

Dictamen (Temas consultados). Tesis Magister Martín Pablo Galessio. Maestría en Derecho Empresario, Universidad Austral.

1) El fideicomiso es una opción acertada para llevar adelante la administración de los bienes del Sr. Víctor Cataneo. Aunque el Código Civil y Comercial en los artículos comprendidos entre el 1666 a 1700 sólo regula dos tipos de fideicomiso en particular, existen numerosas aplicaciones que el mundo de los negocios y las necesidades de los usuarios jurídicos han desarrollado. En éste caso sería adecuado diseñar un fideicomiso de administración, que es una de las aplicaciones con mayor desarrollo.

El Sr. Cataneo puede constituir un fideicomiso y continuar esa “manda fiduciaria” más allá de su muerte, circunstancia que lo diferencia de un fideicomiso testamentario, el cual se constituye en vida, pero sus efectos se hacen efectivos, sí o sí, luego de la muerte del fiduciante-causante (art.1699, Cód.Civ y.Com)

El artículo 1668, Cód. Civ y.Com establece que el plazo por el que durará el contrato de fideicomiso no puede superar los treinta años. En el caso en estudio, se podría mantener hasta el cese de la incapacidad de los menores, al menos, hasta que el mayor de ellos llegué a esa mayoría de edad, lo cual sería dentro de diez años, ya que la ley 26.579 realizó una modificación al respecto y ahora determina que la mayoría de edad se alcanza a los dieciocho años, lo que se mantiene en el nuevo Código. También existe otro límite temporal al plazo de este contrato impuesto por la ley 13.494 que estipula que la indivisión hereditaria no puede durar más de 10 años. A pesar de estos límites, si los herederos estuviesen de acuerdo, se podría celebrar el contrato y alcanzar una vida de treinta años e incluso más.

Si el fiduciante es el marido y todos sus bienes son puestos bajo la administración del fiduciario, puede el Sr. Cataneo ser el beneficiario y cobrar así las rentas o frutos de la figura jurídica adoptada.

La idea de quien realiza la consulta es dejar reglada su sucesión, por ello, luego de establecer como beneficiario al Sr. Cataneo, debería designarse como beneficiarios sustitutos (art. 1671, Cód. Civ y.Com) a sus hijos.

Quizás, el inconveniente más relevante es determinar el rol de la esposa. En principio se entiende que no podría ser beneficiaria porque violaría la prohibición de donar entre los esposos. La prohibición legal parece tajante y no deben quedar dudas de que lo es, sin embargo, en este entramado deberá ser beneficiaria porque es la única forma de asegurarse sus derechos como socia de la sociedad conyugal. Una solución posible sería que se constituya como Fiduciante.

En resumen, será beneficiaria del monto de la legítima que le corresponde, montos que se han reducido a $\frac{2}{3}$ en los descendientes; $\frac{1}{2}$ a los cónyuges y se mantiene en $\frac{1}{2}$ a los ascendientes. En porcentajes: (25%), el porcentaje igual al de los tres hijos restantes en el reparto de los bienes propios y en los bienes gananciales no hereda sino que recibe el cincuenta por ciento (50%) que le corresponde como socio de la sociedad matrimonial. De esta manera, no se violaría ninguna prohibición ya que no sería propiamente una donación sino la manera de asegurar sus derechos como socia de la sociedad conyugal y heredera por los bienes propios.

Las formalidades a cumplirse deben ser aquellas que la ley estipula, así podrá luego tornarse más difícil que en sede judicial se impugne la validez del contrato.

Deberá registrarse el contrato en el Registro Público que corresponda, según lo dispuesto en el art. 1669 Cód. Civ y Com. Además, la transmisión de los bienes se deberá registrar en el registro de la propiedad inmueble o automotor o donde deba registrarse la transmisión de esos bienes y deberá consignarse el carácter “fiduciario” de ese dominio que se transmite. Si los bienes fuesen de una sociedad debería haber una decisión del directorio que apruebe la constitución del fideicomiso y esa decisión auditada por la sindicatura.

La inscripción vale a efectos de la oponibilidad frente a terceros interesados de buena fe. No obstante ello, el nuevo Código trae consigo una novedad importante que insertó

un agregado en el art 1699 que dice: “Forma: el contrato, que debe inscribirse en el registro público que corresponda...”. Esta inserción no explica si se debe inscribir en los registros ya creados o debe crearse uno nuevo para los fideicomisos. Por el momento no existe un Registro específico de Fideicomisos por lo que se presume que mientras no se reglamente al respecto, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, se deberá inscribir en la Inspección General de Justicia bajo el amparo de la Res 7/2015, modificada por las Res 9/2015 y 6/2016.

El contrato de Fideicomiso (aun el celebrado en instrumento privado) tiene valor de fecha cierta si cumplen los requisitos del art. 317 Cód. Civ y Com , la exigencia de la inscripción registral del contrato sería al sólo efecto de la oponibilidad frente a terceros, ya que para las partes e incluso terceros intervinientes, el contrato tendría plena validez desde su celebración.

2) Las ventas y donaciones están prohibidas entre los esposos. Ello es así según lo establecía el artículo 1807 y 1820 del Cod. C.C y se mantiene en el nuevo ordenamiento.

Si se constituye un fideicomiso de administración, esta figura no produce efectos desde la muerte sino desde la firma del mismo contrato de fideicomiso, llamado por la doctrina, de planeamiento patrimonial.

Veamos las hipótesis posibles:

a) Un cónyuge fiduciante y el otro fiduciario:

En el fideicomiso se está transmitiendo la propiedad fiduciaria. No es un dominio pleno, es temporario, y formado exclusivamente con las cosas sometidas al fideicomiso, lo que implica que pueden dejarse bienes por fuera de esta figura. El fiduciario usa, goza, administra y dispone de los bienes siempre de acuerdo a los fines del contrato de fideicomiso. Entonces, este contrato se asemeja más a un mandato que a una compraventa, de esta manera, no sería un contrato prohibido ya que el contrato de mandato es uno de los contratos expresamente permitidos.

Sin embargo, ésta última idea es solo a título ilustrativo ya que si se quisiera ver al fiduciario como un mandatario o gestor de negocios, se caería fuera del dominio fiduciario, cuyo objeto es la transmisión de la propiedad.

La relación subyacente está delimitada por el título de confianza, que es el elemento que produce la transmisión de los bienes. El Sr. Cattaneo quiere reglar de manera anticipada su sucesión y para ello constituye un contrato de fideicomiso, que es sólo un vehículo para lograr ese cometido.

b) La cónyuge beneficiaria:

Algunos entienden que con la derogación del inciso 4 del artículo 1217 C.C se derogó tácitamente la prohibición de donación entre esposos, quedando así permitida la donación, y en este caso la esposa podría ser beneficiaria.

Pero es una interpretación algo sesgada que de ninguna manera daría certeza a quien celebra este contrato. El artículo 1807 explica lo contrario, las donaciones entre esposos están prohibidas.

Otra opción es que la esposa sea también fiduciante del contrato de fideicomiso, junto con el Sr. Cattaneo.

3) El derecho sucesorio es de orden público y por lo tanto sus prescripciones son obligatorias para las partes al momento de celebrar un contrato.

Existe el derecho de los herederos forzosos a una cuota determinada de ese patrimonio que la ley llama legítima, la cual no puede ser menor a la que la ley prescribe. Cualquier acuerdo o disposición del causante en contrario se tendría por no escrita. Esa cuota hoy ha sido disminuida a fin de que el testador pueda disponer de una mayor porción y mejorar la porción de uno de sus herederos.

La otra limitación trata sobre el tiempo de duración de ese dominio fiduciario. El art. 1668 del Cod Civ y.Com establece como plazo máximo de duración los 30 años que se

deben contar desde la constitución, pero cuando están en juego los bienes que pertenecen a los herederos, estos no están obligados a aceptar una indivisión forzosa establecida en el fideicomiso por el fiduciante, al menos, no más allá de los diez años, que es el plazo que la ley 14.394 fija como plazo máximo para una indivisión forzosa que deban soportar los herederos, con el fin de que no se mal administren los bienes.

4) Hay diferentes maneras de clasificar un bien como ganancial pero de manera resumida puede decirse que se presume que todos los bienes son gananciales, salvo que pueda probarse lo contrario, es decir, que esos bienes pertenecían a alguno de los cónyuges cuando se celebró el matrimonio, o que los adquirió después por herencia legado o donación (art 1271 Cod.C.C.) (hoy art 465 Cod Civ y.Com)

Dentro de los bienes que el Sr. Cataneo posee existen cinco departamentos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 110 mts. cada uno. Ellos son gananciales sin ninguna duda, en cambio, las cuotas sociales de la SRL y el campo son bienes propios.

El fundamento de la ganancialidad se confunde a su vez con la razón de ser de los regímenes de comunidad: el reconocimiento del esfuerzo común empleado en lograr los bienes y la solidaridad que el matrimonio crea entre los esposos.

Es decir, que los gananciales se pueden definir por a) la época de incorporación del bien al patrimonio del cónyuge; b) el carácter oneroso con que se produjo; c) el destino común que ha de concretarse a la finalización de la sociedad conyugal.

Distribución de bienes:

Esos bienes gananciales tendrán una “anomalía transitoria” (término creado por la Dra. Josefa Méndez Costa) cuya división se posterga hasta el vencimiento de un plazo o el cumplimiento de una condición prevista o supuestos de condición de familia o indivisiones hereditarias impuestas por el cónyuge, en este caso el fideicomiso.

Ahora bien, para determinar la adjudicación de beneficios y adjudicación final de los bienes se debe tener en cuenta la calificación legal de cada bien. Los frutos de los bienes

gananciales son gananciales, por ende, en vida del Sr. Cataneo se repartirán en un 50% a favor de la mujer como socia de la sociedad conyugal y el otro 50% a favor del Sr. Cataneo. Sus hijos quedarían afuera de esta primera etapa. En cuanto a los bienes propios, sus frutos serán también gananciales por lo que el reparto será igual (art 465 inc. c) del Cod Civ. y Com.)

Los efectos varían luego de la muerte del fiduciante, ya que los hijos percibirán el 50% que recibía el padre como socio de la sociedad conyugal dividido en tres y el 25% cada uno como heredero de los bienes propios.

Hasta aquí el reparto tiene que ver con los frutos, es decir, las rentas que producían los bienes.

En la adjudicación final se tendrá la misma proporcionalidad de los porcentajes para repartir los bienes que formaban el contrato. Aquí queda claro que si la mujer no fuese beneficiaria no habría forma de respetar sus derechos.

5) El fideicomiso que se constituyó en vida puede mantenerse más allá de la muerte del fideicomitente. Si el traspaso de los bienes y su constitución como patrimonio de afectación no depende de la muerte del causante ni de su testamento, al momento de la muerte, no debe abrirse ninguna sucesión ya que, primero, no es intención de su mujer hacerlo y segundo, no habría ningún bien que transmitir.

6) El artículo 1277 del Cod C.C derogado disponía que es *“necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer o grabar los bienes gananciales cuando se trate de inmuebles, derechos o bienes muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria”*. Si alguno de los dos negare su consentimiento el juez podrá autorizarlo previa audiencia de las partes.

Actualmente el Código Civil y Comercial trae una disposición similar para el régimen de ganancialidad en su art. 470, que establece: *“...Bienes gananciales. La administración y disposición de los bienes gananciales corresponde al cónyuge que los ha adquirido. Sin embargo, es necesario el asentimiento del otro para enajenar o gravar: a) los bienes*

registrables; b) las acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública, sin perjuicio de la aplicación del artículo 1824; c) las participaciones en sociedades no exceptuadas en el inciso anterior; d) los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios. También requieren asentimiento las promesas de los actos comprendidos en los incisos anteriores. Al asentimiento y a su omisión se aplican las normas de los artículos 456 a 459.”

Al titular le corresponde la iniciativa y al no titular su asentimiento, y no un consentimiento como lo expresaba el artículo 1277 Cod C.C. Término que desapareció con la reforma del Código

Parece claro que deberá contar con el asentimiento conyugal en aquellos bienes gananciales y también deberá hacerlo para los bienes propios donde se encuentra el asiento conyugal, siempre que en él habiten menores. Hoy el Código establece respecto en qué casos relativos a la vivienda familiar se debe contar con el asentimiento, aunque esos bienes sean propios (art. 456, Cód. Civ y Com.).

De no contarse con el asentimiento la transmisión fiduciaria podría ser nula, ya que el asentimiento hace a la validez del acto, siempre que el negocio subyacente en el fideicomiso sea gratuito. En caso de ser oneroso la falta de asentimiento hace a la nulidad relativa.

Algunos autores entienden que la ausencia de asentimiento produce la inoponibilidad y no la nulidad y ello hace a la eficacia del acto.

En la nulidad el acto no tiene efectos entre las partes y en la inoponibilidad sí, pero no frente a terceros.

7) La esposa podría ser fiduciaria, porque no está adquiriendo los bienes para sí. Estos bienes no ingresan a su patrimonio personal sino al patrimonio separado que se constituye a partir del contrato de fideicomiso. También podría ser beneficiaria (art. 1673, Cód. Civ. y Com.).

Empero, está prohibido bajo pena de nulidad que el fiduciario sea fideicomisario y adquiera la propiedad plena de los bienes a la finalización del fideicomiso (art. 1672). Esta prohibición determina que se descarte la opción de la esposa como fiduciaria.

8) Es cierto que son todos herederos forzosos, pero sus derechos sobre la herencia son diferentes de acuerdo a la clasificación de los bienes. Los porcentajes en la sucesión se dividen de la siguiente manera, entre los bienes propios (propiedad rural) se repartirán en partes iguales, es decir 25% cada uno, la mujer hereda como un hijo mas. De la misma manera quedarían los porcentajes por la casa donde viven, el que está constituido como bien de familia. Respecto a los gananciales, el 50% lo conserva la mujer como socia de la sociedad conyugal y el otro 50% se reparte entre los hijos excluyendo a la mujer.

La madre al ser la representante de los menores podrá usar lo que corresponde a sus hijos para su educación y todas sus necesidades como para administrarla de la mejor manera. Los bienes no pueden venderse, a no ser que así se estipule en el contrato taxativamente o lo considere el fiduciario en razón del fin del contrato.

El Código define un límite por sobre el cual el causante podrá disponer a su criterio sobre sus bienes, pero por debajo de ese límite no podrá disponer ya que esos bienes tienen un dueño y son sus herederos forzosos.

Así, la legítima de cada heredero está hoy, con la reforma, asegurada en $\frac{2}{3}$ los descendientes y $\frac{1}{2}$ los ascendientes y el cónyuge supérstite se asegura la mitad de los bienes por ser socia de la sociedad conyugal.

Se podría mejorar a algún heredero (art 2448 Cod Civ y Com) si alguno de ellos fuese incapaz, ya que la ley hoy lo considera de manera taxativa. Nuestra legislación permite al testador tener una porción disponible para utilizar con libertad que representa $\frac{1}{3}$ de las porciones legítimas, mas la porción disponible que le corresponda. En este caso, alguno de los herederos, cuando llegue a la mayoría de edad puede oponerse y plantear alguna acción de reducción o colación ya que puede entender que se violó su legítima.

9) La figura del Fideicomiso es adecuada para utilizar cuando se busca salvaguardar un patrimonio de posibles contingencias. Es recomendable por su fácil estructuración.

