

# XXXV JORNADA NOTARIAL ARGENTINA

## **#3 Planificación patrimonial para la nueva longevidad**

---

Coordinadoras: Not. Karina Vanesa Salierno y Not. María Laura Szymanski

Subcoordinador: Gonzalo Matías Vásquez

---

## Fideicomiso de Administración Familiar.

### ***La contracara de la autoprotección***

---

Autor: Not. Franco SPACCASASSI ORMAECHEA

Contacto: spaccasassiormaechea@gmail.com

---

## PONENCIAS

1) Es recomendable hacer un fideicomiso de administración familiar que tenga como principal función económica la viabilidad de las medidas de autoprotección y directivas médicas anticipadas que el adulto mayor planifique.

2) El Fideicomiso en el que coincidan fiduciante y beneficiario en la misma persona, es una forma de organización patrimonial familiar válida con miras a la protección de la propia vulnerabilidad; en este puede planificarse los aspectos económicos vinculados a la ejecución de las directivas.

3) El contrato de fideicomiso puede tener como negocio fiduciario subyacente principal la administración de los bienes con miras a una eventual vulnerabilidad o la partición sucesoria futura, pero siempre están ambos efectos presentes.

4) El contrato de fideicomiso celebrado con miras a la protección de la vulnerabilidad de la persona mayor, implica una doble virtud: la limitación a la disponibilidad del fiduciante, junto con la posibilidad de establecer mecanismos extrajudiciales de contralor.

4) El contrato de fideicomiso de administración familiar es preferible a la donación de nuda propiedad a modo de partición por los ascendientes, porque no le quita la disponibilidad del dominio de los bienes al fiduciante. Esto es especialmente importante al ser los recursos económicos las herramientas necesarias para poder contrarrestar la vulnerabilidad a la que todos ingresamos al ser personas mayores.

5) El contrato de fideicomiso de administración familiar es preferible al testamento, porque otorga a la persona mayor un modo de instrumentar apoyos facultados para resolver la disposición de bienes. Esto es especialmente importante al ser los recursos económicos las herramientas necesarias para poder contrarrestar la vulnerabilidad a la que todos ingresamos al ser personas mayores.

## DESARROLLO

### Introducción

La intención de este ensayo no es traer herramientas nuevas. Es hacer un aporte a evaluar las consecuencias de la utilización de estas figuras en la planificación patrimonial familiar.

### El Fideicomiso De Administración Familiar

Entendemos por Fideicomiso de Administración Familiar (en adelante FAF) a los contratos de Fideicomiso donde el *negocio fiduciario* tenga como objeto la *planificación patrimonial familiar*. Independientemente de quién sea el beneficiario, el

fideicomisario o el fiduciario. Lo que distingue a estos fideicomisos del resto, es que el negocio jurídico subyacente al contrato es la organización de una manera particular del patrimonio de una persona. En consecuencia, englobamos todo un conjunto de denominaciones por entender que estas no son más que variables específicas.

Cuando esa organización patrimonial familiar se hace teniendo en cuenta la protección de un incapaz, diríamos que es un fideicomiso de protección de incapaces. Cuando tiene en miras la distribución de la empresa al momento de la muerte del fiduciante, diríamos que es un fideicomiso de trazabilidad sucesoria<sup>1</sup>. Cuando tiene en miras realizar una garantía para solventar los eventuales gastos necesarios para ayudar a contrarrestar la vulnerabilidad de una persona mayor, podríamos hablar de un Fideicomiso de Renta Potencial<sup>2</sup>. Cuando tiene por objeto ahorrar recursos en miras a un proyecto futuro, como los estudios superiores de un hijo recién nacido, estaríamos hablando del típico Trust Fund norteamericano.

Lo que diferencia a estos fideicomisos de otros, es que no hay una *empresa lucrativa concreta*. No se hace en miras a construir un edificio o desarrollo inmobiliario; o para realizar el cobro de determinados créditos que están en una cartera financiera. El objeto del contrato es solamente la administración de los bienes de una persona, generando una separación patrimonial sin un aparente negocio concreto que lo justifique. Esto llevó a que algunas voces lo califiquen de antijurídico, por romper la unicidad del patrimonio y su función de prenda común de los acreedores. Sin embargo ha tenido recepción en la doctrina<sup>3</sup>. Y ello en buena medida porque la figura del patrimonio especial de afectación fiduciario, no se limita solamente a los negocios fiduciarios con ánimo de lucro. En ese sentido son típicamente diferentes a las sociedades comerciales; las que presumen el carácter de actos de comercio de los actos que realicen. Finalmente han sido receptados tácitamente en el artículo 2448 del Código Civil y Comercial (CCC, en adelante).

