

XXXIV JORNADA NOTARIAL ARGENTINA

TEMA 1: PLANIFICACIÓN PATRIMONIAL FAMILIAR

Coordinadora: Not. Karina SALIERNO

Subcoordinadora: Esc. María Solange JURE RAMOS

Fideicomiso de Administración Familiar.

¿Herederos o beneficiarios sustitutos?

Autor: Not. Franco SPACCASASSI ORMAECHEA

Contacto: francospak@gmail.com

PONENCIAS

1) Es posible hacer un fideicomiso de administración familiar que no tenga por objeto la conservación de la empresa, y que tenga reglamentaciones para después de la muerte del fiduciante. 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 la proyección sucesoria en la figura del beneficiario sustituto. 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.

2) Los efectos de la partición por los ascendientes pueden asignarse a otras figuras contractuales que no sean la donación. Siempre y cuando estas figuras no impliquen un pacto sobre una herencia futura, o sean pactos de herencia futura expresamente habilitados por la ley. En consecuencia, son aplicables a estos efectos los artículos 2461 y 2385 del Código Civil y Comercial de la Nación, a otros contratos que no sean donaciones.

3) Tanto en la donación de nuda propiedad como en el fideicomiso de administración familiar, es de aplicación la última parte del artículo 2461 del Código Civil y Comercial de la Nación. En consecuencia, si todos los herederos legitimarios prestan su conformidad puede distribuirse el patrimonio de cualquier manera, incluso eludiendo la legítima hereditaria. Si alguno no lo hace, el heredero que no ha prestado su conformidad puede exigir su porción legítima.

4) La planificación sucesoria no hace del fideicomiso de administración familiar un pacto sobre herencia futura, sino una manera de organizar el patrimonio familiar. Al poder constituirse el patrimonio de afectación mediante un testamento y poder ser el objeto del contrato de fideicomiso una universalidad, es confundible con la herencia futura; por ello la ley debe prohibir expresamente las herencias futuras como objeto del contrato de fideicomiso. Sin embargo, la transmisión del dominio o propiedad fiduciaria de todos los bienes actuales de una persona, no es la transmisión de la herencia futura. Los pactos sobre herencia futura tienen necesariamente una incertidumbre en cuanto a su objeto, referente al contenido de esa herencia; situación que no se presenta en la transmisión de todos los bienes actuales de una persona determinada. En consecuencia, el contrato no es nulo.

5) Cuando la planificación sucesoria no respete la legítima hereditaria, los herederos del fiduciante, del beneficiario y del fideicomisario, según a quien

corresponda, tienen a su disposición las acciones de reducción y de colación para poder realizar la integración de la legítima cuando el contrato de Fideicomiso no la respete. Las mismas pueden ejercerse contra el fiduciario propietario de los bienes o contra el beneficiario o fideicomisario que ha percibido los mismos. Atento a las modificaciones de la Ley 27.587 al Código Civil y Comercial, no puede accionarse contra los terceros que han adquirido los bienes del beneficiario o fideicomisario a buena fe y a título oneroso. Atento el artículo 392 del Código Civil y Comercial de la Nación, no puede accionarse contra los terceros que han adquirido los bienes del fiduciario a buena fe y a título oneroso, cumpliendo los mecanismos de disposición contractualmente establecidos. En consecuencia, el contrato no es nulo.

6) El beneficiario sustituto en el contrato de fideicomiso es el acreedor potencial de una obligación disyuntiva activa.

7) 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.

8) El contrato de fideicomiso de administración familiar es preferible a la donación de nuda propiedad a modo de partición por los ascendientes, porque permite modificar la distribución de los bienes entre los beneficiarios/fideicomisarios. Esto es especialmente importante al no poder preverse el futuro y al evitar modificar el tratamiento impositivo con relación al impuesto cedular a las ganancias.

DESARROLLO

Introducción

Ríos de tinta se han escrito sobre la figura del Fideicomiso. Ya no solo no es una figura novedosa, además ha tenido una evolución doctrinaria y jurisprudencial. 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.

Especialmente, la intención es analizar qué sucede cuando el contrato de fideicomiso no respeta la legítima hereditaria, y tiene afectados los principales bienes del fiduciante.

A efectos de no ser reiterativo en el futuro, aclaramos que muchas de las cuestiones que se aseveran no son de nuestra convicción. La legítima hereditaria y la

prohibición de contratar sobre herencia futura, son instituciones jurídicas que no compartimos. Las consideramos ajenas a nuestra actualidad social y a los bienes jurídicos constitucionalmente garantizados de propiedad y libertad. Sin embargo, no es este el espacio para criticarlos ni negarlos; son una realidad jurídica y su vigencia no está en tela de juicio. *De lege ferenda* enfáticamente proponemos su abolición, propuesta que hemos hecho en otras oportunidades¹ con la legítima hereditaria.

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 sucesoria². 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 Potencial³. 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

¹ (Spaccasassi Ormaechea, n.d.)

² (David, 2019, 12)

³ (Clusellas et al., 2021, 791)

acreedores. Sin embargo ha tenido recepción en la doctrina⁴. 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).

Cuando hablamos de negocio fiduciario, hablamos de lo que se ha llamado la *relación jurídica subyacente*⁵ del contrato. Esta se relaciona con la causa fin por la cual el fiduciante celebra el contrato de fideicomiso, que tiene por objeto la administración de una determinada masa de bienes. Es la relación que se genera por la puesta en marcha y finalización del fideicomiso, que ha motivado al fiduciante a celebrar el pacto de fiducia. Veámoslo en un ejemplo: En un fideicomiso de construcción al costo de un edificio, el *objeto del contrato* de fideicomiso es la administración de bienes con miras a la construcción de un complejo de unidades a través de un patrimonio especial de afectación; para lo cual los fiduciantes hacen aportes para solventar dicha obra, con la intención de que los beneficios les sean adjudicados a los beneficiarios. En ese mismo caso, para el fiduciante *el negocio fiduciario subyacente* es la adquisición onerosa de un inmueble.

En palabras de KIPER es la “*declaración de voluntad a través de la cual el fiduciante inviste a otro, el fiduciario, de una posición jurídica frente a terceros, como medio que excede al fin práctico tenido en vista por las partes, con la obligación de devolver el derecho estando su realización limitada por la convención establecida entre los dos sujetos*”⁶. El resaltado nos pertenece. En otras palabras, el negocio fiduciario es ese otro acto o situación jurídica que las partes llevan a cabo *mediante* el contrato de fideicomiso.

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

⁴ (Molina Sandoval, 2014, 2) (Clusellas, 2021, 67)

⁵ (Llorens & Taiana de Brandi, 1996)

⁶ (Kiper, 1989, 87)

celebrarse en un contrato, carece de los efectos inmediatos que tiene el FAF⁷. 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 valiosísima⁸ 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.

Ahora bien, esto no quiere decir que el FAF no tenga efectos con posterioridad a la muerte del fiduciante. O que el régimen sucesorio no proyecte su sombra sobre la redacción del FAF. Ese es el punto central de este trabajo. ¿Cómo se proyecta esa sombra? El régimen sucesorio impone muchas limitaciones a la “libertad” de testar de una persona. Tantas, que la figura del testamento no es habitual en la República Argentina. ¿Pueden estas limitaciones hacer nulo un Contrato de Fideicomiso? Cierta parte de la doctrina, con anterioridad a la sanción de la ley 27.587, entiende que sí. Doctrina⁹ que ha sido respaldada jurisprudencialmente¹⁰.

En ese sentido, el estudio del tema nos ubica en quienes sostenemos que el FAF es una figura válida; cuya nulidad puede proceder por circunstancias específicas pero no predeterminarse por su finalidad o estructura. Y que aún cuando tenga por finalidad solamente la distribución de los bienes del fiduciante con posterioridad a la muerte, es una figura lícita. Ello, por dos motivos.

El primero de los motivos es que aunque el fideicomiso pueda tener como principal objetivo la planificación sucesoria, eso no lo hace necesariamente un pacto de herencia futura prohibido por ley. Es decir que, aún cuando el contrato expresamente plantea que la intención del fiduciante es realizar la distribución de los bienes en la

⁷ Haciendo referencia a ellos como *trust* testamentario y *trust* sucesorio (Kemelmajer de Carlucci, 2001, 281)

⁸ (Ríos Centeno, 2020)

⁹ (Lisoprawski, 2020, 1)

¹⁰ "Cardenau, Rubén O. c. Cardenau, Omar N. y ot. s/ nulidad de acto jurídico" 22/10/2019, 1/37, Expediente 9238. Cámara Civil y Comercial de Necochea. Con nota a fallo de (Lisoprawski, 2020, 1)

eventualidad de su muerte, el objeto es lícito. Nuestros fundamentos se expresan posteriormente en el ensayo.

En segundo lugar, porque aun cuándo el contrato se haga con miras a la planificación sucesoria, este NO es su único “efecto”. En otras palabras, el negocio fiduciario como causa fin primera del contrato, no le quita los efectos del contrato con relación a las otras cuestiones que ha de prever. El Contrato de Fideicomiso puede tener varios negocios fiduciarios simultáneos, aunque uno solo se plantee como el principal. Que el contrato expresamente se haga en miras a la distribución final de los bienes de una persona en la eventualidad de su muerte, no le quita sus efectos con relación a la preservación de los bienes frente a la propia vulnerabilidad. 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.”* Vale la pena traer a colación que dicha Convención recientemente 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, los padres y madres de familia que quieran planificar su sucesión. 2) Fiduciario: Este rol debe ser ocupado por la persona encargada de llevar adelante el cuidado de los requirentes y la ejecución de su encargo *post mortem*. Recomendamos 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 la 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.

Finalmente, es posible que la redacción del contrato no respete el orden sucesorio. Esto claramente ha de tener efectos jurídicos, los cuales anticipamos no pueden llevar a la nulidad del contrato. ¿Cuáles son estos efectos? ¿Cómo es la relación entre los beneficiarios del contrato y los herederos del fiduciante? ¿Cuál es la naturaleza jurídica del beneficiario sustituto? Con posterioridad, evaluaremos las respuestas a estas preguntas. Pero anticipamos en las ponencias que no corresponde decretar la nulidad cuando no se sigue el orden sucesorio, sin perjuicio de que los herederos legitimarios que han sido perjudicados puedan llevar adelante las acciones de integración de la legítima.

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).”*¹¹ 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.

