

**Ortelli, Ana**

## *El fideicomiso testamentario*

Facultad de Derecho

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor y de la editorial para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Ortelli, A. (2012). El fideicomiso testamentario [en línea]. En *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires : El Derecho. Disponible en:

<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/fideicomiso-testamentario-ortelli.pdf> [Fecha de consulta:.....]

(Se recomienda indicar al finalizar la cita la fecha de consulta. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

## EL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO

ANA ORTELLI

El proyecto de reforma regula expresamente la posibilidad de constituir un fideicomiso a través de un testamento en los artículos 1699, 1700 y, en forma particular, en los artículos 2493 y 2448, que analizaremos en el presente trabajo en forma separada, por responder estos a supuestos distintos.

### **Dominio fiduciario como patrimonio de afectación<sup>1</sup>**

La doctrina utiliza los vocablos “patrimonio separado” y “patrimonio de afectación” en forma indistinta para referirse al patrimonio fideicomitado regulado –actualmente– por la ley 24.441.

Ahora bien cabe preguntarse si es dable concebir en nuestro sistema jurídico un patrimonio independiente de todo sujeto de derecho teniendo el titular de los bienes una mera obligación de administración. Esto es ¿puede existir un patrimonio impersonal a favor de un fin?

El artículo 14 de la ley 24.441 establece expresamente que “[...] los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante”. Constituyen una universalidad jurídica destinada a un fin.

Esta singularidad es sin duda una de las características que hace del fideicomiso un instrumento jurídico sumamente útil e interesante para realizar distintos tipos de negocios. Entre ellos, y yendo específicamente al tema en estudio, el fideicomiso testamentario es un medio dúctil e idóneo para proteger el patrimonio de menores e incapaces, ante la muerte de su representante o benefactor, y un instrumento de gran utilidad para la planificación sucesoria, en miras a proteger el patrimonio familiar. Pues, podemos afirmar que los bienes fideicomitados constituyen una universalidad patrimonial destinada al cumplimiento de un objeto determinado – el objeto propio del fideicomiso – en beneficio de la o las personas indicadas, es decir del beneficiario y en última instancia del fideicomisario.

1. Para un mayor análisis acerca de las teorías doctrinarias acerca del patrimonio separado consultar: AUBRY Charles y RAU Charles, *Cours de Droit Civil Français*, Ed. Marchal Villard, París, 1872, CARREGAL Mario, *El fideicomiso*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1982, FREIRE, Bettina, *El Fideicomiso sus proyecciones en el negocio inmobiliario*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1997, pág. 73 a 90 LLAMBÍAS Jorge, *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, Tomo II, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1982, VILLAGORDOA LOZANO, José M., *Doctrina general del fideicomiso*, Ed. Porrúa, México, 2003. VON TUHR Andreas, *Teoría general del Derecho Civil Alemán*, Tomo I, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1946, pág. 385.

De esta manera la ley crea, en forma expresa, un sistema jurídico en el que es compatible la coexistencia de un patrimonio personal –atributo de la persona– y patrimonios especiales segregados de aquel, denominados patrimonios especiales o de afectación<sup>2</sup>.

Es pues una división que el legislador ha creado y regulado respetando el principio de unidad del patrimonio como universalidad jurídica, ya que no subsisten en cabeza del fiduciario dos patrimonios generales sino que se produce la coexistencia de un patrimonio personal del fiduciario junto al patrimonio especial fideicomitado<sup>3</sup>.

En este sentido, los bienes fideicomitados quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. Tampoco podrán agredir los bienes fideicomitados los acreedores del fiduciante, quedando a salvo la acción de fraude.

Los bienes fideicomitados no integran la garantía común de los acreedores del fiduciario –titular de los mismos– ni del fiduciante –que se ha desprendido de estos, destinándolos a un fin determinado–.

Tanto el artículo 2493 como el artículo 2448 establecen claramente que estamos ante la presencia de una universalidad de bienes afectados a un determinado objeto que no forman parte del patrimonio de ninguno de los sujetos intervinientes en el fideicomiso.

