

---

# FIDEICOMISO TESTAMENTARIO EN URUGUAY

**ANDREA ALTERWAIN BRÜCK**

Master en Derecho de la Empresa

## SUMARIO:

I. A MODO DE INTRODUCCION. II. ORIGENES DEL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO. III. SUSTITUCION FIDEICOMISARIA  
IV. FIDEICOMISO TESTAMENTARIO EN NUESTRA ACTUAL LEGISLACIÓN. V. COMENTARIO FINAL. BIBLIOGRAFIA

## I. A MODO DE INTRODUCCION

Como bien señala el Dr. Gustavo Ordoqui Castilla en su trabajo sobre el Fideicomiso, en el ámbito del derecho de familia la figura del negocio fiduciario tiene particular significado para proteger la situación en que se pueden encontrar dementes, ancianos o menores de edad. En este sentido, la figura del fideicomiso permite que una persona afecte determinado patrimonio hacia la obtención de determinado fin, que puede ser precisamente, el proteger a esas personas, asignando la responsabilidad de administración y custodia del patrimonio, a un fiduciario.

Como puede apreciarse desde un comienzo, la función del sujeto denominado “fiduciario” será esencial a los fines del fideicomiso. Es por este motivo que la autora argentina Bettina Freire<sup>1</sup> señala que el futuro del fideicomiso dependerá en gran medida, del buen nombre y prestigio de quienes asuman el rol de fiduciarios y del uso lícito que se le dé a esta figura. La autora citada propone imaginarse lo dañino que sería para su imagen que personas inescrupulosas o que no se encontrasen debidamente capacitadas profesionalmente, realicen manejos poco claros de propiedades o fondos transferidos bajo esa modalidad.

## II. ORIGENES DEL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO

### A) Derecho romano <sup>2</sup>

Señala el Esc. Gerardo Caffera en su trabajo sobre el Contrato de Fideicomiso que el fideicomiso nace en Roma exclusivamente como una disposición de última voluntad dentro del régimen sucesorio y como una forma de eludir prohibiciones que recaían sobre ciertas personas para recibir bienes en calidad de legatarias: estaba prohibido testar a favor de peregrinos (sujetos que no eran ciudadanos romanos) y la categoría de los incapaces para disponer o recibir por testamento era muy amplia.

El fideicomiso era un simple ruego del causante (Fideicomitente) a una persona de su confianza (Fiduciario), a quien le transfiere su herencia o una porción de la misma, para que se la transmita a un tercero (Beneficiario). En sus comienzos, por su carácter de mero ruego, no se concedía acción judicial para exigir su cumplimiento, el cual dependía por completo de la lealtad y conciencia de la persona a quien se le hacía el ruego.

Con el emperador Augusto (28 a.C. – 14 d.C.) se impone el principio de exigibilidad de los fideicomisos: por implicar una obligación moral y no jurídica, los fideicomisos se sustancian ante el Cónsul mediante un procedimiento extraordinario, luego ante un magistrado especializado y en las provincias, ante el gobernador. Finalmente todo el sistema del fideicomiso testamentario fue regulado por los sendoconsultos Trebelino y Pegasiano, y al llegar a la época de Justiniano, el régimen de los fideicomisos terminó asimilándose al de

<sup>1</sup> Señalado por el Dr. Gustavo Ordoqui Castilla en su libro “El Fideicomiso”, pag. 3.

<sup>2</sup> Prescindiremos del análisis de la figura conocida como “Fiducia” con sus divisiones en “Fiducia cum amico” y “Fiducia cum creditore”, por ser antecedentes directos del Fideicomiso constituido por acto entre vivos, remitiéndonos por tal motivo únicamente a los antecedentes del Fideicomiso testamentario.

los legados y los Fiduciarios quedaron sujetos ya no sólo a la obligación moral, sino que también jurídica de cumplir el encargo, pudiendo los Beneficiarios accionar para el cumplimiento del fideicomiso.

El fideicomiso no requería la observancia de una forma: en su origen se formulaba en un escrito llamado codicilo e incluso verbalmente, por declaración hecha a quien era el beneficiario; posteriormente se generalizó el uso del codicilo y en la última época se extendieron a los codicilos las formalidades de los testamentos.

## B) Derecho anglosajón

### 1. Generalidades

El instituto del Fideicomiso tiene una estrecha relación de filiación con el Trust anglosajón. Siguiendo el desarrollo que el Dr. Francisco A. M. Ferrer realiza en su obra "Fideicomiso Testamentario y Derecho Sucesorio", vemos que el Trust es tributario del desarrollo histórico de las jurisdicciones inglesas del Common Law y de la Equity, y de la distinción respecto de la misma cosa, entre la *propiedad legal*, referida al titular del dominio (legal ownership) y la *propiedad equitativa*, que corresponde a quienes se benefician con las utilidades económicas de la propiedad (beneficial o equitable ownership); la primera regulada por el common law (derecho común) y la otra por las reglas de la equidad. Sería un desmembramiento del derecho real de dominio sobre el mismo bien en virtud del cual se reconocen dos propietarios: uno legal, titular del derecho dominial, y otro en equidad, dueño del beneficio económico.

El Esc. Cafferla claramente expone en su obra que la estructura del Derecho inglés es muy diferente a la estructura de los derechos de la familia romano - germánica: son distintas las clasificaciones que admite, los conceptos que usa, las reglas de Derecho sobre las cuales se fundamenta. No se encuentran las grandes clasificaciones de derecho público, derecho privado, etc.; en su lugar hay otras estando en primer lugar, la distinción del common law y de la equity.

En el Derecho de raíz romana, la existencia de los fideicomisos no se presume. Señala la autora argentina Graciela Medina<sup>3</sup> que en el Derecho de common law los tribunales han comenzado a analizar transacciones que en los sistemas de base romana serían observadas a través de la lente de la simulación, el fraude y/o el enriquecimiento indebido, a través de la figura del Trust o de la Fiducia.

### 2. Etapas

El Esc. Gerardo Cafferla reseña que en el Derecho inglés (de donde se traslada luego a Estados Unidos, Canadá y Australia) la figura equivalente a la fiducia romana se desarrolla en dos etapas:

a) **EL USE**, hasta la ley que liquida ese sistema en 1534.

El esquema del Use constaba de tres partes:

i) El propietario original de los bienes, denominado Settlor, quien los transmitía a otro sujeto con el encargo que los aplicara "to the use of" (traducido como "en beneficio de" o "para la utilidad de") un tercero.

ii) El propietario formal que recibía los bienes para conservarlos o administrarlos en interés ajeno, denominado Feoffee to Use.

iii) Aquél en cuyo beneficio actuaba el Feoffee to Use o a quien directamente se concedía la utilización material del bien. Este beneficiario se denominaba Cestui Que Use (traducido como "aquel que usa").

Señala Cafferla la similitud evidente entre nuestro Fideicomitente y el Settlor, el Fiduciario y el Feoffee to Use, y el Beneficiario con el Cestui Que Use. La diferencia estaría en la forma a través de la cual se protegieron los intereses de los Beneficiarios: se le reconoció al Cestui Que Use un derecho de propiedad sobre el bien fideicomitado distinto del derecho del Feoffee to Use y concurrente con el mismo.

A este resultado se habría llegado por dos razones:

i) Para el derecho inglés de esta época la propiedad no es un derecho único e indivisible. El equivalente de la propiedad es una suma de distintas facultades referentes a una cosa, la forma en que se unen esas piezas es variable y a cada una de ellas se denomina "estate". Esto permitiría concebir distintos estates sobre un mismo bien conformados por distintos conjuntos de facultades.

<sup>3</sup> "El Trust: las relaciones de familia bajo la lente de las relaciones fiduciarias" en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2001-3, pag. 256.

ii) Existía un doble sistema jurisdiccional y un doble sistema legal, ambos paralelos (Common Law y Equity Law), que permitió crear un derecho de propiedad fundado en uno de estos sistemas y otro derecho fundado en el otro.

En el trabajo de “Estudio sobre el Fideicomiso” la Dra. Gladys Fernández Formigo completa la idea al señalar que como la época en la que surgió el Use era la feudal, el Common Law imponía cargas a quienes detentaban el título de propiedad, por lo que la forma de eludirlas era permanecer con el uso y entregar a otra persona el título de propiedad. La cesión del título de propiedad posibilitó que la clase religiosa se beneficiara. A fin de que pudiera burlarse la prohibición se cedían tierras a una persona para que fueran administradas a favor de la orden religiosa. El Use era más fácil de transmitir que la propiedad legal, ya que esta última sólo podía transmitirse mediante feudo con entrega de posesión, multa o recuperación y se requería publicidad como requisito formal para poder transferirla. El Use en cambio podía ser transferido secretamente.

**b) EL TRUST**, a partir de 1534, siguiendo la misma estructura del Use pero construido sobre la base de una excepción a la liquidación del viejo sistema de Uses, tomando así un nuevo nombre.

El Trust ofrece el mismo sistema triangular de sujetos, con diferencias en la denominación: el equivalente del Fideicomitente es el Settlor o Trustor, el del Fiduciario es Trustee y el Beneficiario es el Beneficiary o Cestui Que Trust. El sistema de doble propiedad continuaría explicando las relaciones entre el Beneficiary y el Trustee.

Entre las características del Trust anglosajón, el Esc. Caffera enumera las siguientes:

- i) La admisión del Trust sin traspaso en el cual el propio Settlor se designa a sí mismo Trustee de un sector de su patrimonio que segrega del resto
- ii) La vigencia del principio de conservación del Trust del cual deriva la facultad de los jueces de designar un sustituto en caso del cese de Trustee.
- iii) La admisión de una amplia gama de Implied Trusts, en los cuales la constitución del Trust deriva de manifestaciones de voluntad tácitas o fictas.
- iv) El amplio uso de la figura del Trustee para los más diversos fines.

Advierte el autor argentino Lorenzetti<sup>4</sup> que las diferencias entre el Trust y la fiducia romana son importantes:

- i) El Trust es una institución de derecho de propiedad y no de los contratos o sucesiones, como en el caso romano
- ii) Surgen dos tipos de propiedad: el propietario legal o formal, trustee, y el propietario material o de equidad, beneficiario.

En este sentido, señala el Dr. Gustavo Ordoqui Castilla que la figura del Trust propiamente tal, exige para ser comprendida, admitir el sistema de doble propiedad, lo que es inadmisibles para el Derecho Romano y para nuestro derecho civil, donde el dueño y el propietario es único.

### III. SUSTITUCION FIDECOMISARIA

#### A) Concepto

El Dr. Eduardo Vaz Ferreira define en el Volumen Segundo del Primer Tomo de su “Tratado de las Sucesiones” a la Sustitución Fideicomisaria como la disposición por la cual el testador encarga a un heredero o legatario que conserve toda su vida los bienes que le deja y luego los retransmita, a su vez, por herencia, a un tercero. Para el mencionado doctrino, es necesario que ocurran tres elementos:

- i) Una disposición testamentaria doble o múltiple respecto de la propiedad de la herencia o de la cosa legada.
- ii) Que el heredero legatario llamado en primer término sea gravado con la carga de conservar la herencia o legado para hacerlo llegar al siguiente llamado.
- iii) Lo que se denomina *orden sucesorio*: que el momento del pasaje de los bienes de un heredero o legatario al otro, sea el momento de la muerte del primero.

La característica de esta sustitución es en el entendido del autor argentino Eduardo A. Zannoni<sup>5</sup> que los bienes quedan vinculados a la ausencia de enajenación por acto entre vivos y a la ausencia de disposición por actos mortis causa por parte del instituido como primer beneficiario.

<sup>4</sup> Citado por el Dr. Ordoqui en su trabajo sobre El Fideicomiso, pag. 6

<sup>5</sup> “Sustitución Fideicomisaria”, trabajo publicado en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2001-3, pag. 295.

## B) Orígenes

La limitación de esta sustitución fideicomisaria tiene su génesis en la Ordenanza de Orleans, francesa, de 1560; es un tema que de ahí pasó al Código Napoleónico y de él, a la mayoría de los códigos occidentales.

El autor argentino Francisco A. M. Ferrer señala que la institución del fideicomiso en sus orígenes permitía que el testador favoreciera a varios beneficiarios en forma sucesiva. Después de beneficiar al primero, podía establecer un plazo o cualquier hecho como condición (especialmente la muerte del primer beneficiario), a cuyo cumplimiento el objeto del fideicomiso debía pasar al segundo beneficiario. Y así se podía establecer indefinidamente. La obligación de restituir los bienes al beneficiario sucesivo, determinaba que el beneficiario que tenía los bienes en su poder, no tuviese facultades para enajenarlos. Debía conservarlos hasta que se cumpliera el plazo o la condición puesta por el testador (Fideicomitente), para restituirlos al heredero sucesivo.

Aquí es donde aparece la figura del *mayorazgo*: la herencia se transmitía de primogénito en primogénito (el testador podía nombrar beneficiario sucesivo a una persona no concebida ni nacida al tiempo de su muerte), con la natural consecuencia de inmovilizar los patrimonios en juego.

Señala el Dr. Eduardo A. Zannoni que en su concepción clásica, la sustitución fideicomisaria satisfizo el interés de que los bienes se mantuviesen dentro del patrimonio y al servicio de una misma familia. Debido a este "inconveniente", Justiniano puso un límite a la cadena de sustituciones estableciendo como límite máximo la cuarta generación, quedando los bienes posteriormente, libres.

Luego de la Edad Media la sustitución fideicomisaria fue combatida en cuanto constituyó un instrumento jurídico de la nobleza feudal para mantener incólumes sus patrimonios a través de sucesivas generaciones, por cuya causa finalmente se decretó su abrogación durante la Revolución Francesa.