¹¹ (Molina Sandoval, 2014, 3)

Ya desde el Código Civil de Vélez Sarsfield los pactos sobre herencia futura estaban prohibidos. La doctrina entiende que el contenido de los pactos de herencia futura prohibidos son aquellos que disponen de los derechos o bienes que aún no se tienen, el condicionamiento de la libertad de testar y las renunciaciones anticipadas a la herencia. En palabras de MEDINA: *“La doctrina enseña que están abarcados por la prohibición: los pactos dispositivos, por los cuales el futuro heredero dispone contractualmente de los derechos hereditarios que adquirirá a la muerte de su causante (art. 1010); los pactos institutivos, esto es, el involucrado en un testamento hecho por dos o más personas, aun cuando sea recíproco (art. 2465, segundo párr. del Código Civil y Comercial, que reproduce la prohibición del art. 3618 del derogado Cód. Civil); los pactos renunciativos; esto es, la ley no autoriza la renuncia ni la aceptación de la herencia futura sea por un contrato, sea por un acto unilateral (art. 2286 del Cód. Civil y Comercial; en el Código de Vélez la misma regla estaba expuesta en los arts. 3311 y 3312).”*¹² El resaltado nos pertenece.

El artículo 1010 CCC establece una clara limitación de orden público. En su primer párrafo establece que la herencia futura y los derechos hereditarios eventuales sobre un bien determinado, no pueden ser objeto de los contratos, excepto cuando la ley lo permite. Y el segundo párrafo establece una excepción para las participaciones societarias y los establecimientos empresas. En consecuencia, cualquier contrato que tenga por objeto herencias futuras será nulo. De acuerdo a lo determinado en el artículo 386 CCC, la misma será una nulidad absoluta¹³. Y como tal, puede declararse de oficio, es imprescriptible e inconfirmable.

No puede haber duda alguna sobre la validez de los pactos de herencia futura que tengan por objeto las participaciones societarias y las empresas. En estos casos, el fideicomiso puede ser una herramienta útil, como lo establece DAVID¹⁴. La inquietud discurre por otro carril: Un FAF como el que venimos describiendo, ¿es necesariamente un pacto de herencia futura?

No podemos tener dudas de que se trata de un pacto de herencia futura, cuando el contenido del contrato así lo sea. Un contrato de fideicomiso puede instrumentar un

¹² (Medina, 2015, 2)

¹³ En contrario, (Van Thienen, 2020)

¹⁴ (David, 2019)

pacto de herencia futura prohibido por la ley. La idea de los próximos párrafos es argumentar porque el FAF no es necesariamente un pacto de herencia futura. Que sí lo es, es porque este pacto de herencia futura es el contenido del fideicomiso. Para eso, comenzaremos por establecer cuál es el contenido del primer apartado del artículo 1010 CCC. Esto es, de los pactos dispositivo prohibidos.

La claridad de la letra de la ley en cuanto a los derechos hereditarios eventuales sobre un bien determinado no deja dudas en cuanto a que se refiere. La segunda parte del primer párrafo regula el caso de alguien que quisiera ceder un bien, total o parcialmente, del que no es dueño; y cuyo propietario es una persona a la que, en teoría, el transmitente heredaría. Supongamos el caso de un único hijo que vendiera un inmueble de su padre viudo; inmueble que le correspondería en un futuro en la sucesión. En este caso, aún cuando podría tratarse de un contrato sobre un bien ajeno según el 1008 CCC, para el legislador la inmoralidad de especular con la muerte de su dueño vicia el acto. Al establecer el artículo que son derechos hereditarios eventuales, se establece tácitamente quién es el titular del derecho: el eventual heredero. No podría caer en esta segunda parte del primer párrafo, el propietario de los bienes, salvo que interpretemos que el futuro causante pueda disponer en vida de su capacidad de testar. Lo que sería redundante con la prohibición del artículo 2511 CCC.

El otro pacto dispositivo es el que se refiere a la disposición de la herencia como un todo. ¿Qué debe entenderse por Herencia Futura en la primera parte del párrafo? El código no la define en concreto; pero podemos generar una definición a partir de sus elementos. Primero debemos definir el concepto de “Herencia”; a tal efecto, el 2277 CCC establece que la herencia comprende todos los derechos y obligaciones del causante que no se extinguen por su fallecimiento. Luego el 2278 CCC le acuerda expresamente el carácter de universalidad. Y en segundo lugar debemos calificarla con el término “futuro”; el que la Real Academia Española¹⁵ define como adjetivo que refiere a algo que está por venir y ha de suceder con el tiempo. Por lo que podemos concluir que la herencia futura es la universalidad de todos los derechos y obligaciones que una persona tendrá al momento de su muerte real o presunta, que no se extingan por su fallecimiento. Atento a que no se define quién es el futuro causante, si el contratante o un tercero, el contrato prohibido puede tener como objeto

¹⁵ <https://dle.rae.es/futuro>

una herencia ajena o puede tener como objeto la propia herencia futura. En ese sentido, ambos contratos entrarían dentro de la categoría de contratos nulos.

Alcances del artículo 1670

Solo tres artículos del CCC se refieren a la herencia futura. Además del citado 1010 CCC, el 1670 CCC hace expresa mención a esta institución. Y es para referirse justamente al contrato de fideicomiso. El 1670 CCC determina qué bienes pueden ser objeto del contrato de fideicomiso, incorporando la posibilidad de que sean las universalidades. Los únicos bienes que no pueden ser objeto del contrato de fideicomiso son los que estén fuera del comercio. Pero redundantemente el artículo establece que “*no pueden serlo las herencias futuras*”. Atento a que esto ya fue previsto de manera genérica para todos los contratos por el 1010 CCC, ¿por qué el legislador sintió la necesidad de reforzar esa prohibición en el contrato de fideicomiso?

Entendemos que se debe a que, a diferencia del resto de los contratos, el fideicomiso puede realizarse a través de un testamento, mediante la figura del fideicomiso testamentario. En otras palabras, el contrato de fideicomiso y el fideicomiso testamentario tienen el mismo efecto; esto es, conformar un patrimonio especial de afectación administrado por una persona diferente. Ahora bien, el fideicomiso testamentario si puede tener como objeto la propia herencia; ya que, claro está, al momento de su entrada en vigencia no sería futura. Todo testamento es una manifestación de la voluntad sobre la propia herencia. En consecuencia, la ratificación no es porque en el Fideicomiso esté especialmente reforzada esta prohibición, o porque el fideicomiso no pueda tener como objeto la planificación sucesoria.

Como vimos, este artículo 1670 CCC establece que todos los bienes que estén dentro del comercio pueden ser objeto del contrato de Fideicomiso. Inclusive las universalidades. ¿Qué sucede cuando el fiduciante transmite al fideicomiso la totalidad de los bienes que tiene en su patrimonio y el fideicomiso tiene mandas para ser realizadas con posterioridad a la muerte del fiduciante? Algún antecedente jurisprudencial¹⁶ ha entendido que se trata de un pacto de herencia futura. Y que en consecuencia, es nulo por aplicación de la prohibición genérica del 1010 CCC y la específica del 1670 CCC. Sin analizar ese caso puntual, entendemos que no todo contrato de fideicomiso que tenga como contenido la totalidad o los principales bienes

¹⁶ “Cardenau...” op cit..

del fiduciante, es un pacto de herencia futura dispositivo. Hay un error en la apreciación del concepto de herencia futura. Y ello por tres fundamentos.

En primer lugar, porque aún cuando el contrato de fideicomiso haga expresa mención a la universalidad “patrimonio” como objeto del contrato, esa universalidad es una situación dada en un momento determinado. Es decir, que si el contrato hiciera referencia a que el objeto del fideicomiso es “todos los bienes que componen el patrimonio” sólo podrá hacer referencia a los bienes que componen el patrimonio de la persona *en ese momento*. Ello, por dos motivos.

Primero porque el patrimonio como universalidad no puede ser objeto del contrato de fideicomiso; porque eso implicaría para la persona perder la titularidad de su patrimonio. Y atento el 242 CCC, al ser el patrimonio una consecuencia de su carácter de persona, es inescindible de esta. Es lo que se entiende como un atributo de su personalidad. Por ende, en el momento que se determina que el fideicomiso tiene como objeto los bienes que integren el patrimonio del fiduciante, se hace referencia a los bienes que hay *en ese momento*.

En segundo lugar, atento el 399 CCC, nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que tiene. En otras palabras, no puede el fiduciante comprometerse a transferir bienes que aún no forman parte de su patrimonio. Los bienes que en el futuro ingresen en el patrimonio del causante no serán objeto del contrato. Contra esta línea de pensamiento, se puede argumentar que los bienes futuros y los bienes ajenos pueden ser objeto de los contratos, según los artículos 1007 y 1008 CCC. Pero la respuesta a esto está en el mismo 1005 CCC, el cual en consonancia con el inciso “a” del 1667 CCC, establece que deben estar determinados o ser determinables. No es suficiente una descripción vaga con la que fuera imposible conceptualizar adecuadamente cuáles son esos bienes.

En palabras de MOLINA SANDOVAL, *“Si bien el fideicomiso de planificación patrimonial es un “contrato” —pues ese es el esquema que se impone en la mayoría de las formas fiduciarias latinoamericanas— su objeto no es necesariamente una “herencia futura” sino un “patrimonio presente” —y que se busca aislar de los riesgos empresarios o patrimoniales de los intervinientes—”*¹⁷

El segundo motivo por el cual entendemos que estos fideicomisos nunca aportan la herencia futura, es porque no hay identidad entre los bienes de la herencia efectiva y los del fideicomiso. Ello porque el aporte de la totalidad de los bienes de una persona

¹⁷ (Molina Sandoval, 2014, 3)

a un patrimonio especial de afectación, nunca podrá incluir la propia posición contractual que como fiduciante esa persona tiene en el fideicomiso. Es decir que siempre ha de existir un bien en el patrimonio del fiduciante: los derechos y obligaciones emergentes del propio contrato de fideicomiso. En consecuencia, la herencia efectiva de la persona estará compuesta por los bienes que ingresen en el patrimonio con posterioridad al contrato de fideicomiso y por la posición contractual que el propio contrato genera. Esta falta de identidad nos lleva a sostener que no podemos hablar de que el aporte de todos los bienes implica hacer contrato sobre una herencia futura.