Podría haberse intentando un fideicomiso testamentario, que está regulado pero recién entraría en vigencia con la muerte del causante. Además, en el fideicomiso testamentario se debería hacer la sucesión testamentaria para darle validez a ese testamento, no es este el caso, porque los bienes ya no están en el dominio del causante.

Los inconvenientes suelen ser los mismos, el plazo que parece difícil que pueda extenderse más allá de los diez años y el respeto del orden sucesorio, lo cual hace que la figura no tenga flexibilidad como podría tenerla en legislaciones donde la libertad de testar es absoluta, piénsese en Estados Unidos.

¿Qué recomendaría? Quizás se podría hacer una donación en vida de todos los bienes, es una manera de partir los bienes y evitar una futura sucesión, para ello se respetaría la legítima de cada uno y evitar así futuros reclamos. El donante se reservaría el usufructo de los bienes o un cargo de una renta vitalicia (3604 CC). Es verdad, que están prohibidas las donaciones entre esposos pero una doctrina minoritaria entiende que puede hacerse. Sin embargo, el Código Civil y Comercial establece que la partición por donación solo podrá hacerse por entrega absoluta de los bienes y esa donación debe ser aceptada por los herederos, en este caso será su madre quien deba prestar el asentimiento. Además, solo entrarían en la partición los bienes presentes, en el fideicomiso incluso los futuros formarían parte de esta figura.

Finalmente, la aplicación del impuesto a la transmisión de bienes, torna muy onerosa la donación en comparación con el fideicomiso..

I. Brevísimas Historias del Fideicomiso

Uno de los antecedentes del fideicomiso es el *trust* del derecho angloamericano. A partir de la teoría de Pierre Lepaulle, aplicando el instituto del patrimonio separado, se logró adaptar esta figura al sistema jurídico continental¹.

El *trust* presenta la particularidad de ser una institución nacida de la confianza pero también del fraude. En la Inglaterra de la edad medieval el *use* era el medio para eludir las confiscaciones en tiempos de guerra, las persecuciones políticas y los tributos feudales. Aunque también se utilizó para proteger a la familia de aquellos caballeros que partían a las cruzadas y dejaban su propiedad a sus hombres de confianza y ellos la debían administrar en beneficio de la familia.

Aquí ya se puede ver una desmembración de la propiedad en dos partes, la propiedad por un lado y los beneficios económicos por otro.

En estos inicios la relación fiduciaria entre el *use* (actual *trustee* o fiduciario) y el *cestui qui use* (beneficiario) era desconocida por el derecho común (el *common law*), ya que según este derecho el único propietario era aquel que había recibido los bienes. El compromiso de administrar esos bienes y luego entregarlos no estaba firmado y si hubiese alguna firma, no tenía ninguna eficacia jurídica. Sólo existía el compromiso o la confianza que tenía una persona en otra. Todo quedaba librado a la buena fe del fiduciario, lo que hoy se denomina título de confianza.

Cuando los ciudadanos tenían algún inconveniente debían acudir al rey, y éste, que no se guiaba por el derecho común sino por la equidad, fallaba conforme a ella. Así surge la Corte de Equidad, que es cuando el rey delegaba funciones en cortes o tribunales que dependían de él. Así llegó a ligarse la relación entre el beneficiario y el fiduciario brindándole una serie de acciones judiciales en equidad, naciendo de esta manera un conjunto de reglas llamadas *Equity*.

¹ FERRER, Francisco, Fideicomiso testamentario y derecho sucesorio, Abeledo Perrot, 2000. Pág. 13 y siguientes.

Estas dos jurisdicciones serán suprimidas pero los tribunales van a continuar aplicando el *equity* y el *common law*. Las materias y procedimientos son diferentes y el *equity* tratará sobre el derecho real de la propiedad y las sucesiones entre otros.

I.1. Derecho continental europeo

Antecedentes en Roma

El fideicomiso es un ruego del causante fiduciante a una persona de su confianza a quien le deja una cosa para que se la transmita a un tercero. No se concedía una acción judicial para exigir su cumplimiento, de ahí que se llamase *fidei tuae commito* (encomiendo a tu conciencia). Con el emperador Augusto se impone el principio de exigibilidad de los fideicomisos, por implicar una obligación moral y no jurídica. Los fideicomisos se sustancian no ante el pretor sino ante el cónsul mediante un procedimiento extraordinario.

El estado actúa como fiduciante, el heredero como fiduciario y el beneficiario como fideicomisario. El fiduciario es un heredero pero limitado por su obligación de restituir los bienes al beneficiario. Pueden realizar enajenaciones en caso de necesidad para pagar a los acreedores hereditarios y por su mismo título de heredero puede quedarse con los frutos de los bienes fideicomitados. El beneficiario tiene una acción personal contra el heredero fiduciario para obligarlo a aceptar la herencia y luego otra acción para obtener la restitución de los bienes, en el supuesto que el fiduciario no cumpla.

En cuanto a las personas que podían ser favorecidas existió completa libertad pues los fideicomisos se empleaban con frecuencia para realizar disposiciones en beneficio de personas que no podían ser instituidas ni herederas ni legatarias. El fideicomiso no requiere la observancia de una forma, en su origen se formulaba en un simple escrito llamado *codilicio* e incluso por declaración hecha a quien es el beneficiario.

En cuanto al objeto podían ser cosas particulares, en cuyo caso se trataba de legados, o bien toda la herencia o una parte de ella, comprendiendo en este supuesto la calidad de heredero. Estos últimos fideicomisos llamados universales implicaban que al heredero

fiduciario se le imponía la carga de traspasar toda la herencia o una cuota parte de ella, computando el activo y el pasivo, junto con la calidad de heredero, a un ulterior sucesor, que era igualmente considerado sucesor universal del testador.

I.1.1. La sustitución fideicomisaria

Permitía que el testador favoreciera a varios fideicomisarios en forma sucesiva. La obligación de restituir los bienes al fideicomisario sucesivo, determinaba que el beneficiario no tuviese facultades para enajenarlos, debía conservarlos hasta que se cumpliese el plazo o condición puesta por el testador para restituir los bienes al fideicomisario. Esta figura la limitó Justiniano y luego la revolución francesa que la suprimió completamente. Ello porque implicaba una inmovilización de los patrimonios. En nuestro derecho está prohibida la sustitución fideicomisaria, tema que la doctrina ha dado una cantidad extensa de estudio.

I.1.2. Fiducia

Se configuró como un contrato real en el derecho más antiguo y fue de gran interés en el derecho clásico, aunque desapareció con Justiniano. Permitió la realización de contratos atípicos. Tuvo dos modalidades, la *fiducia cum creditore*, que cumplía la función de otorgar una garantía real al acreedor y la *fiducia cum amico* que sirve para fines variados: constituir una cosa en depósitos o darla en comodato o efectuar una donación mortis causa. Las tres figuras guardan relación con el trust de Inglaterra.

II. Introducción al Fideicomiso

Los arts. 1 al 25 de ley 24.441, actualmente derogados, fueron la primera regulación sobre el instrumento jurídico que más se ha estudiado y utilizado en los últimos tiempos: el fideicomiso. La letra de la ley sólo regulaba dos clases: el fideicomiso común u ordinario y el fideicomiso financiero. También según su fuente, se podían distinguir el fideicomiso testamentario y el contractual.

En ese sentido es idéntica la regulación seguida por el Código Civil y Comercial (en adelante indistintamente, Cod Civ y Com), que en sus artículos 1666 a 1689 establece las disposiciones generales de la figura y luego en los arts. 1690 a 1696, regula el fideicomiso financiero. También según su fuente se lo distingue en fideicomiso contractual y testamentario (arts. 1699 y 1700, Cod Civ y Com)

Es decir, se regula de modo general la figura permitiendo la aplicación a los más variados negocios; v.gr.: inmobiliarios; de garantía; de transferencia de inmuebles y otros, que la ley ni siquiera menciona. Sólo respecto de la aplicación del fideicomiso de garantía trae una norma que regula un aspecto particular como es el *ius vendendi* del fiduciario (art. 1680 Cod Civ y Com.). De ello se desprende que es una obligación fundamental del abogado comprender con precisión el espíritu de la ley para saber qué fines puede darle a ésta figura y cuáles no; y cuál es su utilización práctica.

El análisis del caso debe llevar al lector a comprender cómo se puede implementar un fideicomiso a fin de reglar con orden y previsión la trasmisión de sus bienes, sin violar el orden público sucesorio; sin trasgredir el Código Civil y Comercial y sin creer que en la aplicación de esta figura sólo un fideicomiso testamentario puede regir el futuro sucesorio de una familia, creencia arraigada entre los abogados que no han trabajado con esta interesante figura.

Antes de comenzar el análisis, es importante rescatar una idea para comprender mejor este instituto: el fideicomiso no es un negocio en sí mismo sino un vehículo que busca llevar adelante otro proyecto y que la doctrina llama “negocio subyacente”. Es por ello que se debe comprender ese negocio subyacente, su legalidad, y sus prohibiciones, de manera que el fideicomiso no se utilice para hacer aquello que el fiduciante no puede hacer a través de otras figuras².

²DUBOIS, Favier (p), DUBOIS Favier (h) Los fideicomisos en la empresa familiar, Errepar, dse, nro 287, Tomo XXIII, Noviembre 2011, pág. 6, www.favierduboisognolo.com.

Se explicará qué es un fideicomiso para luego comprender cuál es el negocio subyacente que las partes desean llevar a cabo y cuáles negocios no podrían realizar a través del instituto en estudio.

Expresa el artículo 1666, Cod Civ y Com en relación al fideicomiso contractual que: “Hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario.”

La ley define la operación jurídica de constitución del fideicomiso. También definirá en su articulado cómo se debe constituir uno, ya sea a través de un contrato (arts. 1667 a 1669, Cod Civ y Com.) o de un testamento (art 1699, Cod Civ y Com).

La necesidad de las personas de ordenar la futura transmisión de sus bienes a fin de evitar que sus hijos hereden conflictos más que bienes que garanticen su porvenir, ha llevado al profesional del derecho a buscar nuevas formas de innovar en las usuales maneras de llevar adelante este trabajo, sin caer en la tentación de usar las tradicionales herramientas: la sucesión AB intestato, el testamento, el mandato o la donación y en cambio, adaptar una vieja figura; el fideicomiso, a los nuevos tiempos y necesidades.

Es necesario advertir que esta tendencia es bastante atacada por parte de la doctrina, sobre todo por los abogados y doctrinarios del fuero civil, ya sea por los prejuicios hacia sus colegas del fuero comercial como por el desconocimiento de su uso.

Los argumentos en su contra tienen su fundamento en una normativa raquílica y mala, que produce la desconfianza de muchos colegas que creen que es una figura peligrosa y utilizada en muchos casos, como dijimos que se utilizaba en Inglaterra en sus orígenes, para actos fraudulentos.³

³ MARTORELL, Ernesto, La Ley 2007. Fideicomiso. Breve estudio de la utilización de ésta figura.

Como se dijo, la ley sólo regla el fideicomiso testamentario (aparte del financiero) y se podría creer que es el único vehículo posible para poder ordenar la transmisión de bienes; pero ello no es así.

En el caso analizado, las inquietudes del cliente (que desea que el fideicomiso se constituya en vida y a la vez, constituirse en el primer beneficiario) llevan a una primera distinción a efectos de poder elegir la figura a utilizar. Si bien el fideicomiso testamentario es el único reglado por la ley, no es ésta la figura a utilizar en el caso estudiado sino un fideicomiso de planeamiento o planificación patrimonial.

II.1. Fideicomiso testamentario y de planeamiento patrimonial.

En ambas especies de fideicomiso, el testamentario y de planeamiento patrimonial, si bien tienen relación con la muerte del causante fiduciante, la incidencia de la misma es diversa y por ende existen diferencias que debemos profundizar:

a) Cuando se habla de un fideicomiso testamentario existe un causante que ha dejado un testamento, el cual debe respetar todas las prescripciones de la ley a fin de que sea válido. Será la justicia quien lo decida ya que deberá abrirse la sucesión. En el fideicomiso de planeamiento patrimonial basta la voluntad del fideicomitente y el cumplimiento de los requisitos legales, es decir, no hay ningún testamento pues justamente está destinado a surtir efectos en vida del fiduciante.

b) El fideicomiso testamentario surte efectos desde la muerte del testador, justamente es la muerte el factor desencadenante de su funcionamiento. En el fideicomiso de planeamiento patrimonial, los efectos se producen desde su constitución y la muerte, junto a otras alternativas, es condición resolutoria del contrato. Consiguientemente los herederos no están obligados a la apertura de la sucesión, pues el fiduciario sustituye en la práctica las funciones que tendría un albacea testamentario, aportando mayor seguridad al constituyente en el sentido de que será respetada rigurosamente su voluntad⁴.

⁴ CARREGAL, Mario A., Planificación patrimonial y sucesoria, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2012.

En resumen, en el fideicomiso de planeamiento o planificación patrimonial es a partir de su constitución que el titular fiduciario de los bienes pasa a ser el fiduciario, llegando así al primer efecto jurídico de esta figura que se constituyó: el traspaso de la propiedad fiduciaria. El fiduciante puede reservarse el usufructo de los mismos bienes mientras continua en vida⁵ (ello es así para el fideicomiso de planeamiento patrimonial)

Por todo lo dicho, ahora sí, se debe ahondar en las características de este contrato para respetar todos sus requisitos y para que no se enfrente con las normas sucesorias y sus prohibiciones.

II.1.1. Sujetos del fideicomiso de planeamiento patrimonial

Retomando el artículo 1666 del Código Civil y Comercial podemos decir que para constituir un fideicomiso se necesitan dos partes. Una persona humana o jurídica que transmita bienes, que la ley llama fiduciante y otro que los reciba con la obligación de cumplir con la manda fiduciaria, llamado fiduciario. El beneficiario, que es la posición jurídica a favor de quien se ejerce éste fideicomiso, puede o no existir en el momento de la firma del contrato, siempre que se encuentre individualizado o consten los requisitos para su individualización (art 1671, Cod Civ y Com.).

Una cuarta posición jurídica es el fideicomisario, quien es el destinatario final de los bienes. Es decir, a quien se transmite la propiedad plena de los bienes fideicomitados a la extinción del contrato (art. 1672, Cod Civ y Com).

II.1.1.1. Superposición o coincidencia de roles

Al ser cuatro las posiciones jurídicas en este contrato, teniendo en cuenta la consulta, es decir, quiénes deberían integrar el contrato (esposo, esposa e hijos y quizás un tercero), corresponde analizar la posibilidad de coincidencia de roles pues todas las posiciones jurídicas (fiduciante, fiduciario, beneficiario y fideicomisario) pueden estar integradas por uno o más sujetos (arts. 1671 a 1674 Cod Civ y Com.).

⁵ KIPER Claudio y LISOPRAWSKI, Silvio Tratado de Fideicomiso.- 3a ed. - Buenos Aires : Abeledo Perrot, 2012. Pág. 530.

La primera consulta es si el fiduciante puede a su vez ser beneficiario. No sólo no existe ningún impedimento ni legal ni de otro tipo para que sí pueda serlo, sino que la ley expresamente lo autoriza (art. 1671 Cod Civ y Com). Es lógico que mientras viva el fideicomitente, en el esquema de esta consulta, desee ser él quien se beneficie de los frutos del fideicomiso.