## C) La sustitución fideicomisaria en el derecho actual.

Señala el autor Francisco A. M. Ferrer que en el Derecho Civil comparado existen dos tendencias legislativas:

a) *TENDENCIAS PERMISIVAS*: es la propia del Derecho germánico, español, portugués, etc. y de numerosos Códigos latinoamericanos que regulan este tipo de sustitución, aunque poniendo a los llamamientos sucesivos los siguientes límites:

- i) El sistema de tope máximo de grados (transmisiones o llamamientos): uno o dos según los distintos ordenamientos
- ii) El de exigir que sólo pueden ser beneficiarios personas que ya vivan o estén concebidas al fallecer el testador
- iii) El de establecer un plazo máximo de duración, dentro del cual se tiene que producir la retransmisión a favor del beneficiario

Señala Eduardo A. Zannoni que en estas legislaciones se establece que al instituido le son comunes, en cuanto sean aplicables, las normas concernientes al usufructuario porque su derecho estaría limitado a la conservación de los bienes con el deber de transmitirlos en el futuro, al sustituto.

b) *TENDENCIAS PROHIBITIVAS*: es la propia del Derecho francés y de las legislaciones influenciadas por el mismo. Estas legislaciones siguieron la tradición de la Revolución Francesa, tradición que inspiró la codificación liberal que repudió los mayorazgos y vinculaciones del antiguo régimen.

La Revolución Francesa perfiló una corriente contraria a las vinculaciones y por ello, a los fideicomisos de familia. El individualismo liberal y jurídico mostró una política legislativa adversa a la inmovilización de la propiedad inmueble.

Según Ferrer esta tendencia está hoy día debilitada en Francia por la acción de la jurisprudencia que ha evolucionado y se muestra muy tolerante con las sustituciones prohibidas, por lo que en la práctica la prohibición hoy no tendría un gran alcance. Los motivos por los cuales los tribunales se pronuncian generalmente en el sentido de que la cláusula litigiosa no es una sustitución prohibida, son:

- i) La tendencia general a asegurar el respeto a la voluntad del causante.
- ii) Ha pasado mucho tiempo desde la Revolución Francesa; las sustituciones hoy ya no son vistas con el mismo desfavor. Ya no se teme que sean el instrumento de superioridad económica y política de la nobleza como clase social.

## D) Situación en nuestro Código Civil antes de la sanción de la Ley N° 17.703.

Desde la Constitución de 1830 está prohibida en nuestro país, la fundación de mayorazgos, que de alguna manera, implican transformar determinados bienes en bienes de mano muerta, ya que dejan de estar en el comercio y quedan afectados a determinada cadena de tenencias en función de esa sustitución. Esta disposición sigue hoy día vigente. Hoy día la prohibición surge del inciso primero del artículo 9° de la Constitución, el cual claramente dispone: *“Se prohíbe la fundación de mayorazgos”*.

El artículo 865 del Código Civil (hoy derogado por la ley N° 17.703) disponía: *“Todo fideicomiso es nulo, cualquiera que sea la forma con que se le revista. Toda sustitución, fuera de las señaladas en los artículos 858 y 859, se considerará fideicomiso.”* Comentando esta norma, el Prof. Eduardo Vaz Ferreira decía que el objetivo de la misma era prohibir la sustitución fideicomisaria.

Para una normativa similar a la nuestra, el autor argentino Vélez Sarsfield<sup>6</sup> explicaba la noción de sustitución fideicomisaria de la siguiente forma: *“tiene el carácter particular de la carga que impone al heredero de devolver a su muerte los bienes al heredero instituido estableciéndose un orden de sucesión en las familias. Esta sustitución es un obstáculo inmenso al desenvolvimiento de la riqueza. Tiene lo que se creía una ventaja, la conservación de los bienes, pero para esto es preciso una inmovilidad estéril en lugar del movimiento que da la vida a los intereses económicos.”*

A modo de síntesis, quien presentara la ponencia con el Seudónimo de “Arla” en la XLIII Jornada Notarial Uruguaya en homenaje al Prof. Esc. Fernando Miranda dispone que con este panorama, estaban prohibidos los fideicomisos testamentarios: aquellos en los que los Fideicomitentes debían designar como Beneficiarios a diversas personas que debían sustituirse sucesivamente por muerte de la anterior, así como los fideicomisos realizados con la finalidad de perjudicar o menoscabar la legítima correspondiente del heredero forzoso.

## E) Sustitución fideicomisaria en la Ley N° 17.703

El artículo 34 de la nueva ley deroga el artículo 865 del Código Civil, con lo que la anterior nulidad de los fideicomisos queda ahora de pleno derecho, abolida.

Respecto de las sustituciones fideicomisarias, las mismas siguen estando derogadas. En este sentido es ilustrativo mencionar la idea que expresara el Dr. Ricardo Olivera García en ocasión de la discusión del proyecto de ley de fideicomiso en la Comisión de Hacienda del Senado, el 15 de mayo de 2003, día en que fuera invitado a concurrir: *“El Código Civil tradicionalmente prohibió el fideicomiso, lo declaró nulo. Es decir que hay una tradición pesada y adversa en materia de fideicomiso testamentario, nada menos que en el Código Civil de Narvaja. Leyendo con detenimiento al Profesor Vaz Ferreira, quien en su tratado estudia con gran detalle todo el tema del fideicomiso testamentario, podemos ver que lo que él dice es que esa prohibición del fideicomiso está motivada por la intención del Legislador de evitar la sustitución fideicomisaria, que es el instituto por el cual el testador encarga por última voluntad a otro, es decir, le transfiere los bienes, encomendando que cuando él fallezca, a su vez, los teste a favor de un tercero. Ante esto, el derecho sucesorio vio con disfavor la sucesión testamentaria, porque era una especie de bien de mano muerta, un bien que salía del comercio de los hombres. Entonces, nos pareció que era excesivamente gravoso para un régimen prescindir de la fuente testamentaria de fideicomiso en aras de prohibir uno de los objetivos que el mismo podía cumplir. Por lo tanto, lo que se prohíbe es la sustitución testamentaria a través del fideicomiso. Es decir que se trata de lo mismo que el Legislador francés y el nuestro quisieron prohibir con esta norma, pero acotándolo al objeto de la prohibición y manteniendo la posibilidad de que los fideicomisos puedan constituirse en mortis causa en todos aquellos casos en donde no exista sustitución fideicomisaria, que es lo que el Legislador civil quiso prohibir.”*

El artículo 35 de la ley sustituye el artículo 866 del Código Civil, quedando el mismo redactado en los siguientes términos:

«866.- Serán nulas en la sustitución fideicomisaria las cláusulas que dispongan:

1°. Declarar inalienable todo o parte de la herencia.

2°. Llamar a un tercero al todo o parte de lo que reste de la herencia al morir el heredero.

<sup>6</sup> Citado por Claudio M. Kiper y Silvio V. Lisoprawski en su Tratado de Fideicomiso, pag. 517.

<sup>7</sup> Extraído de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley (hoy ley N° 17.703) el 20 de noviembre de 2002.

3°. La que, sin cumplir los requisitos previstos por la ley de fideicomiso, tenga por objeto dejar a uno el todo o parte de los bienes hereditarios, para que los aplique o invierta según las instrucciones que le hubiere comunicado el testador (artículo 783)».

Comentando esta norma (en la redacción anterior a la modificación), entiende el Profesor Eduardo Vaz Ferreira que la prohibición alcanza tanto a los casos en que la instrucción fiduciaria es secreta (artículo 783 del Código Civil) como aquellos en que no lo es (artículo 866 del Código Civil).<sup>7</sup>

El fundamento de esta prohibición es evitar las disposiciones testamentarias en fraude a la ley que instituyeran como beneficiarios a personas incapaces de adquirir por testamento o que se pretendiera con este instituto burlar a los acreedores.

Los antecedentes de Derecho comparado, sin excluir la posibilidad de constitución de un fideicomiso por testamento, prohíben los fideicomisos secretos y los realizados en fraude a la ley, buscando contemplar el fundamento de restricciones semejantes existentes en sus respectivas legislaciones.

## IV. FIDEICOMISO TESTAMENTARIO EN NUESTRA ACTUAL LEGISLACIÓN

### A) Introducción

Los conceptos que a continuación se expondrán respecto de las obligaciones, derechos, responsabilidades de las partes del negocio de fideicomiso, así como el objeto, la finalidad y las causas de extinción del mismo, son las mismas que las que resultan del estudio del negocio de fideicomiso en general, con las adaptaciones y modificaciones propias de las diferencias entre las distintas situaciones que entran en el fideicomiso: fideicomiso de garantía, fideicomiso financiero y fideicomiso testamentario (clasificados según sus fines) y fideicomiso contractual, fideicomiso legal y fideicomiso testamentario (clasificados según su origen).

Asimismo, si bien la ley N° 17.703 regula varios aspectos del fideicomiso testamentario, varias de sus disposiciones deben ser complementadas con las disposiciones del Código Civil, de forma tal de armonizar ambos textos: la ley y el Código Civil.

### B) Definiciones doctrinarias

#### 1. Del Fideicomiso en general

El Dr. Ordoqui señala que la doctrina ha sido prácticamente uniforme en el sentido de individualizar al fideicomiso como un tipo de negocio fiduciario. Indica que ello se debería a que la esencia de ese negocio constituye el que una determinada persona atribuye a otra un determinado patrimonio en interés de otros, configurándose junto a ésta transferencia de dominio, una relación obligacional conexa que se contrae entre quien asigna el patrimonio y quien lo recibe, de manera que este patrimonio esté afectado necesariamente a la concreción de determinados fines.

El autor Sergio Rodríguez Azuero<sup>8</sup> ha sostenido que no es fácil dar un concepto universal sobre fideicomiso por cuanto en Latinoamérica se han adoptado distintas nociones que obedecen a diferentes teorías sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso. La postura mayoritaria entiende que el fideicomiso es un negocio jurídico en virtud del cual se transfieren uno o más bienes a una persona con el encargo de que los administre o enajene, y con el producto de su actividad cumpla una finalidad establecida por el constituyente (sujeto denominado "fideicomitente"), en su favor o en beneficio de un tercero. La esencia del negocio fiduciario está en que una de las partes, el fiduciario, recibe un determinado patrimonio a título de confianza, por lo que no podrá hablarse de título oneroso o gratuito.

En líneas generales entendemos que la idea que el autor argentino Jorge Roberto Hayzus brinda en su obra de Fideicomiso, es sumamente clara: el fideicomiso lo esquematiza como un triángulo equilátero donde la base es la relación entre el dueño de los bienes (fideicomitente) y las personas a las cuales ha elegido como destinatarias de los mismos (beneficiarios). Por otro lado, el dueño se vincula con la persona o entidad a la cual va a transferir la propiedad de los bienes (fiduciario). Finalmente, el fiduciario queda ligado contractualmente a los beneficiarios en virtud de las estipulaciones del contrato que le obligan a mantener los bienes y darles el destino previsto por el fideicomitente.

<sup>8</sup> Citado por el Dr. Ordoqui en su trabajo sobre El Fideicomiso, pag. 20.



## 2. Del Fideicomiso Testamentario en particular

Cuando las personas que resultarían beneficiadas son personas menores de edad o sin experiencia en el manejo de capitales o incapacitados, o de edad avanzada, señalan los autores argentinos Kiper y Lisoprawski que la figura del fideicomiso testamentario resulta muy útil para su protección.

Una posición diferente se encuentra en el autor, también argentino, Hayzus, para quien con la figura de las donaciones en vida hubiese sido suficiente. Su enfoque es que nada ha cambiado en el derecho de fondo y en que el fideicomiso testamentario es una modalidad adicional por la que puede optar el causante, con el objetivo de hacer más efectivas sus disposiciones de última voluntad.

En el terreno práctico, Hayzus plantea que el tema sucesorio presenta tres posibilidades:

- i) Dejar que se aplique la ley de herencia: es la sucesión intestada.
- ii) Hacer un testamento, respetando los derechos de eventuales herederos forzosos
- iii) Reglar el destino del patrimonio mediante la creación de un fideicomiso bajo las mismas limitaciones que el anterior numeral.

La sucesión intestada atiende a la transmisión de la herencia dentro de la red de relaciones de parentesco. El orden sucesorio suple la falta de manifestación de voluntad del causante y favorece la conservación de patrimonio dentro del marco de la familia. No obstante ello, señala Hayzus que la persona que quiere, por cualquier motivo, disponer de sus bienes en forma expresa, puede hacerlo ya sea utilizando la forma del testamento o recurriendo a la institución del fideicomiso. Con ello el causante agrega un elemento nuevo, que refuerza sus disposiciones en interés de sus herederos o legatarios: la intervención de un fiduciario a quien el testador encomienda la gestión de los bienes durante todo el tiempo necesario para llevar a cabo la distribución de ello conforme a su designio.

Los autores Kiper y Lisoprawski definen al fideicomiso testamentario como aquel que permite designar al fiduciario para que, a la muerte del causante, reciba todo o parte de sus bienes con el objeto de destinarlos a ciertas finalidades, en beneficio de otro u otros.

Asimismo diferencian el *fideicomiso testamentario* del *fideicomiso con fines testamentarios*, el cual sucede cuando el fideicomiso se constituye por contrato y en las cláusulas del fideicomiso el fideicomitente manifiesta su voluntad sucesoria, la que será cumplida por el fiduciario sin necesidad de iniciar diligencias ni de sucesión legítima ni testamentaria, no requiriéndose tampoco la intervención del órgano jurisdiccional.

### C) Constitución del Fideicomiso Testamentario

En el artículo 2° de la ley N° 17.703 se establece que el fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento. Señala el Dr. Ordoqui que el testamento es el documento, que reuniendo las solemnidades establecidas por la ley, es utilizado por una persona física capaz para disponer, después de su muerte, un patrimonio fiduciario, es decir, afectado al hecho de ser administrado por un fiduciario, y ser destinado al logro de determinados fines en beneficio de la persona a designar.

Del mismo artículo de la ley surge que el fideicomiso testamentario puede constituirse por testamento abierto o cerrado. En el certificado sucesorio se debe hacer constar la constitución de la propiedad fiduciaria, debiendo inscribirse en los casos en que así lo disponga la ley de Registros Públicos.