Y finalmente, el tercer motivo tiene que ver con que hay bienes que pueden formar parte del fideicomiso pero NO de la herencia. Por ejemplo, el derecho real de usufructo sobre determinado bien. Recordemos que “la totalidad de los bienes del fiduciante” puede incluir derechos que se extingan con la muerte de este; los que por definición no forman parte del acervo hereditario.

Es por estos tres motivos que entendemos que aún cuando el fideicomiso se refiere a la totalidad de los bienes de una persona no está hablando de herencia futura. Pero entonces ¿cuándo tiene vigencia el artículo 1670 CCC? Es decir, ¿qué herencias futuras están prohibidas? Entendemos que el artículo se refiere a que el contrato de fideicomiso no puede tener como contenido una herencia futura, o un pacto de herencia futura. Planteamos dos prohibiciones muy concretas.

En primer lugar, el fiduciante no puede hacer un contrato de fideicomiso con una herencia futura que él recibiría. Es decir, no puede hacer un contrato que tenga como objeto los bienes que ha de recibir de su padre en herencia, por ejemplo. Este caso está aún más en sintonía con lo establecido en el 1010 CCC; ya que este expresamente habla de “*los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares*”. Situación que el 1670 CCC no aclara porque está hablando de universalidades y no sobre objetos particulares.

En segundo lugar, porque el fiduciante no puede comprometerse a aportar los bienes que *conformarán* su acervo hereditario. Por definición estará fallecido al momento de realizarse la transmisión de los bienes. Por lo que el acto de transmisión de dominio fiduciario, diferente de la celebración del contrato de fideicomiso, no podrá celebrarse. Si se hiciera un poder especial con facultades *post mortem*, la prohibición del 1670 y del 1010 CCC le quitan el carácter de interés legítimo que requiere la última parte del inciso “b” del artículo 380 CCC. Para resolver esta situación debería

recurrir al Fideicomiso Testamentario, que se ordena a través del expediente judicial de la sucesión.

Coincidimos con que económicamente, los bienes de mayor importancia quedan fuera del acervo hereditario. Pero vemos en el contrato de fideicomiso un instrumento para poder vehiculizar la partición de manera extrajudicial, evitando los costos del proceso hereditario. Impedir la figura fiduciaria contractual sólo porque evita el proceso sucesorio es contrario a la economía procesal. Y este es un pilar fundamental para el acceso a la justicia. Al cual demasiadas veces se le resta importancia. Y no es menor recordar que la República Argentina fue condenada en materia de derechos humanos por la lentitud de su justicia¹⁸. El FAF evita el procedimiento judicial de partición de herencia, no la sucesión *mortis causa* del causante fiduciante. Esta es inevitable, y se produce de pleno derecho. El contrato no reemplaza el llamamiento hereditario ni la sucesión como sistema jurídico tendiente a determinar la distribución de los bienes de una persona luego de su fallecimiento

La Figura Del Beneficiario Sustituto

Planteo

Habiendo establecido que la planificación sucesoria en el FAF es posible, hemos propuesto que se realice a través de la figura del beneficiario sustituto. ¿Qué sucede cuando el contrato designa a una persona que no es heredero?

Este análisis es especialmente trascendente puesto que se puede extrapolar a otros contratos de fideicomiso. Es habitual que los fideicomisos inmobiliarios designen beneficiarios sustitutos para poder liquidarse oportunamente. ¿Qué sucede en los casos en que esas designaciones no respetan el orden sucesorio?

¹⁸ Entre otros, y a modo de citar un ejemplo. CIDH “CASO SPOLTORE VS. ARGENTINA” cita online: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_404_esp.pdf. Verificado el 2023-02-28. “La Comisión solicitó que la Corte ordenara a Argentina “[a]doptar las medidas necesarias para asegurar la no repetición de las violaciones declaradas en el informe. En particular, ordenar al Estado la adopción de las medidas administrativas o de otra índole para asegurar que los procesos judiciales de naturaleza laboral, incluyendo los que incorporen un reclamo indemnizatorio, sean resueltos oportunamente y dentro de un plazo razonable conforme a los estándares descritos en el informe [de Fondo]”.

Previo al análisis de la figura del beneficiario sustituto, es conveniente recordar quién es el beneficiario en el contrato de fideicomiso. Y en ese sentido, el artículo 1666 CCC establece que *“Hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario”*. En otras palabras, es la persona que percibe los beneficios que la administración del fiduciario genere con los bienes aportados por el fiduciante. En palabras de MÁRQUEZ, *“El beneficiario es la persona, humana o jurídica, que recibe los frutos obtenidos con la gestión fiduciaria durante la vigencia del fideicomiso. No existen cortapisas para revestir este carácter: podrán serlo toda persona humana, capaz, incapaz o con capacidad restringida, la persona por nacer (sujeto el beneficio al nacimiento con vida -art. 21-), y cualquier persona jurídica, pública o privada”*.¹⁹

El beneficiario sustituto, es la persona que ha de recibir los beneficios en reemplazo de la persona originalmente establecida en el contrato. Dicho crédito corresponde al sustituto cuando han operado alguna de las causales de sustitución.

Atento a que existen modificaciones en la regulación entre la Ley 24.441 (LF) y el CCC, y a que la figura del beneficiario sustituto tiene mayor doctrina en los contratos previos al 1 de Agosto del 2015, analizaremos primero la figura desde el punto de vista de la LF y del Código Civil (CC).

Ley 24.441 y el Código Civil

La figura del beneficiario sustituto surge de la LF, que tipificó y reguló el contrato de fideicomiso. El artículo 2 LF, en su segundo párrafo, determinaba que: *“Podrá designarse más de un beneficiario, los que salvo disposición en contrario se beneficiarán por igual; también podrán designarse beneficiarios sustitutos para el caso de no aceptación, renuncia o muerte.”* El resaltado nos pertenece. La figura en este caso es clara: en caso de muerte del beneficiario, el beneficio debe ser entregado a los beneficiarios sustitutos.

La LF continúa, y agrega que *“Si ningún beneficiario aceptare, todos renunciaren o no llegaren a existir, se entenderá que el beneficiario es el fideicomisario. Si tampoco el fideicomisario llegara a existir, renunciare o no aceptare, el beneficiario será el fiduciante”*. En este tercer párrafo, el legislador implementó un mecanismo de designación de beneficiarios sustitutos supletorio. En otras palabras, la ley determina

¹⁹ (Marquez, 2014, 184)

que el beneficiario es una persona esencial del contrato; al punto de que la propia ley determina mecanismos supletorios para rellenar ese vacío.

Finalmente, el artículo 2 LF, finaliza diciendo que el “...*derecho del beneficiario puede transmitirse por actos entre vivos o por causa de muerte, salvo disposición en contrario del fiduciante*”. El resaltado nos pertenece. Al imprimirle el carácter convencional, la última parte del artículo 2 deja claro que se habilita al fiduciante y al fiduciario, como partes del contrato de fideicomiso, a determinar quién es la persona beneficiaria de manera libre. Pudiendo determinar incluso que la persona beneficiaria no pueda ceder sus derechos; o que los beneficios se entregarán a sus sucesores; o que el fiduciario no está obligado a tenerlos en consideración a la hora del pago.

Si nos atenemos a las palabras del artículo 2 de las LF, tiene derecho a percibir los beneficios del patrimonio fideicometido las siguientes personas, en el siguiente orden:

1) El beneficiario designado en el contrato, que exista y que haya aceptado.

2) El beneficiario sustituto, en caso de que el beneficiario designado haya fallecido, renunciado, no aceptado o que nunca haya existido.

3) Los herederos del beneficiario designado, cuando el beneficiario haya existido y aceptado, no haya renunciado y que expresamente no se hubiera previsto lo contrario en el contrato de fideicomiso.

4) El fideicomisario, que exista y acepte.

5) Los herederos del Fideicomisario, en caso de su fallecimiento.

6) El Fiduciante, en caso de que el fideicomisario no exista, no acepte o habiendo aceptado renuncie.

7) Los herederos del fiduciante, en caso de su fallecimiento. Este último no puede renunciar o no aceptar, atento a que su consentimiento es necesario para la constitución del fideicomiso: sin fiduciante no hay fideicomiso.

En el mismo sentido se expresa LOPEZ DE ZAVALIA cuando dice que la posición jurídica del beneficiario “*es transmisible por actos inter vivos como mortis causa. Pero el negocio constitutivo (contrato o testamento) puede disponer lo contrario. Combinada la disposición en contrario con la posibilidad de designar sustituto (expresamente prevista para el caso de muerte: art. 2, segundo párrafo, in fine) esto se parece a una sustitución fideicomisaria del beneficio que, en el caso, resulta autorizada por la ley*”²⁰. En nota al pie de la obra citada, haciendo referencia al testamento, el autor aclara que: “*La letra del art. 2 habla de disposición en contrario*

²⁰ (López de Zavalía, 1995, 794-795)

del 'fiduciante'. Esto es aplicable sin duda al fideicomiso constituido por testamento. Pero cuando es constituido por contrato, como lo que disponga el fiduciante debe estar en el contrato, acto jurídico bilateral, será el contrato mismo el que disponga."²¹

En consecuencia, de la letra del artículo 2 LF, la muerte del beneficiario no hace percibir el beneficio a sus herederos, sino a los beneficiarios sustitutos determinados en el contrato. No cabe ninguna duda de que ello es así cuando el beneficiario falleciera antes de la aceptación del beneficio. ¿Qué ocurre si falleciera después de haber aceptado el beneficio? En el FAF planteado, el fiduciante es el primer beneficiario, por lo que la aceptación del beneficio operaría en la celebración misma del contrato.

Teniendo en cuenta las reglas de la aceptación de la oferta, puede plantearse que una vez aceptada la designación de beneficiario el derecho queda irrevocablemente adquirido para el aceptante, impidiendo que su fallecimiento pueda ser invocado como una nueva causal de sustitución. En esa línea de razonamiento, desde que la persona designada como beneficiaria acepta el beneficio, el derecho pasa a formar parte de su patrimonio; y aunque el contrato de fideicomiso estipule otra cuestión, el derecho del beneficiario causante debe ser asignado a sus herederos.

Entendemos que no se aplican las normas de la aceptación de la oferta. La persona beneficiaria del contrato de Fideicomiso NO es parte del contrato de Fideicomiso. Esta misma interpretación es sostenida por LORENZETTI cuando expresa que el beneficiario "*no es parte en el contrato, sino beneficiario de la estipulación que se realiza en su favor*"²². En otras palabras, el contrato de fideicomiso contiene una estipulación en beneficio de un tercero; ese tercero es el beneficiario.

