

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA

Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas

Seminario Sobre Aportaciones Teóricas y Técnicas Recientes

TITULO: "Fideicomiso testamentario"

Alumno: BOCZAR, Fernanda
LOBOS, Sheila M.
LOINAZ, María José

Asignatura sobre la que se realiza el trabajo: Derecho Civil III.

Encargado de curso Prof.: ALMIRALL, Héctor Raúl

Año que se realiza el trabajo: 2008.

I N D I C E

Tema:

“EL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO”

A).- ANTECEDENTES HISTORICOS (pág. 1)

<u>I).- Derecho Romano</u>	pág. 1
1).- <i>Fideicomiso</i>	pág. 1
2).- <i>Fiducia</i>	pág. 2
<u>II).- El "trust" anglosajón</u>	pág. 4
a).- La doble jurisdicción en el derecho inglés.	pág. 5
b).- Aparición del "trust".	pág. 5
c).- Naturaleza jurídica del "trust".	pág. 6
d).- Elementos que intervienen en el "trust".	pág. 6
e).- Distintas clases de "trust".	pág. 7
<u>III).- Diferencias entre el negocio fiduciario de origen romano y el "trust" anglosajón.</u>	pág. 8
<u>IV).- Evolución del fideicomiso de origen romano.</u>	pág. 8

B).- FIDEICOMISO EN EL DERECHO ARGENTINO (pág. 9)

<u>I.- DOMINIO FIDUCIARIO</u>	pág. 9
<u>II.- EL DOMINIO FIDUCIARIO EN LA LEY 24.441</u>	pág. 11
<u>III.- CONTRATO DE FIDEICOMISO</u>	pág. 15
a).- Caracteres	pág. 16
b).- Sujetos	pág. 16
c).- Capacidad	pág. 18
d).- Objeto	pág. 18
e).- Forma	pág. 19
f).- Contenido	pág. 19
g).- Plazo	pág. 21
h).- Extinción	pág. 22

C).- EL FIDEICOMISO CONSTITUIDO

POR TESTAMENTO (pág. 24)

<u>Introducción</u>	pág. 24
---------------------------	---------

Discusión previa a la sanción de la ley 24.441 pág. 24

EL FIDEICOMISO CONSTITUIDO POR TESTAMENTO

(ARTICULO 3 DE LA LEY 24.441) (pág. 25)

I.- <u>Análisis preliminar:</u>	pág. 25
II.- <u>El contrato y sus requisitos:</u>	pág. 28
A).- <u>Forma:</u>	pág. 28
B).- <u>Contenido:</u>	pág. 29
1) <i>La individualización de los bienes objeto del fideicomiso (art. 4, a)</i> ..	pág. 30
2) <i>La determinación del modo en que otros bienes podrán ser incor-</i> <i>porados al fideicomiso</i>	pág. 31
3) <i>El plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario.</i>	pág. 31
4) <i>El destino de los bienes a la finalización del fideicomiso</i>	pág. 35
5) Los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituir si cesare	pág. 37
C).- <u>Sujetos:</u>	pág. 38
a).- Sustitución del Fiduciario ..	pág. 38
b).- La designación del beneficiario	pág. 43
III.- <u>Finalidad del Fideicomiso Testamentario:</u>	pág. 45
IV.- <u>El fideicomiso testamentario y la legítima de los herederos forzosos:</u>	pág. 46
V.- <u>Diferencias del fideicomiso testamentario con la institución fideicomisa-</u> <u>ria prohibida por la Ley</u>	pág. 50
VI.- <u>La Revocación</u>	pág. 55

D).- EL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO EN EL **PROYECTO DEL CODIGO CIVIL DE 1998** (pág. 56)

E).- CONCLUSIÓN (pág. 59)

F).- MODELOS (pág. 60)

BIBLIOGRAFIA (pág. 65)

Tema:

“EL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO”

A).- ANTECEDENTES HISTORICOS

Previo a entrar al desarrollo particular del instituto que nos ocupa parece ser necesario, para una mejor comprensión de lo que se conoce por Fideicomiso, analizar esta figura jurídica desde sus antecedentes históricos.-

I).- Derecho Romano

En el derecho romano, las dos formas fundamentales que los negocios de confianza tenían eran el *fideicomissum* y el *pactum fiduciae*.

1).- *Fideicomiso*.

Esta institución correspondía al derecho sucesorio. Se trataba del acto “por el cual una persona (disponente) encarga a otra (fiduciario) la transmisión de toda su herencia, de una cuota parte de ella o de un bien determinado de la misma a una tercera persona (fideicomisario)”. El encargo se basaba en un principio exclusivamente, en la buena fe del fiduciario, sin que existiera acción que permitiera reclamar su ejecución. Pero esto dio origen a abusos y la situación desencadenada alarmó la opinión pública. Ello así es que, con Augusto los cónsules recibieron instrucciones de controlar su cumplimiento, para luego dar con la creación de la figura del *praetor fideicomissarius*, con lo cual la ejecución de los encargos se tornó legalmente exigible. Posteriormente

y debido a reformas, se dispuso que el fiduciario (heredero aparente) debía ser necesariamente beneficiario directo de la cuarta parte de la herencia, con lo cual la capacidad del testador para disponer en fideicomiso se limitaba a las tres cuartas partes del acervo.

Es posible que una de las causas por las que se difundió el fideicomiso testamentario, era la diversidad de incapacidades que consagraba el derecho romano para heredar. Es que, cuando el testador deseaba beneficiar mortis causa a quien carecía de capacidad hereditaria, acudía a este arbitrio para imponer su voluntad.

2).- *Fiducia.*

Aquí debemos comenzar por tener presente que estamos frente a un acto entre vivos, por el cual “la persona que transmitía a otra por *mancipatio* la propiedad de una cosa, agregaba al acto un convenio por el cual el *mancipio accipiens* se comprometía a volverla a transmitir al *mancipio dans* o a emplearla en cierto destino cuando se produjera determinada circunstancia prevista por las partes”. De acuerdo a esta definición se puede observar que la misma podría adaptarse al mecanismo del art. 2662 del Cód. Civil, además de ver cómo se configura la presencia de tres sujetos en la relación fiduciaria en el derecho romano (más allá que en determinadas ocasiones uno de ellos podía desempeñar un doble papel). La trilogía era más patente en el fideicomiso testamentario, en donde el otorgante o fiduciante encargaba al heredero aparente (fiduciario) transferir la herencia a un beneficiario (fideicomisario).

Las formas características que revestía el pacto de fiducia eran las siguientes:

a).- *Fiducia de garantía (fiducia cum creditore contracta)*: el deudor entregaba al acreedor la propiedad de una cosa en garantía de la obligación que los vinculaba, con cargo de devolvérsela cuando se produjera el pago. Hasta que no apareció acción para el reclamo de la restitución de la cosa, el deudor tenía que confiar exclusivamente en la buena fe de su acreedor, de quien dependía el cumplimiento de la pactado. Podemos observar que todos los riesgos eran asumidos por el deudor, y ello por la confianza que le inspiraba éste. Ello fue hasta que se consagró la *actio fiduciae* emergente del pacto de fiducia y el así, el deudor pudo obligar al acreedor a restituir la cosa o bien a indemnizar los daños y perjuicios originados, cuando la restitución se hacía imposible por culpa de éste. Esta figura otorgaba al acreedor amplias facultades pues podía disponer de la cosa como dueño y, en general, ejercer todas las facultades inherentes al dominio. En el caso de que éste las enajenara, parece ser que el deudor fiduciante carecía de acción contra el tercero adquirente. Pero si el deudor no pagaba en término se consolidaba el dominio para el acreedor y, de esta manera, no quedaba obligado a restituir suma alguna al deudor, más allá de que el valor excediera el crédito que garantizaba.

La *actio fiduciae*, que en principio fue establecida para obtener la restitución del objeto, luego fue extendida para garantizar toda violación de lo pactado y todo uso ilícito de la cosa.

Señala Bonfante que la fiducia desapareció en la época romano-helénica, en el momento en que cesó la *mancipatio* y la *in iure cessio*, aunque

coexistió con la prenda. Es que, los sistemas de *garantía* reales estructurados con la prenda y con la hipoteca (más favorables al deudor), fueron desplazando a la *fiducia cum creditore*.

b).- *Encargo en confianza (fiducia cum amico contracta)*: Messineo califica la *fiducia cum amico* como negocio fiduciario de custodia o de administración, para poner a seguro determinados bienes. La diferencia fundamental del *pactum fiduciae cum creditore*, es porque se constituía en interés del fiduciante y no del fiduciario. La persona que necesitara confiar a otra la administración de un bien propio, prefería transferirle el dominio para permitir que sus facultades, con relación al bien, fueran lo más amplias posibles y ello, permitía una mejor defensa de los intereses en juego. Frente a terceros, el fiduciario era el propietario de la cosa y actuaba como tal. De esta manera, el elemento de confianza que caracteriza este pacto era muy sólido, ya que al permanecer oculta la convención que limitaba las atribuciones del fiduciario permitía la comisión de abusos que los contratantes de buena fe no estaban en condiciones de advertir.

II.- El "trust" anglosajón.

Atendiendo las características del derecho inglés y la evolución del "*trust*" en lo histórico y en lo económico, debemos diferenciarlo del objeto de nuestro estudio como forma de concentración económica que cobra importancia en la segunda mitad del siglo XIX en los Estados Unidos de América y con gran desarrollo desde entonces; elaborándose también teorías políticas en base a la confianza que caracteriza al instituto.-

a).- La doble jurisdicción en el derecho inglés.

La dualidad del derecho inglés aparece para atenuar el rigorismo del *Common law*, y se mantuvo hasta 1873, sistema que nació como medio para unificar las costumbres locales. Apareció así el *equity law* como contraposición al derecho común. En el siglo XV se reconoce al Tribunal de la Cancillería o *Equity Jurisdiction*, que surgió como emanación de la reserva de jurisdicción que competía al soberano a fin de evitar situaciones carentes de equidad que se dieran por aplicación del derecho común, así se diferenciaban según el fundamento de la petición las acciones legales (*common law*), de las de equidad (*equity law*).

b).- Aparición del “trust”.

El antecedente remoto del “*trust*”, es el *use* que consistía en la transmisión, por acto de última voluntad o acto entre vivos, de inmuebles a un tercero para que los destinara a beneficio del propio transmisor o de otra persona; teniendo algunas veces fines lícitos y en otras fraudulentos (eludir la acción de los acreedores o frustrar reclamos reivindicatorios).

Desde el surgimiento del *use* a la vigencia del *trust*, suele distinguir la doctrina cuatro períodos; el primero con la adopción de los primeros usos (cuyo cumplimiento quedaba supeditado a un deber de conciencia), el siguiente desde el siglo XV hasta la promulgación de la ley de usos en el siglo XVI, el tercero se da con la aparición del *trust* siendo el cuarto el del pleno auge del instituto.

c).- Naturaleza jurídica del “trust”.

El *trust* se caracteriza por el reconocimiento de la existencia de dos categorías distintas del derecho de propiedad, que recaen simultáneamente sobre la misma cosa, es por eso que el *trustee* es considerado el propietario legal mientras que el beneficiario es el propietario en equidad.

Así, el *trust* es una relación de naturaleza fiduciaria que alude a ciertos bienes, generando obligaciones personales y de equidad en el fiduciario (*trustee*) resultantes del encargo de manejar dichos bienes en beneficio de otro; distinguiéndose, por ejemplo, del depósito y del mandato, por la existencia de un derecho de propiedad del *trustee*.

d).- Elementos que intervienen en el “trust”.

1.- Sujetos

- ✓ *Settlor*: es el constituyente, aquel que pone en marcha el *trust*, es quién transmite la propiedad de un bien a un tercero a fin de lograr determinado fin o destino en beneficio de alguien. Sólo requiere capacidad para enajenar sus bienes ya que su función termina con la transmisión.
- ✓ *Trustte*: es el destinatario de la propiedad del bien que se transfiere. En principio se admitía que sólo las personas físicas podían actuar como tales, pero posteriormente se les permitió a las personas jurídicas. Se necesita tener capacidad para recibir y mantener la propiedad de los bienes de que se trate como así también aptitud para cumplir el encargo conferido. Este sujeto puede ser removido por incumplimiento de sus obligaciones

(descriptas claramente en la ley lo que evita abusos) y no puede alegar la nulidad del *trust* para eludir su cumplimiento.

El *settlor* puede convertirse en *trustee*, al desempeñar esa función respecto de ciertos bienes que integran su patrimonio, dándose una separación de patrimonial, en donde respecto de los bienes afectados a un *trust* nace un derecho de propiedad paralelo a favor del beneficiario (propietario en equidad).

- ✓ *Cestui qui trust*: es el beneficiario, es decir el destinatario final de los bienes o de los frutos que se obtengan, pudiendo ser tales aún los incapaces ya que en muchos casos se celebra en resguardo de estos.

2.- Objeto

El elemento patrimonial es el conjunto de bienes (específicos, ya sea muebles, inmuebles, corporales o inmateriales que estén en el comercio) afectados a un fin determinado por el *settlor* y transmitidos al *trustee*.

e).- Distintas clases de “trust”.

