

**XXXIV JORNADA NOTARIAL ARGENTINA- 4 AL
6 DE MAYO DE 2023-MAR DEL PLATA, PROVINCIA
DE BUENOS AIRES**

**Título: “FIDEICOMISO TESTAMENTARIO:
ILUMINADO SEA PARA LA PLANIFICACIÓN
PATRIMONIAL FAMILIAR”**

**TEMA I: PLANIFICACIÓN PATRIMONIAL
FAMILIAR**

**“Organización presente y futura de la familia y la
empresa a la luz del principio de autonomía de la
voluntad”**

**Coordinadora: Not. Karina Vanesa SALIERNO
(escribaniasalierno@gmail.com)**

**Subcoordinadora: Not. Solange JURE RAMOS
(escribaniajureramos@gmail.com).**

***Autor: Fernández Ríos, María Laura
mlfernandezrios@gmail.com***

Índice

I.	Ponencias:.....	3
II.	Introducción	5
III.	Fideicomiso Testamentario: Conceptos preliminares y aspectos característicos de esta figura:.....	7
IV.	Reglas aplicables:.....	8
A.	Forma.....	8
B.	Contenido	9
C.	Objeto.....	10
D.	Plazo	11
E.	Sujetos	12
V.	El fideicomiso testamentario y su vinculación con la porción legítima ...	14
VI.	Finalidad y utilidad práctica del fideicomiso testamentario:	15
VII.	El Fiduciario en el fideicomiso testamentario: su importancia y aspectos generales.....	17
VIII.	Fiduciario Testamentario: ¿Hereder o Administrador? Su vinculación con otras figuras.....	18
IX.	El Notario como Fiduciario en el Régimen vigente:	20
A.	Cuestión normativa: Situación previa a la sanción del Código Civil y Comercial, y Artículos 291, 2482 inciso b) y 2493 del régimen vigente	21
B.	La cuestión ética y el orden público	22
X.	Consideraciones finales.....	26
XI.	BIBLIOGRAFIA:.....	29

I. **Ponencias:**

- El fideicomiso testamentario es un acto bilateral sujeto a la condición suspensiva del fallecimiento del causante y originado en una disposición de última voluntad. No emana de un acto entre vivos ni de un contrato celebrado entre el fiduciario y los herederos o el administrador de la sucesión, sino que el fiduciario adquiere los derechos directamente del causante, y la disposición testamentaria sirve como título de adquisición de aquellos.
- Las disposiciones fiduciarias testamentarias no constituyen una excepción al orden público sucesorio ni modifican el principio de intangibilidad de la porción legítima; sino que deberán compatibilizarse las normas relativas al contrato de fideicomiso en general y aquellas referidas al régimen sucesorio.
- Si bien el testador puede optar por cualquiera de las formas testamentarias, se sugiere inclinarse por la Escritura Pública, ya que este medio permitirá brindarle mayor seguridad al testador fiduciante del cumplimiento de su voluntad. En cualquier caso, resulta fundamental la actuación de los profesionales del derecho, especialmente del notario, pues este cuenta con las herramientas para asesorar al fiduciante en el momento de redactar su testamento, e interpretar su voluntad, logrando de esta forma que se adecue a las disposiciones que rigen esta materia
- La extensión temporal del plazo conforme lo establece la norma no afecta el derecho de los herederos forzosos. Cuando el fiduciario fuere una persona incapaz o con capacidad restringida aquella se legitima por la inscripción de la Sentencia que la declare al margen de la Partida de Nacimiento. Al existir la posibilidad de revisión o cese de la incapacidad periódicamente, se sugiere que se solicite de forma periódica un certificado de nacimiento a los efectos de verificar su vigencia. Asimismo, si hubiere multiplicidad de beneficiarios, y alguno fuere incapaz o con capacidad restringida; la prórroga alcanzará únicamente a estos produciéndose una modificación del encargo fiduciario, motivo por el cual se recomienda que el testador prevea como continuará el fideicomiso una vez que haya finalizado para algunos beneficiarios y

subsista para otros, a los efectos de evitar que sea el juez quien lo resuelva.

- El fideicomiso testamentario es una herramienta útil de planificación sucesoria para responder a necesidades de índole familiar, y llegar a ámbitos donde ninguna otra figura puede hacerlo.
- Es menester poner a los particulares en conocimiento del fideicomiso testamentario a los efectos de que su utilización se arraigue en la sociedad como posible solución a situaciones familiares, y que los profesionales del derecho avancen en su estudio; pues instrumentado con todas las previsiones del caso y conforme a lo establecen las normas que lo regulan, importa múltiples beneficios.
- La persona del fiduciario es fundamental para el fiduciante, por esta razón es recomendable que en el testamento conste un sustituto o la forma de selección del mismo para el caso en que quien haya sido nombrado fiduciario no aceptare o cesara en sus funciones; dado que de lo contrario será el juez el encargado de hacerlo.
- Resulta evidente que el fiduciante, beneficiario y fideicomisario poseen un interés directo e inmediato en el acto. En cuanto al fiduciario, la cuestión no es clara, por lo que se recomienda ampliar su estudio.
- Se sugiere la revisión del artículo 2493 del Código Civil y Comercial de la Nación, que se refiere al fiduciario como legatario o heredero, puesto que la naturaleza de su función se asemeja más a la de un administrador de bienes.
- Se debe revisar la normativa vigente en materia de fideicomiso y considerar permitir la designación del notario como fiduciario atendiendo a su idoneidad; y específicamente en el supuesto del fideicomiso testamentario, pues no obstante lo dispuesto por los artículos del Código Civil y Comercial, cuando no exista un interés personal que vulnere los principios finalistas de la norma, la prohibición no tendría razón de ser. De cualquier manera, ante el caso concreto y según sea la consistencia del negocio subyacente, se sugiere someter la cuestión a consideración de los Tribunales de Ética de los respectivos Colegios de Escribanos Provinciales, para que expidan un dictamen que, aunque no fuere vinculante, ponga luz sobre la cuestión.

II. Introducción

Es común que las personas, al llegar a cierta edad, se preocupen por prever el destino de su patrimonio para el momento en que ya no estén o que no cuenten con la capacidad para encargarse de él, como así también de su situación personal, y deseen planificar en miras a estos objetivos.

Durante la vigencia del Código velezano, la planificación sucesoria se encontraba sometida a limitaciones que, no en pocas ocasiones, desanimaban a quienes pretendían dejar organizados sus bienes, resignándose a que el destino de aquellos quedara librado a la decisión de los tribunales.

El Código Civil y Comercial ha introducido mejoras en la regulación de las distintas herramientas de planificación sucesoria, entre las que pueden distinguirse la fortificación de la figura testamentaria¹.

El fideicomiso originado en una disposición de última voluntad, como lo es el testamento, permite al testador disponer la forma en que deberá efectuarse la distribución y administración de sus bienes al momento de ocurrir su deceso. Esta figura fue regulada por la Ley 24.441, la cual reconoció al testamento como fuente distinta del contrato. Sin embargo, las disposiciones de la Ley eran insuficientes. Por su parte, el régimen vigente, trajo aparejado un gran avance, y ha venido a corregir ciertas deficiencias; pero todavía quedan cuestiones por resolver.

Por otro lado, es de destacar que el Código Civil y Comercial hace un reconocimiento a la autonomía de la voluntad, pero ello no implica de ninguna manera una excepción al orden público que tiñe esta materia. Es por esta razón que resulta menester poner especial atención a las normas que la regulan, puesto que éstas no podrán ser derogadas por el testador y serán de aplicación forzosa para el intérprete y la jurisdicción judicial². Es decir, que en el fideicomiso testamentario deberán compatibilizarse principalmente las normas relativas al contrato de fideicomiso en general y aquellas referidas al régimen sucesorio.

De esta manera, el desafío para los notarios será interpretar la voluntad de los requirentes y asesorarlos conforme a ella, a los efectos de que se adecue a la normativa y que el acto celebrado no permita futuros cuestionamientos judiciales; sobre todo teniendo en cuenta que, en el caso específico del fideicomiso

¹ CLUSELLAS, Eduardo G, "Fideicomiso Testamentario como Instrumento de Planificación Sucesoria", en *Revista Notarial*, vol. 124, N°987, Julio-Diciembre 2018, pág. 323.