En el CC, estaba expresamente aceptado el contrato o la estipulación en beneficio de un tercero. Así el artículo 504 CC expresamente determinaba que: "*Si en la obligación se hubiere estipulado alguna ventaja en favor de un tercero, éste podrá exigir el cumplimiento de la obligación, si la hubiese aceptado y hécholo saber al obligado antes de ser revocada*".

Esté artículo ha planteado diferentes interpretaciones doctrinarias, entre las cuales se impuso la teoría denominada del Beneficio Directo. MOSSET ITURRASPE la resume diciendo que "*el derecho del tercero surge cuando ésa ha sido la intención de las partes, del contrato celebrado entre el estipulante y el promitente.... el derecho del*

²¹ Op. Cit. 794

²² (Lorenzetti, 2000, 309)

*tercero surge lisa y llanamente de la voluntad de los contratantes, siendo una consecuencia del principio de autonomía de la voluntad, consagrado por el artículo 1197 de nuestro Derecho*²³.

La inquietud que se plantea en este sentido es si ¿es aplicable a la estipulación en beneficio de un tercero las normas de la formación del consentimiento de los contratos? Y la respuesta negativa se impone. Lo determinado en los artículos 1144 CC y concordantes se aplica para la formación del contrato; pero una vez que se ha celebrado válidamente el mismo, carece de aplicación. La aceptación del beneficio en un contrato válidamente celebrado, no se rige por las normas de la celebración del contrato; porque es el efecto de un contrato celebrado válidamente con anterioridad.

En ese sentido, las VII Jornadas citadas por el autor referido concluyen diciendo que *“Si el fallecimiento se produjere antes de la aceptación, el promitente quedará obligado a cumplir la prestación en favor del estipulante y no de los herederos del beneficiario, salvo que en el contrato se hubiere pactado la solución contraria.”*²⁴ El resultado nos pertenece.

LISOPRAWSKI y KIPER enseñan que *“el derecho del fideicomisario no es de carácter real, sino de naturaleza personal, más exactamente -desde la perspectiva contractual- el resultado de una estipulación a favor de tercero (art. 504 del CCiv). Ello porque carece de título suficiente para la adquisición de derechos reales -hasta tanto se verifique la circunstancia resolutoria-, pues su título se halla subordinado a una modalidad suspensiva (condición o plazo)... En el caso del dominio fiduciario, el negocio que sirve de causa al derecho real que genera, y también este último, se hallan subordinados en su duración y efectos a una modalidad indudablemente resolutoria... Esto no implica de ningún modo que el derecho del fideicomisario está sujeto a una modalidad suspensiva, como si fuera la otra cara de la moneda. Sin embargo, en cuanto al aspecto obligacional -único que interesa desde el punto de vista del fideicomisario que carece de un derecho real-, los efectos prácticamente coinciden, por lo que entendemos que su situación debe ser considerada como la de un acreedor cuyo derecho está subordinado a un evento suspensivo... Se trata de un derecho subjetivo ‘existente’, pero no completamente ‘eficaz’, ya que su ‘eficacia principal’, es decir, la prestación que constituye el objeto primordial del negocio, no es*

²³ (Mosset Iturraspe, 2003, 350)

²⁴ Op. Cit 354

exigible sino que se haya pendiente.”²⁵ “Corresponde aclarar que nos referimos al fideicomisario para simplificar la exposición, pero bien puede suceder que quien tenga derecho a que el fiduciario le transmita la cosa sea el fiduciante o el beneficiario...”²⁶ Continúan diciendo que “el derecho del fideicomisario, ya sea que dependa de un plazo o una condición, debe ser ubicado dentro de los derechos pendientes. Se trata de un derecho existente, válido, pero que carece de plena exigibilidad... en el mismo se encuentran todos sus elementos constitutivos: sujetos, objeto, fuente y vínculo. Uno solo de estos elementos, el vínculo jurídico, está sometido de momento a una incertidumbre que limita su plenitud.”²⁷ Y remarcan que “El derecho personal del beneficiario es temporario, pues dura tanto como el fideicomiso, y es transmisible (por actos entre vivos o por causa de muerte), salvo disposición en contraria del fiduciante (art. 2º, cuarto párrafo). De ahí que en caso de muerte la ley autorice que en el contrato se designe un sustituto, con lo cual no se transmitiría el derecho a los herederos del beneficiario originario.”²⁸

En otras palabras: el beneficiario, aún habiendo aceptado la estipulación en su beneficio, es un tercero en el contrato. Siempre lo es, porque cada pago del beneficio hecho por el fiduciario es un acto jurídico independiente y separado. Las partes del contrato son fiduciante y fiduciario; el fideicomisario y el beneficiario son terceros que deben reunir las condiciones para tener ese carácter en cada oportunidad de pago. Cada pago devengado genera una obligación o crédito jurídicamente independiente en personas que tienen determinadas características establecidas en el contrato.

Se ve gráficamente en el siguiente ejemplo: Supongamos un hipotético contrato de fideicomiso donde al celebrarse la constitución argentina Alberdi, como fiduciante, transfiere el dominio fiduciario a Vélez Sarsfield, como fiduciario, de una parcela de campo en Tucumán; con el objeto de que entregue cada cosecha al juez que declare más normas inconstitucionales cada año. Y que una vez finalizado el plazo de treinta años del contrato de fideicomiso, entregue el dominio pleno de la parcela de campo a quien sea propietario de la casita de Tucumán. El primer año, el juez Nicanor Molinas fue el elegido; y percibió felizmente su cosecha. Mientras que en el segundo año fue Baldomero García; quien falleció antes de percibir dicho beneficio. Es contrario a la interpretación coherente del contrato suponer que porque el primer año de vigencia

²⁵ (Kiper & Lisowpraski, 2003, 404-405)

²⁶ Op. Cit 406

²⁷ Op. Cit 407

²⁸ Op. Cit 418

del contrato el beneficiario fue Nicanor Molinas, siempre será él el beneficiario. Y que ya es una *parte* del contrato de Fideicomiso celebrado entre Alberdi y Vélez Sarsfield. Aún cuando Baldomero García falleciera, el beneficio le será entregado a sus sustitutos. No a los herederos de Nicanor Molinas. Lo mismo sucede con la figura del fideicomisario; ya que si bien al momento de la celebración del contrato la dueña de la casita era Francisca Bazán de Laguna, aunque ésta aceptase dicho beneficio expresamente, sus herederos no serían los fideicomisarios. El fideicomisario sería aquel heredero de Francisca que se hubiese quedado con la histórica casita de San Miguel de Tucuman, y como tal sea su titular al finalizar el contrato de fideicomiso.

En consecuencia, cada aceptación del beneficio es independiente. Y como tal, para ser beneficiaria una persona tiene que cumplir las condiciones determinadas en el contrato en cada momento; incluso cuando es la misma persona que tiene el carácter de parte fiduciante del contrato. Se podría aducir que en el FAF la situación es distinta, porque el beneficio podría ser interpretado como una prestación periódica de una única obligación. Pero eso debería ser expresamente instruido y determinado en el contrato. Caso contrario es soslayar la voluntad de las partes, para configurar una homogeneidad que no tiene. Eso es hacer forzar la realidad jurídica del fideicomiso: la ley no diferencia la reglamentación del beneficiario cuando el objeto del fideicomiso es la construcción de un edificio, donde el beneficio sería de pago único, o cuando es la protección de un incapaz, donde el beneficio sería de sendos pagos a lo largo de su vida. Son beneficiarios o fideicomisarios siempre. Y tienen la misma reglamentación en ambos casos. No puede interpretarse la ley de una manera para un caso, y de otra manera para otro. Donde la ley no distingue, nosotros no debemos hacerlo. *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. Salvo, que esa diferenciación surja del contrato, que es ley para las partes y el beneficiario.

En ese sentido, la obligación del fiduciario de transferir el dominio de las unidades funcionales en un fideicomiso de construcción tiene condicionado quién es el acreedor. En el caso de que el beneficiario exista y haya aceptado, siempre que no haya muerto y no renuncie, es el acreedor de la estipulación en su beneficio. Pero si este renunciare o falleciera, por los términos mismos de la estipulación en su beneficio, el acreedor de la obligación pasa a ser el beneficiario sustituto. Mismo análisis puede plantearse para el caso del FAF: el beneficiario designado en un primer orden sólo lo será en la medida que no haya muerto; y al morir se extingue su beneficio, salvo que se pacte lo contrario. Ese beneficio pasa a ser a favor de las

personas designadas como sus sustitutas. Nos anticipamos a decir que es lo que el actual CCC entiende como una obligación disyuntiva activa (854 CCC).

En este sentido, es fundamental entender que en la misma persona pueden coincidir dos roles en la figura negocial. El fiduciante es parte del contrato, pero el beneficiario no es parte; porque sus derechos no son exigibles hasta que no ocurra la condición pactada en el contrato. Aunque de origen sea la misma persona, la determinación de quién es el beneficiario ocurre con cada pago de ese beneficio. De manera muy similar que el hecho de ser hijo hace presumir o esperar el carácter de heredero; pero dicho carácter no se adquiere sino hasta la apertura de la sucesión, con la muerte del causante.

Atento a la periodicidad de los beneficios del FAF, es más clara la interpretación de la figura en el contrato de fideicomiso de construcción al costo. Del contrato surge que esa persona es acreedora de una unidad funcional determinada o a determinarse; pero que en caso de su fallecimiento, el acreedor de dicha unidad pasa a ser el beneficiario sustituto que se designe. Y el crédito que esa persona tenía se extingue con relación al acervo sucesorio. Pero la periodicidad de los pagos en el FAF no cambia este criterio. Entendemos que existe la misma condición resolutoria en el beneficio: la muerte del beneficiario. Es una prestación vitalicia, como el usufructo o la renta.

