FIDEICOMISO TESTAMENTARIO

ANÁLISIS DE SUS FUENTES

ESBOZO SOBRE SU FUNCIONAMIENTO

INTERACCIÓN CON EL RÉGIMEN DE LA LEGÍTIMA

1.- Consideraciones preliminares:

Resulta evidente que nuestra cultura jurídica privada nacional posee sustancial raigambre romana. Y todos sabemos que el fideicomiso tiene claros antecedentes romanos. Sin embargo, la regulación del fideicomiso que introdujo la ley 24.441 no llegó a nosotros por el influjo del derecho romano, sino por la del derecho anglo-norteamericano, tan afín al paladar del legislador de 1994 y tan ajena a la cultura jurídico privada de nuestra Nación. Demostración una vez más del avance del *common law* sobre el *civil law*.

Y adentrándome específicamente en el análisis de la figura objeto de estudio me veo constreñido a aclarar que a mi parecer el legislador de 1994 no tuvo una especial preocupación por el fideicomiso testamentario. Por el contrario, su interés fundamental estaba más bien en el otro negocio fiduciario: el contractual. Me parece, sólo me parece, que el fideicomiso testamentario fue introducido como esas cosas que se hacen bajo el principio del: “*ya que estamos*”.

No ignoro que antes del dictado de la ley 24.441, nuestra doctrina se manifestaba mayoritariamente admitiendo no sólo los fideicomisos singulares por actos entre vivos, sino también los fideicomisos singulares por actos de última voluntad¹, pero tampoco desconozco que la utilización del fideicomiso testamentario fue prácticamente nula entre nosotros.

¿Qué necesidad social tuvo en miras satisfacer el legislador de 1994 con la instauración del fideicomiso testamentario? No lo sé (¿Lo sabrán los creadores?). Resulta evidente que esta figura no respondió al clamor o necesidad social. Pero al fin, una vez entre nosotros la nueva figura, la doctrina se ha preocupado por encontrarle funcionalidad o utilidad al instituto.

2.- Análisis de sus fuentes:

2.1.- El derecho romano: En el derecho romano, el fideicomiso testamentario sí que tuvo indiscutible utilidad, pues se empleaba cuando la persona a la que quería favorecer el testador carecía de la *testamenti factio pasiva*, de manera tal que a aquél no le quedaba otra

¹ ZANNONI, Eduardo, “Derecho Civil. Derecho de las sucesiones”, T. II, pág. 412. Bs. As., 2001.

alternativa que rogar (utilizando los términos *rogo o fideicomitto*) a su heredero ejecutor para dar al incapaz un objeto particular o parte del acervo hereditario; finalidad que de otro modo no podía lograr. En un principio el cumplimiento del fideicomiso quedaba librada a la buena fe y a la conciencia del heredero fiduciario; pero en vista de que la inejecución de ciertos fideicomisos ocasionaron notables ofensas a la opinión pública, el emperador Augusto los hizo ejecutar con la intervención de los cónsules, llegando, más adelante a establecerse un pretor (*paetor fideicommissarius*) especial a tal efecto. Los senadoconsultos Trebeliano y Pegasiano concedieron a los beneficiados por un fideicomiso testamentario la condición de *loco heredis y loco legatarii*, respectivamente, y en virtud de lo cual se le transmitían las acciones hereditarias a título de *útiles*. Igualmente y por otra parte, facultaron al heredero fiduciario a retener la cuarta parte, conforme a la Ley Falcidia. En el derecho justiniano el heredero fideicomisario llegó a adquirir un derecho real sobre el objeto fideicomitado, entre cuyas facultades se encontraba la *actio rei vindicatio* que podía ejercer aún contra los terceros de buena fe, a partir del día en que, conforme se había estipulado en el testamento, debía tener lugar la entrega de la cosa a su favor².

2.2.- El derecho anglosajón: Mucho más difícil es encontrar el antecedente, explicación y utilidad del fideicomiso testamentario en el derecho anglosajón. Aquí entramos en terrenos peligrosos y desconocidos, aún para aquellos que pretenden mostrarse como baquianos conocedores de esos ordenamientos. Más sencillo parece ser encontrar los orígenes y utilidad del fideicomiso contractual, pero cuando se indaga sobre el testamentario la cuestión se torna bastante borrosa. Es que las prácticamente inexistentes limitaciones a la facultad de testar (inexistencia de legítimas) que por un lado parecerían crear un campo más que propicio para la figura; por otra parte, alcanzan una amplitud tal que, paralelamente, le harían perder toda utilidad práctica a la figura.