En cambio, no podría haber identidad de personas entre fiduciante y fiduciario, ya que la ley exige alteridad, y sin duda, el fiduciante debe entregar los bienes a otra persona ya que no podría hacerlo a sí mismo, lo cual suena ilógico que alguien pretenda hacer, es como venderse un bien a sí mismo.

En el caso de análisis, entonces, si el padre va ser el primer beneficiario, los hijos serán los beneficiarios sustitutos, y a la muerte del padre, ellos (después explicaré que también la cónyuge supérstite) recibirán las rentas de los bienes que el fiduciario administre a su favor.

El problema principal es determinar quién será el fiduciario. Aquí se puede analizar la cuestión desde dos ópticas diferentes: entender que la mujer puede ser la persona de más confianza del marido, convirtiéndola en una persona ideal para ser la fiduciaria, ya que administraría los bienes en el interés de sus hijos; desde otra óptica, se puede entender que la mujer es a la última persona que se nombraría fiduciaria, todo depende de qué relación tenga ese matrimonio, por lo tanto, esa última posibilidad encuentra un riesgo leve pero cierto. El nuevo Código Civil y Comercial admite en su art. 1673, que en todas las clases y aplicaciones del fideicomiso el fiduciario coincida con la persona del beneficiario y, por ende, la esposa podría ser fiduciaria y beneficiaria, zanjando así años de debates

La solución parece ideal, ya que de esta manera se podría conservar el celo de administradora que la mujer puede brindar a los bienes de su esposo y de sus hijos y cobrarse para así “compensar” con sus derechos de socia en la sociedad conyugal.

No obstante ello, parece arriesgado comprometer a la mujer en este rol de fiduciaria en caso de que exista un problema entre herederos, por lo que sería más aconsejable que

fuese un tercero, sin intereses ni más derechos que los que surjan del contrato fiduciario, al que podrá fijársele una remuneración por las tareas que presta. También se torna dudosa de qué manera se garantizarán sus derechos como socia de la sociedad y como heredera.

Fue oportuna reforma a fin de evitar el conflicto de intereses derivado de la coincidencia de roles de fiduciario y beneficiario el Código Civil y Comercial ya que establece en su art. 1673, último párrafo, que: “El fiduciario puede ser beneficiario. En tal caso, debe evitar cualquier conflicto de intereses y obrar privilegiando los de los restantes sujetos intervinientes en el contrato”

Terminado el fideicomiso, los bienes pasarán al fideicomisario. En el marco de la consulta, deberán ser los hijos y la mujer.

En cuanto a los beneficiarios, se adelantó que serían los hijos, como sustitutos del padre que lo será en primer lugar.

Sin duda el rol de la mujer en este contrato es el más complicado para determinar. Para ello analizaremos qué contratos no puede celebrar y ver qué lugares no puede ocupar.

II.1.1.2. Contratos prohibidos entre esposos

Al ser este fideicomiso de estricto uso familiar, para ordenar la futura transmisión de bienes, no puede dejar de conocerse algunas prohibiciones que el derecho civil comprende dentro de su campo normativo. Y es aquí donde se mezcla el derecho civil con esta herramienta que estudiamos, que es casi de estricto uso empresario.

Se desarrollarán algunas de éstas prohibiciones y luego se relacionarán con la figura en estudio, y en particular, con el caso.

II.1.1.2.1. Donación

El art. 1807 del Código Civil derogado prohibía las donaciones entre esposos. Su fundamento residía en que uno de los cónyuges puede utilizar su influencia sobre el otro y aprovechar la relación afectiva que los une como medio de enriquecimiento, ello se explicaba por un estereotipo de una mujer débil ante un hombre más fuerte, así se buscaba la protección de la primera.⁶El otro fundamento, era en interés de los terceros, que dado el sistema de separación de deudas que existía, podría insolventarse uno de ellos, transfiriendo el dominio de sus bienes al otro cónyuge.

Pero también se criticaba esta prohibición si se tenía en cuenta que podía donarse a terceros, de manera que el fraude también podía pergeñarse de ese modo.

En el nuevo Código Civil y Comercial en el art. 1002 establece las inhabilidades especiales para contratar disponiendo que no pueden contratar en interés propio los cónyuges, bajo el régimen de comunidad entre sí.

No se trata de una inhabilidad general sino especial. Lo que quiere decir es que dentro de éste régimen en especial, que es el que rige en el caso consultado, no podrán celebrar contratos.

En el régimen de comunidad sólo podrán celebrar aquellos expresamente permitidos, y dentro de ellos no se encuentra la donación.

II.1.1.2.2. Compraventa

El artículo 1358 del Cód. Civil derogado prohibía este contrato entre esposos porque entendió el legislador que era la manera habitual de encubrir una donación, por ello las razones de su prohibición son las mismas que respecto de la donación entre cónyuges en el régimen de comunidad de bienes.

⁶ MAZZINGHI, Jorge Adolfo. Manual de derecho de Familia. Pág. 342.

Esta prohibición continúa a tenor del art. 1002 inc d), del Cod Civ y Com. analizado en el punto anterior para el supuesto de régimen de comunidad de bienes contemplado en el caso.

Una vez más, una legislación pobre hace que deba buscarse en otros campos del derecho cómo llevar adelante el fideicomiso de planeamiento patrimonial. Las dos tajantes prohibiciones del derecho civil ayudan a desentrañar el camino que no puedo seguir sin indicar qué camino tomar, por eso el operador jurídico deberá sacar a relucir su ingenio para llevar adelante este contrato.

Los esposos no pueden transmitirse el dominio de bienes entre ellos, ya sea por una donación o por una compraventa. Por ello, parte de la doctrina entiende que en un fideicomiso no podría ser uno de ellos el fiduciante y el otro beneficiario⁷

En cambio no habría ninguna duda de que uno puede ser el fiduciante y el otro el fiduciario ya que lo que se transmite no es un dominio pleno, sino temporario, con el cual se forma un patrimonio de afectación con las cosas que se hayan sometido al fideicomiso (arts. 1685 y 242, Cod Civ y Com). Además, el dominio fiduciario no se transmite ni a título gratuito ni oneroso, sino a título de confianza.

II.1.1.3. Contratos permitidos entre esposos

Entre los contratos permitidos que los esposos sí pueden celebrar la doctrina estima que está comprendido el fideicomiso. Como se explicó, lo que se transmite no es un dominio pleno sino imperfecto, conformándose así un patrimonio de afectación.

Por ello es que la prohibición de comprar o vender entre los esposos no surte efecto en este contratos. El adquirente del encargo fiduciario solo posee la titularidad fiduciaria de

⁷ MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO Hugo Daniel. Derecho de Familia. Tomo I, Rubinzal Culzoni . Pág. 78.

⁸ MEDINA, Graciela. “Fideicomiso y Régimen Patrimonial del fideicomiso”.

los bienes a los fines de cumplir con la manda fiduciaria, es decir, aquello que el fiduciante le ordena en el contrato constitutivo.

II.2. Prohibición de pactos sobre herencia futura

Una cuestión que resulta imperioso analizar en el marco del fideicomiso de planificación patrimonial es la posibilidad o no de transmisión de la herencia futura, tanto en la legislación recientemente derogada como en el actual Código Civil y Comercial.

Un pacto sobre herencia futura supone un contrato, ello al igual que el fideicomiso cuando el mismo no es testamentario. La herencia futura significa una sucesión mortis causa no abierta; el causante debe seguir con vida, que el objeto del contrato sea parte del acervo sucesorio, que el pacto se celebre sobre un derecho hereditario.

A su vez, a los pactos se lo califica como mortis causa porque producen sus efectos después de la muerte de aquellos de cuya voluntad emanan, pero no son de última voluntad.⁹

El artículo 1175 del Cod C.C. derogado prohibía de manera expresa los contratos que tenían por objeto herencias futuras. La cuestión toca a los fideicomisos que contienen disposiciones a causa de muerte, como por ejemplo, cuando el constituyente se reserva la renta del fideicomiso durante su vida y prevé que a su muerte el capital se transmita al beneficiario designado. El constituyente regla su propia sucesión y el contrato de fideicomiso es el soporte de la transmisión por causa de muerte.

Al opinar sobre esta disposición del viejo Código de Vélez, Gastaldi admitió que el citado artículo 1175 es tan amplio como terminante, pues prohíbe que los contratos tengan como objeto una herencia futura, aunque se celebren “ con el consentimiento de

⁹ LISOPRAWKI, Silvio. Fideicomiso de planeamiento patrimonial y la prohibición de pacto de herencia futura. La ley 3/3/2015. AR/DOC/201/2015

la persona de cuya sucesión se trate”. La violación de la norma importa la nulidad absoluta por razón de orden público.¹⁰

Hasta aquí parecería vedado para cualquier abogado querer hacer un fideicomiso para reglar una sucesión. No obstante, como hemos visto, otro es el concepto del fideicomiso de planificación patrimonial. Sin perjuicio de ello, se agregan los siguientes argumentos:

a) La jurisprudencia francesa ha reconocido la validez de tales contratos.

b) Existe o debería existir una interpretación flexible de las disposiciones imperativas referentes a la prohibición de pactos sobre herencia futura como así también las normas de orden público de la legítima, lo que es recomendado a los jueces por la Convención de La Haya de 1985 sobre ley aplicable y reconocimiento del trust.

c) La Comisión Europea aprobó el 7 de Diciembre de 1994 una recomendación a los estados miembros sobre “la transmisión de Pymes y también recomendó flexibilizar las disposiciones legales concernientes a la legítima y a la prohibición de pactar la herencia futura: “la regla prohibitiva del derecho romano es hoy difícilmente justificable y en todo caso no debería ser aplicada a la transmisión de empresas”¹¹

De esta manera se puede comprender que la figura del fideicomiso va saltando obstáculos con el correr del tiempo para convertirse en una herramienta con mayor uso a pesar de las prohibiciones que encuentra en la ley.

Por si fuese poco, si bien Vélez prohibió el pacto de herencia futura, la doctrina y la jurisprudencia han encontrado algunas excepciones¹²:

¹⁰ GASTALDI, José M “Cesión de derechos hereditarios y pactos sobre herencia futura (sobre la conveniencia de su admisión en nuestro derecho). Academia Nacional del Derecho y Ciencias Sociales.

¹¹FERRER, Francisco. Fideicomiso testamentario y Derecho Sucesorio. La legislación argentina. Pág. 107

¹²MASRI Victoria y RAGGI María. “Pacto sobre herencia futura”. Pág. 113 114.

-La partición por donación del ascendiente respecto al descendiente, permite adelantar una sucesión que no se abrió aún.

- El reconocimiento por parte de los restantes herederos en los adelantos de la herencia, donde todos consienten ese adelanto y esa partición.

- La ley 14.394 permite la indivisión hereditaria.

- Los art 90 y 155 de la ley 19.550. En estas soluciones se advierte que para cierto tipo de sociedades comerciales, la muerte de un socio no es óbice para continuar la sociedad con sus herederos si así se ha pactado en el contrato social. Con lo cual ello importa reconocimiento de pactos sobre la herencia futura del socio fallecido. ¹³

- Lo mismo sucede con los pactos de sindicación de acciones en la medida que continúan luego del fallecimiento de unos de los socios sindicados, así como las cláusulas limitativas a la libre transmisibilidad de las acciones, que pueden contemplar situaciones originadas en una transmisión hereditaria.

El art. 1010 Cod Civ y Com. continúa prohibiendo los pactos sobre herencia futura al establecer como regla que la herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares. No obstante, deja expresamente a salvo de tal prohibición a los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresaria o a la prevención o solución de conflictos, que pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros.

Si bien, como se ha expuesto, el fideicomiso de planificación patrimonial no constituye una aplicación de los fideicomisos testamentarios, la admisión expresa de los pactos

¹³ DUBOIS Favier, Eduardo M (h) Director. “Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria” en LISOPRAWSKI, Silvio V.. Fideicomiso de planeamiento patrimonial.

sobre herencia futura cuando se refieren a una explotación productiva o a participaciones societarios y siempre que tenga por finalidad la conservación de la unidad de la gestión empresarial o la prevención o solución de conflictos, sería un argumento coadyuvante para sostener la admisibilidad de los fideicomisos de planeamiento patrimonial como los del caso. Es decir, será un auxilio en la interpretación de estos fideicomisos, pues no se podrá alegar-aún cuando otra sea la figura- violación a la prohibición de pactos sobre herencia futura.

Lo dificultoso es determinar cuando se está violando o no la regla que el viejo código y el nuevo establecen, la prohibición de pactar sobre herencias futuras. No existe una respuesta lineal sino que se deberá estudiar cada caso, ello es así porque el fideicomiso no es mas que una máscara de negocios subyacentes, los cuales deberá analizarse para poder saber si se está violando o no la regla.

El fideicomiso es una figura flexible, es un esquema elástico para realizar negocios. No obstante ello y a sus múltiples variantes, no escapa a los principios generales del derecho cuando explican que ningún acto puede usarse en fraude a la ley.¹⁴

El nuevo Código Civil y Comercial contempla esta prohibición en su artículo doce “Orden Público. Fraude a la ley. Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”

Según el autor colombiano Rodríguez Azuero existe una prueba ácida que consiste en sacar del medio al contrato de fideicomiso, suprimirlo imaginariamente, y suponer la contratación directa del fiduciante con quienes resultaran beneficiados con esa planificación. Si de ese ejercicio no resulta evidente una violación al pacto de herencia futura, el contrato de fideicomiso debería resistir los cuestionamientos.

¹⁴ LISOPRAWski, Silvio V. “Fideicomiso, ni ángel ni demonio” LL 10/09/07 con cita de RODRIGUEZ AZUERO Sergio.”Negocios Fiduciarios”, Legis, Bogota 2005. Pág 130

El consejo no parece tan sencillo de llevar a la práctica.

La nueva norma de excepción es tan amplia que supera con creces lo que se hubiera esperado.

III. Naturaleza Jurídica del Fideicomiso.

III.1. Generalidades

No es extraño escuchar a muchos abogados que creen que este tipo de fideicomisos sólo se utiliza como herramienta de fraude a la ley¹⁵ o tiene finalidades dudosas o es un negocio indirecto. Otros autores llegan a englobar los negocios fiduciarios dentro de los negocios simulados.

El reconocido jurista Francesco Messineo enseña que el negocio jurídico indirecto está reconocido por la doctrina de todos los países pero advierte que no es una categoría jurídica. Se caracteriza por el hecho de que emplea un determinado negocio para conseguir a través de él no su finalidad propia sino objetivos ulteriores, o indirectos.¹⁶

Existen numerosos supuestos de negocios indirectos: nombramiento de un apoderado sin el cargo de rendir cuentas (con el fin de donar); el nombramiento de un *procurator in rem suam*; mandato de venta que el vendedor otorga al comprador; el pago de una deuda ajena con renuncia de quien paga de subrogarse en derecho del acreedor y los mandatos irrevocables otorgados con fines de garantía o de sociedad.

III.2. Negocios indirectos y negocios fiduciarios

¹⁵ KENNY, Mario, Fideicomiso. ¿Ángel o demonio? 24/6/2007, <http://m.cronista.com>

¹⁶ FARINA Juan M. Contratos Comerciales Modernos. Modalidades de Contratación empresarial. Editorial Astrea. Bs As 1994. Pág. 340. Messineo, Manual, T II, pág. 457.