En este punto, es importante establecer que tanto en la ley 24.441 como en el CCC, la sustitución fideicomisaria en materia sucesoria está prohibida. ¿Cómo funciona con la prohibición con el beneficiario sustituto en caso de muerte? Entendemos que sigue siendo de aplicación, pero para el caso de la determinación de sustitutos sucesivos. Lo que se encuentra prohibido por el 3725, 3731 y 3732 CC es que contractual o testamentariamente se determine quiénes son los sustitutos del sustituto. En ese sentido, nada obsta a que el contrato habilite al nuevo beneficiario a designar nuevos sustitutos. Pero lo debe realizar él; y no el fiduciante y el fiduciario en el contrato. Caso contrario, sí estaríamos hablando de una sustitución fideicomisaria; en la que se altera por una tercera persona las líneas sucesorias. Cuando el contrato de Fideicomiso nada dice, operada la causal de sustitución, si el contrato no habilita a la designación de nuevos beneficiarios sustitutos, el fallecimiento del beneficiario sustituto requerirá iniciar su sucesión y distribuir el beneficio entre sus herederos.

Especial atención a que el hecho que es bisagra en la cuestión NO es la aceptación del beneficio, sino la causal de sustitución. En consecuencia, aunque el beneficiario hubiera aceptado el beneficio con anterioridad al acaecimiento de la

causal de sustitución, este no tendrá ningún derecho en el patrimonio que distribuir entre sus herederos.

El régimen del beneficiario sustituto en Código Civil y Comercial

La similar redacción del 1671 CCC a la anterior legislación nos induce a llegar a las mismas conclusiones. Pero hay algunas diferencias que vale la pena remarcar. Dice el artículo en su parte pertinente que: *“...Pueden designarse varios beneficiarios quienes, excepto disposición en contrario, se benefician por igual; para el caso de no aceptación o renuncia de uno o más designados, o cuando uno u otros no llegan a existir, se puede establecer el derecho de acrecer de los demás o, en su caso, designar beneficiarios sustitutos.”*

En la nueva redacción no se incluye la muerte como una causal de sustitución. No incluir la muerte como causa de sustitución del beneficiario, no implica que no pueda pactarse contractualmente. El mismo artículo 1671 CCC expresamente habilita el pacto en contrario: El cuarto y último párrafo del artículo 1671 del CCC reza que *“El derecho del beneficiario, aunque no haya aceptado, puede transmitirse por actos entre vivos o por causa de muerte, excepto disposición en contrario del fiduciante. Si la muerte extingue el derecho del beneficiario designado, se aplican las reglas de los párrafos precedentes”*.

Ahora expresamente incluye la posibilidad de que el fallecimiento del beneficiario extinga su derecho. E incorpora expresamente la situación del beneficiario que no ha aceptado, antes de habilitar el pacto en contrario y con el conector “aunque”. Por lo que el artículo se tiene que interpretar como que el fiduciante puede limitar contractualmente la transmisión *mortis causa* de la estipulación en beneficio del tercero, haya aceptado o no. Y, justamente, una manera de limitar la transmisión *mortis causa* del beneficio es designando un beneficiario sustituto.

Como vemos, se da aún mayor libertad y efectos más versátiles en la nueva regulación del FAF. Lo que es consecuente con el artículo 1 CCC, y la constitucionalización del derecho privado patrimonial.

La modificación que trae aparejada la redacción del artículo 1671 CCC, en comparación con el artículo 2 de la LF, es que presume la inclusión de los herederos del beneficiario, en lugar de requerir su incorporación. La cuestión de quien percibe los beneficios del contrato se resolvería en el siguiente orden:

- 1) El beneficiario designado en el contrato, que exista y que haya aceptado.
- 2) Los herederos del beneficiario designado, cuando el beneficiario fallece y no se hubiera previsto en el contrato de fideicomiso la muerte como causal de sustitución.

3) El beneficiario sustituto, en caso de que el beneficiario designado haya renunciado, no aceptado o que no exista; o que haya fallecido y se hubiera planteado la muerte como causal de sustitución.

4) El fideicomisario, que exista y acepte.

5) Los herederos del Fideicomisario, en caso de su fallecimiento.

6) El Fiduciante, en caso de que el fideicomisario no exista, no acepte o habiendo aceptado renuncie.

7) Los herederos del fiduciante, en caso de su fallecimiento. Este último no puede renunciar o no aceptar, atento a que su consentimiento es necesario para la constitución del fideicomiso: sin fiduciante no hay fideicomiso.

Como ya hemos establecido, la LF establece que las partes del contrato del fideicomiso son el fiduciante y el fiduciario. En ese sentido, el artículo 1666 CCC prácticamente transcribe la definición de contrato del artículo 1 de la LF. Y la doctrina es coincidente en que el derecho del beneficiario es el de una estipulación en beneficio de un tercero; aún cuando ese derecho le recaiga al mismo fiduciante. Incluso, en la exposición de motivos, la comisión ha determinado que *“Se mantiene la posibilidad de cuatro intervinientes (las partes; fiduciante y fiduciario; el beneficiario y el fideicomisario). Se ha seguido así, el criterio de la ley previgente aún cuando el mismo ha motivado alguna crítica.”*

Sin embargo, el CCC ha regulado de manera diferente la estipulación en beneficio de terceros. Y, a diferencia del 504 CCC, el artículo 1027 del CCC determina que *“Las facultades del tercero beneficiario de aceptar la estipulación, y de prevalerse de ella luego de haberla aceptado, no se transmiten a sus herederos, excepto que haya cláusula expresa que lo autorice.”* El subrayado es mío. Incluso, agrega que *“La estipulación es de interpretación restrictiva.”*

Podemos interpretar que esta nueva redacción de las estipulaciones en favor de terceros fue lo que inspiró a quitar la muerte como causal de sustitución expresa en el 1671 CCC. Porque no es necesario aclarar que el beneficiario sustituto es el acreedor del fiduciario en caso de fallecimiento del beneficiario. Surge de la interpretación literal del artículo 1027 CCC, que establece que para que eso no sea así debe estar expresamente determinado en el contrato que origina la estipulación en beneficio del tercero.

A su vez, el CCC incorpora las obligaciones de disyunción activa, en el artículo 854 CCC; reglamentación que no tenía el CC. Dicho carácter previamente le adscribimos a la obligación de pago del fiduciario. Este artículo expresamente establece que *“Si la*

obligación debe ser cumplida a favor de uno de varios sujetos, excepto estipulación en contrario, el deudor elige a cuál de éstos realiza el pago. La demanda de uno de los acreedores al deudor no extingue el derecho de éste a pagar a cualquiera de ellos. El que recibe el pago no está obligado a participarlo con los demás.” El subrayado me pertenece. Y se hace al efecto de marcar, nuevamente, que la pregunta de quién es el beneficiario-acreedor del contrato de fideicomiso es libremente determinable por las partes que contratan.

¿Qué sucede con los herederos?

Ya establecimos que el FAF no reemplaza el llamamiento hereditario ni la sucesión como sistema jurídico tendiente a determinar la distribución de los bienes de una persona luego de su fallecimiento. El régimen de la persona beneficiaria sustituta no es una excepción.

Cuando un beneficiario percibe un beneficio de un fiduciario no siendo el fiduciante, no existe donación; puesto que la transmisión del dominio de la cosa recibida a título gratuito, no la hace quien sería “la parte donante”. Es el fiduciario quien entrega el bien al beneficiario o su sustituto; configurándose un acto gratuito porque el beneficiario sustituto no ha entregado nada a cambio. La causa de la transmisión es el cumplimiento del contrato de fideicomiso; el que para el administrador fiduciario si puede resultar oneroso. Porque él sí ha recibido algo a cambio; solo que no lo ha recibido de la persona beneficiaria no fiduciante, o su sustituta.

Hay una liberalidad. Al designar la parte fiduciante una persona beneficiaria sustituta a alguien que no la hubiera sucedido normalmente, está estipulando un beneficio a su favor que de otra manera no hubiera conseguido. Y si esta liberalidad hubiera afectado en modo alguno la legítima hereditaria, estaría sujeta a las acciones de reducción y de colación. Posteriormente nos explayaremos sobre la asimilación de los actos gratuitos y a las donaciones en el sistema sucesorio; pero no cabe duda que es de aplicación lo determinado en el 1565 CCC, por disposición de lo determinado en el 1543 del mismo cuerpo normativo.

Si, por el contrario, hubiera designado a quienes la hubieran sucedido no estaríamos frente a una liberalidad. Pues los herederos de todas maneras hubieran adquirido los bienes correspondientes. Por lo que opera una especie de “confusión” entre el beneficiario de la liberalidad y quien hubiera sido de todas maneras acreedor de la misma. Es acreedor de la misma por ser el continuador de la persona del fiduciante.

En consecuencia, los herederos del fiduciante o del beneficiario que manifiesten un mejor derecho tienen habilitados los caminos que expresamente la regulación del fideicomiso les acuerda. A saber, el artículo 2493 del CCC establece que no se puede afectar la legítima hereditaria; norma que se aplica al Fideicomiso Testamentario, pero que es transversal a todo el ordenamiento jurídico. En otras palabras, si el contrato de fideicomiso fuera instrumento de la violación de la legítima hereditaria, los herederos legitimarios tienen las acciones correspondientes para poder reintegrar el acervo.

Es decir, que los herederos legitimarios tienen a su disposición las acciones de integración de la legítima. Pero si estos las ejercieran con posterioridad al pago de determinados beneficios, esto no sería causal de nulidad de la transmisión de dominio al beneficiario sustituto. Para entender mejor esta afirmación es mejor separarlo en dos momentos:

a) El primer momento es cuando el administrador fiduciario, en cumplimiento del contrato de fideicomiso, no entrega los beneficios a los herederos legitimarios. Los bienes están en el patrimonio fideicometido. Aquí no hay beneficiario sustituto, o si lo hay, este no ha reclamado sus derechos. En ese caso, el fiduciario es pasible de una acción de reducción de estos al acervo hereditario (2453 CCC).

b) El segundo momento es cuando el administrador fiduciario, en cumplimiento del contrato de fideicomiso, ya ha entregado los bienes a los beneficiarios sustitutos. En este caso, los beneficiarios sustitutos han recibido un beneficio sin recibir nada a cambio. Como la persona fiduciante no es la misma persona que la beneficiaria sustituta, entonces se perfecciona el negocio fiduciario gratuito. Y allí, sería pasible de las acciones de colación (2385 CCC) y reducción (2453 CCC) con alcance reipersecutorio (2458 CCC, con las limitaciones de la ley 27.857).

Pero por lo establecido, no se le puede imputar la nulidad de la transmisión por haber sido el negocio fiduciario contrario al orden sucesorio. En otras palabras, el contrato de fideicomiso y sus estipulaciones son válidas; sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones sucesorias y de la integración patrimonial correspondientes.