Algunos creen encontrar el origen del fideicomiso testamentario en el derecho inglés en un fenómeno que se presentó durante la centenaria guerra de “las Dos Rosas”. Los bienes de los vencidos estaban expuestos a ser confiscados por los vencedores, como pena por el delito de alta traición que el vencedor imputaría a los vencidos: resultarían quienes resultaren triunfadores y caídos. Para evitar estas presumibles confiscaciones, los que participaban de tal contienda transmitían sus bienes a personas ajenas a la conflagración, confiados a su buena fe (*in trust*), de manera tal que el adquirente ejercería tal propiedad para uso (de allí el nombre de *use*) exclusivo del otorgante o de sus herederos. La persona que de tal manera

² PETIT, Eugenio: citado por VILLEGORDOA LOZANO, José en “Doctrina general del fideicomiso”, pág. 3. México, 1998.

recibía tales bienes (*fofee to uses*), no podía verse alcanzada por la confiscación derivada de la pena por el delito de traición, toda vez que era ajeno a la guerra y además porque tenía la legal *ownership* sobre esos bienes. El problema se presentaba cuando este señor, muerto el transmitente, defraudaba la fe puesta en él y nada entregaba a los herederos. Entonces éstos últimos, al no contar con el *original writ* (documento con el sello del Rey que habilitaba el ejercicio de las acciones judiciales) se veían impedidos de concurrir ante las cortes de justicia; por lo cual se dirigían al Rey reclamando justicia. Aunque en verdad en esta época el Rey ya había delegado tal función en el Canciller: *guardián de su conciencia y custodio de su sello*. Las decisiones adoptadas en esta órbita dieron lugar a la llamada *equity* que pasó a ser en la práctica, como el *common law*, un derecho jurisprudencial, aunque emanado de otra jurisdicción y basados en otras pautas y principios (equidad). De allí también surgió una tradicional diferencia entre la propiedad de derecho y la propiedad de equidad. Lo cierto es que los cancilleres intervinieron, constriñendo al *feoffee* en nombre de la moral y de la equidad, a ejecutar las cargas que le habían sido impuestas, de manera tal que el *use*, originariamente librado a la confianza, concluye siendo exigible por obra de la *Equity*.

Por más afinidad que pretenda encontrarse entre esta figura y nuestro fideicomiso testamentario, hay de por medio una diferencia infranqueable: el nuestro es un acto mortis causa y como tal productor de sus efectos propios a partir de la muerte del otorgante; el *use*, en cambio, causaba sus efectos ni bien otorgado, es decir, en vida del otorgante.

Concluyendo esta primera parte, puedo sostener que nuestro vigente fideicomiso testamentario alcanza consagración legislativa sin que haya existido una clara necesidad social para su implementación; llega como mera añadidura a la regulación general del fideicomiso, la cual, a su vez, arriba principalmente por el influjo del derecho anglosajón, sistema jurídico éste que puede erigirse como antecedente del fideicomiso contractual, pero no del fideicomiso testamentario. Por tal motivo a la hora de analizar la operatividad del instituto *sub estudio*, habrá que desentenderse de las pautas propias del derecho anglosajón, y hacer un gran esfuerzo en la compatibilización de la nueva figura con nuestro sistema jurídico sucesorio, bien diverso, por cierto, a los regímenes del *common law*.

3.- Esbozo sobre el funcionamiento, finalidad y elementos del fideicomiso testamentario.

3.1.- Concepto: Enseña José Luis Pérez Lasala que: “*habrá fideicomiso testamentario cuando una persona (fiduciante o testador) transmita por testamento la propiedad*

fiduciaria de bienes determinados a otro (adquirente fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el testamento (beneficiario) y a transmitirlos al cumplimiento de un plazo o condición al beneficiario o al fideicomisario³".

3.2.- Finalidad: La finalidad del fideicomiso testamentario es la de evitar la dilapidación o mala administración de bienes por parte de herederos menores o incapaces, o carentes de idoneidad administradora, o de experiencia en determinados negocios. También se ha sostenido que el fideicomiso testamentario puede realizarse con fines de asistencia social o para favorecer a instituciones culturales, deportivas, religiosas, etc.

3.3.- Elementos: Siguiendo los lineamientos de la definición arriba indicada, podemos efectuar un somero análisis de los componentes (objetivos y subjetivos) y funcionamiento de la figura:

3.3.1- Elementos objetivos:

Se trata de un acto jurídico que conforma o integra un testamento. Participa pues, de la naturaleza jurídica, elementos, caracteres y formas propias de los testamentos. El art. 3 de la ley 24.441 dice que el fideicomiso testamentario puede extenderse en algunas de las formas previstas por el Código Civil, lo que permite interpretar que puede estar contenido tanto en el testamento ológrafo (arts. 3639 y ss.), como por acto público (arts. 3651 y ss.), como cerrado (arts. 3665 y ss.), e inclusive dentro de los testamentos especiales (arts. 3672 y ss.). Si bien el fideicomiso testamentario se confecciona en un testamento y, por ende, tendrá efectos a partir de la muerte del testador, el mismo presupone, en la práctica, un acuerdo con el fiduciario, aunque el mismo no es ni necesario ni fundamental. No imagino que el testador realice un fideicomiso testamentario sin haberse puesto de acuerdo, en vida, con el fiduciario.

