

Fideicomiso testamentario: plazo máximo posible de ejercicio de la administración de los bienes del causante por parte del fiduciario en beneficio de los herederos.

Por Ricardo Daniel Tapia.

Sumario: I. Introducción. Concepto de Fideicomiso. II. El fideicomiso testamentario. Concepto. III. Conclusión.

I. Introducción. Concepto de Fideicomiso.

El instituto del Fideicomiso se introdujo por influencia foránea en el marco jurídico y evolutivo en nuestro país con la sanción de la ley 24.411, de Financiamiento para la Vivienda y la Construcción. Dicha norma ha generado entre los doctrinarios reacciones diversas, encontradas o discutidas. Esto compatibilizado con las previsiones del Código Civil Argentino.

Esta figura jurídica o mejor dicho este contrato reconoce sus orígenes en Roma; donde la mención de la palabra *fiduciario*, proviene del latín *fiducia*, que se traduce como "confianza"; y que "fideicomiso" proviene también del latín: *fideicommissum* (fides, fé y comissus, confiado).

Corresponde dar una definición o concepto de fideicomiso en general: En la ley de Financiamiento y Construcción (ley 24.441) que comienza su articulado definiendo: " *Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario*".

Esta técnica legislativa ha merecido reiteradas críticas, ya que no se distingue la figura jurídica. Es decir si se está definiendo a " contrato de fideicomiso " o a la " propiedad fiduciaria " (Eduardo E Clusellas y Ormaechea Carolina en la obra contrato con garantía Fiduciaria; página 19).

Para no entrar en discusiones que escapen al objeto de presente, simplemente se puede enunciar que esta definición se inclina hacia la propiedad fiduciaria, en virtud que recién el art. 4 de misma norma se refiere al contrato.

Por lo tanto el negocio fiduciario es un conjunto de actos jurídicos diversos, necesarios y útiles para el cumplimiento de una finalidad determinada , que se logra por vía indirecta, ya sea por actos entre vivos o por disposiciones de última voluntad , a partir de la conformación por parte del fiduciante, de *un patrimonio de afectación* en cabeza del fiduciario, quien ejercerá y operará la propiedad conforme las instrucciones recibidas y operará la atribución final de la propiedad *plena* a su destinatario.-

Sintetizando podemos dar una definición del instituto: "El fideicomiso, es el negocio mediante el cual una persona trasmite la propiedad fiduciaria de ciertos bienes; con el objeto de que sean destinados a cumplir un fin determinado". Aquí se destacan dos aspectos claramente definidos. Uno, la transferencia de la propiedad fiduciaria del bien; otro, un mandato de confianza. Podríamos decir también que dos relaciones jurídicas: una de contenido real que comprende la transmisión de bienes o derechos y otra de contenido personal que comprende la obligación de cumplir el encargo que es la finalidad del fideicomiso" (Trabajo de Fideicomiso: Casos " Broadcast y Cemborain por Susy Inés Knoll).

Existe también un trabajo muy didáctico y claro elaborado en la Universidad de Ciencias Económicas de Buenos Aires con un power point (recomiendo su lectura) que trata con una visión

simple de la figura del fideicomiso y sus tipos. Este trabajo ha sido realizado por el Lic. Gabriel de la Fuente.

De tal manera que define " Contrato en virtud del cual una persona llamada " *fiduciante* " transfiere a título de confianza, a otra persona denominada " *fiduciario*", uno o más bienes (que pasan a formar parte de del patrimonio *fideicomitado o patrimonio de afectación*) para que al vencimiento de un plazo, o *resultado* o a cumplimiento de una condición, éste transmita la finalidad o el resultado establecido por aquel, a su favor o en favor de un tercero llamado " El beneficiario o fideicomisario" (los resaltados en negrillas me pertenecen).

Es pues un negocio complejo por la presencia al menos de dos negocios o actos jurídicos; por un lado contrato real (a transmisión del derecho de propiedad o crédito de modo fiduciario, o *bienes o acciones o marcas o todo tipo de bienes o derechos - el resaltado me pertenece*) y por otro lado un contrato obligatorio negativo (obligación del fiduciario de hacer sólo uso limitado del bien adquirido) para restituirlo luego al transmitente o a un tercero por aquél designado.

Se ha discutido en doctrina si la propiedad transmitida es plena o imperfecta (o temporal), ya que la transmisión de bienes no es definitiva. Es decir que la propiedad fiduciaria entregada en confianza o en garantía no entra en un concepto dominio pleno.

Defino conceptos básicos y parte que intervienen en un fideicomiso:

a) Partes intervinientes:

Mínimamente tienen que existir dos partes para que exista contrato de fideicomiso:

* Fiduciante.-

* Fiduciario.-

Pueden aparecer otras personas (dependiente el tipo de fideicomiso que tratemos, pero incluso las dos primeras pueden revestir varios caracteres o figuras; Ej.: el propio fiduciante puede ser a la misma vez beneficiario).

Estas personas son:

* Beneficiario.

* Fideicomisario.

De esta forma definimos:

* Fiduciante titular de los bienes objeto de la transmisión fiduciaria (bienes en sentido lato - inmuebles, muebles, acciones, derechos, créditos etc.).

* Fiduciario: Es quien recibe la propiedad fiduciaria de los bienes que le fueron transferidos vía contractual, por parte del fiduciante, asumiendo la obligación de cumplir con determinada gestión o administración de los bienes fideicomitados. Aclaro que la gestión puede ser la venta o disposición del bien o su liquidación (ej. Fideicomiso de garantía cuando no se cumple con la obligación). Y la misma puede ser a título gratuito u oneroso.

* Beneficiario: Es la persona física o jurídica, que recibe los beneficios de la gestión o administración fiduciaria ejercida por el fiduciario. Esta persona puede ser identificada en el contrato o futura (a designar). Se puede designar uno o varios beneficiarios.

* Fideicomisario:

Es el destinatario final de los bienes fideicomitados, al cumplimiento del plazo o condición que establezca el contrato.

