

REVISTA

VIA IURIS

LEGAL AREA

Área *Jurídica*

Pedro Bellón Amado - pedrobellon@gmail.com





Testamentary trust:
A view from the latin american law

Fideicomiso constituido
por testamento:
Una mirada desde el
derecho latinoamericano¹

Fecha de recepción: 27 de marzo de 2011

Fecha de revisión: 14 de abril de 2011

Fecha de aceptación: 23 de mayo de 2011

*Leonardo B. Pérez Gallardo*²

RESUMEN

La posibilidad de constituir un fideicomiso por testamento se abre hoy como una alternativa más en la planificación hereditaria de las personas, y así se reconoce en el Derecho de nuestro continente (bien, a través de normas de alcance general como los códigos civiles y de comercio, o por normas ad hoc). La configuración dogmática de la figura pudiera entrar en colisión con el Derecho imperativo, protector de las legítimas, el cual urge adaptarse a los nuevos tiempos, en los que instituciones como el fideicomiso pudiera representar una vía justa de protección del patrimonio de personas con discapacidad o de menores.

ABSTRACT

The possibility of establishing a testamentary trust is open today as an alternative in the planning of individual's will, which is recognized by the law on our continent (through rules of general application such as the civil and commercial code , or ad hoc rules). The dogmatic configuration of this figure could clash with the mandatory law and its compulsory assignments. However, it urges the adaptation to changing times in which institutions such as the trust would represent a fair way of protecting the heritage of people with disabilities or children.

1 Artículo de investigación vinculado al proyecto: Fideicomiso constituido por testamento: una mirada desde el derecho latinoamericano. La Habana (Cuba).

2 Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad de La Habana, Cuba. Máster en Derecho Privado por la Universidad de Valencia, España. Especialista en Derecho Civil por la Universidad de La Habana, Cuba. Profesor Titular de Derecho Civil y Derecho Notarial Facultad de Derecho Universidad de La Habana Notario Licenciado en Derecho por la Universidad de La Habana, Cuba, con Título de Oro. Correo electrónico de contacto: lbpgallardo@gmail.com.

Palabras clave

Fideicomiso testamentario, fideicomitente, fiduciario, beneficiario, fideicomisario, legítima y discapacidad.

Key words

Testamentary trust, settlor, trustee, beneficiary, compulsory assignment and disability.

INTRODUCCIÓN

Cualquier estudio de Derecho comparado supone riesgos para el autor, en tanto, implica avanzar en sentido horizontal por la geografía normativa y doctrinaria en un área del conocimiento jurídico. En Derecho resulta bien difícil dar respuesta a las interrogantes que una institución concita, al menos desde las aguas territoriales, la posibilidad de evitar un naufragio es más alta; no siendo siempre así cuando esos interrogantes se multiplican al cruzar el océano. Por suerte nos une una comunidad idiomática, cultural, histórica y también; por qué no, una idiosincrasia que nos identifica. En este orden se presenta este artículo que no pretende sino esbozar, créanme que es mi propósito – reitero-, solo bosquejar el panorama jurídico de la figura del fideicomiso constituido por testamento, buscando un hilo común que me permita darle fisonomía dogmática, sobre la base de la realidad de nuestro entorno. De ahí que se imponga trazar los rasgos de los sujetos intervinientes, a saber: el fideicomitente, a través de la figura del testador, los bancos como fiduciarios, el fideicomisario y el beneficiario, supuestos en los que coinciden ambos sujetos y supuestos en que no, con especial referencia a la discutida condición del fideicomisario como sucesor mortis causa del fideicomitente, para de así zarpar en busca del objeto del fideicomiso, así como también la interacción de otras figuras de la sucesiones mortis causa como las legítimas y la colación hereditaria, para por último; fundamentar la posible función tuitiva de los fideicomisos en pos de las personas con discapacidad.

ACOTACIONES PUNTUALES SOBRE EL FIDEICOMISO ROMANO

El fideicommissum, según Cámara (1996), “es un encargo en forma de ruego a una persona para que haga llegar los bienes del disponente a manos de un tercero” (p.61). El sujeto que encarga la ejecución del fideicomiso se le denomina fideicomittere, que supone encomendar a la fe, a la lealtad. Conviene tener en cuenta la advertencia que nos hace este autor sobre el uso inapropiado en el lenguaje jurídico actual del término fiduciario, para hacer referencia al sujeto a quien corresponde la ejecución del fideicomiso. Nos aclara Cámara que el término fiduciarius, no es, como erróneamente se ha creído, un término clásico, para indicar la persona en que se confía un fideicomiso. Con apoyatura en, D’ors el autor refiere que en las fuentes no se utilizó un término concreto y preciso para hacer referencia a él, sino se empleaban

circunloquios como “aquel a cuya lealtad (fides) se hace el encargo” o “aquel de quien se deja el fideicomiso” (Cámara, 1996, p.62). La figura del fiduciario era propia de los actos inter vivos. No cabe por tanto, confundir el cumplimiento de un fideicomiso con la fiducia, que es precisamente un acto de esta naturaleza. Empero, el propio Cámara, en ausencia de un término más apropiado, de un “sustantivo idóneo”, por “mor a la inteligibilidad”, lo emplea en su excelsa obra para aludir a quien ejecuta el fideicomiso testamentario.

El sustento del fideicomiso romano está en la confianza, es una figura que se abre en función de evadir el extremo rigorismo romano, el abuso de las formas en materia testamentaria. La fides en Roma tenían un hondo sentido religioso, lo que supone que, aun al margen del ordenamiento jurídico, los ciudadanos se veían compelidos en conciencia a cumplir lo encomendado por respeto mismo a la confianza depositada. Se trata de una disposición sucesoria dependiente, más que de la ley, de la voluntad y la buena fe del instituido, carente en sus inicios de una verdadera cobertura jurídica.

La disposición a título de fideicomiso quedaba así, al margen de las formas y las solemnidades que atezaban v.gr., a los legados. En las fuentes se alude a que podían hacerse en testamento, pero también en codicilo, incluso no confirmado, por gestos, oralmente, e inclusive se permitían fideicomisos implícitos, tampoco era necesario que se empleara el latín (Cámara, 1996, p. 64). Como apunta Cámara(1996), importa ante todo su carácter precativo, o sea, de ruego al fiduciario, a título de favor (pp.64-65). Este autor sintetiza las tesis que durante años han elaborado los romanistas para explicar el por qué surgen los fideicomisos, por qué fue necesario acudir a un recurso extrajurídico como la fides para hacer efectiva la voluntas testatoris, abandonándose los designios del ius civile (Cámara, 1996, pp. 65-66). En este sentido, un sector de la doctrina expone como hipótesis del origen de los fideicomisos la necesidad por el disponente, de eludir las complejas formalidades legales para hacer causa del patrimonio en razón de la muerte, de ahí su ductibilidad, el fácil acceso a él por todas las personas, incluidos los peregrinos (Cámara, 1996). Iglesias y Arias Ramos sitúan su origen en la necesidad de colmar las deficiencias tanto de los legados, como de la herencia, así como el exceso rigorismo del Derecho sucesorio romano, deviene así en una

alternativa que trata de adaptar el Derecho a la vida social (Citado por Cámara, 1996, p.66). También se explica, con gran predicamento que los fideicomisos surgieron para eludir la falta de testamentifictio pasiva en el beneficiario y evadir a través de él las causas de incapacidad sucesoria. En efecto, en Roma, v.gr., los peregrinos no tenían derecho a heredar, motivado más por causas políticas que jurídicas (Biondi, Clemente de Diego, Costa, Maynz, Murillo Villar, Serafini D`ors, Torrent (año) citado por Cámara, 1996, pp.66-67). Como arguye Cámara "Suponía (...) una institución indirecta de heredero o legatario, confiada al honor y la lealtad del instituido y dependiente de la voluntad y no de la ley" (Camara, 1996, p. 67).

No solo se beneficiaban así los peregrini, en tanto al invocarse la fides, como institución de confianza, con ella se favorecían todos los latinos; más allá de su no condición de ciudadanos romanos, sino también las mujeres que no podían heredar del marido que tuviese una fortuna superior a cierta cantidad, también las personas inciertas (póstumos, concepturus), desterrados, corporaciones, ciudades, colegios, incluso para evadir el efecto de las leyes caducarias, a cuyo tenor no podrían heredar los célibes y los orbi. Por último, también se ha encontrado en la moral, un posible fundamento del fideicomiso romano. En este sentido se ha dicho que el fideicomiso "surgió de la fe viva, de la religiosidad romana, puesto que el heredero, fiduciario, cumplía sin coacción posible la voluntad del de cuius sin ningún beneficio, al entender que la voluntad del muerto actúa en él, perviviendo de esa forma la persona" (Marin, año citado por Cámara, 1996, p.68). No obstante, como también se ha ripostado, con esta explicación no se justifica el por qué surgió la necesidad de los fideicomisos, cuando ya existían los legados para expresar los deseos del testador, amén de la institución de heredero. En todo caso, un antecedente inmediato de valor en la evolución del fideicomiso romano, lo es sin duda, la *mancipatio familiae*, que constituyó un instrumento efectivo para dar ejecución por vez primera a los deseos del testador (Cámara, 1996, pp.68-69).

En este largo transcurrir de la figura objeto de estudio, en un principio el fiduciario era un heredero real para devenir luego en el Derecho justiniano en un heredero puramente formal. De este modo, las fuentes postclásicas le consideraron un mero intermediario de la herencia, sin más provecho para sí que la cuarta Pegasiana o la Falcidia (de ser legatario). Como tal el fiduciario no debe recibir beneficio de la herencia, ya que el testador no quiso instituirlo ni como heredero,

ni como legatario real. Se trata de un supuesto en que el testador instituye a una persona en contemplación de otra, a quien verdaderamente desea transmitirle el beneficio. Es, en todo caso, una *interposita capientis persona* (Cámara, 1996, p.76).