El testamento es un instrumento solemne y en cuanto tal debe cumplir con las formalidades prescriptas por las normas aplicables, esto es, el Código Civil.

### D) Sujetos intervinientes en el Fideicomiso Testamentario

#### 1. Fideicomitente

##### a) Generalidades

Si bien no está definido en la ley, fácilmente se desprende que es el testador, quien transmite los bienes que se someterán al Fideicomiso, estableciendo en el acto de disposición las condiciones del mismo. La transmisión se efectúa por un acto unilateral, mortis causa y de última voluntad, que es el testamento, a favor del Fiduciario.

Como al producirse el llamado testamentario al Fiduciario para que acepte el fideicomiso, el testador ya habrá fallecido, el autor argentino Francisco A. M. Ferrer señala que los derechos que la ley otorga al Fideicomitente (el testador), hay que considerar que los atribuye a sus herederos a título universal o particular.

Señala Hayzus que el fideicomitente determina tres aspectos fundamentales de un fideicomiso, a saber:

- i) La designación de un fiduciario en virtud de la confianza que se deposita en él.
- ii) La decisión de desposeerse de ciertos bienes de su propiedad y transferirlos al fiduciario.
- iii) La especificación de los fines para los cuales es instituido el fideicomiso, en particular, el nombramiento del beneficiario para el cual habrá de actuar el fiduciario.

Por aplicación de los principios generales del testamento establecidos en el Código Civil, la doctrina es unánime en entender que mientras viva el testador, puede revocar el testamento así como modificar la designación del Fiduciario. En este sentido señala Hayzus en su trabajo sobre Fideicomiso que es de la naturaleza de una disposición de última voluntad que ella sólo tenga efecto después del fallecimiento del causante, de modo tal que mientras éste siga con vida, los bienes aún le pertenecen y por ende, puede cambiar de idea y hacer un nuevo testamento que difiera del anterior. En el fondo, expone el citado autor, se trataría de la revocación del testamento y no la del fideicomiso. Este nunca llegó a regir, pues ni el Fiduciario aceptó ni tuvo lugar la transferencia de los bienes a su favor.

## b) Capacidad

Como fideicomitente actúa una persona que cuenta con capacidad para contratar. En este sentido, la capacidad para disponer y adquirir por testamento está regulada en los artículos 831 y siguientes del Código Civil, donde se establece que los impúberes (son los varones menores de 14 años y las mujeres menores de 12 años) no pueden disponer por testamento. Las personas que hayan cumplido esta edad pueden testar libremente, aunque se hallen bajo la patria potestad.

Tampoco pueden disponer por testamento las siguientes personas:

- i) Quienes se hallaren bajo interdicción por demencia aunque tuvieren intervalos lúcidos.
- ii) Quienes sin estar en interdicción no gozaren actualmente del libre uso de su razón, por demencia, ebriedad u otra causa.
- iii) Quienes de palabra o por escrito, no pueden expresar su voluntad con claridad

El Dr. Ordoqui claramente indica que quien carece de capacidad para testar no puede constituir un fideicomiso testamentario. La capacidad para testar se contempla en el momento en que se redacta el testamento, sin importar si existe o no en el momento de la muerte.

## c) Obligaciones

Las obligaciones del Fideicomitente son:

- i) Constituir la propiedad fiduciaria de ciertos bienes o derechos (patrimonio fideicomitado) a favor del Fiduciario.

Una vez que se instrumenta el negocio de fideicomiso como título hábil para transferir el dominio, el fideicomitente se obliga a entregar determinados bienes para constituir la propiedad fiduciaria.

- ii) Establecer las instrucciones de acuerdo con las cuales el Fiduciario deberá actuar (en el propio instrumento del testamento).

- iii) Abonar una remuneración al Fiduciario por su actividad, salvo pacto en contrario.

En principio la actividad del Fiduciario es onerosa. El artículo 21 de la ley dispone que a falta de fijación de la remuneración, ésta será determinada por el Juez en consideración a la naturaleza del fideicomiso y la importancia del patrimonio fideicomitado.

En el análisis de la ley de fideicomiso que el Esc. Gerardo Caffera realiza, sostiene que el radio de este artículo es más amplio que el del artículo 1834 del Código Civil en sede de arrendamiento de obra, dado que la exigibilidad de la remuneración y la posibilidad de que sea fijada judicialmente, no aparece atada al requisito de que la actividad fiduciaria forme parte de la profesión o modo de vida del Fiduciario; por lo que concluye que aún el fideicomiso no realizado profesionalmente genera derecho a exigir remuneración.



## 2. Fiduciario <sup>9</sup>

### a) Generalidades

Señala Hayzus que la riqueza acumulada en vida de una persona se manifiesta en la actualidad a escala mucho mayor que hace cincuenta años. Más allá de la propiedad inmueble (establecimientos rurales y edificios de renta) que representaba entonces la típica acumulación de capital, abarca bienes de toda índole, como participaciones en negocios particulares, tenencia de acciones de sociedades anónimas controladas, créditos a largo plazo, carteras de títulos y acciones cotizados en Bolsa, bienes en el exterior, etc. Sigue Hayzus su análisis diciendo que frente a esta realidad sería entonces de presumir que las previsiones del causante se dirigen a dotar a ese patrimonio de una administración profesional, a cargo de personas o entidades responsables y capaces de llevarla adelante en interés de los herederos.

La figura del Fiduciario es la que ha recibido en la ley, la regulación más minuciosa, en virtud de su indiscutible rol protagónico. Es la persona encargada por el Fideicomitente de administrar o ejercer los derechos transmitidos en la propiedad fiduciaria por el Fideicomitente. Así, señala el Dr. Ordoqui en su obra ya citada, que el fiduciario es el verdadero protagonista del fideicomiso ya que en él se deposita la confianza para realizar una determinada función que le ha sido asignada y es de quien depende el éxito del emprendimiento a realizar.

Los autores Kiper y Lisoprawski señalan que al estar en presencia de un contrato intuitu personae, las funciones atribuidas al fiduciario son indelegables, incedibles. Esto se ve reforzado en nuestra legislación, con el hecho de que para el caso el fiduciario renuncia o cesa en sus funciones, debe ser sustituido, con lo cual se ve que la función del fiduciario no es delegable.

La ley no exige la aceptación expresa para el cargo de Fiduciario. La misma es tácita cuando el Fiduciario comience a ejercer su cometido o cuando, conforme al inciso quinto del artículo 2º de la ley, reclame de los herederos la entrega de los bienes y derechos que constituyan el objeto del fideicomiso.

Señala Hayzus que la aceptación del beneficiario es el elemento que cierra el circuito del fideicomiso entre aquél y el fiduciario, a tenor de las disposiciones del fideicomitente. A partir de esta aceptación, el fideicomiso muestra su verdadera naturaleza jurídica: la de una estipulación a favor de terceros. Corresponde que el beneficiario acepte su condición de tal para que los efectos del fideicomiso se vuelquen hacia él.

### b) Obligaciones

Siguiendo al Dr. Ordoqui, vemos que con la entrada en vigencia de la ley, lo que era un negocio estrictamente de confianza tiene ahora mayores seguridades jurídicas, en la medida en que impone al fiduciario una serie de obligaciones de manera de asegurar un mayor éxito en su gestión.

Para el caso del fideicomiso testamentario, las obligaciones impuestas al fiduciario son las siguientes:

i) Desarrollar sus cometidos y cumplir las obligaciones impuestas por la ley y el negocio de fideicomiso, con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él (artículo 16 de la ley).

Señala el Dr. Ordoqui que esta obligación es de medios ya que no garantiza resultados sino el actuar con la diligencia debida para lograrlo. Asimismo señala que es una obligación que se funda en el principio general de buena fe, donde el factor confianza está latente en forma permanente en la relación que el negocio de fideicomiso crea, marcando pautas acerca de las exigencias que se pueden tener sobre la conducta del fiduciario. A continuación, el autor afirma que la evaluación de la conducta surgirá de comparar el modelo de actitud diligente propia de un hombre de negocios que se espera para el tipo de operación que se realiza y la efectivamente realizada por el fiduciario. Esto significa que se utilizará la figura del “estándar jurídico”, lo que supone una remisión al juez para que éste pondere según las circunstancias del caso, cual fue la conducta debida por el fiduciario y pueda determinar si actuó o no con culpa.

Entendemos que esta obligación equivale a enunciarla de la forma que la postula el Esc. Gerardo Caffera, esto es, como el ejercicio del encargo fiduciario en la forma prescripta en el negocio de fideicomiso, siguiendo para ello las instrucciones oportunamente dadas: en el caso del fideicomiso testamentario esto se traduce

<sup>9</sup> En ocasión de tratar los aspectos referentes al fiduciario, de forma deliberada se ha omitido referirse al fiduciario profesional, por entender que los conceptos derivados de su estudio, corresponden en mayor grado al caso del Fideicomiso Financiero.

en la obligación de transmitir el patrimonio fideicomitido a los beneficiarios una vez producida la causa generadora, esto es, la muerte del Fideicomitente.

Lorenzetti<sup>10</sup> advierte que el fiduciario se obliga a cumplir un encargo, con lo cual estamos en presencia de un acto de gestión al que se aplican por analogía, las reglas del mandato. Por ello, es que debe actuar con diligencia, conforme lo haría el mandatario y debe informar mediante una rendición de cuentas periódica. Además se caracteriza por la confianza extrema, lo que confiere dos características: la mayor responsabilidad y la revocabilidad.

En su gestión, señala el Dr. Ordoqui que el fiduciario tendrá facultades de administración y de disposición. En lo que refiere a la administración, debe velar para que el fideicomiso de sus frutos o rentas, realizando buenas inversiones en el orden del fin establecido. Respecto de la facultad de disponer, la norma nada ha previsto, por lo que si nada se ha previsto en el instrumento de fideicomiso, coincidimos con el citado autor en que para gravar o disponer de los bienes se debe contar con la anuencia del fideicomitente (siguiendo el criterio de las normas o pautas del contrato de mandato regulado en el Código Civil).

ii) Rendir cuentas en forma periódica. El artículo 18 de la ley dispone:

“En el negocio de fideicomiso no se podrá dispensar al fiduciario de la obligación de rendir cuentas, la que podrá ser solicitada por el fideicomitente o el beneficiario, con las formalidades que se establezcan en el instrumento de fideicomiso y en la reglamentación respectiva.

En todos los casos el fiduciario deberá rendir cuentas al beneficiario con una periodicidad no mayor a un año, sin perjuicio de lo dispuesto en el fideicomiso.

Si no se objetaren las cuentas en el plazo establecido en el instrumento de fideicomiso y, a falta de ello, dentro del plazo de noventa días desde la notificación fehaciente, las cuentas se tendrán como tácitamente aprobadas, salvo que se hubiera incurrido en falsedad u ocultamiento doloso.

Aprobadas las cuentas en forma expresa o tácita, el fiduciario quedará libre de toda responsabilidad, frente a los beneficiarios presentes o futuros y a todos los demás ante los que se hubieran rendido cuentas, por todos los actos ocurridos durante el período de la cuenta y el instrumento de fideicomiso.”

Esta información es importante del momento que permite controlar como se va realizando el fin que justificó la creación del fideicomiso. Forma parte de esta obligación, el hecho de conservar la documentación y los comprobantes que refieren a la actuación del fiduciario. No obstante ello, es dable preguntarse que aplicación tiene para el caso del fideicomiso en su modalidad testamentaria. Entendemos que es aplicable en virtud de su similitud con la normativa prevista para el caso de los albaceas en el Código Civil, cuando en el artículo 996 se establece que «*Terminada la ejecución de su cargo, el albacea dará cuenta justificada de su administración. No podrá el testador relevarle de esta obligación.*»

En opinión del Dr. Ordoqui, habría sido mejor remitirse a los artículos 332 y 333 del Código General del Proceso que regulan expresamente el procedimiento de rendición de cuentas y no establecer, tal como la ley dispone, que la omisión en el cumplimiento de este deber legal, puede ser causa de remoción. Los artículos referidos disponen:

Artículo 332 del C.G.P.: “*Todo aquél que se considerare con derecho a exigir de alguien rendición de cuentas, podrá pedir que se declare judicialmente que el futuro demandado está obligado a rendirlas. La pretensión se sustanciará y decidirá en la forma prevista por los artículos 321 y 322*” (es la vía incidental).

Artículo 333 del C.G.P.: “*Si la resolución ejecutoriada declararare que el demandado está obligado a rendir cuentas, se le intimará que las presente dentro del plazo prudencial que el tribunal le señalará. Si dentro de ese plazo se presentaren las cuentas, se discutirán en proceso ordinario. Si no se presentaren dentro de ese plazo, se estará a las cuentas que presente la parte contraria, en todo cuanto el obligado a rendirlas no probara ser inexacto. En todo caso las cuentas se discutirán en proceso ordinario.*”

iii) Mantener reserva y manejar la información recibida de forma confidencial.

Esta obligación surge del literal c del artículo 19, el cual establece la obligación de guardar reserva respecto de las operaciones, actos, contratos, documentos e información que se relacione con el fideicomiso.

Si bien el artículo comentado no trata el deber de transparencia en cuanto a informar la calidad en que actúa, los autores Kiper y Lisoprawski entienden que esta obligación deriva del principio de buena fe aplicado a la fase de las tratativas: cuando el Fiduciario se propone celebrar un contrato en ejecución de su encargo, la regla de actuación leal en la fase precontractual pondría a su cargo la obligación de informar que obra conforme a esa calidad. Con razón entiende el Esc. Caffera que este dato es vital para la formación de la voluntad de la contraparte ya que de ello dependerá si cuenta o no con el respaldo, la garantía del patrimonio fideicomitido.

<sup>10</sup> Citado por el Dr. Ordoqui en su obra El Fideicomiso, pag. 55.

iv) Llevar inventario y contabilidad separados del patrimonio fiduciario respecto del patrimonio personal.