No podemos confundir el FAF con el Fideicomiso Testamentario. El fideicomiso testamentario es el otro modo de crear el patrimonio especial de afectación; que puede tener el mismo negocio fiduciario que un FAF. Pero no se celebra en un contrato, sino que está instruido e instrumentado en un testamento. Lo correcto no sería hablar de Fideicomiso Testamentario, sino de *Testamento Fideicomitente*. Al no

---

<sup>1</sup> (David, 2019, 12)

<sup>2</sup> (Clusellas et al., 2021, 791)

<sup>3</sup> (Molina Sandoval, 2014, 2) (Clusellas, 2021, 67)

celebrarse en un contrato, carece de los efectos inmediatos que tiene el FAF<sup>4</sup>. La conformación del patrimonio especial de afectación está postergada hasta el momento en que fallezca el fiduciante; y sus disposiciones deben ser llevadas a cabo por el albaceas como una manda establecida por el testador.

El Fideicomiso Testamentario es una herramienta valiosísima<sup>5</sup> a la hora de hacer una planificación patrimonial y sucesoria, pero NO es la figura objeto del presente. Atento a que su aplicación se realiza con posterioridad a la muerte del fiduciante, y que es controlada por el juez sorteado para realizar la sucesión testamentaria, la hipótesis central de este ensayo le es inaplicable.

Podemos agregar que el contrato de fideicomiso puede tener varios negocios fiduciarios simultáneos, aunque uno solo se plantee como el principal. Que el contrato expresamente se haga con relación a la preservación de los bienes frente a la propia vulnerabilidad, no le quita sus efectos con relación a la distribución final de los bienes de una persona en la eventualidad de su muerte. Por ello, siempre que la figura del fiduciante y del beneficiario coincidan, el fideicomiso tiene como uno de sus negocios fiduciarios la prevención de un interés propio. Es decir, que se refiere a una forma de organizar el propio patrimonio en ejercicio de los derechos constitucionalmente garantizados de propiedad y libertad. Derecho que en el caso de las personas mayores está especialmente garantizado por el artículo 23 de la Convención Interamericana Sobre La Protección De Los Derechos Humanos De Las Personas Mayores, que reza: *“Los Estados Parte adoptarán todas las medidas necesarias para garantizarle a la persona mayor el ejercicio del derecho a la propiedad, incluida la libre disposición de sus bienes, y para prevenir el abuso y la enajenación ilegal de su propiedad.”* Convención que ingresó en el Bloque de Constitucionalidad del inciso 22, del artículo 75, de la Constitución Nacional, por la ley 27.700.

Es por ello, que recomendamos la estructura del fideicomiso de la siguiente manera: 1) Fiduciante: Este rol debe ser ocupado por las personas que quieran organizar su patrimonio. En el caso típico, las personas que prevean su propia vulnerabilidad por vejez, la que incluso puede llegar a ser incapacitante. 2) Fiduciario: Este rol debe ser ocupado por la persona encargada de llevar adelante el cuidado de los requirentes, y la eventual ejecución de su encargo *post mortem*. Recomendamos

---

<sup>4</sup> Haciendo referencia a ellos como *trust* testamentario y *trust* sucesorio (Kemelmajer de Carlucci, 2001, 281)

<sup>5</sup> (Ries Centeno, 2020)

que sea una persona de confianza, pero que NO sea uno de los herederos. Ello atento a que si bien el artículo 1673 CCC le permite al Fiduciario ser beneficiario, el artículo 1672 CCC le impide ser fideicomisario. Los roles de las personas no se adquieren solamente por el título o nombre que se le asignen en el contrato; en consecuencia, cualquier destinatario final de los bienes es un fideicomisario, aunque se lo denomine beneficiario en el contrato. Atento a la prohibición del artículo 1672 CCC, ratificada en el 1676 CCC, el fiduciario no puede adquirir para sí los bienes fideicometidos. 3) Beneficiario: Este rol se le asigna a los mismos fiduciantes. Ello atento a que estos deben prever a su propio sustento, y de esta manera siempre estará presente la finalidad de proveer a la propia manutención. 4) Beneficiarios sustitutos: Este rol se le asigna a quienes en miras a una eventual planificación sucesoria serían herederos y legatarios de los bienes fideicometidos. 5) Fideicomisarios: A efectos de poder modificar el contrato para adaptarlo a los cambios en la situación familiar, no se designaría un fideicomisario específico. Serán quienes sean beneficiarios al momento de la extinción del fideicomiso.

Sobre el FAF, plantea MOLINA SANDOVAL que “*Su invalidez dependerá del caso concreto y de la vulneración (oportuna) de los principios sucesorios implicados en cada caso (y siempre que se ejercite el derecho de la forma y el modo exigido legalmente).*”<sup>6</sup> Y estamos completamente de acuerdo; no todo FAF es inatacable en términos de su validez. Pero la gran mayoría de los casos podemos anticipar que es una figura válida. Principalmente, entendemos que la figura sería nula cuando: 1) Realice una sustitución fideicomisaria prohibida por el artículo 1700 CCC y la última parte del artículo 1972 CCC. 2) Tenga como contenido un pacto sobre herencia futura prohibido. 3) La estructura del fideicomiso realice una postergación de la herencia a los herederos legitimarios, que no se podría haber realizado utilizando otra figura jurídica avalada.

Vale la pena aclarar que siempre estamos pensando en una planificación que no contemple la organización de la empresa o particiones societarias. Porque en esos casos, la excepción del artículo 1010 CCC tiene plena vigencia; y muchos de los temas planteados aquí son redundantes.