Enseña Mosset Iturraspe¹⁷ que en el negocio indirecto las partes concretan real y efectivamente, un negocio jurídico, no hay apariencia o simulación, pero además de querer el fin típico del negocio elegido, buscan obtener también otros fines.

Zannoni da como ejemplo el caso del deudor que otorga a su acreedor poder irrevocable para que perciba de un tercero el pago que éste le debe. El poder es real pero se ha otorgado para satisfacer otro fin que excede el fin de un mandato. En el negocio indirecto los otorgantes logran satisfacer un interés que no es propia de su función típica mientras que en el acto simulado las partes tienden a provocar un engaño frente a terceros. El negocio indirecto no pretende crear una situación engañosa sino que es el medio práctico de un fin ulterior.

El negocio jurídico indirecto está reconocido por la doctrina de todos los países. Este jurista enseña que esta figura se caracteriza por el hecho de que se emplea un negocio para conseguir mediante no su fin propio, sino fines ulteriores o mejor dicho, indirectos, un fin determinado.

Al margen de lo explicado, el negocio indirecto no escapa a la nulidad si se lo ha llevado a cabo en fraude a la ley.

Veamos su diferencia con el negocio fiduciario.

Según Kiper, se puede afirmar que sin perjuicio de sus semejanzas existen diferencias entre los negocios indirectos y los fiduciarios. Ambos tienen en común la situación de peligro que implica para una parte el hecho de que la otra esté en condiciones de obstaculizar el fin que ha movido a su celebración.¹⁸ En el negocio fiduciario hay siempre una transferencia del derecho de la propiedad sobre una cosa o un bien, en cambio, en los negocios indirectos, en general, está ausente tal traslación como puede ocurrir en el mandato irrevocable con fines de garantía.

¹⁷ MOSSET ITURRASPE, Jorge, Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios Pág. 149. En FARINA, Juan M. Idem

¹⁸KIPER, Claudio. Contratos comerciales modernos. Influencia del comercio actual. Pag 340.

III.3. El elemento confianza¹⁹

La confianza es el elemento fundamental del fideicomiso, aunque es un elemento que está presente en otras figuras y no es exclusivo de aquel. El jurista Garrigues decía que en todo el derecho de las obligaciones existe el elemento confianza, nadie otorgaría un mandato a alguien en quien no confiase. Estos negocios son llamados por Messineo, como *negocios de fiducia* e indica con mucha claridad: "Diverso del negocio fiduciario es el negocio de fiducia. Esta no es una categoría que se distinga por una especial estructura técnica, es la denominación de un grupo de negocios a los que da una naturaleza común el hecho de que los mismos presupongan, en una de las partes contratantes, cualidades peculiares, en vista de las cuales, la otra parte se induce a escogerla como contraparte a la primera. Tales son, el mandato; negocio de procura; contrato de obra" ²⁰.

Garrigues trata de determinar cuál es la verdadera diferencia entre los negocios que consisten en confiar a otros nuestros intereses (negocios de fiducia) y los verdaderos contratos fiduciarios, para ello explica que cada negocio de confianza es un negocio jurídico unitario, previsto y todos sus efectos deben estar regulados por la ley; ésta concede a la parte que confía a otro el manejo de sus intereses y los medios legales apropiados para garantizar la ejecución del contrato.

En el propio negocio fiduciario, el fiduciante lo juega todo a la pura confianza en la persona que recibe una atribución patrimonial para el cumplimiento de determinada finalidad económica resultante de lo pactado, lo que no podrá trascender a terceros. Ello pone de manifiesto, como característica del negocio fiduciario, la posibilidad de abuso por parte de quien se deposita este acto de confianza. Este poder de abuso deriva de la transmisión al fiduciario de facultades jurídicas que éste ha de utilizar en interés del fiduciante; pero que podría usar en interés propio, o sea, es lo que no debe pero puede hacer.

¹⁹ FARINA Juan M. Idem , pág. 342

²⁰ FARINA, Juan, Idem. Pag 343

La esencia del negocio fiduciario en sentido estricto está entonces entre el poder y el deber del fiduciario y así poder frenar los poderes que se delegaron oponiéndose a esos poderes, deberes. Surge un acto complejo, una verdadera combinación entre un negocio real de transmisión plena y uno obligacional, que tiende a moderar los efectos de aquella transmisión. El efecto del negocio obligacional no buscará entonces anular aquella transmisión ni ponerle condiciones sino imponer al fiduciario la obligación de reparar aquellos daños que haya podido causar por su conducta desleal, pero ello no implicará dejar sin efecto la transmisión de la propiedad.

Según Messineo, el negocio fiduciario se manifiesta, casi siempre, aunque no siempre, en interés del fiduciante pero el fiduciario obra siempre en nombre propio.

III.4. Vehicularidad

Además de su naturaleza jurídica es relevante considerar la denominada vehicularidad de la figura. El fideicomiso no es un negocio en sí mismo sino un vehículo neutro respecto de un negocio subyacente. (relación subyacente). Ello implica que el fideicomiso no existe en función de sí mismo sino de otra relación negocial. Como se explicó, es un verdadero contrato y no oculta un negocio subyacente ya que no es un negocio simulado²¹. La relación subyacente está patentizada en el contrato y es justamente la relación existente entre fiduciante y beneficiario; y fiduciante y fideicomisario. Así, si la relación subyacente es onerosa se podrá calificar o asemejar esa relación a una compraventa²². Si es gratuita, a una donación.

Entender su naturaleza implica comprender que no puede constituirse un fideicomiso a los fines de poder realizar actos que la ley no permite, como las donaciones entre los esposos o la compraventa o con el sólo fin de eludir impuestos.

²¹DUBOIS Eduardo m. Favier (P) y DUBOIS Eduardo M. Favier , Errepar, (DSE, nro. 287, Tomo XXIII, noviembre 2011)“Los fideicomisos en la empresa familiar”.

²² CARREGAL, M.A., Fideicomiso. Teoría y aplicación a los negocios, Heliasta, Bs. As., 2008, pág.143. Este autor analiza la cuestión al tratar sobre las reglas de capacidad de las partes o posiciones jurídicas en el contrato de fideicomiso.

Sin embargo, no es precisamente vender o comprar lo que desea hacer el fiduciante en el caso que se analiza, sino planear su herencia, dejarla ordenada y definida a fin de que el día que su muerte arribe no existan problemas sucesorios o sus bienes hayan desaparecido por un mal manejo económico suyo o de su empresa.

Para ahondar más en esta explicación sobre “lo subyacente” expondré una mirada de un abogado tributarista, que debe buscar más allá de lo que el negocio declara o muestra a fin de poder descubrir un hecho imponible. Esa búsqueda en esta mirada puede ayudar a entender aún mas su naturaleza y este concepto de vehicularidad.

III.5. El fideicomiso no tiene personalidad jurídica²³

El fideicomiso no tiene personalidad, no es un sujeto de derecho, no es un ente susceptible de adquirir derechos o contraer obligaciones. El fideicomiso que aquí nos ocupa es un contrato que se caracteriza por una transferencia que se realizará de conformidad con las normas que la ley determina, conforme la naturaleza de cada bien, y que tiene por uno de los principales efectos la constitución de un patrimonio separado. El titular de ese patrimonio separado es el fiduciario, es decir, pasa a serlo luego de la transferencia, y esos bienes que no se confundirán con los suyos, deberán figurar en sus balances dentro de una cuenta no patrimonial, ya que, desde un punto de vista económico, no lo enriquecen, sino que los tiene como un soporte jurídico vacío de contenido económico.

Lo dicho hasta aquí no obsta a que sí pueda, en cambio, tener el fideicomiso personalidad tributaria.

En un análisis de estricto carácter fiscal, pondremos un ejemplo para ver como se puede determinar cual es el verdadero negocio subyacente.

“A” transfiere a “F” la propiedad de 500.000 dólares para que dentro de cinco años, y dentro de ese lapso le pague éste ultimo al mejor alumno de la facultad de derecho , en

²³ FREIRE, Betina V. El fideicomiso. Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios.

su carácter de beneficiario una beca en el exterior. Si luego de ese tiempo quedase un remanente de dinero, el beneficiario deberá comprar libros y donarlos a la facultad, que será un beneficiario residual.

Este fideicomiso debería, al menos de *lege ferenda*, no agregar ninguna carga tributaria adicional al régimen, que de acuerdo con las normas rige para la donación, porque ésta es la verdadera operación subyacente.

III.6. Derechos y Obligaciones del fiduciario

A tenor de las cuestiones consultadas, se analizan a continuación los derechos, obligaciones y prohibiciones del fiduciario.

a) Obligaciones y prohibiciones del Fiduciario: 24

i) Administrar los bienes fideicomitidos con la diligencia y prudencia del buen hombre de negocios a fin de producir beneficios, los cuales debe entregar al beneficiario (arts. 1666 y 1674, Cod Civ y Com). Por lo tanto, actúa como un administrador de bienes ajenos y por ello todas las disposiciones referentes a la manera con que debe cumplir sus obligaciones están impuestas por la ley o el testamento: debe guiarse con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios y actuar sobre la base de la confianza y la buena fe que han depositado en él. Entre otras cosas debería: llevar la contabilidad separada del fideicomiso; identificar los bienes fideicomitidos; identificarse como titular fiduciario; informarse sobre las mejores condiciones para los negocios que realice y no efectuar operaciones de alto riesgo; obtener asesoramiento especializado.

ii) Rendir cuentas de su gestión y ésta es una obligación de la que no puede dispensarse bajo pena de nulidad (arts. 1675 y 1676 Cod Civ y Com). Si no se pactó otra cosa, debe rendirlas al menos una vez al año. Las cuentas debe rendirlas al beneficiario, al fiduciante y al fideicomisario.

²⁴FERRER, Francisco. Sujetos del Fideicomiso testamentario. Revista de la Facultad de Derecho. 2013. Pág. 6

iii) El fiduciario no puede adquirir para sí los bienes fideicomitidos (art. 1676, Cód.C.C). Es una prohibición establecida bajo pena de nulidad y nadie puede dispensarlo de ello. Algunos, como el Dr. Francisco Ferrer piensa que ello es excesivo porque está concebida para el caso de los negocios financieros y comerciales en los que se puede presentar un conflicto de intereses que afecte la imparcialidad del fiduciario, pero deja de lado operaciones mas simples como el fideicomiso testamentario.

Lo mismo debería decirse respecto del fideicomiso de planeamiento patrimonial.

iv) Durante la vigencia del contrato debe entregar los beneficios y extinguido el contrato el fiduciario deberá transmitir los bienes.

b) Responsabilidad

El régimen de responsabilidad es severo ya que se responde por el dolo o la culpa en la gestión administrativa y también por el dolo o la culpa de sus dependientes (arts. 1674 y 1676, Cod Civ y Com).

c) Derechos

i) Conforme al artículo 1676 Cod Civ y Com., el fiduciario tiene derecho a un reembolso de gastos. Si nada dijese el contrato o el testamento, se entiende que los gastos son a cargo del patrimonio separado del fideicomiso.

ii) Tiene derecho a una retribución, salvo que se pacte lo contrario. En el caso de que no fuese fijada en el testamento o en el contrato, puede pedir que se la fije judicialmente. Éste lo hará teniendo en cuenta la importancia de los deberes a cumplir, la índole de la encomienda, la eficacia de la gestión cumplida y las demás circunstancias del caso (art. 1676 Cod Civ y Com.).

d) Cesación

El art 1678 establece que El fiduciario puede cesar en sus funciones, ello en los siguientes casos:

1) Por remoción judicial por incumplimiento de sus obligaciones o por hallarse imposibilitado material o jurídicamente para el desempeño de su función a instancia del fiduciante; o a pedido del beneficiario o del fideicomisario, con citación del fiduciante.

2) Por incapacidad, inhabilitación y capacidad restringida judicialmente declaradas, y muerte, si es una persona humana.

3) Por disolución, si es una persona jurídica, esta causal no se aplica en casos de fusión o absorción, sin perjuicio de la aplicación del inciso a), en su caso,

4) Quiebre o liquidación

5) renuncia, si el contrato se lo autoriza expresamente, o en caso de causa grave o imposibilidad material o jurídica de desempeño de la función. La renuncia tiene efecto después de la transferencia del patrimonio objeto del fideicomiso al fiduciario sustituto.

IV. Derecho Sucesorio

IV.1. “Legítima”: Limitaciones en la disposición de los bienes

En el momento de determinar los bienes que serán afectados al fideicomiso deberán tenerse en cuenta las disposiciones que el Código Civil y Comercial establece. Teniendo en cuenta su reciente vigencia desde agosto de 2015, resulta interesante considerar las nuevas normas a tenor de la legislación derogada.

La legítima se define como *“una limitación legal y relativa a la libertad de disponer por testamento o donación, que lleva como consecuencia la reserva de una porción de la herencia o de bienes líquidos a favor de los denominados "legitimarios", de cuya*

porción pueden ser privados por justa causa de desheredación invocada en testamento"²⁵.

Ya dijimos que en el caso en análisis no se está constituyendo un fideicomiso testamentario sino uno de planeamiento patrimonial que no nace con un testamento sino con un contrato pero ello no implica que pueda violarse elípticamente el principio llamado: "intangibilidad de las legítimas", el cual prohíbe privar a los legitimarios de lo que les corresponde, reducir sus porciones, afectarlas, comprometerlas o supeditarlas a plazos o condiciones.²⁶

En el caso en estudio existe una facilidad y es que los hijos, herederos forzosos, son menores de edad y si la mujer está de acuerdo en este fideicomiso, no habrá inconvenientes, al menos hasta que alcancen la mayoría de edad.

Una vez concluido el plazo del fideicomiso, los herederos no pueden ver disminuida su herencia mas allá de su legítima.

El Código Civil derogado en los artículos 3723 y 3724, disponía que: "*El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas declaradas en este título. Si lo hiciere se tendrán por no escritas*". Se disponía que "*la porción legítima de los **hijos** es 4/5 de todos los bienes existentes a la muerte del testador y de los que éste hubiera donado...*". La legítima de los **ascendientes**, según rezaba el artículo 3594 era "*2/3 de los bienes de la sucesión y los donados, observándose en su distribución lo dispuesto por el artículo 3571.*" Y, por último, el artículo 3595 expresaba que "*la **cónyuge** cuando no existen descendientes ni ascendientes del difunto, será la mitad de los bienes de la sucesión del cónyuge muerto, aunque los bienes sean gananciales*".

La legítima no nace de la voluntad del testador sino que es una protección que la ley establece en favor de los herederos, fuera de estos montos o porcentajes el testador

²⁵ PEREZ LASALA, José Luis. Curso de Derecho Sucesorio. Buenos Aires De Palma 1980.

²⁶ LISOPRAWSKI Silvio L.- KIPER Claudio. Fideicomiso Testamentario. Capítulo XII.

puede disponer libremente de su herencia, que en la legislación sucesoria derogada era del 20%, es decir, $1/5$ de todos los bienes.

La porción disponible en el Código Civil derogado era de las más bajas a nivel internacional. El nuevo Código Civil y Comercial amplió la porción disponible a un 33,3% y disminuyó las legítimas de los herederos.

Se modificaron las porciones legítimas de la siguiente forma.

En cuanto a los descendientes se disminuyó a $2/3$ partes de los bienes. Respecto de los ascendientes se acotó a $1/2$. Por su parte, el cónyuge mantiene su legítima de un medio (art 2445, Cód.C.C.), de esta manera se protege más aún a la mujer, es decir, se reafirma su protección.