Los *trust* atendiendo a su origen pueden ser **voluntarios** (por resultar de la voluntad del constituyente), o los que se crean **ministerio legis (impuestos por la equidad)**. Los primeros a su vez, se califican en **expresos** (ya sea **ejecutados** o **por ejecutarse**), o **implícitos** (resultantes de la interpretación judicial de la intención de las partes). Los creados ministerio legis se subdividen interpretativos o resultantes.

III).- Diferencias entre el negocio fiduciario de origen romano y el “trust” anglosajón.

Partimos de la inconveniencia de combinar las soluciones dadas por estos sistemas jurídicos, de difícil compatibilización, sin afectar la seguridad jurídica.

La fiducia *cum amico* no podría haber sido un tipo de *trust* ya que este se constituía unilateralmente, en la mayoría de los casos, mientras aquella requería de un pacto bilateral.

A su vez, no resulta viable con los principios romanos la doble jurisdicción ni que hubiera dos propietarios sobre la misma cosa.

Siendo éstas sólo algunas de las diferencias dadas entre los sistemas, ya que no hay que olvidar la diversa idiosincrasia de los pueblos que usaron de estas figuras aún en situaciones también dispares.

IV).- Evolución del fideicomiso de origen romano.

La sustitución fideicomisaria en el derecho romano fue utilizada como un modo de suplir incapacidades hereditarias.

Con la abolición del sistema feudal que conllevó la crisis del mayorazgo (institución por la que se perpetuaba en la familia la propiedad de ciertos bienes a través de la línea sucesoria del hijo mayor), se hizo uso de la sustitución fideicomisaria en materia sucesoria a fin de darle a los bienes relictos el destino querido por el causante eludiendo la partición hereditaria, o sea, “se daba un heredero al heredero”, de aquí su “desprestigio” por crear un régimen sucesorio paralelo y distinto al previsto por las leyes.

En España y la Revolución Francesa prohibieron dicha figura, hecho que no se dio en el derecho anglosajón lo que justifica su influencia en la regulación del fideicomiso.

B).- FIDEICOMISO EN EL DERECHO ARGENTINO

I.- DOMINIO FIDUCIARIO

Se incluye al fideicomiso dentro de los negocios fiduciarios que se caracterizan por el factor confianza que genera uno de los contratantes, siendo este elemento personal decisivo al momento de concertar el acuerdo.

En un principio, el contrato de fideicomiso no se encontraba legislado en nuestro derecho por lo cual formaba parte de los llamados “contratos innominados” que se regian por el principio de la autonomía de la voluntad.

Sin embargo, se descubrió en la redacción del art. 2662 del Código Civil una tipicidad incipiente de este contrato. Dicha norma definía al dominio fiduciario como una clase de dominio imperfecto, razón por la cual se ubicaba en los derechos reales pero conteniendo elementos propios de los derechos personales, como la comisión, el plazo y la entrega de la cosa a un tercero.

Velez Sarfield, siguiendo la doctrina de Freitas plasmada en el Esboço, define en el art. 2661 al dominio imperfecto como “*el derecho real revocable o fiduciario de una sola persona sobre una cosa propia, mueble o inmueble, o el reservado por el dueño perfecto de una cosa que enajena solamente su dominio útil.*”. De este artículo se desprende que el dominio imperfecto se

divide en dos clases: el dominio imperfecto que es o *revocable* o **fiduciario** y la que comprende al **dominio reservado**.

En texto originario del artículo 2662 del C.C., (posteriormente modificado por ley 24.441), encontrábamos una definición completa del dominio fiduciario, al expresar: “*Dominio fiduciario es el que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutive o hasta el vencimiento de un plazo resolutive, para el efecto de restituir la cosa a un tercero.*” De la que surge que caracteriza al instituto en base a dos notas:

1) está subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutive o hasta el vencimiento de un plazo resolutive (palabras textuales tomadas del art. 4314 del Esboço).

2) es para restituir la cosa a un tercero.

La regulación del tema en cuestión por el Código Civil, en su redacción originaria, ha sido escasa, además de los artículos u supra mencionados (arts. 2661 y 2662) hay que sumar el texto del artículo 2841, según el cual el dueño fiduciario no puede constituir usufructo sobre los bienes recibidos en fideicomiso, siendo todo lo demás objeto de construcción jurídica. En virtud de tan pobre regulación, un sector minoritario de la doctrina sostenía que no existía el dominio fiduciario en nuestro sistema, argumentando que dicho instituto encubría supuestos de mandato, de simulación y hasta por falta de tipicidad. Pero, la mayoría consideraba que el dominio fiduciario existía y que contaba con un régimen que surgía de la norma que lo definía y de otras compatibles como aquellas que regulaban el dominio revocable (arts.2661 a 2672 del C.C.); se enrojan en esta opinión las IX Jornadas Nacionales de

Derecho Civil de 1983 celebradas en Mar del Plata, como las de Derecho Privado de 1993, recomendando una reforma legislativa que contemple en forma amplia un régimen para el instituto.

Se dieron distintos proyectos de reforma al código civil que establecían una nueva regulación pero fueron meros intentos hasta el dictado de la ley 24.441 de “Financiamiento de la Vivienda y la Construcción”, que sustituyó el texto del artículo 2662 e introdujo novedades sobre el tema.

II.- EL DOMINIO FIDUCIARIO EN LA LEY 24.441

La ley 24.441 modifica al código civil, así su artículo 73 sustituye el art. 2662 del código de fondo por el siguiente: *“Dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quién corresponda según el contrato, el testamento o la ley”*.

El artículo 74 dispone agregar al art. 2670 en su segundo párrafo *“...Quedan a salvo los actos de disposición realizados por el fiduciario, de conformidad con lo previsto en la legislación especial.”*

Al darse la nueva regulación surgen dos posturas: la primera sostiene que hay un único régimen legal que es el que surge de la ley 24.441 y la otra alega la existencia de dos regulaciones del dominio fiduciario que surgen del código civil y de la legislación especial. Dentro de esta última encontramos al gran autor Lopez de Zavalía, quién parte de establecer las diferencias entre el nuevo y el anterior sistema para justificar su postura. Parte de la existencia en ambos sistemas de deber final del fiduciario de **“restituir a alguien.”**(el art.

2662 actual usa la palabra “entregar”); pero en el dominio fiduciario de Velez la restitución es a un tercero mientras que en la ley puede ser tanto a un tercero como al propio fiduciante (art. 1, art. 2662 C.C. “...a quién corresponda”). Alude como otra diferencia a que en su redacción originaria el artículo 2662 del C.C. sólo consideraba al dominio fiduciario en un fideicomiso “singular”; pero la ley 24.441 suprime tal calificativo dando lugar a los “fideicomisos universales”. También menciona que el dueño fiduciario “de Veléz” hace suyos los frutos y que en ley, el fiduciario es dueño de la cosa fideicomitida, hace suyos los frutos dentro del patrimonio separado pero con dos salvedades:

- *Una derivada del carácter en que es dueño de la cosa: los frutos entran al patrimonio fiduciario y la titularidad sobre ellos será la que resulte de la titularidad de ese patrimonio.
- * La otra deriva de las relaciones obligatorias que se anexan a la transmisión de la cosa, por las cuales los frutos (deducidos los gastos y la retribución debida) son para el beneficiario (art.1) a quién deberá rendir cuentas (art. 7).

Tanto en uno como en otro sistema, el dueño fiduciario puede enajenar, constituir derechos reales pero mientras en el régimen originario del código, puede realizar estos actos a título oneroso o gratuito haciendo suyo el precio obtenido en el primer caso; de la ley resulta que sólo podrá disponer a título oneroso de los bienes fideicomitidos y el precio obtenido entrará al patrimonio separado. Por ello se dice que el dominio fiduciario contemplado por Velez Sarfield, integra el patrimonio del fiduciario cuyos acreedores podrán ejecutar pero para la ley pasa a formar parte de un patrimonio separado (prenda común de los acreedores del fideicomiso).

Respecto al tema, sostiene Claudio Kiper, que más allá de las diferencias, estas no llevan a interpretar que el régimen anterior subsiste, sobre todo en derechos reales donde impera el orden público. Antes de la ley 24.441 el contrato de fideicomiso era atípico o innominado, pero con ella pasó a ser típico pudiendo las partes regular sus derechos y obligaciones ajustándose obviamente a las disposiciones de la ley, en cuanto en lo contractual rige el principio de libertad de formas. De lo expuesto resulta que la verdadera diferencia es que se ha restringido el ámbito de la autonomía de la voluntad. En su obra “Teoría y práctica del Fideicomiso” expone una serie de razones, para considerar la existencia de un solo régimen, a saber:

*Sustitución del artículo 2662 del C.C.: en su redacción original sólo este artículo definía al dominio fiduciario; el que fue reemplazado por la ley 24.441 en virtud de la cual habrá dominio fiduciario cuando se transmita el dominio de una cosa “*en razón de un fideicomiso*”. Así no es posible independizar el dominio fiduciario de su causa fuente, el fideicomiso.

El artículo 73 de la ley, sustituye el artículo 2662, o sea no lo completa ni lo interpreta si no que reemplaza un texto por otro, resultando de la mencionada ley el concepto de dominio fiduciario.

* Orden Público: las normas relativas a los derechos reales son de tal carácter por lo que sólo pueden constituirse aquellos previstos por la ley, no pudiendo modificarse la regulación ya sea del código civil o leyes especiales.

En lo que hace al fideicomiso hay normas imperativas no disponibles por las partes, por lo que también las hay respecto del dominio fiduciario, que es el derecho real resultante de tales actos.

* El artículo 2841 del código civil: dicho artículo prohíbe al dueño fiduciario constituir usufructo; por ello algunos dicen que quedaría sin contenido si no fuera por la subsistencia de ambos sistemas. Tal norma no ha quedado sin aplicación ya que antes o después de la ley 24.441, el dueño fiduciario no podía ni puede constituir usufructo sobre la cosa dada en fideicomiso; más allá de que no se justifique su existencia en cuanto por ley, el fiduciario puede enajenar la cosa por actos entre vivos o grabarla con derechos reales con un límite; siempre que lo requieran los fines del fideicomiso (art. 17 ley 24.441). Lo que Velez no quería era que se prolongue indefinidamente la separación de la propiedad de la del usufructo, pero de ningún modo se desmembraría el dominio porque tal derecho de disfrute en algún momento se extingue.

* La seguridad para terceros: actualmente los actos de disposición que realice el fiduciario a terceros no estarán sujetos a ser resueltos en forma retroactiva al darse el hecho resolutorio, en virtud del agregado al art. 2270 del C.C. por el art. 74 de la ley 24.441 que establece “...*quedan a salvo los actos de disposición realizados por el fiduciario de conformidad con lo previsto en la legislación especial*”. Se crea así una excepción a lo previsto en el art. 3270 del C.C.; ya que el fiduciario puede transmitir a terceros un derecho mejor y más extenso que el que tenía. La tesis de la existencia de los dos regímenes generaría mayor inseguridad al tráfico jurídico, por lo que debe descartarse.

* El origen anglosajón: el razonamiento de que la ley 24.441 se ha inspirado en las reglas del common law, no es convincente; no se puede sostener que cuando una reforma legislativa se inspire en un ordenamiento

extraño a nuestros orígenes, se le deba atribuir el efecto de no derogar lo reformado, cuando ello no surja de sus preceptos. La intención del legislador fue suprimir el viejo texto del art. 2662 del C.C. por otro que armonizara con las nuevas normas buscando una aproximación de los diversos sistemas de derecho.

III.- CONTRATO DE FIDEICOMISO

Algunos autores definen al fideicomiso como aquél contrato por el cual una persona recibe de otra un encargo respecto de un bien determinado cuya propiedad se le transfiere a título de confianza, para que al cumplimiento de un plazo o condición le dé el destino convenido.

El artículo 1 de la ley N° 24.441 de “Financiamiento de la vivienda y la construcción” establece que: *“Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quién se obliga a ejercerla en beneficio de quién se designe en el contrato (beneficiario), y o transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario al fideicomisario.”*. Dicha norma alude al fideicomiso ex contractu, pero esta no es la única causa-fuente admitida por la ley para la constitución de la figura ya que su artículo 3 prevee el fideicomiso testamentario: *“El fideicomiso también podrá constituirse por testamento...”*.

a).- Caracteres

Antes del desarrollo de este tema cabe aclarar que la caracterización del contrato presenta algunas dificultades dada la multiplicidad de variantes que puede ofrecer la operación fideicomisaria.

- Consensual: por cuanto el contrato se perfecciona por el simple acuerdo de voluntades que cumpla con las formas previstas.

Cabe en este punto aclarar que la ley 24.441 en su art.4 inc. a), no exige la individualización de los bienes, requisito necesario respecto de los contratos reales que se perfeccionan con la entrega de la cosa.