El fideicomiso constituido por testamento. Construcción dogmática de la figura

La posibilidad de constituir fideicomisos por testamento se ha hecho posible en la mayoría de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos (*vid.* artículo 770 del Código de Comercio de Guatemala, artículo 750 del Código Civil de Ecuador, artículo 4º de la Ley de fideicomisos venezolana, artículo 2º de la Ley de fideicomiso de Uruguay, artículo 3º de la Ley de fideicomisos de Paraguay, artículo 1034 del Código de Comercio de Honduras, artículo 796 del Código Civil de Colombia y artículo 1228 *in fine* de su Código de Comercio, artículo 246, tercer párrafo, de la Ley general del sistema financiero y del sistema de seguros y orgánica de la superintendencia de bancas y seguros de Perú, artículo 10, segundo párrafo, de la Ley por la cual se regula el Fideicomiso en Panamá y se adoptan otras disposiciones, artículo 10 de la Ley del contrato sobre fideicomiso de Nicaragua y artículo 635 del Código de Comercio de Costa Rica, artículo 3º de la Ley de financiamiento de la vivienda y la construcción de la Argentina). Si bien, no es la forma más usual de su constitución, en tanto, la vía contractual se torna la más socorrida, como posibilidad existe y como realidad es palpable. Empero, la constitución por acto testamentario del fideicomiso no deja de abrigo dudas disímiles, sobre todo en los ordenamientos jurídicos en los que las normas de la legítima se erigen, aún hoy, como barreras inexpugnables. Téngase en cuenta que en todas estas normas el legislador regula la *constitución del fideicomiso* por testamento, con la peculiaridad que ofrece el artículo 770 del Código de Comercio de Guatemala, que aunque regula la constitución, al referirse al fideicomiso testamentario utiliza el término *instituye* por testamento

Herencia y fideicomiso

Tras el fallecimiento de una persona, el patrimonio del que fuera titular en vida, no se transmite en bloque, sino de él se detraen los derechos vinculados con la persona, que aun con carácter patrimonial, quedan extinguidos con el fallecimiento de ella. En principio, el caudal relicto es repartible entre los he-

rederos, de él se pagan las mandas y legados y es el soporte sobre el cual se van a dirigir los acreedores del causante y los acreedores de la sucesión. El soporte patrimonial de la herencia, no obstante, si así lo dispone el testador, puede convertirse en un patrimonio destinado a un fin, previamente determinado de esa manera por el testador en su testamento, en el que ordena la constitución de un fideicomiso.

De este modo, el patrimonio fideicomitido se detrae de la herencia, o incluso puede agotarla, de admitirse que el contenido de ese patrimonio sea la universalidad del caudal relicto del causante, o sea, cuando hablo de la herencia, me refiero a la herencia en sentido neto, deducido el pasivo hereditario, en el que incluyó no solo las deudas, sino también las cargas de la sucesión.

Al constituirse el fideicomiso, los bienes y derechos fideicomitidos, quedan ajenos al alcance de los acreedores del fiduciario y de los acreedores personales de los fideicomisarios. El patrimonio de afección queda libre de las apetencias crediticias y responde de los gastos de conservación y administración de los bienes.

El título constitutivo y las modalidades testamentarias

Como ya apunté el testamento, cualquiera sea la forma que este adopte, sea un testamento común ordinario como el abierto o notarial o el cerrado, o el ológrafo, e incluso un testamento especial, de las modalidades reconocidas por los ordenamientos jurídicos (en inminente peligro de muerte, militar, marítimo, en aeronaves, etc.), puede ser el título formal constitutivo de un fideicomiso, cuya eficacia se supedita a la apertura de la sucesión. De manera que, se trataría de un fideicomiso constituido unilateralmente, por la sola voluntad del fideicomitente testador, quien puede destinar una universalidad jurídica o bienes concretos y determinados a ese fin. En este orden la doctrina no es unánime, pues un sector, v.gr. de la doctrina argentina, niega la posibilidad de que la sola declaración de voluntad del testador sea suficiente para la constitución de un fideicomiso (Assandri, E & Faroni, M. 1999) otros en posición ambivalente matizan la función de la declaración negocial de voluntad del fideicomitente, testador, sobre la base del polémico argumento de que el fideicomitente, "En realidad no lo crea sino que brinda su acuerdo, aporta los bienes y describe la gestión a realizar y los sujetos que intervendrán, puesto que para que el fideicomiso nazca es necesario la conformidad del fiduciario (que no es necesario que sea

expresa), y ésta no se conocerá hasta tanto el causante fallezca y el sujeto designado para cumplir la manda acepte o no" (Améndola, 2008, p.3). Igualmente en la doctrina uruguaya, algunos comentaristas al anteproyecto de la que luego resultó ser la ley sobre fideicomisos, indicaban, a mi juicio contra todo criterio de los autores del anteproyecto, que se requería la aceptación del fiduciario para que quedare constituido, incluso llegaron a proponer que el fiduciario aceptare antes de la muerte del fideicomitente, en previsión de que este no revocare el testamento, lo cual es un verdadero absurdo pues ningún derecho tiene ese sujeto que ni tan siquiera puede catalogarse de fiduciario, cuando la constitución del fideicomiso estará supeditada a la muerte del fideicomitente. Si el título constitutivo lo ha sido un testamento, este es irrelevante *ante mortem* frente a fiduciarios, beneficiarios y fideicomisarios, que ningún derecho, ni tan siquiera expectativa de derecho tendrán mientras viva aquel (Malumian, 2011).

Cabe puntualizar, ante todo, que los ordenamientos jurídicos que le regulan, imponen la forma testamentaria, o sea, no admiten que el constituyente o fideicomitente utilice un reservorio negocial *mortis causa*, distinto al testamento, para la constitución del fideicomiso, como pudieran ser los pactos sucesorios (rechazados en su generalidad por los ordenamientos jurídicos latinoamericanos). Si a la postre con él se están designando herederos o legatarios (que a mi juicio lo son los fideicomisarios), no cabe duda que el testamento, o, de admitirse, los pactos sucesorios, serán los vehículos negociales atinados para la designación de un sucesor *mortis causa*. En este orden de ideas, la doctrina argentina no está unánimemente conteste, en tanto, un cierto sector defiende la idea de que el fideicomiso tiene carácter contractual, y que el testamento actúa como llave maestra para su constitución, pero la concertación de un contrato posterior entre el fiduciario designado y el órgano de administración de la sucesión, se impone. Los argumentos, aunque no me resultan en modo alguno convincentes, vale la pena exponerlos, aunque sea para refutarlos. Sostienen Assandri, E y Faroni, M bajo el falaz argumento de la posible carencia de garantías formales que tiene la constitución de un fideicomiso por testamento, sobre todo cuando ese testamento no es de los notariales o abierto, que resultaría "necesario que la constitución del fideicomiso testamentario exija un contrato posterior entre los órganos de la sucesión y el fiduciario, lo que no hace más que confirmar el origen eminentemente convencional del fideicomiso como negocio jurídico" (Assandri, E & Faroni, M, 1999, p.4).

A tal fin, también apuntan las autoras citadas que, entre las funciones a desempeñar por este contrato posterior se incluyen la de evitar las eventuales impugnaciones al testamento, pues implica un acto consensual entre los órganos de la sucesión y el designado fiduciario; permitir subsanar las eventuales falencias de la cláusula constitutiva del fideicomiso por inobservancia de las formas y/o contenido exigido por ley y establecer las condiciones no previstas por el causante en exclusivo orden a la realización del fideicomiso como tal, que viabiliza el acabado cumplimiento de la voluntad del testador (Assandri, E & Faroni, M, 1999, p.4). En todo caso, obvian las autoras que el testamento como negocio jurídico funge como título generativo del fideicomiso y el documento que constituye su reservorio material, como título demostrativo de su constitución. Que el testamento puede ser impugnado es un riesgo, también lo puede ser el contrato de fideicomiso, por razones diversas a las que preocupan a las autoras³. Tras la muerte del

testador, el fiduciario, con la anuencia de los fideicomisarios, y sin que ello suponga un derogación de la *voluntastestatoris*, pueden establecer condiciones no previstas por el testador, siempre que con ello no se desnaturalice el fin mismo para el cual fue constituido el fideicomiso, y con ello dar precisamente el acabado cumplimiento de la voluntad de aquel, tal y como les preocupa a las citadas autoras. A mi juicio, de la Ley No. 24441, promulgada el 9 de enero de 1995, en la República Argentina, no se colige la necesidad de un contrato posterior, ya que en su artículo 3º se deja explícito que: *“El fideicomiso también podrá constituirse por testamento, extendido en alguna de las formas previstas por el Código Civil, el que contendrá al menos las enunciaciones requeridas por el artículo 4º”*⁴. Esto es, el fideicomiso quedará constituido en el testamento, con independencia de que el fiduciario acepte o no, como contenido del testamento, se trata de una declaración de voluntad de naturaleza no recepticia, una cosa distinta será, que no se ejecute, pero ello lo estudiaremos a *posteriori*, lo cual también hace inconsistente el argumento defendido por algún autor de que “la particularidad de esta tipología fiduciaria descansa en la unicidad de la voluntad originaria que dispone crear un fideicomiso testamentario; y digo originaria porque (...) será necesaria la aceptación posterior del fiduciario, pero eso no impide que estemos ante el caso en el que la voluntad unilateral es la que da nacimiento al negocio” (Amèndola, 2008, p.3), ello a pesar de que se decante por él propio autor que sea necesario un contrato posterior entre la sucesión y el fiduciario. Argumento que, no obstante, lleva en sí mismo una petición de principio, en tanto, confunde el negocio constitutivo del fideicomiso que será el testamento, con la ejecución propiamente dicha de éste, pues tal y como acontece en materia de heredero o legatario, la institución de heredero o el legado existen, con independencia de que la primera sea aceptada y el segundo no sea rechazado por sus destinatarios, habrá delación, de la misma manera que se convocará al primer fiduciario designado, y caso de no aceptar, se determinará lo previsto por el fideicomitente en el testamento o, en su defecto, en la ley, pero ello no desnaturaliza el carácter unilateral del fideicomiso constituido por testamento.