² ídem, pág. 324.

testamentario, cuando este produzca sus efectos el testador fiduciante ya no podrá manifestarse.

En lo que respecta a las partes del fideicomiso testamentario, la persona del fiduciario resulta esencial para garantizar el cumplimiento de la voluntad del fiduciante, debiendo indefectiblemente ser de su confianza.

Si se tiene especial consideración en que el notario es un profesional del derecho en ejercicio de una función pública, encargado de brindar seguridad jurídica, teniendo la ética como norte, procurando velar siempre por el cumplimiento de la norma, y adecuando a ella los intereses jurídicos de los individuos; destacándose por su imparcialidad, y el riguroso contralor al que se halla sometido, máxime por la especial confianza que en él depositan sus requirentes, no resultaría extraño que el testador fiduciante piense en aquel como alguien idóneo para desempeñarse como fiduciario, pudiendo cumplir y materializar su voluntad con eficacia y eficiencia, sobre todo atendiendo a la especial sensibilidad que caracteriza a la planificación sucesoria.

Pero existen disposiciones normativas en esta temática, entre las que se destacan los artículos 291, 2482 inciso b) y 2493 del Código Civil y Comercial de la Nación, que en principio llevarían a negar sin titubeos que el notario puede ser designado fiduciario por atender ello contra el orden público.

No obstante lo expresado, si se analiza más allá de la fría letra de la norma, y se pretende ahondar en el espíritu de la misma, se plantea el interrogante si en todos los casos en que sea la voluntad del testador designar al notario como fiduciario se pone en jaque la ética y el orden público, o si existen circunstancias excepcionales que permitan flexibilizar la rigidez normativa pero sin quebrantar aquellos.

En los párrafos subsiguientes se procederá a desarrollar la figura del fideicomiso testamentario atendiendo a las especiales características que lo distinguen del fideicomiso contractual, el régimen aplicable, su vinculación con la legítima, e incluso la mejora al heredero discapacitado; todo ello a los efectos de determinar los supuestos en que esta herramienta resulta de mayor utilidad y los principales aspectos a tener en cuenta al momento de su utilización como vehículo de planificación sucesoria.

Finalmente se tratará de analizar si existe algún supuesto en el cual escribano pueda ser designado fiduciario que esté a la altura de las exigencias en esta temática, teniendo especial consideración en la naturaleza de su función y centrándose en el caso del fideicomiso testamentario por sus particulares causas y efectos.

III. Fideicomiso Testamentario: Conceptos preliminares y aspectos característicos de esta figura:

Las modificaciones introducidas por el Código Civil y Comercial en materia sucesoria influyeron en el fideicomiso testamentario; lo que le ha permitido convertirse en un instrumento de gran valor para efectuar la distribución y especialmente la administración de los bienes del testador, respondiendo a sus necesidades e intereses³.

De esta forma, el fideicomiso podrá nacer tanto de un acto entre vivos, como de una disposición de última voluntad, sirviendo en este último caso el testamento de fuente para su constitución; pero, a diferencia del fideicomiso contractual, carecerá de efectos inmediatos, y su eficacia dependerá, entre otras cosas, de la muerte del testador⁴.

Si se piensa en esta figura como una herramienta de planificación sucesoria, esta será una de las formas que tendrá testador para evitar la dilapidación o mala administración de sus bienes una vez que ocurra su deceso, como así también para disminuir los conflictos que puedan existir entre sus herederos o poder beneficiar a alguno de ellos, incluso los que no hubieren sido concebidos y/o fueren embriones crio-conservados al momento de testar⁵, protegiéndose de esta manera prácticamente todos los intereses familiares.

Pero antes de analizar las distintas finalidades para las que puede servir recurrir al fideicomiso testamentario, resulta útil y necesario formular ciertas aclaraciones que deberán tenerse en cuenta a la hora de su instrumentación y que permitan garantizar al testador fiduciante que su voluntad se cumplirá cuando el ya no esté.

A pesar de su origen en una disposición de última voluntad, es un acto bilateral solo que sujeto a condición suspensiva, formalizándose al aceptar el fiduciario luego del fallecimiento del causante⁶, y produciéndose el traspaso de los bienes una vez abierta la sucesión. Esto ha llevado a algunos autores a sostener que el fideicomiso emana siempre de un acto entre vivos, celebrándose el contrato entre el fiduciario y los herederos o el administrador de la sucesión. Pero en realidad estos últimos solo

³ MOURELLE de TAMBORENA, María C., *Planificación Sucesoria*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2022, pág. 469.

⁴ ARMELLA, Cristina N., "Fideicomiso testamentario y alternativas en las relaciones de familia para preservar bienes y calidad de vida ("living will"). El fideicomiso constituido por testamento. (artículo 3 de la ley 24.441). Proyecto de constitución de fideicomiso por testamento por acto público", en XXX Seminario Laureano A. Moreira, 23 y 24 de Junio 1995.

⁵ GOTLIB, Gabriel y otros, *Tratado de Fideicomiso*, La Ley, 2013, t. II, pág. 333.

⁶ CLUSELLAS, Eduardo G, ob. cit., pág. 332.

se limitarán a dar cumplimiento a la voluntad del testador, por lo tanto, no se formaliza ningún contrato; sino que el fiduciario adquiere los derechos directamente del causante, y la disposición testamentaria sirve como título de adquisición de aquellos independientemente de la aceptación. Además, pensar lo contrario significaría desconocer las disposiciones del Código Civil y Comercial que reconocen que el fideicomiso puede tener un origen distinto al contractual.

En lo que respecta al resto de las características, al igual que el fideicomiso contractual, se trata de un acto típico, consensual, de contenido patrimonial, neutro, de ejecución diferida y continuada, unitario, formal, conmutativo; solamente que, en el caso del fideicomiso testamentario, deberán adaptarse a las exigencias del derecho sucesorio.

IV. Reglas aplicables:

El artículo 1699 del Código Civil y Comercial se encarga de establecer el régimen al que estará sujeto el fideicomiso testamentario. En los párrafos subsiguientes se desarrollarán las reglas que se le aplicarán atendiendo a las particularidades a las cuales está sujeta la propiedad fiduciaria constituida a través de un testamento.

A. *Forma*

El testador, a la hora de redactar su testamento, deberá tener en cuenta las normas que regulan el fideicomiso de fuente convencional o por acto entre vivos⁷. Pero, al tratarse de una disposición de última voluntad, también deberá considerar de las normas propias del régimen sucesorio.

En consecuencia, el fideicomiso testamentario requiere en primer lugar de un testamento válido, otorgado por cualquiera de las formas admitidas por la ley, es decir testamento ológrafo o por acto público. Por su parte, el artículo 1669 del Código Civil y Comercial dispone que el contrato de fideicomiso podrá celebrarse tanto por instrumento público como por instrumento privado, excepto para el caso de bienes cuya transmisión exija instrumento público; pudiendo salvarse este requisito con la transcripción del contrato al momento de rogarse la transmisión del dominio fiduciario⁸. De ello resulta que el testador deberá observar las solemnidades dispuestas para el

⁷ ARMELLA, Cristina N., ob. cit..

⁸ CLUSELLAS, Eduardo G, ob. cit., pág. 345.

caso en particular según sea la forma testamentaria que elija, y a su vez, deberá tomar en consideración la naturaleza de los bienes objeto del fideicomiso.

Como puede observarse, el legislador no ha preferido ninguna de las formas testamentaria en particular, poniéndolas a todas en un pie de igualdad. A pesar de ello, siempre es recomendable recordar las bondades del instrumento público, puesto que a través de este medio el notario podrá asesorar al testador y evitar posibles impugnaciones una vez abierta la sucesión, además cuenta con la garantía de su conservación a través del tiempo, no existiendo riesgo de que se pierda o se altere; se presume la autenticidad del mismo, no requiriéndose de ningún tipo de pericia para probar la autoría, y podrá ser otorgado por quien no sepa leer ni escribir.

Si bien no puede negarse que el testamento ológrafo cuenta con la ventaja de que su confección será más sencilla y menos costosa, se sugiere en esta temática tan compleja como sensible, inclinarse por la Escritura Pública, ya que este medio permitirá brindarle mayor seguridad al testador fiduciante del cumplimiento de su voluntad.

