposizioni generali sulle successioni, artt. 456-461, Commentario al codice civile* fundado por SCHLESINGER P. y dirigido por BUSNELLI F.D., Milán, 2006, pp. 96 y ss.; DE NOVA G., *Articolo 1*, in DE NOVA G., DELFINI F., RAMPOLLA S. E VENDITTI A., *Il Patto di famiglia, Legge 14 febbraio 2006 n. 55*, Milán, 2006, 5 e 6; INZITARI B., DAGNA P., FERRARI V., PICCININI V., *Il Patto di Famiglia, Negoziabilità del diritto successorio con la legge 14 febbraio 2006 n. 55*, Turín, 2006, 63-70; MAGLIULO F., *L'apertura della successione: imputazione, collazione e riduzione*, en *Patti di famiglia per l'impresa, Quaderni della fondazione italiana per il notariato*, Milán, 2006, pp. 282 y ss.; MASCHERONI A., *Divieto dei patti successori e attualità degli interessi tutelati. L'ordinamento successorio italiano dopo la legge 14 febbraio 2006 n. 55*, in *Patti di famiglia per l'impresa, i Quaderni della fondazione italiana per il notariato*, Milán, 2006, pp. 19 y ss.; MERLO A., *Divieto dei patti successori e attualità degli interessi tutelati, Profili civilistici del Patto di famiglia*, in *Patti di famiglia per l'impresa, Quaderni della fondazione italiana per il notariato*, Milán, 2006, 100; OBERTO G., *Il patto di famiglia*, Padua, 2006, 54; PETRELLI G., *La nuova disciplina del «patto di famiglia»*, en *Rivista del notariato*, 2006, 408-410; BALESTRA L., en *Il Patto di famiglia*, por DELLE MONACHE S., en *Nuove Leggi civ. comm.*, 2007, pp. 30 y ss. e en *Il patto di famiglia a un anno dalla sua introduzione (parte prima)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 3, pp. 727 y ss.

³¹ MAZZÙ C., *Nuove regole di circolazione del patrimonio familiare e tutela dei legittimari*, en *Notariato*, 2008, 423.

³² BALESTRA L., *Commento all'art. 768-bis cod. civ.*, in *Il patto di famiglia*, por DELLE MONACHE S., en *Nuove leggi civ. comm.*, 2007, pp. 25 y ss.

Sin embargo, se ha observado que sería dudosa la equiparación entre pacto institutivo y pacto de familia de eficacia diferida porque, al menos en relación con el mecanismo condicional, quien dispone por causa de muerte conserva íntegro el poder de disponer ulteriormente de los bienes asignados, mientras el que entrega *sub condicione*, en cualquier caso verá cualquier ulterior acto de disposición sometido a la norma-principio del artículo 1357 CC³³. En síntesis, la disciplina del pacto de familia efectivamente comporta una derogación de numerosos principios del ordenamiento en el ámbito de las sucesiones. Resulta evidente la derogación del principio de unidad de la sucesión que postula el rechazo de «cualquier diferencia de la regulación sucesoria desde el punto de vista del origen o de la naturaleza de los bienes o de las cualidades personales de los herederos»³⁴, y, en consecuencia impone «a nivel de la vocación hereditaria, la aplicación del criterio de llamada a la cuota (abstracta) igual, y después, en sede de división de la herencia, el establecimiento de la norma de igualdad cuantitativa y cualitativa de los lotes (arts. 718 CC y 727)»³⁵. Con el pacto de familia, en cambio, el legislador permite que algunos bienes, y en particular, la empresa y las participaciones sociales, sigan reglas diferentes de las previstas para otros bienes. La disciplina del pacto de familia modifica sensiblemente la conformación ordinaria de los derechos de reserva, sustrayéndolos del principio del pago de la legítima *en natura*, con la conversión del derecho a la reserva en el derecho a un valor.

Pero la innovación de mayor trascendencia introducida por la ley n. 55 del 2006, es la exclusión de la acción de reducción (arts. 536 CC y ss.) y de la colación (arts. 737 CC y ss) puesto que el artículo 768 *quater* CC en su último apartado prevé expresamente que los bienes objeto del pacto no estén sujetos ni a reducción ni a colación, salvo la regulación de la impugnación de los legitimarios y de los coherederos no participantes. Además, la determinación de los derechos de los legitimarios y de los coherederos no participantes a los fines de la reducción y de la colación se produce en base al valor de los bienes en el momento de la disposición y no en el momento de la apertura de la sucesión (art. 556 CC y art. 747 CC y 750 CC).

³³ AMADIO G., *Profili funzionali del patto di famiglia*, cit., 351.

³⁴ MENGONI L., *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* già diretto da CICU A. e MESSINEO F. y continuado por MENGONI L., *Volume XLIII, Tomo 1*, Milano, 1999, 13.

³⁵ SCALISI V., *Persona umana e successioni. Itinerari di un confronto ancora aperto*, in *Riv. dir. e proc. Civile*, 1989, 412.

3. NATURALEZA Y FUNCIÓN DEL PACTO DE FAMILIA

El texto legal, como se ha podido observado previamente, deja espacio a numerosas dudas interpretativas, tantas que en opinión de doctrina autorizada, si se quisiese atribuir a la figura jurídica comentada rasgos humanos, al pacto de familia debería asignársele «el de la introversión, ya que se muestra refractario a desvelar al observador los aspectos más significativos de su naturaleza»³⁶. Es evidente ya desde el dato de su texto que si bien no se trata de un acto *mortis causa*, tampoco parece poder definirse serenamente como un acto *inter vivos*, aunque el artículo que abre su regulación lo define como un contrato y para la doctrina es idóneo para determinar la «realización anticipada de derechos potencialmente sucesorios»³⁷. En lo que respecta a los intereses subyacentes al pacto, desde luego no se puede negar, que pueden ser reconducibles a la planificación actual de la propia sucesión.