En cuanto a los hijos si bien su porción legítima disminuye, el padre al obtener una porción disponible más amplia, puede proteger a algunos de ellos otorgándole una porción mayor, ya sea por alguna incapacidad o no, que es una novedad importante en la reforma de la legislación sucesoria.

El art 2448 Cod Civ y Com define la mejora a favor del heredero con discapacidad: *“el causante puede disponer por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de $1/3$ de las porciones legítimas para aplicarla como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”*.

Esta modificación posibilita un tema que la doctrina debatía, y es mejorar a unos de los herederos a fin de protegerlo en su futuro. Suele suceder que un padre con algún hijo que no tiene las mismas condiciones o facultades para afrontar los desafíos de la vida no encontraba una forma para proteger su futuro a través de una mejora económica en su

herencia ya que todos eran herederos forzosos y por lo tanto, se presentaban en igualdad de condiciones ante el llamado sucesorio.

Se ha expuesto que no sólo está prohibido privar a los herederos forzosos de sus porciones legítimas, más aún, tampoco se puede afectarlas, imponerles alguna limitación o gravarlas.

A todas luces en la formación de un fideicomiso se está afectando este derecho por una cuestión de tiempo, pero como ya se dijo, si los herederos cumplen voluntariamente con la manda del constituyente se puede infringir esta norma. En el caso en estudio con más razón se puede, ya que los herederos forzosos son menores de edad y es la madre quien decidirá por ellos por la representación legal que ejerce.

De todas formas, existe esa limitación y una vez que sean mayores de edad podrán oponerse o exigir que se termine con la restricción impuesta para disponer de su porción.

La doctrina ha debatido qué sucedía si el fiduciante hace uso del plazo máximo que la ley 24.441 fijaba para el fideicomiso que era de 30 años. Ese debate se puede reeditar en la actualidad pues el Código Civil y Comercial establece idéntico plazo máximo de 30 años de duración, que se cuenta a partir de la fecha de constitución del contrato (art. 1668 Cod Civ y Com) ¿Deben los herederos soportar esta restricción o pueden oponerse? Desde ya que no, pueden oponerse.

Veamos un caso que se presentó en los tribunales argentinos respecto a la legítima.

IV.2. Fallo Vogelius

El 3 de Noviembre de 2005 la Cámara Nacional en lo Civil debió fallar en un caso que interesa tener presente en este estudio, quizás también por existir tan poca jurisprudencia respecto al tema que nos interesa.

Federico Vogelius tuvo una mujer y tres hijos en la Argentina. Luego vivió en Inglaterra donde tuvo otros. Al morir, se abrió la sucesión en los tribunales nacionales y los hijos argentinos requirieron a sus coherederos la colación de bienes que el padre había dejado en vida a sus herederos nacidos en Inglaterra. En primera instancia, no se hizo lugar al pedido ya que se había solicitado la colación del valor de unos inmuebles que el padre había dejado a sus coherederos como beneficiarios de una donación o cesión.

El rechazo de la justicia se debió a una equivocación en la pretensión ya que la transmisión de los bienes no se había hecho por medio de una donación sino a través de un fideicomiso.

Si bien se regía ese fideicomiso por el lugar de constitución, la ley inglesa, a la luz de los efectos hereditarios debe regirse por la ley argentina²⁷.

El fallo lo explica así: *“la circunstancia de que el fideicomiso o trust se rija por la ley del lugar de su celebración y cumplimiento -es decir, la ley inglesa por aplicación del principio locus regit actum establecido en el art. 8° del Cód. Civil- no obsta a que, a los fines hereditarios, los efectos de dicho acto sean considerados a la luz de la ley argentina. Se trata del derecho de sucesión al patrimonio del difunto, es decir a la adquisición ut universitas que, como tal, está sometida a una única ley (principio de unidad sucesoria) que es la del último domicilio del causante”*.

El fallo explica la imposibilidad de comprometer la legítima de los herederos forzosos y para ello cita un caso francés y una explicación de la Dra Kemelmajer de Carlucci, en el marco del voto del Dr. Zannoni, que ilustran cómo se balancean los derechos de los herederos forzosos y la realidad del fideicomiso de manera que ninguna se imponga al otro. Me permito transcribir parte del fallo:

El voto del Dr. Zannoni, vocal de la Sala F de la Cámara Civil expuso estos argumentos para revocar la sentencia de primera instancia:

“Los arts. 3476 y 3477 establecen que toda donación hecha a heredero forzoso que concurre a la sucesión del donante, sólo importa un anticipo de herencia de modo que,

²⁷ *“Vogelius Angelina T y otros con Vogelius Federico”*. Publicado por Julio Córdoba en DIPr Argentina el 16/03/07, en LL 2006-A, 374, en LL 2006-B, 469, con nota de J. O. Aspíri y en SJA 05/07/06, 72-77, con nota de P. Di Lella.

al fallecimiento del donante, el valor de lo donado debe ser computado en la masa hereditaria y atribuido al donatario en la cuenta particionaria. Se trata, sabido es, de la colación del valor, puesto que los donatarios, herederos que concurren a la sucesión del donante, no traen o devuelven los bienes a la masa, sino que su valor se computa como recibido a cuenta.

A la luz de estos principios generales corresponde analizar si el fideicomiso constituido con fines de liberalidad, a título gratuito, designando beneficiarios a algunos herederos forzosos debe ser asimilado a las donaciones colacionables.

Por cierto, si se busca en el articulado del Código Civil no se hallará pista alguna ya que Vélez no se ocupó del trust, y el dominio fiduciario adquirido en virtud de un fideicomiso singular que consagró en el primitivo art. 2662 no tenía en miras, al menos explícitamente, beneficiarios mortis causa. Sin embargo, como lo he expuesto en otro lugar, aún antes de la sanción de la ley 24.441 existían buenos argumentos para admitir los fideicomisos singulares por actos entre vivos constituidos en el marco del art. 2662, siempre que no importaran una sustitución fideicomisaria prohibida por el art. 3723 (porque impusiesen al beneficiario la obligación de transmitir los bienes fideicomitados a un heredero sustituto). (Ver, Zannoni, Derecho de las sucesiones, 4° ed., 1997, t. II, p. 412, n° 1227, y sus citas).

9. Pero por eso, como dije, se hace presente la cuestión de saber si, no obstante, el fideicomiso constituido con miras a beneficiar gratuitamente a un heredero forzoso del fideicomitente, puede ser asimilado a una donación colacionable en la sucesión de éste.

Se ha sostenido que aunque el fideicomiso es, en este caso, un medio para recibir una donación, no es en sí mismo una donación, tanto en el sistema anglosajón como en nuestro régimen latino. Es un instituto distinto y más trascendente. Entre las diferencias más notables se apunta la circunstancia de que en la donación el donatario recibe el bien del donante; en cambio en el fideicomiso es un tercero el que, en carácter de propietario del dominio fiduciario, se interpone entre el fiduciante y el beneficiario. Se agrega que el fideicomiso puede comprender incluso bienes futuros, a lo que se opone el art. 1800 del Cód. Civil, y es revocable por disposición contractual, a diferencia de la donación cuyas causas de revocación están expresa y taxativamente enumeradas en los arts. 1859 y sigtes., etcétera (conf., Kiper-Lisopravsky, Tratado del dominio fiduciario, 2° ed., p. 83).

Sin negar estas diferencias es menester advertir que la constitución de fideicomisos singulares en favor de herederos forzosos como beneficiarios a título gratuito del fideicomitente encierra una liberalidad cuyo contenido y trascendencia excede largamente las enumeradas en el art. 1791 del Cód. Civil. Y tampoco es una mera promesa de donación para tener efectos después de la muerte del donante (arg. art. 1790) puesto que el contrato de fideicomiso obliga al fiduciario a entregar los bienes fideicomitados al beneficiario. En otras palabras, no se trata de una mera promesa sino de un negocio completo que, aunque pueda ser revocado en las condiciones en que se constituyó el fideicomiso, otorgará al beneficiario acción personal contra el fiduciario

para obtener la transmisión del dominio una vez producido el fallecimiento del constituyente o fiduciante.

Por lo demás, bien se ha señalado, en casos como el que nos ocupa, el constituyente del trust o fideicomiso programó en realidad su sucesión, y su muerte es la verdadera causa final del acto, por lo que si lo excluyésemos de las donaciones colacionables –o sujetas a reducción- podría llegarse a la conclusión de que configura un acto en fraude a la ley que prohíbe los pactos sucesorios (arg. art. 3599, Cód. Civil) (ver, Kemelmajer de Carlucci, Aída, Nuevamente sobre el fideicomiso sucesorio, en: "Revista de Derecho Privado y Comunitario", 2001-3-281). Pero esta digresión la hacemos al solo efecto de demostrar la asimilación del negocio al donatum, pues en este caso la validez y ejecución del trust se ha regido por la ley inglesa que, como se sabe, responde a principios diferentes a la ley local.

La misma autora recién citada recuerda y analiza la cuestión suscitada ante los tribunales franceses, en un caso en que se discutía el orden en que debía operar la reducción existiendo legados y donaciones típicas realizadas por el causante con posterioridad a la constitución del fideicomiso. No nos interesa pormenorizar en el asunto aquí, puesto que el caso a decidir por el Tribunal atañe, en principio, a la colación y no a la acción de reducción tendiente a salvaguardar la intangibilidad de la porción legítima.

Creo, a esta altura, que a los fines de salvaguardar el principio de igualdad entre herederos forzosos -a lo que se ordena la colación- es menester situar el fideicomiso gratuito en su beneficio en el género de los negocios indirectos a través de los cuales el fideicomitente pretende obtener un fin ulterior que excede su función económica típica (conf., Rubino, Doménico, El negocio jurídico indirecto, trad. L. Rodríguez Arias, Madrid, 1953; Betti, Emilio, Teoría general del negocio jurídico trad. J. L. de los Mozos, Madrid, 1970, p.142 y sigtes., n° 21; Ferrara, Francesco, La simulación de los negocios jurídicos trad. R. Atad y J. de la Puente, p. 98 y sigtes., n° 8, etcétera). Nos explicamos: lo excede en tanto y cuanto a través de él el constituyente haya querido eludir los efectos de la donación franca para lograr la finalidad que la ley condena. Este fin ulterior se revela en el propósito de beneficiar gratuitamente a uno o más herederos forzosos, sustrayendo los bienes fideicomitados del acervo sucesorio. Por eso los franceses han aludido a una donación indirecta con efectos al día del fallecimiento del constituyente del fideicomiso (Kemelmajer de Carlucci, Aída, Nuevamente sobre el fideicomiso sucesorio, antes citado). En similar sentido se ha señalado que si un beneficiario es, a la vez, heredero forzoso del fiduciante lo que reciba en aquel carácter será una anticipación de su porción hereditaria. Por ende la liberalidad del fiduciante está subordinada a su situación familiar (Hayzus, Jorge R., Fideicomiso, 2° ed., 2004, p. 89, n° 32).

10. Por todo lo hasta aquí expuesto considero que asiste razón a los recurrentes y que la demanda debe ser acogida en los términos del planteo inicial, es decir disponiendo que los coherederos demandados Federico Roberto Vogelius y Fanny Amalia Vogelius colacionen en la sucesión del causante, Federico Manuel Vogelius, el valor de los inmuebles que fueron transferidos en su favor como consecuencia del fideicomiso

constituido por éste de acuerdo con la documentación oportunamente aportada y, en su caso si el valor de dichos bienes, computados a la fecha de la apertura de la sucesión (arts. 3477, 2º párrafo y 3602, Cód. Civil) excediese el valor colacionable por afectar, además, la porción legítima de los accionantes, reintegren valores suficientes para equiparar sus hijuelas.

Así pues, la Cámara analizó la relación subyacente y falló en favor de los coherederos argentinos y dispuso la colación de esos bienes por haberse violado la legítima de los herederos argentinos.

Se podría discutir algunos de los términos del voto del Dr. Zanoni, como que el fideicomiso es un negocio indirecto, cuando ya hemos planteado en otro apartado de este trabajo que no lo sería, pero lo interesante es advertir cómo se analiza la relación subyacente para lograr este voto.

V. Extinción del Fideicomiso

Este contrato de fideicomiso se extingue por cumplimiento del plazo fijado en el contrato, o del máximo legal o la condición que debía cumplirse. También por revocación del fiduciante si se hubiese reservado esa facultad y por cualquier otra causa expresada en el contrato (art. 1697 Cod Civ y Com.).

El plazo del contrato rige el tiempo de ese dominio fiduciario. Sin duda, el contrato no puede ser eterno y los bienes puestos a su disposición para la administración deben pasar a los fideicomisarios (si se hubiesen consignado en el contrato).

Sucede que este contrato, si el fiduciante muere antes de cumplido el plazo máximo establecido, puede implicar una indisponibilidad de la herencia de los herederos del futuro causante. Antes de hablar del tiempo en particular y sus dificultades haremos una breve descripción de otras características del dominio fiduciario, cuya constitución también es un efecto del contrato de fideicomiso.

V.1. Dominio Fiduciario²⁸

²⁸ LISOPRASKI Silvio y KIPER Claudio. El dominio Fiduciario. Pág. 51 y siguientes.

El nuevo Código Civil y Comercial ha desarrollado el dominio fiduciario con una regulación particular. Lo define como el que se *“adquiere con 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”*

Absoluto:

Este carácter del dominio es fundamental para entender por qué en el fideicomiso el traspaso de los bienes al fiduciario no implica una compraventa o una donación. Decíamos que el dominio es absoluto, pero en este dominio, que repetimos, es fiduciario, está restringido por un estatuto que es el contrato que le dio origen, ya que el traspaso del dominio tiene una sola finalidad y es cumplir con el encargo del fiduciante, esto significa, que lo absoluto no implica que ese poder no sea ilimitado en su ejercicio. Empero la limitación es de tipo obligacional y no en el plano del derecho real. Así el nuevo artículo 1704 Cod Civ y Com expresa que *“El titular del dominio fiduciario tiene las facultades del dueño perfecto, en tanto los actos jurídicos que realiza se ajusten al fin del fideicomiso y a las disposiciones contractuales pactadas”*

El fiduciario se obliga a ejercer la propiedad fiduciaria en beneficio de quien figure en el contrato y el artículo 1688 Cod Civ y Com, establece que el fiduciario podrá disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que para ello sea necesario el consentimiento del fiduciante, a menos que se hubiese pactado lo contrario.

Entonces, se puede hablar de un dominio absoluto pero restringido (en el caso de que así se haya pactado), pero es sabido que las restricciones y límites al dominio no lo privan de su condición de tal.

Exclusivo:

Este carácter echa por tierra las teorías que hablan de un desdoblamiento de la propiedad en donde el fiduciante conserva ciertas facultades y el fiduciario otras. Se

opone a esa idea precisamente la exclusividad, lo que implica la imposibilidad de coexistencia de los derechos de dominio sobre una misma cosa y al mismo tiempo, pues de no ser así se estaría en presencia de un condominio.

El artículo 1943, del Cod Civ y Com. dispone que el *“El dominio es exclusivo y no puede tener más de un titular. Quien adquiere la cosa por un título, no puede en adelante adquirirla por otro, si no es por lo que falta al título”*

Temporario:

El dominio fiduciario es un derecho real temporario porque no está sujeto a durar indefinidamente, al contrario, su duración está subordinada al cumplimiento de la condición o vencimiento del plazo resolutorio. La perpetuidad no es un carácter esencial del derecho de dominio sino natural. Si el dominio fuese esencialmente perpetuo, el legislador no habría consagrado supuestos de propiedad temporaria.