---

<sup>6</sup> (Molina Sandoval, 2014, 3)

Planteada la validez del FAF como una figura jurídicamente válida, nos invitamos a pensarlo como una herramienta interesante a la hora de la planificación patrimonial en miras de la autoprotección.

En primer lugar, es importante distinguir que la vulnerabilidad de las personas mayores es diferente a la vulnerabilidad de las personas con discapacidad<sup>7</sup>. Aunque ambas categorías en la realidad puedan asemejarse, no hay que confundirlas en lo absoluto. La vulnerabilidad de las personas con discapacidad cognitiva está fundamentada en mayor medida, en la mayor exposición al daño que su falta de discernimiento les genera. Sin embargo, la vulnerabilidad de las personas mayores está fundamentada en mayor medida, en la falta de autonomía que tienen al requerir asistencia hasta en los actos cotidianos más básicos. Esto no significa que las personas con discapacidad no tengan el otro, o las personas adultas mayores no puedan tener lo uno; sino que en la planificación patrimonial de la persona mayor, pensamos más importante tener en cuenta la autonomía que la capacidad.

Ello nos invita a pensar el FAF como una herramienta muy útil para poder resolver la cuestión de la falta de capacidad de gestión patrimonial, sin que se pierda la capacidad jurídica. En ese sentido, es posible plantear el fiduciario como un apoyo con facultades jurídicas. El planteo es hacer contrato de fideicomiso donde el administrador fiduciario tenga limitadas sus facultades dispositivas; las cuales para poder ejercitarse requerirán la concurrencia de la voluntad de la persona adulta mayor. La que, al no ser incapaz, tiene plenas facultades para brindar su consentimiento. ¿Qué ventaja brindaría la intromisión de la figura fiduciaria? Que al agregar una nueva voluntad jurídicamente necesaria para otorgar válidamente determinados actos, estamos protegiendo al adulto mayor de terceros que se abusen de su falta de autonomía.

En otras palabras, este primer aspecto nos invita a pensar la restricción de las facultades del fiduciario de una manera diferente. No como una salvaguarda para el fiduciante o el fideicomisario; sino como un apoyo que restringe las facultades del fiduciante.

Pensémoslo en un ejemplo. Una persona que, entrando en la vejez, se encuentra vulnerable a la influencia de uno de sus cuidadores; por no entender cabalmente lo que le traen para decidir, o suscribir. En ese sentido puede buscar “autoinhibirse” de celebrar actos de disposición sin el consentimiento de determinada persona. En el

---

<sup>7</sup> (Basset, 2017, 9)

plano de la capacidad jurídica, diríamos que busca restringir su capacidad en los términos del artículo 32 CCC; y que se le designe un apoyo en los términos del artículo 43 del mismo cuerpo normativo.

Ahora bien, esa persona *no padece de una adicción o una alteración mental severa, permanente o prolongada, que le implique un potencial perjuicio para su persona o sus bienes*. No es incapaz; simplemente es vulnerable por depender de sus cuidadores. Esa falta de autonomía no justificaría una interdicción. Ni puede ser que desee recurrir a una herramientas cuyas únicas salvaguardas sean judiciales.

En ese caso, puede recurrir a una herramienta plenamente válida, extrajudicial. Que si bien no implica una restricción a su facultad, puede proteger su patrimonio de sus propias decisiones. Si bien no hará anulables los actos jurídicos que se otorguen, salvo lo dispuesto por el artículo 45 CCC, los hará inocuos. Atento a no tener la persona adulta mayor un patrimonio que sustraer.

Es más, en el FAF que se propone, es necesario que el fiduciante sea una persona capaz. La propuesta es que el Fiduciario no pueda disponer de los bienes sin el consentimiento del fiduciante. Quien para que pueda otorgar el consentimiento debe ser capaz.

En segundo lugar, el FAF se plantea como algo más que una manera de “limitar” la disposición de bienes por una persona. Es además un mecanismo válido para poder establecer salvaguardas y mecanismos de control que no sean estrictamente judiciales. En ese sentido, el artículo 30 de la “Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores” es claro: las salvaguardias tienen que ser *“adecuadas y efectivas para impedir los abusos”*. Lo que invitamos a pensar es el FAF como una herramienta para que eso no sea judicial.

En ese sentido, no es menos importante que el citado artículo 30 establece que las salvaguardias *“asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona mayor”*. Y que deben estar *“sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.”* En este sentido, es posible plantear que la lectura literal del artículo 30 implica dos tipos de salvaguardias: por parte de una autoridad, o por parte de un órgano judicial. Pero que ambos tipos de salvaguardias deben ser independientes e imparciales. Si bien el conector alternativo (“o”) puede ser lógicamente disyuntivo o conjuntivo, entendemos que la primera parte del párrafo no deja dudas: en la medida en que sean razonables y proporcionales, no

es necesario que sean judiciales. Máxime cuando no se está restringiendo la capacidad de la persona mayor.