En el fideicomiso su pueden entrecruzar las figuras y relacionarse los sujetos.-

Realizando una gran clasificación podemos distinguir a los tipos de fideicomisos por su fuente:

- Contrato bilateral o

- Testamento.-

Las distintas modalidades y su definición nos insumiría la extensión permitida en el presente. Nos limitamos a enunciar los siguientes:

- Traslativos de dominio.-

- Fideicomiso en garantía.-

- Fideicomiso de administración o de inversión.-

- Fideicomiso por testamento.-
- Fideicomiso de seguros.-
- Fideicomiso inmobiliario.-
- Fideicomiso de administración con control judicial.-

En la clasificación encontramos al objeto del presente trabajo.-

II. El fideicomiso testamentario. Concepto.

Siguiendo a los doctrinarios Kiper Claudio y Silvio Lisoprawsky (Tratado del Fideicomiso Capítulo XII) ya que en la obra se define el concepto diciendo su objeto, ver la mención de página 511 que reza los fideicomisos testamentarios *permiten*.

Muchos autores han definido este tipo de fideicomiso. En la obra Derecho de la Sucesiones TIII Editorial Abeledo Perrot de Jorge O. Perrino se enuncia diversos doctrinarios que definieron al fideicomiso testamentario. Entre los cuales se cita el concepto de Ferrer Francisco, Lasala, Martín, Eidelstein y Alchourrion, Herrero Pons, entre otros.

Todos estos autores coinciden que el instrumento por el cual se constituye el fideicomiso testamentario es una disposición de última voluntad materializada en un testamento. Vinculando los elementos del fideicomiso en sentido general:

- El testador: es quien otorga el testamento (fiduciante).
- Se dispone como acto de última voluntad libremente expresa para que surta efectos post mortem.-
- Se incluye la figura de una persona que va cumplir con esta voluntad (fiduciario).
- El objeto es la transmisión o afectación (propiedad fiduciaria) de acuerdo a determinadas instrucciones sujeta cierta condición o plazo. Algunos de estos autores hablan e incorporan el concepto de " *cargo*".
- Esta transmisión o administración (figuras no excluyentes, se pueden presentar ambas) son en beneficio final de transmisión de los bienes, dinero, frutos de la administración en favor de beneficiario o tercero, resultando ser éstos los herederos o legatarios (fideicomisarios).

Por lo tanto " *El fideicomiso testamentario es un contrato mediante el cual, el fiduciante designa un fiduciario para que al momento de la muerte (fiduciante - causante), reciba todo o parte de sus bienes con el objeto de destinarlos o administrarlos en beneficios de otro u otros (generalmente herederos - beneficiarios o legatarios - beneficiario) y cuando se cumpla el plazo o condición los adjudique en favor de los fideicomisarios*".

Ni bien entramos a analizar este fideicomiso es que resulta típico; es decir reglado expresamente por la ley 24.441. Existen otras figuras de fideicomisos no previstas por el legislador.-

Esta tipificación la encontramos en el art. 3 de la ley 24.441 pero con muy escasa regulación al decir simple y con austera redacción: "*El Fideicomiso también podrá constituirse por testamento extendido en alguna de las formas previstas por el Código Civil, el que contendrá al menos las enunciaciones requeridas en el art. 4 . En caso de que el fiduciario designado por testamento no aceptare se aplicación lo dispuesto por el art. 10 de la presente ley*".-

Sigo el criterio (y lo comparto) adoptado en la obra Contratos con Garantía Fiduciaria (2da. edición actualizada y ampliada - La ley Eduardo Clusellas y Carolina Ormaechea) en este tipo de fideicomiso resulta necesario interpretarlo armónicamente con el resto de la normativa vigente en el derecho fondal. Por lo tanto tenemos que adentrarnos o ingresar al derecho positivo sucesorio para caracterizar el fideicomiso que nos ocupa y principalmente sus efectos.

Ahora sí podemos retomar *el concepto* dado en el Tratado de Fideicomiso de Kiper Claudio y Silvio Lisoprawski, para caracterizar al fideicomiso testamentario (ver crítica de que no define conceptos sino que incluye la caracterización del tipo testamentario de fideicomiso). En tal obra se enuncia 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. Decimos todo o parte pues, tal como se verá infra debe respetarse la legítima de los herederos forzosos. Es muy útil para que el *causante (fiduciante)* asegure la manutención de ciertas personas, ya sea su educación,

gastos de salud, etc. Al concluir el fideicomiso, los bienes deben ser transmitidos a quien se hubiese designado en el testamento, o bien a quien supletoriamente indique la ley (heredero universal o legatario). Cuando los beneficiarios o fideicomisarios son personas menores de edad, o sin experiencia en el manejo de capitales, o incapacitados, o bien edad avanzada, la figura es muy útil para su protección.

La importancia de este instituto está determinada por su gran flexibilidad.

Bonfanti señala " el fideicomiso exhuma flexibilidad máxima en la concertación de las operaciones jurídico - económicas - financieras. Configura una posibilidad que tiende a la probabilidad, en la conocida secuencia lógica (Bonfanti Mario " *Significado Actual del Fideicomiso*" JA 1999 -III-777).

Es una previsión que realiza el testador que le garanticen a sus hijos u otros parientes o a persona a las que quiere beneficiar, los alimentos, en su más amplio alcance.

Permite durante su ejecución (después de la muerte del causante - testador - fiduciante) la administración del patrimonio de afectación, para preservar dichos bienes y gozar en el caso de menores de edad o incapacidad instituido heredero o legatario hasta que cese su imposibilidad de administración directa, el goce de los frutos o rentas de aquellos (Ciuró de Castello Norma - Casas René Leasing Financier, operacional e inmobiliario, Fideicomiso, Fideicomiso Financiero " Revista de Dcho. Notarial Nro. 923 01/02/1999, citado en JA 1999-III- 1078).

En consecuencia, el testamento (en sí mismo) es un acto de carácter perfecto y definitivo desde el mismo momento en que fue otorgado y en tanto no fuere revocado. Esto en cuanto al testador fiduciante no realice dicho acto. Ahora bien, el mismo está destinado a tener eficacia en tiempo posterior a la muerte del causante (LLambías Jorge - Mendez Costa Cód. Civil anotado Abeledo Perrot, Bs.As. 1972 , pág. 32). De ahí que el testamento es un acto de eficacia pendiente).