- Bilateral: más allá de las distintas posturas asumidas, la doctrina comparada sostiene que es un contrato bilateral, sinalagmático perfecto.
- Oneroso: tal carácter resulta de la bilateralidad del contrato
- A favor de terceros: cuando en el contrato intervienen cuatro sujetos (a saber: fiduciante, fiduciario, beneficiario y fideicomisario o destinatario final de los bienes) estos terceros pueden ser dos: beneficiario y fideicomisario, mientras que en el supuesto de que intervengan tres sujetos el fideicomisario puede ser el propio fiduciante (caso de un solo tercero).

b).- Sujetos

Es opinión generalizada en la doctrina la presencia de tres sujetos en el contrato de fideicomiso, aún cuando pueden actuar solamente dos.

- Fiduciante, fideicomitente o constituyente: es el propietario del bien que se transmite en fideicomiso y quién realiza el encargo.

- Fiduciario o fideicomitido: es quién recibe el bien en fideicomiso comprometiéndose a darle el destino estipulado en el contrato. No se requiere una capacidad específica para actuar como tal por lo que cualquier persona, física o jurídica, con capacidad suficiente podrá serlo
- Fideicomisario o beneficiario: aquél a favor de quién se constituye el fideicomiso, pudiendo ser tal aún el propio constituyente ya que en nuestra legislación no hay una norma expresa que lo prohíba como si lo preveen otras (México, Venezuela, etc.). No se requiere que la designación del mismo opere al momento de constitución del fideicomiso, siempre que pueda hacerse en el momento oportuno. Asimismo puede establecerse un beneficiario o varios, como también alternativos para el caso de no aceptación o por causas impeditivas.

Lopez de Zavalía al referirse a los sujetos diferencia “los protagonistas” de “las partes” del contrato. Entiende que los primeros son las personas concretas que asumen las posiciones de fiduciante, fiduciario, beneficiario y fideicomisario siendo posible que un mismo “protagonista” asuma dos posiciones; mientras que “las partes” son siempre dos: fiduciante y fiduciario que surgen del art. 1 de la ley cuando establece que “Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario)...”. Para este autor las posiciones jurídicas de los demás sujetos contemplados, se explican por la doctrina de las estipulaciones a favor de terceros: art. 504 Código Civil.

c).- Capacidad

Respecto de la capacidad para celebrar contrato de fideicomiso, éste se rige por el derecho común en lo relativo a la capacidad de las personas para celebrar contratos de fideicomiso. Es decir, que se consideran capaces para adquirir bienes en fideicomiso quienes lo estén para obligarse, pudiendo transferir bienes por este medio quienes puedan disponer de ellos. Así es que, resultan aplicables los arts. 35, 52 y concordantes del Código Civil y, por analogía, el art. 1357. Puede decirse que las incapacidades de derecho que preveen los arts. 1358 y ss para el contrato de compraventa y los arts. 1807 y ss para las donaciones, también son aplicables a este contrato, en cuanto éste sea el paso previo a una enajenación a título oneroso o a título gratuito.

d).- Objeto

Se parte de que objeto del fideicomiso pueden ser los bienes en general, que conforme al artículo 2312 del Código Civil son los objetos inmateriales susceptibles de valor y las cosas. Al ser la herencia un bien también puede ser objeto de contrato de fideicomiso.

Resultan aplicables a este, los controles de moralidad y legalidad que rigen a los contratos en general, como así también las disposiciones referidas a las cosas sobre las que pueden versar las prestaciones contractuales (arts. 1170 a 1179 del Cód. Civil).

Se sostiene que el objeto del contrato de fideicomiso es la actuación del fiduciario respecto de un bien que se le transmite a fin de darle el destino previsto. La celebración del mismo genera obligaciones y prestaciones recíprocas a las partes intervinientes.

e).- Forma

La ley no establece una forma especial, por lo que rigen también aquí los principios aplicables: cuando entre los bienes fideicomitidos haya inmuebles habrá que cumplir con lo normado por el art. 1184 inc. 1 del Código Civil que exige para la transmisión de este tipo de bienes su realización por escritura pública; ante objetos incorporeales habrá que estar a la forma exigible para la cesión de los mismos.

f).- Contenido

Este elemento en el contrato de fideicomiso está íntimamente vinculado con la forma del mismo, diferenciándose de ésta porque el contenido alude a “lo que se dice en el contrato” mientras que la forma se refiere a “como se dice”.

Al tratar “lo que dice el contrato” debemos distinguir entre cláusulas esenciales que son las que definen el tipo de contrato; de las enunciaciones naturales y accidentales.

Dentro de la primer clase de cláusulas entran:

_ El contrato deberá individualizar al beneficiario (art. 2 Ley 24.441):

En el fideicomiso financiero, por ejemplo, no es necesario que el beneficiario sea individualizado en el contrato, ya que su determinación resultará de la adquisición de los títulos.

_ El contrato “*también deberá contener*” ciertas enunciaciones contempladas en el artículo 4 de la ley; a saber:

inciso a “La individualización de los bienes objeto de contrato. En caso de resultar posible tal individualización a la fecha de la celebración del

fideicomiso, constará la descripción de los requisitos y características que deberán reunir los bienes”

La referencia al objeto es siempre esencial, pudiendo ser tales los bienes en general (arts. 2311 y 2312 del C.C.); siendo posible en principio que cualquier tipo de bien puede ser fideicomotido.

El fideicomiso es universal cuando su objeto es una universalidad jurídica y singular, cuando lo es uno o más bienes particulares. Habrá fideicomiso universal por vía testamentaria si se instituye heredero fiduciario o se hace un legado de cuota con el carácter de fideicomiso.

inciso b “La determinación del modo en que otros bienes podrán ser incorporados al fideicomiso”

inciso c “El plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario, el que nunca podrá durar más de treinta (30) años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuera un incapaz, caso en el que podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad;”

Lo que caracteriza la titularidad fiduciaria de la ley, es la subordinación a un plazo o condición, por lo que la mención de la modalidad constituye un requisito esencial sin el cual no podría calificarse al contrato como de fideicomiso.

inciso d “El destino de los bienes a la finalización del fideicomiso;”

Debe haber un destinatario final como resulta del art. 1º de la ley, que puede ser el propio fiduciante, como el beneficiario, o el fideicomisario.

Es una enunciación esencial porque si no hay un destinatario final los bienes quedarán en poder del fiduciario, actuando el plazo y la condición sólo

respecto del beneficiario, lo que impide que el acto pueda calificarse como fideicomiso.

inciso e “Los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo si cesare.”

La referencia a los derechos y obligaciones no es una cláusula esencial cuya omisión conduciera a que se apliquen las disposiciones supletorias de la ley y atendiendo a los arts. 6, 8 y 9 de la misma.

_ El contrato podrá también contener ciertas cláusulas conocidas como *naturales y accidentales*: si el contrato contiene cláusulas esenciales ya es calificable de fideicomiso y entran a jugar los principios generales respecto a éstas. Rige también el principio de la autonomía privada en tanto no se afecte una ley imperativa como por ejemplo la del art. 7 sobre rendición de cuentas.

El art. 8, sobre el derecho al reembolso de los gastos y a una retribución, es un ejemplo de estas cláusulas naturales y accidentales.

g).- Plazo

El límite máximo de duración del dominio fiduciario es de 30 años desde su constitución conforme surge del art. 4º inc. c de ley nº 24.441.

Si se fijara un plazo mayor, este quedará reducido a los 30 años. Este plazo máximo admite una excepción, establecida en miras del beneficiario incapaz, en cuyo caso el plazo de 30 años puede exceder ese límite hasta el fallecimiento o el cese de la incapacidad. Se debe tener presente que la minoridad no es alcanzada por la excepción en cuanto a esta se refiere a aquellas de duración posible superior a los 30 años.

h).- Extinción

La ley 24.441 en su art. 25 establece: “*El fideicomiso se extinguirá por: a) el cumplimiento del plazo o la condición a que se hubiere sometido o al vencimiento del plazo máximo legal; b) la revocación del fiduciante si se hubiera reservado expresamente esa facultad; la revocación no tendrá efecto retroactivo; c) cualquier otra causal prevista en el contrato.*”

*Fideicomiso sujeto a plazo: el sólo cumplimiento del plazo extingue el fideicomiso naciendo la obligación de restituir prevista por el art. 26 de la ley 24.441. Dentro del día siguiente, que será el día de pago de la obligación de restituir el fiduciario deberá cumplir con ella sino entrará en mora.

Lo que la ley no ha previsto es que sucede en el lapso que media entre la extinción automática del fideicomiso y la entrega efectiva de los bienes concretos.

*Fideicomiso sujeto a condición: la condición afecta la titularidad de los bienes que se transmiten y a la duración del fideicomiso. Si esta se cumple, se extingue el instituto, pero surge el interrogante de que es lo que sucede si fracasa. Respecto a este supuesto se divide la doctrina en su solución, por un lado, Lopez de Zavalía -por aplicación de los principios generales- los bienes quedan en poder definitivo del fiduciario en titularidad plena, porque “... no cumplida la condición resolutoria, o siendo cierto que no se cumplirá, el derecho subordinado a ella queda irrevocablemente adquirido como si nunca hubiera habido condición”. Es decir, ante el fracaso de la condición cesa la separación de patrimonio y siempre que el contrato no prevea este supuesto, sino que habra atender a sus disposiciones. Por el otro lado, Kiper niega la aplicación de los principios generales, argumentando en virtud del art. 7 de

fideicomiso, que la aplicación de las reglas sobre las condiciones aparejaría innumerables fraudes a la ley ya que bastaría con someter a la extinción del dominio fiduciario a una condición difícilmente verificable para que, sin violación a la norma, el fiduciario adquiriera para sí la propiedad plena de los bienes.

*Transcurso del plazo máximo: dicha causal debe coordinarse con lo previsto por el art. 4 inc. c); pues es el supuesto en que la duración del fideicomiso puede superar los 30 años. Fuera de esa hipótesis, cualquier plazo superior queda reducido a los 30 años y cualquier plazo incierto se tiene por llega al plazo mencionado.

*Revocación: La regla es que el fideicomiso no puede ser revocado por el fiduciante; sólo se admite si ha sido reservada expresamente la facultad sin tener efecto retroactivo, es decir, que opera para el futuro.

*Otras causales de extinción: alude aquellas estipuladas en el contrato, por ejemplo que el fiduciante pueda renunciar operando tal hecho como causal de extinción del fideicomiso.

*Consecuencia de la extinción: el art. 26 de la ley 24.441 dispone: *“producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario estará obligado a entregar los bienes fideicomitivos al fideicomisario o a sus sucesores otorgando los instrumentos y contribuyendo a las inscripciones registrales que correspondan.”*

Cuando la norma se refiere al fideicomisario debe entenderse cualquier destinatario final, que puede serlo, también el fiduciante o el beneficiario según la letra del art. 1º de la ley 24.411.

El derecho del destinatario final es transmisible a los sucesores.

C).- EL FIDEICOMISO CONSTITUIDO

POR TESTAMENTO

Introducción

El instituto del fideicomiso testamentario no ha sido plenamente aceptado a lo largo de la historia, una de las causas por la que la figura se rechazó fue porque a través de ella se lograba, por ejemplo en el derecho romano, beneficiar a algún sujeto de derecho que carecía de capacidad hereditaria por ley; por lo tanto esta vía oblicua podía producir resultados no queridos por la norma. Cuando la figura feudal del mayorazgo entró en crisis, nuevamente se utilizó la figura de la sustitución fideicomisaria para hacer perdurar bienes en manos de ciertos miembros de la familia. La Revolución Francesa termina con las sustituciones fideicomisarias. Una de las razones del desaliento en la utilización de la figura fue creer que posibilitaba la creación de un orden sucesorio distinto del plasmado legalmente.

Discusión previa a la sanción de la ley 24.441

Antes de la entrada en vigencia de la ley 24.441, la doctrina se dividía entre aquellos que entendieron que los principios generales de nuestro derecho positivo, especialmente los de orden público, obstaban a la existencia del fideicomiso testamentario y los que lo aceptaban como válido. En el primer grupo encontramos a Guastavino, Mosset Iturraspe, Mariano de Vidal, entre otros, quienes sostienen que los negocios fiduciarios constituídos por testamento se encuentran prohibidos en nuestro derecho en virtud de los arts.

3723 y 3724 en cuanto prohíben la sustitución fideicomisaria, y también en los arts. 3607, 3619, 3620, 3711 y 3759 del código civil.- En sentido contrario, están quienes alegan que la fiducia testamentaria no siempre encierra una sustitución fideicomisaria. Así lo expresa Bibiloni en la nota al art. 2383 del Anteproyecto de Reforma de Código Civil, y lo sostienen Carregal y Kiper entre otros.

Esta antigua discusión se ha tornado abstracta ya que la ley 24441 la supera al admitir en su artículo 3 que el fideicomiso se puede establecer por testamento.-

EL FIDEICOMISO CONSTITUIDO POR TESTAMENTO

(ARTICULO 3 DE LA LEY 24.441)

I.- Análisis preliminar:

La ley 24.441 de “Financiamiento de la Vivienda y la Construcción”, en su título I trata del “Fideicomiso”, estableciendo en su artículo 3 que: *“El fideicomiso también podrá constituirse por testamento, extendido en alguna de las formas previstas por el Código civil, el que contendrá al menos las enunciaciones requeridas por el artículo 4. En caso de que el fiduciario designado por testamento no aceptare se aplicará lo dispuesto en el artículo 10 de la presente ley.”.-*

La fuente natural del fideicomiso establecida por la nueva ley es sin duda el contrato, acto entre vivos por el cual el fiduciante transmite la propiedad fiduciaria de bienes determinados al fiduciario, quién se obliga a ejercerlo en beneficio de quién designe el contrato (beneficiario) y a

transmitirla al cumplimiento del plazo o condición al transmitente (fiduciante), al beneficiario o al fideicomisario (art. 1).