En este sentido, el literal a del artículo 19 dispone como obligación del fiduciario: *“Mantener un inventario y una contabilidad separada de los bienes, derechos y obligaciones que integran el patrimonio fiduciario. En caso que sea fiduciario en varios negocios de fideicomiso, deberá llevar contabilidad separada de cada uno de ellos. En todos los casos la contabilidad deberá estar basada en normas adecuadas.”*

Esta obligación es una consecuencia del deber de llevar adelante una buena administración. La separación de la contabilidad debe ser real y ordenada, no estando referida únicamente al patrimonio inmobiliario sino que a todos los bienes que compongan el fideicomiso.

v) Defender el patrimonio fideicomitado ante posibles acciones de terceros.

Esta obligación surge del inciso primero del artículo 15 de la ley, el cual dispone: *“El fiduciario está obligado a ejercer todas las acciones que correspondan para la defensa de los bienes fideicomitados, tanto contra terceros como contra el beneficiario.”*

De esta norma se desprende que el fiduciario tiene no sólo la obligación de conservar y custodiar los bienes sino que incluso la obligación de practicar acciones judiciales tendientes a la defensa del patrimonio de afectación. Este deber es propio del actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios. El Dr. Ordoqui ilustra este punto con el siguiente ejemplo: si el inmueble dado en fideicomiso es ocupado por intrusos, el fiduciario debe plantear el desalojo.

vi) Transmitir el patrimonio fideicomitado al sustituto en caso de cese o de sucesividad regulada por el propio fideicomiso, permitiendo la continuidad de la gestión fiduciaria por parte del sustituto.

Esta obligación surge de la conjunción del literal b del artículo 19 y del inciso segundo del artículo 33, los cuales respectivamente disponen:

Artículo 19 literal b: *“Además de las previstas en el negocio constitutivo y en los artículos precedentes, son obligaciones del fiduciario: Transferir los bienes del patrimonio fiduciario al fideicomitente o al beneficiario al concluir el fideicomiso o al fiduciario subrogante en caso de sustitución o cese.”*

Artículo 33: *“Producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario estará obligado a entregar los bienes fideicomitados al fideicomitente o a sus sucesores, salvo que otra cosa se hubiera establecido en el negocio constitutivo. En el caso de cese del fiduciario y si no se hubiere designado sustituto, dicha entrega operará de pleno derecho.”*

La transferencia de los bienes debe ser hecha en forma completa, con todos los frutos y los beneficios que haya generado el fideicomiso y que estén subsistentes.

## c) Responsabilidades

De acuerdo a lo recién expuesto, vemos que las obligaciones a cargo del Fiduciario son obligaciones de medios. Señala el Esc. Caffera que para cumplirlas el Fiduciario debe actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios en quien se ha depositado la confianza necesaria para llevar a cabo el encargo. Sólo incurre en incumplimiento si actúa sin satisfacer dicho standard o patrón de conducta. Esto significa que la responsabilidad en toda caso, derivará de una contrastación del comportamiento del Fiduciario con la regla abstracta referida.

El inciso tercero del artículo 16 de la ley N° 17.703 establece que *“en ningún caso podrá exonerarse de responsabilidad al fiduciario por los daños provocados por su dolo o culpa grave, así como por aquellos causados por el de sus dependientes”*.

El Esc. Caffera divide la eventual responsabilidad del fiduciario en dos fases, una interna y otra externa. Siguiendo esta clasificación, vemos que en su *fase interna*, el incumplimiento de la obligación de gestión fiduciaria genera la responsabilidad del Fiduciario frente al Fideicomitente y Beneficiario. En ambos casos la responsabilidad es contractual dado que el vínculo es de carácter obligacional. Las consecuencias de este incumplimiento son:

i) La obligación de resarcir los daños y perjuicios causados, en aplicación del artículo 1342 del Código Civil.

ii) La ley no prevé la resolución del contrato como respuesta ante el incumplimiento. Las soluciones que da la ley son la posibilidad que el Fideicomitente o el Beneficiario soliciten la remoción del Fiduciario, en cuyo caso opera el mecanismo de la sustitución (si se lo hubiera previsto de forma expresa) o la extinción del fideicomiso si no hubiera sustituto previsto. Para el caso del fideicomiso testamentario la posibilidad del fideicomitente de sustituir al fiduciario siempre existe, por medio de un nuevo testamento.

En su *fase externa*, es decir que para el caso en que para cumplirse la gestión fiduciaria se contraigan obligaciones con terceros, el Fiduciario sólo responderá con el patrimonio fideicomitido. Aquí se quiebra el principio del artículo 2372 del Código Civil según el cual todos los bienes del deudor son la garantía común de sus acreedores. En caso de ser deudor, el Fiduciario goza de un régimen de separación patrimonial: tiene dos o más patrimonios (uno propio y otro u otros fiduciarios) como fideicomisos haya aceptado. Las deudas contraídas frente a terceros no están garantizadas con el patrimonio personal del Fiduciario sino que únicamente con aquellos bienes que ha recibido en virtud del fideicomiso.

## d) Derechos

Los derechos del fiduciario son:

i) Salvo estipulación en contrario, tiene derecho al reembolso de los gastos incurridos en beneficio del patrimonio que integra su dominio fiduciario y a percibir una remuneración.

El poder percibir una remuneración es la contracara de la obligación del Fideicomitente de abonarla. Ambos derechos surgen del artículo 21 de la ley, el cual dispone lo siguiente: *“Salvo estipulación en contrario, el fiduciario tendrá derecho al reembolso de los gastos incurridos en beneficio del patrimonio que integra su dominio fiduciario y a una remuneración. Si ésta no hubiere sido fijada en el contrato, la fijará el Juez teniendo en consideración la naturaleza del fideicomiso encomendado y la importancia del patrimonio fiduciario.”*

Es procedente preguntarse si el fiduciario puede ejercer derecho de retención sobre los bienes que integran el fideicomiso para el caso de que no se le paguen los gastos o la retribución oportunamente convenida. El Dr. Ordoqui plantea como posible solución, recurrir al inciso segundo del artículo 2301 del Código Civil el cual establece que *“Tampoco se puede retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda sin su consentimiento, excepto en los casos que las leyes expresamente designan.”* Con el citado autor, vemos que la norma establece que el derecho de retención exige para su efectividad un texto legal que lo autorice, lo cual no sucede a lo largo de la ley N° 17.703. Es por este motivo que el derecho de retención del fiduciario sobre los bienes dados en fideicomiso, no tendría en nuestro derecho, sustento legal.

ii) Para el caso de tratarse de legado de especie o género, tiene derecho personal a reclamar de los herederos la entrega de los bienes y derechos que constituyan su objeto. Este derecho surge de la primera parte del último inciso del artículo segundo de la ley, el cual dispone: *“El fideicomiso testamentario confiere al fiduciario derecho personal a reclamar de los herederos la entrega de los bienes y derechos que constituyan su objeto ...”*

iii) Para el caso de tratarse de legado de cosa cierta y determinada, el Fiduciario adquiere la propiedad de la misma desde la muerte del causante. Este derecho surge de la continuación de la frase anteriormente citada del artículo segundo de la ley, el cual dispone: *“... excepto en caso de recaer sobre una especie cierta. En tal caso, el fiduciario adquiere la propiedad de la misma desde la muerte del causante.”*

iv) En caso de tratarse de una institución a título universal, el Fiduciario heredero sucede conforme a los principios generales, o sea, a partir de la muerte del causante. Este derecho surge de la última oración del artículo segundo de la ley, el cual claramente establece: *“El fiduciario heredero sucede conforme a los principios generales.”*

## e) Prohibiciones

Están enumeradas en el artículo 20 de la ley N° 17.703 y las mismas son:

i) *“Afianzar, avalar o garantizar de algún modo al Fideicomitente o al Beneficiario el resultado del fideicomiso o las operaciones, actos y contratos que realice con los bienes fideicomitados”.*

Lo que se está prohibiendo en este caso es celebrar negocios de garantía accesorios para asegurar el resultado del fideicomiso.

ii) *“Realizar operaciones, actos o contratos con los bienes fideicomitados, en beneficio propio, de sus directores o personal superior, de sus parientes directos o de las personas jurídicas donde éstos tengan una posición de dirección o control”.*

Quien expusiera el tema de Fideicomiso Testamentario en las XLIII Jornadas Notariales en homenaje al Prof. Esc. Fernando Miranda con el Seudónimo de “Demeter”, afirma que la expresión “parientes directos” es sumamente imprecisa dado que con la misma no se sabe a ciencia cierta si los parientes incluidos en la prohibición son únicamente los consanguíneos o si también alcanza a los afines. Las dudas continúan para

saber si son los parientes en línea recta o en línea recta y colateral; lo mismo para el grado de parentesco que se cuenta.

iii) *“Realizar cualquier otro acto o negocio jurídico con los bienes fideicomitidos respecto del cual tenga un interés propio, salvo autorización conjunta y expresa del Fideicomitente y del Beneficiario”.*

De acuerdo a los principios generales, entendemos que lo hecho contra las normas prohibitivas es nulo, por lo que los actos o negocios jurídicos otorgados por el Fiduciario en violación de cualquiera de los preceptos del artículo 20 de la ley, irrogan nulidad absoluta.

De acuerdo al último inciso del artículo 33 de la ley, el Fiduciario también tendría prohibido adjudicarse en forma definitiva los bienes recibidos en fideicomiso. Quien firmara con el Seudónimo “Demeter” en la XLIII Jornada Notarial referida, señala que esta redacción peca de poco precisa, ya que quien tiene la facultad de adjudicar los bienes fiduciarios es el Fideicomitente: esta sería una prohibición para él, para adjudicar en forma definitiva los bienes dados en fideicomiso al Fiduciario.

## f) Cesación en el cargo

Las causales por las cuales el fiduciario debe cesar en el cargo están enumeradas en el artículo 22 de la ley N° 17.703 y, en cuanto aplicables al fideicomiso testamentario, las mismas son:

i) *“Por muerte o incapacidad judicialmente declarada, así como por la pérdida de alguna de las condiciones exigidas para el ejercicio del comercio.”*

Cuando se produce la muerte del fiduciario, los bienes fideicomitidos no pasan a sus herederos ya que estos bienes no forman parte de su patrimonio personal, debiendo en todo caso, ser transmitidos a quien lo sustituya, de acuerdo a lo establecido en el artículo 14 de la ley (referente a la sustitución del fiduciario).

Señala el Dr. Ordoqui que cuando se da la incapacidad judicialmente declarada del fiduciario, debe solicitarse de forma concomitante, la remoción judicial del fiduciario. Para proceder a la transmisión de los bienes fideicomitidos al nuevo fiduciario, se deberá contar con la colaboración de un curador que sea designado para tutelar al incapaz.

ii) *“Por disolución, quiebra, concurso o liquidación judicial.”*

Señala el Dr. Ordoqui que las hipótesis de quiebra y de disolución son únicamente aplicables a los fiduciarios personas jurídicas, ya que las personas físicas no quiebran ni se disuelven. Luego de la declaración judicial de la quiebra, quien actúa es el síndico en representación de la sociedad, de tal forma que a través suyo es posible transmitir los bienes fideicomitidos a un nuevo fiduciario.

iii) *“Por remoción judicial, a instancia del Fideicomitente o del Beneficiario, en caso de incumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley o por el negocio constitutivo.”*

En esta causal nos encontramos con la revocación, la cual se caracteriza por depender de la discrecionalidad o de la voluntad del fideicomitente, sin necesidad de recurrir a procesos judiciales. Esto es de toda lógica en los fideicomisos testamentarios, donde por definición, los testamentos son negocios jurídicos esencialmente revocables. Por esta razón es que no se debe proveer alguna justificación o invocar alguna causa o razón para remover al fiduciario.

iv) *“Por remoción judicial, a instancia de la mayoría de los acreedores que representen el 50% (cincuenta por ciento) de los créditos, en caso de incumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley o por el negocio constitutivo.”*

Señala el Dr. Ordoqui que si con el incumplimiento que justificó la solicitud de remoción judicial se causaron daños, puede acumularse la acción de remoción con la acción de responsabilidad por daños y perjuicios.

v) *“Por renuncia, cuando sea autorizada en el negocio constitutivo (el testamento) y por las causas en éste establecidas. Cuando el negocio constitutivo nada establezca, sólo podrá renunciar en caso de negativa del Beneficiario a recibir las prestaciones, o en caso de insuficiencia del producto del fideicomiso para el pago de su remuneración y siempre que el Fideicomitente o el Beneficiario se nieguen a pagarla. La renuncia tendrá efecto después de la transferencia del patrimonio objeto del fideicomiso al Fiduciario sustituto.”*

Una vez acaecido el cese del Fiduciario, se debe proceder a la transferencia de los bienes que integran el activo fiduciario a favor del sustituto. De acuerdo al artículo 14 de la ley, el sustituto es designado por el Fideicomitente, ya sea en el momento de otorgarse el negocio de fideicomiso (el testamento) o con posterioridad (nuevo testamento). Quien presentara la ponencia “Proyecto de Ley sobre Fideicomiso” con el Seudónimo “Lex” en la Jornada Notarial referida, muestra una de las lagunas del proyecto de ley (hoy día se



mantiene igual en la ley aprobada): no se prevé que en ausencia de previsiones en el sentido de designar a un sustituto en el negocio de fideicomiso, pueda darse la designación por intervención judicial.

Esta “laguna” fue considerada en la Comisión de Hacienda del Senado el 23 de julio de 2003. En esa oportunidad el Senador Gallinal manifestaba la excepcionalidad de esta situación ya que en la mayor de las veces, el fideicomitente habría previsto la sustitución del fiduciario por otro. El mencionado Senador expresaba: *“Esta es una hipótesis absolutamente excepcional porque, en todos los casos, siempre se va a prever. A mi juicio, si se da ese hecho absolutamente excepcional todo aquel que tenga un interés directo vinculado con el fideicomiso –ya sea porque es el beneficiario, el fideicomitente, o porque existe alguna otra razón– tiene derecho a promover ante el Juez competente que se haga la designación judicial provisoria y urgente de un fiduciario sustituto.”*

Respecto de la posibilidad de designar varios fiduciarios, el artículo 13 de la ley dispone que para el caso en que el fideicomitente designe varios fiduciarios para que sucesivamente desempeñen el fideicomiso, deberá establecer el orden y las condiciones en que hayan de sustituirse.