V.2. Plazo de duración del fideicomiso

La ley establece que el plazo del fideicomiso no podrá superar los treinta años desde la celebración del contrato (art. 1668 Cod Civ y Com), salvo que se constituya a favor de un incapaz o un sujeto con capacidad restringida, supuesto en el que puede durar hasta el cese de la incapacidad . Si se excede este plazo se lo tiene por celebrado por el máximo legal.

Sin duda, la problemática que puede surgir en este contrato es la pugna entre la voluntad del fiduciante por mantener estos bienes bajo el dominio del fiduciario y la voluntad de los herederos en que esa indisponibilidad de los bienes continúe una vez que el fiduciante muera.

Si el fiduciante es el beneficiario no existe ningún problema, incluso podría superar el plazo de los treinta años, situación que podría darse en un fiduciante constituyente en edad temprana, de larga vida. No obstante, aquí no durará ese tiempo, por lo general el cometido del fideicomiso de planeamiento patrimonial busca dejar en orden la

continuidad de los bienes en cabeza de los herederos y ésta planificación comienza cuando las personas ya son mayores y se acerca el momento de la muerte.

Dijimos entonces que mientras el fiduciante sea el beneficiario no hay mayores inconvenientes. Pero ello se tornará más dificultoso cuando los beneficiarios sean los herederos, ya que se podrá cuestionar si están o no obligados a soportar la indisponibilidad de su legítima. Ahora bien, mientras sean menores de edad, es la madre quien los representará por la incapacidad legal que pesa sobre ellos. No obstante, ya hemos visto que, en rigor, el fideicomiso de planeamiento patrimonial se diferencia del fideicomiso testamentario y que hay disposición patrimonial vía constitución del fideicomiso en vida del fiduciante.

Antes de continuar con el plazo en que durará ese dominio se debe permitir una pequeña digresión para seguir analizando por qué el plazo de diez años de la ley de bien de familia tiene importancia en este tema.

VI. El bien de familia en la ley 14.394

Si bien se cree que la ley que regula el bien de familia protege solo la vivienda esa es una visión algo errada de esta ley.

El bien de familia está orientado a satisfacer el sustento de la familia, y la protección de la vivienda no es más que una de las posibilidades que brinda la ley para alcanzarlo. Por ello, se sostuvo que la verdadera finalidad del instituto es la protección del "patrimonio familiar con fines alimentarios".²⁹

Así pues, la ley 14394 que regula el bien de familia es determinante en la posibilidad de establecer un plazo del dominio fiduciario.

²⁹ ALTERINI, Jorge H., en LAFAILLE, y ALTERINI, Jorge H., Derecho civil. Tratado de los derechos reales, con la colaboración especial de Ignacio Ezequiel Alterini, 2ª Edición, La Ley, Ediar, Buenos Aires, 2010, tº III, nº 1012 bis, pp. 84 y ss. Publicado en La Ley 2010.

Al momento de entrar en posesión fiduciaria el fiduciario tendrá un dominio que será temporario, como dijimos la perpetuidad no es una condición esencial del dominio, y la duración de ese lapso de tiempo es el que se discute en la doctrina. El motivo es sencillo, esos bienes afectados tienen un destino, es la futura herencia de los herederos y no se puede pretender que los herederos no puedan hacerse de los bienes que les corresponden por ley, debido a una disposición del causante. En el caso de un fideicomiso testamentario la doctrina ha entendido que no es posible imponer una indivisión forzosa a los herederos por un plazo que se extienda más allá de los diez años, que es la indivisión que emerge de la ley 14394 (régimen de menores y de familia), como también el derecho real de habitación para el cónyuge supérstite y la subsistencia para el bien de familia constituido por el causante³⁰.

Ahora bien, en el fideicomiso testamentario, que no se constituye sino en el testamento, deberá haber una condición resolutoria que determine el tiempo por el que el fiduciario administrará los bienes, si no regirá el plazo de los 30 años. En el caso de que el testador se extralimite en ese plazo no será tachado de nulo el fideicomiso sino que el plazo quedará reducido a los treinta años.

Hasta aquí no parece existir ningún problema, más los problemas surgen cuando son los herederos quienes no desean convivir con otros herederos y compartir una indivisión forzosa.

La doctrina no ha aceptado la validez de las indivisiones impuestas por el causante en tanto afectasen la legítima, con excepción de aquellas indivisiones forzosas temporarias emergentes de la aplicación de la ley 14.394 (régimen de menores y familia).

Algunos doctrinarios entienden que mediante la constitución de un fideicomiso por testamento el fiduciante puede imponer la indivisión de los bienes fideicomitidos

³⁰TAPIA, Ricardo Daniel. "Fideicomiso testamentario. Plazo máximo posible de ejercicio de la administración de los bienes del causante por parte del fiduciario" Trabajo Final Pre master. Cudes. Publicado 26/12/2013 por Ricardo Daniel Tapia.

durante 30 años y hasta por un plazo mayor si hay beneficiarios incapaces, lo que significa la desnaturalización del derecho sucesorio³¹.

Y otros, en una posición que se entiende la más adecuada, sugieren aplicar a los fideicomisos testamentarios los plazos de indivisión de la ley 14.394, que dura 10 años³².

En el caso en estudio, que no es un fideicomiso testamentario sino de planeamiento patrimonial, en el supuesto que la muerte del fiduciante tenga lugar a los pocos días de la celebración del contrato, será el tiempo en que los hijos del fiduciante adquieran la mayoría de edad a los 18 años, que teniendo en cuenta que el hijo mayor tiene 8 años, el plazo será de diez años. Una vez transcurrido ese plazo, la continuidad dependerá de la voluntad de los hijos de permanecer en esa indivisión y respetar la voluntad del padre o no, en cuyo caso deberán pedir la partición.

Así se ha manifestado la jurisprudencia, al decir que la decisión 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 unánime³³.

VII. Los bienes del régimen matrimonial ³⁴

Dentro de las normas del derecho civil que se deben tener en cuenta a la hora de constituir un fideicomiso, no puede dejar de estudiarse la clasificación de los bienes.

³¹ TAPIA Ricardo, idem cita a Perrino Jorge Derecho de las sucesiones T III Editorial Abeledo Perrot.

³² TAPIA, Idem cita un trabajo de Nicolás Giraudo Esquivó y María I Dabove. “La protección jurídica de la vejez: Desafíos y herramientas” Cap V. Boletín de Jurisprudencia Argentina.

³³ “Rawciz, Felipe S/ Sucesión ab intestato”; Fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala “G “ 27/11/1998 mj-ju- e- 10801- AR; edj 10801)

³⁴ MENDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA. Derecho de Familia. TOMO I. PÁG. 323-337

Como se sabe, los esposos cuando contrajeron matrimonio conformaron una comunidad de bienes gananciales, que es el régimen conocido como régimen de comunidad, que en la Argentina era de orden público, digo que lo era porque al día de hoy, con la modificación del Código se puede optar por el régimen de comunidad o el de separación de bienes. No obstante, como el Sr. Cattaneo contrajo matrimonio bajo el régimen anterior a la reforma interesa analizar aquí el régimen de comunidad.

En el régimen de comunidad, la actividad económica de los esposos reviste una gran importancia ya que aquellos bienes que adquieran, como también las deudas que contraen, tienen implicancias no sólo sobre uno sino sobre las dos personas, es decir, una vez concluido el régimen de comunidad nace un derecho a participación a esos bienes y a soportar las deudas, ello dependiendo de qué tipo de bienes existieran y su causa.

En ese orden de ideas, existían dos formas de finalizar ese régimen de comunidad: el divorcio vincular y la muerte, que implicaba abrir una sucesión para comenzar el reparto de los bienes con la misma particularidad que se mencionó: la ley impone las porciones a recibir, que luego de la reforma se han modificado y distingue para el reparto en dos tipos de bienes, los bienes propios y los gananciales.

Todos los bienes de los cónyuges se clasifican en cosas, derechos, porciones alícuotas y universalidades de hecho. También existen porciones que al margen de ser propias o gananciales pueden estar en condominio o copropiedad con terceros o incluso con el otro consorte, pero para los fines de este trabajo bastará con la clasificación más conocida.

VII.1. Bienes propios

El Código Civil y Comercial ha mantenido la clasificación y define a los bienes propios a aquellos que son llevados al matrimonio por los esposos o los que adquieren gratuitamente durante la vigencia del régimen matrimonial.

Con mayor profundidad se puede decir que, son:

VII.1.1. Bienes aportados al matrimonio

- a) Aquellos que pertenecían a los cónyuges a la celebración del matrimonio.
- b) Los incorporados al patrimonio de los cónyuges después de la celebración del matrimonio en virtud de un título o causa anterior a ésta. El viejo código incluía algunos casos particulares que aplican esta regla, veremos algunos de ellos:

El Art. 1267 CC consideraba la cosa adquirida onerosamente durante la vigencia de la sociedad conyugal *“cuando la causa o título de adquisición le ha precedido y se ha pagado con bienes de uno de los cónyuges”*. El primer requisito es claro y se refiere al título y a la causa de la adquisición, el título es el contrato de compraventa y la causa de adquisición, cualquier acto que origine el derecho a obtener la adquisición. Tratándose de inmuebles no hay título mientras la escritura traslativa de dominio no haya sido otorgada, pero si no lo fue antes de la celebración del matrimonio y se hubiese firmado con anterioridad un boleto de compraventa, producirá el mismo efecto porque es causa de la adquisición. El boleto obliga a su firmante a escriturar. Hoy ese artículo se encuentra adaptado en el art 464 del Cod Civ y Com inc g) que dice: *“ los adquiridos durante la comunidad, aunque sea a título oneroso, si el derecho de incorporarlos al patrimonio ya existía al tiempo de su iniciación”*.

Art. 1268 CC: Se refería a los bienes adquiridos antes del matrimonio por un título viciado que se perfecciona después de la celebración (ej, adquirido por un incapaz de obrar que lo confirma una vez recuperada su capacidad). Este artículo está comprendido en el nuevo 464 inc h) *“los adquiridos en virtud de un acto anterior a la comunidad viciado de nulidad relativa, confirmado durante ella.*

VII.1.2. Bienes adquiridos gratuitamente durante la vigencia del régimen

Los artículos 1263 y 1271 Cod C.C establecían que eran propios también aquellos bienes incorporados al patrimonio por unos de los cónyuges ya sea por herencia, legado, o donación. (Hoy vigente a través artículo 464 inc b del Cod Civ y Com)

Dentro de estos bienes se deben aplicar los principios de la subrogación real según los cuales son bienes propios:

- a) los comprados o permutados con bienes propios.
- b) Los que por cualquier otra causa reemplazan a los bienes propios, indemnización por pérdida o destrucción de un bien propio, crédito por el precio de venta de un bien propio.
- c) Los bienes (art 1266 Cod C.C) que resulten de la evolución de los bienes propios.
- d) Bienes que son propios por disposición legal expresa.

En este caso, el Código dispone que los derechos intelectuales, patentes de invención y diseños industriales son bienes propios del autor o inventor pero el producido de ellos durante la vigencia de la sociedad conyugal es ganancial.

- e) Bienes propios en condominio.

No hay ningún obstáculo legal para que los cónyuges invistan el carácter de condóminos o de copropietarios, ello en el caso de que adquieran conjuntamente empleando bienes o fondos propios de uno y de otro.

VII.2. Bienes Gananciales

Con la modificación del Código si los esposos no hacen la opción de elección al régimen al que desean adherirse quedan automáticamente incorporados al régimen de comunidad de gananciales.

Para definir los gananciales en nuestro derecho se disponía de tres criterios de orientación: uno hace a la época de incorporación del bien al patrimonio del cónyuge durante la vigencia del régimen; otro al carácter oneroso con que se produjo; y el restante, al destino común que ha de concretarse a la finalización de la sociedad conyugal. Cada criterio aislado es insuficiente.

Del contenido de los derogados artículos 1272, junto al 1263 y al 1271, resultaba el concepto de gananciales como el de bienes incorporados al patrimonio de los esposos, vigente el régimen patrimonial matrimonial, por causa distinta de la herencia, legado o donación, pero siempre que no corresponda calificarlos como propios, presumiéndose la cualidad de gananciales en todos los bienes existentes a la terminación del régimen.

VII.2.1. Bienes adquiridos onerosamente durante la vigencia del régimen patrimonial

El artículo 1272 CC (hoy 465 Cod Civ y Com) expresaba que eran gananciales: *“los bienes adquiridos durante el matrimonio por compra u otro título oneroso, aunque sea a nombre de unos sólo de los cónyuges”*.

La reforma, como ya se dijo, elaboró una serie de casos puntuales para definir los bienes que se clasifican como propios o gananciales. En el caso de los bienes gananciales dice el nuevo artículo 465 Cod Civ y Com *“Son bienes gananciales: a) Los creados, adquiridos por título oneroso o comenzados a poseer durante la comunidad por uno u otro de los cónyuges, o por ambos en conjunto, siempre que no estén incluidos en la enunciación del artículo 464”*

Un estudio pormenorizado de este artículo exigiría reemplazar el término “durante el matrimonio” por “durante el régimen patrimonial matrimonial” ya que como explica la Dra. Mendez Costa, a quien seguimos puntualmente en este tema, el matrimonio subsiste en caso de separación de bienes de los esposos, con divorcio o sin él.

La misma explicación que se dio respecto al título y a la causa o la aplicación del principio de la subrogación real en los bienes propios, se aplica en estos bienes gananciales:

- A esos bienes se equiparan los adquiridos posteriormente a la disolución de la sociedad conyugal en virtud de causa ubicada durante su vigencia.

- Son gananciales los frutos civiles de la profesión, trabajo o industria de los cónyuges devengados durante la sociedad conyugal. (hoy inc. d del art 465 Cod Civ y Com).

- Bienes que provienen de gananciales

Los frutos de cualquier clase y los productos de los bienes gananciales son gananciales. El principio no requiere mayor fundamentación ya que los primeros siguen la condición de los principales y los productos conservan el carácter de la cosa de la que fueron extraídos. Por ejemplo, los dividendos de las acciones de sociedad de capital, gananciales, son gananciales.

Entre otros ejemplos que especificaba el artículo 1272 del CC importa resaltar el párrafo 4to que dice: “Los frutos de los bienes propios devengados durante la vigencia del régimen son gananciales”. Comprende los frutos naturales, civiles e industriales y entre los frutos, los dividendos distribuidos por acciones propias ya sea en dinero o en nuevas acciones”.

El nuevo Código Civil y Comercial no ofrece mayores cambios en su articulado pero se siguen considerando gananciales los mismos bienes, quizás existe una lista más detallada sobre qué es ganancial. Por ejemplo: “las crías de los ganados gananciales que reemplazan en el plantel a los animales que faltan por cualquier causa y las crías de los ganados propios que exceden el plantel original”

VII.2.2. Bienes gananciales anómalos

Un sector de la doctrina encabezado por la Dra. Méndez Costa, utilizaba esta calificación para aquellos casos en que no se podía realizar una división de los bienes al finalizar el régimen. La anomalía es absoluta en los gananciales que nunca serán compartidos, como es el caso de los bienes del esposo inocente en la separación de hecho a partir de su fecha. Como se ve, ya no existiría bienes anómalos en estos casos por eliminarse las causales de culpabilidad en el divorcio. También puede hablarse de una anomalía transitoria con respecto a los gananciales cuya división se posterga hasta el vencimiento de un plazo o el cumplimiento de una condición legalmente previstos,

supuestos del Bien de Familia y las indivisiones hereditarias impuestas por el cónyuge (art. 53 de la ley 14394).