Pero, a su vez, la ley ha establecido otra fuente diferente del contrato mismo, cual es, el acto de última voluntad, por medio del cual el testador, futuro causante, puede constituir un fideicomiso que carecerá de efectos inmediatos y su eficacia dependerá, entre otras cosas de la muerte del testador.

El fideicomiso testamentario consiste en una disposición de última voluntad, sujeta a sus formas propias, por la que el testador, como fiduciante, dispone la transferencia de la propiedad fiduciaria de bienes determinados de su haber relicto, a favor de un legatario particular, como fiduciario, para que éste ejerza la propiedad objeto del legado en beneficio de quien indique la disposición testamentaria (beneficiario), con la manda de entregar esos bienes y sus acrecimientos, al cumplimiento de un plazo o condición, a un heredero, heredero instituido o legatario en carácter de fideicomisario.

Por este, se permite designar al fiduciario para que, a la muerte el causante, reciba todo o parte de sus bienes con el objeto de destinarlos a ciertas finalidades, en beneficio de otro u otros; respetando la porción legítima de los herederos forzosos. A su conclusión, los bienes deben ser transmitidos a quién se designó en el testamento o bien, a quien supletoriamente indique la ley.

Resulta útil para que el causante, asegure la manutención de ciertas personas, en cuanto a educación, gastos de salud, etc. También lo es para protección de los beneficiarios o fideicomisarios cuando estos sean menores de edad, sin experiencia en el manejo de capitales, incapacitados etc. En fin, se respeta la voluntad del causante. Así, el art. 3 de la ley prevee que en caso

de que el fiduciario designado por testamento no acepte se le designará un sustituto.

No hay fideicomiso hasta que el fiduciario no acepte; ya sea en forma expresa o tácita. Al ser aceptado el testamento, tiene la aptitud de acto constitutivo sin necesidad de un contrato posterior entre los órganos de la sucesión y el fiduciario designado o su reemplazante. Esto resulta del artículo 3 de la ley 24.441, al expresar que: *“El fideicomiso también podrá constituirse por testamento...”*, y el actual artículo 2662 del código civil que alude al *“fideicomiso constituido por contrato o por testamento...”*.

Lo que caracteriza al fideicomiso testamentario es que la voluntad del causante surte efectos después de su muerte y no media acuerdo de voluntades de las personas intervinientes.

El fideicomiso testamentario es distinto al fideicomiso con fines testamentarios; el que se da cuando el fideicomiso se constituye por contrato en cuyas cláusulas el fiduciante manifiesta su voluntad sucesoria, que será cumplida por el fiduciario sin necesidad de diligencias, ni de sucesión ni de la intervención judicial. Para algunos autores sería un pacto sobre herencia futura, alcanzado por la prohibición del artículo 1175 del C.Civil.-

El artículo 73 de la ley 24.441 sustituyó el artículo 2662 del código Civil vigente por el siguiente: *“Dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y esta sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley”*.

Los dos únicos artículos que mencionan el testamento como fuente del fideicomiso son entonces, el mentado artículo 3 de la ley 24.441 y el artículo 2662, nueva redacción del Código Civil.

A partir de tan escueta regulación del fideicomiso de origen testamentario debemos interpretar que se le aplican el resto de las normas que se han estructurado para el fideicomiso de origen contractual, siempre y cuando no le sean incompatibles, como así también el resto de la normativa de fondo que atiende a los derechos reales, publicidad registral, derecho sucesorio, etc, en tanto y en cuanto puedan armonizarse. Tal armonización tiene como campo de compatibilización nada menos que aquellas normas que regulan la legítima de los herederos forzosos, las que prohíben la sustitución fideicomisaria de herederos instituidos o legatarios, como así también las que determinan incapacidades específicas para heredar.

II.- El contrato y sus requisitos:

A).- Forma:

El art. .3, ley 24.441, dispone que será “...*extendido en alguna de las formas previstas por el Código Civil*”; de lo que se desprende que el fideicomiso de fuente testamentaria, podrá ser constituido por testamento ológrafo (art. 3639: el escrito, fechado y firmado por el propio testador) como por acto público (art. 3654; ante escribano y tres testigos), cerrado (art. 3665) o testamentos especiales (art. 3672 ante situaciones excepcionales y previstas por el código).

Los vicios congénitos en las formas solemnes absolutas de los testamentos, acarrearán la nulidad absoluta e inconfirmable, invalidez que se comunicará al fideicomiso así instrumentado, que podrá ser salvado únicamente por voluntad de los sucesores universales, en cumplimiento de la obligación natural que de él surja (art. 515 inc. 3 del C.C.).

Podemos argumentar que la norma, al poner en pie de igualdad a todas las formas testamentarias, no merita que la forma por acto público contiene en sí misma la conveniencia de la participación del escribano público o notario que asesora al testador para que pueda moldear su última voluntad legalmente, evitando posibles impugnaciones posteriores.

B).- Contenido

El art. 3 cuando se refiere al contenido del testamento dice: “...*el que contendrá al menos las enunciaciones requeridas por el artículo 4....*”. Es decir que, el acto de última voluntad por medio del cual el testador constituye un fideicomiso, debe contener “al menos” o sea, “por lo menos”, las enunciaciones del artículo cuatro de la ley exigidas para el contrato de fideicomiso. Estas, son el contenido mínimo, por lo que podrá haber otras enunciaciones adicionales.

“*El contrato también deberá contener*”: es decir que la autonomía de la voluntad podrá darle contenido negocial al fideicomiso como tal, con total libertad de alcance, siempre y cuando además responda a las pautas mínimas que se encuentran en los párrafos siguientes. Nada dice la norma, si el contenido mínimo requerido no es cumplido.

1).- La individualización de los bienes objeto del fideicomiso (art. 4,

a):

La expresión bienes marca la posibilidad de que el fideicomiso pueda constituirse sobre cosas, sean estas muebles o inmuebles, registrables o no, así como también sobre derechos en general que se encuentran dentro del comercio, u objetos inmateriales de contenido patrimonial.

Es por ello que la ley habla de propiedad fiduciaria que es más amplia que dominio fiduciario de la antigua terminología del Código Civil, armoniza así con la naturaleza jurídica del dominio imperfecto.

“...En caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de la celebración del fideicomiso, constará la descripción de los requisitos y características que deberán reunir los bienes.” (art. 4, a)

Los bienes fideicomitidos podrán ser una porción del patrimonio total del testador, representado en una suma de dinero en efectivo, un inmueble que genere un fruto civil periódico, o títulos valores con rentas fijas o variables, acciones de cualquier empresa que generen dividendos, obligaciones negociables, etc.

Otros posibles bienes a fideicomitirse podrán ser las pólizas de seguros de vida o accidente que el testador pone a disposición del fiduciario, en fideicomiso, y que al tiempo de la muerte del fiduciante, aquél las hará efectivas y con el importe de ellas y su administración, asegurará el mantenimiento, por ejemplo de un heredero incapaz.

La nueva redacción del art. 2662 del Código Civil por el texto que le confiere el art. 73 de la ley 24.441, parece haber terminado con el solo caso del fideicomiso singular, dando lugar al fideicomiso de objeto plural y aún de

universalidades, dejando atrás una interpretación que consideraba que el único fideicomiso posible de ser constituido era el singular.

2).- La determinación del modo en que otros bienes podrán ser incorporados al fideicomiso:

Hoy, el fideicomiso puede constituirse con relación a un solo bien, a varios o teniendo por objeto universalidades, lo que genera un patrimonio de afectación, esto es, que separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante (art. 14) queda exento de la posible agresión singular o colectiva de los acreedores del fiduciario o del fiduciante, salvo, en este último caso, de la acción revocatoria o paulina (art. 15).

Lo trascendente es que, durante la vigencia del fideicomiso no es necesario que los bienes fideicomitados sean siempre los mismos que existieron al tiempo de la constitución manteniéndose estáticos.

La facultad que el art. 17 le otorga al fiduciario para efectuar actos dispositivos, a menos que se hubiere pactado lo contrario, evidencia la movilidad de los bienes que componen este patrimonio separado.

3).- El plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario, el que nunca podrá durar más de treinta años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuere un incapaz, caso en que podrá durar hasta la muerte o el cese de su incapacidad. La constitución del fideicomiso testamentario a favor de un incapaz podrá ser constituido por todo el tiempo que dure su incapacidad, sea el plazo menor o mayor de treinta años (caso del heredero menor de edad que a los 21 años adquiere la mayoría, sea a favor de un

incapaz mayor de edad, que durará hasta su muerte o recuperación de su capacidad).

Cuando el fideicomiso es de origen convencional, su plazo de vigencia comienza a correr desde la celebración del contrato y su oponibilidad a los terceros registrables desde su inscripción en los registros respectivos.

En el caso del fideicomiso testamentario, por el contrario, el plazo de vigencia se cuenta desde la aceptación del fiduciario, que nosotros consideramos debe ser expresa, en forma escrita, aunque formal no solemne.

Así, los bienes fideicomisarios le serán entregados por el juez de la testamentaría, el albacea o el heredero instituido que esté en poder de ellos, según el caso, siempre por orden judicial, luego que el testamento haya sido declarado válido en cuanto a sus firmas y con la participación del Ministerio de Menores y/o Incapaces, en los casos que corresponda.

El plazo comienza a correr desde la aceptación del fideicomiso testamentario por parte del fiduciario y no desde la entrega a éste de los bienes fideicomitidos, ya que luego de la aceptación el fiduciario tiene el derecho “a la cosa”, o sea de reclamar la entrega de esos bienes y no antes. La tradición de las cosas y aún la entrega de los documentos acreditativos de los créditos o derechos fideicomitidos generará en el fiduciario el dominio o propiedad fiduciarios.

Parte de la doctrina, como Lorenzetti Ricardo, ha considerado el sucesor fiduciario siempre resulta de un acto entre vivos, ya que aún cuando el fideicomiso reconociera su origen en una disposición de última voluntad, una vez abierta la sucesión testamentaria, como acto necesario en el estado de indivisión, el albacea o el administrador judicial del sucesorio, o quien

represente los derechos de la sucesión, deberá celebrar el contrato de fideicomiso con el fiduciario propuesto por testamento operando la transmisión de los bienes y cosas. Así para Carregal, sea cual fuere el origen de la transmisión fiduciaria, entre vivos o mortis causa, siempre el acto jurídico causal inmediato de la transferencia de la propiedad fiduciaria (el título suficiente) sería un contrato.

Contra tal postura, otros sostienen que el fideicomiso lo constituye el testador fiduciante instrumentándolo en forma testamentaria, que no queda revocada por la muerte del testador, muy por el contrario, con el fallecimiento del constituyente adquiere virtualidad, y la “aceptación” que haga el fiduciario o su sustituto, no requiere ninguna contratación luego de la muerte del fiduciante.

Ante disposiciones testamentarias, el representante del sucesorio, el albacea o el administrador judicial, no forman ni suplen la voluntad del causante, ni se convierten en los autores de la transferencia de la propiedad, sino que se limitan a obrar como legitimados para dar cumplimiento a los actos mandados hacer por el testador. En tal sentido los llamados a la herencia, no contratan con su antecesor, no son co-contratantes de su autor, en un acto entre ausentes, sino continuadores del mismo, aunque cada uno de ellos en distinta medida, conforme sea el llamado por el cual se lo convoca al sucesorio. Y además, adquieren sus derechos directamente del causante, siendo título de la adquisición la disposición testamentaria de la que se deriva, sin necesidad de un acto de “perfeccionamiento” de voluntades posterior. La aceptación por parte del fiduciario de lo bienes que en tal carácter se le legan no es un acto de perfeccionamiento de la voluntad del fiduciante.

Al aceptar se le hará tradición de las cosas o bienes fideicomitidos, lo que generará el patrimonio de afectación de titularidad de aquél, oponibles a terceros registrables luego de su inscripción de tratarse de bienes de esta categoría.

Distintos supuestos avalan esta posición como: la constitución de bien de familia por vía testamentaria (art. 44 de la Ley 14.394); la constitución de indivisiones postcomunitarias hereditarias del art. 51 y siguientes de la misma ley, como afectaciones patrimoniales que son; la constitución de derechos reales que reconocen como fuente la declaración de última voluntad, tal el usufructo (art. 2812 y 2815 del CC); el art. 1790 del Código Civil si se respeta la forma testamentaria, etc. ya que en definitiva el testador fiduciante no está creando mas que un patrimonio de afectación (art. 14 de la Ley 24.441).