Asimismo, el artículo mencionado exige la inscripción del fideicomiso en el registro público que corresponda; por lo que habrá que distinguir la inscripción del testamento en el Registro de Actos de Ultima Voluntad en las jurisdicciones que este haya sido creado, donde solo se anoticiará de su existencia pero no del contenido del mismo, de la inscripción en el Registro de Contratos de Fideicomiso, según sea la jurisdicción, la cual se formalizará luego de quedar perfeccionado el fideicomiso con la muerte del testador, y la aceptación del cargo por parte del fiduciario designado o su sustituto⁹.

B. Contenido

El artículo 1699 del Código Civil y Comercial, al regular el fideicomiso testamentario, impone al testador el contenido dispuesto para el fideicomiso de origen contractual como requisito mínimo, remitiendo a las disposiciones que regulan a este y extendiéndose por fuera del régimen sucesorio. De esta manera, el testador tendrá amplia libertad para determinar las cláusulas en su testamento, siempre y cuando responda a las pautas establecidas en el artículo 1667 del mencionado cuerpo normativo para el contrato de fideicomiso.

⁹ CLUSELLAS, Eduardo G, ob. cit., pág. 345.

La norma nada dice si este contenido no se cumple¹⁰; pero su observancia es de gran importancia, sobre todo atendiendo que en el caso del fideicomiso testamentario no estará el fiduciante para aclararlo o revisarlo¹¹; y es por este motivo que resulta fundamental su correcta redacción, de manera clara y precisa, pues de lo contrario no quedará más opción que recurrir a las reglas de interpretación previstas para los testamentos y será el juez encargado de la sucesión quien deba resolver, pudiendo en este caso apartarse del real querer del fiduciante.

Entre estas pautas mínimas deberá figurar la individualización de los bienes objetos del contrato o por lo menos los requisitos y características que deberán reunir los mismos, como así también el modo en que pueden ser sustituidos aquellos; el plazo o condición al que estará sujeto; la identificación del beneficiario y fideicomisario o la manera de determinarlos; el destino de los bienes a la finalización del fideicomiso; y los derechos y obligaciones del fiduciario y la forma de sustituirlo en caso de que cesara en sus funciones.

C. Objeto

La ley es clara y no deja lugar a dudas al emplear la expresión “bienes”, no limitándose únicamente a las cosas, sino que el fideicomiso podrá constituirse sobre cualquier clase de derechos de contenido patrimonial, exceptuándose únicamente aquellos bienes personalísimos que estén fuera del comercio. El testador, a través de este medio, podrá disponer tanto de la universalidad de bienes que componen la herencia, una parte indivisa de esta o de bienes determinados, teniendo que respetar en cualquiera de los casos la legítima de los herederos forzosos.

Pero la individualización precisa de los bienes puede presentar dificultades en lo que atañe a esta figura, pues la composición del patrimonio del causante puede variar entre la fecha que se redactó el testamento y la fecha de su muerte¹². Es por esta razón que la norma es acertada al permitir que conste únicamente la descripción de los requisitos y características que deberán reunir aquellos, pues su determinación exacta surgirá del inventario de bienes que se presente al producirse el fallecimiento del testador¹³.

Asimismo, durante la vigencia del fideicomiso, los bienes fideicomitidos podrán mutar, y por esta razón se permite también la determinación del modo en que podrán

¹⁰ ARMELLA, Cristina N., ob. cit.

¹¹ CLUSELLAS, Eduardo G, ob. cit., pág. 337.

¹² GOTLIB, Gabriel y otros, ob. cit., pág. 334.

¹³ CLUSELLAS, Eduardo G, ob. cit., pág. 342.

incorporarse otros bienes; es decir que se admite la subrogación real de los bienes y cosas que formen su objeto; debiendo establecerse además el destino de los frutos de aquellos.

De todo ello resulta evidente que el fideicomiso no deberá ser únicamente singular, sino que se admite que tenga por objeto una pluralidad de bienes, e incluso que se incorporen otros o se sustituyan; poniendo fin el Código Civil y Comercial a todas las discusiones doctrinarias que existían al respecto.

D. Plazo

El Código vigente establece que el plazo al cual se sujeta el fideicomiso testamentario se computará a partir de la muerte del fiduciante, y al igual que ocurre con el contrato de fideicomiso, el plazo o condición tendrán una duración máxima de treinta años, excepto cuando el beneficiario fuera una persona incapaz o con capacidad restringida, en cuyo caso podrá durar hasta el cese de la incapacidad o de su restricción, o inclusive hasta su muerte.

Hay quienes sostuvieron que, para el fideicomiso testamentario, el plazo no podría superar los diez años, pues un lapso mayor de tiempo podría afectar la legítima si existieren herederos forzosos del testador¹⁴. En la actualidad, y con las modificaciones introducidas por el Código Civil y Comercial, una interpretación en este sentido sería incorrecta, ya que la norma remite al plazo máximo previsto para el fideicomiso contractual, sin efectuar distinción alguna entre aquel que tenga origen en un testamento y el originado en un contrato¹⁵.

Por otro lado, en el régimen derogado no estaba determinado el momento a partir del que se iniciaba a contar el plazo, dividiéndose la doctrina entre quienes sostenían que corría desde la aceptación del fiduciario; mientras que para otros comenzaba con la entrega de los bienes fideicomitidos. Pero estas discusiones también quedaron extinguidas con el régimen vigente, que ha venido a mejorar de manera evidente la regulación de aquel, y establece de forma clara que iniciará con la muerte del testador fiduciante.

En caso de que el beneficiario fuere incapaz o con capacidad restringida, la extensión temporal por más de treinta años estará legitimada por la inscripción de la Sentencia que la declare en el registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas

¹⁴ CARREGAL, Mario A. "El fideicomiso testamentario, la herencia futura y los pactos sucesorios en el Código Civil y Comercial de la Nación". En: La Ley, Cita Online AR/DOC/1904/2019.

¹⁵ Ibidem.

al margen de la partida de Nacimiento¹⁶. Es por este motivo que al existir la posibilidad de revisión o cese de la incapacidad periódicamente, también debería solicitarse de forma periódica un certificado de nacimiento a los efectos de verificar su vigencia¹⁷. Además, resulta necesario aclarar que, si hubiere multiplicidad de beneficiarios, y alguno fuere incapaz o con capacidad restringida; la prórroga alcanzará únicamente a estos y una vez cumplido el plazo, se extinguirían los efectos del fideicomiso respecto de los beneficiarios capaces, manteniendo su vigencia solo con relación a los incapaces¹⁸. En este supuesto habría una modificación del encargo fiduciario, motivo por el cual se recomienda que, al instrumentar un fideicomiso testamentario, el testador prevea como continuará aquel una vez que haya finalizado para algunos beneficiarios y subsista para otros, a los efectos de evitar que sea el juez quien lo resuelva; pues de lo contrario, al no estar vivo el fiduciante para hacerlo, no habría otro remedio

Cabe mencionar que, si bien el plazo extinguirá el fideicomiso, no pone fin al dominio fiduciario; pues para que ello ocurra, el fiduciario deberá transmitir los bienes remanentes a los fideicomisarios.

E. Sujetos

Los sujetos del fideicomiso testamentario son los mismos del fideicomiso contractual: fiduciante, fiduciario, beneficiario y fideicomisario.

El Código Civil y Comercial ha venido a cubrir los vacíos que existían en el régimen derogado con relación ellos, y a continuación solo se desarrollarán únicamente aquellos aspectos de relevancia en el ámbito del fideicomiso testamentario.

El fiduciante no es otra persona más que el testador y causante de la herencia¹⁹. Expresará su voluntad en un testamento, debiendo adecuarlo a las formalidades de la ley.

El fiduciario es quien recibirá los bienes objeto del fideicomiso y los administrará durante el tiempo que dure aquel; y a diferencia del fideicomiso de fuente contractual, cuando se origine en un testamento, la voluntad del fiduciario se limitará a aceptar o

¹⁶ CLUSELLAS, Eduardo G. (Coord.), *Código Civil y Comercial*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2015, t.6., pág.19.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ CLUSELLAS, Eduardo G., ob. cit., pág. 342.