Antes de la reforma del CC, el ordenamiento, como ya se ha señalado, impedía la realización de tales intereses desde el momento en que, por una parte la prohibición de los pactos sucesorios hacía del todo incompatible con el fenómeno sucesorio el área de la contratación. Por otra parte, la urgencia y la fuerte exigencia de tutela de los intereses de los legitimarios, entendida como derecho a una reserva *in natura* de bienes hereditarios, impedía dar ejecución práctica a las expectativas sobreentendidas en la introducción de la Ley 55/2006. La reforma habría podido incidir solamente sobre la prohibición de los pactos sucesorios, confiándose íntegramente a la autonomía privada, o remodelar las expectativas de los legitimarios, convirtiendo el derecho a la reserva *in natura*, en el derecho a un valor. En realidad la normativa que se ha introducido, utiliza ambas soluciones con un único instrumento consistente en una manifestación de la autonomía de la voluntad de los sujetos interesados³⁸: la superación del principio de la legítima *in natura*, y la conversión de la reserva en el derecho a un valor.

Desde el punto de vista funcional se han propuesto diferentes configuraciones del pacto de familia.

³⁶ C. CACCAVALE, *Appunti per uno studio del patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, in *Notariato*, 2006, 292.

³⁷ G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atípico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, 41, citado por C. CACCAVALE, *Appunti per uno studio del patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, cit., 294.

³⁸ A. ZOPPINI, *Profili sistematici della successione anticipata*, en *Riv. dir. civ.*, 2007, pp. 291 y ss.

Una primera tesis reconduce el pacto de familia a la donación modal³⁹, a un negocio bilateral en el que el empresario, con *animus donandi*, enriquece la esfera jurídica del beneficiario, gravado con el *modus* de hacer la liquidación a los otros legitimarios, quienes son parte del negocio liberal.

El pacto de familia debería ser entendido del mismo modo que una peculiar donación con carga, en la que el modo, a cargo del donante, debería ser entendido como una especie de estipulación a favor de terceros, es decir para los legitimarios excluidos de la asignación. En la donación modal, artículo 793 CC, el donatario está gravado por una carga, a cuyo cumplimiento está obligado hasta los límites de la propia donación; el donante y cualquier interesado están legitimados para reclamar el cumplimiento.

La ventaja para los legitimarios se concretaría en conseguir un derecho actual a la liquidación de la cuota hereditaria, que sólo hipotéticamente debería corresponderles en el momento de la apertura de la sucesión.

Esta tesis puede entenderse discutible bajo diversos aspectos: en primer lugar, son diferentes las exigencias que se proponen satisfacer las dos figuras y los modos en los que a través de dichas exigencias se produce dicha satisfacción: con la donación se produce un enriquecimiento apoyado en un espíritu de liberalidad, en el pacto de familia, el disponente procede animado de un espíritu de liberalidad, pero desde la exigencia de conducir su propia empresa en el paso de una a otra generación; desde el punto de vista de la estructura del supuesto, se observa que la obligación de liquidar su parte a los legitimarios que grava al asignatario-beneficiario representa un elemento necesario en la estructura del pacto de familia que difícilmente puede sobreponerse a la carga de la donación modal que representa justamente un elemento accidental del negocio; por otro lado el análisis del dato normativo evidencia la incompatibilidad entre las dos figuras. Pensemos en la regulación de los vicios del consentimiento y de la superveniencia de hijos.

Una construcción diferente tiende a individualizar en el pacto de familia no una donación sometida a una regulación especial, sino una nueva figura contractual tipificada por el legislador, y por otro lado, se subraya como desde el punto de vista causal y de contenido, pacto de familia y donación se presentan como tipos negociales contiguos; sobre estas bases se podría justificar lo que dice el

³⁹ C. CACCAVALE, *Appunti per uno studio del patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, cit., 304.

último apartado del artículo 768-*quater*, en el sentido de que las adquisiciones de los contratantes quedan sustraídas de la obligaciones de colacionar y de la acción de reducción. Se ha sostenido que un efecto similar es consustancial al pacto y no habría razón para que la ley lo sancionase si las atribuciones efectuadas por el disponente no tuviesen un carácter liberal.

No obstante la misma doctrina advierte que sería erróneo afirmar una plena coincidencia en el perfil causal, precisamente entre pacto de familia y donación, porque en realidad la función del pacto es compleja y no se reduce a la mera realización de un fin liberal. En efecto, con el pacto, el disponente a través de una o más atribuciones, no persigue solamente el objetivo de gratificar, por un espíritu de liberalidad, a alguno de sus más cercanos familiares, sino además distribuir, al menos una parte de sus propios bienes de forma anticipada con respecto a la apertura de la propia sucesión. La doctrina citada afirma, finalmente, que la bipartición tradicional, entre liberalidades «donativas» y no «donativas», debería considerarse hoy superada a favor de un sistema triádico, dentro del cual a las categorías tradicionales se ha venido a unir la de la liberalidad directa no «donativa», a la que justamente pertenece el pacto de familia⁴⁰. Otros afirman que el pacto de familia no es una donación sujeta a una regulación especial, conformando una nueva figura contractual creada por el legislador, pero bajo un perfil causal y de contenidos, pacto de familia y donación se presenten como tipos negociales vecinos.