La doctrina se ha dividido entre quienes consideran al fiduciario como:

a) Sucesor del causante: Puede ser que sea sucesor del causante e investir tal calidad de heredero o legatario, pero en ambos supuestos sujeto o estar sometido a una condición o plazo resolutorio, que operados y previstos por el testador, y a cuyo cumplimiento se extingue el derecho y genera la obligación de transmitir los bienes en favor de los fideicomisarios que puede o no constituir o coincidir con el beneficiario (autores Ferrer, Medina).

En las Jornadas Nacionales de Dcho. Civil Nro. XVI de Santa Fe celebradas en 1999 consideraron al fiduciario heredero del fiduciante resolviendo por mayoría:

- " El fiduciario es un sucesor *mortis causa* del testador fiduciante, y titular de un dominio imperfecto; al que se le aplican todas las reglas sobre aceptación o renuncia de la herencia (por mayoría)".

b) Doctrina que considera al fiduciario no sucesor del testador:

En esta corriente se enrollan aquellos que sostienen que el fiduciario adquiere los bienes fideicomitados *sub condititioni* para transmitirlos al fideicomisario o beneficiario.

Se argumenta que la propiedad fiduciaria no ingresa al patrimonio del fiduciario, pues constituye un patrimonio de afectación.-

Basset dice que el fiduciario es sólo un administrador y no un heredero.

Critica la doctrina anterior que lo considera sucesor a título singular al fiduciario porque a su juicio, contradice la hermenéutica del texto legal. Dice que la propiedad fiduciaria se resuelve como si no hubiese existido y de esta forma el fideicomitado es dueño (imperfecto) desde la muerte del causante del patrimonio fideicomitado (art. 2662 del Código Civil - Basset Ursula C. Fideicomiso, cita de Derechos de las Suc. Jorge O Perrino pág. 2427).- Esto lo funda en el art. 10 de la ley 24.441, que dispone en caso de no aceptación del fiduciario, el juez deberá designar fiduciario a alguna entidades autorizadas por el art. 19 de la citada ley.

Adhiero a esta última posición, ya que el fiduciario no es heredero del testador fiduciante. Al menos en el cumplimiento de este " *cargo o administración*" y coincido con la concordancia del art. 3262 que denomina sucesores a las personas a las cuales se le transmiten los derechos de otras

personas, de tal manera que en adelante puedan ejercerlos en su propio nombre. Ellas tienen ese carácter, o por ley o por voluntad del individuo en cuyos derechos sucede.

Existe otra discusión respecto de que bienes pueden ser sometidos al fideicomiso testamentario. Es decir, si se permite sobre bienes particulares o sobre la universalidad del patrimonio del causante.

Para esto debemos recurrir a la reforma introducida con el dictado de la ley 24.441 al citado art. 2262 del Código Civil a saber: Decía el texto anterior: "*Dominio fiduciario es el que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutive, o hasta el vencimiento de un plazo resolutive, para el efecto de restituir la cosa a un tercero*".

El texto actual: según el art. 73 de la ley 24.441 dice:

"Dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley".

Antes de la reforma era unívoco y uniforme el criterio de que el fideicomiso sólo era posible en tanto se tratara de bienes determinados, sin admitir que pudiera afectar una universalidad (Kiper C. Régimen Jurídico, ps. 165-169).

Con la reforma desapareció la palabra singular, lo que nuevamente obligó a la doctrina a preguntarse si el impedimento que vedaba la constitución sobre una universalidad subsistía. Aclara Kiper que puede ser objeto de dominio fiduciario como tal, a cosas ciertas y determinadas, pues no pueden ser objeto de derechos reales las cosas que no reúnen estos requisitos y menos aún los bienes que no son cosas.

Pero el citado autor aclara que la ley 24.441 no se refiere solamente al dominio fiduciario - cuyo objeto son cosas- sino también a propiedad fiduciaria, la que puede recaer sobre toda clase de bienes. La referencia es el art. 1 "bienes determinados"; art. 4, alude "individualización de bienes (inc. a) y al destino de "los bienes" (inc. d).

Es el art. 11 dispone : " Sobre los bienes fideicomitidos se constituye una propiedad fiduciaria que se rige por lo dispuesto en el título VII del libro III del Código Civil y las disposiciones de la presente ley cuando se trate de cosas, o las que correspondieren a la naturaleza de los bienes cuando éstos no sean cosas".

Por lo que Kiper hace una distinción tomando en forma textual el artículo citado, si se trata de bienes en sentido lato, hay propiedad fiduciaria, que se rige por la 24.411 . Y si se trata de cosas y estas reúnen los requisitos necesarios para ser objeto de un derecho real, hay dominio fiduciario, que se rige por la ley 24.441 y por el Código Civil al que dicha ley remite.

Admitida la distinción, persiste el interrogante luego de la reforma del art. 2622 si la constante alusión de bienes, permite incluir universalidades.

La doctrina argentina mayoritaria ha descartado esta posibilidad por la letra fría del art. 4 de la ley 24.411 que exige entre los requisitos la individualización de los bienes objetos del contrato e incluso prevé la imposibilidad de individualización deberá constar a la fecha de celebración la descripción de los requisitos y características que deberán reunir dichos bienes".

En el introito al instituto específico de fideicomiso testamentario, dijimos que debe ser concordado con las normas del Derecho Civil y choca frente a normas de interés público. Por lo tanto no cualquier disposición a título fiduciario está permitida (más allá de la imposibilidad de determinación enunciada en párrafos anteriores), ya que ni siquiera mediante el amparo de la ley 24.441 pueden válidamente hacerse sustituciones fideicomisarias. Esto conculca lo dispuesto por el art. 3723 que dice que el derecho de instituir a un heredero no importa el derecho de dar a éste un sucesor.

Recomiendo la lectura y definición de sustitución fideicomisaria y que la misma se continúan vedadas al testador, aún cuando asuman la apariencia de institución fiduciaria permitida, pues esto sería una forma encubierta de dar un heredero al heredero (cit. Ripert – Boulanger en el Cód.Civil tomo 6 A Bueres y Highton, pag. 909).