En esta clasificación podrían encuadrarse aquellos bienes que se incluirán en el contrato de fideicomiso ya que hasta que no finalice el mismo no podrá hacerse efectiva esa expectativa que representa la ganancialidad.

VII.3. Gestión de los bienes³⁵

Los bienes propios serán administrados por su titular, es decir, el marido tiene a su cargo la gestión de los suyos y la esposa de los que le pertenecen, y los que puedan llegar a poseer en condominio quedarán sometidos a las reglas de esa institución.

Es decir, el régimen vigente separa masas de gananciales así como se separan dos masas de bienes propios.

Gestión ordinaria:

a) Los bienes propios y los gananciales de titularidad del marido están sometidos a su gestión, los de titularidad de la esposa, a la suya. El artículo 1276 Cod.C.C disponía que correspondía a cada esposo la actividad jurídica sobre los gananciales que adquiría con su trabajo personal o por cualquier título legítimo. Por ejemplo: la gestión del producido del usufructo de los bienes de los hijos comunes corresponde al padre legítimo pues él lo percibe. El nuevo artículo 469 Cod Civ y Com no ha modificado esta situación.

b) Los gananciales de titularidad dudosa están sujetos a la gestión del marido.

c) Los gananciales de titularidad conjunta (adquiridos por ambos esposos empleando bienes gananciales de la gestión de uno y de otro) está determinado por el art 471 Cod Civ y Com que establece que la administración y disposición de los bienes adquiridos conjuntamente por los cónyuges corresponde en conjunto a ambos. Respecto a las cosas se le aplican las reglas del condominio en todo lo no previsto por el nuevo Código.

Gestión excepcional:

³⁵MÉNDEZ COSTA, María Josefa. 323-337

La gestión por un cónyuge de los gananciales de titularidad del otro procede en caso de mandato, según el tercer párrafo del artículo 1276 Cod.CC. Los gananciales de titularidad conjunta admiten también esta posibilidad de gestión por uno de los esposos. El nuevo Código establece en su art 474 la administración sin mandato expreso. “ Si uno de los cónyuges administra los bienes del otro sin mandato expreso, se aplican las normas del mandato o de la gestión de negocios, según sea el caso.

VII.4. Prueba del carácter de los bienes

El artículo 1271 del Cod C.C establecía el principio general *In dubio pro communitate*, el artículo establece la presunción de ganancialidad “*Pertenecen a la sociedad conyugal como gananciales, los bienes existentes a la disolución de ella, si no se prueba que pertenecían a alguno de los cónyuges cuando se celebró el matrimonio, o que los adquirió después por herencia, legado o donación*”.

En la actualidad el art 466 dice Cod Civ y Com “Se presume, excepto prueba en contrario, que son gananciales todos los bienes existentes al momento de la extinción de la comunidad. Respecto de terceros, no es suficiente prueba del carácter propio la confesión de los cónyuges. Para que sea oponible a terceros el carácter propio de los bienes registrables adquiridos durante la comunidad por inversión o reinversión de bienes propios es necesario que en el acto de adquisición se haga constar esa circunstancia, determinándose su origen con la conformidad del otro cónyuge. En caso de no poderse la obtener, o de negarla ésta, el adquirente puede requerir una declaración judicial del carácter propio del bien, de la que se debe tomar nota marginal en el instrumento del cual resulta el título de adquisición. El adquirente también puede pedir esa declaración judicial en caso de haberse omitido la constancia en el acto de adquisición”.

La presunción es *iuris tantum* por lo que la carga de la prueba recaerá sobre aquel que afirme que un bien es propio o del otro cónyuge.

La oportunidad de la calificación puede presentarse desde la celebración del matrimonio hasta la partición de los bienes gananciales. Por ejemplo, es necesario determinar el carácter propio o ganancial de los bienes de un cónyuge cuando éste quiere enajenarlo o

cuando sus acreedores pretenden ejecutarlo o cuando, concluida la sociedad conyugal, es preciso distribuir los que deben ser compartidos, vgr: art 506 Cod Civ y Com.

En general se admite cualquier tipo de prueba, veamos un ejemplo:.

- Los aportados o adquiridos al matrimonio durante el régimen patrimonial por herencia, legado o donación. El medio de prueba es el documental pertinente del que se habrá tomado debida cuenta en el registro (hijuela hereditaria, testamento, escritura de donación)

VIII. Disposición de los bienes

VIII.1. Asentimiento conyugal

El artículo 1277 Cod.C.C disponía: “Es necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer o gravar los bienes gananciales cuando se trate de inmuebles, derechos o bienes muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria, aportes de dominio o uso de dichos bienes a sociedades y tratándose de sociedades de personas, la transformación y fusión de éstas. Si alguno de los cónyuges negare sin justa causa su consentimiento para otorgar el acto, el juez podrá autorizarlo previa audiencia de las partes. También será necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble propio de uno de ellos, en que esté radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces. Esta disposición se aplica aun después de disuelta la sociedad conyugal, trátase en este caso de bien propio o de bien ganancial. El juez podrá autorizar la disposición del bien si fuere prescindible y el interés familiar no resulte comprometido”.

El nuevo artículo 456 del Cod Civ y Com expresa los actos que requieren asentimiento. De esta manera se corrigió el término que tanto dio que hablar en el viejo código, es decir, el consentimiento. El esposo no consiente ya que no vendía él (por ejemplo en un contrato de compraventa) sino que asentía la operación de la esposa. La reforma modificó este término y zanjó esta duda.

La reforma también deja en claro en el artículo 459 Cod Civ y Com que no pueden darse mandato para prestarse el asentimiento en los casos especificados en el artículo 456 Cod Civ y Com que desarrolla los actos que requieren el asentimiento matrimonial.

VIII.1.1. Naturaleza jurídica³⁶

El negocio jurídico celebrado con asentimiento conyugal es un negocio complejo. La manifestación del cónyuge no titular le otorga plena eficacia; el no titular no presenta el carácter de parte y no es necesario comprobar y certificar que goza plenamente de sus poderes de disposición; sólo el titular asume obligaciones emergentes del negocio y en su caso puede incurrir en fraude con respecto a sus acreedores.

La prohibición del artículo 1277 Cod.C.C no transformaba a los esposos en incapaces de obrar: su finalidad era protectora del cónyuge no titular o de los hijos menores o incapaces. La restricción rige en el interés de un tercero cuyos derechos, incluidas las expectativas, podrían ser perjudicadas por el acto. No obstante lo dicho, la incapacidad y la limitación se aproximan estrechamente entre sí.

Tanto es así que en la doctrina la interpretación de la exigencia del asentimiento conyugal como incapacidad de derecho del cónyuge titular es sustentada por Gustavino y por Llambias.³⁷

VIII.1.2. Caracteres del asentimiento

El asentimiento es en sí mismo un acto jurídico, de acuerdo al concepto del viejo artículo 944 del Cod.C.C, cuyo fin consiste en conferir eficacia al acto de disposición del otro cónyuge, que siempre será el titular del bien. Puede ser:

a) Unilateral, ya que quien es parte en este acto es el cónyuge no titular.

³⁶COSTA MÉNDEZ, María Josefa pág. 374

³⁷GUSTAVINO Elías P. "Naturaleza del requisito del asentimiento conyugal en el artículo 1277 del C.C" LL 153-632-48 y LLAMBÍAS Jorge Joaquín en Estudios a la Reforma del C.C. de. Jurisprudencia Argentina, Bs As, 1969, pág. 54 y s.s.

b) No formal, siempre que el negocio para el cual se otorga también lo sea, en caso contrario, alguna doctrina sostenía que era aplicable el inc. 10 del artículo 1184, según el cual deben formularse en escritura pública los actos que sean accesorios de contratos redactados en escritura pública. Sin duda es aconsejable, para evitar cualquier inconveniente, que así sea.

c) Especial, es decir, no cabe un asentimiento anticipado general que cubra todos los actos futuros del cónyuge titular. Un asentimiento general y anticipado iría en contra del espíritu del asentimiento que implica una manifestación por cada acto en particular y que hoy está expresamente prohibido. Esta regla se continuó respetando. Hoy, el artículo 459 Cod Civ y Com expresa que se puede dar mandato para representarlo en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye, pero no para darse a sí mismo el asentimiento en los casos que se aplica el art 456 Cod Civ y Com.

d) Revocable hasta la celebración del negocio.

e) Pasible de someterse a condición o plazo.

f) Expreso o tácito, siendo claro ejemplo del segundo el que otorga el cónyuge mandatario de su consorte para vender un bien ganancial de éste cuando no manifiesta su conformidad en el mismo acto, pero lo celebra.

g) Sustituible por vía judicial. Sólo procede en caso de oposición injustificada. El criterio judicial se aplica a las características del negocio para determinar si es o no conveniente en relación con el patrimonio ganancial del disponente y en vista de los intereses futuros de su consorte. No está previsto el trámite que debe seguirse para solicitar un asentimiento, pero se recurre a un procedimiento sumarísimo de jurisdicción voluntaria. Así también lo determina el nuevo artículo 458 Cod Civ y Com.

h) Es discutible si la manifestación del asentimiento está sujeto a control del registro pertinente como puede ser el inmueble o el del automotor. Un plenario de la Cámara Nacional Civil de 1977 resolvió que el registro, al examinar los instrumentos presentados para su registración puede controlar el cumplimiento del requisito del

artículo 1277 Cod. C.C y requerir que en el documento conste la expresión del asentimiento conyugal o del judicial supletorio salvo en los supuestos del bien propio sede del hogar conyugal en que podrá prescindirse de dicha manifestación si el disponente declara que en el inmueble no se encuentra radicado el hogar conyugal o que, estándolo, no hay hijos menores o incapaces. El fallo fue muy criticado.

VIII.1.3. Bienes Comprendidos

Artículo 470. Bienes gananciales La administración y disposición de los bienes gananciales corresponde al cónyuge que los ha adquirido. Sin embargo, es necesario el asentimiento del otro para enajenar o gravar: a) los bienes registrables; b) las acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública, sin perjuicio de la aplicación del artículo 1824. c) las participaciones en sociedades no exceptuadas en el inciso anterior; d) los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios. También requieren asentimiento las promesas de los actos comprendidos en los incisos anteriores. Al asentimiento y a su omisión se aplican las normas de los artículos 456 a 459.

Artículo 471. Bienes adquiridos conjuntamente La administración y disposición de los bienes adquiridos conjuntamente por los cónyuges corresponde en conjunto a ambos, cualquiera que sea la importancia de la parte correspondiente a cada uno. En caso de disenso entre ellos, el que toma la iniciativa del acto puede requerir que se lo autorice judicialmente en los términos del artículo 458.

Están comprendidos los siguientes bienes:

- Gananciales, incluidos los anómalos (aquí se debe tener en cuenta que no toda la doctrina coincide en esta clasificación pero sí la autora que estamos siguiendo en este tema).

- Inmuebles.

- Muebles registrables: Automotores, embarcaciones, aeronaves, equinos para sangre de carrera.

- Derechos registrables: derechos reales sobre inmuebles, sobre todo aquellos créditos que se encuentren garantizados con hipotecas; prenda con registro; arrendamientos y parecerías rurales, promesa de venta en boleto de compraventa de inscripción obligatoria; acciones nominativas de S.A; cuotas de capital de sociedades en comandita por acciones; marcas de fábricas, comercio y agricultura; warrants y certificados de depósitos; marcas y señales de ganado.

VIII.1.4. Consecuencias de la falta de asentimiento

Artículo 462. Cosas muebles no registrables Los actos de administración y disposición a título oneroso de cosas muebles no registrables cuya tenencia ejerce individualmente uno de los cónyuges, celebrados por éste con terceros de buena fe, son válidos, excepto que se trate de los muebles indispensables del hogar o de los objetos destinados al uso personal del otro cónyuge o al ejercicio de su trabajo o profesión. En tales casos, el otro cónyuge puede demandar la nulidad dentro del plazo de caducidad de seis meses de haber conocido el acto y no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial.

Para algunos autores la carencia del asentimiento es inoponible al cónyuge que no lo prestó, para otros, dicho negocio es pasible de nulidad relativa. Llambías enseña que el acto nulo es ineficaz *ab initio*, sea entre las partes o sea entre terceros. El acto anulable es ineficaz, en principio, respecto de terceros, solo a partir de la fecha de la sentencia de anulación. El acto inoponible es ineficaz respecto de determinadas personas que pueden comportarse como si el acto no existiese. En cambio, el acto conserva su plena eficacia entre las partes y respecto de los demás terceros.

La reforma dejó claro que el acto es anulable.

IX. Inscripción del contrato de Fideicomiso.

Además del asentimiento existe una formalidad que se deberá cumplir inexorablemente a fin de constituir el fideicomiso. Al igual que el derogado art. 13, ley 24441, el art. 1684 del Código Civil y Comercial, exige que se inscriba el dominio de los bienes registrables a nombre del fiduciario, con la indicación de este carácter. El decreto 780/1995, reglamentario de la ley 24.441, dispone que en todas las anotaciones registrales o balances relativos a bienes fideicomitados, conste la condición de propiedad fiduciaria con la indicación “en fideicomiso”. En la Capital Federal la cuestión está reglamentada por la disposición técnica registral nro. 4/95 emanada del Registro de la Propiedad Inmueble y por los artículos 91 a 93 del decreto 2080/1980 (texto según decreto 466/1999) reglamentario de la ley 17801.

Esta reglamentación, en su inicio, ya plantea un problema, pues se refiere a la adquisición fiduciaria no solo del dominio y de la propiedad horizontal, sino que admite también la posibilidad de que se adquiriera fiduciariamente un condominio o una copropiedad horizontal. Cabe entender que se refiere a supuestos en los que hay más de un fiduciario.

Sin embargo, no surgía expresamente de la ley 24.441 la posibilidad de que pueda haber varios fiduciarios, como sí lo prevén varias legislaciones extranjeras. El nuevo Código Civil y Comercial en su artículo 1674 dice en su parte pertinente: “...En caso de designarse a mas de un fiduciario para que actúen simultáneamente...”. A diferencia de lo que sucede con el beneficiario o el fideicomisario, donde la ley expresamente ya contemplaba que podían ser uno o varios.

Al ser así, la reglamentación excede el ámbito de sus facultades al pretender la aplicación de las normas registrales sobre condominio o propiedad horizontal.

Cada uno tendría una parte alícuota sobre los bienes fideicomitados - la cuestión en la práctica puede presentar innumerables problemas que la tornan desaconsejable.

El más importante de ellos es la partición, cualquiera de los condóminos podría requerir la partición en cualquier momento, complicando la gestión de la figura.