¹⁹ GOTLIB, Gabriel y otros, ob. cit., pág. 336.

no su cargo y a cumplir con la manda del testador. Pero por su especial naturaleza, se ahondará en su estudio en los párrafos subsiguientes.

El beneficiario es la persona física o jurídica a favor de quien el fiduciario administra el fideicomiso; es decir, quien recibirá los beneficios y aprovechará los frutos y productos de los bienes durante la vigencia de aquel o en el momento de su extinción. Es acreedor de los bienes, pero carece de un derecho real sobre los mismos²⁰. El Código vigente exige que se individualice a este sujeto, o por lo menos que se prevea el mecanismo para determinarlo, cubriendo de esta manera una de las grandes falencias del régimen derogado²¹.

El fiduciante podrá nombrar varios beneficiarios, quienes se beneficiarán por igual, salvo que se pacte lo contrario; y para el caso de que alguno no aceptare, renunciare o no llegare a existir, tiene la facultad de establecer el derecho de acrecer de los demás o de designar sustitutos. Todo ello deberá surgir expresamente del testamento, ya que de lo contrario la cuestión deberá resolverse dentro del proceso sucesorio.

Otra de las novedades que introdujo el legislador con relación a este sujeto, fue que no solo podrán ser beneficiario el fiduciante y el fideicomisario; sino que también admite que esta calidad pueda coincidir en la persona del fiduciario, apartándose de las críticas doctrinarias.

Por último, el fideicomisario es el destinatario final de los bienes; y en el fideicomiso testamentario, por más que los reciba del fiduciario, se considera como sucesor mortis causa del causante²², y no como sucesor de aquel. Es por este motivo que se le aplicarán las causales de indignidad previstas por la ley²³; y si el fideicomisario fuese uno de los herederos forzosos, los coherederos podrían pretender la colación de los bienes fideicomitidos²⁴. Estos efectos no podrían prosperar si se hubiere pretendido considerar al fideicomisario como un sucesor del fiduciario²⁵.

En relación a las modalidades del acto (plazo o condición), estas actúan de manera suspensiva respecto del fideicomisario, a diferencia de lo que ocurre con el fiduciario, que lo hacen de forma resolutoria. Asimismo, beneficiario y fideicomisario gozan solo de un derecho personal, pero se distinguen entre sí en que el beneficiario

²⁰ HERRERO PONS, Jorge, *Vademécum Notarial. Modelos de Escrituras. Documentos. Contratos Civiles y Comerciales*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, 2004, t.8, pág.108.

²¹ CLUSELLAS, Eduardo G, ob. cit., pág. 342.

²² GOTLIB, Gabriel y otros, ob. cit., pág. 339.

²³ Ídem, pág. 340.

²⁴ Ídem, pág. 341.

²⁵ Ibidem.

posee un derecho actual con relación al fiduciario, el cual consiste en ser destinatario de la administración de la propiedad fideicomitida; mientras que el fideicomisario tiene un derecho en expectativa a obtener la titularidad de la propiedad fiduciaria, una vez extinguido el fideicomiso²⁶. Nada obsta que se confundan ambas calidades en un mismo sujeto de derecho²⁷, en contraposición de lo que sucede con el fiduciario, quien nunca podrá asumir como fideicomisario.

En el caso del fideicomiso testamentario, a diferencia del fideicomiso de origen contractual, fiduciante y fideicomisario no podrán coincidir en la misma persona, puesto que el fideicomiso producirá sus efectos con la muerte del testador; pero este podrá designar como destinatarios finales a sus propios herederos.

De esta manera, el fideicomiso servirá para garantizar al testador que los bienes fideicomitados serán adquiridos por el fideicomisario una vez cumplido el plazo o condición.

V. El fideicomiso testamentario y su vinculación con la porción legítima

Las disposiciones fiduciarias testamentarias no constituyen una excepción ni modifican el principio de intangibilidad de la porción legítima²⁸. Es decir, que se le aplicaran todas las disposiciones que la rigen junto con los mecanismos para protegerla; exceptuándose de manera expresa únicamente el caso de la mejora al heredero con discapacidad, regulada por el artículo 2448 del Código Civil y Comercial.

Para poder determinar la validez de las disposiciones del fideicomiso testamentario y la preeminencia de este sobre el derecho de los herederos del fiduciante, habrá que tener en cuenta principalmente si el testador cuenta o no con herederos forzosos. Si no existieren herederos forzosos, la vigencia del fideicomiso testamentario es inatacable, y el fiduciante tendrá la libertad de disponer de sus bienes a favor de quien prefiera²⁹. Pero para el caso contrario, hay varias cuestiones a tomar en cuenta para poder establecer si la legítima se ve o no afectada.

Cuando el fiduciante tuviera herederos forzosos, deberá determinarse la onerosidad o gratuidad del contrato de fideicomiso. Si el fiduciante hubiere recibido alguna contraprestación por los bienes fideicomitados, en principio, la legítima no se

²⁶ ARMELLA, Cristina N., ob. cit.

²⁷ Ibidem.

²⁸ CLUSELLAS, Eduardo G, ob. cit., pág. 343.

²⁹ GOTLIB, Gabriel y otros, ob. cit., pág. 320.

vería menoscabada. Sin embargo, el fideicomiso testamentario, es eminentemente gratuito³⁰ y lo habitual es que el testador recurra a esta figura con la intención de beneficiar a alguna persona, sea esta física o jurídica. En este supuesto, siempre que los bienes fideicomitados no excedieran de la porción disponible del testador, el derecho de los herederos forzosos tampoco se vería afectado; mientras que, de lo contrario, aquellos contarán con la facultad de solicitar la revocación de los aportes hasta el límite de la legítima, y el fideicomiso subsistiría por el valor de la porción disponible³¹.

Puede ocurrir también que el testador designe a sus herederos legitimarios como fideicomisarios, no vulnerando en principio sus derechos; pues recibirían los bienes al vencimiento del fideicomiso³². En el régimen derogado, como se ha mencionado ut supra, se discutía si el tiempo que debían esperar los herederos para entrar en posesión del acervo hereditario podía afectarlos cuando fuere demasiado extenso y legitimarlos a pedir su reducción; actualmente esta cuestión no tiene sustento, ya que la norma es clara al disponer el plazo máximo al cual podrá sujetarse el fideicomiso testamentario.

Como puede observarse, debido a las diversas situaciones que podrían presentarse, uno de los mayores retos al momento de instrumentar un fideicomiso testamentario será resguardar la legítima de los herederos forzosos y superar todos los inconvenientes que pudieran presentarse con relación ella, tratando de lograr una armonización en la aplicación de las normas que la regulan junto con las disposiciones relativas al fideicomiso; y que de esta manera dos regímenes totalmente diferentes puedan coincidir sin vulnerar ningún principio de orden público. Por este motivo, resulta fundamental la actuación de los profesionales del derecho, y especialmente del notario, pues será este quien cuente con las herramientas para asesorar al fiduciante en el momento de redactar su testamento, y lograr que su voluntad se adecue a las disposiciones que rigen esta materia.

VI. Finalidad y utilidad práctica del fideicomiso testamentario:

El fideicomiso testamentario, como se ha visto, se presenta como una herramienta útil de planificación sucesoria para responder a distintas necesidades,

³⁰ GOTLIB, Gabriel y otros, ob. cit., pág. 341.

³¹ Ídem, pág. 323.

³² Ibidem.

entre las que se destacan las de índole familiar, y llegar a ámbitos donde ninguna otra figura puede hacerlo³³.

De esta forma, podrá emplearse para proteger a personas no concebidas, atendiendo a sus futuras necesidades, aun cuando al fallecimiento del testador no fueren más que embriones crioconservados; superando al testamento tradicional, el cual solo contemplará a personas nacidas o por nacer, pero en este caso siempre que hayan sido concebidas³⁴.

También serviría al testador como un mecanismo para prevenir eventuales conflictos entre sus herederos por la administración, conservación y distribución de ciertos bienes; estableciendo pautas y directrices que no permitan su dilapidación, evitando de esta forma que queden desprotegidos cuando él ya no este como consecuencia de su muerte.