3 Sostiene la profesora Nora Lloveras que “Las posibilidades de impugnación del fideicomiso testamentario en la hipótesis de inobservancia de las reglas del fideicomiso contractual, y por consiguiente su eventual ineficacia, es una vicisitud que puede ser evitada, si se observan las normas del mencionado fideicomiso convencional además de la compatibilización con el sistema sucesorio”. Vid. Lloveras, Nora, “Fideicomiso testamentario: ¿la voluntad dispone?”, en JA 1999III1058, Lexis No. 0003/000073, p. 4. Ello supone que el testador al constituir el fideicomiso tendrá que velar por el estricto apego a las normas sobre su contenido, previstas para el fideicomiso contractual, aplicables al testamento por disposición de la ley (vid. artículo 3 de la Ley No. 24441, en relación con el artículo 4 de la propia ley) y por supuesto, las normas de iuscogens protectoras de las legítimas. Por ese motivo, lo que sí es recomendable que el testamento a otorgar sea el notarial, dado el asesoramiento técnico jurídico que tendrá el fideicomitente a cargo del notario, quien podrá labrar el fideicomiso dentro de las disposiciones testamentarias ya esculpidas por él. Téngase en cuenta que, como apunta Vallet de Goytisolo la voluntad inicial que llega al notario, muy comúnmente la voluntad testamentaria, apunta yo, “es una voluntad deformada por los prejuicios y los falsos conocimientos jurídicos; una voluntad errónea, por ignorancia o conocimiento equivocado de hecho o de derecho, de la situación preexistente o de las normas jurídicas atinentes al caso; una voluntad incompleta, porque solo se dirige a los efectos fundamentales o inmediatos; una voluntad imprevisora, que no ha tenido en cuenta los efectos a largo plazo, ni mucho menos la incidencia de los acontecimientos que pueden sobrevenir; una voluntad ilegal, que choca, en todo o en parte, con el ordenamiento; en suma, puede tratarse de una voluntad falsa, porque la que el otorgante creía era su verdadera voluntad, dejó de serlo en cuanto comienza la información y el asesoramiento del notario. La actividad del notario es, como muchas veces se ha dicho, una ‘mayéutica’ tendente a alumbrar la verdadera voluntad de las partes”. “En suma, se trata no sólo de captar la voluntad consciente sino también de alumbrar al subconsciente, después de iluminársela al propio sujeto; e incluso, a veces, de alumbrarle lo que, ni siquiera subconscientemente ha sospechado”. Vid. Vallet de Goytisolo, Juan B., “Determinación notarial del Derecho”, en Derecho Notarial, tomo I, Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez (coordinadores), 1ª edición, Félix Varela, La Habana, 2006, p. 143.

4 Esta posición también fue la aprobada como cuarta conclusión de la Comisión No. 6 dedicada al fideicomiso testamentario en las XVII Jornadas de Derecho Civil, celebradas en la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1999. Vid. Congresos y jornadas nacionales de Derecho Civil 1927-2003, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 192.

La constitución de un fideicomiso por testamento provoca una ruptura en la idea clásica de sustitución, subestrada o sucesión propiamente dicha, como cambio meramente subjetivo en una relación jurídica. El fiduciario, no es un heredero del causante, ni un legatario, ni ocupará exactamente el lugar que tenía el causante, no adquirirá la titularidad real sobre los bienes fideicomitidos, tan solo tendrá una titularidad formal o fiduciaria, con el deber de entregarlos al fideicomisario al vencer el plazo resolutorio impuesto por el testador, a la vez que su misión será rentabilizar los bienes fideicomitidos para que produzcan frutos civiles de los cuales se favorecerá el beneficiario o el fideicomisario (de coincidir ambas figuras en él). En este tipo de fideicomiso, es el fideicomisario, o el beneficiario, según la regulación de cada ordenamiento jurídico, en quien ha pensado el testador como destinatarios de las rentas y del patrimonio fideicomitado.

El testador como fideicomitente

Es unánime el criterio de que, en el fideicomiso testamentario el testador, fideicomitente, o también llamado fiduciante, ha de tener la titularidad de los bienes y derechos que constituirán el patrimonio fideicomitado⁵. En consecuencia, además, ha de tener la *testamentifactio* activa, o capacidad para disponer libremente por testamento, conforme con las normas sucesorias de cada país, según la modalidad testamentaria que empleen para constituir el fideicomiso⁶. Normas que se erigen en orden público sucesorio. Tratándose de un fideicomiso testamentario es presupuesto *sine que non* que el fideicomitente sea una persona natural, en tanto el fideicomiso quedará constituido a su muerte. Ha de quedar claro el *animus testatoris* y la finalidad del fideicomiso que se constituye⁷.

El fiduciario: ¿Sucesor del testador?

Uno de los temas más polémicos en el orden sucesorio lo es la figura del fiduciario ¿Quién es realmente el fiduciario? ¿En el fideicomiso bancario latinoameri-

cano, las compañías fiduciarias actúan como un verdadero heredero del testador? ¿Suceden por causa de muerte al fideicomitente? No puede perderse de vista cuál es la finalidad de la constitución de un fideicomiso en el Derecho de nuestro continente.

En este orden de ideas es evidente que el fiduciario en este tipo de fideicomisos, no es ni heredero, ni legatario del testador, y aquí se distingue de la clásica figura de la sustitución fideicomisaria, en la que la doctrina ubica un heredero fiduciario y un heredero fideicomisario, si bien Vallet de Goytisolo, con su aplastante autoridad científica en la materia, abraza el criterio de que el único heredero es el fiduciario⁸. Aunque se transmite un patrimonio de afectación a favor del fiduciario, que trae causa del fideicomitente, su titularidad será fiduciaria, con cuantas facultades haya otorgado el testador para que el fiduciario rentabilice tal propiedad, pero ello no le hace adquirir la condición de verdadero heredero del causante, ni tan siquiera de sucesor por causa de muerte, aun cuando la titularidad formal de los bienes fideicomitados la recibe de éste. Reitero que, en los fideicomisos bancarios, constituidos por testamento, no opera el verdadero fenómeno sucesorio a que alude el maestro Vallet. El propio Vallet expone que "... en los *fideicomisos propiamente dichos* el fenómeno sucesorio comienza en el *de cuius* y concluye en el fideicomisario en una trayectoria compleja en la cual el fiduciario se inserta como un mediador, en unos u

8 Vallet de Goytisolo, Juan B., *Panorama del Derecho de Sucesiones, I Fundamentos*, 1ª edición, Civitas, Madrid, 1982, pp. 291 y ss., destaca que el uso de la palabra heredero en sentido vulgar o meramente económico, o con simplificaciones conceptuales que sólo atienden a algunas características del fenómeno sucesorio pero sin abarcarlas todas, ha conllevado a que un sector nada desdeñable de la doctrina científica haya definido a las sustituciones fideicomisarias como instituciones sucesivas de herederos, o sea, como un escalonamiento de herederos del fideicomitente, que lo llegarán a ser por el orden en que éste lo haya dispuesto. En tal sentido, y sólo dentro del panorama que ofrecen las sustituciones fideicomisarias, sigue defendiendo el maestro que "Si heredero es aquel sujeto en quien, como recipiente, se opera el *fenómeno sucesorio, por el que entra como sucesor o continuador de todas las relaciones jurídicas del fallecido causante, que no se extinguen por la muerte o no tengan prefijado o preordenado un destino diferente, y que en su conjunto, consideradas 'sub specie universitatis' constituyen la herencia:*

-es heredero el instituido, aunque su institución se halle sujeta a sustitución fideicomisaria;

-y no lo es el favorecido por esta sustitución, pues no es el sujeto en quien opera ese fenómeno sucesorio, tan irreplicable como el alumbramiento de un mismo hijo.

"En una acepción genérica, puramente patrimonial o económica, podrá denominarse heredero a quien sea sustituto fideicomisario de una herencia, pero ajustándose al fenómeno sucesorio no ocurre lo mismo. Por ello creemos que lo correcto es dotar de nombres técnico-jurídicos diferentes al instituido heredero y al sustituto fideicomisario".

5 Así, v.gr., la ley peruana exige en su artículo 243 que el fideicomitente tenga "la facultad de disponer de los bienes y derechos que transmita, sin perjuicio de los requisitos que la ley establece para el acto jurídico", tratándose de un fideicomiso testamentario o de un fideicomiso contractual.

6 A guisa de ejemplo la Ley uruguaya de fideicomiso sólo admite los testamentos públicos abiertos y cerrados (vid. artículo 2, cuarto párrafo). Con alcance más general el artículo 3 de la Ley argentina de financiamiento de la vivienda y la construcción

7 Así se pronuncian expresamente el artículo 14 c) de la Ley nicaragüense sobre el contrato de fideicomiso y el artículo 633 del Código de Comercio de Honduras.

otros términos más o menos complejos” (Vallet de Gattisolo, 1982, p.287). La constitución del patrimonio fideicomitido tiene por finalidad atender los intereses del beneficiario o del fideicomisario, pero no los del fiduciario, quien por supuesto detraerá de ese patrimonio fideicomitido lo que ha de devengar en concepto de fiduciario. Se trata, para el fideicomisario, de una sucesión *interposita persona*, en la que esa persona interpuesta es precisamente el fiduciario.