Si bien señalado por Giraldi<sup>11</sup> para la legislación argentina, también procedería su aplicación a nuestra legislación: la enumeración de situaciones en las cuales el fiduciario cesa puede verse incrementada, por lo que la enumeración no sería taxativa, refiriéndose a causas de cesación previstas en el propio instrumento de fideicomiso mas otras implícitamente comprendidas en los alcances del artículo que las trata (impedimentos graves de salud, inhabilitación judicial, ocultación o ausencia, etc.).

### 3. Beneficiario

#### a) Generalidades

Es la persona designada por el testador, a cuyo favor se ejerce el fideicomiso. A diferencia de nuestra ley, la ley argentina N° 24.441 del 22 de diciembre de 1994 distingue la figura del beneficiario de la del fideicomisario en el entendido de que el primero es aquél que se beneficia con las rentas de los bienes fideicomitados, que se administran a su favor; mientras que el segundo es llamado a recibir la propiedad de los bienes fideicomitados cuando el fideicomiso se extingue.

Señala el Esc. Caffera que nuestra ley no desconoce la función particular de ser el destinatario final de los bienes, pero a diferencia de la ley argentina (para la cual esta función es la del fideicomisario), en el inciso segundo del artículo 33 de la ley, la subsume dentro de la figura de:

- i) El fideicomitente o sus sucesores, siendo en nuestro derecho el destinatario “natural” final del patrimonio fideicomitado o su remanente.
- ii) El beneficiario, que es el destinatario en caso de que así se hubiese establecido en el negocio constitutivo.

#### b) Legitimación

El inciso segundo del artículo 23 de la ley N° 17.703 dispone que para el caso de fideicomiso testamentario rigen los principios del Código Civil, remitiéndose a los artículos 1038, 835 y 841 del citado cuerpo normativo. El primero de los artículos referidos dispone que se requiere que el sucesor a título universal o particular exista en el momento de la apertura de la sucesión, excepto que se suceda por derecho de transmisión según lo dispuesto en el artículo 1040 del Código Civil, en cuyo caso bastará existir al tiempo de abrirse la sucesión de la persona por quien se transmite la herencia.

Continuando con los artículos a los cuales se remite la ley de fideicomiso en la especie testamentaria, vemos que el artículo 835 del Código Civil establece las causales de incapacidad para disponer y adquirir por testamento, las cuales son:

- 1) El que no estuviere concebido al tiempo de abrirse la sucesión o, aunque concebido, no naciera viable conforme a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 216 del Código Civil: de vida y haber vivido veinticuatro horas naturales.
- 2) Las asociaciones o corporaciones no permitidas por las leyes (artículo 21 inciso 2°).

Por último, el artículo 841 del Código Civil establece la nulidad de la disposición hecha a favor de un incapaz, tanto que se la disfraza bajo la forma de un contrato oneroso o usando el nombre de una interpuesta persona.

<sup>11</sup> Citado por Hayzus en su obra Fideicomiso, pag. 160.



Dado que el artículo 834 del Código Civil dispone que pueden adquirir por testamento todos los que la ley no declara incapaces o indignos, entendemos que también deben aplicarse las causales de indignidad para adquirir y disponer por testamento contenidas en el artículo 842 del citado cuerpo normativo, las cuales son:

1. "El condenado en juicio por homicidio intencional o tentativa del mismo contra la persona de cuya herencia se trata, contra el cónyuge y contra los descendientes del mismo."
2. "El heredero mayor de edad que sabedor de la muerte violenta del difunto, no la denuncia dentro de sesenta días a la justicia cuando ésta no ha procedido ya de oficio sobre ella. Si los homicidas fueren ascendientes o descendientes o hermanos del heredero o cónyuge, cesará en éste la obligación de denunciar."
3. "El que voluntariamente acusó o denunció al difunto de un delito capital."
4. "El pariente que, sabiendo ser heredero presuntivo del difunto y hallándose éste demente y abandonando, no cuida de recogerle o hacerle recoger en un establecimiento público."
5. "El que para heredar estorbó, por fuerza o fraude, que el difunto hiciera testamento o revocara el ya hecho o sustrajo éste o forzó al difunto para testar. Las causas de indignidad, expresadas en este artículo, comprenden también a los legatarios."

### c) Beneficiario no identificado y la posible coordinación con las fundaciones constituidas por acto testamentario.

El inciso tercero del artículo 23 de la ley N° 17.703 dispone: *"El beneficiario puede ser una persona futura que no exista al tiempo del otorgamiento del fideicomiso contractual, en cuyo caso deberá establecerse con precisión las características que permitan su identificación futura. El fideicomiso contractual quedará en tal caso, sujeto a la condición suspensiva de existencia de la persona beneficiaria y quedará sin efecto de no verificarse la misma dentro del plazo del año a partir del otorgamiento."*

Del citado texto, junto con el Dr. Ordoqui puede apreciarse que la determinación del beneficiario no puede demorar más de un año ya que de lo contrario, cae el fideicomiso en virtud de la condición suspensiva. A esto se le ha denominado "beneficiario condicional", o sea, supeditado a un hecho, como puede ser que se establezca que el beneficiario será un hijo que va a nacer o una sociedad que se va a formar. El caso sería el de un abuelo que quiere dejar un fideicomiso en beneficio de un nieto no nacido todavía.

Este artículo podría coordinarse con la situación prevista para las fundaciones constituidas por acto testamentario, cuya regulación la encontramos en los artículos 13 a 17 de la Ley N° 17.163, los cuales citamos a continuación:

Artículo 13. *"En los casos en que los aportes se realicen por disposición testamentaria se aplicarán las normas pertinentes del Código Civil."*

Si a la fecha de fallecimiento del testador - si se trata de testamento abierto- o al efectuarse la apertura del testamento cerrado la autoridad competente no ha reconocido la personalidad jurídica de la fundación beneficiaria, los bienes aportados quedarán bajo la custodia de la o las personas designadas por el testador a tales efectos o en ausencia de designación del albacea o a falta de éste, de los herederos o legatarios, hasta tanto se obtenga el reconocimiento referido.

Las personas mencionadas en el inciso anterior, cuando tengan la custodia de los bienes aportados a la fundación futura, serán responsables por la conservación de los mismos y por su inmediata entrega con sus frutos y accesorios, una vez que se obtenga el reconocimiento requerido."

Artículo 14. *"En todos los casos en que se designe heredero o legatario a una fundación no reconocida por la autoridad competente, los restantes herederos y legatarios así como el o los albaceas, tendrán la obligación de comunicar dicha situación al Ministerio Público dentro de los treinta días siguientes al fallecimiento del causante en caso de testamento abierto o de la apertura del testamento cerrado."*

El Ministerio Público tendrá todas las facultades necesarias para asegurar la conservación de los bienes y lograr el reconocimiento de la personalidad jurídica de la fundación y podrá solicitar al tribunal competente todas las medidas que estime necesarias a tales efectos."

Artículo 15. *"En las hipótesis de aporte de bienes por disposición testamentaria a fundaciones futuras, el reconocimiento de la personalidad jurídica de las mismas deberá ser obtenido dentro del plazo de un año computado desde el fallecimiento del causante en caso de testamento abierto o desde la apertura del testamento cerrado."*

Si por cualquier causa no se obtuviese el reconocimiento en el plazo señalado, quedará sin efecto la disposición testamentaria y se procederá con los bienes según lo previsto en el artículo 23 de la presente ley."

Artículo 16. *“Si se diera la situación prevista en el inciso segundo del artículo anterior, las personas que tengan la custodia de los bienes aportados a fundaciones futuras, los albaceas, los herederos y los legatarios, tengan éstos la tenencia de los bienes o no, quedarán comprendidos en lo previsto en el artículo 842 del Código Civil, sin perjuicio de las acciones que correspondan contra el o los responsables de la no obtención del reconocimiento de la personalidad jurídica de la fundación.*”

Lo dispuesto en el inciso precedente no será de aplicación cuando los albaceas, herederos o legatarios demuestren que han intentado cumplir con sus obligaciones respecto a la entrega de los bienes y que la misma les ha resultado imposible.”

De las citadas disposiciones surge la similitud entre ambas situaciones: así como en el caso de la ley 17.163 se puede disponer de un patrimonio a favor de una fundación a ser constituida por acto testamentario y que por ello a la fecha de la disposición todavía no existe como tal, lo mismo puede realizarse en un fideicomiso testamentario, designándose como beneficiario a una persona que no exista al tiempo del otorgamiento del mismo.

Asimismo el plazo de un año es también coincidente:

i) Para las fundaciones el plazo de un año se explica para el caso de que se designe como beneficiaria a una fundación a la fecha inexistente: debe obtener el reconocimiento de su personalidad jurídica dentro del año contado desde el fallecimiento del causante en caso de testamento abierto o desde la apertura del testamento cerrado. En caso contrario, la disposición testamentaria queda sin efecto y se liquida el patrimonio, disponiendo el Ministerio de Educación y Cultura su destino.

ii) Para los fideicomisos testamentarios cuyos beneficiarios sean personas no identificadas, también se supedita la existencia del instrumento de fideicomiso al hecho de que la persona designada como beneficiaria tenga plena existencia dentro del plazo del año.

#### d) Derechos

Frente a la obligación de gestión fiduciaria del Fiduciario, existe un derecho de crédito del Beneficiario, que es un tercero en cuyo favor se estipula la misma. Señala el Esc. Caffera que la posición del Beneficiario es la de un acreedor del Fiduciario, resolviéndose la relación sobre el eje de los derechos personales. Se trata de un derecho que pasa a formar parte del patrimonio del beneficiario y por ello, es transmisible por causa de muerte.

En particular, los derechos del beneficiario son:

i) Ejercer acciones en sustitución del fiduciario, cuando éste no lo hiciere en violación de sus obligaciones (el inciso segundo del artículo 15 de la ley dispone que el Juez podrá autorizar al beneficiario a ejercerla).

Con la doctrina mayoritaria entendemos que en este caso se ha regulado una subrogación legal a favor del beneficiario, debiéndose aplicar en consecuencia los principios que regulan la acción subrogatoria y que están regulados en el artículo 1295 del Código Civil, el cual establece: *“Podrán los acreedores pedir al juez que los autorice para ejercer todos los derechos y acciones de su deudor. Exceptuase los derechos que no ofrezcan un interés pecuniario y actual y aquellos que por su naturaleza o por disposición de a ley no pueden ser ejercidos por el deudor o que a lo menos no pueden serlo contra su voluntad por otra persona”.*

ii) Solicitar al juez la remoción del fiduciario en caso de que éste incumpla las obligaciones impuestas por la ley o por el propio instrumento de fideicomiso (el testamento).

iii) Solicitar al juez la revocación de actos celebrados por el fiduciario que le sean inoponibles, haciendo los planteos judiciales pertinentes (último inciso del artículo 17 de la ley).

#### e) Designación conjunta o sucesiva

El último inciso del artículo 1° de la ley N° 17.703 dispone que podrá haber pluralidad de fideicomitentes y de beneficiarios. Para el caso de que sean varios los beneficiarios designados y, al tenor del artículo 24 de la ley, los mismos podrán gozar de sus derechos en forma conjunta o sucesiva, con excepción de la hipótesis prevista en el literal a del artículo 9° de la ley, el cual prohíbe y sanciona con nulidad absoluta, a los *“Fideicomisos testamentarios en los que se designen diversos beneficiarios en forma sucesiva, procediendo la sustitución a la muerte del beneficiario anterior.”*

En este sentido, el 22 de mayo de 2003, el Dr. Ricardo Olivera García, en la Comisión de Hacienda del Senado, exponía que: *“lo que nos parece interesante es no penalizar el fideicomiso por una aplicación especial y específica del fideicomiso, que tradicionalmente el Legislador quiso impedir. Nos parece mucho más*

*razonable que, si la prohibición del fideicomiso pretendía evitar la sucesión fideicomisaria, en realidad se prohibiera la sucesión fideicomisaria y no el fideicomiso en sí mismo, como institución, que podía tener alcances mucho más variados que éstos.”*

Continúa diciendo el artículo 24 de la ley, que para el caso de designación conjunta, salvo disposición en contrario, se repartirán los beneficios obtenidos por partes iguales. Para el caso que alguno de los beneficiarios designados en forma conjunta no acepte, no llegue a existir o no pueda ser determinado, los beneficios que éstos debieran percibir se deberán repartir por partes iguales entre los demás beneficiarios, salvo que otra cosa se dijere en el instrumento de fideicomiso. Finalmente se establece que pueden también designarse beneficiarios sustitutos para el caso de ausencia de aceptación.

De esta norma se desprende que el o los beneficiarios deben aceptar su condición de tales. Ello se explica porque nadie puede estar obligado a conformar una situación jurídica contra su voluntad. Señala Hayzus, en posición que compartimos, que la aceptación del beneficiario es el elemento que cierra el circuito del fideicomiso entre éste y el fiduciario, a tenor de las disposiciones del fideicomitente. A partir de esta aceptación, el fideicomiso testamentario mostraría su verdadera naturaleza jurídica, cual es la de una estipulación a favor de terceros.

Señala el Dr. Ordoqui, que el beneficiario se introduce en la relación jurídica a través de dos exigencias:

- i) Su individualización precisa o la posibilidad de identificarlo claramente en un futuro.
- ii) Su aceptación: en opinión del citado autor, se presupone que toda la figura gira en torno a lo establecido en el artículo 1256 del Código Civil, donde se regula la estipulación para otro. Nadie puede integrar una relación jurídica contra su voluntad. La aceptación por parte del beneficiario puede ser dada por su representante legal o estar implícita en alguna conducta que éste asuma.