En consecuencia, es posible plantear un FAF donde el adulto mayor tenga en el administrador fiduciario la figura del apoyo; y que los beneficiario sustitutos, o directamente diferentes organismos del Ministerio Público, tenga legitimidad para solicitar la rendición de cuentas. En ese sentido, el 1675 del CCC es claro al establecer que la rendición de cuentas “*puede ser solicitada por el beneficiario, por el fiduciante o por el fideicomisario...*”; pero luego aclara que debe ser “*conforme a la ley y a las previsiones contractuales*”; lo que abre la puerta para legitimar a otros terceros al mismo derecho.

Ahora bien, **es posible plantear que en el caso de que la vejez se convierta en discapacidad que la disposición de los bienes no requiera de este consentimiento sino de otro**. En otras palabras, lo que planteamos como una salvaguarda puede volverse especialmente importante porque puede ahí si reemplazar el consentimiento del fiduciante. En estos casos, se podría liquidar el patrimonio pero **siempre** con miras al sostenimiento de la persona adulta mayor.

Estas dos cuestiones son relevantes para organizar una figura de “apoyo” sin restringir la capacidad. Y en ese sentido, pueden jugar como la contracara de la determinación de directivas médicas anticipadas y actos de autoprotección. Determinando administradores con facultades suficientes para utilizar el patrimonio en beneficio del adulto mayor primero; y recién luego en previsión de la planificación sucesoria.

### El Fideicomiso como Herramienta superadora en la partición por los ascendientes

Habitualmente, los escribanos nos encontramos con requirentes que consultan cuál sería la mejor forma de evitar el proceso judicial sucesorio para sus futuros herederos. O con personas que desean adquirir algo y titularizar a nombre de sus hijos, para evitar el mismo costo futuro. En esa situación, históricamente la respuesta fue la donación de nuda propiedad. Atento que argumentamos que los efectos partitivos se pueden dar por otras figuras contractuales, ¿es esta la mejor respuesta que podemos dar?

Atento a la intención de un requirente de organizarse patrimonialmente en miras a su planificación sucesoria, haremos un breve repaso de cuáles son las consecuencias jurídicas de algunas herramientas a la hora de hacer la organización patrimonial familiar. Pero antes de analizar cuál es la más adecuada, partiremos de la premisa de cambiar el eje del asesoramiento. A tal efecto, **la recomendación es invitar al**

**requiriente a pensar su organización patrimonial poniendo el centro en la vulnerabilidad a la que va a estar expuesto como persona mayor;** y no en el potencial gasto que puedan tener sus herederos a la hora de resolver la cuestión de la partición sucesoria.

El análisis transcurre en cuatro ejes: 1) Eficiencia de los costos de la partición. 2) Vulnerabilidad futura del propietario de los bienes, en miras a su ancianidad. 3) Alcances de la distribución de los bienes con relación a la legítima hereditaria. 4) Alterabilidad de la distribución hecha de los bienes.

Este ensayo no pretende hacer una explicación completa de todas las formas de organización patrimonial familiar con miras a la planificación sucesoria. Semejante análisis excede los límites del trabajo. La intención es comparar el FAF con las más tradicionales de aquellas: el testamento y la donación de nuda propiedad.

### *Donación de Nuda Propiedad*

En este esquema de organización patrimonial familiar proyectada en la planificación sucesoria, el titular de los bienes los dona a sus herederos. En la misma donación, se reserva el derecho real de usufructo sobre los bienes donados, a modo de garantizarse los ingresos necesarios para su subsistencia. Es una manera de prever su estabilidad económica en su vejez.

Su principal virtud es con relación al primer aspecto de análisis: su eficiencia a la hora de resolver los costos de la partición. Al haberse realizado la transmisión de dominio de los bienes, la parte donataria solamente debe proceder a la extinción de usufructo a causa de muerte. Es la respuesta concreta a la inquietud del requiriente.

Pero al ir más allá de ese primer aspecto, empiezan a aparecer algunas complicaciones. El usufructo, como derecho real de cosa ajena, produce un desmembramiento de la propiedad; dejando el *ius utendi* y el *ius fruendi* en cabeza del usufructuario. Eso puede ser suficiente en una situación en la que no sea necesario disponer del bien donado; pero a la hora de liquidar activos se deberá contar con el consentimiento del nudo propietario-donatario. Si bien el derecho real de usufructo es una garantía suficiente para la posesión del bien, el donante-usufructuario queda a la merced de la voluntad de los donatarios-nudos propietarios a la hora enajenar esa propiedad; en concreto, para poder hacerse de dinero mediante la venta de algún bien. En ese sentido, el nudo propietario podrá otorgar un poder a favor del usufructuario. Pero al carecer de un negocio causal suficiente para generar una excepción al inciso "c" del artículo 380 CCC, el mismo será revocable. En consecuencia, el donante debe tener la máxima confianza con los

donatarios para evitar futuros inconvenientes. Y aún en esa situación, el esquema puede no ser seguro para el donante. Atento a que ha operado la transmisión de dominio, dicho bien pasa a formar parte de la garantía común de los acreedores del donatario. Y potenciales medidas cautelares pueden impedir la enajenación del bien, aún con la voluntad del donatario. Podríamos argumentar que el potencial fallecimiento de la parte donataria podría involucrar otros intereses que los del donatario; al trasladar la propiedad a los herederos del donatario. Pero en este caso, sería suficiente plantear en la donación una cláusula de reversión para evitar ese riesgo. Eso sí, en este caso, por obra del último párrafo del artículo 1965 del CCC, esa elusión del riesgo puede durar solo diez años desde la donación.