Según dicha doctrina sobre estas bases se justificaría el texto del último párrafo del artículo 768-*quater*, que establece que las adquisiciones de los contratantes estén excluidas de la obligación de colacionar y de la acción de reducción. Un efecto similar, se entiende, es consustancial al pacto y no tendría razón de ser que la ley lo permitiese si las atribuciones del ordenante no tuviesen un carácter de liberalidad.

Sin embargo, la misma doctrina advierte que sería equivocado afirmar la existencia de una plena coincidencia bajo el perfil causal, entre pacto de familia y donación, porque en realidad la función del pacto es compleja y no se limita a la simple realización de un objetivo de liberalidad.

De hecho, con el pacto, el ordenante, a través de una o más atribuciones no persigue el objetivo de gratificar, por espíritu de liberalidad, a algunos de sus familiares más cercanos, sino que también

⁴⁰ Por todos, CARNEVALI, U., *Le donazioni*, en Trattato dir. Por P. Rescigno, Turín 1997, pg 601. También puede verse, PALAZZO, A, *Istituti alternativi al testamento*, en Trattato del CNN, dir. Por Perlingieri, Napoles 2003, pg. 191

busca distribuir una parte al menos de sus propios bienes anticipadamente con relación a la apertura de la sucesión.

La doctrina afirma, finalmente, que la bipartición tradicional, entre liberalidades donativas y no donativas, debería entenderse hoy superada para un sistema triádico, dentro del cual a las clases habituales se ha añadido la categoría de las liberalidades directas no donativas, a la que pertenece el pacto de familia.

Considerando al pacto de familia, como negocio realizativo de una o más liberalidades directas no donativas, le deberían ser aplicables todos los preceptos válidos en relación a la donación, lo cual no resulta incompatible con el tratamiento normativo que ha sido reservado específicamente al pacto por parte del legislador. No obstante se piensa que la lectura del dato normativo unido a las demandas que en el mismo subyacen, parecen conducir al surgimiento de una función divisoria⁴¹ idónea para llevar a cabo efectos divisorios anticipados⁴². De otro modo la concepción del pacto de familia basado únicamente en una intención liberal significaría devaluar notablemente su función⁴³. El encaje diseñado por el legislador con los artículos 768-*bis* y siguientes, en efecto, se presenta como una reproducción del mecanismo divisorio tipificado por el legislador en el artículo 720 Cc después que el mismo tuviera como último resultado, el consistente en la asignación de la totalidad del bien a uno sólo de los copartícipes y en la liquidación de los derechos de cuota correspondientes a los no asignatarios mediante la constitución de otros tantos créditos correspondientes. Militaría en favor de la construcción expuesta también un argumento de orden «topográfico». En efecto, la institución está ubicada en el nuevo Capítulo V *bis* en el Título IV del Libro de las sucesiones, dedicado a la partición. Tal argumento tradicionalmente tiene poco crédito desde el momento en que su fundamento es la idea utópica de un derecho dispuesto ordenadamente. Además, justamente se evidencia que la objeción según la cual la colocación de una norma es inadecuada debe demostrarse y no es suficiente afirmarlo simplemente⁴⁴.

⁴¹ G. AMADIO, *Patto di famiglia e funzione divisionale*, i n *Riv. notariato*, 2006, pp. 867 y ss.

⁴² G. BONILINI, *Patto di famiglia e diritto delle successioni mortis causa*, cit., 391

⁴³ AMADIO, G. *Profili funzionali del patto di famiglia*, cit 350, TASSINARI F., *Il patto di famiglia: presupposti soggettivi, oggettivi e requisiti formali.. Il patto di famiglia per l'impresa e la tutela dei legittimari*, en *Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, 2006., pg 150 y ss

⁴⁴ En realidad también algún autor que defiende la función particional del pacto de familia pone el acento en la inconsistencia de la argumentación que se basa en el dato «topográfico», AMADIO G., *Patto di famiglia e funzione divisionale*, *Rivista del Notariato*, 2006, pg.872-873.

Al indicio constituido por la ubicación de la norma dentro de la estructura del Código, le acompaña un argumento que podríamos denominar histórico, representado por la figura prevista en el Código de 1865 de la división del ascendiente (art. 1045 CC y ss) por acto entre vivos, que por diversos motivos podría aparecer como el antecedente del pacto de familia. La doctrina creada sobre esa figura⁴⁵, precisamente para motivar su derogación, reconocía unánimemente el fin, que entonces era inadmisibles, de anticipar la sucesión realizando una partición de efecto inmediato⁴⁶.

La construcción precedentemente formulada, se basa en lo asumido según lo cual la preexistencia de un estado de cotitularidad no sería un dato necesario para individualizar el fenómeno divisorio. En otras palabras, no sería indispensable la disolución de una comunidad desde el momento en que también la división testamentaria prescinde de un estado de cotitularidad precedente. El único indicio necesario de reconocimiento sería un reparto proporcional a la cuota. El pacto de familia, por tanto, se configura, sin duda, como un acto diferente a la división, pero equiparable a ésta *quo ad effectum*, desde el momento que persigue el efecto de evitar que se instaure sobre el bien transmitido una comunidad hereditaria, aunque sea futura y eventual. Con la figura que examinamos, se concede una importancia anticipada a los intereses que tendrán eficacia *post mortem*, creando una así llamada fruto de «una evidente ficción jurídica», desde el momento que «a través de ella se anticipan los efectos que se producirían en el caso de la apertura de la sucesión»⁴⁷. La cuestión de la naturaleza del pacto de familia está unida a la exigencia de individualizar los sujetos participantes en el pacto y la consecuencia de la falta de participación de alguno de ellos. De hecho, reconocer al pacto de familia una función divisoria, impone recordar la regulación de la partición y sus imprescindibles principios.