En la Comisión de Hacienda del Senado, el pasado 12 de junio de 2003, se trató la posibilidad de los beneficiarios de negarse a recibir el beneficio del fideicomiso. En este sentido el Dr. Siegbert Rippe mencionó que el beneficiario puede renunciar al fideicomiso, ya sea por sí o por su curador. A continuación menciona que quién tiene la representación de los incapaces (Normalmente, si se trata de hijos menores, la tienen los padres en régimen de patria potestad y, si ésta se pierde, puede haber un tutor o un curador, quienes son los representantes legales; el tutor sería para menores de edad y el curador para los dementes u otros casos de mayores de edad incapaces) es quien lo hace. Este planteo lo lleva a cuestionarse lo siguiente: *“¿podemos dejarle a un tutor o curador el derecho potestativo de renunciar al beneficio del curado o del menor de edad, o tendrá que hacerlo con autorización judicial?”* Ante el planteo formulado, nadie en el Senado pudo dar respuesta a esta interrogante

## f) Beneficiario sujeto a plazo o condición

El fideicomitente puede haber sometido el fideicomiso a condición o plazo resolutorio. La situación del beneficiario va a ser distinta según se trate de una u otra modalidad.

Siendo sucesor mortis causa del testador fideicomitente, el beneficiario sometido a plazo debe necesariamente sobrevivirlo para adquirir los bienes que le deja a través del fiduciario, quien debe transmitírselos cuando se cumpla el término puesto al fideicomiso. Señala el Dr. Francisco A. M. Ferrer que no sería preciso que sobreviva al fiduciario, del momento que no es su sucesor. Ambos son sucesores mortis causa del testador. Para el caso que falleciera antes que el fiduciario y antes del cumplimiento del plazo, igualmente transmite su derecho a sus sucesores, a quienes el fiduciario debe entregar los bienes, de la misma manera que si hubiese fallecido después de vencido el plazo.

En el fideicomiso sometido a plazo, el beneficiario tiene un derecho seguro, cierto, sólo que su exigibilidad está diferida en el tiempo. Distinta sería la situación del fideicomiso sometido a una condición. Un mismo acontecimiento funciona en forma simultánea como condición resolutoria para el fiduciario cuyo derecho se extingue, y como condición suspensiva para el beneficiario en virtud del cual adquiere aquél derecho. En este caso el beneficiario debe sobrevivir al testador y al cumplimiento de la condición; porque si sólo sobrevive al testador, quedaría como titular de un derecho condicional, eventual, que no lo habilita a aceptar la herencia. En este caso, si fallece antes del cumplimiento de la condición resolutoria, no transmitiría a sus sucesores ningún derecho a los bienes fideicomitados dejados por el causante.

En la XLIII Jornada Notarial Uruguaya, quien presentara su ponencia bajo el Seudónimo de “Lex” expresa que mientras no se cumpla el evento – condición, el beneficiario podría realizar actos conservatorios de su derecho, como por ejemplo la interrupción de la prescripción adquisitiva, tal como podría realizarlo cualquier interesado.

## E) Requisitos esenciales del Fideicomiso que debe contener el Testamento

En un principio el proyecto de ley no contenía disposición alguna señalando los requisitos o cláusulas mínimas que el fideicomiso debía tener. Ello fue señalado por el Dr. Siegbert Rippe en oportunidad en que asistiera a la Comisión de Hacienda del Senado el 22 de mayo de 2003. Por este motivo sostuvo que *“convendría establecer algunos requisitos o cláusulas mínimas que debería tener el contrato de fideicomiso. Comparando con otras legislaciones, normalmente se pide que en el contrato de fideicomiso se identifiquen claramente los bienes a aportar al fideicomiso; se determine el modo o forma de transmisión del fideicomiso; se aclare todo lo relacionado con algunos aspectos de gestión y administración del fideicomiso; se exprese con mucha precisión lo vinculado con el destino de los bienes aportados al fideicomiso, etcétera. Es decir que debe tener algunas cláusulas mínimas.”* Estas apreciaciones fueron consideradas por los integrantes de la Comisión de Hacienda, con lo cual se redactó el actual artículo 4° de la ley N° 17.703.

Sin perjuicio de que el testamento para su validez debe reunir las formalidades de la forma testamentaria elegida por el testador (testamento abierto o cerrado), del artículo 4° de la ley N° 17.703 surgen los requisitos esenciales que el testador debe establecer para instituir el fideicomiso, los cuales son:

i) *“La individualización de los bienes objeto del fideicomiso. En caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de la celebración del fideicomiso, deberá constar la descripción de los requisitos y características que deberán reunir los bienes.”*

Este requisito refiere al objeto del contrato, el cual, conforme a los principios generales, debe ser determinado o determinable, sin lo cual el contrato es nulo o inexistente (según la posición doctrinaria que se adopte al respecto).

ii) *“La determinación del procedimiento en que los bienes podrán ser incorporados al fideicomiso.”*

Por esta disposición se comprende que debe aclararse como se incorporarán mas bienes a un fideicomiso ya existente. El Esc. Caffera señala en este sentido, el carácter eventualmente dinámico del patrimonio fideicomitado. Entendemos que al ser un fideicomiso testamentario, deberá existir un nuevo documento con las debidas formalidades que así lo disponga.

iii) *“El plazo o condición a que se sujeta la propiedad fiduciaria.”*

En caso de que en el documento constitutivo del fideicomiso (el testamento) no se disponga plazo alguno, se aplica el literal b del artículo 33 de la ley, el cual dispone que en ese caso el máximo legal del fideicomiso es de treinta años. Toda condición resolutoria de que penda la restitución de los bienes fideicomitados que tarde más de treinta años en cumplirse, se tendrá por verificada llegado dicho plazo.

En el caso del fideicomiso testamentario el plazo se cuenta desde la apertura de la sucesión, o sea, desde el fallecimiento del testador, aunque la constitución del fideicomiso se perfecciona con la aceptación del fiduciario (expresa o tácita).

En materia de plazos, señala el Dr. Gustavo Ordoqui que se incurrió en una omisión: si bien se estableció un plazo máximo de duración del fideicomiso, no se ha establecido un plazo máximo dentro del cual el destinatario del fideicomiso testamentario debe aceptar o no dicho fideicomiso. Por principio, al heredero no se le podría imponer la obligación de aceptar la herencia, pudiendo incluso, dentro de parámetros generales, aceptarla bajo beneficio de inventario o repudiarla, así como también podría repudiar un fideicomiso testamentario.

Para el caso de que el fideicomiso esté sujeto a condición, deberían respetarse los principios del Código Civil, en especial lo dispuesto por los artículos 1408 y 1409 (estas dos normas por expresa indicación del artículo 1410 del mismo cuerpo normativo, que los remite a las disposiciones testamentarias), los cuales establecen lo siguiente:

Artículo 1408: La condición de cosa físicamente imposible, contraria a las buenas costumbres o prohibida por las leyes, es nula e invalida la convención que de ella pende. Se mirará también como imposible la condición que esté concebida en términos ininteligibles.

Artículo 1409: Son especialmente prohibidas las condiciones siguientes:

1° De mudar o no mudar de religión.

2° De no contraer absolutamente primero o ulterior matrimonio.

3° De abrazar un estado incompatible con el de matrimonio.

4° De casarse con determinada persona o con aprobación de un tercero o en cierto lugar o en cierto tiempo.

5° De no casarse con determinada persona o divorciarse.

6° De habitar siempre en lugar determinado o sujetar la elección de domicilio a la voluntad de un tercero.  
iv) “El destino de los bienes a la finalización del fideicomiso.”

Es necesario vincular esta disposición con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 33 de la ley, el cual dispone que producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario estará obligado a entregar los bienes fideicomitidos al fideicomitente o a sus sucesores, salvo que otra cosa se hubiera establecido en el negocio constitutivo.

v) “Los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo si éste cesare.”

Señala el Esc. Caffera que la forma de sustituir al fiduciario no es un requisito excluyente del instrumento de fideicomiso. En primer lugar el artículo 14 de la ley dispone que el Fideicomitente “podrá” designar uno o más sustitutos, por lo cual le concede la facultad de hacerlo (no el deber). Asimismo el inciso segundo del artículo 33 contempla expresamente el caso en que cesa el Fiduciario y “no se hubiera designado sustituto”.

Si bien establece los derechos y obligaciones del fiduciario, el autor Francisco A. M. Ferrer expone en su trabajo que el testador también podría establecer estipulaciones aclaratorias, ampliatorias o complementarias de las disposiciones legales, siempre que no contradigan las normas imperativas, como ser fijar criterios y condiciones para la administración de los bienes fideicomitidos, sanciones por su incumplimiento, causales de remoción, etc. Entendemos que esta idea formulada por un autor argentino para la ley argentina, bien puede aplicarse a nuestra ley de fideicomiso.

## F) Objeto del Fideicomiso Testamentario

Constituye el objeto del fideicomiso los bienes que debe administrar el fiduciario. Se trataría de bienes en sentido amplio, debiéndose aplicar en consecuencia los artículos 460 a 475 del Código Civil, los cuales definen que se entiende por bienes (todo lo que tiene una medida de valor y puede ser objeto de propiedad), su clasificación en muebles e inmuebles y definen a los bienes incorporales.

Con esta amplitud en la definición que nos proporciona nuestro Código Civil, fácilmente ingresan en la nómina de los bienes, los siguientes: créditos, patentes de invención, acciones, títulos valores, derechos intelectuales, obligaciones negociables, sumas de dinero, inmuebles, etc.

El inciso segundo del artículo 5° de la ley, refiriéndose al objeto del fideicomiso testamentario, establece que el mismo puede recaer sobre toda la herencia o una cuota parte de la misma, o sobre bienes, derechos, universalidades de bienes, y demás relaciones jurídicas activas que compongan el patrimonio sucesorio.

Señalan Kiper y Lisoprawski que la mayoría de la doctrina argentina considera que no es posible que el testador transmita fiduciariamente una universalidad (el todo o una parte de la herencia) ya que el texto normativo argentino (el cual es muy similar al nuestro) exige la individualización de los bienes objeto del contrato y para el caso de que ello no fuera posible, deberá constar la descripción de los requisitos y características que los bienes deben reunir.

En la posición contraria se ubica el autor argentino López de Zavalía<sup>12</sup>, quien sostiene que la herencia es un bien que como tal puede ser objeto del contrato de fideicomiso y si es posible una cesión de herencia también debe serlo un fideicomiso de una universalidad.

## G) Finalidades del Fideicomiso Testamentario

La generalidad de la doctrina señala que las finalidades del fideicomiso testamentario están vinculadas fundamentalmente con las relaciones de familia, y tienden a evitar la dilapidación o mala administración de los bienes por parte de herederos incapaces o carentes de idoneidad administradora, a la vez que el testador se asegura el riguroso cumplimiento de su voluntad.

Asimismo pueden constituirse fideicomisos con fines de beneficencia, a favor de fundaciones, instituciones culturales, deportivas, etc. destinando todo el patrimonio hereditario o una parte del mismo, aunque con el límite de la porción disponible si existen herederos forzosos.

Señala Hayzus que con estas finalidades de protección de los menores e incapaces, pueden establecerse fideicomisos de administración, de inversión o de simple conservación del patrimonio fideicomitado. El resto de las especies de fideicomisos (caso del fideicomiso de garantía) difícilmente puedan instrumentarse por vía testamentaria, porque en esos casos, antes de constituirse, los fideicomisos requieren cierto grado de negociación que no se da en el fideicomiso testamentario, en el cual prevalece la voluntad unilateral del testador.

<sup>12</sup> Citado por Kiper y Lisoprawski en su Tratado de Fideicomiso, pag. 516.



## H) Efectos del Fideicomiso Testamentario

Las cosas, muebles o inmuebles, son de titularidad dominial del fiduciario. Pero su derecho de dominio tiene ciertas singularidades que lo diferencian claramente del derecho de propiedad que surge del Código Civil:

i) No es absoluto ya que está limitado por las condiciones, las instrucciones que le ha impuesto el testador (fideicomitente) y las propias establecidas en la propia ley, las cuales restringen su poder de disposición y de usufructuar los bienes.

Esta limitación va contra lo que es la regla en el derecho de propiedad ordinario, el cual otorga amplios poderes de uso, disfrute, abuso y disposición del bien sin limitación alguna. En este sentido el artículo 486 del Código Civil dispone que *"el dominio (que se llama también propiedad) es el derecho de gozar y disponer de una cosa arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno"*.

En la XLIII Jornada Notarial, quien presentara su ponencia con el Seudónimo de "Fides", indicaba que los numerales segundo y cuarto del artículo 487 del Código Civil establecen que el derecho de gozar y disponer de una cosa, notas caracterizantes del dominio, comprende: *"el de servirse de la cosa, no sólo para los usos a que está generalmente destinada, sino para los otros que estén en la voluntad del dueño"* así como *"el de destruir enteramente la cosa, si le conviene o le parece"*. Lejos de contar con estos caracteres, la propiedad fiduciaria está afectada a un fin determinado en el testamento y limitada por éste, careciendo de las atribuciones que derivan según la norma citada en último término del concepto mismo de propiedad.

Asimismo, los frutos de los bienes fideicomitados no integran el patrimonio personal del fiduciario, sino que ingresan directamente al patrimonio fiduciario, al igual que los bienes que se lleguen a adquirir con los mismos. Si el testamento guarda silencio y la adquisición de los bienes con los frutos no fuese necesaria para alcanzar los fines determinados, por el inciso segundo del artículo 20 de la ley N° 17.703 le está vedado al fiduciario adquirirlos ya que le está prohibido *"Realizar operaciones, actos o contratos con los bienes fideicomitados, en beneficio propio"*.

ii) No es perpetuo, tiene una duración máxima de treinta años.