Si la causa de la transmisión fiduciaria fuera solamente el contrato, sería infructuosa la disposición de la Ley 24.441 al decirnos que el fideicomiso también podrá constituirse por testamento (art. 3 ley citada), similar alternativa que la regulada en el nuevo texto del art. 2662 del Código Civil.

La diferencia entre la fuente estrictamente convencional y la testamentaria, es la participación del fiduciario al tiempo de la constitución del fideicomiso, lo que le permitirá esgrimir con mayor plenitud su autonomía de la voluntad en este negocio jurídico que es eminentemente consensual, mientras que en el constituido por testamento, se minimiza la voluntad del fiduciario a aceptarlo o no, de acuerdo al contenido, alcances y fines que le haya otorgado el fiduciante ya fallecido al tiempo de la aceptación por parte del executor del fideicomiso.

Por su parte el término del plazo de vigencia del fideicomiso se cumplirá, aplicando el art. 25, analógicamente:

a.- Por el fallecimiento del incapaz beneficiario del fideicomiso o del fideicomisario.

b.- Por el cese de la incapacidad del beneficiario del fideicomiso o del fideicomisario.

c.- Por el vencimiento de los treinta años de aceptado el fideicomiso testamentario.

d.- Por alguna causal de revocación que haya instituido el fiduciante, si se reservó este derecho, y pudo ser transmitido a sus sucesores universales.

e.- Por cualquier otra causal prevista en el testamento.

No extingue el fideicomiso la no aceptación por parte del fiduciario o su renuncia posterior.

4).- El destino de los bienes a la finalización del fideicomiso: Una vez extinguido el fideicomiso, el fiduciario debe entregar los bienes fideicomitados al beneficiario, fideicomisarios o sus herederos (art. 26), según lo previsto en las cláusulas testamentarias, no pudiendo volver al fiduciante como sucede en el fideicomiso convencional o contractual, donde una cláusula de esta naturaleza es permitida. Para este caso, la muerte del fiduciante lo convierte en un supuesto de cumplimiento imposible.

Nada priva que por ejemplo, cuando el fideicomiso se constituye a favor de un incapaz que carece de herederos forzosos (caso de un único hijo que padece “síndrome de dawn”), el fiduciante designe un fiduciario, sea éste una persona física o jurídica, como propietaria de los bienes fideicomitados,

para que con los frutos de esos bienes mantenga al incapaz, entregando ese patrimonio autónomo, a la finalización del fideicomiso al propio incapaz si cesa su incapacidad o a cualquier otra persona (por ejemplo una institución que se dedica a la investigación de esa enfermedad), al tiempo del fallecimiento del incapaz si esto sucede sin que haya recobrado antes su capacidad, que revestiría la calidad de fideicomisario designado por testamento.

Así extinguido el fideicomiso el fiduciario debe (art. 26):

- 1.- Entregar el patrimonio fideicomitado a la persona designada en el testamento.
- 2.- Otorgar la totalidad de la documentación necesaria a tal fin. Por ejemplo las escrituras públicas que viabilicen la transferencia dominial al beneficiario o fideicomisario por causa de la extinción del fideicomiso. O la entrega de los títulos valores si se trata de títulos circulatorios abstractos y al portador. Todo ello como lo establece el derecho de fondo con relación a la transferencia dominial o traslación de la propiedad de cada uno de los bienes fideicomitados que conforman ese patrimonio de afectación.
- 3.- Contribuir a las inscripciones registrales que correspondan para el caso de bienes de esta naturaleza, accediendo a registros correspondientes.

Es importante aquí advertir que si bien la transmisión del dominio o propiedad fiduciarios se efectúa al fiduciario a mérito del fideicomiso testamentario, sin calificación de onerosidad o de gratuidad, por la propia esencia de la figura, a la extinción del fideicomiso, el o los bienes fideicomitados las transmitirá el fiduciario al fideicomisario o a sus sucesores (art. 26) o a los herederos del

fiduciante (arts. 1 y 2) a título gratuito u oneroso de acuerdo a la calidad de las mandas testamentarias.

Por ello y atendiendo a la capacidad de los sujetos que recibirán las bienes fideicomitidos al tiempo de la extinción del fideicomiso, se deberá tener presentes las incapacidades para recibir bienes por testamento, ya que no es posible obviar tal restricción por la figura del fideicomiso testamentario (arts. 3734, 3736 – salvo 3737 – 3738, 3739, 3740, 3741, y concordantes del C.C.) ni siquiera por el de fuente contractual.

5).- Los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituir si cesare:

5) 1- Derechos:

5) 1.- 1. El principal derecho que posee el fiduciario testamentario es el de aceptar o no el fideicomiso testamentario.

5) 1.- 2. Además puede percibir una retribución por ejecutar el fideicomiso. Este derecho de percibir una remuneración por la administración de la propiedad fiduciaria lo convertirá en negocio fiduciario oneroso para él, siendo gratuito si lo asume sin contraprestación alguna. Es conveniente fijar esa retribución en el texto del testamento para evitar una definición judicial al respecto como marca el art. 8 de la Ley 24.441. (ver si transcribimos el art)

5) 1.- 3. También tiene el derecho de que se le reintegren los gastos efectuados en ocasión de esa administración (art. 8).

5) 2.- Obligaciones:

5) 2.- 1. La de invertir el patrimonio fideicomitido para que produzca frutos – ganancias – o para cambiar la composición de esos bienes para

aumentar el capital, siempre de acuerdo a las instrucciones o encargo recibido que le haya dado el testador y/o de acuerdo a las reglas científicas y técnicas le marquen en la materia. Este es el típico fideicomiso de inversión.

5) 2.- 2. La de administrar el patrimonio fideicomitado, guardándolo y conservándolo, como asimismo percibiendo los frutos y entregándoselos a la persona del representante del incapaz o a los mismos herederos en caso de que sean capaces. Por lo general, en el supuesto de incapaces, los frutos obtenidos deben ser suficientes para proveer a sus alimentos que incluyen viviendas, comida, vestimenta, educación especializada, intervenciones quirúrgicas, internaciones, esparcimiento, entre otras. Este es el típico fideicomiso administrativo.

5) 2.- 3. La de rendir cuentas periódicamente de su administración, especialmente a los beneficiarios “con una periodicidad no mayor a un año”.

C).- Sujetos

a).- Sustitución del Fiduciario:

El simple particular que accede a declarar su última voluntad en forma testamentaria por lo general se encuentra con el inconveniente de designar a aquella persona que se haga cargo de ejecutar su testamento, figura que recae ordinariamente en el albacea, que por lo general es un amigo íntimo o algún pariente con el cual tiene una vinculación afectiva más profunda que con otro, el que además debe reunir condiciones personales mínimas para poder hacerse cargo de esta tarea de administrador y ejecutor de las mandas testamentarias y además del fideicomiso que en ese mismo testamento se constituye.

Una de las remisiones que hace el art. 3 de la ley 24.441 es al art. 10 de la misma ley, cuando dice: “*en caso de que el fiduciario designado por testamento no aceptare se aplicara lo dispuesto por el artículo 10 de la presente ley*”. Este art. soluciona la posible negativa por parte del sujeto designado como fiduciario a aceptar su nombramiento, ya sea porque no quiera o no pueda, circunstancia que si no hubiese sido prevista por el testador en el propio testamento, convertiría en inejecutable el fideicomiso mismo. Ante la falta de uno de los sujetos negociables, en este caso el fiduciario, el juez que entiende en el juicio sucesorio testamentario, “designará” a otro de entre las entidades autorizadas de acuerdo a lo previsto en el art. 19, quien será el futuro titular de los bienes fideicomitidos. Esta solución se vinculó a la fuente contractual, pues resuelve que la cesación del fiduciario, con independencia de la causa que la produzca (mencionadas en el art. 9: remoción judicial, muerte o incapacidad judicialmente declarada, disolución de la persona jurídica, quiebra o liquidación, o renuncia) se salvará por medio del reemplazo que se realice de acuerdo a la designación ya obrante en el contrato o por el medio de reemplazo que el mismo contrato haya previsto, siendo la voluntad jurisdiccional la solución última ante la imposibilidad de que el vacío subjetivo que genera. Dicha solución es acertada si consideramos que la voluntad del testador en la designación de un fiduciario que aceptará el fideicomiso recién al tiempo de fallecimiento del fiduciante. Muy diferente es el caso del fideicomiso de fuente testamentaria que es absolutamente ineficaz hasta la muerte del testador que viabiliza la apertura del proceso sucesorio universal testamentario donde nace el derecho del convocado a ser fiduciario de aceptar o no este fideicomiso. La ley no ha fijado un plazo para que el

designado como futuro fiduciario acepte expresamente el fideicomiso, y si ello no ha sido previsto por el testador mandando que el nombrado tenga un plazo determinado luego de su notificación fehaciente para aceptarlo, el juez de la testamentaria debería fijar alguna para hacerlo. La incomparecencia del nombrado como fiduciario al proceso sucesorio, una vez que ha tenido aviso cierto de su designación, deberá interpretarse como su no aceptación. La vía testamentaria por sus propias características de acto unilateral de última voluntad -que en caso de no ser revocado o caducar, será eficaz al tiempo de la muerte del testador-, posibilita también al designado como fiduciario aceptar o no el fideicomiso recién al tiempo del fallecimiento de aquél. Las entidades autorizadas en las cuales podrá recaer la designación que efectúe el juez de la testamentaria ante la no aceptación del designado como fiduciario en el testamento (art. 3 que remite al 10 y éste último al 19), pueden ser sólo las entidades autorizadas por la Comisión Nacional de Valores. Dentro de la órbita de dicho organismo se da la fiscalización del cumplimiento de la ley 24.441 cuando de fideicomisos financieros se trata, también tiene competencia material en la autorización del funcionamiento de las sociedades que pretendan ejercer como fiduciarias financieras. Es así como dentro de este campo tan particular y propio del testador cual es posibilidad de fideicomitir sus bienes para después de su muerte en mano de un sujeto de derecho, ya sea persona física o jurídica (art. 5 de la ley 24.441), puede, ante la negativa de la aceptación de fiduciario designado y como decisión judicial, acceder a la propiedad fiduciaria de los bienes del causante una persona jurídica que deberá ser o una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores para ser fiduciaria financiera, pero que

en definitiva no estuvo en la mente del testador al tiempo de la redacción de su última voluntad. Otra hipótesis, es aquella en la que el testador designa en su testamento a algún fiduciario que se ofrece como tal en plaza, o sea al público, que de acuerdo a la última parte del art. 5, deberán ser entidades financieras sujetas a la ley respectiva o personas jurídicas autorizadas por la Comisión Nacional de Valores. El testador entonces, deberá estar muy atento a la designación de la persona del fiduciario, si pretende prever un resultado de esta naturaleza, donde el elemento de confianza que existe en todo contrato de fideicomiso entre el fiduciante y el fiduciario, profundiza su esencia cuando la fuente es un acto de última voluntad, para, ejercer un fideicomiso que se efectivizará cuando la persona del fiduciante ya no exista.

De lo antes dicho, cabe resumir que se puede designar como fiduciario testamentario a cualquier:

- a. Persona jurídica si no se ofrece al público para actuar como fiduciaria (art. 5 primera parte)
- b. Entidad Financiera (art. 59)
- c. Persona jurídica que autorice la Comisión Nacional de Valores si se ofrece al público para actuar como fiduciaria, (art. 5)
- d. Sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores para actuar como fiduciario financiero la que podría ser nombrada por el juez de la testamentaria antes la no aceptación del fiduciario designado, careciendo el testamento de nombramiento de sustituto o de la determinación del mecanismo para designar al sustituto, (art. 3, 10 y 19), dejaría de lado los inconvenientes que acarrea el nombramiento como fiduciario de una persona física, sujeta a los riesgos de vida lógicos de estos sujetos de derecho.

Un Banco, por ejemplo, que avale su seriedad en el mercado con su permanencia y solidez, puede darle al testador la certeza o seguridad de que el fideicomiso constituido para tener efectos luego de su muerte, será ejecutado con total idoneidad, más allá de la propia voluntad de los funcionarios temporarios, porque lo que ellos deciden no debería desbordar las líneas directrices de los planeamientos económicos de la institución.

Por ello la decisión del testador en el nombramiento de su fiduciario en alguna de estas instituciones, debe ser una decisión mediata y debidamente asesorada, tanto para la primera designación como la de su o sus sustitutos.

El fiduciario testamentario deberá realizar una tarea que dista de ser simple. Principalmente acatando las instrucciones del testador fiduciante, deberá conservar, administrar e invertir los bienes dados en fideicomiso, distribuir sus rendimientos de acuerdo a la voluntad del testador y por último deberá entregar esos bienes fideicomitados a los beneficiarios o fideicomisarios a la finalización del fideicomiso.

Por último, el testador deberá tener la garantía de que alguno de sus bienes relictos que además conforman parte del patrimonio familiar, esfuerzo de toda su vida, estarán resguardados de los riesgos lógicos a los cuales se expone un patrimonio en manos de personas de poca experiencia, o que carecen de capacitación para la administración frente a las explotaciones comerciales, industriales, financieras, etc., que necesitan de un amplio conocimiento no solo legal, sino también técnico al respecto, cualidades que sí puede tener certeza que posea un fiduciario al cual lo va a unir principalmente su confianza.

b).- La designación del beneficiario:

El artículo 4 no marca como cláusula necesaria la designación del beneficiario.