Otra de las finalidades que podrá perseguir el fiduciante será la protección de herederos incapaces o con capacidad restringida; sobre todo a partir de la incorporación del artículo 2448 en el Código Civil y Comercial, que dispone la ampliación de la porción disponible para el caso de herederos con discapacidad. En este sentido, la creación de un patrimonio separado, administrado por algún otro heredero o por un tercero, garantizará al heredero protegido un adecuado sostén³⁵, y que sus necesidades se verán cubiertas. De esta manera, podrán sortearse los inconvenientes de realizar esta mejora directamente a favor del heredero con discapacidad; supuesto en el cual el curador resultaría responsable no solo de la persona sino también de los bienes de aquel, y este no siempre es idóneo para ejercer la administración patrimonial. Asimismo, si bien el mencionado artículo implica un gran avance, se limita únicamente para el caso de herederos descendientes o ascendientes, excluyendo al cónyuge supérstite, quien también podría haber resultado beneficiado por la mejora³⁶.

Cuando el testador quisiera proteger a su conviviente, podrá mediante el fideicomiso testamentario garantizarle su permanencia en la vivienda familiar, como así también la provisión de fondos para un adecuado nivel de vida³⁷; pero con la seguridad de que al finalizar el mismo, los bienes pasarán a los descendientes de aquel.

³³ CLUSELLAS, Eduardo G, ob. cit., pág. 346.

³⁴ *ibidem*.

³⁵ MOURELLE de TAMBORENA, María C., ob. cit. pág.491.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ídem*, pág. 488.

En caso de no existir herederos legítimos, o mientras no se vulnere su legítima, podrá utilizarse para actividades de beneficencia.

Como puede verse, son múltiples las finalidades para las cuales el fideicomiso es un medio apto; habiéndose mencionado en el presente solamente algunas de las más destacadas. No obstante ello, no es una figura muy utilizada; de hecho la mayoría de las veces las partes prefieren constituirlo por contrato y emplearlo para otros fines, optando en materia de planificación sucesoria por otros medios.

Durante mucho tiempo fue una figura cuestionada y eso pareciera trasladarse a los tiempos que corren. Por este motivo, es menester poner a los particulares en conocimiento del fideicomiso testamentario, sobre todo en cuanto a su contenido, ventajas e inconvenientes, a los efectos de que su utilización se arraigue en la sociedad como posible solución a situaciones de interés familiar³⁸. Además, será fundamental que los profesionales del derecho avancen en su estudio; pues el fideicomiso testamentario, instrumentado con todas las previsiones del caso y conforme a lo establecen las normas que lo regulan, importa múltiples beneficios.

VII. El Fiduciario en el fideicomiso testamentario: su importancia y aspectos generales

Habiéndose desarrollado el fideicomiso testamentario en sus aspectos generales y sus elementos con la finalidad de resaltar su utilidad como instrumento de planificación sucesoria, a continuación, se procederá a analizar al fiduciario; pues al ser el protagonista del fideicomiso, sobre él recaen todas las miradas, y debido a la complejidad de su rol, se ha considerado necesario ahondar de forma separada en el estudio de este sujeto

Dada las finalidades perseguidas en el fideicomiso testamentario, el fiduciante dispone la transmisión de sus bienes a favor del fiduciario, basándose principalmente en la confianza que deposita aquel en este último³⁹. En consecuencia, el fiduciario será el encargado de administrar y distribuir los bienes que pertenecían al causante durante la vigencia del contrato, y en la forma que lo hubiese dispuesto aquel en su testamento con el propósito de proteger y beneficiar a los beneficiarios y/o fideicomisarios, quienes serán los destinatarios finales de aquellos.

El fiduciario no incorpora los bienes a su patrimonio y no se constituye en propietario de ellos, sino que se forma una masa separada que reúne las

³⁸ ARMELLA, Cristina N., ob. cit.

³⁹ HERRERO PONS, Jorge, ob. cit, pág. 190.

características del patrimonio de afectación, sobre la que deberá ejercer la propiedad fiduciaria en beneficio de quienes les indique el fiduciante en su testamento, viéndose obligado a transferirlo según se haya dispuesto en aquel.

Como puede observarse, la persona del fiduciario será fundamental para el fiduciante, quien procurará analizar su idoneidad anticipadamente a los efectos de poder perfeccionar su voluntad; es decir que, no se tratará de una designación aleatoria, sino que el fiduciante tomará en consideración las especiales cualidades personales del fiduciario.

Debido a la importancia de este sujeto, será recomendable, conforme lo establece el artículo 1667 del Código Civil y Comercial en su inciso f), que en el testamento conste un sustituto o la forma de selección del mismo para el caso en que quien haya sido nombrado fiduciario no aceptare o cesara en sus funciones por cualquiera de las causales previstas en el artículo 1678 de aquel; dado que de lo contrario será el juez el encargado de hacerlo, pudiendo nombrar solo a una entidad financiera o sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores; y es probable que a dichos sujetos no les interese la administración de pequeños patrimonios familiares⁴⁰ y que no fuera la voluntad del testador que sus bienes queden en manos de personas o entidades ajenas a él. En efecto, y sobre todo en el supuesto del fideicomiso testamentario, será conveniente y necesario el asesoramiento de un letrado escribano o abogado que advierta al fiduciante de las consecuencias derivadas de la falta de nombramiento de un sustituto, pues como es sabido, cuando el fideicomiso produzca sus efectos, el testador no estará para revisar las cualidades de aquel, y debe tener la certeza de que su patrimonio quedará en manos de una persona apta, al resguardo de los riesgos de una mala administración; razón por la cual, tal como se ha visto, es menester que designe personas de su extrema confianza, evitando que sus bienes queden bajo la responsabilidad de desconocidos.

VIII. Fiduciario Testamentario: ¿Herederero o Administrador? Su vinculación con otras figuras.

Mucho se ha discutido acerca de la naturaleza de la función del fiduciario, dividiéndose entre aquellos quienes lo consideraban como un herederero o legatario del testador fiduciante, y quienes sostenían que se trataba más bien de un administrador de bienes. Esto no resultaba un detalle menor, puesto que de ello dependían las

⁴⁰ CLUSELLAS, Eduardo G, ob. cit., pág. 344.

normas a las que estaría sujeto y que deberían tomarse en cuenta para que su designación no resultara ineficaz.

El Código Civil y Comercial ha dejado atrás esa discusión, quedando zanjada la polémica gracias a lo estipulado en el artículo 2493, el cual señala que el fiduciario será un heredero o legatario.

No obstante lo dispuesto por la norma, la cuestión no es tan simple y por esta razón se analizarán brevemente ambas posturas.

Para quienes el fiduciario era un administrador (entre ellos. Kiper, Hayzus y Basset), fundamentaban su tesis partiendo de la definición de fideicomiso, la cual establece que este se configura cuando el fiduciante transmite o se compromete a transmitir la propiedad de los bienes al fiduciario, quien se obliga a ejercerla en nombre del beneficiario designado en el contrato y a transmitirla (una vez cumplido el plazo o condición al que se halla sujeto), al fideicomisario⁴¹. De lo expuesto se desprende que los bienes del fiduciante recibidos por el fiduciario no integran el patrimonio de este, sino que, conforme ya se ha mencionado con anterioridad, se constituye un patrimonio separado llamado *patrimonio fideicomitado*⁴², siendo el fiduciario únicamente un mero administrador de él.

Por otro lado, (Ferrer y Medina entre otros), consideraban al fiduciario y al fideicomisario como sucesores del fiduciante, pues sostenían que ellos serían herederos sujetos a plazo o condición⁴³.

Volviendo al régimen vigente, el Código Civil y Comercial de la Nación reconoce, tal como lo hacía el Código velezano, que la sucesión mortis causa podrá ser legal, cuando los herederos sean llamados por la ley, o testamentaria, cuando se defiere por voluntad del hombre manifestada en un testamento⁴⁴, y quienes sucedan al causante podrán hacerlo de forma universal o particular. Los herederos serán continuadores de la persona del aquel, y adquirirán la universalidad de los bienes o una parte alícuota de ellos, recibiendo todo lo que conforma su patrimonio en su faz activa y pasiva, es decir tanto los derechos como las obligaciones de aquel⁴⁵. En cuanto al legatario, este será sucesor del causante únicamente cuando efectivamente adquiera lo que este en su testamento le legó⁴⁶, pudiendo ser esto una parte alícuota

⁴¹ CLUSELLAS, Eduardo G. (Coord.), *Código Civil y Comercial*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2015, t.8, pág. 532.