En este caso se podría plantear la aplicación de lo determinado en el artículo 2461 CCC. Y en consecuencia, sería posible eludir la legítima hereditaria; sino directamente, indirectamente mediante la valuación de los bienes. Los que por el artículo 2418 CCC, son valorados según el valor que tienen al momento de la donación; no al momento de la apertura de la sucesión.

Pero aún como método de partición, la imprevisibilidad relativa del futuro hace que la donación de nuda propiedad traiga aparejada posibles consecuencias indeseables. Cuando se realiza la partición, las partes tienen en cuenta una situación específica que puede cambiar en el futuro. Y así, el contenido del negocio partitivo que es deseable en un momento puede no serlo en otro. Incluso desde la perspectiva de la empresa, trae a colación CARREGAL. Cuando dice que: *“por cuestiones vinculadas por el cambio en las modas, una fábrica de cuellos duros o de sombreros de calle podría haber tenido una actividad próspera en el pasado, pero hoy no podría subsistir sin convertirse. Lo mismo puede decirse de la obsolescencia tecnológica, que en la actualidad se produce en forma vertiginosa. Tal vez los herederos que parezcan relegados recibiendo otros bienes sean en definitiva los beneficiados al no verse afectados por esos vaivenes propios del devenir de los tiempos”*<sup>8</sup>

Esto traería aparejada una permuta entre donatarios, con un efecto adverso atento a lo determinado por la ley 27.430: el impuesto cedular a las ganancias grava la enajenación de inmuebles. El acto que realizan los donatarios antes de la muerte del donante va a afectar la calificación impositiva del bien. En primer lugar, si el bien fue adquirido por el donante antes del año 2018, la venta de los bienes donados estará alcanzada por el Impuesto a la Transferencia de Inmuebles; pero habiendo realizado la permuta, ahora estará alcanzada por el impuesto cedular a las ganancias. En

---

<sup>8</sup> (Carregal, 2019).

segundo lugar, porque atento a la familiaridad del negocio, no vemos incentivos para que los donatarios permutantes declaren altos valores a efectos de generar futuras deducciones; al no declarar un valor para la operación, puede interpretarse que las mismas se realizaron por las valuaciones fiscales, lo que generará pobres deducciones al precio de la venta en el futuro. Sea como fuere, este negocio oneroso es completamente innecesario. Porque, en el ejemplo, el donante aún vive; y la intención de las partes solo fue realizar una partición anticipada para evitar el costo del proceso judicial.

Por todos estos motivos, entendemos que la donación de nuda propiedad es una herramienta útil pero en casos específicos. Donde las partes tienen una fuerte certeza de las decisiones que están tomando. En síntesis, la donación de nuda propiedad es poner el foco casi totalmente en evitar el proceso judicial sucesorio del donante. Resguardando solo parcialmente los recursos para que el donante pueda contrarrestar la vulnerabilidad que a la edad avanzada se genera.

### Testamento

Atento a las complicaciones que se plantearon a la hora de hablar de la donación de nuda propiedad, una de las herramientas que retoma valor es el testamento. La gran ventaja de esta forma de planificación sucesoria, es que al ser el testamento un acto de manifestación unilateral de voluntad con efectos recién a partir del fallecimiento del testador, este no proyecta sus efectos en la titularidad actual de los bienes. El testador sigue siendo propietario pleno de sus bienes, y como tal mantiene todos derechos: *ius utendi*, *ius fruendi* y *ius abutendi*. Puede disponer de ellos, en la medida de su capacidad; y percibir directamente su renta sin intermediarios. Es poner el foco absoluto en la manera más económica de resolver la distribución de los bienes, sin que el testador pierda su disposición. En ese sentido, es muy claro el artículo 2421 CCC.

Claro está, que el testamento no resuelve la primera problemática: evitar el proceso judicial de partición de la herencia. Las sucesiones testamentarias deben tramitarse en jurisdicción voluntaria judicial, de acuerdo a lo determinado en el artículo 2339 CCC y concordantes. Y en consecuencia, se realiza el proceso judicial determinado en los artículos correspondientes del Código Procesal. En el caso de la provincia de Buenos Aires, los artículos 724 y siguientes, con las particularidades de los artículos 739 y concordantes.