4. LA ESTRUCTURA DEL PACTO DE FAMILIA Y LAS «PARTES»

Conforme a lo dicho en el artículo 768 *quater*: «en el contrato deben participar también el cónyuge y todos aquellos que serían

⁴⁵ BONELLI, G., *Il concetto giuridico della divisione d'ascendente per atto tra vivi*, en Foro it., 1987, pp. 575 y ss. BELOTTI, B., *La divisione di ascendente*, Padua, 1933, MENGONI, I., *La divisione testamentaria*, Milan 1950, pp. 30 y ss.

⁴⁶ LUMINOSO, A., *Divisione e sistema dei contratti*, en Riv. Dir. Civ., 2009, pp. 22 y ss.

⁴⁷ BONILINI, G., *Il patto di famiglia*, cit. 640.

legitimarios si en ese momento se abriera la sucesión en el patrimonio del empresario.» Los sujetos afectados por las estipulaciones del pacto son el empresario (o bien el titular de las participaciones societarias)-disponente, el descendiente asignatario y los futuros legitimarios del disponente.

El legislador, en su previsión de la transmisión de la empresa del empresario a favor de sus descendientes, ha admitido el paso de una generación a otra *per saltum* y ha excluido del número de los destinatarios-beneficiarios del pacto a los ascendientes y al cónyuge del disponente⁴⁸. Dejando de lado la discriminación en la que podría incurrir el empresario que no tenga hijos⁴⁹, en relación con la figura del empresario-disponente, la definición de la noción de empresario *ex art. 768 quater* CC se presenta problemática.

Conforme al artículo 2082 CC, como es sabido, empresario es aquél que ejercita profesionalmente una actividad económica organizada para la producción o para el intercambio de bienes y servicios. La doctrina preponderante, valorando la finalidad de la figura en estudio que tiende a favorecer el paso de la empresa de una generación a la otra, prefiere una interpretación no técnica de la palabra «empresario», basada sobre su mera titularidad y no sobre el concreto ejercicio de la actividad de empresa⁵⁰.

El pacto de familia, por tanto, encuentra aplicación también en el caso específico en el que el titular de la empresa no ejercite profesionalmente una actividad empresarial y tenga estipulado un contrato de arrendamiento con terceros. De otro modo se podría llegar al absurdo de negar al disponente la posibilidad de estipular un pacto de familia en el caso de que hubiese arrendado la empresa justamente al descendiente al que desearía destinarla. El objeto al que se dedique la empresa carece de cualquier relevancia, en otras palabras, el pacto de familia puede utilizarse tanto por un empresario mercantil, como por un empresario agrario, así como puede tener por objeto tanto una parte en copropiedad de la empresa, como un sector de dicha empresa.

Merece particular atención la hipótesis en la que el objeto del pacto sea una empresa familiar, y en particular a las consecuencias producidas por la interacción de la regulación del pacto de familia con la de la empresa familiar introducida con la Ley 151/75.

El derecho de prelación del artículo 230 *bis* CC interfiere de manera significativa sobre la disciplina del pacto de familia y plan-

⁴⁸ MAZZÙ C., *Nuove regole di circolazione del patrimonio familiare e tutela dei legitimari*, 2008, en WWW.consiglionazionaleforense.it.

⁴⁹ OPPO G., *Patto di familia e diritti de la familia*, en Riv. Dir.civ., 2006, pg.439

⁵⁰ FIETTA, G., *Prime osservazioni sul patto di familia*, en Quaderni della fondazione italiana per il notariato, Patti di familia per l'impresa, 2006,88.

tea algunos interrogantes sobre la posibilidad por parte de los familiares-colaboradores de la empresa de ser preferidos en la propuesta de enajenación de la empresa. La doctrina predominante, considerando la falta de onerosidad de la transmisión de la empresa en la hipótesis de estipulación del pacto de familia, excluye la operatividad en el caso del derecho de prelación⁵¹.

El artículo 768 *bis* CC prevé que el pacto de familia además de que respete lo dispuesto para la empresa familiar, se estipule coherentemente con la normativa para las diferentes tipologías societarias.

Con respecto a la estructura del pacto de familia, la problemática de mayor relieve es sin duda la individualización de los participantes en dicho pacto. Ante todo, hay que observar que la mención separada del cónyuge respecto a la de los legitimarios ciertamente puede considerarse una fórmula poco feliz, ya que el cónyuge pertenece a la categoría de los legitimarios.

La norma utiliza la expresión «deben». Eso nos lleva a preguntarnos sobre qué sucederá si los mencionados sujetos no participan en el pacto.

El problema se plantea por la aparente contradicción entre dos normas. El artículo 768 *quater* prevé la necesaria participación en el pacto del cónyuge y todos aquéllos que serían legitimarios si en ese momento se abriese la sucesión del empresario. El artículo 768 *sexies* CC, establece, en cambio, que «a la apertura de la sucesión del empresario, el cónyuge y los legitimarios que no hayan participado en el contrato, pueden reclamar a los beneficiarios de ese mismo contrato, el pago de la cantidad prevista por el apartado 2 del artículo 768 *quater* CC, y los intereses legales. La inobservancia de las disposiciones del párrafo 1 constituye motivo de impugnación conforme a lo dispuesto en el artículo 768 *quinquies*».