⁴² *ibidem*.

⁴³ *ibidem*.

⁴⁴ MOURELLE de TAMBORENA, María C., *ob. cit.*, pág. 471.

⁴⁵ *Ídem*, pág. 473.

⁴⁶ *ibidem*.

o bienes singulares. En todos estos casos, el heredero, independientemente del modo en que haya sido llamado a la sucesión por causa de muerte, adquiere irrevocablemente los bienes, derechos y obligaciones que forman el acervo⁴⁷.

Conforme lo hasta aquí analizado, puede verse que el sucesor fiduciario no podrá surgir jamás de una sucesión intestada, pues solo podrá ser instituido por testamento, y en este sentido el legislador fundamenta su postura, inclinándose por disponer que el fideicomiso testamentario constituye un legado particular, debiendo aplicarse las normas referidas a esta figura, compatibilizándolas con las características de la propiedad fiduciaria; y en consecuencia, el fiduciario será instituido a título de legatario⁴⁸.

Pero es evidente, que el fiduciario se diferencia de los herederos, quienes no deben restituir el patrimonio que reciben, en que deberá transferir la propiedad de los bienes que hubiere adquirido a quien corresponda y en la forma que lo haya dispuesto el testador⁴⁹. Esta situación no pasa desapercibida, y de ella resulta que el fiduciario cumple más bien la función de ser el medio por el cual el fideicomisario podrá adquirir los bienes del causante; siendo la verdadera voluntad del testador fiduciante establecer las mejores condiciones para que los bienes ingresen al patrimonio de aquel⁵⁰ una vez ocurrido su deceso.

Es por esta razón, que, sin ánimos de desacreditar la tesis adoptada por el legislador, se torna difícil considerar al fiduciario como un sucesor mortis causa; y tal como se plantean las cosas en el Código vigente, parecería ser que no se ha atendido al real querer del testador de designar un administrador de su patrimonio para que luego pase al fideicomisario, ni a la verdadera función que desempeña el fiduciario. Además, a raíz esta postura, quedan algunos interrogantes sin responder, como por ejemplo si aquel recibe los bienes como dominio revocable sujeto a condición, o si se trata de un heredero que debe cumplir con una estipulación a favor de un tercero⁵¹.

IX. El Notario como Fiduciario en el Régimen vigente:

Luego de haberse analizado la naturaleza e importancia que cabe a la persona del fiduciario, no puede evitarse examinar qué ocurriría en aquellos casos en los cuales una persona desea planificar cómo se deberá distribuir y administrar su

⁴⁷ MOURELLE de TAMBORENA, María C., ob. cit., pág. 472.

⁴⁸ Ídem, pág. 474.

⁴⁹ ibidem.

⁵⁰ ibidem.

⁵¹ CLUSELLAS, Eduardo G. (Coord.), ob. cit., t8, pág. 532.

patrimonio una vez que ocurra su deceso, pero por cuestiones circunstanciales no cuenta con familiar o una persona allegada que pueda llevar a cabo tan importante labor, ni garantizarle el cumplimiento de su voluntad. La posibilidad de designar en su testamento al notario de su confianza como fiduciario, teniendo en cuenta su condición de profesional del derecho, su imparcialidad y la importante función que desempeña, podría presentarse como una solución a dicha situación.

En principio, si se atiende al prestigio social que la figura del notario posee y se suma la rigurosa reglamentación y contralor a los que se halla sujeto, podría concluirse que el escribano es naturalmente apto para ejercer con eficacia y eficiencia el rol de fiduciario⁵². Esto permitiría ampliar un campo de actuación profesional, el que no ha sido suficientemente elaborado⁵³.

Previo a continuar, debe decirse que el mundo del derecho es un todo, en el cual cada una de sus partes se relaciona entre sí y trabajan en conjunto⁵⁴. Tomando esto en consideración hay una gran cuestión que no puede obviarse y debe ser analizada: si el testador designa al notario autorizante del acto como fiduciario, tal nombramiento ¿se encuentra alcanzado por las incompatibilidades previstas en el Código Civil y Comercial de la Nación para los funcionarios públicos y por las prohibiciones establecidas en miras al orden público sucesorio? La respuesta a este interrogante tratará de hallarse en los párrafos subsiguientes.

A. Cuestión normativa: Situación previa a la sanción del Código Civil y Comercial, y Artículos 291, 2482 inciso b) y 2493 del régimen vigente

Como ya ha sido señalado en el presente trabajo, el régimen derogado no se refería a la naturaleza de la función del fiduciario.

De esta manera, para quienes el fiduciario era un administrador y no adquiría para sí la propiedad de los bienes se equiparaba al albacea testamentario; lo que permitía aplicar lo dispuesto por el artículo 3848 del Código Civil, el cual autorizaba expresamente al escribano interviniente en la redacción del testamento a ser nombrado albacea, extendiéndose dicha facultad al caso del fiduciario testamentario. En consecuencia, sostenían que debía evaluarse la cuestión y podía facultarse al testador a nombrar al notario autorizante como fiduciario.

⁵² CARRANZA, Daniel A. y PANERO, Federico J., "Fideicomiso de Garantía", en *Revista Notarial*, N°79, año 2000, pág. 19.

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ SIRI, Francisco J., "Competencia", en ARMELLA, Cristina N.(dir.), *Tratado de Derecho Notarial, Práctico, Registral e Inmobiliario*, t.I, Ad-Hoc,1988, pág. 177.

Por el contrario, quienes alegaban que el fiduciario era un heredero o legatario, negaban que el notario pudiera ser instituido como tal; y aunque se configurara un patrimonio separado, el fiduciario igualmente era su único titular y quien ostentaba el poder dispositivo sobre aquel⁵⁵. Asimismo, consideraban que el fiduciario era responsable objetivamente por el ejercicio y administración de dicho patrimonio⁵⁶, y destacaban que el fideicomiso le permitía adquirir la propiedad de otros bienes tanto con los frutos como con el producto de los bienes fideicomitidos⁵⁷. Todo ello, sumado a la retribución que disponía la norma a favor del fiduciario, permitía concluir que éste encontraba comprometido su interés personal⁵⁸, siendo dicha situación incompatible con el ejercicio de la función notarial, lo cual impediría al escribano asumir la calidad de fiduciario.

En lo que respecta al régimen vigente, el artículo 291 del Código Civil y Comercial prevé expresamente la nulidad de los instrumentos cuando fueren autorizados por un funcionario público cuyo interés personal se hallara comprometido. Por otro lado, el artículo 2482 inciso b) de dicho cuerpo normativo, impide que el escribano ante quien se hubiere otorgado el testamento pueda suceder por dicho acto; y el artículo 2493 reconoce al fiduciario como heredero o legatario.

De la vinculación de los mencionados artículos y en razón de cómo se halla regulado el fideicomiso testamentario, a simple vista, la designación del escribano como fiduciario no sería posible; pues al estar expresamente consignado que el fiduciario es heredero o legatario e impedir que el escribano sea instituido heredero por existir un interés personal, esta situación quedaría abarcada por lo dispuesto en el artículo 291. Es por este motivo que aquel nombramiento sería ineficaz, generándose de esta forma una nulidad.

B. La cuestión ética y el orden público

En los tiempos que transcurren, detenerse en el texto de la norma, sin profundizar en los fundamentos de la misma, en el orden público ni en los principios tenidos en cuenta al momento de regular la función notarial podrían llevar a limitar irrazonablemente al escribano en su actuación profesional; sobre todo en ámbitos que todavía son poco explotados, como el caso del fideicomiso, el cual posee sus bases

⁵⁵ BENSEÑOR, Norberto R., “El artículo 985 del Código Civil Argentino”, en *Revista Notarial*, N°978, pág. 189.

⁵⁶ *ibidem*.

⁵⁷ *ibidem*.

⁵⁸ *ibidem*.

en el trust anglosajón, y por tratarse de una figura propia del common law, adoptada y adaptada al sistema argentino, tiene una particular naturaleza.