Téngase en cuenta que el fiduciario adquiere un patrimonio de afectación, previa liquidación de las deudas del causante y de la herencia, de tal manera que será necesaria la satisfacción de estas, en tanto los acreedores pudieran ejercitar la acción revocatoria o pauliana, si logran demostrar que con la constitución del fideicomiso se defraudan sus derechos crediticios⁹. El fiduciario en todo caso adquiere un activo líquido, cuyo destino esencial será la administración y explotación para obtener rendimiento¹⁰. Ergo, no actúa en calidad de heredero, ni de legatario, no hay sucesión *mortis causa* en el sentido en que tradicionalmente se ha entendido al sucesor¹¹.

**Los bancos como fiduciarios:
¿Una posibilidad más o
una situación excluyente?**

No hay homogeneidad en la regulación de la figura del fiduciario en el Derecho latinoamericano. En sen-

tido general los fideicomisos se constituyen a los fines de promover los negocios de inversión en un país, lo que no niega que se hayan extendido para desplegar un nuevo rol en la planificación hereditaria, o en la protección y explotación con fines productivos del patrimonio de menores o de personas con discapacidad o prodigalidad, “permite tercerizar los riesgos del capital, los bienes pueden ser reinvertidos y generar ganancias, además de estar separados del riesgo propio del patrimonio del fiduciante-testador, puede servir para financiar proyectos del fiduciante, y, entre otras ventajas, constituye una forma de trasladar la administración de los bienes — que la familia del fiduciante no podría realizar eficazmente— sobre un administrador idóneo” (Sambrisi, 2008, p.2). De ahí que, una parte de los ordenamientos jurídicos, se afilian por un sistema *mixto* para determinar el fiduciario, de modo que, tras enunciar el principio general de que cualquier persona natural o jurídica puede ser fiduciario, al referirse a las personas jurídicas cualifican la condición de fiduciario, quien no solo ha de ser persona jurídica, sino ha de tratarse de bancos o de entidades financieras no bancarias, de manera que la condición de fiduciario estaría ligada a la profesionalidad y habitualidad del desempeño de tal labor¹². En tanto, otros ordenamientos del continente adjetivizan esta situación al admitir la posibilidad de que pueda ser fiduciario una persona jurídica distinta a estas, siempre que se trata de sociedades anónimas dedicadas con exclusividad a ese fin¹³. En una tercera posición están los ordenamientos de sistema *cerrado* en los que únicamente se admiten como fiduciarios a

9 Vid. artículo 658 del Código de Comercio de Costa Rica, artículo 1048 *in fine* del Código de Comercio de Honduras, artículo 79, tercer párrafo, de la Ley de fideicomisos de Uruguay, artículo 15 de la Ley sobre financiamiento de la vivienda y la construcción de Argentina, artículo 13, primer párrafo *in fine*, de la Ley sobre el contrato de fideicomiso de Nicaragua.

10 Como expresa SAMBRISI, Eduardo A., al comentar el libro de Úrsula Cristina BASSET *Fideicomiso testamentario: una herramienta para la planificación hereditaria*, publicado dicho comentario en *La Ley* 2008-F, 1432, el fiduciario “no es un heredero, sino un administrador de los bienes fideicomitados por vía testamentaria, con la finalidad de beneficiar a los herederos”. Según Améndola, M. A., “Fideicomiso testamentario...”, *cit.*, p. 2, al aludir a la transmisión del patrimonio por fideicomiso, arguye que esta “se hace poniendo en cabeza del fiduciario la obligación de cumplir una prestación en beneficio de alguien, previéndose a su término la obligación del fiduciario de transmitir el dominio de los bienes”.

11 Por ello considero un error conceptual la conclusión 6 a) a la que se arribara en la Comisión No. 6 dedicada al estudio del fideicomiso testamentario durante las XVII Jornadas de Derecho Civil, celebradas en la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1999, de que el fiduciario es un sucesor *mortis causa* del testador. Se confunde así la figura del fiduciario en el fideicomiso propiamente dicho, de la del heredero fiduciario en la sustitución fideicomisaria. Piénsese que no hay *animus* del testador de beneficiarlo con la herencia, y sí por el contrario de que rentabilice el patrimonio para favorecer, en el contexto argentino, tanto al beneficiario, como al fideicomisario. Vid. *Congresos y jornadas...*, *cit.*, p. 192.

12 Es el criterio asumido por la legislación argentina que establece que, con independencia de que cualquier persona natural o jurídica pueda ser fiduciario “Sólo podrán ofrecerse al público para actuar como fiduciarios las entidades financieras autorizadas a funcionar como tales sujetas a las disposiciones de la ley respectiva y las personas jurídicas que autorice la Comisión Nacional de Valores quien establecerá los requisitos que deban cumplir” (artículo 5). De modo que, en Argentina el elemento determinante de la obligación de registrarse como fiduciario es la publicidad otorgada a los servicios como fiduciario. Similar a lo que acontece en la ley de fideicomisos de Uruguay, conforme con la cual “Sin perjuicio de los requisitos establecidos para los fiduciarios de los fideicomisos financieros en el Capítulo IV de la presente ley, las entidades de intermediación financiera y los fiduciarios profesionales sólo podrán actuar como fiduciarios en forma habitual y profesional”, o sea, en Uruguay el elemento determinante es la existencia de una actividad habitual de la cual se haga profesión, pero en ambos ordenamientos se combinan un criterio de alcance general y otro cualificado para regular la condición del fiduciario.

13 Posición de la reciente ley nicaragüense sobre el contrato de fideicomiso que, si bien admite la posibilidad de que cualquier persona natural o jurídica pueda ser fiduciario, “En caso de personas jurídicas, distintas a las autorizadas y supervisadas por la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras, deberán constituirse como Sociedades Anónimas de objeto exclusivo” (artículo 24).

los bancos, empresas de seguros y entidades financieras establecidas *ex lege*¹⁴. Por último, se sitúan aquellos que se afilian a un sistema *abierto*, para los cuales la condición de fiduciario es predicable de cualquier persona natural o jurídica, siempre que tenga la capacidad para adquirir la propiedad fiduciaria¹⁵.

La aceptación del encargo por el fiduciario: ¿Desnaturaliza la esencia unilateral de la constitución del fideicomiso testamentario?

He anticipado algunos particulares sobre el valor que cobra en la figura del fideicomiso la aceptación del encargo por el fiduciario. Reitero lo ya expresado, de que la aceptación no adquiere sustantividad alguna en sede constitutiva, tal y como lo regula explícitamente la legislación peruana (artículo 247): “No es requisito para la validez del fideicomiso testamentario la aceptación de la empresa fiduciaria designada ni la de los fideicomisarios. Si aquella declina la designación, debe proponer a quien la reemplace y si ninguna otra empresa acepta el encargo, el fideicomiso se extingue”.

“Los fideicomisos a que se refiere este artículo se entienden constituidos desde la apertura de la sucesión”¹⁶.

14 Así, la ley de fideicomisos de Venezuela, a cuyo tenor: “Sólo podrán ser fiduciarios las instituciones bancarias y las empresas de seguros constituidas en el país, a las cuales conceda autorización para ello el Ejecutivo Nacional, por Resolución del Ministerio de Hacienda o de Fomento, respectivamente” (artículo 12, primer párrafo); el Código de Comercio hondureño, conforme con el cual “Sólo podrán ser fiduciarios los establecimientos bancarios expresamente autorizados para ello” (artículo 1040); la ley de fideicomisos paraguaya, según la cual: “Solamente podrán tener la calidad de fiduciarios los bancos y empresas financieras y las empresas fiduciarias especialmente autorizadas por el Banco Central del Paraguay, conforme a lo dispuesto en esta ley” (artículo 19, primer párrafo); la ley general del sistema financiero y del sistema de seguros y orgánica de la superintendencia de bancas y seguros del Perú que establece que “Están autorizadas a desempeñarse como fiduciarias, COFIDE, las empresas de operaciones múltiples a que se refiere el inciso A del artículo 16, las empresas de servicios fiduciarios que señala el inciso B-5 del artículo mencionado, las empresas del numeral 1 del artículo 318 (de seguros y reaseguros), así como las empresas o instituciones supervisadas por la Superintendencia, cuyo objeto es garantizar, apoyar, promover y asesorar directa o indirectamente a la Micro y Pequeña Empresa (MYPE) de cualquier sector económico”, en tanto “Para ejecutar las funciones de fiduciario en fideicomisos de titulación a que se refiere la Ley del Mercado de Valores, las empresas e instituciones del sistema financiero deben constituir sociedades tituladoras.” (artículo 242, primer y tercer párrafos), y el Código de Comercio de Colombia, que dispone: “Sólo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios” (artículo 1226, tercer párrafo).

15 Es el criterio que asume el artículo 637 del Código de Comercio de Costa Rica y el artículo 19 de la Ley de fideicomisos de Panamá.

16 Si bien hago la salvedad que quien lo constituye es el testador en su testamento, eso sí no será eficaz hasta que no se abra la sucesión, señal ineludible de que el fideicomitente ha fallecido, o declarado presuntamente muerto.