Quien más claro lo ha expresado es VAN THIENEN, al decir que *“Si no genera nulidad absoluta, insanable e imprescriptible la donación inoficiosa que es el mecanismo directo para vulnerar la legítima, no es atinado concluir que sí la genere cualquier otro negocio (como un fideicomiso) que, indirectamente, genere el mismo efecto. Si así fuese, entonces, se le está haciendo decir al ordenamiento jurídico algo que no dice... El mecanismo de defensa específico de la legítima es la acción de reducción y esta prescribe..., ergo, cualquier otro mecanismo de defensa alterno (la*

nulidad de un contrato) también debería tener la misma consecuencia, salvo que se acepta la idea de tergiversar el sentido del ordenamiento en materia de protección de la legítima.”²⁹

Vale la pena remarcar que en ambas situaciones previamente descritas, la acción de reducción del legítimo procede *después* de la muerte del fiduciante causante. Esto quiere decir que los herederos del fiduciante podrán iniciar la acción solamente si este ha fallecido. Antes, esta acción no ha nacido aún.

Con relación a la prescripción, procede la acción cuando no haya transcurrido el plazo de diez años del artículo 2459 CCC. Con relación a este plazo, entendemos que no debe comenzar a computarse desde la transmisión de dominio fiduciario, sino desde la transmisión al beneficiario sustituto del dominio pleno. En consecuencia, comenzaría a regir solamente en el segundo momento; el cual por hipótesis no ocurre hasta la muerte del fiduciante. En este aspecto, el FAF resuelve mejor la protección de la legítima hereditaria que la donación de nuda propiedad.

Claro está, que si no ha ocurrido el segundo momento, la acción de reducción debe iniciarse contra el fiduciario. Y para ello el legítimo preterido tiene el plazo de cinco años derivado del artículo 2560 CCC desde el fallecimiento del causante. Este plazo afecta igualmente como una doble valla a ambos momentos.

Finalmente, es necesario remarcar que atento a las modificaciones hechas por la ley 27.587, las acciones de reducción perderán su efecto reipersecutorio frente a los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso. Situación que se da tanto cuando el enajenante sea el beneficiario sustituto que ha percibido los bienes, como el administrador fiduciario. Pero en este último caso, conforme el artículo 1688 CCC la buena fe diligencia requiere que el adquirente haya prestado atención a cuáles son las cláusulas del contrato de fideicomiso; haciendo nulos los actos de disposición que se hagan incumpliendo las restricciones a las facultades dispositivas contractualmente determinadas. Ello, atento a lo determinado en el 1681 y 1688 CCC.

¿Es el Beneficiario Sustituto un Legatario o Heredero Instituido?

La respuesta inmediata a la pregunta es no, en ambos casos. Porque el FAF no es un testamento. El contrato de fideicomiso no es un acto de última voluntad; el que por definición es unilateral y libremente revocable. Sino que es un contrato en el cual las partes determinan una estipulación en beneficio de una o varias personas. Pero recordemos que el patrimonio especial de afectación puede constituirse con un

²⁹ (Van Thienen, 2020, 4)

fideicomiso testamentario. Así que entendemos pertinente analizar las similitudes y diferencias entre ambas figuras.

La designación del beneficiario sustituto no implica realizar un legado. El legatario, como acreedor del acervo hereditario, tiene acción aún en contra de los herederos legitimarios para el cumplimiento de este; siempre y cuando no exceda la porción legítima. El beneficiario sustituto solamente tiene acción contra el administrador fiduciario al pago del beneficio, si lo ha aceptado. Y en el caso de que el fiduciario incumpliera su obligación, incluso transfiriendo el bien a los herederos del beneficiario, tiene la posibilidad de exigir los daños y perjuicios que su incumplimiento le ha generado (758 CCC). Pero para poder incoar la acción de fraude determinada en el artículo 1681 CCC debe haber aceptado el beneficio antes de que el fiduciario realice el pago a los sucesores universales del beneficiario. Ello, porque la aceptación posterior hace que sea una obligación de cumplimiento imposible; el fiduciario simplemente no puede entregar algo que no tiene (955 último párrafo CCC).

En segundo lugar, la designación del beneficiario sustituto no implica la institución de un heredero. Ello atento a que el beneficiario sustituto solamente tiene el derecho a aceptar el beneficio, confirmarse en el beneficiario de la estipulación, y percibir a título de pago la prestación objeto del contrato de fideicomiso. No tiene vocación hereditaria, y en consecuencia no acrece en el resto de los bienes del beneficiario que ha sustituido.

¿Es la aceptación post-mortem del beneficiario sustituto una aceptación de donación?

Ya establecimos que para el beneficiario no fiduciante la aceptación de los beneficios es un acto a título gratuito. Pero de ninguna manera podemos entender que eso implica una donación. Como dijimos, la transmisión del dominio de la cosa recibida a título gratuito, no la hace quien sería "la parte donante".

El artículo 1543 CCC reza que "*Las normas de este Capítulo se aplican subsidiariamente a los demás actos jurídicos a título gratuito.*" El resaltado me pertenece. Que la aplicación del Capítulo 22 del título IV del Libro Tercero del CCC se haga de manera subsidiaria, significa que será de aplicación en la medida que no haya otra normativa específica que determine lo contrario. Y al determinar que la figura del beneficiario sustituto está regulada como previamente se estableció, no hay ninguna contradicción entre la gratuidad del acto, y el hecho de que esta tenga efectos con posterioridad a la muerte de quien hizo la estipulación. En otras palabras, no es de aplicación lo determinado en el artículo 1545 CCC, en tanto que la aceptación del beneficio debe hacerse en vida del donante.

Interpretar ello es caer en la confusión del rol del beneficiario en el contrato. Repetimos, el beneficiario no es parte; es un tercero a cuyo beneficio se realiza la estipulación. La mejor forma de entenderlo es comparar dos situaciones:

a) En la primera se suscribe un contrato de Fideicomiso entre Franco y Nicolás. En ese contrato, Franco como parte fiduciante se designa como beneficiaria; y designa como beneficiaria sustituta para el caso de su fallecimiento, a otra persona: a Rocío.

b) En la segunda Franco suscribe una cesión de posición contractual de fideicomiso sujeta a posterior aceptación, designando como cesionaria a Rocío. Esa 'oferta' de cesión es gratuita. Y Nicolás se notifica y presta su conformidad, pero Rocío no acepta en el momento.

Salvo para algunas voces notariales, en el segundo caso, por aplicación subsidiaria de las normas del artículo 1542 y siguientes del CCC, el fallecimiento de Franco previo a la aceptación de la cesión de posición contractual por Rocío, produce la inaceptabilidad del contrato. Pero en el primer caso, el contrato de fideicomiso se perfeccionó; y la contratación consistió en el acuerdo entre fiduciante y fiduciario de designar una estipulación en beneficio de un tercero. Y ahí no aplica el 1545 CCC, sino el 1027 CCC.

Reglamentación del Negocio Fiduciario de planificación sucesoria

Hemos establecido que es posible plantear un FAF como herramienta de planificación, sin que eso sea un pacto de herencia futura. Y hemos establecido como funciona la figura del beneficiario sustituto propuesta.

¿Qué normativa es importante tener para darle efectos partitivos?

Alcances del artículo 2411 del Código Civil y Comercial de la Nación

El artículo 2411 CCC establece que la persona que tiene descendientes puede hacer la partición de su propio acervo hereditario mediante donación o testamento. ¿Son estas las únicas herramientas que se pueden utilizar para hacer la partición por los ascendientes? Al estar establecido el régimen sucesorio como de orden público, se podría interpretar que los efectos de esta figura sólo puede llevarse a cabo mediante las herramientas jurídicas permitidas. No cabe ninguna duda de que cualquier disposición de última voluntad que se realice de manera unilateral para tener vigencia a partir de la muerte, debe cumplir con las formalidades del testamento. Herramientas como la indivisión forzosa del artículo 2330 CCC deben ser planteadas en un testamento formalmente válido. Y como tal, entrarían en la segunda categoría mencionada en el 2411 CCC.

Sin embargo, la donación es un contrato típico. Al establecer el artículo 2411 CCC que la partición por los ascendientes se *hace* mediante la donación ¿Se refiere únicamente a esta figura contractual? Entendemos que no. Que los efectos de la partición por los ascendientes se pueden extender a otras figuras contractuales. Es conteste la doctrina con que la planificación sucesoria puede realizarse de diferentes maneras. Es totalmente lícito que una persona en vida planifique qué sucederá con sus bienes al momento de su muerte, aun cuando sea mediante otros instrumentos contractuales que no sean la donación.

Vale la pena aclarar, que no entendemos que pueda celebrarse un contrato de partición de herencia futura. Ello caería claramente dentro de la prohibición de los artículos 1010 y 2286 CCC. Lo que se sostiene es que otros contratos que NO configuren típicamente una donación, pueden tener los efectos del artículo 2411 CCC y concordantes. Ellos por dos motivos.

En primer lugar, la mención del 2411 CCC no puede entenderse como un listado taxativo porque el mismo CCC establece otras herramientas jurídicas que tienen efectos partitivos para después de la muerte, y que no son ni donación ni testamento. O son actos jurídicos que tienen efectos indirectos en la partición del futuro causante. Así, por ejemplo: 1) el artículo 1010 CCC incluye expresamente la posibilidad de hacer pactos sobre herencia futura cuando tengan como objeto una empresa o participación societaria. 2) El inciso “b” del artículo 380 CCC expresamente establece excepciones a la revocación por la muerte del poderdante y del apoderado en la representación voluntaria; lo que indica que es posible anticipar lícitamente la propia muerte y dejar facultades *post mortem*. 4) El artículo 421 CCC establece que pueden celebrarse matrimonios en artículo de muerte, donde los contrayentes modifican su régimen patrimonial a causa del nuevo vínculo; este acto entre vivos tiene especial incidencia en el orden sucesorio, al incluir un heredero legitimario más. 5) El contrato de locación mantiene sus efectos sobre la sucesión del locador, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1189 CCC; mientras que el artículo siguiente establece la continuación de la locación *de iure proprio* por “*quien lo habite y acredite haber recibido del locatario ostensible trato familiar durante el año previo*”, aunque no sea heredero. 6) El mandato puede ser realizado para ejecutarse con posterioridad a la muerte del mandante, si puede valer como disposición de última voluntad, según lo establecido por el 1130 CCC. 7) Según el 1391 CCC, el depósito bancario donde dos personas son cotitulares, puede disponerse aún cuando una de ellas fallezca, *salvo pacto en contrario*. 8) El contrato de comodato se extingue por la muerte del

comodatario, *salvo pacto en contrario*, establece el 1541 CCC. 9) Expresamente la figura del beneficiario y del fideicomisario en el contrato de Fideicomiso establecen diferentes pautas de planificación sucesoria que se verán en detalle posteriormente. 10) La última parte del 1972 CCC comienza diciendo “*actos por causa de muerte*” para referirse a las cláusulas de indisponibilidad del dominio; expresamente permitiendo tener en cuenta el fin de la vida como una reglamentación válida para estas. Entre otros ejemplos.