El objeto debe consistir en bienes (art. 2312) determinados (art. 1 – 24.441) o determinables (art. 4 – 24.441), atendiendo a lo normado por los arts. 3751 y ss. del Código Civil.

Dichos bienes, producida la muerte del testador y aceptado que sea el cargo por el fiduciario, pasan a constituir un patrimonio de afectación, autónomo y separado denominado dominio fiduciario. Este dominio fiduciario se encuentra separado del patrimonio del causante o, mejor dicho, del caudal relicto; y separado también del patrimonio general del fiduciario. En consecuencia los bienes fideicomitidos no pueden, en principio, ser agredidos

³ PEREZ LASALA, José Luis, "El fideicomiso testamentario. Actualización del curso de derecho sucesorio", pág. 1, Bs. As., 1999. Misma definición del mismo autor en: "Curso de derecho sucesorio", Ed. Lexis Nexis, Bs. As., 2007, pág. 597.

ni por los acreedores particulares del testador (salvo fraude – art. 961), ni por los del fiduciario; sino solamente por los acreedores cuyas acreencias tengan su causa en el funcionamiento del fideicomiso, conforme las pautas que establece la propia ley. Los acreedores del beneficiario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitidos y subrogarse en los derechos del beneficiario (arts. 14, 15 y 16 – 24.441).

El dominio fiduciario (art. 2662) es un dominio imperfecto originado en un negocio jurídico *inter vivos* o *mortis causa*. Su imperfección deriva de dos limitaciones inherentes a su naturaleza: Por un lado: su falta de perpetuidad, atento a que tal dominio está sujeto a durar hasta el cumplimiento del plazo o condición resolutorios (art. 4 – 24.441; arts. 3610, 553, 556 y concs.). El plazo o la condición a que se sujeta el dominio fiduciario nunca podrá durar más de 30 años, salvo que el beneficiario fuera un incapaz, caso en el que podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad. Cumplido el plazo o acaecido el hecho condicionante, el dominio fiduciario se extingue y nace la obligación del fiduciario de entregar al fideicomisario los bienes fideicomitidos, cumpliendo con el régimen de transmisión conforme la naturaleza del bien respectivo.

Nunca la condición a la que se sujeta la condición resolutoria del fideicomiso testamentario puede ser la muerte del fiduciario, en tanto incurriríamos en la institución prohibida de la sustitución fiduciaria (art. 3723 C.C.).

Discutida se encuentra la situación en que la condición resolutoria fracase o se frustre; a mi entender en tal caso, habiendo –obviamente- fallecido el fiduciante, los bienes deberán transmitirse a sus herederos instituidos en testamento o, en su defecto, a sus herederos *ab intestato*, en virtud de su vocación al todo. Nunca podrá el fiduciario ser el destinatario final de los bienes, en tanto tal posibilidad se encuentra prohibida por el art. 7 de la ley 24.441. Ni tampoco podría serlo el fideicomisario en tanto no tendría sentido el cumplimiento de la condición o del plazo: sería el mismo destinatario si la condición o plazo se cumplen como si no lo hacen. Finalmente, a falta de herederos del fiduciante, corresponderá conferir el destino propio de la herencia vacante (arts. 3539 y ss.).

Por otro lado, el dominio fiduciario también se califica de imperfecto desde que las facultades del fiduciario nunca alcanzan la extensión propia del dominio perfecto, cualquiera sea la variedad de fideicomiso que haya impuesto el testador. Siempre las facultades del fiduciario (de disposición, sobre todo) estarán sujetas a la finalidad del fideicomiso testamentario dependiendo de su variedad.

Las variedades del fideicomiso testamentario pueden ser:

- a) Conservación: En esta variedad los derechos y facultades del fiduciario se asemejan a las del usufructuario, de manera tal que, vigente el fideicomiso, el fiduciario puede servirse en provecho propio de los bienes fideicomitados. Por lo tanto, en esta variedad no hay propiamente beneficiario. Al finalizar el fideicomiso el fiduciario debe entregar los bienes fideicomitados al fideicomisario, debiendo aplicarse analógicamente las reglas del usufructo.
- b) Administración: En esta variedad, además de la obligación de entregar los bienes fideicomitados al fideicomisario cumplidos el plazo o la condición, pesa sobre el fiduciario el cargo de administrar los bienes fideicomitados y entregar el producido total o parcial de tal administración al beneficiario designado a tal efecto por el testador.

3.3.2.- Elementos subjetivos o sujetos intervinientes:

- El **fiduciante – testador** es el otorgante del acto jurídico en cuestión. Sólo puede ser, obviamente, una persona física en tanto las personas jurídicas no pueden testar. Con el otorgamiento de tal acto, el testador dispone para después de su muerte la transmisión del dominio fiduciario de los bienes fideicomitados a favor del fiduciario, con determinadas finalidades, cuya extensión y contenido dependerán de su voluntad.