Esta particularidad también se opone a la regla general en materia de propiedad ordinaria, la cual constituye un derecho real caracterizado por su tendencia a la perpetuidad.

iii) Es transitorio ya que el fiduciario tiene la obligación al concluir el fideicomiso, de transferir los bienes fideicomitados, al o a los beneficiarios.

iv) Es una propiedad que no tiene como función económica normal, satisfacer el interés de su titular sino la de un sujeto distinto. En este sentido, señala el Esc. Caffera que se disocia titularidad del derecho y gestión por un lado, del aprovechamiento económico por otro.

El acto de transmisión del dominio no es gratuito ni oneroso para el fiduciario, ya que su valor económico es cero para él y neutro como tal: recibe los bienes a título de confianza para cumplir los fines instruidos por el fideicomitente, con los alcances indicados en el instrumento de fideicomiso (en nuestro caso, el testamento).

Continúa exponiendo el Esc. Caffera que la propiedad fiduciaria pasa a ser el eje de una ruptura importante en nuestro sistema jurídico: el principio de unidad patrimonial. De acuerdo a este principio a cada sujeto le corresponde un patrimonio y no hay patrimonio sin un sujeto que lo detente. Con la aprobación de la ley de fideicomiso, se admite la existencia de una pluralidad de patrimonios en cabeza del Fiduciario, por lo que éste pasa a tener un patrimonio personal y tantos patrimonios fiduciarios como fideicomisos en que sea parte.

No obstante las particularidades señaladas, cuando el fiduciario transmite el bien o derecho no lo hace en calidad de "propietario fiduciario", sino que en calidad de simple propietario: en este sentido es importante señalar que el beneficiario adquiere el dominio pleno de los bienes transmitidos, sin ningún tipo de limitación.

## I) Extinción del Fideicomiso Testamentario

El artículo 33 de la ley N° 17.703 señala las causales de extinción del Fideicomiso, siendo aplicables a la extinción del Fideicomiso testamentario, las siguientes:

a) "El cumplimiento total de sus fines o la imposibilidad absoluta de cumplirlos."

Para el caso de que se constate una imposibilidad absoluta de cumplir el fin, señala el Dr. Ordoqui que se debe tratar de una imposibilidad sobreviniente, permanente, absoluta, imprevisible e irresistible. Continúa diciendo el mencionado autor, que debe darse una situación que se pueda calificar de fortuita, no imputable



al fiduciario. Si por ejemplo prospera una acción por fraude de un acreedor y el fiduciario pierde los bienes, el fideicomiso no podría continuar.

b) "El cumplimiento del plazo o condición resolutoria a que se hubiese sometido, con la limitación del plazo de 30 años."

Vencido el plazo de treinta años el fiduciario tiene la obligación de entregar los bienes fideicomitados al beneficiario. No se ha establecido en la ley que en este caso la transferencia de los bienes opera de pleno derecho por el cumplimiento del plazo, por lo que debe instrumentarse la transferencia de dominio. Este plazo de treinta años se computa desde la constitución del fideicomiso.

Cuando el 12 de junio de 2003 se trató en la Comisión de Hacienda del Senado el tema del plazo de treinta años, se mencionó el caso de los incapaces con una incapacidad permanente y que por tal motivo, se debería poder superar el límite temporal de los treinta años. En este sentido el Dr. Siegbert Rippe mencionó la legislación argentina la cual si prevé este caso y lo regula en el sentido de ampliar el plazo para cuando el fideicomiso se constituyó con la finalidad de proteger los intereses de estas personas, existiendo el mismo hasta la muerte del incapaz o el cese de la incapacidad. Desafortunadamente este aspecto no fue contemplado en la redacción de nuestra ley. Expresaba el mencionado doctrino de forma aclaratoria: *"La incapacidad implica una declaración judicial en tal sentido; no hay incapaz en nuestro Derecho que no sea declarado judicialmente. Sin embargo las causas de incapacidad, por alguna circunstancia, pueden cesar. Por ejemplo, en el caso de un sordomudo que no se puede hacer entender por escrito, quizás la tecnología logre revertir esa situación; eso no se puede saber con antelación. Lo mismo sucede con un demente que ha sido declarado incapaz por alguna circunstancia pero de pronto puede descubrirse un nuevo medicamento u operación que modifique la situación y pueda recuperar su plena capacidad. Quiere decir que se cubre al incapaz por toda su vida y no por treinta años, teniendo en cuenta además que la expectativa de vida supera los setenta años. Entonces, debemos tener en cuenta el riesgo que tiene el plazo en circunstancias anómalas como es la incapacidad."*

c) "La cesación en el pago de las obligaciones."

Esta causal de extinción debe coordinarse con el inciso primero de artículo 8 de la ley, el cual dispone: *"Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitados. La insuficiencia de los bienes fideicomitados para atender a estas obligaciones, no dará lugar a la declaración de quiebra, concurso o liquidación judicial. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fideicomitente o el beneficiario según disposiciones contractuales, procederá su liquidación privada, la que estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra."*

Si se produce la cesación de pagos causada por la insuficiencia de bienes fideicomitados, se debe liquidar la propiedad fiduciaria de acuerdo a lo previsto en la norma citada. La ley no dispone la quiebra del patrimonio afectado al fiduciario sino que la procedencia de su liquidación por parte del propio fiduciario (con todas las críticas que ello implica).

d) "Muerte o incapacidad judicialmente declarada del fiduciario, salvo que en el instrumento de constitución del fideicomiso se haya designado fiduciario sustituto."

e) "Por cualquier otra causa establecida expresamente en el instrumento de fideicomiso."

Un ejemplo de ello sería el caso de que el fideicomitente dispusiera que la falta de aceptación o la renuncia del fiduciario no de lugar a la sustitución sino que a la extinción del fideicomiso. Otras posibles causas de extinción del fideicomiso podrían ser si se destruye totalmente el bien sobre el cual se constituyó el fideicomiso, la expropiación del mismo y la declaración de inmoralidad del objeto, entre otros.

Una vez extinguido el fideicomiso, el fiduciario debe entregar los bienes fideicomitados a los designados en el testamento o a sus sucesores, salvo que otra cosa se hubiera establecido en el instrumento del testamento. Cuando se extingue el fideicomiso se termina la titularidad de la propiedad fiduciaria, debiendo ésta retornar al titular que fuera designado inicialmente para esa instancia. Precisamente en este sentido, hay que tener presente que por expresa disposición legal el fiduciario no podrá ser el destinatario final de los bienes fideicomitados.

Este artículo de la ley refiere entonces a que el fiduciario deberá entregar los bienes que recibió del fideicomitente, a los beneficiarios. Como pudimos apreciar el objeto del fideicomiso puede variar debido a su naturaleza dinámica y no estática. Por este motivo, entendemos que estos bienes pueden haber sido reemplazados o incrementados en el tiempo, así como también pueden haber disminuido por efecto de pérdidas y del pago de gastos e impuestos a cargo del fideicomiso. De todos modos, concordamos con Hayzys en que el fiduciario salva su responsabilidad aunque no satisfaga íntegramente la obligación legal-

mente impuesta, si ha cumplido en debida forma con sus periódicas rendiciones de cuentas y está en condiciones de entregar los bienes que resultan de una correcta gestión.

## J) Principios y reglas del Proceso Sucesorio aplicables al Fideicomiso Testamentario

Señala el Dr. Ferrer que aunque la aceptación del fiduciario es el elemento necesario para constituir el fideicomiso, no alcanza para atribuirle eficacia inmediata, ni en relación con el beneficiario ni frente a tercero. El o los bienes que constituyen el objeto del fideicomiso integran una universalidad jurídica: la herencia, ente abstracto compuesto de un activo y un pasivo.

El fideicomitente ha podido destinar al fideicomiso toda la herencia o una parte de ella. De ambas formas, al fallecer el testador nos encontramos con el patrimonio hereditario, que constituye una universalidad jurídica que se transmite en bloque y de una sola vez a los sucesores, en el momento de fallecer el causante (artículo 1037 del Código Civil). Par lograr la transformación del ente universal y abstracto que es la herencia, en bienes particulares y concretos que se han de adjudicar a los herederos y legatarios, necesariamente se debe transitar por el proceso sucesorio.

En ocasión de la comparecencia de la Dra. Ema Carozzi a la Comisión de Hacienda del Senado, el pasado 22 de mayo de 2003, la misma se refirió al efecto real que las sucesiones tienen en nuestro Derecho, en función de lo cual expuso que *“en nuestro Derecho sucesorio actual hay eficacia real, es decir, el que sucede directamente toma propiedad de los bienes del causante; eso se produce, o bien cuando hay un heredero - esto es, un sucesor a título universal - o cuando hay un legatario de especie cierta. Por ejemplo, si en el testamento se dijera que el señor Tal instituye como heredero al señor Equis en una cuarta parte de su patrimonio, va a haber eficacia real, o sea, transmisión directa de esa cuarta parte del patrimonio.”*

Asimismo en la misma ocasión, pero en momentos posteriores, la referida autora nacional se refirió al tema de los acreedores del testador, en los siguientes términos: *“¿Con quién contrataron los acreedores del testador? Con una persona que tenía todo su patrimonio íntegro y fue a ella a quien otorgaron el crédito. No van a hacer un previo análisis del testamento porque éste no produce efectos en vida. Entonces, conocen su patrimonio y contratan con esta persona que tiene este patrimonio. El principio del Derecho Sucesorio dice que hagamos que la muerte del deudor incida en la menor medida posible respecto al acreedor. Es por eso que se habla de la ficción de que permanece como una masa a los efectos de que todos los acreedores puedan ir contra este cúmulo hereditario y cobrarse; por eso se produce esta detracción previa de las deudas hereditarias; y por eso también ni siquiera los herederos forzosos tienen derecho a exigir una cuota parte del patrimonio calculado sobre el acervo bruto, sino que pueden hacerlo respecto al acervo líquido, o sea, previa detracción de las deudas hereditarias.”*

El fiduciario tendría legitimación para promover el proceso sucesorio testamentario e intervenir en todas sus etapas: procurar obtener el auto aprobatorio de la sucesión, realizar las operaciones de inventario, avalúo y eventual partición para el caso de ser varios los designados beneficiarios.

En el inventario debe incluirse el pasivo, que se deduce del activo, ya que a la herencia hay que depurarla previamente de las deudas. Esto significa que los beneficiarios sólo tienen derecho al activo líquido, una vez desinteresados los acreedores sucesorios. Esa regla tiene consagración en nuestro sistema sucesorio, donde el numeral segundo del artículo 1043 del Código Civil dispone que el acervo líquido de una sucesión es aquel al cual se le ha deducido las deudas hereditarias. Asimismo el artículo 1039 del citado cuerpo normativo dispone que *“la propiedad y posesión de la herencia pasa de pleno derecho a los herederos del difunto, con la obligación de pagar las deudas y cargas hereditarias”*.

Podemos decir que las normas anteriormente citadas son una consecuencia de la regla general de que el patrimonio del deudor es la garantía común de sus acreedores, en virtud del cual la ley N° 17.703 también dispone en los incisos cuarto y quinto de su artículo 7°, lo siguiente:

*“Si el fideicomiso testamentario diera origen a una sucesión a título particular, el fiduciario responderá frente a los acreedores hereditarios sólo con los bienes fideicomitidos, en los casos y en la forma en que responden los legatarios (artículos 1175 y 1178 del Código Civil). No obstante ello, si los herederos comunicaran personalmente en forma fehaciente o por vía judicial al acreedor hereditario su intención de cumplir el fideicomiso testamentario, y éstos no se opusieran al cumplimiento dentro de los diez días inmediatos siguientes, hasta tanto no se le pague o garantice su crédito, perderán su acción contra los bienes fideicomitidos.”*

*Si el fideicomiso testamentario diera origen a una sucesión a título universal, el fiduciario responderá con el patrimonio fideicomitido. En todos los casos tendrá la carga de realizar un inventario solemne y completo del patrimonio o cuota patrimonial fideicomitido, citando a los acreedores hereditarios.”*

Comenta el Dr. Gustavo Ordoqui que estos dos incisos respondieron a los comentarios efectuados por la Dra. Ema Carozzi en el Senado, cuando sostuvo que una cosa es que los acreedores del fideicomitente no alcancen los bienes del patrimonio fiduciario, excepto el caso de que puedan ejercer alguna acción de fraude, tales como la pauliana, simulatoria, etc., y otra cosa muy diferente es sostener que los acreedores hereditarios no tendrán alcance y no podrán perseguir esos bienes fiduciarios.

La Dra. Carozzi se pregunta el por qué de ello. Ello se debe a que acá estamos yendo contra la estructura del derecho sucesorio. De alguna manera, el punto de partida en el derecho sucesorio consiste en que del acervo bruto se retraen primero, las deudas hereditarias. Así se llega al líquido o semilíquido, en su caso, luego a las obligaciones alimentarias, etc. Recién al llegar al acervo líquido se está en condiciones de decir que “esto” le corresponde a tal heredero. En suma, con estos dos incisos se trató de respetar a los acreedores hereditarios.

Por todo ello, una vez liquidado el pasivo, del activo líquido se detraen los bienes destinados al objeto del fideicomiso. Ello se concreta mediante la operación particionaria, donde se forma la porción hereditaria del fiduciario y una vez, aprobada, se procede a su inscripción en los registros pertinentes, conforme a la naturaleza de los bienes. De esta forma queda concluido el proceso sucesorio y adquiere eficacia el fideicomiso frente a las partes interesadas (los beneficiarios) y respecto de terceros.

## **K) Asignaciones forzosas y posibles acciones de los Herederos Forzosos Lesionados en su derecho: acciones de colación y de reducción.**

La autora argentina Aída Kemelmajer de Carlucci señala en su trabajo “Nuevamente sobre el Fideicomiso sucesorio y la legitimación del heredero” que el fideicomiso sucesorio se ha desarrollado en los sistemas jurídicos que reconocen una amplia libertad de testar, especialmente en el Common Law. En el Derecho inglés no hay herederos forzosos o legítimos: el testador puede, si le parece, desheredar sin motivo a sus hijos y a su cónyuge y dejar todos los bienes a quien le parezca. En este sentido, la jurisprudencia inglesa es conteste en admitir que una persona tiene el derecho de hacer un testamento injusto, irracional y hasta cruel.