En segundo lugar, entendemos que la partición por los ascendientes puede hacerse por otras figuras contractuales gratuitas además de la donación, porque el 1543 CCC establece que las normas que regulan la donación se aplican “*a los demás actos jurídicos a título gratuito*”. En consecuencia, al hacer referencia el artículo 2411 CCC a la donación, sus normas se aplican a todos los demás negocios gratuitos.

Se podría plantear lo contrario. Porque el hecho de que la normativa de las donaciones se aplique a los contratos, no transforma a los demás actos jurídicos gratuitos en donaciones. Es caer en la falacia *non sequitur* de afirmación del consecuente: “Uno es un número. Dos es un número. En consecuencia, uno es dos.” En otras palabras, que las normas de las donaciones se apliquen a otros actos gratuitos, no significa que todos los actos a título gratuito sean una donación; ergo no todos los actos a título gratuito son un modo válido de hacer una partición por los ascendientes.

Sin embargo, los actos gratuitos realizados en vida por el causante son pasibles de la acción de colación. Por lo que entendemos consecuente que se pueda realizar particiones por ascendientes mediante otros actos a título gratuito. Caso contrario, el artículo 2413 CCC es parcialmente contradictorio con el artículo 2391 CCC. Este último establece que deben colacionarse otros beneficios recibidos por el heredero, que no sean donaciones; mientras que en la partición por los ascendientes hecha por donación sólo deberían colacionarse otras donaciones. Si se entiende que cuando el 2413 CCC habla de “donación”, en realidad se refiere a todos los actos jurídicos a título gratuito, este artículo es concordante con el 2391 del mismo cuerpo normativo. Si por el contrario, se entiende que el 2413 CCC restringe las donaciones sólo a los contratos típicos, el 2391 CCC habilita en las particiones sucesorias a colacionar, lo que el 2413 CCC restringe para la partición por los ascendientes a título de donación. Si el 2413 CCC habla genéricamente de cualquier acto a título gratuito como donación, no puede haberse referido a la acepción restrictiva del término tan solo dos artículos antes.

Mención aparte merece el 2392 CCC, que excluye de la colación a determinadas categorías de beneficios. Esto, porque se aplica tanto a las particiones por los ascendientes, como a las realizadas por los herederos. Y porque la naturaleza de dichas excepciones tiene más que ver con las cargas de familia del causante, que con una verdadera liberalidad.

La planificación sucesoria no es un sistema típico, todo puede leerse en esa clave. No existe un contrato o modo típico de hacer esa planificación. Analizar los efectos que determinado contrato tendrá en la eventualidad de la muerte de quien lo celebra, es hacer planificación sucesoria. En palabras de DAVID, "*Existen innumerables modos de articular o de operar el pacto o estipulación de herencia futura, al punto que son inagotables las opciones creativas que se pueden desplegar.*"³⁰

Reducir los efectos de la partición a los casos en que CCC habilita la partición por los ascendientes, podría llegar a extremos que pensamos ridículos. Porque la partición por los ascendientes no incluye los casos en que los futuros causantes no tengan descendientes. Y nada obsta a que esto se realice, aún cuando haya otros legitimarios. ¿No puede el descendiente sin hijos hacer partición en vida con los ascendientes? Ello, claro está, respetando el orden sucesorio, y las porciones legítimas correspondientes; so pena de que al momento de la apertura de la sucesión, los legitimarios puedan recurrir a las acciones de integración de la legítima.

Otro extremo ridículo, de interpretación imposible, es el artículo 2453 CCC. Si interpretamos que el CCC en el libro cuarto se refiere a las donaciones, y solamente a las donaciones, el 2453 CCC restringe la acción de reducción solamente a ese contrato típico. Por lo que nos encontramos con la siguiente disyuntiva: 1) O bien los efectos del 2411 CCC y concordantes se pueden impregnar a otros actos entre vivos a título gratuito que NO son donaciones. 2) O bien la acción de reducción solamente procede contra las donaciones inoficiosas, y no contra otros contratos gratuitos; como puede ser la adjudicación del beneficio por el beneficiario sustituto en el contrato de fideicomiso. Claramente la primera opción se impone sobre la segunda. Esta disyuntiva no es enervada por la mención del 1565 CCC a las donaciones inoficiosas, porque dicho artículo solamente remite a la reglamentación de la porción legítima. Reglamentación donde se ubica el artículo 2453 previamente referido.

En consecuencia, la partición por los ascendientes encausada mediante un FAF es una figura válida. Es lícita la figura del contrato únicamente con ese objeto. En

³⁰ (David, 2019, 8)

palabras de MOLINA SANDOVAL, “...si el propio ordenamiento civil permite la *“partición por donación del ascendiente”* (la que es una verdadera partición de una sucesión no abierta y en función de un derecho hereditario presunto —art. 3530, CCiv.—) porque prohibir un fideicomiso que no necesariamente se realiza en función de una sucesión futura (y en los que la muerte del fiduciante sólo es una de los elementos a tener en cuenta).”³¹

Finalmente, en un reciente fallo de la Sala Segunda de la Cámara Civil y Comercial de Paraná, se ratificó lo mencionado. Dice: *“La plataforma fáctica expuesta, incuestionablemente conduce a inferir que los ascendientes efectuaron lo que comunmente se denomina planificación sucesoria o programación hereditaria, mediante la partición anticipada de sus bienes entre sus hijos y descendientes a través de donaciones y de la constitución de un fideicomiso con finalidad testamentaria, conforme lo autorizaba expresamente el art. 3514, Código Civil, y su similar art. 2411, Código Civil y Comercial, configurándose una partición por el ascendiente a favor del descendiente a través de una donación y/o por testamento. Dicha figura, que en líneas generales, mantiene la noción del acto por el cual el ascendiente procede a dividir su herencia entre los descendientes considerados presuntos herederos, confeccionando los respectivos lotes, ha sido definida como la operación técnica, jurídica y contable que pone fin al estado de indivisión hereditaria convirtiendo a cada uno de los herederos en dueño exclusivo de los bienes que se le adjudican. Por lo demás, también se verifica la exigencia de la división entre dos o más herederos, justificando la naturaleza del acto particionario, toda vez que si se hubiere realizado alguna liberalidad con respecto a un solo legitimario o en la persona del hijo único, se hablaría de simple donación pero en modo alguno de partición por ascendiente, la que comprende los bienes del futuro causante y puede ser realizada por donación y/o por testamento, como se anticipara. A su vez, ambos regímenes -anterior y actual ordenamiento civil-, admiten la procedencia de la partición por ascendiente en forma total o parcial sobre los bienes que integran el patrimonio al momento de otorgarse el acto (art. 3518, Código Civil; art. 2412, Código Civil y Comercial), observándose en la especie, la configuración del primer supuesto.”*³²

³¹ (Molina Sandoval, 2014)

³² Londero, César Fabián vs. Londero, Sergio Rubén y otros s. Ordinario acción de colación. Cám. 2ª CC Sala 2, Paraná, Entre Ríos; 27/10/2022.

La última parte del artículo 2461 CCC establece que, la “*colación no [puede] ser [demandada] por los legitimarios que consintieron en la enajenación, sea onerosa o gratuita, con [reserva de usufructo, uso o habitación, o con la contraprestación de una renta vitalicia]*”.

Este último artículo le permite a los donatarios -futuros herederos legitimarios del donante- renunciar operativamente a la futura acción de colación. Decimos operativamente porque no pueden renunciar anticipadamente a una acción que aún no tienen. Hasta que no ocurra el fallecimiento del donante, la acción de colación no es operativa; y en consecuencia, no pueden renunciar a un derecho que no tienen. Esto es coincidente con el artículo 13 CCC, que permite renunciar a los efectos de las leyes. Sostenemos que no es necesario alegar una contraprestación previa en bienes de igual naturaleza.

¿Es esto contradictorio con el 2286 CCC? Este impide renunciar a una herencia futura. En este punto, sostenemos que la conformidad del 2461 CCC última parte, no implica una renuncia a la herencia; sino que es la renuncia anticipada a una acción en una situación determinada, en el marco de un negocio partitivo. Al ser la partición un negocio jurídico multilateral, la conformidad en la donación u acto oneroso, es un aspecto más de la negociación. No puede ser una renuncia a la herencia, porque la presume; no se puede renunciar a la acción de colación con un beneficio determinado, si no se ha aceptado previamente la herencia. Recordemos que los incisos “f” y “g” del artículo 2994 CCC establecen que la renuncia a la herencia a favor de los demás herederos, ya sea gratuita u onerosa, implica una aceptación tácita del carácter de heredero; mientras que el inciso “b” del mismo artículo la presume cuando el heredero haga disposición de los bienes en el acervo. La renuncia a pedir la colación sobre un bien donado vendría a funcionar como un acto de disposición sobre un bien determinado a favor de un heredero, que se lleva a cabo mediante la autoinhibición de ejercer una acción hereditaria; cuando por esa renuncia se ha recibido otros bienes sería onerosa, cuando no sería gratuita. Pero siempre es partitiva. Y está expresamente habilitada por la ley.

En palabras del maestro ETCHEGARAY, “*Con base en las excepciones dispuestas en los arts. 1010 y 1644 y a la afirmación del párrafo final del art. 2641 del Cód. Civ. y Com., se puede afirmar que la conformidad que brinden los herederos legitimarios del donante con la donación que este efectúe a otro u otros herederos también legitimarios, ocasiona —ante el fallecimiento del donante— la pérdida del derecho de*

aquellos a colacionar el valor del bien donado, siempre que la donación se hubiera efectuado con la modalidad de reserva de usufructo, uso o habitación.”³³

Por el artículo 2418 CCC, en esta partición por los ascendientes los bienes son valuados a los efectos de la determinación de las hijuelas, según el valor que tienen al momento de la donación. En consecuencia, si no quedan bienes en el patrimonio del donante al momento de la apertura de la sucesión, habrá operado la partición de manera total. No es necesario un nuevo acto partitivo.