Es por esta causa que, a pesar del análisis llevado a cabo en el apartado precedente, si se piensa una situación en la que el fiduciario no sea beneficiario, actúe a título gratuito sin recibir contraprestación alguna, atendiendo únicamente a los intereses del beneficiario y del fideicomisario, es menester someterla a estudio y desentrañar si la designación del notario como fiduciario se encuentra en pugna con las normas de orden público y con las razones tenidas en cuenta al momento de establecer las inhabilidades y prohibiciones en el ejercicio de la función notarial; o si por el contrario tal prohibición no tiene razón de ser, siendo un rigorismo excesivo que priva al fiduciante de poder recurrir a una opción más que satisfactoria para sus intereses.

Para encontrar una respuesta es necesario vincular el sentido del artículo 291 del Código Civil y Comercial, en lo que se refiere específicamente a los asuntos en los que el notario sea personalmente interesado, junto con el orden público como límite a la planificación sucesoria.

En primer lugar, cabe aclarar que las prohibiciones para ejercicio de la función notarial han sido impuestas a los efectos de garantizar que el escribano desarrolle su actividad correctamente, evitando que se debilite su rol de depositario de fe pública establecido por el Estado⁵⁹. El servicio de la fe pública es muy delicado y debe ejercerse con alteza dentro de los límites de la ley⁶⁰.

La frase “personalmente interesados” empleada por la norma está afirmada por altas razones éticas, y es consecuencia del deber de imparcialidad y de la seguridad erga omnes que debe imponer el oficial público a sus actos⁶¹. El notario desempeña su función vinculada a valores jurídicos en juego, y no debe limitarse a facilitar el cumplimiento de la ley, sino que como asesor desinteresado y fiel documentador de la voluntad de las partes también debe proceder con imparcialidad⁶². De ahí que el oficial público esté impedido de autorizar actos en los que posea directa o indirectamente un interés creado⁶³.

⁵⁹ FRESE, Aida, “Incompatibilidades e Inhabilidades”, en ARMELLA, Cristina N.(dir.), *Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario*, t.I, Ad-Hoc,1998, pág. 136.

⁶⁰ NERI, Argentino I., *Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial*, vol. 2, Depalma, 1969, pág. 651.

⁶¹ Ídem, pág. 682.

⁶² Ibidem.

⁶³ Ibidem.

En consecuencia, el notario debe mantener siempre en los actos o documentos en los que participa una austera imparcialidad frente a los interesados⁶⁴. Esto requiere excluir toda situación donde la prestación del servicio no pueda desenvolverse en condiciones de equilibrio y libertad de conciencia.⁶⁵

Pero esto, al ser un concepto amplio y abstracto, conlleva a que en cada caso deba meritarse si existe o no un conflicto de intereses. Este análisis no puede basarse en consideraciones meramente subjetivas, sino que la interpretación de la norma deberá reposar en criterios objetivos a los fines de evitar que los actos jurídicos se vean afectados con eventuales vicios, pues esto alteraría la estabilidad de las relaciones negociales, la paz y la seguridad jurídica⁶⁶.

En el caso particular de fideicomiso testamentario, resulta claro que el notario jamás podría intervenir como fiduciante, beneficiario o fideicomisario; pues todos ellos tienen un interés directo e inmediato en que se lleve a cabo el acto. En cambio, respecto del fiduciario el panorama se oscurece, pues, conforme se ha mencionado a lo largo del presente trabajo, en un principio aquel no actúa en interés propio. Esta situación torna necesario pasar a la segunda cuestión, la cual se refiere al orden público sucesorio.

La noción de orden público comprende un conjunto de principios considerados por la sociedad como superiores y que sirven de sustento a la existencia y conservación de la organización social establecida⁶⁷. Estos funcionan como límite al principio de reserva consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional, pues la libertad de los ciudadanos deberá ceder ante las normas de orden público, quienes se verán obligados a acatarlas.

El Código Civil y Comercial plantea un cambio de paradigma y mejora la planificación sucesoria admitiendo una flexibilización a favor de la autonomía de la voluntad, sin embargo, el orden público sigue predominando, sobre todo en relación a la legítima.

El fideicomiso testamentario, tal como se ha establecido en los puntos antecedentes, se verá alcanzado tanto por el derecho contractual como por el sucesorio, lo que conlleva a que el interés particular de las partes deba ajustarse al

⁶⁴ BESEÑOR, Norberto R., "Prohibiciones del Artículo 291 del Código Civil y Comercial con relación a las personas jurídicas", en *Revista del Notariado*, N°919, pág. 16.

⁶⁵ *ibidem*.

⁶⁶ *Ídem*, pág. 18.

⁶⁷ MOURELLE de TAMBORENA, María C., *ob. cit.*, pág. 4.

orden público sucesorio. Pero esto no significa bajo ningún punto desconocer y restar interés a los márgenes de autonomía vigentes⁶⁸.

El artículo 2482 del Código Civil y Comercial es una norma de orden público, cuyo propósito radica en evitar que determinados sujetos influyan en el ánimo del testador para captar su herencia. Por su parte, la inclusión del escribano en esta disposición también se funda en falta de imparcialidad que conllevaría el acto, vinculándose esto con la prohibición del artículo 291 del mismo ordenamiento legal.

Sin embargo, se ha considerado que, siempre que se demuestre que el notario en ejercicio de sus funciones respeta su rol fedante y mantiene su imparcialidad en las intervenciones que realice⁶⁹, es necesario revisar el caso concreto en miras de que el requirente no se vea impedido en su voluntad por obstáculos innecesarios y de adaptar la función notarial a la realidad social y económica en que estamos inmersos⁷⁰.

Al trasladar este examen al fideicomiso testamentario puede observarse que, al actuar el fiduciario en interés de un tercero y sumado a que puede cumplir su función sin recibir una contraprestación a cambio, no es posible establecer cómo afecta esta circunstancia la imparcialidad del notario; más aún cuando en el régimen derogado se le ha permitido expresamente ser nombrado albacea y en el régimen vigente tampoco habría inconvenientes siempre que lo hiciera a título gratuito. Esto parece más bien una rigidez excesiva que imposibilita al notario desempeñar funciones para las cuales se encuentra más que capacitado.

Debe aclararse además, para evitar todo tipo de interpretación errónea, que el hecho que el testador designe en su testamento al notario autorizante como fiduciario, ello no implicaría de ninguna manera que sea este quien autorice ni instrumente los actos que deban realizarse como consecuencia de la gestión patrimonial.

Por su parte, la jurisprudencia recientemente se ha pronunciado al respecto, refiriéndose al contrato de fideicomiso como una herramienta que no tiene una causa fin propia, sino que sirve para la consecución de los negocios que subyacen a su respecto; y de la consistencia de esos negocios subyacentes dependerá que un escribano pueda o no ser fiduciario⁷¹, es decir que habrá que estarse al caso concreto para determinar si un escribano puede o no ser designado como tal.

⁶⁸ MOURELLE de TAMBORENA, María C., ob. cit., pág. 6.

⁶⁹ FRESE, Aida, ob. cit., pág. 138.

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ CNCom., Sala C, Inspección General de Justicia c/ Seguridad Fiduciaria S.A. s/ Organismos Externos, Buenos Aires, 06/09/2022.

Esta circunstancia refleja la necesidad de revisar estas incompatibilidades, puesto que se impide, sin un verdadero sustento, que el testador pueda recurrir al escribano para que desempeñe una tarea tan importante como la del fiduciario, obstaculizando la posibilidad de tener un servicio más completo.

Es frecuente ver como se cercena la competencia material y funcional del escribano en supuestos fronterizos en los cuales la ética y el orden público no siempre se hallan comprometidos, aferrándose a pautas que fueron establecidas en otras épocas y las cuales no son compatibles con las necesidades actuales.

Asimismo, si bien tales prohibiciones se escudan en razones éticas y de orden público, cuando se recurriera a otro notario para que otorgue el acto o se llevara a cabo de forma ológrafa parecería ser que estos motivos desaparecieran automáticamente. Es en este sentido que, en vez de apegarse a la literalidad de la norma por inercia, sería más sensato permitir que cuando la cuestión no afecte la imparcialidad ni comprometa el interés del notario se amplíe su estudio y se evalúe si es posible admitir la excepción; e incluso se podría someter a consideración de los Tribunales de Ética de los respectivos Colegios de Escribanos Provinciales, para que expidieran un dictamen, que, aunque no fuere vinculante, ponga luz sobre la cuestión.