Una de las alternativas para la constitución del fideicomiso es el testamento. Si bien, parto del criterio de que el fiduciario no es un heredero, ni tan siquiera legatario del testador, no se pueden forzar los conceptos, de manera que el fiduciario en el fideicomiso actual no asume el rol del heredero de confianza romano, ni del heredero fiduciario en la sustitución fideicomisaria, su aceptación, al igual que la del llamado a la herencia, en nada desnaturaliza la esencia unilateral del negocio constitutivo del fideicomiso. Es cierto que el llamado a la herencia al repudiarla, extingue el llamamiento o delación, la cual se reproduciría, *v.gr.*, a favor del sustituto, o incluso, puede impedir que la *voluntas testatoris* se ejecute, de haber sido él el único heredero instituido, o llamado a una porción individualizada, sin opción de acrecimiento para el resto. Su repudiación provocaría entonces una nueva delación, pero ahora *ab intestato*. Adpero, no por ello ha dejado de existir el testamento, este existe, si bien resultará inejecutable. Si lo constituido es un fideicomiso, este ya ha sido creado por el testador, la aceptación de la persona designada como fiduciario, no deja de ser irrelevante a los efectos del cumplimiento mismo del fideicomiso, que al hacerse por vía testamentaria cobrará vida solo después de la muerte del titular del patrimonio fideicomitado. Si la persona designada como fiduciario no acepta asumir esa condición, se abrirá la posibilidad para el sustituto, o para aquel que el juez o tribunal competente así lo determinen, pero en tales supuestos se buscaría un fiduciario, para un fideicomiso ya constituido, si no hay fiduciario, entonces los ordenamientos jurídicos establecen que el fideicomiso se extingue, *ergo*, existió aunque no operó, tal y como lo hubiera previsto el fideicomitente¹⁷. No se extingue, lo no nacido. Por lo tanto, la declaración de voluntad del fiduciario no es un elemento constitutivo del fideicomiso. La constitución de un fideicomiso por testamento no desnaturaliza tampoco el carácter *mortis causa* que tiene el testamento en sí. Como negocio *mortis causa*, de última voluntad que es por excelencia, en el testamento no es posible compartir su génesis con otra persona. Es la voluntad del testador la ley suprema en materia sucesoria.

17 De ahí, por ejemplo, que el artículo 26.5 de la Ley de fideicomisos de Venezuela exprese que se *extingue* el fideicomiso “Por falta de fiduciario, si existe imposibilidad de sustitución”, esta falta en el fideicomiso testamentario podría venir dada porque el fiduciario designado no acepte el encargo, sin que exista sustituto nombrado por el fideicomitente. Supuesto en que el fideicomiso quedaría extinguido, pero no inexistente, en tanto que la aceptación del fiduciario no es presupuesto de su existencia. Norma que se repite literalmente en el artículo 659 e) del Código de Comercio de Costa Rica. En tanto, el artículo 23 de la Ley panameña de fideicomiso deja explícitamente esclarecido que “La persona designada como fiduciario no estará obligada a aceptar el cargo” y no por ello dejó de haberse constituido por testamento el fideicomiso.

La designación de pluralidad de fiduciarios

Precisamente por las razones que apuntaba se admite, por regla, la posibilidad de designar varios fiduciarios, ya sea para actuar de consuno, o supletoriamente, incluso innominadamente, correspondiéndole en tal caso al juez la designación del fiduciario (lo que refuerza mi tesis de que este no es ni heredero, ni legatario del testador)¹⁸. Si se emplea la primera variante, ha de establecer el fideicomitente las reglas por las cuales los fiduciarios actuarán de consuno, si bien supletoriamente pudieran asumirse las de la mancomunidad, o las de las situaciones de cotitularidad¹⁹. Sin embargo, lo más recomendable en sede testamentaria es la designación de fiduciarios sustitutos, entendida aquí la pluralidad, no sólo como el ejercicio simultáneo de la condición de fideicomitente por varias personas (físicas o jurídicas), sino también como opción para evitar que el fideicomiso no se llegue a ejecutar en la manera en que así lo ambicionaba el testador porque la persona designada no quiera o no pueda asumir la condición de fiduciario, o como dice el legislador paraguayo, “para la eventualidad de que no puedan tener la calidad de tales en el negocio fiduciario”. Un testador previsor, debería designar sustitutos *alternativos* si desea que el fideicomiso que ha constituido por testamento, se ejecute en la manera concebida por él por las personas de su entera confianza. Y enfatizo en el

plural, pues el azar de la vida pudiera llevarle a una mala pasada, al no asumir la condición de fiduciario la primera persona (física o jurídica), pensada por el testador. Matícese este particular desde la óptica que ofrece esta figura en una buena parte de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, en los que fiduciarios solo pueden ser bancos, entidades financieras no bancarias o empresas de seguros. De todos modos, siempre existirá la posibilidad de elegir entre tales empresas o bancos la que al testador le despierte más confianza. Del mismo modo que en sede de herederos o de legatarios, los sustitutos representan alternativas más remotas para el testador, de manera que cuando más alejado se está de la cadena de sustitutos, menos posibilidad se tendrá de concurrir a la sucesión, e hipotéticamente, más alejado también se está en el orden de los afectos, con respecto del testador mismo; en sede de fideicomisos, cuanto más alejado se está en el orden establecido por el constituyente para asumir la condición de fiduciario, se supone que más retirado se esté de la confianza del fideicomitente.

El supuesto de designación sustitutiva, de manera alternativa y sucesiva

De ahí que se hable de una designación *sustitutiva alternativa* de los fiduciarios y no solo para los supuestos en que el designado no quiera asumir la condición de fiduciario, así mismo para otros en los que éste no pueda asumirla, como la premuerte (si el designado como fiduciario fuera una persona física) o la inexistencia de la persona jurídica designada al momento del deceso del testador. De igual manera, similar a lo que acontece en la sustitución fideicomisaria, precisamente para el fideicomisario, cabe la posibilidad de que el testador designe varios fiduciarios *sucesivos*, otra fórmula previosa, en la que el fideicomitente, ante la contingencia que pueda suponer que el fiduciario no pueda llevar a buen fin el fideicomiso encomendado y que durante un tiempo gestionó, designe un sustituto que actuaría después de él²⁰, y no en defecto de él, como en la designación enteramente sustitutiva. Le corresponde-

18 El Código de Comercio de Guatemala admite tal posibilidad en su artículo 773, el Código de Comercio de Honduras lo hace en el artículo 1042, el Código Civil de Ecuador lo prevé en el artículo 756, la Ley de fideicomisos de Panamá lo regula en sus artículos 20 y 22. En este último, en su primer párrafo deja esclarecido que “... el Juez competente podrá nombrar un sustituto a solicitud del fiduciario, del fideicomitente, o a falta de este último, a solicitud del o los beneficiarios o del Ministerio Público si el o los beneficiarios fueren menores o incapaces, y ordenara la transferencia de los bienes del fideicomiso al sustituto así nombrado”. En cambio, no admite la pluralidad de fiduciarios la ley sobre el contrato de fideicomiso de Nicaragua en su artículo 25, aunque sí prevé esa pluralidad, en el entendido de un sujeto designado fiduciario y otros u otros previstos como sustitutos.

19 La mayoría de los ordenamientos jurídicos consultados no son explícitos sobre el régimen jurídico aplicable a los cofiduciarios, no obstante, cabe resaltar en tal sentido las reglas dispuestas por el Código de Comercio de Costa Rica en sus artículos 640 y 641, clásicos preceptos de naturaleza dispositiva a cuyo tenor: “Salvo lo que en contrario se establezca en el acto constitutivo, cuando se designen dos fiduciarios, éstos deberán obrar conjuntamente. La falta de acuerdo entre ellos será resuelta por el juez competente, siguiendo los trámites establecidos para los actos de jurisdicción voluntaria. Si se designaren tres o más, sus decisiones las tomarán por mayoría. El empate lo decidirá el nombrado en primer lugar” y “Cuando sean varios los fiduciarios, el que disienta de la mayoría o no haya participado en la resolución, sólo será responsable de la ejecución llevada a cabo por sus cofiduciarios, en los siguientes casos:

a) Si delega, indebidamente sus funciones;
b) Si aprueba, consiente o encubre una infracción al fideicomiso; y
c) Si con culpa o negligencia graves, omite ejercer una vigilancia razonable sobre los actos de los demás”.

20 A modo de ejemplo, la legislación venezolana sobre fideicomiso deja explícito que “Las instituciones Bancarias, y las Empresas de Seguros, cesarán también en sus funciones fiduciarias por haber sido disueltas, declaradas en quiebra o removidas en tales funciones por el Juez del fideicomiso en razón de motivos graves”, supuesto que podría haber tenido en cuenta el fideicomitente testador para designar un fiduciario sustituto que pudiera actuar en defecto de la designada en primer orden como fiduciaria, si al momento del fallecimiento del constituyente, esta ya no existiere como persona jurídica, o sucesivamente, si quien ha fungido hasta un determinado momento como fiduciario, deviene *a posteriori* declarada en quiebra o disuelta, o incluso incumple gravemente las facultades que le fueron conferidas, motivo por el cual es removida por disposición judicial.

rá al fideicomitente la determinación del orden de los fiduciarios y el acontecimiento que ha de conllevar la ejecución del fideicomiso, por el fiduciario sustituto sucesivo²¹.