Pero además de no resolver el tema de los costos del proceso judicial, el testamento no resuelve la situación de la protección de la persona mayor, cuando la

vulnerabilidad reconozca como causa una incapacidad. Allí, la vulnerabilidad es aún mayor. En consecuencia, cuando el testador puede más estar necesitando liquidar los bienes, el testamento no lo protege. Supongamos una persona que está convaleciente, o senil; en ese caso, el testamento poco bien le hace a la hora de ayudarlo a mantener sus gastos. Los herederos no tienen más que proceder a la declaración de su incapacidad, a través de un procedimiento judicial de interdicción; o bien esperar su fallecimiento para poder disponer de los bienes. Siempre, claro está, pueden proceder a una “usurpación honesta” de los bienes. Pero ello abre la puerta a los conflictos entre los herederos por la administración de los bienes, en el caso de que sean más de uno.

Y con relación a la posibilidad de distribuir los bienes desproporcionadamente entre los herederos, la porción legítima tiene plena vigencia. De acuerdo a lo determinado en el artículo 2462 CCC, el testador tiene plena libertad para determinar el contenido de la partición, siempre que sea “respetando las porciones legítimas establecidas”. En consecuencia, en el caso de que una persona quisiera mejorar a uno de sus herederos, sólo pueden hacerlo con su porción disponible determinada en el artículo 2445 CCC. Sin perjuicio de la mejora especial que determina el artículo 2448 CCC para el heredero con discapacidad.

La otra ventaja que le encontramos a esta figura es que el testador tiene plena libertad para modificar el contenido del testamento. Esto implica que en el caso de que las circunstancias cambien, puede tranquilamente modificar el contenido del testamento para adaptarlo a una nueva situación. De esta manera, se resuelve la situación de la imprevisibilidad del futuro previamente planteada.

Pero esta libertad de disposición tiene otra consecuencia que encontramos negativa. Especialmente en el caso de los matrimonios que quieran planificar su sucesión de manera común. La imposibilidad de otorgar testamentos en conjunto con otra persona, impide que los cónyuges hagan disposición coordinada de los bienes. Supongamos un bien en condominio ganancial. En este caso, ambos cónyuges hacen un testamento donde se designan recíprocamente como legatarios de la mitad indivisa que tiene el otro cónyuge; en caso de premoriencia del legatario, ese bien corresponde a los restantes herederos. Al momento de otorgar el testamento, ambos cónyuges son progenitores de todos sus hijos. Y la intención de ambos, incluso expresada en el testamento, es que el destino final de este bien le corresponda a los hijos en común de ambos. Pero que mientras uno de ellos viva, este bien debe ser en su totalidad para el cónyuge supérstite. Luego del fallecimiento de uno de ellos, se

ejecuta la manda testamentaria; y los restantes herederos reciben otros bienes en compensación. Pero luego de consolidar el dominio el cónyuge supérstite vuelve a contraer nupcias, a tener nuevos hijos, y revoca el testamento. Incorporando su nueva situación familiar en contradicción con lo “acordado” con su primer cónyuge. Esta situación puede plantearse diferente si el legado fuera de usufructo en lugar de dominio; pero en ese caso, se pueden plantear las mismas cuestiones vinculadas a la donación de nuda propiedad.

### *Fideicomiso de Administración Familiar*

Entendemos que el FAF puede ser una solución integral. Aunque a expensas de un costo operativo de sostenimiento de la figura. Repetimos que el fideicomiso propuesto tiene la siguiente estructura: Quienes quieren planificar su patrimonio familiar en vías a la ancianidad son fiduciantes. Estos le harán la transmisión de la propiedad fiduciaria de diferentes bienes al administrador fiduciario, para que éste los administre en su beneficio. Los beneficiarios en primer término son los mismos fiduciantes. Los herederos sobre quienes se proyecta la herencia, son los herederos sustitutos.

Con relación a la planificación patrimonial en miras de la vulnerabilidad de las personas mayores, la figura permite que los fiduciantes-beneficiarios dejen estipuladas instrucciones para administrar e incluso disponer de sus bienes en cualquier situación. Y de esta manera, asegurarse que mientras estén en vida los gastos necesarios para su sostenimiento sean resueltos por sus propios bienes. Por ejemplo, pueden dejar establecido que en la eventualidad de su senilidad, sean hospedados en un centro determinado. Y que los gastos de ese centro se cubran con el producido de la administración o liquidación de determinados bienes. Pensemos esta figura como la contracara de un Acto de Autoprotección. En ese sentido, las directivas médicas anticipadas pueden necesitar recursos económicos para poder llevarse a cabo. Es fácil dejar establecido que en la eventualidad de un alzheimer avanzado o una senilidad avanzada el requirente sea internado en el mejor centro de cuidados del lugar; muchas veces lo difícil es afrontar ese costo. Queremos ser claros en este sentido: el fideicomiso no es una directiva médica anticipada, debe complementarse con tal. Y atento a la necesaria publicidad en diferentes registros que deben de tener ambos actos jurídicos, es recomendable instrumentar separadamente las mismas. En las medidas de autoprotección, incluso podría designarse al administrador fiduciario como un tercero encargado de tomar decisiones médicas con relación al propio cuerpo.