El fiduciario es un simple soporte jurídico de la propiedad. Es el titular pero no es el dueño de la riqueza que esos bienes representan. Adhiriendo a la postura de Freire, el fiduciario no es más que un propietario formal, que tiene un “encargo” a cumplir sobre los bienes fideicomitados<sup>4</sup>. Así, el fiduciario es el propietario formal, pero no es el dueño del contenido económico de los bienes que forman el patrimonio de afectación. Para esta autora el fiduciario tiene la propiedad vacía de contenido patrimonial. Afirma que la idea central es la existencia de una titularidad formal que no enriquece en forma personal al fiduciario, aunque es el único titular del derecho real de dominio (ya que aceptar la teoría de desdoblamiento de la propiedad implicaría trastocar los principios y convicciones jurídicas vigentes en nuestro ordenamiento). Continúa preguntándose qué ocurre con el beneficio económico de los bienes en fideicomiso mientras este persiste y concluye que allí aparece la figura del patrimonio separado. Así, la riqueza quedará en cabeza de los destinatarios de los bienes en fideicomiso cuando estos salgan de la campana de cristal, es decir, de la incapacidad que los afecta.

Concluye que es impensable en nuestro derecho la existencia de un derecho real de dominio compartido, pero que ello no debe confundirse con la posibilidad de que coexista de modo armónico un derecho real de dominio despojado de valor económico para su titular y un derecho personal en cabeza del beneficiario o fideicomisario para quien ese derecho a la cosa tiene pleno valor pecuniario<sup>5</sup>.

En nuestra opinión, el fiduciario más que un propietario, tiene la fisonomía de un administrador operacional, ya que sus facultades son semejantes a las de un administrador con cierto poder de disposición que a las de un propietario<sup>6</sup>.

2. En doctrina, a lo largo de los años, se ha discutido la posibilidad de que existan patrimonios especiales. Sobre el tema puede consultarse LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, Tomo II: *El Patrimonio*, Ed. Perrot, Buenos Aires 1978; SPOTA, Alberto, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo I, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1965, N° 1757; VON TUHR Andreas, *Teoría General del Derecho Alemán*, Tomo I, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1946, pág. 385.

3. Así lo entiende Vítolo al sostener que “[...]la transmisión de bienes a título fiduciario producirá la incorporación de los mismos a un patrimonio especial separado del patrimonio personal del fiduciario, cuya “titularidad” deberá ser ejercida en un determinado sentido a favor del beneficiario y restituida al concluirse el fideicomiso por cumplimiento del plazo o condición, ya sea al beneficiario, fiduciante o fideicomisario”. Confr. VÍTOLO, Daniel Roque, *Titularidad Fiduciaria frente a la inscripción prevista en artículo 215 de la ley 19.550*, diario El Derecho, 10 de junio de 2005.

4. Confr. FREIRE, Bettina, *El Fideicomiso sus proyecciones en el negocio inmobiliario*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1997.

5. Confr. Op. Cit FREIRE, Bettina, *El fideicomiso*, págs. 76 a 80.

6. Confr. MARIANI DE VIDAL, Marina, *Derechos Reales*, Tomo II, ed. Zavalía, Buenos Aires, 2004, pág. 87.

## Fideicomiso Testamentario en el Proyecto de Reforma

El artículo 2493 del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación establece que “el testador puede disponer un fideicomiso sobre toda la herencia, una parte indivisa o bienes determinados, y establecer instrucciones al heredero o al legatario fiduciario conforme a los recaudos establecidos en la sección 8, capítulo 30, Título IV, Libro III. La constitución del fideicomiso no debe afectar la legítima de los herederos forzosos, excepto en los casos previstos en el artículo 2448”.