Fideicomisarios y beneficiarios: supuestos en los que coinciden y en los que no oportuna distinción

El destinatario final de los bienes fideicomitados es el fideicomisario, titular de estos, a quienes le serán restituidos tales bienes, una vez acaecido el plazo resolutorio o la condición resolutoria fijada por el fideicomitente en el fideicomiso. Mientras que el beneficiario

es quien recibirá los frutos civiles que producirán los bienes fideicomitados durante la vigencia del fideicomiso, calificándose incluso como “legatario de frutos o de prestaciones periódicos de dinero”²², que puede coincidir, o no, con el fideicomisario. Tratándose el primero de la persona fijada por el testador en su testamento para que reciba los bienes fideicomitados, se erige, según el título atributivo, en heredero o legatario del testador, en tanto que el beneficiario en todo caso actuaría como si fuese un legatario de usufructo, pues como tal, o sea, como beneficiario sería un receptor de los rentas y ganancias que se obtendrán con la explotación de los bienes fideicomitados, cuya titularidad final corresponderá al fideicomisario. De todos modos, no todos los ordenamientos jurídicos mantienen tal distinción. Mientras que en la legislación de Argentina se distingue claramente las figuras del beneficiario y del fideicomisario, permitiéndosele al fideicomitente, hacerlas coincidir, en otros ordenamientos solo se regula el beneficiario²³ o el fideicomisario²⁴ considerándose incluso sinónimos²⁵. En todo caso cuando hablo del beneficiario, entiéndase también como fideicomisario, para los ordenamientos jurídicos que así lo tienen concebido

Al beneficiario -y también al fideicomisario-, designado por el constituyente del fideicomiso, puede nombrarsele sustituto para el supuesto de que fallezca antes de la muerte del fideicomitente o incluso, después de este, en tanto que si él solo tiene derecho al disfrute de las rentas y ganancias, podría el fideicomitente nombrarle un sustituto, si su muerte sobreviene antes de finiquitar el plazo por el cual fue constituido el fideicomiso, de igual manera para el caso de que el beneficiario no acepte el beneficio, o aun aceptándolo, renuncie durante el *iter* del fideicomiso a su disfrute, de modo que en esta figura la no aceptación no siempre se equipara a la renuncia. No se acepta cuando el designado beneficiario no quiere arroparse con esta condición. Renuncia el beneficiario a la percepción de los frutos

21 *Vid.* artículos 13 y 14 de la Ley uruguaya de fideicomisos. La propia ley uruguaya habilita al fideicomitente a reservarse la facultad de sustituir al fiduciario cuando lo considere prudente. Particular de más dudosa aplicación cuando se trata de un fideicomiso constituido por testamento, si bien cabe la posibilidad *v.gr.*, de que el testador le atribuya tal facultad al albacea nombrado en el testamento. También el Código de Comercio de Honduras en su artículo 1042 admite la posibilidad de designación de pluralidad de fiduciarios para que actúen de consuno, y la de designación al único fiduciario nombrado, de un sustituto, alternativa o sucesivamente. Esta misma facultad le viene atribuida al fideicomitente en el artículo 17.4 y 5 de la ley paraguaya de fideicomisos, enfatizándose en el apartado 4 que le compete al fideicomitente la determinación del orden de los fiduciarios en el supuesto de sustitución sucesiva y las condiciones o circunstancias por las que procedería la sustitución. La Ley de fideicomisos de Panamá también regula la posibilidad de sustitución al fiduciario en su artículo 21, pero en este precepto se prevé la designación de sustituto sucesivo, en tanto el legislador emplea la alocución “*para que reemplacen al fiduciario*”, para hacer referencia al o a los sustitutos nombrados. *Ergo*, el término reemplazo supone que el primer fiduciario aceptó el encargo y se comprometió con él durante un tiempo hasta que resultó reemplazado. La propia norma franquea la posibilidad de que el reemplazo se haga a instancia del fideicomitente o “*por la persona a quien este haya autorizado para hacer el reemplazo o el nombramiento*”, pero en tal caso exige el cumplimiento de las mismas formalidades que se tuvieron en cuenta cuando se otorgó el instrumento del fideicomiso, particular poco propicio para un fideicomiso constituido por testamento, en el que si el testador constituyente delegara tal facultad en el albacea, el nuevo nombramiento no podría nunca estar revestido de las solemnidades tenidas en consideración al momento de la constitución del fideicomiso, pues el albacea no podría recurrir a un testamento y el constituyente ya fallecido, no lo podría hacer. El Código de Comercio de Costa Rica también prevé reglas sobre la sustitución del fiduciario en su artículo 639. El artículo 25 de la Ley sobre el contrato de fideicomiso de Nicaragua también regula la facultad del fideicomitente de designar sustitutos, eso sí, para el único fiduciario designado, determinando igualmente el fideicomitente el orden de las sustituciones y las condiciones que han de operar para que estas procedan. Facultad que también permite la ley que el fideicomitente delegue en un tercero, e incluso en el fiduciario primeramente designado, salvo que el cese de sus funciones se deba a remoción (*vid.* segundo párrafo del mencionado artículo). La Ley paraguaya de fideicomiso regula en su artículo 23 la designación de sustitutos sucesivos del fiduciario, incluso con la particularidad de la rendición de cuentas que ha de hacer el fiduciario saliente al sustituto y la aceptación de este último, a través de notario público.

22 Así se dejó dicho en la conclusión 6 c) de la Comisión No. 6, dedicada al estudio del fideicomiso testamentario durante las XVII Jornadas de Derecho Civil de Argentina, ya citadas. *Vid. Congresos y jornadas...*, *cit.*, p. 192.

23 Tributan a este criterio la Ley de fideicomiso de Uruguay y la Ley de fideicomisos de Venezuela.

24 Así, el Código de Comercio de Honduras, el Código de Comercio de Costa Rica, el Código Civil de Colombia, la Ley general del sistema financiero y del sistema de seguros y orgánica de la superintendencia de bancas y seguros del Perú y el Código Civil de Ecuador.

25 Es la posición de la Ley sobre el contrato de fideicomiso de Nicaragua en su artículo 2º, en su quinto párrafo, al definir al fideicomisario y la Ley de negocios fiduciarios de Paraguay. Asimismo la del artículo 1226, primer párrafo, *in fine*, del Código de Comercio de Colombia.

civiles que hasta ese momento venía obteniendo como consecuencia del fideicomiso constituido. Eso sí, siempre cabría la designación de sustitutos, que actuarían como sustitutos vulgares. También es posible el nombramiento de sustitutos para el supuesto de que el beneficiario no llegare a existir en el caso de personas de existencia futura al momento de la designación, como podrían ser ciertas personas jurídicas, v.gr., una fundación, cuya constitución se ordena por causa de muerte o el *nasciturus*, dado que el fideicomiso se puede establecer a favor de personas inciertas, incluso más allá del momento de su designación, esto es al constituirse, siempre que alcancen certeza durante su existencia²⁶.

La condición de beneficiario (e igualmente la de fideicomisario), no está supeditada a su existencia física al momento de la muerte del fideicomitente, lo que sí trasciende es que exista al momento de la entrega de los bienes fideicomitidos a su favor, entrega que haría el fiduciario, o en caso de que no coincida

26 La Ley paraguaya sobre fideicomisos v.gr., establece que: "También es válido el negocio fiduciario cuando al momento de su celebración no exista el beneficiario o el fideicomisario, siempre que la existencia de éste sea posible y se realice dentro del término de su duración, de suerte que sus fines puedan tener plenos efectos" (artículo 32, tercer párrafo in fine). Aunque la Ley nicaragüense sobre el contrato de fideicomiso establece expresamente como uno de los requisitos la identificación de los sujetos del contrato (vid. artículo 14 a)), no deja de admitir que "Cuando se trate de beneficiarios futuros o de clases de beneficiarios, deberán expresarse las circunstancias suficientes para su identificación", de lo que se colige que cabe la posibilidad v.gr., de designar un concebido como beneficiario o un sujeto todavía no constituido como persona jurídica al momento de la designación, resultando necesario elementos de alcance general que permitan su identificación futura. Por su parte, el Código Civil ecuatoriano establece en su artículo 752 que "El fideicomisario puede ser persona que al tiempo de deferirse la propiedad fiduciaria no existe, pero cuya existencia se espera". La legislación peruana en su artículo 248 dispone que "Es válido el fideicomiso establecido en favor de personas indeterminadas que reúnan ciertas condiciones o requisitos, o del público en general, siempre que consten en el instrumento constitutivo las calidades exigibles para disfrutar de los beneficios del fideicomiso o las reglas para otorgarlos", sigue así los criterios enunciados por las demás legislaciones citadas. La Ley panameña sobre fideicomisos, con similar criterio que las anteriores, establece en su artículo 18 "La designación de uno o más beneficiarios no existentes, o una clase de beneficiarios determinables, producirá efectos siempre que uno o más de ellos lleguen a existir o a determinarse durante la vigencia del fideicomiso". En la doctrina venezolana sostiene el profesor MélichOrsini que "aun si el fideicomiso se constituyera por una causa donandi, nada impediría que sea constituido en favor de los hijos no concebidos de una persona que viva en el momento de la muerte del constituyente, siempre que el fruto de tal prevista concepción nazca antes de tal evento, pues por analogía con la situación de la institución testamentaria deben aplicarse al caso las previsiones de los artículos 17, 809, 840 y 1443 C.C., únicas prohibiciones, justificadas por la voluntad del legislador de asegurar que la libertad de comercio no se vea frustrada por maniobras tendientes a hacer renacer la propiedad vinculada del Antiguo Régimen". Vid. MélichOrsini, José, "El fideicomiso en Venezuela", en www.msinfo.info/default/.../BolACPS_2004_142_407-438.pdf, consultado el 28 de mayo del 2011, p. 420.

la figura del beneficiario con la del fideicomisario, que exista el primero al momento de percibir las rentas y ganancias deferidas a su favor por el fideicomitente. Así, cabría que el sustituto del fideicomisario no exista como persona al momento de la muerte del fideicomitente, en cambio, sí que será necesaria su existencia al sobrevenir el acontecimiento que lleva a que el sustituto reciba los bienes fideicomitidos. Le es dable al fideicomitente nombrarle también sustitutos al fideicomisario, pero en tal sentido, una buena parte de los ordenamientos jurídicos del continente proscriben la sustitución fideicomisaria, a cuyo tenor el fideicomisario tendría que conservar los bienes fideicomitidos a los fines de restituirlos al siguiente fideicomisario, tras sobrevenir su muerte. La sustitución fideicomisaria ha sido muy combatida, a tal punto que Napoleón la proscribió, bajo el argumento de que era el expediente perfecto para anquilosar la riqueza, pasándola a manos muertas, al vincularlas a ciertas estirpes familiares²⁷. La figura, sin embargo, sobrevivió a estos embates y en algunos códigos civiles como el colombiano, el chileno, el ecuatoriano, el venezolano y el español, entre otros,