No obstante que el fideicomiso testamentario se confecciona en un testamento, acto jurídico unilateral, el mismo presupone tácitamente un pacto o acuerdo anterior con el fiduciario a fin de advertirlo de tal situación, aunque el mismo no es necesario ni antes ni después de la celebración del testamento.

- El **fiduciario** es la persona física o jurídica a quien se le transmite *mortis causa* la propiedad fiduciaria (art. 2662) de los bienes objeto del fideicomiso testamentario con el fin de conservar o administrar los bienes fideicomitados, a favor del fideicomisario o de éste y el beneficiario (según haya sido la voluntad del testador fiduciante), hasta el cumplimiento del plazo o condición resolutorios.

El fiduciario es un legatario particular⁴ gravado con un cargo cuyo contenido y extensión variará en cada caso, según sea la voluntad del fiduciante testador.

El fiduciario testamentario, como tal o en su calidad de tal, es un legatario, nunca un heredero, ni siquiera un heredero instituido en cosa cierta; ello sin perjuicio de que además este legatario pueda ser heredero del testador, caso en el cual el fideicomiso testamentario constituirá un prelegado. En nuestro derecho no es admisible la institución de heredero bajo condición o plazos resolutorios; en razón del principio *semel heres semper heres* o carácter

⁴ PEREZ LASALA, José Luis, "El fideicomiso testamentario. Actualización del curso de derecho sucesorio", pág. 3, Bs. As., 1999.

indeleble de la calidad de heredero, conforme resulta de la nota al art. 3341 del Código Civil. Además, no se verifica en el fiduciario el fenómeno sucesorio sustancial, es decir que: de ninguna manera subentra en posición jurídica que ocupaba el causante respecto de los bienes fideicomitidos. En consecuencia, es un mero adquirente particular *mortis causa* y con carácter fiduciario, no tiene la posesión hereditaria, ni sobre él pesa el riesgo potencial de llegar a responder *ultra vires hereditatis*.

El fiduciario testamentario es un legatario particular, y nunca de cuota (art. 3719 Código Civil), pues de conformidad a los arts. 3 y 4 de la ley 24.441 “*el testador no puede constituir el fideicomiso sobre todos sus bienes ni sobre una parte alícuota de ellos*”.

El fiduciario testamentario es un legatario particular sobre el que pesa la obligación de entregar los bienes fideicomitidos al fideicomisario (o, en su caso, a los herederos del testador); y que además, en la variedad de fideicomiso testamentario de administración, se encuentra gravado con un cargo impuesto a favor del beneficiario. Debe aclararse que la disposición testamentaria a favor del fiduciario, a pesar de la aludida obligación y del referido cargo, no pierde por ello su naturaleza de legado, pues aún cuando normalmente los legados presuponen *per se* un beneficio patrimonial para el legatario; ello no es de la esencia de la figura.

El fiduciante testador puede designar además del fiduciario principal, fiduciarios sustitutos, para el caso de que el primero no quiera o no pueda aceptar el cargo, como asimismo, para los supuestos de cese (renuncia, remoción, etc.) del cargo de fiduciario. Los legatarios – fiduciarios sustitutos, lo son con carácter condicional. En los casos en que no exista sustituto designado o que, por cualquier causa, ninguno de los designados pueda ejercer o continuar en el cargo, el juez competente designará a una de las entidades autorizadas por la ley para desempeñar tal rol (arts. 3 y 10 – 24.441).

Si bien es indispensable la aceptación del fiduciario, ello no significa –como algunos han sostenido– que se trate de un contrato; pues la aceptación del fiduciario no es una aceptación contractual sino un acto de la misma clase que la aceptación del legatario⁵.

El fiduciario debe cumplir con las obligaciones impuestas en el fideicomiso testamentario, con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios, que actúa sobre la base de la confianza depositada en él (art. 6 ley 24.441). El testador fiduciante no puede dispensar al fiduciario de la obligación de rendir cuentas de su gestión al beneficiario (al menos una vez al año); ni de la culpa o el dolo en que pudiere incurrir él o sus dependientes; ni de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos (art. 7 ley 24.441).

⁵ LOPEZ DE ZAVALÍA, Fernando: “Fideicomiso. Leasing. Letras hipotecarias. Contratos de Consumisión”, pág. 135. Bs. As. 1998.

Para cumplir con los fines del fideicomiso, el fiduciario podrá disponer o gravar los bienes fideicomitados, sin que sea necesario el consentimiento del beneficiario, salvo pacto en contrario (art. 17 ley 24.441). Tales facultades deberán surgir del testamento mismo.