Siguiendo el lineamiento previsto en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 1999, la norma en estudio recepta expresamente la figura del fideicomiso como un medio de planificación sucesorio, estableciendo expresamente como límite a la autonomía de la voluntad del causante, el respeto a la legítima y la prohibición de sustitución fideicomisaria.

### Fideicomiso testamentario y legítima

El proyecto en análisis establece que en la constitución del fideicomiso por testamento se deberá respetar la legítima de los herederos forzosos, si los hubiere. Ello importa una sensible limitación a las posibilidades de constituir un fideicomiso por testamento, siendo este uno de los puntos más discutidos por nuestra doctrina.

Entre la problemática que podría suscitarse, es de señalar que si el testador ha designado como beneficiario del fideicomiso a un tercero que no es heredero legítimo, el valor de los bienes *fideicomitados* no podrá superar la porción disponible dispuesta por la ley. De lo contrario, los herederos legítimos tendrán la opción de cumplir con la disposición testamentaria o bien, entregarle al beneficiario la porción disponible. En cambio, si el testador ha designado fideicomisario a un tercero y beneficiario a un legítimo, este podrá cuestionar el fideicomiso argumentando que se ha violado la intangibilidad de la legítima. Ahora bien, si el testador designa fideicomisarios a herederos legítimos, deberán distinguirse dos supuestos. En el supuesto en que el testador designe fideicomisarios a todos los herederos forzosos, en principio no se vería afectada la legítima de ninguno de ellos y estaríamos ante una situación de indivisión hereditaria que, como tal, deberá respetar los plazos legales. Si por el contrario, el testador ha designado fideicomisarios solo a algunos herederos forzosos, aquellos a quienes no ha designado podrán reclamar la protección de su legítima en caso que la misma se vea afectada, sin perjuicio de la acción de colación que pudiere corresponder.

De lo expuesto, podemos apreciar que la existencia de herederos forzosos constituye una limitación importante a la capacidad de constituir fideicomiso por testamento<sup>7</sup>.

Otro supuesto a analizar es la posibilidad de establecer fideicomiso testamentario respecto de bienes gananciales, temas que hemos analizado en su oportunidad<sup>8</sup>.

### Fideicomiso testamentario y sustitución fideicomisaria

De acuerdo al anteproyecto, el testador no podrá establecer como causa determinante de la extinción del fideicomiso la muerte del fiduciario pues ello podrá interpretarse como una sustitución fideicomisaria prohibida por nuestro ordenamiento legal<sup>9</sup>. Así lo ha entendido la comisión de Reforma al redactar el artículo 1700 del proyecto en análisis estableciendo “Es inválido el

7. Confr. LÓPEZ CABANA, Roberto, “La protección de la legítima a favor de los hijos. Su excesiva extensión”, LL, 1983-D- 1064.

8. Cfr. CONTE-GRAND, Julio; DE REINA TARTIÈRE, Gabriel, Estudios de Derecho Civil con motivo del Bicentenario, ed. El Derecho, Buenos Aires, 2011 pág. 692.

9. Confr. HERNÁNDEZ, Lidia B. y GARCÍA DE GHIGLINO, Silvia, *La sustitución fideicomisaria y el fideicomiso testamentario*, LL 1997-A, pág. 953; MEDEIRA, Graciela, *Fideicomiso testamentario*, JA 1995-III, pág.. 705.

fideicomiso constituido con el fin de que el fiduciario esté obligado a mantener o administrar el patrimonio fideicomitado para ser transmitido únicamente a su muerte a otro fiduciario de existencia actual o futura”.