Y en forma concordante están prohibidas las disposiciones a título fiduciario de una porción que viole la legítima.

En cuanto a los tipos pueden (art. 3 ley 24.441) adoptar todas las formas de testamento, sin preferir ninguna, pero indefectiblemente deberá contener los requisitos del art. 4 de dicha norma: a) la individualización de los bienes objeto del contrato (sobre el particular me remito a lo anteriormente dicho); b) La determinación del modo en que otros bienes podrán ser incorporados al fideicomiso. En este caso hablamos de subrogación real de los bienes y cosas que se adquieran con el producido de los bienes legados originariamente; c) el plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario, el que nunca podrá ser superior a treinta (30) años, salvo que legatario fuere incapaz (como beneficiario) en cuyo caso podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad. Esto se refiere al plazo o condición que resolverá el dominio fiduciario; d) el destino de los bienes a la finalización del fideicomiso y la designación de fideicomisarios y e) los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo si cesara (retribución de su función y limitaciones en el ejercicio de la propiedad fiduciaria).

Analizado el objeto, los requisitos, y plazos máximos debemos ver los límites contenidos en el Código Civil y en la propia ley 24441.

Respecto del plazo y el tema que verdaderamente se plantea como interrogante en la consigna que seguidamente se trata: Plazo máximo posible de ejercicio de la administración de los bienes del causante por parte del fiduciario en beneficio de los herederos.

El dominio fiduciario es imperfecto no perpetuo y por lo tanto está sujeto a una condición o plazo conforme claramente lo establece el art. 1 de la ley 24.441.

Este es el punto de partida y piedra fundamental para analizar la consigna de este trabajo. La primera respuesta que le podemos dar al interrogante del trabajo encomendado, es que el plazo del ejercicio de la administración de los bienes del causante por parte del fiduciario en beneficio de los herederos, es el estipulado en el testamento o el acontecimiento de la condición resolutoria. Esto desde la mirada parcial y limitada de la ley 24.441 que establece con un plazo máximo de 30 años.

Esto siempre que en el testamento no se viole la legítima. En tal supuesto los herederos pueden atacar la validez del testamento y pedir su anulación.

Para responder a la premisa me ubico en el lugar del abogado litigante y supongo que un cliente o varios herederos no quieren soportar este lapso de tiempo fijado por la voluntad del testador – fiduciante.

Jorge Perrino en la obra que se ha citado en varias oportunidades en este trabajo, dice que el plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario nunca podrá ser superior a treinta años, salvo el citado caso de un incapaz.

En principio resulta lógico que no se admita un tiempo indefinido, ya que obliga a los herederos a una propiedad o indivisión de la propiedad fiduciaria permanente contrario a su carencia de definitividad.-

El plazo comienza desde la muerte del testado (fiduciante).

Los incapaces a los que se refiere la norma comprenden a los menores, a los dementes declarados en juicio y a los sordomudos que no saben darse a entender por escrito que se encuentran interdictos.

Cesa la incapacidad de los menores y por lo tanto se extingue el fideicomiso, el día que cumplieren los 18 años (art. 128, CCiv. reformado por la ley 26.579) y la de los dementes y sordomudos interdictos por el completo restablecimiento acreditado por examen o junta médica realizada después de la declaración judicial con audiencia del Ministerio de Menores e incapaces (art. 150 y 158 del Código Civil).

En el derecho comparado existe un plazo menor, a excepción de Venezuela que tiene el mismo que nuestro, en su art. 9 del Código Civil). Chile dispone de uno más breve de duración cinco (5) años en

su art. 739 de su Código Civil; Colombia y México 20 años (arts. 1230 y 357 de sus Códigos Civiles respectivamente).

Previo al plazo máximo, los autores analizan el supuesto de que el testador (fiduciante) se extralimite y fije un término mayor del permitido en el art. 4 inciso c) de la ley 24.441.

Perrino en la obra estudia este supuesto realizando distinciones la consideración de nulidad la disposición testamentaria o si se considera reducido de pleno derecho al plazo máximo legal de 30 años.

El autor citado coincide con la doctrinaria Highton Elena que en su obra: "*Fideicomiso mortis causa*", al manifestar que si el testador hubiere fijado un plazo mayor del admitido por la ley no se anula la institución, sino que el plazo quedará reducido a los límites admitidos por la norma citada. Ello por aplicación del principio *favor testamenti*.

La citada autora sostiene que los hechos a los cuales se sujeta la condición resolutoria deber ocurrir dentro del plazo fijado en treinta años, caso contrario toda condición (o plazo) se considera cumplida al acabar ese tiempo.

Hasta aquí no hay conflicto; el problema radica al plantearnos y concordar el fideicomiso testamentario frente a la indivisión hereditaria. Y desde la regulación de la misma vamos acortando el plazo.

Es muy común y nos enfrentamos a diario con sucesiones donde generalmente el proceso de división o partición de la herencia es traumático. Y de cuya indivisión los herederos quieren salir lo más pronto posible por una cuestión de obtener un beneficio líquido o por no compatibilizar como condómino o administración conjunta con otro heredero con el cual no tiene buena relación.

Esto trae, como lógica consecuencia, la imposibilidad de convivencia, traducida en una imposibilidad fáctica - económica - financiera donde los herederos no quieren compartir una herencia o un estado de indivisión hereditaria por ningún plazo impuesto por el testador de indivisión forzosa. Ya sea esto por un testamento liso y llano o mediante el instituto de análisis del Fideicomiso Testamentario.

Efectivamente la ley 24.441 dispone del plazo máximo de 30 años, cuando no sujeta el testamento a una condición que se cumpla en un término menor. Es decir que el testador (fiduciante) sino fija una condición resolutoria que acontezca en menor término puede hacer uso de dicho plazo máximo. Pero debe establecerlo como requisito esencial previsto en el art 4 inciso c.

Sino establece un plazo determinado, a mi criterio al testamento que crea el fideicomiso testamentario, le falta uno de los requisitos esenciales y es inválido o al menos inoponible si uno o varios herederos lo plantean en el proceso sucesorio (aquí entra el concepto de acto anulable).