El fiduciario tiene derecho al reembolso de los gastos en que hubiere incurrido en la ejecución del fideicomiso; como también a una retribución por sus labores (art. 8 ley 24.441), salvo que en el testamento se haya establecido la gratuidad de tal labor, y el fiduciario lo haya aceptado.

- El **beneficiario** es la persona física o jurídica, existente o no (en este caso deberán constar los datos que permitan su individualización futura) al tiempo de otorgarse el fideicomiso (art. 2 ley 24.441), a cuyo favor el testador fiduciante ha impuesto al fiduciario el cargo de administración de los bienes fideicomitados. Obviamente, debe aceptar el beneficio establecido a su favor, con posterioridad a la muerte del testador.

A diferencia de las figuras del fiduciante, del fiduciario y del fideicomisario que a mi entender son indispensables en todo fideicomiso testamentario; la figura del beneficiario, en cambio, es contingente, es decir, puede faltar. Habrá beneficiario sólo en la variedad del fideicomiso testamentario de administración.

El beneficiario del fideicomiso testamentario no es heredero (por las mismas razones dadas respecto del fiduciario) ni legatario⁶, sino beneficiario del cargo impuesto por el testador fiduciante al legatario fiduciario.

No ignoro que el legado y el cargo son instituciones que a veces se las puede confundir ni que la calificación de una disposición testamentaria, en uno u otro sentido, en gran medida depende de la intención del causante: elemento subjetivo de difícil determinación. Sin embargo, a mi entender no se trata de un legado, por las siguientes razones: A) El legado es una disposición autónoma que vale por sí misma, aunque no exista la institución de herederos; en cambio, el cargo es de naturaleza accesorio, que no tiene sentido sin la institución de heredero o sin el establecimiento de un legado, sobre los que pesa: tal lo que ocurre con la ventaja patrimonial que se atribuye al beneficiario del fideicomiso. B) El legado pesa siempre sobre la masa hereditaria, en cambio, el cargo puede pesar sobre un heredero o sobre un legatario particular, esto último es lo que acontece con el beneficio del fideicomiso. C) El legado debe ser hecho en beneficio de personas determinadas y actuales,

⁶ En contra: PEREZ LASALA, "Fideicomiso...", pág. 25; para quien se trataría un legado particular de prestaciones periódicas, ordenado por el causante. También en contra: MEDINA, Graciela.

en cambio, el cargo puede beneficiar a personas presentes o futuras, tal lo que ocurre con el beneficiario del fideicomiso (art. 2 – 24441).

La distinción no es meramente teórica, sino que tiene importantes consecuencias prácticas: “El legado es un acto de disposición que implica una relación directa del difunto con el legatario: el legado es causahabiente del difunto. El cargo, en cambio, es una disposición indirecta pues el beneficiario no es causahabiente del difunto, sino del gravado con el cargo, ya sea el heredero o el legatario. El cargo es pues un beneficio indirecto, en virtud de una deuda del heredero o del legatario, ajena estrictamente a la herencia. El resultado práctico de esta diferenciación es que si el beneficiario es legatario y no quiere aceptar el legado, dicho legado engrosará la masa hereditaria. En cambio, si es beneficiario de un cargo y no quiere aceptarlo, la obligación en que consiste el cargo desaparece. También las acciones que respectivamente cuentan el legatario y el beneficiario de un cargo son distintas. Por último y como veremos más adelante, la cuestión tiene trascendencia en materia de legítimas.

Por lo tanto, en caso de incumplimiento por parte del fiduciario, el beneficiario podrá ejercer la acción de cumplimiento del cargo (art. 560), acción que es de carácter personal (no real) y, en última instancia, cuando no sea posible el cumplimiento *in natura* se traducirá en una acción de daños y perjuicios. El incumplimiento del cargo no se produce *ipso iure* sino que el legatario debe ser puesto en mora. En esta materia no rige el art. 509 sobre la mora automática, porque dicho artículo fue pensado para las relaciones contractuales.

- El **fideicomisario** es la persona física o jurídica (que puede coincidir en la persona del beneficiario) a quien el fiduciario debe entregar los bienes fideicomitidos una vez cumplidos el plazo o la condición a los que el fiduciante- testador sujetó el fideicomiso testamentario.

El fideicomisario es un legatario particular, que al cumplimiento del plazo o la condición adquiere el dominio pleno de los bienes fideicomitidos. Obviamente que debe aceptar el legado establecido a su favor con posterioridad a la muerte del testador.

Cumplidos la condición o el plazo se entiende que el dominio pleno de los bienes fideicomitidos pasa *recta vía* del testador- fiduciante al fideicomisario – legatario, desde el momento mismo de la muerte del causante (arts. 3610 y 543). Ello es así desde que el fiduciario detentaba una propiedad imperfecta sobre los bienes fideicomitidos. En cambio, el fideicomisario recibe una propiedad plena y perfecta sobre tales bienes, en tanto tal derecho de propiedad lo recibe *recta vía* del testador. Sostener lo contrario (es decir, que el dominio lo transmite el fiduciario) nos haría contradecir lo dispuesto por el principio legal de que nadie puede transmitir mejor derecho del que tiene (art. 3270).