27 Agudamente expone Vallet de Goytisolo, J. B., *Panorama...*, I *Fundamentos*, 1ª edición, Civitas, Madrid, 1982, p. 287, que "a Napoleón le interesó destruir toda la fuerza de los partidarios del *l'Ancienregimey*, por ende, de la nobleza territorial. De ahí que, el decreto de 25 de octubre-14 de noviembre de 1792 prohibiera absolutamente las sustituciones fideicomisarias para el futuro y anulara todas las anteriormente creadas que no se hubiesen abierto en dicha fecha. Se ha dicho que la Revolución trataba de facilitar la circulación de los bienes y de liberar la tierra de las limitaciones que entorpecían a los propietarios". Si bien, en realidad los verdaderos motivos eran políticos. En igual sentido apuntaba Portalis, dos siglos antes, que "Sin duda se hizo bien, a favor de la libertad de circulación y por el bien de la agricultura, en proscribir las substitutiones absurdas que subordinan el interés de la población viva al interés de la población fallecida, mediante las cuales, por la voluntad de la generación que no está más, la generación que existe se encuentra constantemente sacrificada a la que todavía no existe". Vid. Portalis, Jean-Étienne-Marie, *Discurso preliminar Código Civil francés*, Facultad de Derecho UBA- La Ley, 2004, p. 43. Los ecos de esta prohibición se hicieron sentir en algunos de los más notables jurisconsultos y legisladores del siglo XIX. Me refiero a Vélez Sarsfield que en la nota al artículo 3724 de su Código Civil expresó: "Esta sustitución es un obstáculo inmenso al desenvolvimiento de la riqueza a la mejora misma de las cosas dejadas por el testador. Tiene, lo que se creía una ventaja, la conservación de los bienes; pero para esto es preciso una inamovilidad estéril en lugar del movimiento que da la vida a los intereses económicos. La sustitución vulgar no tiene estos inconvenientes, pues no es más que una segunda institución para el caso que no tenga lugar la primera; no trastorna el orden de las sucesiones, ni tiene las propiedades inertes, ni el dominio en suspenso".

se ha mantenido vigente²⁸. No obstante, la posibilidad que franquea la sustitución fideicomisaria de existencia de un llamamiento múltiple, de la obligación de conservar y restituir y de la existencia de un orden sucesivo, esta última, nota característica y típica de esta sustitución, ya que de un modo natural lleva implícita la obligación de conservar, lo cual no es esencial en este tipo de sustitución²⁹, se sigue proscribiendo en los fideicomisos bancarios y de otro tipo, regulados en las legislaciones latinoamericanas, de modo que se ha erigido en una prohibición para estos fideicomisos³⁰, salvo en contadas legislaciones que admiten en su ordenamiento jurídico la sustitución fideicomisaria³¹ y que incluso ha llevado a cierto sector de la doctrina

28 Llama la atención la fundamentación que al respecto hace Andrés Bello en la exposición de motivos del Código Civil chileno: "Consérvase, pues, la sustitución fideicomisaria en este proyecto, aunque abolida en varios códigos modernos. Se ha reconocido en ella una emanación del derecho de propiedad, pues todo propietario parece tenerlo para imponer a sus liberalidades las limitaciones y condiciones que quiera. Pero admitido en toda su extensión este principio, pugnaría con el interés social, ya embarazando la circulación de los bienes, ya amortiguando aquella solicitud en conservarlos y mejorarlos, que tiene su más poderoso estímulo en la esperanza de un goce perpetuo, sin trabas, sin responsabilidades, y con la facultad de transferirlos libremente entre vivos y por causa de muerte; se admite, pues, el fideicomiso, pero se prohíben las sustituciones graduales, aun cuando no sean perpetuas, excepto bajo la forma del censo, en el que se ha comprendido por consiguiente todo lo relativo al orden de sucesión en las vinculaciones. En el censo mismo se han atenuado las especialidades que lo hacen perjudicial y odioso.

"Es una regla fundamental en este proyecto la que prohíbe dos o más usufructos o fideicomisos sucesivos, porque unos y otros embarazan la circulación y entibian el espíritu de conservación y mejora, que da vida y movimiento a la industria".

En efecto, el Código Civil chileno la regula en los artículos 1164 al 1166, el Código Civil colombiano, en sus artículos 1123 al 1125, el Código Civil ecuatoriano, en los artículos del 1191 al 1193, el Código Civil venezolano, en los artículos 963 y 964, el Código Civil español, en los artículos del 781 al 786.

29 Según sostiene Vallet de Goytisolo, al pasar revista a la doctrina científica precedente, entre ellos González Palomino y Roca Sastre. Para el maestro "en las sustituciones fideicomisarias el llamamiento múltiple y cronológicamente sucesivo es su nota esencial, y la indisponibilidad en perjuicio del sustituto, una característica natural que el disponente puede dispensar", de ahí la existencia de la sustitución fideicomisaria de residuo, cuando el testador habilita al fiduciario con un poder de disposición de los bienes fideicomitados. Vid. Vallet de Goytisolo, J. B., *Panorama...*, I, cit., p. 295.

30 Vid. artículo 9º a) de la Ley de fideicomisos de Uruguay, artículo 1230.2 del Código de Comercio de Colombia.

31 Vid. artículo 8º de la Ley venezolana sobre fideicomisos. La ley sobre el contrato de fideicomiso de Nicaragua, si bien prohíbe como regla la sustitución del fideicomisario a la muerte de éste, la admite por excepción en los casos "en que la sustitución se realice a favor de quienes estén vivos o concebidos ya, a la muerte del fideicomitente" (artículo 12º b)), al igual que el Código de Comercio de Costa Rica con una redacción casi idéntica en el artículo 661 b). La legislación peruana, por su parte, en el artículo 249 reafirma este criterio al estipular que "El fideicomiso puede constituirse en beneficio de varias personas que sucesivamente deban sustituirse, por la muerte de la anterior o por otro evento, siempre que la sustitución tenga lugar en favor de personas que existan cuando quede expedito el derecho del primer designado".

argentina a la defensa de la posibilidad de que renazca la sustitución prohibida, condenada por Napoleón a una "muerte civil", posición que copiaron fielmente algunos legisladores como Vélez Sarsfield³².

La discutida condición del fideicomisario como sucesor mortis causa del fideicomitente. En todo caso: ¿Herederero o legatario?

Delimitada la figura del fideicomisario como el destinatario final de los bienes fideicomitados, incluso de las rentas derivadas de su explotación por el fiduciario, en aquellos ordenamientos jurídicos en que no se distingue entre beneficiario y fideicomisario, no tengo la menor duda de que, a diferencia del sustituto fideicomisario, que tal y como he expresado algunas legislaciones lo admiten, nombrándosele un sustituto al primer fideicomisario, tras el fallecimiento de éste y siempre que ello opere dentro del plazo máximo que los ordenamientos jurídicos establecen para la duración del fideicomiso³³, el fideicomisario es un sucesor *mortis causa* del fideicomitente, tal y como ya fue expuesto en las XVII Jornadas de Derecho Civil de la Argentina, celebradas en el año 1999³⁴. A diferencia del fiduciario, en los fideicomisos simples (en concreto los bancarios), el fideicomitente pretende favorecer al beneficiario y al fideicomisario, precisamente en atención a ellos o a él, según el caso, es que se constituyen.

32 Vid. Fuentes, Juan A., "Fideicomiso testamentario y sustitución fideicomisaria", en JA 2001III945, Lexis Nro. 0003/008415, pp. 8 y ss.; Ferrer, Francisco A. M., "El fideicomiso testamentario y la flexibilización del derecho sucesorio", en JA 1999III1038, Lexis No. 0003/000069, pp. 4 y ss.; García de Ghigliano, Silvia y Lidia B. Hernández, "La sustitución fideicomisaria y el fideicomiso testamentario (El Código Civil y la ley 24.441)", en La Ley, 1997-A, 953, p. 9. Igualmente Iñigo, Delia B., "Sustitución fideicomisaria de remanente", en JA 1999III1049, Lexis No. 0003/000071, pasím, quien aboga por esta modalidad de la sustitución fideicomisaria.

33 El cual por regla general está en los treinta años, salvo los supuestos de excepción que las normas reconocen. Vid. artículo 4 c) de la ley argentina reguladora de los fideicomisos, artículo 1037.4 del Código de Comercio de Honduras, artículo 800 del Código Civil colombiano, artículo 661 c) del Código de Comercio de Costa Rica, artículo 33 b) de la Ley de fideicomisos de Uruguay, artículo 9º de la Ley de fideicomisos de Venezuela (en este caso se hace la salvedad de que el plazo máximo de treinta años opera en los fideicomisos constituidos a favor de una persona jurídica, lo que induce a pensar que si es a favor de una persona natural no es de aplicación tal plazo), artículo 12 c) de la Ley nicaragüense sobre el contrato de fideicomiso, artículo 9º.2 de la Ley paraguaya sobre fideicomiso.

El Código de Comercio de Colombia regula un plazo más breve que asciende a veinte años, salvo en los casos en que por excepción puede ser superior.

34 Así, conclusión 6 b) de la Comisión Nro. 6, ya referenciada. Vid. *Congresos y jornadas...*, cit., p. 192.

Al definir el fideicomiso testamentario Medina y Maderna Etchegaray apuntan que “es la disposición de última voluntad mediante la cual una persona (causante-fiduciante) transmite la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (sucesor fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designa en el testamento (beneficiario) y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al *sucesor beneficiario o al sucesor fideicomisario*”³⁵ (la cursiva es mía). El fideicomisario aunque recibe los bienes fideicomitidos del fiduciario, tras la liquidación de las deudas, y la explotación de tales bienes, trae causa del fideicomitente, si bien su posición se asemeja a la del legatario de parte alícuota, pues resulta ser el destinatario final de los bienes (es un beneficiario residual), pero liberándose del pago de las deudas hereditarias, lo cual no quiere decir que a los acreedores no le hayan sido satisfechos sus créditos, sino que tales créditos tuvieron que haberse pagado por el albacea con cargo al patrimonio hereditario, pues el patrimonio afecto al fideicomiso sólo responde de las deudas contraídas en ocasión de su propia explotación, pero es en el caudal hereditario donde los acreedores han de encontrar la satisfacción de sus créditos, por lo cual, nunca podrá constituirse un fideicomiso como mecanismo de defraudación de los intereses de los acreedores del causante, al menos el Derecho no lo respaldará.