El artículo 768 *quater* CC que dice expresamente: «en el contrato deben participar...» pone de relieve un límite insuperable: en el pacto deberían participar todos los sujetos a los que se ha hecho referencia, so pena de nulidad del acto⁵². No parece que exista ninguna incongruencia con respecto al artículo 768 *sexies* que previendo que el cónyuge y los otros legitimarios que no hayan participado en el pacto puedan reclamar a los beneficiarios la liquidación

⁵¹ AVAGLIANO, M., *Patti de famiglia per l'impresa*, en Quaderni della fondazione italiana per il notariato, 2006, 820, OBERTO, G., *Il patto di famiglia*, Padua, 2006, 51, PETRELLI G., *La nuova disciplina del patto di famiglia*, en Riv. Not., 2006, 2, 415.

⁵² G. AMADIO, *Patto di famiglia e funzione divisionale*, en Riv. del Notariato, 2006, pp. 886 y ss.; ID., *Profili funzionali del patto di famiglia*, en Riv. dir. civ., 2007, pp. 359 y ss.; S. DELLE MONACHE, *Spunti ricostruttivi e qualche spigolatura in tema di patto di famiglia*, en Riv. del Notariato, 2006, pp. 894 y ss.; A. ZOPPINI, *Profili sistematici della successione anticipata*, en Riv. dir. civ., 2007, pp. 291 y ss.

monetaria de su cuota, se refiere tan sólo a los legitimarios sobrevenidos. De hecho, para los legitimarios existentes en el momento del pacto, está fuera de toda duda que dicho pacto constituye una limitación a sus derechos sucesorios y no sería posible que esto suceda por un pacto en el que ellos no participaron.

Dicha tesis, entre sus argumentos, también toma en cuenta uno extraído de los trabajos preparatorios de la reforma, según los que el acuerdo debe ser «obligatoriamente suscrito por el cónyuge y los legitimarios.»⁵³

Así pues, la ausencia de cualquiera de ellos determinaría que el pacto fuese nulo.⁵⁴ La causa de la nulidad se individualizará precisamente en la imposibilidad de realizar la causa divisoria.⁵⁵ Bajo un perfil aplicativo, es evidente que en el caso en el que se considere nulo el contrato, lo bienes de la empresa que se hayan atribuido con el pacto, no habiendo sido nunca transmitidos válidamente por el disponente, y habiendo permanecido siempre en su patrimonio, en el momento de la apertura de su sucesión deberían considerarse como parte de la masa hereditaria. Queda por verificar la posibilidad de una eventual conversión del pacto de familia nulo, y en aplicación de las normas sobre el contrato en general, la conversión parece ser posible. En particular, podría convertirse en una donación modal. Una vez indagada la voluntad de las partes y verificado el respeto de los requisitos formales, o bien la estipulación en documento público con la presencia de dos testigos, el pacto de familia nulo podría convertirse en donación. En tal caso, obviamente, la donación estaría sometida a reducción y a colación.

Es oportuno evidenciar que el artículo 768 *sexies* CC indudablemente se presta a interpretaciones opuestas. De hecho, asumiendo una perspectiva opuesta, parte de la doctrina considera que el artículo 768 *sexies* CC es aplicable solamente a los legitimarios existentes. El pacto de familia se construye así como un negocio bilateral entre el disponente y el asignatario de la empresa o de las participaciones sociales⁵⁶, y del artículo 768 *sexies* CC se puede sacar otra lectura a la luz de la que la norma admitiría que el cón-

⁵³ La referencia, que se aprende de G. PETRELLI, *op. loc. cit.*, nota 44, es a la relación presentada a la Comisión de Justicia de la Cámara de los diputados en la reunión del 23 de septiembre de 2003 habla de un acuerdo que debe ser «obligatoriamente suscrito por el cónyuge y los legitimarios»; análogamente la relación en aula n. 661 del 25 julio 2005.

⁵⁴ F. GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, en *Giust. civ.*, 2006, pp. 217 y ss.

⁵⁵ G. AMADIO, *Patto di famiglia e funzione divisionale*, en *Riv. del Notariato*, 2006, 886; MAGLIULO, *Op. ult. cit.*, 285 ss

⁵⁶ CACCAVALE, C., *Appunti per uno studio del patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, en *Notariato* 2006, 297, OPPO, G., *Patto di famiglia e diritti della famiglia*, en *Riv. Dir. Civ.*, 2006, p. 441.

yuge y los otros legitimarios puedan no haber participado en el contrato de transmisión de la empresa o de las participaciones societarias y que, en tal caso, se mantiene la validez del pacto de familia, y en el momento de la apertura de la sucesión, estarán legitimados para reclamar a los beneficiarios, la liquidación monetaria de sus derechos, no ya en calidad de contratantes, sino en calidad de terceros, como expresamente los califica el artículo en examen. Desde esa óptica se evidencia que el artículo 768 *quater* CC no obstante afirme que los otros sujetos *deben* participar, no precisa las consecuencias de la falta de participación de algún legitimario y, en particular no explicita que la participación de todos se pida so pena de nulidad, como en cambio exige expresamente el documento público so pena de nulidad *ex* artículo 768 *ter* CC.

Se ha observado que condicionar el pacto a la adhesión de todos los legitimarios significaría frustrar el intento de la ley, centrado en el respeto a la voluntad del emprendedor, y que de esta forma incluso la disidencia de un solo participante respecto de las condiciones previstas en el pacto obstaculizaría la conclusión del mismo.

Las consecuencias, en el caso de no participación de algunos legitimarios, se configuran de manera diferente por los distintos autores que apoyan esta tesis.

Según algunos el pacto sería inoponible a los legitimarios no participantes⁵⁷. Así pues la indicación según la cual los legitimarios deben participar debería ser entendida como condición de vinculación al pacto para todos los legitimarios. Por tanto los legitimarios que no hayan participado en el pacto, podrán optar para la acción de reducción alcanzando también a los bienes que son parte de la empresa.