Hemos visto que el fiduciario tiene un dominio imperfecto sobre los bienes fideicomitados ya que solo puede administrar y disponer de los mismos para cumplir con el objeto del fideicomiso y de acuerdo con lo establecido en las disposiciones contractuales-testamentarias. Está obligado a transmitir la propiedad plena de los bienes fideicomitados al fideicomisario una vez que haya cumplido el objeto del contrato o se haya producido el vencimiento del plazo establecido en el mismo. Por tanto, conforme lo expuesto, los bienes recibidos en fideicomiso no aumentan ni integran el patrimonio personal del fiduciario toda vez que la titularidad de tales bienes se adquiere únicamente en miras al cumplimiento del encargo objeto del fideicomiso. Esto hace que, en caso de muerte del fiduciario los bienes fideicomitados no se transmitan a sus herederos sino que se deberá designar –si no estuviese contemplado en el testamento– un fiduciario sustituto que adquirirá dichos bienes en miras a continuar con el fideicomiso testamentario.

Por tanto, el fiduciario no es heredero ni legatario del causante, sino más bien, *mutatis mutandi*, una suerte de albacea testamentario en tanto es la persona designada por el testador para dar cumplimiento con una manda testamentaria –el fideicomiso–. El fiduciario es un tercero ajeno a la sucesión. Así lo han entendido Highton y otros autores al sostener que “[...] el fiduciario no adquiere los bienes en carácter de legatario ni ha sido llamado a la sucesión del testador [...]”<sup>10</sup> Las atribuciones del fiduciario al igual que el albacea testamentario tienen su origen en un acto de última voluntad del testador, en un encargo, una misión, que importa el cumplimiento de las instrucciones del mismo respecto del patrimonio fiduciario.<sup>11</sup>

### **El Fideicomiso Testamentario como medio de protección de los incapaces**

El artículo 2448 dispone que *“el causante puede disponer por el medio que sea conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, un tercio (1/3) de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolonga, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”*.

Con esta norma se pone fin a una ardua discusión que se suscitó en doctrina en el año 1999, en ocasión de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas es Santa Fe.

Si bien consideramos que varias de las reformas incluidas en este proyecto son observables, especialmente en el ámbito del Derecho de Familia, consideramos que la redacción de este artículo es acertada para el caso que el causante tenga herederos forzosos incapaces, circunstancia que el sistema actual deja sin solución<sup>12</sup>.

El artículo 2448 siguiendo la línea del proyecto de Código Civil de 1998 recepta la posibilidad que el testador constituya fideicomiso a favor de herederos incapaces, aun cuando se afectara la

10. Confr. HIGHTON, Elena y MOSSET ITURRASPE, Jorge, PAOLANTONIO, Martín y RIVERA, Julio, Reformas al derecho privado, Ley 24.441, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, pág. 21.

11. Confr. CAFFERATA José I., *El albacea testamentario en el derecho argentino*, Ed. Imprenta de la Universidad, Córdoba, 1952.

12. Para un análisis más profundo del régimen legal del fideicomiso testamentario puede consultarse HAYZUS, Jorge R.: Fideicomiso, ed. Astrea, Buenos Aires, 2004; LLOVERAS, Nora: Fideicomiso testamentario: “¿La voluntad dispone?”, JA, 1999-III-1058; MEDINA, Graciela y MADERNA ETCHEGARAY, Horacio, “Fideicomiso testamentario y la protección de la legítima”, ED, 184-1335, ORELLE, José M. R.; ARMELLA, Cristina N. y CAUSSE, Jorge R. Financiamiento de la vivienda y de la construcción, ley 241441, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995, págs. 139-145.

legítima de otros herederos forzosos, estableciendo una suerte de mejora especial para el heredero incapaz<sup>13</sup>.

El código en este caso, positiviza un principio fundamental de justicia proporcional “dar a cada uno lo suyo, según su necesidad”. Claramente, el incapaz, una vez fallecidos sus padres tendrá pocas o incluso nulas posibilidades de proporcionarse sustento por sí solo. Es por ello que el Código establece para él un régimen especial, la intangibilidad de la legítima y el derecho de los herederos que se encuentran en mejores condiciones cede ante la necesidad humana y ante la justicia. Se apela así al principio de solidaridad familiar, reconocido en nuestra doctrina como la asistencia recíproca que debe existir entre los miembros de una familia. Es en el seno de la familia donde se aprende y se vive el sentido integral de responsabilidad, gratitud y solidaridad<sup>14</sup>. La solidaridad frente al miembro más necesitado convoca a la respuesta personal al miembro de la comunidad familiar, atendiendo a un rasgo constitutivo de la condición humana: la disposición a responder por el bien del otro, que implica a su vez la convergencia de los esfuerzos individuales al bien común<sup>15</sup>.