X. Consideraciones finales.

El fideicomiso testamentario tiene por finalidad proteger a los herederos y no defraudarlos; pero en ocasiones la creencia de que con él podría crearse un orden sucesorio distinto al establecido por la norma, ha desalentado su empleo. Esta situación, sumado a que para muchas personas resulta una figura desconocida, lleva a que se descarte una herramienta con grandes ventajas para la planificación sucesoria. En este sentido, la intención del presente trabajo ha sido profundizar en su estudio a los efectos de reivindicarlo y aumentar su utilización, pues pareciera ser que no obstante los avances del Código Civil y Comercial en esta temática, a la fecha no pueden superarse los defectos que adolecía antaño por su escasa regulación.

Como se ha visto, el fideicomiso testamentario es una figura compleja pues se encuentra alcanzado tanto por el régimen de los contratos en general, como por el orden público sucesorio, especialmente en cuanto a la legítima; y lograr una armonía entre ambos, si bien no es imposible, requiere de un amplio conocimiento de la materia. De esta forma, para ser eficaz, será necesaria una correcta instrumentación.

A su vez, todo aquello que no surja del testamento quedará sujeto a la interpretación judicial. Si el testador desea tener la certeza de que se cumplirá su voluntad, será recomendable que prevea todas las situaciones que puedan presentarse y se manifieste de forma expresa, disponiendo como deberán resolverse las cuestiones que dieran lugar a algún conflicto; siendo esta la única manera de reducir al máximo la intervención de los tribunales, pues, tal como se ha señalado, el fideicomiso producirá sus efectos con la muerte del causante, y en consecuencia cuando los inconvenientes salgan a la luz, no estará para subsanarlos.

Para lograr estos cometidos será necesaria la intervención de los letrados, ya que, sin su asesoramiento, los errores en la instrumentación del fideicomiso testamentario cambiarían todo su sentido, e incluso podría llegar a no producir efectos. De esta manera, cobra protagonismo el notario, pues su intervención será fundamental para interpretar y plasmar la voluntad del fiduciante en el testamento, asegurándole que su patrimonio será administrado y distribuido en la forma que haya dispuesto y que se cumplirá con la finalidad para la cual el fideicomiso fue constituido.

Asimismo, conforme se ha señalado, el Código Civil y Comercial puso fin a varias de las discusiones que existían y ha mejorado la regulación del fideicomiso testamentario, sobre todo en relación al plazo, objeto y sujetos; y la observancia de estas disposiciones también servirán para garantizar que aquel no será cuestionado.

Si bien, con las pautas antes mencionadas no habrá que temer que aparezcan inconvenientes cuando el testador ya no esté; todavía queda largo camino por recorrer en el análisis y aprendizaje de esta figura.

Por otro lado, existen múltiples vehículos de planificación sucesoria, entre los que el requirente podrá optar según sean sus intereses. Pero no puede negarse que el fideicomiso testamentario es una de las herramientas más completas, sobre todo para hacerle frente a las distintas necesidades de índole familiar que el testador deseara cubrir. Por este motivo habrá que insistir en su difusión, ya que empleado correctamente implica grandes ventajas y atiende satisfactoriamente a las necesidades del testador, llegando incluso a lugares donde otras figuras no pueden hacerlo.

En lo que respecta al fiduciario, el presente estudio se ha centrado en la posibilidad de que el testador fiduciante nombre al notario autorizante para cumplir con esa función, y en los beneficios que esto importaría, dado que le permitiría contar con la tranquilidad de que su voluntad sería cumplida y que sus bienes serían administrados y distribuidos conforme a su interés familiar por una persona idónea, de

su confianza, profesional del derecho que conoce la norma. Pero el legislador ha caracterizado al fiduciario testamentario como heredero o legatario, a pesar de que actúa más bien como administrador.

En virtud de lo expuesto por la normativa vigente, es difícil pensar en la designación del notario como fiduciario en el fideicomiso testamentario sin que sea tachada de ineficaz; con el agravante de que el testador no estará para enmendar esa situación.

Sin embargo, dada la particular naturaleza del fiduciario, resultaría de gran utilidad revisar el artículo 2493 del Código Civil y Comercial y ampliar los estudios sobre este sujeto para iluminar el panorama y evaluar la posibilidad de admitir que el notario pueda ser nombrado como fiduciario.

Además, siempre que el fiduciario no sea designado también como beneficiario de los bienes, no reciba una remuneración por su función o la misma sea determinada judicialmente y ratificada por los herederos, y más aún si el caso se sometiera a la evaluación de un Tribunal de Ética, parecería excesivo cercenar al fiduciante de considerar a su escribano de confianza como persona idónea para cumplir ese rol con el pretexto de que hay un interés comprometido y que tal nombramiento acarrearía la ineficacia del acto.

Es por esta razón que debe llamarse a la reflexión, porque a contrario sensu de la garantía constitucional de la presunción de inocencia, pareciera ser que el notario siempre se presume culpable de sus actos y ante la mínima duda se considera que actúa en desmedro de la ética, del orden moral y de las leyes. En consecuencia, si bien no puede utilizarse la literalidad de la norma para justificar excepciones desmedidas; tampoco puede extenderse la misma a cualquier clase de acto, tachándolo de inválido sin evaluar si afecta o no la imparcialidad del notario o si atenta contra el interés público o si la ética se ve comprometida, impidiendo de esta manera la posibilidad de impulsar nuevas incumbencias que amplíen la intervención notarial. En todo caso, se deberá realizar un análisis equilibrado en miras de mejorar la actuación notarial y brindar un mejor servicio a la comunidad.

XI. **BIBLIOGRAFIA:**

- ARMELLA, Cristina N., "Fideicomiso testamentario y alternativas en las relaciones de familia para preservar bienes y calidad de vida ("living will"). El fideicomiso constituido por testamento. (artículo 3 de la ley 24.441). Proyecto de constitución de fideicomiso por testamento por acto público", en *XXX Seminario Laureano A. Moreira*, 23 y 24 de Junio 1995.
- BESEÑOR, Norberto R., "Prohibiciones del Artículo 291 del Código Civil y Comercial con relación a las personas jurídicas", en *Revista del Notariado*, N°919.
- BENSEÑOR, Norberto R., "El artículo 985 del Código Civil Argentino", en *Revista Notarial*, N°978.
- CNCom., Sala C, Inspección General de Justicia c/ Seguridad Fiduciaria S.A. s/ Organismos Externos, Buenos Aires, 06/09/2022
- CARRANZA, Daniel A. y PANERO, Federico J., "Fideicomiso de Garantía", en *Revista Notarial*, N°79, año 2000.
- Carregal, Mario A. "El fideicomiso testamentario, la herencia futura y los pactos sucesorios en el Código Civil y Comercial de la Nación". En: *La Ley*, Cita Online AR/DOC/1904/2019.
- CLUSELLAS, Eduardo G. (Coord.), *Código Civil y Comercial*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2015, t.6.
- CLUSELLAS, Eduardo G. (Coord.), *Código Civil y Comercial*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2015, t.8.
- CLUSELLAS, Eduardo G., "Fideicomiso Testamentario como Instrumento de Planificación Sucesoria", en *Revista Notarial*, vol. 124, N°987, Julio-Diciembre 2018.
- FRESE, Aida, "Incompatibilidades e Inhabilidades", en ARMELLA, Cristina N.(dir.), *Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario*, Ad-Hoc,1998, t.I.
- GOTILIB, Gabriel y otros., *Tratado de Fideicomiso*, La Ley, 2013, t. II.
- HERRERO PONS, Jorge, *Vademécum Notarial. Modelos de Escrituras. Documentos. Contratos Civiles y Comerciales*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, 2004, t.8.
- MOURELLE de TAMBORENA, María C., *Planificación Sucesoria*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2022.

- NERI, Argentino I., *Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial*, vol. 2, Depalma, 1969.
- SIRI, Francisco J., “Competencia”, en ARMELLA, Cristina N.(dir.), *Tratado de Derecho Notarial, Práctico, Registral e Inmobiliario*, Ad-Hoc,1988, t.I.