De tal manera se presenta una sucesión particular directa, sin mediación de herederos ni del legatario – fiduciario. Por eso la cosa legada se la separa – en cuanto a su titularidad- del cuerpo general de la herencia. De allí que el art. 3766 dispone que: “*El legatario de cosas determinadas es propietario de ellas desde la muerte del testador y transmite a sus herederos el derecho al legado*”. Sin perjuicio de ello, el legatario – fideicomisario no queda eximido de la necesidad de pedirle al legatario – fiduciario la entrega material del legado (art. 3767).

En consecuencia, el fideicomisario titulariza: a) la acción por reclamación del legado, que corresponde a la *actio ex testamento* del derecho romano y es de carácter personal; b) la acción reivindicatoria, puesto que, cumplido el plazo o la condición, es dueño de la cosa desde el momento de la muerte del causante (art. 3766); y c) la acción de daños y perjuicios cuando la cosa se pierda o deteriore, estando en poder del fiduciario.

No aceptado el legado por el designado fideicomisario o fracasada o frustrada la condición, el legatario – fiduciario no adquiere los bienes fideicomitidos (prohibido por el art. 7 – 24.441), sino que debe entregarlos a los herederos del testador, si los hubiere; o, en caso contrario, debe procederse conforme a lo dispuesto para las herencias vacantes.

4.- Interacción del fideicomiso testamentario con el régimen de legítima en nuestro derecho sucesorio vigente.

No me cabe duda de que el fideicomiso testamentario es una de las formas de fideicomiso “muy utilizada en el derecho anglo-americano”⁷; pero lo que no está claro –como adelanté– es cual es el origen de dicha figura en tales ordenamientos jurídicos (a diferencia de lo que ocurre con el fideicomiso contractual: *use – trust*), ni cual la utilidad que impuso el comienzo de su utilización. Sí tenemos en cuenta, para nosotros en cambio, que el fideicomiso testamentario angloamericano no puede servir de antecedente ni de fuente explicativa del nuestro, a pesar de que – debe reconocerse – nuestro fideicomiso testamentario arribó por la influencia del derecho angloamericano, aunque no de manera directa, sino más bien elíptica: fue tal sistema jurídico el que influyó en la sanción de nuestra ley 24.441, cuya principal preocupación fue el fideicomiso contractual, sin perjuicio de lo cual, se legisló también sobre el testamentario. La cuestión expuesta: no es menor ni carente de trascendencia práctica.

Conviene detenerse en eso de que el fideicomiso testamentario angloamericano no puede servir de antecedente ni de fuente explicativa del nuestro.

⁷ KIPER, Claudio, y LISOPRAWSKI, Silvio, “Tratado de Fideicomiso”, Bs. As., 2003, p. 512.-

Para empezar recordemos que el sistema sucesorio argentino es de base innegablemente romana, por lo que se enrola en el sistema llamado de la “sucesión en la persona”⁸, aun luego de la importante atenuación que sobre tal sistema provocó la Ley 17.711 con su destacada modificación al régimen del beneficio de inventario (3.363 C.Civ.)⁹.

El régimen sucesorio anglosajón, en cambio, constituye el exponente del sistema llamado de la “sucesión en los bienes”. En este sistema, “a la muerte del sujeto su patrimonio recibe, en términos generales, la consideración de un activo con un pasivo constituido por obligación que pesan como *cargas a liquidar*. El heredero no subentra en la posición jurídica del causante, permanece ajeno a ella y recibe, una vez liquidadas las cargas, los bienes relictos. De este modo el presupuesto de la sucesión en los bienes es la *adquisición del patrimonio como activo líquido*... Así planteado, los herederos no son continuadores de la personalidad del causante, ni confunden su patrimonio con el de éste, ni, mucho menos, responden *ultra vires*: es el patrimonio de la herencia el que está afectado al fin específico de satisfacer, a través de la liquidación, las deudas y cargas que lo gravan... como acontece en los países del *common law*, respecto de la sucesión, los bienes del difunto no pasan al heredero sino al *executor* (albacea), quien queda investido de la posesión de ellos hasta su distribución. Al *executor* corresponde la liquidación de las deudas y el cumplimiento de las eventuales disposiciones testamentarias; los bienes no llegan a ser propiedad de los herederos hasta que el albacea o administrador los entregue. Tanto dichos herederos, como los legatarios, no tienen intervención en el proceso, salvo los recursos ante el tribunal de la sucesión por abuso por parte del albacea. Pero todas las acciones se intentan por o contra el albacea”.¹⁰