Así, “las exigencias de la justicia son las implicancias concretas de la exigencia básica de racionalidad práctica, según la cual, uno ha de favorecer y promover el bien común de sus propias comunidades, de dónde la primera exigencia ha de darse en el ámbito de su propia familia”<sup>16</sup>.

Este principio se encuentra reconocido en la Convención Americana de Derechos Humanos, que dispone en su artículo 32.2, al señalar que “los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común”.

Así, la asistencia paterno-filial y la asistencia paternal se desprenden de estos principios y trascienden ahora del ámbito del Derecho de Familia al de las Sucesiones, al reconocer un esfuerzo común en beneficio del más desvalido.

En un momento en que es innegable la existencia de un debilitamiento actual en los valores familiares en pos de la autonomía de la voluntad, la función social de la familia emerge reluciente y la voluntad del testador aparece en servicio del bien común familiar en lugar de un capricho.

El fideicomiso testamentario se transforma así en un instrumento de suma importancia para la protección del heredero incapaz, pues el testador puede prever y arbitrar los medios necesarios para asegurar una correcta administración de la porción legítima del mismo a fin de cubrir todas sus necesidades ante la ausencia de sus padres y/o representantes legales, en su caso. Lejos de ser un medio que priva al heredero de los bienes que en derecho podrían corresponderle en circunstancias ordinarias, es así, un medio eficaz para la protección de los mimos.

### Precisiones conclusivas

Consideramos que, la adaptación de esta institución al sistema romanista-francés no es simple, pues en nuestro derecho –a diferencia del derecho anglosajón– no existe la noción de una propiedad disgregada o dual. Si bien el fideicomiso contractual, tiene gran trascendencia en nuestra vida moderna, pues se haya vinculado al mundo de los negocios financieros, a las operaciones con bienes raíces, y a distintos procedimientos de inversión, la implementación del fideicomiso testamentario en

13. Confr. Por esta solución se inclina LOYARTE, Dolores, “Fideicomiso testamentario: instrumento eficaz para la proyección de los “concebidos” dentro o fuera del seno materno”, JA, septiembre 1999, n° 6160, número especial “Fideicomiso testamentario. Legítima y protección de incapaces”, JA, 1999-III-1067. PATTIGIANI, Eduardo J., “la legítima del heredero menor de edad frente al fideicomiso constituido por testamento”, JA, septiembre 1999, n° 6160, número especial “Fideicomiso testamentario”, pág. 35.

14. Confr. DÍAZ DE GUIJARRO, *Tratado de Derecho de Familia*, tomo I, N° 143 y FABBRÍ, Enrique E., *La familia, núcleo de espiritualidad*, en Criterio 2201-406 *ab initio*.

15. Confr. MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2006, pág. 288.

16. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *El derecho del menor a su propio cuerpo*, VV.AA., *La persona humana*, 2001, Buenos Aires, pág. 249 y ss. III, 3.

un sistema de derecho sucesorio como el nuestro -donde la libertad de testar está restringida por una serie de disposiciones de orden público- se encuentra seriamente limitada.

Sin embargo, la utilidad práctica que esta herramienta legal tiene para resolver sin limitaciones los problemas familiares modernos ha despertado gran interés en los juristas, tanto en el orden local como internacional.

Reconocemos que el fideicomiso testamentario es un instrumento valioso para proteger los intereses familiares, por lo que consideramos necesaria una regulación especial sobre el tema en materia de derecho sucesorio; como así lo intentó el Proyecto de Reforma de Código Civil de 1998 y ahora lo hace el Proyecto de Reforma en análisis.