Se podría argumentar que el beneficiario es uno de los sujetos del acto único de configuración del fideicomiso y que se da por descontado que al tiempo de la constitución será determinado o por lo menos podrá ser individualizado en el futuro (art. 2).

La ley prevé para el caso de que el beneficiario no esté determinado o no pueda ser individualizado, un mecanismo apropiado del destino de los bienes fideicomitidos, que por la propia naturaleza de la figura no pueden quedar en poder del fiduciario.

Así, si el fideicomiso constituido por testamento es aceptado por el fiduciario designado, éste último deberá ejercerlo para el beneficiario.

Si éste último no aceptare, todos renunciaren o no llegaren a existir – siendo varios ninguno de ellos- , se debe interpretar que el beneficiario será el fideicomisario (art. 2, apartado 3). Si éste, a su vez, no llegare a existir, renunciare o no aceptare, el beneficiario será el fiduciante (art. 2, apartado 3 in fine) derecho que por supuesto pasa a sus herederos universales.

El derecho del beneficiario será transmisible por actos entre vivos o mortis causa, salvo prohibición del fiduciante (art. 2, apartado 4).

El testador puede, sin impedimento alguno, nombrar varios beneficiarios o fideicomisarios aplicándose en este caso la sustitución vulgar (art. 3724 del C.C.), permitida por nuestra codificación de fondo.

No podrá designar beneficiarios o fideicomisarios sucesivos sustituibles por causa de muerte, por la prohibición del art. 3723 del Código Civil, que a este respecto sigue perfectamente vigente.

En caso de designarse varios beneficiarios o fideicomisarios, todos serán convocados en su derecho a un mismo tiempo y en partes iguales, si no ha establecido lo contrario el testador. No obstante, se recomienda que en caso de pluralidad de beneficiarios o fideicomisarios se determine expresamente el derecho de acrecer entre ellos, para evitar la transferencia de cuotas partes y el destino de parte del bien o de los bienes a otros sujetos, en caso de no querer o no poder los beneficiarios o fideicomisarios recibir los bienes dados en fideicomiso al tiempo de la extinción del mismo, problemática que se agrava ante la imposibilidad de la división del o de los bienes.

Naturaleza del derecho del fideicomisario: el fideicomisario, es decir, quién recibe los bienes a la conclusión del fideicomiso, recibe su derecho del fiduciario y es sucesor del testador. Mientras que el beneficiario tiene un derecho actual con relación al fiduciario, que es ser el destinatario de la administración de la propiedad fideicomitida, el fideicomisario tiene un derecho en expectativa, a lograr la titularidad de la propiedad fiduciaria al tiempo de la extinción del fideicomiso. Nada priva de que ambas calidades se confundan en un solo sujeto de derecho. Pero si son distintos, el fideicomisario se comporta como un beneficiario residual: “Y en caso de que tampoco él acepte o no llegue a existir, atribuye la calidad de beneficiario el mismo fiduciante” o a sus herederos.

No es necesario que el fideicomisario sobreviva al testador, ni que lo haga al momento de cumplirse la condición, porque desde la muerte del

causante tiene un derecho existente aunque no exigible, dada la subordinación a un evento suspensivo, siendo tal derecho transmisible a sus herederos. Así lo prevee el art. 26 de la ley 244441: *“producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario estará obligado a entregar los bienes fideicomitados al fideicomisario o a sus sucesores.”*, así como también el art. 544 del Código Civil al disponer que *“los derechos y obligaciones del acreedor y del deudor que fallecieron antes del cumplimiento de la condición, pasan a sus herederos.”*

El derecho del fideicomisario, aún estando pendiente, se halla en el patrimonio de su titular, por lo que pasa a su heredero quién resultará *“propietario, acreedor o deudor de todo lo que el difunto era propietario, acreedor o deudor”* conforme surge del art. 3417 del Código de fondo.

III.- Finalidad del Fideicomiso Testamentario:

La posibilidad hoy de constituir un fideicomiso testamentario está íntimamente vinculada con las relaciones de familia, se tiende a evitar la dilapidación o mala administración del patrimonio hereditario y ayudar a garantizar que se cumpla la voluntad del testador, respecto a la administración, aplicación y destino a ese patrimonio, evitando desviaciones así como los conflictos entre herederos o legatarios, frecuentes cuando el albacea o los encargados de la administración no son imparciales por tener interés en la herencia.

Es posible utilizarlo para proveer a la administración de ciertos bienes, especialmente en caso de testadores que posean descendientes o herederos incapaces y para actividades de beneficencia en caso de no existir herederos

legitimarios o existiendo sin vulnerar sus legítimas, así el testador se asegura que sus bienes van a ser debidamente invertidos y administrados.

Por medio del fideicomiso testamentario cuando el testador quiere beneficiar a una persona incapacitada le transmite al fiduciario, en su calidad de ejecutor, ciertos bienes o parte del acervo hereditario que luego transmitirá al incapaz beneficiario o fideicomisario.

Las rentas que el fideicomiso genere serán entregadas al representante legal del incapaz, y en caso de menores de edad existiendo alguno de sus progenitores o ambos, serán los destinatarios de ellas por el régimen del usufructo legal que ejercen los padres con relación a los bienes de sus hijos menores de edad.

Los bienes fideicomitados que involucren la legítima del incapaz deberán ser transmitidos necesariamente a éste, al finalizar su incapacidad o cuando se extinga por cualquier otra causa el fideicomiso.

Al tiempo del fallecimiento del testador esta clase de fideicomiso es ineficaz si los herederos abandonaron definitivamente su vida pródiga o no están en estado de insolvencia, esto es, que hayan desaparecido las causales que dieron lugar a la decisión del testador.

IV.- El fideicomiso testamentario y la legítima de los herederos forzosos:

De la armonización de la ley 24.441 con las demás disposiciones del código civil, resulta que ante la existencia de herederos forzosos, el fideicomiso solo podrá constituirse sobre la porción disponible sin afectar la legítima de aquellos , salvo causal de desheredación. Es decir que, el mayor

inconveniente a que se enfrenta la aplicabilidad del fideicomiso testamentario, es la legítima de los herederos forzosos.

El artículo 3598 del Código Civil establece: *“El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas declaradas en este Título. Si lo hiciera, se tendrán por no escritas.”*

La intangibilidad de las legítimas comprende la prohibición de privar de ellas a los legitimarios o de reducir sus proporciones, la de afectarlas, comprometerlas o supeditarlas a plazos, condiciones, designación de administrador, etc..

Lo primero que debemos considerar es si el fideicomiso constituido por la vía testamentaria es oneroso o gratuito, y que bienes se han fideicomitados, para verificar si la legítima de los herederos forzosos se ve afectada o no.

¿Qué sucede si el testador al constituir el fideicomiso testamentario involucra en él bienes que superan la parte disponible, afectando por consiguiente la legítima de los herederos forzosos? Es sabido que los legitimarios deben recibir la cuota parte de los bienes relictos de acuerdo al llamamiento legal, sin gravamen o modalización alguna, según la letra del art. 3598 del C.C..

Dos respuestas se imponen como posibles: a) Una tradicional, basada en las normas de orden público que rigen el tema desde la codificación, manteniendo la reducción del mismo como destino único. b) Otra que pretende armonizar las normas del derecho de fondo con esta nueva ley especial, considerando este último supuesto como una excepción a la intangibilidad de la legítima, que solo se verá postergada temporariamente, en pos de metas

superiores, como es por ejemplo la propia protección de los bienes fideicomitidos que le correspondan al heredero incapaz.

Kiper sostiene que los bienes recibidos por los herederos forzosos en su porción legítima estuviesen afectados a un fideicomiso, la disposición del testador sería nula, dándose una confirmación tácita ante el cumplimiento voluntario por los herederos al aceptar la calidad de fiduciantes.

Del articulado de la ley 24.441 no surge que se pueda afectar la legítima de los herederos forzosos por lo que el testador debe compatibilizar su voluntad con las reglas imperativas del derecho sucesorio.

Figuras como la afectación de un inmueble al régimen de la Ley 14.394 de bien de familia por la vía testamentaria o la determinación de la indivisión forzosa de los bienes hereditarios regulada en los arts. 51 a 55 del mismo ordenamiento legal, han sido consideradas excepciones al concepto de intangibilidad de la legítima, de interpretación restrictiva. *“Se ha señalado que en caso de advertirse conflicto entre los principios que rigen la legítima o la división hereditaria con los que inspiran la institución del bien de familia, deben preferirse estos últimos, adecuándose cuando sea necesario para que funciones éstas, de lo que se deriva que la ley 14.394 ha modificado implícitamente el régimen sucesorio”*.

Se sostiene que esta misma interpretación puede darse a la constitución de un fideicomiso testamentario que involucre bienes más allá de la parte disponible del causante cuando la finalidad de administración e inversión tiende a la protección y desarrollo del patrimonio del incapaz o de la familia toda.

El plazo permitido para mantener vigente un fideicomiso es de treinta años, pudiendo ser más extenso si se vincula con la incapacidad del beneficiario (art. 4, c). El efecto del fideicomiso testamentario es que no se podrá partir el haber relicto entre los herederos (beneficiarios, fideicomisarios) hasta que no se le transmitan los bienes al tiempo de la extinción. Tal plazo de treinta años, aparece como suficientemente extenso para considerarse vulneratorio del derecho de los herederos a entrar en la propiedad del acervo relicto. Pero no lo es tanto el marcado por los arts. 51 a 53 de la ley 14.394, que es de diez años, o hasta que la totalidad de los herederos adquieran la mayoría de edad, que suponiendo que al tiempo de la constitución de la indivisión recién haya nacido el más pequeño de los herederos, el plazo máximo sería de veintiún años.

La posibilidad de establecer fideicomisos testamentarios, aplicando los plazos vigentes para las indivisiones postcomunitarias hereditarias de la Ley 14.394, sería una forma viable de armonización de las leyes, que tiene que ver con la postergación de la disponibilidad de los bienes del causante.

Es impensable que el legislador del año 1994, que introduce en el derecho positivo argentino el fideicomiso de fuente testamentaria, se le hayan pasado por alto los principios de orden público que imponen la existencia de herederos legitimarios o la defensa de la intangibilidad de la legítima. No obstante ello, omitió consignar una norma expresa como sí existe en el derecho comparado, y aún en nuestros antecedentes legislativos, que prohibiera la afectación de la legítima por medio del fideicomiso.

Es posible entender que la constitución del fideicomiso testamentario, incrementa la lista de posibles excepciones a la intangibilidad de la legítima,

siempre y cuando responda a finalidades superiores, como la protección patrimonial de incapaces o de la familia misma, desplazándose de este supuesto el beneficio de terceros no legitimarios.

V.- Diferencias del fideicomiso testamentario con la institución fideicomisaria prohibida por la Ley

Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 24.441 era común leer en la doctrina nacional afirmaciones como esta: “El derecho argentino es contrario a los negocios fiduciarios mortis causa”, fundamentado en la prohibición de las sustituciones fideicomisarias y en las simples fiducias testamentarias.

El artículo 3723 del Código Civil es rígido y palmario al normar: “El derecho de instituir un heredero no importa el derecho de dar a éste un sucesor”.

La prohibición regulada de que el testador nombre sustitutos se aplica tanto para la institución de herederos como para los legados, conforme lo expresa el art. 3731 del C.C. “Lo dispuesto en este Título sobre las sustituciones de herederos es aplicable igualmente a los legatarios.”.

Atendiendo las notas que Velez Sarsfield dio al articulado, cabe recordar en este tema la del art. 3724 que dice: *“En el derecho español y en el derecho Romano se enumeran seis clases de sustituciones: 1 la vulgar, que es la que permite el artículo; 2 la pupilar, por la que el padre hace su testamento y el testamento de su hijo impúber, y le nombra heredero en el caso que muera antes de llegar a la edad de la pubertad; 3 la ejemplar, disposición por la cual los padres hacen el testamento de sus hijos impúberes, dementes o imbéciles para el caso que ellos, mueran sin haber recobrado la razón; 4 la sustitución*

reciproca hecha entre todos los herederos instituidos, por la que se llama a unos a falta de los otros, sea vulgar, sea pupilar o ejemplarmente; 5 la sustitución compendiosa, la que comprende a la vez una sustitución vulgar y una sustitución fideicomisaria. Ella valía como vulgar si el caso de la vulgar se presentaba, y como fideicomisaria si el caso de ésta llegaba; 6 la fideicomisaria subroga un segundo heredero al heredero instituido con el cargo de conservar los bienes para que a su muerte pasen al sustituido. Con excepción de la vulgar, abolimos todas estas sustituciones. La fideicomisaria, que es la principal y la única que por los escritores franceses se llama sustitución, tiene el carácter particular de la carga que impone al heredero de devolver a su muerte los bienes al heredero instituido, estableciéndose así un orden de sucesión en las familias. Esta sustitución es un obstáculo inmenso al desenvolvimiento de la riqueza a la mejora misma de las cosas dejadas por el testador. Tiene, lo que se creía una ventaja, la conservación de los bienes; pero para esto es preciso una inamovilidad estéril en lugar del movimiento que da la vida a los intereses económicos. La sustitución vulgar no tiene inconvenientes, pues no es más que una segunda institución para el caso que no tenga lugar la primera; no trastorna el orden de las sucesiones, ni tiene las propiedades inertes, ni el dominio en suspenso”.