Descartado estos supuestos, creo que la consigna del presente; está dirigida a una especie de contienda o contradicción normativa entre la ley 24.441 y la 14.394. Ambas normas nacionales que reforman el Código Civil.

La ley que regula los fideicomisos confronta y se contradice con la ley 14.394 que reformó el régimen de indivisión forzosa que había impuesto el Codificador en el Código Civil, cuando autorizó al testador a imponer a los herederos, aún los forzosos, la indivisión de los bienes hereditarios, por un plazo máximo de diez (10) años. Sin perjuicio que fija la posibilidad de extender este término cuando se trate de un bien determinado, o de un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o de cualquier naturaleza que constituya una unidad económica, hasta que todos los herederos alcancen la mayoría de edad, aun cuando ese tiempo exceda los diez años (art. 51 de la citada norma).

Como en toda cuestión debatida en doctrina existen tres posturas:

a) Así, se ha sostenido que la ley 24.441 en tanto contraría el orden público sucesorio no enerva lo dispuesto en la ley 14.394.

b) Otro sector ha estimado que es menester tratar de compatibilizar las normas del derecho sucesorio con las amplitudes que brinda la ley 24.441.

c) Y por último la tercer postura que es terminante y concluye el tema que por resultar conveniente y por aplicación del art. 97, la ley 24.441 ha modificado la ley 14.394.

Ferrer dice que no existe razón para preferir la ley 14.394 sobre la ley 24.441, pues ambas son reformas al Código Civil y remata con lo expuesto en que la ley posterior deroga a la ley anterior. Concluye en que cuando medie un interés familiar en el fideicomiso testamentario será válida la restricción de 30 años.

Maffía, coincide en la derogación tácita por el tiempo del dictado de ambas normas.

Basset, partiendo del principio de que la ley posterior general no deroga una ley especial anterior, estima que la verdadera pauta para resolver la cuestión es discernir la norma que realiza un mejor equilibrio entre los intereses en juego. Prefiere los moderados 10 años de la ley 14.494, que además contempla la situación de incapaces y del cónyuge supérstite.

Azpiri Jorge - Requeijo Oscar en su Obra Fideicomiso van más allá del simple estudio de las normas y exprimen (a mi criterio fuerzan la interpretación) distinguiendo entre dos supuestos:

a) En el caso de herederos legitimarios, cuestiona el plazo de 30 de la ley 24.441 por resultar un condicionamiento de la legítima (art. 3598 del Código Civil) y se desnaturaliza el derecho hereditario; b) de aquel en que el fiduciante no haya dejado herederos forzosos, pues en tal supuesto o caso los instituidos o los llamados por la ley, deberán aceptar el fideicomiso, pues si han podido ser excluidos en forma total de la institución, nada empece a que el causante haya dispuesto limitar sus derechos por las condiciones impuestas en el fideicomiso (Azpiri Jorge O, Requeijo Oscar Fideicomiso).

Jorge Perriño en su obra adopta un criterio de que la ley 24.441 el art. 4 inc. c que impone el plazo de 30 años es una ley de contenido general.

La razón en considerar a la ley 24.441 es de contenido general está dada por la regulación de todo tipo de fideicomiso y no un plazo especial para el fideicomiso testamentario. Mientras que la ley 14.394 en su art. 51 es una norma también nacional que específicamente se ocupa del acto de última voluntad al decir en forma textual e íntegra:

" Toda persona podrá imponer a sus herederos, aun forzosos, la indivisión de los bienes hereditarios, por un plazo no mayor de diez años. Si se tratase de un bien determinado, o de un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero, o cualquier otro que constituya una unidad económica, el lapso de la indivisión podrá extenderse hasta que todos los herederos alcancen la mayoría de edad, aun cuando ese tiempo exceda los diez años. Cualquier otro término superior al máximo permitido, se entenderá reducido a éste. El juez podrá autorizar la división, total o parcial, a pedido de la parte interesada y sin esperar el transcurso del plazo establecido, cuando concurren circunstancias graves o razones de manifiesta utilidad o interés legítimo de tercero."-

Soy de la posición y tengo la convicción que la ley 14.394 es una ley nacional general; pero que regla la materia testamentaria con una norma de contenido especial. Por lo tanto considero que esta ley (en su art. 51) no puede ser derogada por una norma de contenido general (derogación tácita) que no trata en materia del plazo un apartado especial para el fideicomiso testamentario (ley 24.441). Incluso da la posibilidad de reducción del plazo por el juez para la división total o parcial que será:

- A pedido de parte.-
- Sin esperar el transcurso del plazo.-
- Ante circunstancias graves o -
- Razones de manifiesta utilidad o.-
- Interés legítimo de un tercero.-

Como lógica consecuencia la ley 24.441 (art. 4 inc. C) NO DEROGA AL ART. 51 DE LA LEY 14.394 que dispone un plazo máximo de 10 años e incluso autoriza la reducción del plazo a instancia y pedido de partes si se dan los supuestos normativos.

Esto corroborado y ratificado por el espíritu de la norma en un todo (ley 24.441) dada por el legislador, que incluyó un solo precepto que rige la posibilidad de la creación del fideicomiso por testamento en su art. 3.

Esta afirmación da una respuesta general a la consigna de este trabajo que el principio general es el plazo máximo de 10 años del art. 51 de la ley 14.394 que puede ser dejado de lado en caso de que concurren los supuestos enumerados de la norma.

Del buceo que he realizado en la doctrina y jurisprudencia debemos analizar ambos preceptos y su objetivo de creación.

Existe un trabajo muy interesante (recomiendo su lectura) rotulado La Protección jurídica de la vejez: Desafíos y herramientas. De los autores Nicolás Giraud Esquivó y María I. Dabove que en su V capítulo tratan el supuesto de indivisión forzosa impuesta por el testador, publicado en el Boletín de Jurisprudencia Argentina. Dicen que al tratar la indivisiones impuestas por el causante, la voluntad impuesta por el anciano para luego de su muerte tiende a la protección de determinada persona en beneficio de la indivisión (ejemplo: el hogar para la cónyuge supérstite).