Con relación a la planificación sucesoria, la misma se canaliza a través de la figura del beneficiario sustituto. Quienes tienen vocación sucesoria de los fiduciantes-beneficiarios, serían designados como beneficiarios sustitutos; ellos son quienes han de recibir los bienes de lo que sería el acervo sucesorio si estuviera en el patrimonio de los fiduciantes-beneficiarios originales. El administrador fiduciario funciona como un albaceas extrajudicial. Una vez que ha ocurrido el fallecimiento del fiduciante designado como beneficiario, éste ejecuta las instrucciones impartidas por el fiduciante-beneficiario a la hora de celebrar el contrato. Y de esta manera se evitaría el proceso judicial de la partición. Ocurrido el fallecimiento del fiduciante-beneficiario, el fiduciario puede estar instruido a entregar los bienes en partes iguales a los beneficiarios sustitutos habiéndose designado a los herederos legitimarios del mismo fiduciante-beneficiario. O bien, puede instruirse que esa entrega se haga habiendo distribuidos los bienes determinados, en hijuelas pre establecidas por el fiduciante-beneficiario. O bien puede haberse instruido al administrador fiduciario a que disponga de todos los bienes a título oneroso, y distribuya el producido de la liquidación en partes iguales entre los beneficiarios sustitutos. O cualquier otra forma de partición que no afecte la legítima hereditaria de los herederos-beneficiarios sustitutos. Si es que la tienen.

Entendemos que esta planificación tiene algunas ventajas. En primer lugar, es similar al testamento en el sentido de que puede pactarse su modificación. En otras palabras, en el FAF las partes pueden dejar establecido que las instrucciones de como hacer la partición pueden ser modificadas por el fiduciante-beneficiario mediante notificación fehaciente. Lo que le imprime a la figura un carácter dinámico por demás deseable, teniendo en cuenta lo previamente establecido al analizar la figura de la donación de nuda propiedad. Retomemos el ejemplo del donante viudo que quiere donar a sus dos hijos un inmueble a cada uno; uno en una localidad balnearia y el otro que es su vivienda. Si en lugar de hacer las donaciones de nuda propiedad, hubiera realizado un FAF y aportado los bienes a dicho patrimonio especial de afectación, sería suficiente para conseguir el objetivo final de los hijos la modificación de la instrucción dada al fiduciario.

Pero de la misma manera, en el caso de FAF donde sean varios los fiduciantes-beneficiarios, puede pactarse lo contrario. Es decir, que los cónyuges pueden establecer diferentes restricciones que complementen su voluntad; y así realizar un contrato en donde dos fiduciantes tengan la tranquilidad de que ciertos bienes expresamente referidos tienen como destinatarios finales a quienes ellos

desean. Volvamos al caso del condominio ganancial. Si en lugar de hacer testamentos simultáneos, los cónyuges hubieran hecho un FAF, se podrían haber designado directamente como beneficiarios sustitutos a los hijos en común; pero establecer que el cónyuge superviviente es quien puede prestar su consentimiento para proceder a la enajenación de los bienes, y quien percibirá los beneficios del FAF mientras viva. Eso sí, para evitar la afectación de la legítima es necesario dejar establecido expresamente en el contrato que la enajenación de bienes del patrimonio especial de afectación debe ser sustituida por bienes del mismo valor; y que ese requisito sólo puede ser dispensado con el consentimiento de los beneficiarios sustitutos-herederos legitimarios de ambos cónyuges. De esta manera, se comportaría en términos económicos como una donación de nuda propiedad; el cónyuge superviviente mantendría la percepción de los frutos, y los restantes herederos legitimarios (hijos del causante) verían diferido el goce de su propiedad. Con la ventaja, de que el cónyuge superviviente puede disponer del bien para su reemplazo por otro u otros.

¿Puede mediante este contrato eludirse la legítima hereditaria? Absolutamente no. Las hijuelas instruidas por el fiduciante-beneficiario al fiduciario deben respetar las porciones legítimas y el orden sucesorio. Salvo, claro está, que los herederos consientan en el contrato los actos de partición predeterminados de acuerdo al artículo 2461 CCC.

## Conclusión

Entendemos perfectamente válido el uso del contrato de fideicomiso como una forma de resolver la necesidad de organizar el patrimonio familiar, en miras a la propia vulnerabilidad y a la planificación sucesoria.

En este sentido, encontramos altamente recomendable el uso de un fideicomiso para garantizar el que el patrimonio de la persona adulta mayor se utilice para su aprovisionamiento pleno. Sin que sea necesario recurrir a cuestiones de seguridad social.

También es posible plantearlo desde la perspectiva de la garantía de posibles hipotecas inversas; que le permitan a los sucesores de la persona adulta mayor rescatar los bienes fideicometidos que se han puesto de garantía para el sostenimiento del -por hipótesis, al momento de la liquidación- causante.

Sin embargo, mientras los organismos previsionales y financieros no resuelvan la disponibilidad de estas herramientas, el FAF es una posibilidad. Para que cada uno

de nosotros, en nuestra libertad y autonomía, prevea como queremos que se dispongan nuestros bienes, para nuestro sustento.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

Basset, U. C. (2017). *Tratado de vulnerabilidad* (1st ed., Vol. 1). La Ley.