De todas estas formas de nombramiento de sustitutos como herederos instituidos o legatarios que conoció el codificador al tiempo de la redacción del Código Civil, solo aceptó la sustitución vulgar para el caso de que el nombrado en primer término “no quiera o no pueda aceptar la herencia” (art. 3724).

La sustitución fideicomisaria quedó absolutamente prohibida, considerándose la cláusula testamentaria que la contenga, nula de nulidad absoluta, pero parcial con relación al resto del contenido testamentario y en especial a la misma institución del heredero llamado en primer término (art. 3730 y 1039 del C.C.) a la cual no perjudica, manteniendo su validez.

En la sustitución fideicomisaria por el contrario, el primer convocado por la voluntad del testador, recoge la herencia o el legado y debe conservarlo hasta su muerte para que recién en esa oportunidad se trasladen ese o esos bienes al sustituto, lo que implica que el primer instituido podrá usarlos y conservarlos pero no disponer de ellos, para mantenerlos en su patrimonio hasta su muerte y así posibilitar su traspaso al sujeto designado por el testador.

La contrariedad de inmovilizar los bienes por plazos extensos lo persuadió al codificador de no recoger en la legislación nacional esta figura, tal como él mismo lo explícito en la nota del art. 3724 del Cód. Civil.

La característica esencial de la sustitución fideicomisaria es que la transmisión al sustituto se efectiviza recién al tiempo de la muerte del llamado en primer término. En esta deben concurrir: a) un término retardando la segunda liberalidad en cuanto son sucesivas, b) Carga de conservar y restituir; c) Apertura de la sustitución por la muerte del gravado.

Téngase presente que, para el caso del dominio imperfecto que se crea a partir del fideicomiso, el bien no vuelve al titular anterior, salvo excepcionalmente, sino al tercero indicado por el fiduciante. Quedan firmes todos aquellos gravámenes o disposiciones (art. 17) que se hayan efectuado en cumplimiento de las instrucciones contractuales o testamentarias, o para el desarrollo de la administración de los bienes fideicomitados.

El artículo 17 de Ley 24.441 permite al fiduciario, (salvo pacto en contrario, lo que significa que si nada se dice en el testamento debe interpretarse que tiene la facultad de hacerlo) disponer o gravar los bienes fideicomitidos, cuando ello sea necesario para la ejecución del fideicomiso, con total independencia de la voluntad del fiduciante, ni del beneficiario.

Para los terceros que contratan con el fiduciario, y salvo que la prohibición surja de la letra del testamento que dio lugar a la constitución del fideicomiso, los negocios jurídicos de disposición que celebren con el fiduciario y que reconozcan su razón de ser en la ejecución del mismo, son negocios perfectamente válidos y eficaces, no sujetos al efecto retroactivo del cumplimiento del plazo o acaecimiento de la condición que extingue el fideicomiso.

La sustitución fideicomisaria prohibida por el art. 3723 del Código Civil, depende de la muerte del primer heredero instituido o del primer legatario, para que el segundo adquiera los bienes. Sujetar la adquisición de un derecho a la muerte de una persona física significa modalizar tal derecho a la existencia de un plazo, para el caso, un plazo incierto (art. 568 del C.C.) ya que irremediamente sucederá, lo que no se sabe es cuando.

Por su parte el fideicomiso testamentario de acuerdo a la normativa legal debe establecer el plazo a que se sujeta el dominio fiduciario (propiedad fiduciaria) el que nunca podrá durar más de treinta años desde su constitución (art. 4, apartado c), el que comenzará a correr desde la aceptación que de la constitución efectúe el fiduciario. Pero este principio tiene una excepción plasmada en la última parte del apartado c): "...salvo que el beneficiario fuere

un incapaz, caso en el que podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad”.

Mientras que en la institución fideicomisaria el derecho de uno depende de la muerte del anterior, aquí la transmisión de la propiedad fiduciaria no depende de la muerte del titular del dominio fiduciario, o sea del fiduciario mismo, sino de un plazo ajeno a su propia desaparición y sí vinculado con la vida, capacidad o incapacidad del beneficiario.

En una posición opuesta encontramos a GUSTAVINO quien considera la validez del fideicomiso testamentario sólo cuando el plazo o la condición que determina la extinción del fideicomiso y la transmisión de los bienes al beneficiario no se refieren a la muerte, sino solo a causales ajenas a ella como la mayoría de edad, la graduación universitaria, etc.

La muerte que tipifica la prohibición de la sustitución fideicomisaria es la del primer llamado como heredero instituido o legatario, y no la del tercero beneficiario, para que los bienes se transmitan al fideicomisario. Este efecto jurídico es ajeno a la muerte del fiduciario, donde además la ley prevé expresamente su sustitución.

La causa y la finalidad de la figura del fideicomiso, especialmente de fuente testamentaria, es la posibilidad de que ciertos bienes o una parte del haber relicto se entregue en fideicomiso a un sujeto de derecho para administrarlos en beneficio de alguno de los herederos o de terceros, previéndose el traspaso de este patrimonio de afectación al sucesor universal o al heredero instituido o finalmente a algún legatario, lo que no significa dar un heredero al heredero o nombrar un legatario del legatario.

Por su parte la “simple fiducia testamentaria” tampoco debe confundirse con el fideicomiso testamentario, ya que la existencia de una voluntad testamentaria secreta y oral para que sea revelada y cumplida por el heredero o por el legatario luego de la muerte del testador, y que existe paralelamente a la última voluntad escrita, sigue siendo prohibida por nuestra legislación de fondo si atendemos a que en nuestro país no se permiten los testamentos nuncupativos ni los pactos sobre herencia futura (arts. 1175, 1176, 3311, 3312, 3607, 3619, 3620, 3711, 3759 y concordantes del C.C.).

VI.- La Revocación

La ley 24.441 en su artículo 25, inc. b) dispone que el fideicomiso se extingue por *“la revocación del fiduciante si se hubiere reservado expresamente esa facultad; la revocación no tendrá efecto retroactivo.”*

Por naturaleza, el fideicomiso contractual, en principio, es irrevocable, salvo que dicha posibilidad fuera expresamente prevista en el mismo. En cambio, los testamentos y legados se caracterizan por ser revocables por el testador, así surge de la letra del artículo 3824 de C.Civil: *“El testamento es revocable a voluntad del testador hasta su muerte. Toda renuncia o restricción a este derecho es de ningún efecto. El testamento no confiere a los instituidos ningún derecho actual.”*

No surgen inconvenientes si el fiduciante testador se reservó la facultad de revocar el fideicomiso pero, si no mediare tal reserva, igual puede hacerlo en virtud del artículo 3284 del C.C.

El art. 25 de la ley alude al fideicomiso ya constituido, eficaz en su origen, por ello dispone que la revocación no tiene efectos retroactivos para

salvaguardar derechos adquiridos. Más allá de que el derecho sea revocable, el fiduciario adquirió la propiedad de los bienes.

La revocación del testamento hecha por el testador impide la eficacia del acto por lo que no hay aún fideicomiso constituido, el que se configuraría con su muerte.

Surgen problemas cuando el fiduciario fue instituido por medio de un legado (revocable aún después de la muerte del testador) ante la no ejecución de los cargos impuestos al legatario cuando han sido la causa final del legado o por incurrir en alguna conducta antijurídica prevista por el art. 3843. La no ejecución de los cargos implica el incumplimiento de las obligaciones del fideicomiso, lo que apareja la remoción y posterior reemplazo del fiduciario sin necesidad de extinguir el fideicomiso (arts. 9 inc. a y 10).

En la ley 24.441, la revocación está prevista como una facultad discrecional y sin causa del constituyente por ello, sólo procede en caso de expresa previsión en el contrato.

D).- EL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO EN EL PROYECTO DEL CODIGO CIVIL DE 1998

El proyecto de Código Civil de la República Argentina, unificado con el código de Comercio reglamenta expresamente el fideicomiso en sus arts. 1452 a 1485 del libro IV de los derechos personales, título III de los Contratos en particular, Capítulo XXII fideicomiso y dedica su sección VIII al

“Fideicomiso testamentario”, alude también a él al referirse a la legítima sucesoria en el libro VI de la transmisión de derechos por causa de muerte, título IX de la porción legítima.

Define al fideicomiso testamentario: *“es la disposición de última voluntad mediante la cual una persona (causante – fiduciante) transmite la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (sucesor – fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el testamento (beneficiario) y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al sucesor beneficiario o al sucesor fideicomisario.”*

Respecto a su contenido, este surge de la armonización de los artículos antes mencionados. Concretamente, el fideicomiso testamentario debe contener: 1- la individualización de los bienes objeto del fideicomiso testamentario, cuando ésta no fuera posible debe constar la descripción de los requisitos y caracteres que deben reunir los bienes. 2- la determinación del modo en que otros bienes pueden ser incorporados 3- el plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario 4- identificación del beneficiario 5- el destino de los bienes a la finalización del fideicomiso con indicación del fideicomisario a quien debe transmitirse 6- los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustitución si cesare.

- Determinación de bienes: está legalmente establecido la prohibición de constitución sobre una universalidad en cuanto el art. 1453 del código proyectado, al igual que el art. 4 de la Ley 24.4441, establece que el fideicomiso se debe constituir sobre bienes determinados, lo que excluye la constitución sobre una universalidad, sobre parte alícuota de un patrimonio. También prevé que aquel constituido a favor de los

herederos forzosos incapaces debe estar constituido sobre bienes determinados.

- El beneficiario: el proyecto enumera quienes pueden ser beneficiarios e introduce algunas mejoras en cuanto a la redacción de la Ley 24.441. Como innovación, permite el derecho de acrecer entre los beneficiarios; por lo que serán aplicables las normas relativas para los legatarios.

La legislación proyectada mantiene la prohibición de constituir una sustitución fiduciaria al establecer que “es inválido el fideicomiso con el fin que el fiduciario esté obligado a mantener o administrar el patrimonio fideicomitado para ser transmitido únicamente a su muerte a otro fiduciario de existencia actual o futura”.

- La legítima, el fideicomiso y la protección de incapaces: en un régimen donde la libertad de testar está restringida por normas de orden público, el fideicomiso testamentario sólo puede constituirse en la cuota parte de libre disponibilidad, limitando mucho la posibilidad de uso del instituto.

El Código proyectado contiene dos novedades en cuanto a este tema.

En primer lugar, reduce las cuotas legítimas a las que establece en $\frac{2}{3}$ para los descendientes, $\frac{1}{2}$ para los ascendientes, y $\frac{1}{2}$ para el cónyuge; en segundo lugar permite que el sistema de legítima se vea afectado temporalmente por la constitución de un fideicomiso cuando este es realizado a favor de incapaces.

Dispone expresamente que *“el testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas; si lo hace, no son válidas. Pero puede constituir fideicomiso sobre bienes determinados aún cuando excedan*

de la porción disponible, por actos entre vivos o por testamento, del cual sean beneficiarios sus herederos incapaces, el que puede durar hasta que cese la incapacidad.”.

El hecho de que en virtud de la legislación vigente, solo se puede constituir fideicomiso testamentario en la cuota de libre disposición del patrimonio priva de eficacia al instituto respecto de incapaces. Por ello, la normativa proyectada propone que en el caso de existir incapaces sean válidos los fideicomisos testamentarios a su favor aunque violen la legítima de otros herederos forzosos hasta que cese la incapacidad, siempre y cuando los incapaces beneficiarios sean herederos forzosos.

Tal tesis es válida estimando que las normas de orden público que reglamentan la legítima pueden ser limitadas cuando tiene como fin la protección solidaria de los incapaces.

E).- CONCLUSIÓN

Finalizando el presente trabajo y basándonos en el material analizado, se puede concluir en que hemos podido encontrar en este instituto, es decir, en el fideicomiso testamentario, un remedio más que eficiente para dar solución concreta a aquellos casos en que a los testadores les sucedan herederos incapaces, surgiendo así el carácter tuitivo del instituto.

Creemos, sin entrar en mayores detalles, que es necesaria una reforma a la Ley N° 24.441, en la que se contemple una regulación más concreta respecto de las distintas clases de fideicomiso y sobre todo, en lo que respecta

al tema en tratamiento –fideicomiso testamentario-, en cuanto a la íntima vinculación de éste con la legítima hereditaria, así como también para lograr una clara distinción con figuras similares. Más aun, se torna necesario señalar que, a través de la modificación propuesta, se deberá tratar de evitar mediante previsiones concretas el uso abusivo del fideicomiso testamentario, ya que éste podría ser fácilmente utilizado con otros fines ilícitos, teniendo en cuenta más que nada, que “la confianza” es un elemento fundamental en este tipo de contrato.