Como consecuencia de esta indivisión impuesta por el art. 51 no se puede pedir la partición por parte de los herederos y acreedores. A semejanza los autores el instituto con el bien de familia. El titular que impone aún a los herederos forzosos la indivisión *ejercita la autonomía personal y libertad en el derecho sucesorio*. Existe entonces aquí una voluntad expresada por el causante en el testamento que limita el derecho de pedir la partición hasta tanto no se cumpla el plazo.

Se cita en dicho artículo al Dr. Franzolato que dice que se establece en la norma una excepción al principio de intangibilidad del derecho a la legítima,La protección plena y cabal de la familia y de los menores e incapaces son principios jerárquicos superiores frente a los cuales, las "intocables" normas de la legítimas deben ceder y compatibilizarse, tal como ocurre en el bien de familia y el derecho real de habitación del cónyuge supérstite (Franzolato Eduardo, El Régimen de bienes y la indivisión protectora de la familia y su vivienda" Separata de homenaje a los Congresos de Derecho Civil (1927-1937-1961-1962) T IV Córdoba 2009, página 2258).

A su turno Bibiloni, dentro de esta misma postura, dice que el Jefe de familia impone incluso a sus herederos forzosos es para salvar la herencia que la considera en peligro, en vista de muchas circunstancias que conoce íntimamente , mejor que la ley y mejor que los jueces.- De tal modo, que resulta interesante destacar que ya en esta época se le otorga importancia a la autonomía personal, entendida como el poder de decidir - aunque sea limitadamente- el destino de los bienes para después de la muerte , conforme lo que el causante considere más beneficioso para el interés familiar .- (Bibiloni Juan Antonio, Reforma del Código Civil Anteproyecto, T 4, Buenos Aires, 1931, pág. 254).

Esta autonomía, a la que referimos en este tipo de indivisión tampoco resulta ABSOLUTA si todos los herederos son mayores de edad y solicitan su partición de común acuerdo. En este sentido se ha pronunciado favorablemente la doctrina. Así se ha dicho que la decisión y unánime de los herederos que piden la partición, no obstante la indivisión forzosa temporal, es suficiente para que el Juez disponga el cese de la indivisión. Porque, en definitiva, se trata de intereses y derechos que pertenecen a los herederos, y cuando todos ellos están de acuerdo en la conveniencia de una determinada solución, no es posible oponerse a su voluntad unánime (C. Nacional Civil, Sala G 27/11/1998 " Rawciz, Felipe S/ Sucesión ab intestato"; MJ-JU- E- 10801- AR; EDJ 10801).

Este tema fue tratado en unas Jornadas Nacional muy recientes XXII Jornadas de Derecho Civil 2011 celebradas en la Universidad de Tucumán. Donde se ha manifestado que el principio general establecido por el legislador es que todos los que tengan algún derecho en la sucesión pueden pedir en cualquier momento la partición - que pone fin a la indivisión- no obstante cualquier prohibición del testador, o convención en contrario (art. 3452 C. Civil).- Se hizo hincapié en el sistema de protección

de la legítima prohíbe imponer gravámenes y condiciones según lo prescripto por el art. 3598 del Código Civil.

No obstante se dijo en este encuentro. que por razones económicas *que hacen a la protección de intereses familiares* - involucrando vivienda y/o establecimientos productivos - se establecen excepciones en la ley 14.394 que resultan temporales al principio de división forzosa, que como consecuencia directa pueden operar como excepción de la intangibilidad de la legítima descripto.

Al pasar a estudiar la indivisión cuando es impuesta por el testador o causante se analiza el art. 51 de la ley 14.394.

Se dijo (en tal congreso o jornadas) que la legítima impone a la persona una clara limitación en su derecho a testar, y se constituye en una limitación a la facultad testamentaria y de la libre disposición del patrimonio del causante.

Las excepciones al principio de intangibilidad de la legítima que operan en los casos de indivisión forzosa (art. 51 ley 14394) temporaria deben superarse mediante la flexibilización del sistema de la legítima.

En caso de mantenerse la legítima la cuota no debe superar el tercio. Y finalmente debe modificarse la legítima, flexibilizándose su actual distribución forzada en base a patrones fijos y estáticos. La limitación a la autonomía de disposición del causante debe estar determinada por las obligaciones alimentarias que el causante tenía en vida para con sus herederos y graduados conforme las condiciones particulares de los beneficiarios - edad, salud física y mental.

III. Conclusión.

Distinción de supuestos:

a) Confrontación y contradicción del plazo de la ley 24.441 y el art. 51 de la ley 14.394 de indivisión hereditaria. Causales de reducción judicial a pedido de parte:

Considero a modo de conclusión que se encuentra perfectamente claro la prioridad normativa -por resultar una ley de contenido especial- la dispuesta por el art. 51 de la ley 14394 sobre el art. 4 de la ley 24.441. Esto en virtud de que la primera regla expresamente la voluntad del testador con un plazo menor (10 años) y que el plazo de 30 años dispuesto por la segunda norma que es de contenido general y destinada a todo tipo de fideicomiso (art. 4 inc. c).

A la vez la misma norma especial prevé expresamente la facultad del Juez sin esperar el transcurso del tiempo (a pedido de parte - no de oficio) de la facultad de reducir el plazo cuando medien 1) circunstancias graves; 2) razones de manifiesta utilidad o; 3) Interés legítimo de un tercero.

Sin perjuicio de extenderme en la cantidad de páginas permitidas para este trabajo, y a parte de causales de reducción o tope temporáneo de los herederos de la administración del fiduciario previstos en la última parte del art. 51 de la ley 14.394. Realizo distinciones objetivas y subjetivas que limitan el plazo fijado en el fideicomiso testamentario, a saber:

b) El plazo máximo posible de ejercicio de la administración de los bienes del causante por parte del fiduciario en beneficio de los herederos.