“En derecho inglés... la herencia testada o intestada pasa al *executor* nombrado por el difunto; que debe obtener del tribunal la homologación (*probate*) del testamento; o a un administrador nombrado por el tribunal. Estos representantes legales de la sucesión (*personal representatives*) tienen por misión administrar la sucesión, pagar el pasivo y transmitir los bienes a los legatarios o a los herederos. Así, pues, la transmisión sucesoria en derecho inglés se caracteriza por dos notas: en primer lugar, la transmisión se efectúa en dos etapas por la circunstancia de la interposición entre el difunto y los beneficiarios de un intermediario que recibe la misión de liquidar la sucesión, como un síndico liquida una quiebra; en segundo lugar, esta transmisión en dos fases se efectúa por medio de un

⁸ FORNIELES, Salvador: “Tratado de las sucesiones”, T.I, p.30 y ss. Bs.As., 1.958

⁹ BORDA, Guillermo: “Tratado de Derecho Civil. Sucesiones”, T.I, p. 23 Bs.As., 1.987

¹⁰ ZANNONI, E. op. Cit. Ps. 17 a 19

procedimiento que requiere necesariamente la intervención de los tribunales y cuyas sucesivas operaciones se escalonan en el tiempo”.¹¹

Con lo dicho, ya podrá ir advirtiéndose la razón de mi afirmación relativa a que *el fideicomiso testamentario angloamericano no puede servir de antecedente ni de fuente explicativa del nuestro*. Pero hay más:

Como es sabido nuestro sistema sucesorio posee entre sus ejes centrales al régimen de legítimas o reservas, también de innegable fuente romana¹². En virtud de la legítima o reserva, los sujetos beneficiados con tal régimen “no pueden o no deben ser afectados por desprendimientos que puedan resultar de disposiciones contenidas en el testamento de *cujus*”¹³. “*La legítima es una limitación legal y relativa a la libertad de disponer por testamento o donación, que lleva como consecuencia la reserva de una porción de la herencia o de bienes líquidos a favor de los denominados legitimarios, de cuya porción pueden ser privados por justa causa de desheredación invocada en el testamento*”¹⁴. Nuestro derecho sucesorio, como decía Rébora, ha protegido enérgicamente al régimen de las legítimas (arts. 3598, 3599, 3600, 3715 y conc. C. Civ.), siendo considerado de *orden público* por calificada doctrina¹⁵. Para más, como decía Bibiloni, “*nuestro Código es, de los modernos, el que concede menos parte disponible al testador*”¹⁶ (arts. 3593, 3594, 3595, C. Civ.), cuestión que podrá discutirse de *lege ferenda*¹⁷, pero que hoy sigue siendo nuestro derecho vigente.

Frente a ello nos encontramos con el llamado sistema de *libertad absoluta de testar*¹⁸, cuyos cultores son, precisamente, ciertos ordenamientos jurídicos del llamado derecho anglosajón. De Gásperi nos informa de la vigencia de tal sistema en “la legislación inglesa, la zelandesa y la de algunos de los Estados de la confederación norteamericana, como Georgia, Nueva York, Ohio, California, Montana, etc.”¹⁹

No es tarea sencilla precisar cronológicamente ni determinar cual es el origen del sistema de *libertad absoluta de testar* en el derecho inglés (fuente del resto de los ordenamientos del *common law*). Parece – y así lo recordaban Sir William Blackstone y Ganvill – que no siempre fue así y *parece*, sólo parece, que el origen de este sistema, en nada se asemeja a la hidalga evolución del derecho romano; sino que más bien fue el resultado de una situación

¹¹ SIMÓ SANTOJA: “Derecho sucesorio comparado”, p. 501: Citado por ZANNONI E. op.cit. p.19.

¹² DE GÁSPERI, Luis: “Tratado de derecho Hereditario”; T.III, p. 413 y ss. Bs As. 1.953. El citado maestro desarrolla un prolijo y muy completo tratamiento del devenir histórico de la figura hasta el Código de Vélez.

¹³ REBORA, Juan Carlos: “Derecho de las sucesiones”, T. II, p.67 Bs.As. , 1.952

¹⁴ PEREZ LASALA, J. L., “Curso...”p.799.

¹⁵ PEREZ LASALA, J. L., “Curso...”p.25.

¹⁶ Anteproyecto, T. III, Nota al Art. 3163

¹⁷ AZPIRI, Jorge y REQUEIJO, Oscar: “Fideicomiso y Derecho sucesorio”, LL 1995 – D- 127.

¹⁸ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís:” Derecho de Sucesiones”, T.II, p. 9; Barcelona 1973.