F).- MODELOS

I.- FIDEICOMISO TESTAMENTARIO

TRESCIENTOS NUEVE. TESTAMENTO POR ACTO PÚBLICO. VILLAR CUESTA, ROBERTO.-----

En General Pico, Departamento Maracó, Provincia de La Pampa, a los catorce días del mes de junio de dos mil ocho, ante mí, CRISTINA NOEMI ARMELLA, Notaria Titular del Registro número CINCO de este localidad y testigos que se expresarán, COMPARECE: Roberto VILLAR CUESTA, argentino, nacido el 25 de febrero de 1945, casado en primeras nupcias con Maria Ana PONT, hijo de Manuel Villar y de Celestina Cuesta, titular de la Libreta de Enrolamiento número 6.777.839 y domiciliado en Avenida Mitre 1708, de la localidad de General Pico, Provincia de La Pampa, capaz y de mi conocimiento, doy fe, quien encontrándose a mi juicio y de los expresados testigos en pleno uso y goce de sus facultades mentales, expone: que ha resuelto otorgar testamento por acto público, disponiendo de sus bienes para después de su muerte, a cuyo efecto dictó con toda claridad sus disposiciones, las que hago constar en el orden siguiente: **PRIMERA:** que se llama

como queda dicho, y que es hijo de los nombrados anteriormente, quienes a la fecha viven. **SEGUNDA:** Que contrajo nupcias con la citada Señora Pont y que de la mencionada unión nació su único hijo Esteban VILLAR PONT. **TERCERA:** Que en consecuencia su hijo es su único descendiente, y que no ha tenido hijos extramatrimoniales o adoptivos. **CUARTA:** Que instituye como sus únicos herederos a su cónyuge Maria Ana PONT o PONT de VILLAR, argentina nacida el 25 de diciembre de 1947, titular de la Libreta Cívica número 8.333.444 y al hijo de ambos Esteban VILLAR PONT, argentino nacido el 11 de marzo de 1982, soltero, titular del Documento Nacional de Identidad número 28.555.999, ambos con su mismo domicilio, de todos sus bienes presentes y futuros. **QUINTA:** Que los bienes relictos resultarán de los documentos, títulos y constancias existentes al momento de su fallecimiento. **SEXTA:** Que por este acto constituye FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN e INVERSIÓN del producido de su seguro de vida de acuerdo a las siguientes cláusulas y condiciones: **I.-** El 4 de abril de 1995 contrató un seguro de vida con la compañía Jackson National Life Compañía de Seguros de Vida S.A., bajo el número de póliza 113.333, por la suma de cincuenta mil dólares estadounidenses billetes, manteniendo la vigencia de la misma y todos los pagos al día. **II.-** En la mencionada póliza ha designado para su cobro al tiempo de su fallecimiento y en el carácter de fiduciario a su cónyuge Maria Ana PONT. Cualquier suma debida conforme a la póliza y sus cláusulas y contratos adicionales pagadera a la fecha en que el pago deba ser efectuado, será abonada en la totalidad del capital y accesorios al fiduciario designado quien recibirá ese monto en carácter de primer fiduciario nombrado y en caso de su muerte, incapacidad, inhabilitación o renuncia al Banco Roberts S.A. como fiduciario sustituto. **III.-** El fiduciario adquirirá la propiedad de la suma pagadera en virtud de la póliza en los términos del artículo 2662 del Código Civil y artículos 1 a 26 de la ley 24.441 a fin de que proceda respecto de ellos conforme las instrucciones que le imparta en ese testamento y en beneficio de los padres del testador, Manuel Villar, argentino naturalizado, nacido el 20 de agosto de 1918, titular de la Libreta de Enrolamineto 3.777.839 y Celestina Cuesta o Cuesta Villar, argentina, nacida el 6 de enero de 1925, titular de la Libreta

Cívica número 2.222.000, ambos domiciliado en la Avenida Cabildo 2345 de la localidad de General Pico, durante el plazo de diez días. **IV.-** El fiduciario tendrá la facultad de ejercer todos los derechos y acciones que le corresponden para el cobro y conservación de la suma dineraria que recibirá incluyendo la de elegir cualquiera de las opciones de liquidación. **V.-** El recibo que suscriba el fiduciario por las sumas abonadas por la compañía asegurado constituirá para la obligada, carta de pago tanto oponible al fiduciario como a los beneficiarios y fideicomisarios, tal como surge del contrato de seguro citado. **VI.-** El fiduciario deberá invertir esa suma en operaciones únicamente bancarias o financieras en plaza argentina o extranjera, para que genere un fruto civil no menor al cero setenta y cinco por ciento mensual del total del capital, suma que deberá ser entregada en forma solidaria a sus padres y que contribuirá a paliar las necesidades económicas de ellos, tan acuciantes por su carácter de jubilados de la Ex Caja de Trabajadores Autónomos. En caso de que los frutos civiles superen el índice mínimo predispuesto, el resto debe capitalizarse en procura de poder paliar futuras condiciones desfavorables del mercado de capitales. Por su parte si dadas las condiciones financieras de la plaza argentina o extranjera fuera imposible lograr los beneficios mínimos establecidos, el fiduciario deberá invertir en cualquier operatoria que considere menos arriesgada económicamente, estando obligado a entregar a los beneficiarios la totalidad del monto producido en ese carácter. **VII.-** El fiduciario gozará de los siguientes derechos: **A.-** Podrá percibir una retribución. **B.-** Podrá efectuar todos los trámites, gestiones y diligencias judiciales y/o extrajudiciales que sean necesarias para la administración e inversión de la suma fideicomitada. Por su parte tendrá las siguientes obligaciones: **1.-** Deberá rendir cuentas del ejercicio del fideicomiso cada tres meses a los beneficiarios. **2.-** No podrá disponer del capital fideicomitado salvo para afrontar el tratamiento de alguna enfermedad de los beneficiarios no soportada por la obra social para los jubilados y pensionados y hasta la suma de veinte mil dólares estadounidenses billetes. **VIII.-** A la extinción del fideicomiso el fiduciario deberá entregar la suma resultante a su esposa y a su hijo, a quienes designa fideicomisarios conjuntos y con el derecho de acrecer entre ellos. **SEPTIMA:** Que por este acto constituye FIDEICOMISO DE

ADMINISTRACION E INVERSION con relación a las acciones nominativas no endosables (1) que posee de las siguientes empresas que ofertan en plaza a saber: Ciadea, Ipako y Ledesma, de acuerdo en lo normado en la Ley 24.441 y las siguientes cláusulas y condiciones: **A.-** Designa fiduciario al Señor Guillermo Diez, argentino, nacido el 9 de julio de 1950, casado en primeras nupcias con Juana López, titular del Documento Nacional de Identidad número 9.000.111 y domiciliado en Guido 1641, de la Localidad de General Pico, a quien lo une una estrecha amistad y conoce de su idoneidad en los negocios de inversión bursátil y financieros que siempre lo han caracterizado, ello avalado por la profunda confianza que le tiene y que además deposita en él. Durante la vigencia del fideicomiso deberá administrar e invertir los títulos valores fideicomitidos para mantener el patrimonio de afectación procurando la generación de utilidades. **B.-** Que constituye este fideicomiso con la finalidad de costear los estudios de grado o de posgrado que su hijo Esteban Villar Pont, a quien designa beneficiario del mismo, desee realizar en alguna Universidad de los Estado Unidos de Norteamérica o de Europa, en la especialidad que sea su vocación. Quiere de esta forma asegurar la provisión de los fondos necesarios a tal fin, hospedaje, alimentación, vestimenta, costos arancelarios de la universidad, material bibliográfico, cobertura médica, entre otros – sin sobresaltos económicos que puedan frustrar sus metas académicas y curriculares. Es por ello que este fideicomiso se extinguirá cuando su hijo adquiera los treinta años de edad, tiempo que considera suficiente para el cumplimiento del cometido. **C.-** Le prohíbe al beneficiario ceder el derecho que tiene a este fideicomiso por actos entre vivos o mortis causa (2). Además si decidiera no estudiar ni en el extranjero, ni en el país, este fideicomiso se extinguirá debiendo el fiduciario transmitir el patrimonio fideicomitado a los fideicomisarios. **D.-** Nombra fideicomisarios a su cónyuge Maria Ana Pont y a su hijo Esteban Villar Pont en partes iguales y con derecho de acrecer entre ellos. **E.-** El patrimonio fideicomitado estará compuesto de la totalidad de las acciones nominativas no endosables que existen en la actualidad así también de cualesquiera otras que tengan al tiempo de su fallecimiento, las cuales promete mantener sin gravamen alguno (3) **F.-** Dado el carácter de patrimonio de afectación

que conformarán las acciones fideicomitidas como así también los títulos valores que en el futuro formen parte de él, separado del patrimonio del fiduciario, le solicita a éste último que mantenga una contabilidad independiente donde se detallen puntualmente las operaciones realizadas durante todo el periodo de duración del fideicomiso. Tal sistema contable le permitirá rendir cuentas al beneficiario o a la persona que éste designe, cada seis meses. **G.-** Los frutos civiles a entregarse al beneficiario serán únicamente los dividendos que generen las distintas acciones, deducidos los gastos de comisiones o tributos fluyentes de la propia administración. Los mismos deberán ser pagados en la plaza extranjera donde el beneficiario se encuentre estudiando. Le prohíbe al fiduciario distribuir aquellos producidos que provengan de la disposición de los títulos valores o las acciones emitidas por aumentos de capital por capitalización de reservas o de revalúos contables, ello para que el patrimonio de afectación no sólo guarde su integridad, sino también aumente. **H.-** Autoriza al fiduciario a que cuando lo crea conveniente disponga de las acciones fideicomitidas siempre a título oneroso y evitando los pagos aplazados, para que el producido de ellas lo reinvierta en la adquisición de otros títulos valores cotizables en plaza argentina o extranjera, evitando los negocios financieros de alto riesgo. El monto producido en el acto dispositivo en caso de no ser reinvertido en forma simultánea deberá transformarlo en moneda dólar estadounidense billetes conforme a la cotización del Banco de la Nación Argentina, tipo vendedor del día anterior al del efectivo pago. **I.-** El fiduciario deberá conducirse como un buen hombre de negocios en la administración de la cartera resultante, quedándole absolutamente prohibido celebrar operaciones ajenas al objeto de este fideicomiso. Caso contrario deberá responder con su propio patrimonio. **J.-** La administración del patrimonio de afectación le permitirá ejercer los derechos de titular fiduciario de las acciones fideicomitidas o las que adquiera en el futuro, aún los derechos políticos dentro de las empresas del área. **K.-** Deberá realizar la totalidad de los trámites, gestiones y diligencias sean ellas extrajudiciales o judiciales tendientes al resguardo del patrimonio de afectación. **L.-** El fiduciario podrá renunciar a su cargo, debiendo permanecer en él hasta que la totalidad del patrimonio fideicomitado sea transferido

al fiduciario sustituto, con notificación fehaciente al beneficiario y a los fideicomisarios. **M.-** Al tiempo de la extinción del fideicomiso el fiduciario deberá practicar una rendición de cuentas final al transmitir los bienes resultantes a los fideicomisarios. **OCTAVA:** Que revoca en todas sus partes cualquier otra disposición que llegara a aparecer por estar en este acto consignada fielmente su deliberada voluntad. **NOVENA:** No teniendo nada más que disponer, doy por terminado su testamento que es escrito, leído y firmado, en un solo acto, sin interrupción alguna, todo esto en presencia de los testigos, las hermanas Maria Florencia ALVAREZ, titular del Documento Nacional de Identidad número 11.222.111, Maria Verónica ALVAREZ, titular del Documento Nacional de Identidad número 11.222.112, todas argentinas, solteras, hijas de Juan Alvarez y de Florencia Novoa, nacidas el 2 de octubre de 1962, de cuarenta y cinco años de edad, personas capaces y de mi conocimiento, doy fe, quienes conocen al testador y lo ven y lo oyen, durante el acto, conformar su contenido, firmando el testador y los testigos mencionados, de todo lo que doy fe.-

Bibliografía

- LOPEZ de ZAVALIA, Fernando, “Teoría de los Contratos”, Bs.As. 1995.
- CARREGAL, Mario Alberto, “El Fideicomiso”, Bs.As. 1982, Ed. Universidad, págs. 19 a 179.
- KIPER, Claudio y LISOPRAWISKI, Silvio, “Teoría y Práctica del Fideicomiso”, Bs.As., 2002, Ed. Lexis Nexis Depalma, Segunda Edición, págs. 3 a 35 – 101 a 147.
- CRUSELLAS, Eduardo, ORMAECHEA, Carolina, “Contratos con Garantía Fiduciaria”, Bs. As., 1995, Ed. Abaco.
- ARMELLA, Cristina Noemi, “Fideicomiso Testamentario y Alternativas en las Relaciones de Familia”, Academia Argentina del Notariado, Bs.As. 1995.
- MEDINA, Graciela, “Reforma al Código Civil Argentino en materia Sucesoria”, biblioteca jurídica On Line.
- MEDINA, Graciela y ETCHEGARAY, Horacio “El Fideicomiso Testamentario en el Proyecto del Código Civil 1999”, Biblioteca Jurídica On Line..