Aquí recomiendo varias distinciones y situaciones fácticas:

b.1.) Herederos forzosos mayores y hábiles con acuerdo unánime:

Si existe acuerdo unánime de todos los herederos pueden solicitar al Juez del sucesorio la reducción y dejar sin efecto la voluntad para de indivisión forzosa temporalmente limitada en cualquier momento. Esto en virtud de que resultan ser todas personas hábiles para disponer de derecho que ya no dependen de una circunstancia basada en el orden público (incapaz, menor, vejez del cónyuge supérstite, contrario sensu art. 51 ley 14.394). Sino en derechos que pueden disponerse plenamente. En consecuencia en este supuesto, el plazo es el que convengan y en cualquier momento puede revocar la voluntad del testador (fuduciante) y dividir los bienes fideicomitidos o el patrimonio de

afectación. (Conforme fallo citado C. Nacional Civil, Sala G 27/11/1998 " Rawciz, Felipe S/ Sucesión ab intestato"; MJ-JU- E- 10801- AR; EDJ 10801).

Por lo tanto encontrándonos frente a derechos dispositivos no existe plazo oponible a los herederos (fideicomisarios). El mismo perdura hasta el momento en el cual exista acuerdo y decidan todos los herederos forzosos en disolver este estado de indivisión de herencia (impuesto en el Fideicomiso). Fecha en la cual no ejercerá más el fiduciario la administración de los bienes de los herederos y se adjudicará de acuerdo a la manda testamentaria. En este supuesto considero que el Fideicomiso Testamentario es revocable por acuerdo unánime de todos los herederos mayores y hábiles. Y el consecuente cese de la administración del fiduciario con expiración del plazo (ver fallo anteriormente citado).

b.2.) Protección de la legítima frente al plazo y el estado de indivisión de un fideicomiso testamentario:

Considero que la protección de la legítima es considerada aún de orden público. Y cuando el testador (fiduciante) avance sobre ella, los herederos perjudicados pueden pedir la anulación de la indivisión y restitución vía colación de sus derechos, dejando sin efecto el plazo.

Esto siempre que se trate de fideicomisos que afecten la legítima y herederos forzosos. Con o sin acuerdo entre los mismos.

Esta supuesto fue claramente resuelto en un fallo dictado por Cámara Nacional en lo Civil Sala F del 3/11/2005 en los autos; " Vogelius Angélica y otros c/ Vogelius Federico y otro " donde se dispuso frente al reclamo de dos herederas forzosas contra los coherederos que habían recibido bienes inmuebles del causante como resultado de un fideicomiso a su favor constituido en el exterior, por sentencia de primera instancia, se rechazó la demanda, y por resolución de la Cámara se ordenó revocar la misma invocando que los coherederos que han recibido inmuebles por constitución de un fideicomiso gratuito deben colacionar respetando el principio de igualdad entre los herederos forzosos y asimilar el acto a las donaciones entre vivos que son colacionables.

En consecuencia existiendo herederos forzosos y sin acuerdo (ver punto anterior) sólo puede establecerse (plazo) sobre la cuota de libre disposición, siendo nulo el que vulnere el derecho de legítima. Y sujeto a revocación por petición de parte afectada. Por lo tanto el estado de indivisión de estos bienes por un determinado tiempo es revocable y más aún la colación de los bienes transmitidos o fideicomitados mediante un fideicomiso testamentario que viola la legítima.

A mayor abundamiento ya no adquiere relevancia el tiempo, sino que se ataca el acto testamentario por el cual se conforma el fideicomiso.

Por lo tanto el plazo es hasta que los herederos forzosos tomen conocimiento del fideicomiso que viola su derecho a la legítima y la declaración judicial. Por resultar el acto en si mismo nulo, es nulo también el plazo estipulado (accesoriedad).

b.4) Fideicomisos testamentario sin herederos forzosos y sin incapaces:

En este supuesto los instituidos como beneficiarios y fideicomisarios no son herederos forzosos y que no pueden ejercer u oponer el derecho de de intangibilidad de la legítima.-, ya que no tiene derecho a la misma.

Es la voluntad de testador (fiduciante) la que debe primar y el plazo fijado por el mismo de indivisión o administración del fiduciario de los bienes de los legatarios instituidos se debe respetar. El plazo se convierte a mí entender *como el acto de voluntad mortis causa de condición de institución*. Y como tal debe respetarse.

Lógicamente y como ya lo expresé en el presente, soy un abogado litigante. Y ante un caso me ubico de las dos partes que supuestamente me podrían traer a mi estudio.

En principio si el plazo fijado en el fideicomiso testamentario es mayor de 10 años, y represento a los fideicomisarios, pediría la limitación conforme la prioridad normativa de la ley 14.394 art. 51.. Esto

siempre y cuando la redacción e imposición del plazo se haya insertado o redactado convirtiendo al plazo de indivisión *como una verdadera condición o como un cargo de cumplimiento bajo pena de nulidad o condición sine quanon para la institución como legatario*. En caso de que la redacción sea simple y sin que supedita su cumplimiento para resultar legatario pediría (en caso de acuerdo unánime) la inconstitucionalidad del art. 51 de la ley 14.394 y denunciaría tal acuerdo para lograr la extinción del fideicomiso y transmisión definitiva en favor de mis clientes. Siempre que el fideicomiso perjudique a los beneficiario o fideicomisario que represento. Por supuesto si la forma o condición es ventajosa, rentable y existe acuerdo de la pluralidad no existiría conflicto de respetar el plazo estipulado en el testamento.

b.5. Fideicomiso que contiene normas de indivisión y administración fiduciaria con menores, incapaces, vejez. Y la vez con violación o no de la legítima de los restantes herederos:

Con violación de la legítima e incapaces:

En este caso confrontan dos instituciones del orden público sucesorio y del orden público del derecho de familia. Uno entendido como la intangibilidad del derecho a la legítima de los herederos forzosos y el segundo el instituto de la incapacidad (entendida como minoridad, incapaces declarados y vejez). Regido a la vez por Convenciones Internacionales del Derecho del niño e incapaz de prioridad Constitucional.

Es de difícil compatibilidad de estos dos principios. Ya que entra en juego otro funcionario ajeno a la fiducia. Aquí actúa el curador o tutor y el asesor de menores e incapaces (el llamado Ministerio Pupilar).