¹⁹ DE GASPERI, Luis: op. Cit. T. III, P. 421

un tanto escandalosa e inmoral. *Parece, solo parece*, que el origen se encuentra en ciertos amoríos, desamores y ambiciones desmedidas del famoso jurista Sir Edgard Coke, quien se valió de su prestigio e influencias (llegó a ser *consejero del Rey*) para obtener un beneficio personal como de la clase social que representaba. “¿Cómo pudo esta regla ser aceptada en países como Inglaterra y prácticamente en todos los Estados Unidos? El dato conmueve no sólo al comparatista sino al historiador, al juez, etcétera. El historiador afirma: *para cualquier inglés, el moderno derecho que autoriza al padre a dejar al propio hijo sin un céntimo es tan obvio que puede ser considerado como algo profundamente enraizado en el carácter nacional*. El juez repite: *Me causa placer decirlo: Éste es el derecho de Inglaterra. Una persona tiene derecho de hacer un testamento injusto, irracional y hasta cruel*”²⁰

En fin, un sistema sucesorio tal, podrá enorgullecer a las gentes del *common law*, tan admiradas por nuestro legislador de 1994; pero sin duda alguna repugna a nuestra cultura jurídica nacional y en consecuencia, ninguna figura jurídica –sucesoria del derecho angloamericano – fideicomiso testamentario incluido-, servirá de fuente o base interpretativa para las propias de nuestro derecho.

Así las cosas: esta claro que nuestro fideicomiso testamentario tendrá un amplio campo de operatividad cuando el testador carezca de legitimarios, pero ese campo será limitado cuando sí los tenga y “muy limitado”, cuando tenga descendientes (art. 3593 C. Civ.). En este último supuesto, y de afectarse las legítimas con el fideicomiso testamentario, los perjudicados contarán con los medios propios de protección de la legítima, fundamentalmente con la acción de reducción, cuya operatividad, como bien se ha dicho, *puede hacer cambiar y hasta hace peligrar la subsistencia del fideicomiso*.²¹

Sobre el particular debe tenerse presente que:

- Los bienes fideicomitidos deben tomarse en cuenta a la hora de establecer la masa que sirve para determinar la legítima.
- No ocurre lo mismo, a mi entender, respecto de los frutos o rentas que constituyen el objeto del cargo a favor del beneficiario; toda vez que, como he dicho, para mi el beneficiario no recibe en legado, sino un cargo²².

²⁰ Ver un detallado análisis de la cuestión en : KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída: “Nuevamente sobre el fideicomiso sucesorio y la legítima del heredero”: Rev. Dcho. Priv. y Com. 2001 1-3, p. 276 y ss. Santa Fé, 2002.

²¹ PEREZ LASALA, J.L. “Fideicomiso...”, p. 23.

²² En contra: PEREZ LASALA, J.C.: “Fideicomiso...” ps. 24 y 25. Como anticipé, para este autor, los frutos o rentas constituyen un legado particular de prestaciones periódicas, o mas bien, tantos legados como periodos sucesivos haya (art. 3794, 1º parte). Por lo tanto, para este autor, dichos frutos o prestaciones deberán tenerse en cuenta al momento de determinar la masa para calcular la legítima.

- No puede computarse a los fines de establecer la legítima individual, los bienes que hubiese recibido él o los legitimarios, sea en calidad de fiduciario, beneficiario o fideicomisario; pues en cualquier caso, se atentaría contra la norma imperativa y de orden público contenido en el art. 3598 C.Civ.²³.

Como puede advertirse, la restricción a la operatividad del fideicomiso testamentario, en nuestro derecho, existiendo legitimarios, es verdaderamente importante. Como bien se ha dicho: “Existiendo herederos forzosos el causante solo podría afectar bienes determinados a un fideicomiso en la medida que dichos bienes no exceda, en valor, a su porción disponible (art. 3601 y 3605 C.Civ.). En caso de que la superaran los herederos pueden demandar la reducción del legado que afecta a bienes fideicomitidos”²⁴.

En fin: la Ley 24.441 trajo de la mano de un sistema jurídico totalmente ajeno a nuestro derecho sucesorio vigente, una figura que – por tal razón – no puede encontrar su fuente ni antecedentes explicativos en ese derecho. Instituto cuya necesidad social de implementación no llega a advertirse y menos aún, manteniéndose incólume la base fundamental de nuestro derecho sucesorio de tan *altas* porciones legítimas. Llegó además, el fideicomiso testamentario, regulado incidentalmente, como un pequeño apéndice de la figura que verdaderamente le importaba al legislador: el fideicomiso contractual. Es verdad que algunos interrogantes interpretativos pueden subsanarse recurriendo a las pautas legislativas dadas para el contractual, pero no menos cierto es que muchos otros no. La escueta y presuntuosa norma contenida en el art. 97 de la Ley 24.441 puede llegar a tener algún valor respecto de la figura principalmente legislada en dicha ley (el fideicomiso contractual en sus diversas formas), pero de ningún modo puede borrar de un plumazo las bases fundamentales de nuestro derecho sucesorio vigente.

Mauricio Moyano.-

²³ ZANNONI, E. op. Cit. P. 416

²⁴ ZANNONI, E. op. Cit. P. 416