Retomando lo dicho al comienzo de este trabajo, el art 1699 al decir que el contrato debe inscribirse en el registro que corresponda no pareció decir que debe crearse un registro de fideicomisos pero autores como Lisoprawski entienden que sí³⁸

Ya explicamos que sucede cuando se transmiten bienes registrales. No hay mayor inconveniente que comprender si es un bien mueble o inmueble el bien transmitido e inscribir en el registro de la propiedad mueble o inmueble. El problema se presenta cuando se transmiten bienes no registrables, el Código estipula que la posesión de bienes muebles, siempre que sea de buena fe, hace presumir la propiedad. Autores como Bressan, Junyent Bas y Molina Sandoval consideraron conveniente su creación, así los terceros no podrán alegar que desconocían el contrato y ese sería su principal efecto.

Como se dijo, no puede mas que ensayarse dos alternativas, analizar los efectos de un contrato que se registró de otro que no:

a) Contrato no registrado: Los derechos reales son oponibles *erga omnes*, mientras que los derechos personales no lo son. Dispone el nuevo art 959 Cod Civ y Com que el efecto vinculante del contrato es para las partes y con mayor precisión dice el artículo 1021 “Regla general. El contrato solo tiene efectos entre las partes contratantes, no lo tiene con respecto a terceros, excepto en los casos previstos por la ley”. El art 1022 dispone: “El contrato no hace surgir obligaciones a cargo de terceros, ni los terceros tienen derecho a invocarlo para hacer recaer sobre las partes obligaciones que éstas no han convenido, excepto disposición legal”. Por ende, es obvio que el contrato de fideicomiso no registrado, como cualquier otro contrato, no aprovecha ni perjudica a terceros. Ello sin perjuicio de la situación de los bienes registrables, en cuyo caso la oponibilidad a terceros dependerá de que se cumpla con la respectiva inscripción en el registro correspondiente; pero debe quedar claro que ello no es una excepción a la regla sino que el efecto de la registración es que la existencia del contrato y la creación del patrimonio separado sea oponible a terceros; que no es lo mismo que produzca efectos para terceros.

³⁸ LISOPRAWSKI Silvio. Publicado en sup esp. Nuevo código civil y comercial de la nación. Contratos en particular abril, 510. Cita online: ar/doc/1073/2015

b) Contrato registrado: Su creación ayudaría a que los actos inscriptos gozaran de cierta oponibilidad. Respecto la transmisión de derechos reales la oponibilidad se regirá por las normas generales, así por ejemplo, si se trata de un inmueble, el dominio fiduciario surgirá de las constancias del registro de la propiedad inmueble, si se trata de una cosa mueble no registrable, la publicidad deriva de la tradición. Sin duda, la creación del registro tendrá repercusión en caso de conflicto en la valoración de la buena fe del tercero interesado que contrate con las partes contratantes.

La doctrina que reclamó la creación de un registro a fin de inscribir los fideicomisos se apoyó en algunas legislaciones extranjeras³⁹ bajo el argumento de que la creación de patrimonios separados no debería mantenerse en las sombras.

IX.1. Registración de contratos de fideicomiso en el Registro Público

La registración del contrato de fideicomiso ha sido impuesta para establecer medios adecuados de publicidad por medio de los cuales los terceros pueden oponerse en tal etapa a su desmembramiento y en su caso ejercer las acciones de fraude o simulación.

La operatividad de la registración impuesta por el artículo 1669 debería estar sujeta a una reglamentación precisa sobre el régimen de inscripción y el establecimiento de cuál es el Registro Público a que se hace referencia. Al no suceder, algunos registros dictaron sus normas.

Si bien los efectos de la inscripción sólo pueden tener un carácter positivo, unos de los mayores problemas que se plantea es la posible afectación de la confidencialidad de la información contenida en el contrato.⁴⁰

³⁹ KEES Milton Hernan. La registración del contrato de fideicomiso en el nuevo código. Sup act 10/3/2015. La ley. Ar/do/694/2015. Como el artículo 5 de la ley de fideicomisos de puerto rico; el artículo 6 de la ley de fideicomiso de Uruguay nro 17.703; el artículo 17 de la ley 189-11 de republica dominicana

⁴⁰AICEGA MA. Valentina y GÓMEZ LEO Osvaldo en Código civil y Comercial. Tratado exegético dirigido por ALTERINI Jorge. Tomo 7. contratos en particular. Capítulo 30. Pág. 25.

Ya la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) ha establecido desde hace un buen tiempo que deben inscribirse los fideicomisos (Resolución general 3538 publicada el 12/11/2013 modificadora de la R.G 3312). Antes de esta resolución, la RG NRO 2429 ya había dispuesto la inscripción con idénticos fines.

La norma establece que quienes actúen como fiduciarios deben inscribir la constitución inicial de fideicomisos, los ingresos y egresos de fiduciantes y/o beneficiarios, que se produzcan con posterioridad al inicio, las entregas de bienes efectuadas a fideicomisos con posterioridad a su constitución.

La realidad es que esta inscripción, creada con fines puramente fiscales e impositivos, con un registro de contratos no genera oponibilidad a terceros. La AFIP no es un registro público sino un ente recaudador y de control y los datos y registraciones que almacena no son públicos ni creados con fines de publicidad sino de control. Más allá de ello, el contrato podrá estar dotado de fecha cierta

¿ Que efectos tendrá la registración?

Algunos autores entienden que solo va a servir para desalentar o burocratizar la figura. El contrato de fideicomiso está determinado por la autonomía de la voluntad y ocurrirá que estos contratos que están minados de clausulas abusivas (cancelar las obligaciones en divisas extranjeras; prohibir la invocación de la imprevisión etc.) y que éstas al inscribirse en el respectivo registro complicara la situación de los consumidores de fideicomisos pues además de firmado el contrato, está registrado y con ello se va a favorecer que la parte fuerte defienda la oponibilidad de estas clausulas

IX.1.1 Resolución 7/2015 IGJ

Con ocasión de la reforma del Código Civil y Comercial la Inspección General de Justicia dictó la resolución 7/2015 a fin de constituir una actualización de las materias de su competencia.

Su artículo 284 dice que. “A partir de las vigencias de estas normas se registrarán en este Registro Público a cargo de la Inspección General de Justicia los contratos de Fideicomiso, en los siguientes supuestos:

1. Cuando uno o mas fiduciarios designados posea domicilio real o especial en jurisdicción de la ciudad de Buenos Aires y;
2. Cuando acciones de una sociedad inscripta ante este organismo formen parte de los bienes objeto del contrato de fideicomiso.

Mientras la exclusión de los fideicomisos financieros con oferta pública resultaba lógica y fundada, ya que los mismos están reglamentados por la CNV -que los autoriza-la de los fideicomisos financieros que no hacen oferta pública era inexplicable. No obstante, la IGJ enmendó el error a través de la Resolución 9/2015 e incluyó en su ámbito de aplicación a los fideicomisos financieros que no hagan oferta pública.

La IGJ se había excedido en la reglamentación no sólo por autoproclamarse la autoridad competente para llevar el Registro de Fideicomisos en todo el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires sino en la extensión de la misma. vrg: establecía exigencias no requeridas por la ley de fondo, pero la Resolución IGJ 6/2016 derogó todo ello:

I- Se registran en el Registro Público a cargo de la IGJ sólo los contratos de fideicomiso y sus modificaciones, cuyos objetos incluyan acciones y/o cuotas sociales de sociedades inscriptas en ese organismo.

II- Se exceptúa de la competencia de ese organismo la inscripción de los fideicomisos financieros que hacen oferta pública a tenor de lo dispuesto por los artículos 1690 y 1691 del Cod Civ y Com (art 284)

III- El encargado de la inscripción es el fiduciario. De no solicitarla dentro del plazo de veinte días corrido desde la celebración del contrato de fideicomiso, la inscripción podrá solicitarla el fiduciante, el beneficiario o el fideicomisario

IV- Se establecen los requisitos de la inscripción.⁴¹

V. Se inscriben las modificaciones contractuales, el cese y la sustitución del fiduciario y la extinción del contrato.

VI. Se regula la inscripción de resoluciones sociales en las cuales hayan participado titulares fiduciarios de acciones o de cuotas sociales ejerciendo derechos de voto.

VII Se establece y regula la inscripción de la extinción del fideicomiso registrado ante este Registro Público.

IX.1.2. El Registro Público de Contratos de Fideicomiso en el ámbito de la Ciudad de Autónoma de Buenos Aires. Decreto 300/15. El Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires

La Ciudad creó el primer registro público de Contratos de Fideicomiso mediante el decreto N 300/15. Allí se designó en ese decreto a la secretaría legal y técnica como el organismo facultado para dictar normas reglamentarias y suscribir acuerdos para su

⁴¹ "artículo 285.- a los fines de la registración de los contratos de fideicomiso y de sus modificaciones referidos en el artículo anterior, deberá presentarse ante ese organismo: 1 primer testimonio de la escritura pública o instrumento privado original mediante el cual se formaliza el contrato y/o sus modificaciones, conforme las previsiones del artículo 1669 cod civ y com . 2 dictamen precalificadorio emitido por escribano público o abogado, según la norma instrumental del contrato, que incluya: a) datos del fiduciante, del fiduciario, del beneficiario y del fideicomisario, incluyéndose, según el caso, nombre y apellido, domicilio real o legal, dni o número de pasaporte si se trata de persona humana de nacionalidad extranjera, denominación social, datos de inscripción registral y sede social. Deberá dictaminarse su cuil o cuil, o en caso de que el fiduciario sea una persona humana de nacionalidad extranjera deberá dictaminarse su clave de identificación (cdi) otorgada por la afip o la anses en el caso del cuil. B. La identificación del beneficiario de conformidad con lo dispuesto por los art. 1667, inc d) y 1671 cod civ y com y por el artículo 50, inc d) de la res gral igj n 7/2015. C) la existencia de restricciones, limitaciones o condiciones al fiduciario para ejercer su facultad de disponer o gravar los bienes objeto del fideicomiso u obligarse en su carácter de tal frente a terceros. D) la aceptación del beneficiario y del fideicomisario para recibir las prestaciones del fideicomiso, en caso de que surja del instrumento mediante el cual se formaliza el contrato o de instrumento complementario al mismo. si la aceptación se formaliza con posterioridad a la inscripción del contrato, deberá efectuarse la inscripción del instrumento de aceptación pertinente. e) en caso de que el fiduciario sea una persona jurídica local que posee domicilio fuera de la jurisdicción de la inspección general de justicia deberá dictaminarse si se encuentra inscripta ante el registro público que corresponda según su domicilio. f) en caso de que el fiduciario sea una persona jurídica constituida en el extranjero , deberá dictaminarse si se encuentra inscripta en los términos de los artículos 118 o 123 de la ley 19.550, individualizando los datos de registro. g) nómina de los miembros del órgano de administración y de fiscalización, en su caso, de la sociedad fiduciaria. 3. declaraciones juradas exigidas por los artículos 511 y 518 de la res general igj n 7/15, modificada por la resolución gral 9/15 como también la declaración jurada incluida como modelo en el anexo xxvii de las normas de la igj

implementación. Además, en virtud del plan de Modernización de la Administración Pública, implementó el Registro Público de Contratos de Fideicomiso a través de un registro electrónico.

El 14 de Octubre de 2015 entre la Secretaría Legal y Técnica y el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, se firmó un convenio de cooperación. Se establecen allí las pautas básicas operativas del registro creado. Se delegó la carga de documentos, datos e información en el Registro Público de Contratos de Fideicomiso a los escribanos en ejercicio de la función notarial en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires matriculados en el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.

En caso de tratarse de contratos de fideicomiso que involucren bienes registrables no sujetos a la competencia de este organismo, deberá cumplirse, luego de la registración en este organismo, la inscripción fiduciaria de dichos bienes ante el organismo que corresponda, conforme lo establecido en los artículos 1682, 1683 y 1684 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Esta norma parece crear por vía de resolución, un registro de fideicomisos en la esfera del registro público, careciendo la IGJ de competencia para ello. Esta obligación puede ser impugnabile ya que la ley no manda ello, por ello deberá esperarse un tiempo para observar como se desarrolla esta figura del fideicomiso a la luz de la nueva reglamentación⁴².

X. Conclusión

En este tipo de contrato de fideicomiso, es fundamental entender la relación subyacente, es decir, qué fines buscan los constituyentes con la celebración de esta figura contractual.

⁴² ACUÑA, Augusto. La incompetencia de IGJ respecto al registro de los contratos de fideicomisos- res 7/2015. www.abogados.com.ar.

No lleva años de uso, al menos en nuestro país, y ello debe obligar a los abogados a extremar los recaudos para no utilizar este contrato, o asesorar de manera incorrecta a un cliente.

Una primer dato que se debe entender es que no es un negocio indirecto sino un negocio fiduciario. Se diferencia del negocio jurídico indirecto porque siempre hay una transferencia del derecho de la propiedad sobre una cosa o un bien, en cambio, en los negocios indirectos, en general, está ausente ese traslado.

En un examen temprano y apresurado parecería que un fideicomiso de planeamiento patrimonial encontraría varias prohibiciones difíciles de sortear, pero su estudio despeja algunas dudas, aunque no habrá certezas absolutas incluso llegando al final de este pequeño estudio.

Un elemento destacado es la confianza. Es cierto que existe en muchos otros contratos, como un mandato que también está ínsitamente configurado con ese elemento, pero aquí tiene un juego de pesos y contrapesos a fin de evitar que los intereses del fiduciante no se cumplan y el fiduciario, que es depositario de esa confianza, no use esas facultades más que para cumplir las expectativas de quien confió en él. En otros negocios no existen esos contrapesos.

Entender su naturaleza implica comprender que no puede constituirse un fideicomiso a los fines de poder realizar actos que la ley no permite, como las donaciones entre los esposos o la compraventa o con el sólo fin de eludir impuestos, pero lo que se busca hacer aquí es planear una herencia, no es donar no es vender, planificar una herencia no está prohibido.

Si hacemos la prueba aconsejada por Rodríguez Azuero veremos que no se avasallan legítimas; ni se eluden impuestos; ni se beneficia a un heredero por sobre otro; en fin, si no se realiza el fideicomiso en fraude a la ley, no debería encontrar mayores inconvenientes.

Pero el dato que permite celebrar este fideicomiso es simplemente que estén de acuerdo los herederos, los familiares, los miembros del fideicomiso. Así no encontrará objeciones o impugnaciones judiciales en un futuro. Eso sí, con el tiempo, los herederos pueden arrepentirse y en una instancia judicial todo es posible. Pero la legislación es cada vez más proclive a este instrumento. Sin duda, la prohibición de pactos de herencias futuras continua vigente, pero ya se aceptan excepciones para posibilitar que se continúe con explotaciones colectivas, o para evitar problemas que vayan a perjudicar una empresa.

Sin duda, el camino se va allanando y se deben encontrar los reovecos que la ley deja para poder satisfacer los intereses del cliente que desea utilizar esta figura tan versátil. Las prohibiciones que la ley determina fueron establecidas por otras cuestiones, que muchas veces quedan fuera de época, por ejemplo la prohibición de donar o comprar entre esposos.

El constituyente no está planeando una herencia a su libre antojo, está tratando de cuidar a sus herederos, dejar ordenada su sucesión, y ello lo hace respetando el orden público sucesorio. ¿Por qué no podría hacerlo? En un examen exhaustivo, con participantes en buena sintonía entre ellos, sin actos fraudulentos ni avasallamientos de ninguna índole, el fideicomiso de planeamiento patrimonial no debería encontrar mayores inconvenientes para poder llevarse a cabo.

La balanza se inclina por esta figura cuando se confronta con la donación que está gravada con el impuesto a la transmisión de los bienes; el fideicomiso no lo está.