Como lógica consecuencia la última voluntad se debe interpretar la letra del fideicomiso testamentario mediante el cual se constituyó el fideicomiso y si el mismo tiene como finalidad la protección de los derechos del incapaz.

Incapacidad que hay que también distinguirla si es temporal (caso de los menores) o definitiva (caso de los incapaces declarados judicialmente) o vejez (en el caso del derecho sobre una vivienda al cónyuge supérstite mayor).

Si nos ubicamos en lado de los incapaces bregaremos por el respeto del plazo en beneficio del interés supremo del mismo y el Juez en caso de conflicto, con la anuencia y representación conjunta que ejercerá el Ministerio Pupilar, obligará a hacer respetar dicho plazo. Salvo la gravedad prevista en el art. 51 última parte de la ley 14.394.

Y aquí si comparto la posición de la doctrina analizada supra, donde la legítima cede frente a la flexibilidad y rigidez de tal institución respetando el plazo y el fin superior de protección del incapaz, menor o cónyuge supérstite en estado de edad avanzada (véase la similitud de atribución de hogar conyugal frente a una liquidación de sociedad conyugal o bien de familia).

Si nos ubicamos del lado de los restantes herederos plantearemos la división y adjudicación de los bienes con partición hereditaria, tratando de asegurarnos de afectar lo menos posible o mejor dicho de no afectar al incapaz o menor para cumplir con la manda del testador fiduciante. Esto siempre que seamos legitimarios.

Si se afecta nuestra legítima nos haremos fuertes en este principio de intangibilidad, y procuraremos la subrogación real o compensación que asegure al menor o incapaz el fin manifestado por el fiduciante. Pero chocaremos con los principios de mayor jerarquía constitucional de los derechos del niño y del incapaz.

Si es sobre una porción que puede disponer libremente el testador fiduciante ninguna observación podemos realizar y se debe respetar el plazo que incluso puede ser indefinido en el caso de un incapaz declarado, que se puede extender aún hasta su muerte. Ya que sobre la porción que puede disponer el fiduciante no tenemos legitimación activa para reclamar.

Finalmente queda excluido la estipulación testamentaria sujeta a la condición resolutoria:

En los casos donde el plazo se limita a la condición resolutoria, constituida por la mayoría de edad de los herederos o legatarios, no existe inconveniente u observación. Siempre que no se encubra una afectación que viole el interés público y el asesor de menores no observe que el fideicomiso constituye una pantalla o fraude a los intereses de los beneficiario o herederos menores (sustitución fideicomisaria).

En tal supuesto es NULO el instrumento ya que el testamento no puede encubrir esta sustitución según lo dispone el art. 3730 del Código Civil.-

Por lo tanto la sustitución se tendrá por no escrita y solamente será válida la disposición a favor del primero instituido y es nulo el segundo llamamiento.-

Pero quiero aclarar que no se encuentra sujeto a un plazo sino al acontecimiento de una condición resolutoria, que producida *resuelve el fideicomiso* y cobra operatividad la adjudicación de los bienes en favor del fideicomisario.

Aquí también hay que ver que no se viole la legítima. En su caso ya no estamos en presencia sólo de una condición resolutoria sino en la titularidad y ejercicio de reclamo por esta violación y el plazo es inoponible al heredero. Pero no solamente el plazo sino el testamento en sí mismo, que conforma el fideicomiso testamentario. Todo esto lógicamente queda sujeto a apreciación judicial en virtud de la falta de normativa clara y concordante que resuelva concretamente la consigna del trabajo.

Material de consulta:

Ley de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción 240441 (sancionada 22/12/1994).-

Ley Nacional 14.394.-

Código Civil Argentino.-

Dictamen del Proyecto de la Ley de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción (13-PE-1994) se atribuye, para algunos el origen de los fideicomisos a los griegos, egipcios, y luego transmitido al derecho romano por los dos anteriores.-

- Contratos con Garantía Fiduciaria (2da. Edición Eduardo G. Clusellas y Carolina Ormaechea. La ley, 2007).-

- Trabajo de Fideicomiso: Casos " Broadcast y Cemborain por Susy Inés Knoll.-

- Trabajo Universidad de Ciencias Económicas de Buenos Aires; Lic. . Gabriel de la Fuente.

- Tratado de Fideicomiso de Kiper Claudio y Silvio Lisoprawsky . Editorial Lexis Nexis Depalma (1ra. Edición 2003).-

- Derecho de la Sucesiones TIII Editorial Abeledo Perrot de Jorge O. Perrino.-

- Ciuró de Castello Norma - Casas René Leasing Financiero, operacional e inmobiliario, Fideicomiso, Fideicomiso Financiero " Revista de Dcho. Notarial Nro. 923 01/02/1999, citado en JA 1999-III-1078".-

- Bonfanti i Mario " *Significado Actual del Fideicomiso*" JA 1999 -III-777.-

- LLambías Jorge - Méndez Costa Cód. Civil anotado Abeledo Perrot, Bs.As. 1972LLambías Jorge - Méndez Costa Cód. Civil anotado Abeledo Perrot, Bs.As. 1972.-

- Trabajo La Protección jurídica de la vejez: Desafíos y herramientas. De los autores Nicolás Girado Esquivó y María I. Abobe, publicado recientemente en Buenos Aires, el de mayo de 2012 en Jurisprudencia Argentina, JA-2012 II, fascículo Nro. 8.-

- Estudio del fallo C. Nacional Civil, Sala G 27/11/1998 " Rascas, Felipe S/ Sucesión ab intestato"; MJ-JU- E- 10801- AR; EDJ 10801.-

- Publicación de conclusiones por voto mayoría Jornadas Nacional muy recientes XXII Jornadas de Derecho Civil 2011 celebradas en la Universidad de Tucumán.-

- Fallo Cámara Nacional en lo Civil Sala F del 3/11/2005 en los autos; " Vogelius Angélica T y otros c/ Vogelius Federico y otro".-

- Código Civil y Normas Análisis doctrinario y jurisprudencial, tomo 6 A Sucesiones de Alberto J. Bueres – Elena I. Highton. Ed. Hammurabi . José Luis Depalma.-