Una corrección parcial a esta tesis es entender que no es preciso que los legitimarios estén todos presentes, pero sí que, al menos, deben haber sido convocados. Así se debería considerar que la liquidación de la cuota sería oponible a los legitimarios que hayan sido convocados a participar en el pacto, mientras que no sería oponible a los que no hayan sido convocados.⁵⁸

Se ha observado, de todos modos, que no sería posible añadir cargas, no previstas por la ley como la prueba de la convocatoria, y si se acepta la idea de que la ausencia de un legitimario no implique la nulidad del pacto, debería aceptarse que el pacto puede ser concluido también sin que algunos legitimarios hayan sido convo-

⁵⁷ G. PETRELLI, *La nuova disciplina del patto di famiglia*, en *Riv. not.*, 2006, pp. 401 y ss.

⁵⁸ C. CACCAVALE, *Appunti per uno studio del patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, *cit.*, pp. 297 y ss.

cados⁵⁹ y la participación vincularía sólo para la cuantificación de la cuota, en el sentido que ésta no sería vinculante para quien haya permanecido extraño al pacto, quien entonces podrá pedir al juez la valoración de la cuota que le corresponda en el caso en que no quedara satisfecho con la establecida en el pacto o si ni siquiera se la hubiera previsto⁶⁰. Si bien la *ratio* presente en el pacto de familia es la de asegurar el paso de los bienes productivos de una a otra generación, la misma no puede perseguirse negando la tutela a los legitimarios no asignatarios, que se verían perjudicados irremediabilmente desde el momento en que no se entendiese indispensable su participación para la validez del acto.

5. HIPÓTESIS PROBLEMÁTICAS Y DISOLUCIÓN DEL PACTO DE FAMILIA

El análisis de la institución realizado hasta ahora desvela con absoluta claridad el elevado porcentaje de problemas que acompañan a la misma; bien puede ser que en eso resida la razón de su escasa aplicación en la práctica, también es cierto que, si bien en tema de pacto de familia se han vertido ríos de tinta, han sido escasísimos los pronunciamientos jurisprudenciales en la materia, a casi ocho años de la entrada en vigor de la Ley 55/2006. Reconociendo pues al pacto de familia la naturaleza de acto con función divisoria, de ahí se deriva la nulidad del pacto concluido en ausencia de alguno de los legitimarios. Del mismo modo se deriva, a la luz de las normas del ordenamiento sobre incapacidad, la necesaria aplicación del artículo 375 CC en caso de que un interdicto (incapacitado) deba ser parte en el contrato. Esta orientación se expresa en una reciente sentencia de apelación conforme a la que «*Si bien la participación en el pacto de familia no comporta efectos traslativos inmediatos sobre el patrimonio del legitimario incapaz, de hecho éste enajena al asignatario la porción de legítima, que le correspondería, sobre la empresa familiar*». No obstante, la jurisprudencia ha entendido aplicable el artículo 375, n. 1, CC y no el artículo 375 n. 3 CC: la participación en el pacto de familia del incapacitado, se ha calificado, por tanto, como un acto de administración extraordinaria, con la consiguiente necesidad de autorización por parte del Tribunal conforme al parecer del Juez Tutelar. En particular, según la sentencia dictada por el Tribunal de Reggio

⁵⁹ G. SICCHIERO, *La causa del patto di famiglia*, cit., p. 1268.

⁶⁰ G. SICCHIERO, *La causa del patto di famiglia*, cit., 1269.

Emilia, la participación en el pacto de familia de un legitimario no asignatario comportaría una enajenación «de hecho» de su porción de legítima calculada en proporción al valor del bien que se ha transferido al asignatario. El Juez, sin embargo, ha subrayado que, «también se llega a análoga conclusión poniendo el acento sobre la causa particional del pacto de familia». El análisis del dato jurisprudencial, confirma, como los resultados del análisis funcional sean evidentemente tan relevantes como el de la estructura. De hecho, si se le reconoce una función particional⁶¹ al pacto debe concluirse que el mismo no puede entenderse concluido a falta aunque sólo sea de uno de los legitimarios. Parece útil, examinar dos problemáticas suscitadas por la doctrina en orden a la participación del cónyuge *ex art. 768 quater CC*, de cuya lectura emerge inmediatamente que el legislador mencionando solo al cónyuge ha querido excluir la participación en el pacto del conviviente *more uxorio*. En un momento histórico de gran apertura hacia la familia de hecho y de reconocimiento de los derechos de los hijos naturales, la elección del legislador que excluye al conviviente *more uxorio* de la posibilidad de participar en un pacto de familia, posiblemente puede leerse críticamente, como un frenazo en relación con la continua apertura en relación con la familia de hecho⁶².

Una primera problemática emerge del hecho que el pago de las sumas al cónyuge se produce antes de la apertura de la sucesión. Puede suceder, entonces que, en dicho momento se haya acabado la relación conyugal o hasta que el cónyuge sea un sujeto diferente respecto a quien participó en el pacto de familia. El caso en examen contempla la hipótesis en la que el disponente, sucesivamente a la estipulación del pacto de familia, se haya separado del cónyuge que ha participado en el pacto, o aquella en que posteriormente haya contraído un nuevo matrimonio. Una hipótesis de no difícil realización podría ser aquella en la que un disponente se separe del cónyuge que ha participado en el pacto con una sentencia que hasta atribuya la culpa de la separación justamente al consorte que ha tomado parte en la estipulación del pacto en calidad de legitimario. En tal caso sería lícito preguntarse sobre el destino de la atribución recibida desde el momento que en vir-

⁶¹ AMADIO, G., *patto di familia e funzione divisionale*, cit. pp. 867 y ss.