Cabe aclarar que esta partición es inoponible a los herederos “preteridos” en la donación; y que puede ser conveniente iniciar el procedimiento sucesorio de todas formas, para obtener la declaratoria judicial de herederos que requiere el 2337 CCC. Sin embargo, atento a las reformas realizadas por la ley 27.587 a los artículos 2386, 2457, 2458 y 2459 CCC, el acto dispositivo realizado por el donatario a un tercer adquirente de buena fe y a título oneroso será inobservable.

Los mismos argumentos esgrimidos para la aplicación de los efectos de la partición por los ascendientes al FAF, pueden utilizarse para el artículo 2461 del CCC. De la misma manera que si se hubiera hecho la partición por los ascendientes mediante una donación de nuda propiedad. Pero además, la redacción amplia del 2461 CCC habilita a que el consentimiento de los legitimarios sea prestado para cualquier tipo de contrato, oneroso o gratuito. No lo limita a la donación.

En este sentido, la última parte del artículo hace referencia a que el acto consentido por los legitimarios debe tener “*alguna de las modalidades indicadas*”. Esto hace referencia a que el acto oneroso o gratuito debe realizarse con reserva de usufructo, uso o habitación, o con la contraprestación de una renta vitalicia. Entendemos extensible estas modalidades al FAF. A lo que cabe agregar que en la estructura propuesta para el FAF, el fiduciante es beneficiario en primer término; y en consecuencia percibe una renta producida por la administración de sus bienes hasta que opera la muerte como causal de sustitución. O sea que, aunque no sea el contrato típico de renta vitalicia, es una renta y es vitalicia. Alguna jurisprudencia bonaerense³⁴, basada en la equidad a la hora de limitar los efectos de la acción de

³³ (Etchegaray, 2018, 5)

³⁴ Ocampo, N. F. vs. Farella, E. G. y otro s. Acción de reducción, Suprema Corte de Justicia, La Plata, Provincia de Buenos Aires, 6/4/2016, con comentario de (Ferrer & Gutiérrez Dalla Fontana, n.d.)

reducción, y las modificaciones realizadas por la ley 27.587, vemos esperanza en que esta interpretación será receptada.

Alcances del artículo 2385 del Código Civil y Comercial de la Nación

Recibimos con mucha alegría la redacción del artículo 2385 CCC, que establece que *“Los descendientes del causante y el cónyuge supérstite que concurren a la sucesión intestada deben colacionar a la masa hereditaria el valor de los bienes que les fueron donados por el causante, excepto dispensa o cláusula de mejora expresa en el acto de la donación o en el testamento.”* El CCC permite ahora que la cláusula de dispensa de colación y mejora sean establecidas en la donación; sin que el donante tenga que hacer un testamento posterior, como lo disponía Velez.

Entendemos que los motivos previamente establecidos para la aplicación de efectos partitivos al FAF, son válidos para hacer extensivas estas cláusulas en estos contratos. En otras palabras, el contrato de fideicomiso puede establecer que las instrucciones dadas para hacer la adjudicación en diferentes hijuelas al finalizar el contrato, pueda ser realizada con dispensa de colación en alguno de los casos. Ello no es más que una consecuencia de aplicar el artículo 2414 CCC.

Pero en este caso, existe un motivo adicional. Y es que el mismo CCC habilita la posibilidad de hacer una mejora a través de un contrato de fideicomiso. El artículo 2448 reza: *“El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad...”*. Entendemos que no es requisito que el beneficiario de la mejora sea una persona con discapacidad para poder realizar una mejora mediante un contrato de fideicomiso; sino que lo que es necesario es que sea una persona con discapacidad para poder destinar un tercio de la porción legítima como mejora estricta.

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, nuestra recomendación es invitar al requirente 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 requirente.

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.

Como ya vimos previamente, en este caso es de aplicación lo determinado en el artículo 2461 CCC. Y en consecuencia, es 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. Supongamos el siguiente ejemplo: Un donante viudo que quiere donar a sus dos hijos un inmueble a cada uno. Uno de los inmuebles está en una localidad balnearia, el otro es su domicilio particular de toda la vida. Al momento de hacer la donación, uno de sus hijos tiene su propia vivienda, mientras que el otro no. Todos están de acuerdo que el hijo que no tiene vivienda sea donatario de la nuda propiedad del inmueble domicilio del donante; mientras que el hijo restante sea donatario del inmueble en la localidad balnearia. Pasa el tiempo, y antes del fallecimiento, el donatario de la vivienda del donante se muda a la misma localidad balnearia; mientras que el otro hijo emigra del país. Claramente es en interés de todos reasignar los bienes. Pues bien, ello requiere de una nueva transmisión de dominio, la que además deja de ser gratuita: es una permuta entre ambos donatarios.

Otro ejemplo, pero 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”*³⁵

Esta permuta entre donatarios tiene 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 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

³⁵ (Carregal, 2019).

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 y la planificación sucesoria 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, como establecimos previamente, que los herederos consientan en el contrato los actos de partición predeterminados de acuerdo al artículo 2461 CCC.

Finalmente, el único punto que nos ha quedado sin tratar, es el de la eficiencia de la figura. En otras palabras, ¿es más conveniente para los requirentes esta figura que la de la donación, el testamento, o la partición judicial intestada? Entendemos que no puede plantearse una respuesta unívoca ya que depende en gran medida de la cuantía del patrimonio.

En primer lugar, los costos de la partición judicial, testada o intestada, pueden ser mayores que cualquiera de las figuras. Ese es el disparador del análisis. Ello dependerá de cada jurisdicción; pero en la mayoría de estas, los costos de la partición judicial superan con creces los de las donaciones. El procedimiento judicial de la sucesión mortis causa lleva tiempo y dinero. Por lo que entendemos que si la partición judicial es más costosa que la donación, probablemente sea más onerosa que la constitución de un FAF.

Pero el FAF es más costoso para los requirentes que la donación, por dos motivos. En primer lugar, por el costo instrumental del contrato de fideicomiso, el que se agrega a las escrituras traslativas de dominio. Y en segundo lugar, porque la administración de los bienes implica impositivamente la presentación de declaraciones juradas específicas para la figura fiduciaria; lo que plantea un costo administrativo adicional anual. En ambos supuestos, entendemos que en la gran mayoría de los casos este costo es aceptable; no es un costo que transforme en irrealizable la figura. Pero la respuesta definitiva dependerá de la cuantía del acervo. Mientras más bienes haya en el FAF, más amortizado los costos administrativos y de conformación de la figura. De todas maneras, nos parecen adecuados para las garantías que la figura trae en términos de seguridad jurídica para el fiduciante-beneficiario futuro causante.

A este punto es necesario mencionar un análisis adicional. En la jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires existe el Impuesto a la transmisión gratuita de bienes (ITGB). Esta figura, antes conocida como el impuesto a la herencia, determina como hecho imponible *“Todo aumento de riqueza obtenido a título gratuito como consecuencia de una transmisión o acto de esa naturaleza, que comprenda o afecte uno o más bienes situados en la Provincia y/o beneficie a personas humanas o jurídicas con domicilio en la misma...”*. Entendemos que, a pesar de existir alguna opinión en contrario*, la transmisión de dominio fiduciario al FAF es un acto neutro; no es oneroso ni es gratuito, es fiduciario. En consecuencia, no estará alcanzada por el impuesto; como sí lo estará la donación de nuda propiedad. La cuestión se suscita al momento del fallecimiento del causante: ¿Debería declararse y abonarse el ITGB en

ese momento, o al momento de la adjudicación de los bienes por liquidación del FAF? Si bien sostenemos que debería ser al momento de liquidar el FAF, el análisis de esa cuestión excede el marco de este ensayo. Sea como fuere, o se declara y abona en un momento o en el otro; no en los dos. Y este impuesto alcanza a la planificación por partición judicial, testada o intestada, a la donación y al FAF por igual. Por lo que no debe ser tenido en cuenta como una variable para determinar cuál es más eficiente. Pero en el FAF, la figura permitiría diferir el pago del tributo hasta la liquidación de este. Lo que podría ser hasta más de treinta años después de su constitución.

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. Es necesario para ello entenderlo como una manera extrajudicial de poder resolver la partición sucesoria; no como un instrumento para eludir el sistema sucesorio actual.

Sin perjuicio de ello, es necesario replantear todo el sistema sucesorio. La influencia de la contractualización del derecho civil, gracias a los convenios internacionales de derechos humanos, no puede limitarse solamente al derecho de familia. Mientras la doctrina de derecho de familia propugna la triple filiación, la doctrina y jurisprudencia sucesoria mantiene instituciones arcaicas, como la exclusión de la vocación hereditaria del conviviente o la legítima hereditaria. Pensar el derecho sucesorio desde la libertad de testar en lugar de desde la legítima hereditaria sería un campo fértil para soluciones más eficientes, más ágiles y más acordes a la voluntad del propietario de lo que va a ser el acervo hereditario.

A casi 30 años de la tipificación del contrato de Fideicomiso, aún existen fallos³⁶ que ponen en jaque esta figura para destinos completamente lícitos. Entendemos que ello ocurre atento a que siguen presente en el análisis sucesorio estos dogmas de orden público. En esos casi treinta años, también se ha dado el fenómeno de la contractualización del derecho civil. Donde los principios constitucionales y convencionales han hecho mella en estas instituciones arcaicas. Esta evolución del derecho nos deja con alguna esperanza para futuros fallos que ratifiquen la figura; y futuros legisladores que se hagan cargo de modernizar el derecho sucesorio. De quitar la legítima, este hediondo elefante en el medio de la habitación.

³⁶ "Cardenau, Rubén O. c. Cardenau, Omar N. y ot. s/ nulidad de acto jurídico" (22/10/2019, 1/37, Expediente 9238,cCita online: AR/JUR/34147/2019).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- 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.

Ríes Centeno, F. (2020, 09 24). Aspectos prácticos del fideicomiso testamentario.
eDial.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-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>