Carregal, M. A. (2019, 07 12). El fideicomiso testamentario, la herencia futura y los pactos sucesorios en el Código Civil y Comercial de la Nación. *La Ley*, C(2019), 1207.

<https://www.laleynext.com.ar/document/doctrina/i0877B8A11E1931AB3EA50745878F972D?chunkNumber=1>

Clusellas, E. G. (2021, Octubre). Fideicomiso de administración familiar como instrumento de planificación sucesoria. *Cuaderno de Apuntes Notariales*, 1(200), 67-76.

Clusellas, E. G., Armella, C. N., Cosola, S. J., Moreyra, J. H., Salierno, K. V., Spina, M. V., & Zito Fontan, O. d. C. (2021, Septiembre). El Notario Ciencia, Técnica Y Arte Al Servicio De Las Personas Más Vulnerables. *Revista Notarial*, 1(990), 651.

David, M. A. (2019, Mayo). Pacto o estipulación de herencia futura en la dinámica societaria. Fideicomiso de trazabilidad sucesoria: una variable interesante. *Revista Código Civil y Comercial*, 2019(3), 3.

<https://www.laleynext.com.ar/document/doctrina/i8CBF21229FE907414664EDFA207E47B6?chunkNumber=1>

Etchegaray, N. P. (2018, Febrero 22). Donaciones a legitimarios con reserva de usufructo, uso o habitación. *La Ley*, 2018(A), 1013.

<https://www.laleynext.com.ar/document/doctrina/i20A72837AF872E264EBF002EB7A3E02E>

Ferrer, F. A. M., & Gutiérrez Dalla Fontana, E. M. (n.d.). Justo rechazo de una acción de reducción. *Rubinzal Culzoni On Line*, 2917(2020).

- Kemelmajer de Carlucci, A. (2001). Nuevamente Sobre El Fideicomiso Sucesorio Y La Legítima Del Heredero. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2001(3), 281.
- Kiper, C. M. (1989). *Régimen Jurídico del Dominio Fiduciario* (1st ed.). La LEy.
- Kiper, C. M., & Lisowpraski, S. (2003). *Tratado de Fideicomiso* (1st ed.). Depalma.
- Lisoprawski, S. V. (2020, Abril). Análisis de un fallo que decreta la nulidad absoluta de un contrato de fideicomiso de “planificación familiar” con finalidad sucesoria por violar normas de orden público del derecho hereditario. *Revista Código Civil y Comercial*, 2020(Abril), 183.  
<https://www.laleynext.com.ar/document/doctrina/i2F27A99E3005DAF9A68148FC2580C3D5?chunkNumber=1>
- Llorens, L. R., & Taiana de Brandi, N. A. (1996). El fideicomiso y la relación jurídica subyacente. *La Ley*, 1996(A), 1417.  
<https://www.laleynext.com.ar/document/doctrina/i3447B0D1997F11D6A2580001024B5421>
- López de Zavalía, F. J. (1995). *Teoría de los contratos* (1st ed.). Zavalía.
- Lorenzetti, R. L. (2000). *Tratado de los contratos*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Marquez, J. F. (2014). Artículo 1671. In M. F. De Lorenzo, P. Lorenzetti, & R. L. Lorenzetti (Eds.), *Código civil y comercial de la Nación: comentado* (1st ed., Vol. 8, pp. 184-187). Rubinzal - Culzoni Editores.
- Medina, G. (2015, 10 13). Pactos sobre herencia futura. *La ley*, 2015(E), 1144.  
<https://www.laleynext.com.ar/document/doctrina/iB55A0A3AC0199B59C5DB2F8B208E357C>
- Molina Sandoval, C. A. (2014, 04 15). El fideicomiso en la planificación sucesoria. *La Ley*, 2014(B), 860.

<https://www.laleynext.com.ar/document/doctrina/i804E34FA8C5A8F4D967285F72C5EB024?chunkNumber=1>

Mosset Iturraspe, J. (2003). *Contratos: Edición Actualizada* (1st ed.).

Rubinzal-Culzoni.

Ríos Centeno, F. (2020, 09 24). Aspectos prácticos del fideicomiso testamentario. *e/Dial.com*.

Spaccasassi Ormaechea, F. (2019, Septiembre). *El Elefante en la Habitación:*

*Análisis de la Legítima Hereditaria* [Ponencia presentada en la XXI Jornada

Notarial Novel del Cono Sur]. Retrieved 10 28, 2022, from

[http://www.cfna.org.ar/documentacion/jornadas-](http://www.cfna.org.ar/documentacion/jornadas-2019/xxi_jornada_del_notariado_novel_del_cono_sur_-_ponencias_presentadas.pdf)

2019/xxi\_jornada\_del\_notariado\_novel\_del\_cono\_sur\_-\_ponencias\_presentadas.pdf.

Van Thienen, P. A. (2020, Agosto). Fideicomiso de planificación patrimonial con

efecto sucesorio: legítima vs. orden público. *Revista Código Civil y Comercial*, 2020(Agosto), 79.

<https://www.laleynext.com.ar/document/doctrina/i19F42FA05C20DA009D700E9D2BDE1388?chunkNumber=1>