⁶² Resulta interesante la opinión de quien defiende que las reglas que en la actualidad atribuyen una preeminencia absoluta al cónyuge deben someterse a revisión y que «una adecuada valoración en sede sucesoria debería recibir no solamente y no tanto la formalización del vínculo afectivo en la institución del matrimonio, cuanto la duración, la seriedad y la estabilidad de la relación, la efectiva vida en común», así PERLINGIERI G., «*Il diritto ereditario all'affacciarsi del nuovo millennio: problema e prospettive*», en DELLE MONACHE, S., *Tradizione e modernità nel diritto successorio*, Dagli istituti classici al patto di familia, Padua 2001, p. 319.

tud del artículo 548, párrafo segundo CC estos no tienen derecho a la cuota de reserva, también ante el silencio del legislador, no parece poder considerarse subsistente, en el caso analizado, una obligación de restitución a cargo del cónyuge legitimario desde el momento que «cuando se liquidó a su tiempo estaba basado en una justa causa, la cual podría desaparecer sólo a condición de que desapareciera el contrato»⁶³. Igualmente problemática es, por tanto, la hipótesis en que, el disponente se divorcie de su cónyuge que había participado en el pacto de familia, contrayendo sucesivamente un nuevo matrimonio, con la consiguiente posible existencia de un nuevo cónyuge que podrá pretender la liquidación en los términos del art. 768 *sexies* CC. En tal caso se considera que el nuevo cónyuge podrá reembolsarse sólo frente al cónyuge divorciado, desde el momento en que, de otro modo, el descendiente asignatario debería liquidar la cuota de dos cónyuges llegando de este modo a dar relevancia si bien sólo «indirectamente y *quod ad effectum*», a la bigamia⁶⁴. También resulta interesante la posibilidad de insertar en el pacto de familia, una condición resolutoria, con la que la participación del cónyuge en el pacto dejaría de tener efectos en caso de divorcio, con la consiguiente obligación de restitución de cuanto eventualmente hubiera recibido⁶⁵. La institución en examen presenta otra cuestión de notable interés: la valoración de la conformidad con los principios del ordenamiento, sobre todo en relación con el principio de la relatividad de los efectos del contrato (art. 1732 CC), de un pacto de familia entre el disponente y el único legitimario, evidentemente hecho con el fin de limitar los derechos de eventuales legitimarios sobrevenidos. En realidad, el pacto de familia parece presentar una estructura necesariamente trilateral⁶⁶, con la parti-

⁶³ F. GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, in *Giust. civ.*, 2006, p. 223.

⁶⁴ GAZZONI, *ob cit.*, *loc cit.*

⁶⁵ OBERTO, G., *Il patto di famiglia*, Padua, 2006; MACCHIA E., VEDANA F., *Il patto di famiglia: caratteristiche del nuovo istituto e possibile ruolo della società fiduciaria*, en *Trust e attività fiduciarie*, 2007, p. 316.

⁶⁶ F. GAZZONI, *Op. loc. cit.*, 219, quien observa que el pacto de familia es un acto trilateral y que «queda como tal sin importar cuál sea el número de participantes». El autor añade que «esto significa que la manifestación de voluntad de los legitimarios o de los descendientes sería acto colectivo, con lo que consigue, en el momento de la formulación de la voluntad misma, bien sea sobre el plano de la constitución de vínculo, ya sea en él de su disolución». Tal conclusión se alcanza argumentando con el artículo 550 CC, en materia de la denominada «cautela sociniana», allí donde se dispone en el párrafo 3 que si los legitimarios son varios, se necesita el acuerdo de todos ellos para que la disposición testamentaria se pueda ejecutar. El autor concluye que «los legitimarios en este caso están unidos por un interés o contra interés, común, que es él de incidir de manera unilateral en la sucesión sin recurrir a la acción de reducción, unilateralidad que, evidentemente, obliga a un acto colectivo en presencia de todos los sujetos» y que «no de manera diferente, pues, deberá decirse del pacto de familia, considerando que estamos antes un aspecto disciplinar

cipación indispensable de tres categorías de sujetos: disponente, beneficiario-asignatario y legitimarios no asignatarios. Sobre el plano de los intereses en juego, la fuerza vinculante del pacto respecto de los legitimarios sobrevenidos es consecuencia de la participación en el pacto de los legitimarios no asignatarios quienes, tutelando directamente los propios intereses, también tutelan indirectamente los intereses de los legitimarios sobrevenidos⁶⁷. En cuanto a la disolución del pacto, la regulación prevé la posibilidad de desistir del contrato y la de resolverlo consensualmente.

En realidad, la oportunidad de prever el derecho de desistimiento ha sido determinada por la oportunidad de introducir un instrumento equivalente a la revocabilidad del testamento⁶⁸, que permitiera al ordenante modificar el marco de intereses configurado por él aunque, en realidad, la norma no pone límites respecto a aquellos que convencionalmente puedan convertirse en titulares del derecho de desistimiento. Se ha considerado oportuno evidenciar como la previsión de la facultad de desistimiento, sometida sólo a una previsión expresa contenida en el contrato, representa un peligro significativo para la estabilidad del pacto.

En lo tocante a la resolución consensual del contrato, en cambio, la previsión podría parecer superflua puesto que de todas maneras habría sido posible aplicando las normas generales de los contratos.