Dado que desde la óptica de la política del Derecho, lo anterior no parece lo más certero, los ingleses han buscado poner límites a la regla. Hoy, los hijos y el cónyuge del causante tienen abierta una vía judicial para que el juez, con amplia discrecionalidad, decida si les atribuye o no bienes, aún en contra de la voluntad del causante. Este modelo reproduciría la dinámica de la equity en el common law medieval.

En el Derecho Continental, las reglas suelen ser más precisas. Nuestro Derecho Positivo no es la excepción. En la obra ya citada el Esc. Caffera manifiesta que cuando el Fideicomiso constituye un mecanismo para realizar una liberalidad al Beneficiario y vulnera los derechos de los herederos forzosos del Fideicomitente, se generan dos consecuencias:

a) Lo recibido por el Beneficiario está sujeto a colación si éste es heredero forzoso del Fideicomitente: en este caso lo recibido debe descontarse de su parte de la sucesión.

El inciso tercero del artículo 10° de la ley dispone: *“El heredero forzoso que fuera Beneficiario de un Fideicomiso por acto entre vivos deberá colacionar el valor de los bienes que le hayan sido transmitidos por Fideicomiso, excepto en caso de haber sido dispensado de colación (artículos 1100 y siguientes del Código Civil).”* Dado que el artículo 1101 del Código Civil establece que lo que se imputa a la legítima del heredero son las donaciones recibidas del causante, caso en que se produce un empobrecimiento del acervo hereditario, la conclusión a la que arriba el Esc. Caffera es que únicamente el Fideicomiso que implica un acto de liberalidad está sujeto a colación.

b) Aunque la ley N° 17.703 no lo establece en forma expresa, el Fideicomiso está sujeto a reducción para el caso de que constituya una forma indirecta de realizar una donación al Beneficiario.

El artículo 1639 del Código Civil dispone que pueden reducirse las donaciones inoficiosas, siendo éstas las que vulneran las legítimas de los herederos forzosos (artículos 1626 y 887 del Código Civil). La ley de Fideicomiso no contiene disposición alguna que prevea la aplicabilidad de esta acción a los Fideicomisos entre vivos. El inciso primero del artículo 10° de la ley dispone: *“Los Fideicomisos Testamentarios no afectarán el carácter intangible de la legítima (artículo 894 del Código Civil), ni perjudicará el derecho de los restantes asignatarios forzosos.”* Esta norma no prevé nada para los Fideicomisos por acto entre vivos.

No obstante la anterior afirmación, la doctrina más moderna se inclina por extender a este caso la acción de reducción basándose en la teoría de las donaciones indirectas y en la doctrina de las normas materiales, de acuerdo con la cual las normas materiales si bien refieren a un determinado negocio (caso de la donación) deben aplicarse toda vez que se obtenga el resultado material del negocio considerado.<sup>13</sup>

Estas ideas fueron expuestas por la Dra. Ema Carozzi el día 05 de junio de 2003, en oportunidad en que fuera nuevamente invitada a la Comisión de Hacienda del Senado. En esa oportunidad, la mencionada autora refirió a la hipótesis en que se hubiese sucedido un fideicomiso por acto entre vivos, debiéndose en ese caso, reputar una donación, explicando las reglas a aplicarse en ese supuesto. Según sus propias palabras, *“excepto que los bienes vuelvan a ese mismo patrimonio, en todos los demás casos los bienes fideicomitidos van a terminar en el patrimonio del beneficiario, lo que implica una disminución del patrimonio del fideicomitente. Se trata de un acto gratuito por el cual su patrimonio disminuye. ¿Qué normas debemos aplicar? Las denominadas normas materiales, que regulan la donación. Llegado el momento de la sucesión, se agregarán imaginariamente al acervo líquido todas las donaciones directas o indirectas, típicas o atípicas, que el causante hizo en vida. Así, vamos a reconstruir por medio del acervo imaginario lo que este causante tendría en su patrimonio de no haber donado ni realizado liberalidades atípicas. Entonces, si el fideicomiso por acto entre vivos redujo ese patrimonio sin contrapartida para el fideicomitente, vamos a tener que agregar esas disminuciones sufridas en el patrimonio como consecuencia del fideicomiso para formar un acervo imaginario. Sobre dicho imaginario es que calculamos la porción legitimaria, conyugal y otras, según el caso. Si mediante el fideicomiso por acto entre vivos se hubiera beneficiado a un heredero forzoso, para ser también aquí consecuentes con el Código Civil, vamos a aplicar el instituto de la colación. Ese heredero forzoso recibió un beneficio y lo puede conservar, pero va a tener que deducirlo o imputarlo a lo que tiene derecho a recibir. Es decir que se toma como un mero adelanto a la legítima, excepto que la voluntad del fideicomitente hubiera sido distinta. En ese caso, lo dispensa de efectuar esa colación, esa imputación.”*

El inciso segundo del artículo 10 de la ley N° 17.703 dispone: *“Si se vulnerara el derecho de los legitimarios, del porcionero, o del beneficiario de los derechos reales de habitación y de uso, el asignatario forzoso cuyo derecho fuera lesionado podrá ejercer la acción de reforma de testamento conforme a los artículos 1006 y siguientes del Código Civil”*.

En este sentido, el artículo 1006 del Código Civil refiere a la acción de reforma de testamento, disponiendo que los herederos forzosos a quienes el testador no haya dejado lo que les corresponde por la ley, tendrán derecho a que se reforme a su favor el testamento y podrán intentar la acción de reforma (ellos o las personas que les hubieran sucedido en sus derechos), dentro de los cuatro años contados desde el día en que conocieron el testamento del difunto o contados desde el día en que llegaron a la mayor edad, si eran menores a la apertura de la sucesión.

También relacionado con la acción de reforma de testamento, el artículo 1010 del mismo cuerpo normativo dispone que esta acción asimismo le corresponde, con aplicación de las mismas reglas, al cónyuge superviviente para la integración de la porción conyugal.

Relacionado con la temática el Dr. Siegbert Rippe en oportunidad de concurrir a la Comisión de Hacienda, manifestó su conocimiento sobre el respeto a las legítimas forzosas en la cultura uruguaya pero, plantea que en ciertos casos (determinados museos y teatros, la ciencia y la tecnología, entre otros), en la legislación americana la figura del Trust como equivalente a fideicomiso) *“ha permitido que un particular con fortuna disponga libremente de ella, según su mejor criterio, con fines culturales, de beneficencia, para las universidades, etcétera.”*

## V. COMENTARIO FINAL

Si bien es cierto que el fideicomiso es potencialmente apto para una utilización ilegal en perjuicio de terceros (tal como sucede con otras figuras: caso de la compraventa simulada o la constitución de una sociedad fantasma), lo cierto es que la eventualidad del mal uso no lo desacredita como tal.

Compartimos plenamente la conclusión que sustenta la Dra. Graciela Medina en su trabajo referente al Trust, conclusión que podría aplicarse perfectamente a la figura del fideicomiso en nuestro Derecho Positivo. Así, en el campo de las relaciones de familia la creación de fideicomisos testamentarios será una herramienta de gran utilidad, la cual podrá dar soluciones entre otras, a disputas patrimoniales surgidas en el seno de los concubinatos y las relaciones de hecho hetero y homosexuales.

<sup>13</sup> Jorge Gamarra, “Tratado de Derecho Civil Uruguayo” Tomo VI Edición 1966. Citado por Gerardo Caffera.

Asimismo compartimos con el autor Hayzus la idea de que mediante la constitución de un fideicomiso testamentario se reduce el deterioro que ciertos bienes pueden llegar a sufrir en el transcurso de un proceso sucesorio. Así, el fideicomiso refuerza la eficacia de las disposiciones testamentarias, proyectando en el tiempo los efectos que éstas han de tener hasta su pleno cumplimiento.

Estas finalidades deberán en todo caso armonizarse con las normas sucesorias de nuestro ordenamiento jurídico, las cuales responden a razones de orden público y en esencia, son indisponibles. Por este motivo, el fideicomitente deberá velar por su respeto al momento de constituir el fideicomiso. Tal es el caso de la prohibición de las sustituciones fideicomisarias, prohibición que aún con la nueva redacción proporcionada por la ley N° 17.703, continúa vigente.

Como pudo apreciarse, el Fideicomiso testamentario como modalidad especial está regulado por las normas específicas del tema de la ley N° 17.703, en subsidio, por las normas de carácter general de la referida ley, y por última, por aplicación de las normas del Título IV del Código Civil, referente a la Sucesión Testamentaria.

En este sentido podría pensarse que la ley dejó varios aspectos del fideicomiso testamentario sin regular. Muy por el contrario, del momento que ante la menor duda debe recurrirse a las normas del Código Civil, entendemos que si bien y tal como fuera señalado por profusa doctrina nacional, existen algunos puntos a dilucidar en última instancia por la Justicia Civil (hay un importante rol del Juez en la nueva ley), la mayoría de las supuestas “lagunas” pueden y deben completarse con las normas del Código Civil. Esta es la situación de los artículos 964 a 997 del citado cuerpo normativo, los cuales se refieren a la figura del Albacea o Ejecutor Testamentario, figura que cumple una función similar a la del Fiduciario.

Otro caso significativo es el de los fideicomisos testamentarios en donde el beneficiario es una persona futura que no existe al tiempo del otorgamiento del fideicomiso, por lo cual no ha sido a ese momento identificado. En esta hipótesis, tal como ya fuera planteado, deberá recurrirse a las disposiciones concernientes a las fundaciones constituidas por acto testamentario, reguladas en los artículos 13 a 17 de la ley N° 17.163.



## BIBLIOGRAFIA

1. Caffera, Gerardo: El Contrato de Fideicomiso. Análisis de la Ley Uruguaya 17.703. Asociación de Escribanos del Uruguay. 2003
2. De Posadas Montero, Ignacio: Fundaciones. Antecedentes y análisis de la Ley N° 17.163. Editorial Amalio M. Fernandez. 2000.
3. De Souza Lima, Otavio: Negocio Fiduciario. Revista dos Tribunais Limitada. San Pablo, Brasil. 1962
4. Exposición de Motivos del Proyecto de Ley (hoy ley N° 17.703). Poder Ejecutivo.
5. Fernández Formigo, Gladys: Estudio sobre el Fideicomiso. Fundación de Cultura Universitaria. 2000.
6. Ferrer, Francisco A. M.: Fideicomiso Testamentario y Derecho Sucesorio. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 2000
7. Goldschmidt, Roberto – Eder, Phanor J.: El Fideicomiso (Trust) en el Derecho Comparado (especialmente americano). Ediciones Arayú. Buenos Aires.
8. Hayzus, Jorge Roberto: Fideicomiso. Editorial Astrea. Primera Reimpresión. 2001.
9. Kemelmajer de Carlucci, Aída: “Nuevamente sobre el fideicomiso sucesorio y la legítima del heredero” en Revista de Derecho Privado y Comunitario. 2001 – 3: Fideicomiso. Rubinzal – Culzoni Editores.
10. Kiper, Claudio M. - Lisoprawski, Silvio V.: Tratado de Fideicomiso. Editorial LexisNexis Depalma Buenos Aires. 2003.
11. Medina, Graciela: “El Trust: Las relaciones de familia bajo la lente de las relaciones fiduciarias” en Revista de Derecho Privado y Comunitario. 2001 – 3: Fideicomiso. Rubinzal – Culzoni Editores.
12. Ordoqui, Castilla, Gustavo. El Fideicomiso. Ediciones Del Foro. 2003.
13. Pereda, Rafael: Modos de Adquirir. Tomo I. Versión Taquigráfica del Br. Ariel Raffo. Organización Medina. Montevideo.
14. Porcaro, Daniel – Malumian, Nicolás: Fideicomiso en Uruguay. Análisis del Proyecto de Ley. PriceWaterhouseCoopers. Montevideo. 2003.
15. Vaz Ferreira, Eduardo: Tratado de las Sucesiones. Tomo Primero. Volumen 1. 3ª edición revisada. Fundación de Cultura Universitaria. 1988.
16. Vaz Ferreira, Eduardo: Tratado de las Sucesiones. Tomo Primero. Volumen 2. 3ª edición revisada. Fundación de Cultura Universitaria. 1988.
17. Vaz Ferreira, Eduardo: Tratado de las Sucesiones. Tomo Segundo. Volumen 2. Fundación de Cultura Universitaria. 1993.
18. Versión taquigráfica de las siguientes sesiones de la Comisión de Hacienda del Senado: 24 de abril de 2003, 15 de mayo de 2003, 22 de mayo de 2003, 05 de junio de 2003, 12 de junio de 2003 y 23 de julio de 2003.
19. XLIII Jornada Notarial Uruguaya “Prof. Esc. Fernando Miranda”. Melo/ Cerro Largo. 24 al 26 de octubre de 2003. Ponencias:
  - a) “Fideicomiso: la propiedad Fiduciaria”. Seudónimo: Fides.
  - b) “Fideicomiso”. Seudónimo: Arla.
  - c) “Proyecto de Ley sobre Fideicomiso”. Seudónimo: Lex.
  - d) “Aspectos Contractuales del Fideicomiso”. Esc. Gerardo Caffera.
  - e) “Fideicomiso. Propiedad Fiduciaria. Responsabilidad e Insolvencia”. Dra. Esc. Cristina Herdt.
  - f) “El Fideicomiso Testamentario”. Seudónimo: Demeter.
  - g) “Fideicomiso”. Seudónimo: Esc. Novel Novel.
20. Zannoni, Eduardo A.: “Sustitución Fideicomisaria” en Revista de Derecho Privado y Comunitario. 2001 – 3: Fideicomiso. Rubinzal – Culzoni Editores.