Los problema de orden específicamente operativo, por lo que toca a ambos instrumentos, desistimiento y resolución consensual derivan de los efectos reales del acto de disposición.

6. CONCLUSIONES

La doctrina⁶⁹ que más ha profundizado en comentar esta modificación legislativa no mucho tiempo después su introducción, ha observado cómo puede divisarse un modelo, por así decir, «minimalista» del pacto de familia y algunas funciones del mismo más sofisticadas que necesitan de un cierto rodaje operativo.

El modelo «minimalista» está representado por el acto en que participan, además del ordenante y del beneficiario, también los

alternativo a la sucesión necesaria, aspecto que afecta en la misma medida a los legitimarios, que deberán expresar una única voluntad conforme o disconforme».

⁶⁷ IEVA, M., *Il patto di famiglia*, en *Trattato breve delle successioni e donazioni*, dir. Por Rescigno, P., Padua 2010, pg 336.

⁶⁸ P. RESCIGNO, *Trasmissione della ricchezza e divieto dei patti successori*, en *Vita not.*, 1993, pp. 1281 y ss.

⁶⁹ La referencia es a L. ROSSI CARLEO, *op. loc. cit.*, p. 445.

legitimarios excluidos y en el que la cuota de liquidación que corresponda a estos últimos se liquide consensualmente. En este caso hay un acuerdo entre todos los interesados y el acto se estructura según el modelo más elemental consentido por la disciplina legislativa. Dicho modelo no presenta especiales perfiles problemáticos y parece dotado de máxima estabilidad. Pero junto a este modelo existen otros que podrían conferir una eficacia operativa notablemente superior a la figura, pero que necesitan de aplicación práctica y, tal vez, también de ulteriores reflexiones por parte de la doctrina encaminadas a seleccionar y consolidar propuestas interpretativas compartidas.

En relación a las problemáticas expuestas, no puede dejarse de poner de relieve como el dato positivo que nos brinda el legislador tiene bastantes lagunas y esté caracterizado por formulaciones a veces inciertas y confusas. El pacto de familia está destinado a operar en un ámbito configurado por situaciones jurídicas de elevada complejidad y de crucial importancia en un plano social. El objetivo perseguido por la reforma, de hecho, no es tanto él de garantizar al empresario el control y la gestión del difícil momento de cambio intergeneracional de su empresa, sino más bien la tutela de un interés más general del mercado por la organización racional y llevanza de las empresas a través de la salvaguarda de la continuidad en la gestión de las mismas⁷⁰.

El sistema económico italiano se caracteriza por una gran difusión de empresas familiares presentes también en medida relevante entre las sociedades cotizadas, es decir en un sector donde los intereses son especialmente delicados y, afectando al ahorro público, inciden en toda la colectividad. En realidad, parece oportuno poner el acento más en las potencialidades de la institución que en los defectos de su regulación.

El pacto de familia «contrato nominado pero no tipificado»⁷¹, de hecho constituye la aparición de una nueva técnica legislativa que «confía la composición de intereses contrapuestos al libre juego

⁷⁰ En el momento de la muerte del empresario individual o del socio de referencia (el c.d. *socio mercator*; usando palabras de IUDICAG. *„Il family buy-out come strumento di preservazione del valore dell'impresa nella successione mortis causa, en Scienza ed insegnamento del diritto civile in Italia, Atti del convegno di Studio in onore del prof. Angelo Falzea Messina 4-7 junio 2002 coordinado por SCALISI V., Milán 2004, pp. 595 y ss. en concreto 596) «a menudo se realiza una peligrosa solución de continuidad en la actividad de la empresa o de la sociedad con consecuencias parcialmente traumáticas en la valiosa capacidad de la empresa de producir y difundir bienestar económico», así lo dice LUCCHINI GUASTALLA E. *Gli strumenti negoziali di trasmissione della ricchezza familiare: dalla donazione si praemoriar al patto di famiglia, en Rivista di diritto civile, 2007, f. 3, 303.**

⁷¹ ROSSI CARLEO, J., *Il patto di famiglia: una monade nel sistema?* en *Notariato, 2008, f. 4, 444.*

de la autonomía privada»⁷². Por lo tanto, el legislador entrega a la autonomía privada, oportunamente guiada por los notarios encargados de la estipulación del acto, el encargo de proceder, en el ámbito del escaso cuadro normativo delineado, a la tipificación social a través de la predisposición de una pluralidad de modelos idóneos para satisfacer las diferentes expectativas que emergerán del tejido social.

En definitiva, a pesar del elevado nivel de problemática es indudable que la introducción de la regulación del pacto de familia, al que, como se ha subrayado, es necesario hacer importantes correcciones desde el punto de vista de su aplicación, contribuye a la adaptación del derecho sucesorio italiano a las cambiantes exigencias del mercado. Hay que recordar de hecho, que a la luz de los estudios de las ciencias económicas, un valor fundamental de la empresa está constituido también por la continuidad de su gestión: efectivamente «en la estimación del valor de una empresa, un indicio nada irrelevante es su «horizonte temporal», elemento que dentro de una empresa familiar está muy influenciado por el riesgo fisiológicamente conectado al traspaso generacional que le afecte»⁷³.

⁷² MINERVINI E., *Il patto di famiglia. Commentario alla legge 14 febbraio 2006 n. 55* en *Le nuove leggi civili*, di DI MAURO N., MINERVINI E., VERDICCHIO V., Milán, 2006, p. 8.

⁷³ Cfr. LUCCHINI GUASTALLA E., *I patti di famiglia e il trust*, en *Guide del professionista*, *il sole 24 ore*, n. 1, 30 de marzo 2006, p. 5.