No obstante, si fallece el fideicomisario antes de que le sean restituidos los bienes fideicomitidos, no transmitirá derecho alguno a sus respectivos causa habientes, y por el contrario, se abrirá paso a la sustitución prevista por el propio testador en el título constituyente del fideicomiso³⁶. Aún así, en materia de beneficiario, si el constituyente no lo ha prohibido, cabría la transmisibilidad *inter vivos* o *mortis causa* de su derecho, en tanto una vez fallecido el testador se entiende constituido el fideicomiso. Como aduce MélichOrsini “Los derechos del beneficiario nacen por el sólo hecho de la constitución del fideicomiso a

su favor, sin necesidad de que manifieste aceptación” (p.421). Tal es la fórmula empleada en este orden por algún ordenamiento jurídico³⁷.

A diferencia de la sustitución fideicomisaria, en el fideicomiso simple, el fenómeno sucesorio concluye en el fideicomisario que es el verdadero sucesor del testador.

La capacidad del fideicomisario para adquirir el fideicomiso

Si parto de la tesis de que el fideicomisario es un sucesor por causa de muerte, aun a título particular del fideicomitente, la capacidad del fideicomisario para adquirir el fideicomiso no solo será la general que reconocen los ordenamientos jurídicos, sino también la testamentifacio pasiva, o capacidad para suceder por testamento. El fideicomisario, al igual que el beneficiario, en los ordenamientos en que se distinguen tales sujetos, no pueden estar incursos en ninguna de las incapacidades para suceder, admitir lo contrario sería burlar las normas que vetan la aptitud sucesoria del designado. Quien está incurso en ellas, no será llamado, ni como heredero, ni como legatario, y tampoco como fideicomisario, en cualquier condición en la que pretendiere concurrir. La profesora Medina incardina los fideicomisos testamentarios en el ordenamiento jurídico argentino dentro de los principios de orden público sucesorio que han de ser respetados, entre los que incluye el régimen de incapacidades para suceder, a tal punto que su vulneración conllevaría a la nulidad absoluta del fideicomiso³⁸. A mi juicio, si el fideicomisario es incapaz para suceder, se abriría paso a la sustitución prevista por el fideicomitente, y de no existir sustitutos, los bienes fideicomitidos por testamento pasarían a los herederos del causante, sin que llegue a provocarse la nulidad del fideicomiso. Empero, este un tema abandonado en algunas de las legislaciones que regulan el fideicomiso, en tanto otras se limitan a exigir en el fideicomi-

35 Vid. Medina, Graciela y Horacio Maderna Etchegaray, “El fideicomiso testamentario en el Proyecto de Código Civil de 1999 (Su relación con la legítima y la protección de incapaces)”, en JA 1999-III-1067, Lexis No. 0003/000075, p. 3. Posición que ya sostenía Graciela Medina desde su artículo “Fideicomiso testamentario ¿Cómo evitar el fraude a la legítima, a los acreedores y a las incapacidades para suceder?”, en JA 1995III705, pp. 9-11 y que también defiende Pettigiani, Eduardo J., “La legítima del heredero menor de edad frente al fideicomiso constituido por testamento”, en JA 1999III1078, Lexis No. 0003/000077, p. 7.

36 Según dispone el artículo 775 del Código Civil ecuatoriano: “El fideicomisario que fallece antes de la restitución no transmite, por testamento o abintestato, derecho alguno sobre el fideicomiso, ni aún la simple expectativa, que pasa ipso jure al sustituto o sustitutos designados por el constituyente, si los hubiere”.

37 V.gr., en el Derecho argentino se establece en el artículo 3 de la legislación reguladora de los fideicomisos que “El derecho del beneficiario puede transmitirse por actos entre vivos o por causa de muerte, salvo disposición en contrario del fiduciario”, lo cual hace colegir que el beneficiario es titular del derecho a las rentas y demás frutos derivados de la explotación de los bienes fideicomitidos desde que se constituye el fideicomiso, en materia testamentaria, a partir de la apertura de la sucesión.

38 Vid. Medina, G., “Fideicomiso testamentario ¿Cómo evitar...”, cit., pp. 12 y 15. En tanto Orlandi, Olga E., “El interés familiar en el fideicomiso testamentario”, en JA 1999III1072, Lexis No. 0003/000076, p. 4, califica tal situación como un supuesto de nulidad relativa.

sario la capacidad de goce³⁹. Se exceptúan algunos ordenamientos que sí exigen del fideicomisario testamentario la capacidad para suceder⁴⁰.

El objeto del fideicomiso testamentario: ¿Una universalidad, una parte alícuota o bienes determinados?

Al constituir vía testamentaria un fideicomiso, el testador dispone de su propio patrimonio, sobre el cual va a formar un patrimonio de afectación, sustento mismo del fideicomiso. En tal sentido la pregunta que la doctrina científica se formula radica en precisar sobre qué recae ese objeto del fideicomiso ¿Cabe que sea una universalidad? ¿Tan sólo una parte alícuota? ¿Bienes concretamente determinados?

No es unánime en la doctrina admitir que se pueda disponer del patrimonio *in integrum* para la constitución de un fideicomiso por testamento. Sabemos que la existencia de un régimen legitimario, custodiado por normas de *iuscogens*, se erige en un obstáculo, sino insalvable, sí bien difícil de superar. No obstante, hoy día, a salvo las legítimas, y los derechos crediticios de los acreedores, el testador puede disponer de todos sus bienes y derechos, tangibles e intangibles para la constitución de un fideicomiso. Esta posición es rechazada por cierto sector de la doctrina argentina. Los profesores Medina y Maderna Etchegaray, al formularse esta pregunta, responden negativamente, a partir del contexto de su Derecho patrio. Las razones que aducen al respecto pueden sintetizarse en: a) la naturaleza real del dominio fiduciario, lo cual conlleva a que este se constituya sobre bienes determinados, que estén en el comercio, de modo que “De admitirse que se pudiera constituir sobre una

universalidad se produciría una situación de inseguridad jurídica, porque no se podría determinar cuál es el patrimonio de afectación o autónomo”(Medina & Maderna, 1999, p.4); b) la existencia de una prohibición legal al respecto, en tanto que el artículo 4 de la Ley No. 24441 establece que el fideicomiso se debe constituir sobre bienes determinados, individualizados, lo que excluye la constitución sobre una universalidad o sobre una parte alícuota de un patrimonio. No obstante, del análisis de este propio precepto que establece que “*En caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de la celebración del fideicomiso, constará la descripción de los requisitos y características que deben reunir los bienes*”, se sostiene por los autores que, de constituirse el fideicomiso por testamento “habrá que estar a la descripción y características que deben tener los bienes al momento de la muerte del causante, porque no hay que olvidar que este fideicomiso va a comenzar después de la muerte del testador. Así consideramos válida -por ejemplo- la constitución de un fideicomiso sobre todos los bienes inmuebles existentes a la muerte del causante, ya que en este caso se pueden perfectamente determinar” (Medina & Maderna, 1999, p.5). Por último, rematan su argumentación, en que si bien “no existe una norma expresa que diga que el fideicomiso testamentario debe estar constituido sobre bienes determinados, (...) esta condición surge de la aplicación al fideicomiso testamentario de las normas generales sobre sucesión y sobre el contrato de fideicomiso” (Medina & Maderna, 1999, p.5).

En la propia doctrina argentina, más dubitativa, -y diría yo permisiva-, es la posición de Améndola, partiendo de la complejidad que supondría dar en fideicomiso una herencia, en tanto comprometería la propia condición del heredero. Para ello hace referencia a que “Algunos autores se inclinan por considerar que la Ley 24.441 ha abierto la posibilidad de que las herencias universales sean objeto de un fideicomiso, especialmente por la posibilidad que otorga que los bienes no sean individualizados de no ser posible, sino que se brinden las características necesarias para hacerlo en el futuro. Asimismo también se tiene en cuenta que no se vería limitado el derecho del heredero sino que se lo somete a un cargo o un plazo y sólo se establece un coto al iter temporal en el que el derecho tiene vigencia y no a la aceptación que, como es bien sabido, adquiere carácter de irrevocable”(Améndola, 2008, p.4). Empero, al tomar partido evade una respuesta certera, de modo que “reconociendo que el tema es muy intrincado y posee muchas aristas, es que deberá estarse a cada fideicomiso sucesorio y

39 Vid. artículo 32, primer párrafo, de la Ley paraguaya sobre fideicomisos. Con alcance también general el artículo 1043, primer párrafo, del Código de Comercio de Honduras: “Pueden ser fideicomisarias las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica”. El resto ni tan siquiera hace alusión a la capacidad del fideicomisario.

40 Inclúyanse aquí la ley venezolana sobre fideicomisos que deja bien claro en su artículo 7º que “No puede constituirse fideicomiso que atribuya gratuitamente beneficios a persona incapaz para recibir por testamento o para adquirir por donación”; la nicaragüense sobre la materia, que en su artículo 20, tercer párrafo, dispone: “El incapaz para adquirir por donación o el incapaz de heredar, no podrán ser fideicomisarios de un fideicomiso testamentario, cuando los beneficios de éste deriven exclusivamente de la muerte del fideicomitente”; el Código de Comercio costarricense que en su artículo 635 *in fine* establece: “Las causales de indignidad que consagra el Código Civil se aplicarán al fideicomisario”, el Código de Comercio guatemalteco que en su artículo 767, segundo párrafo explicita: “El que no puede heredar por incapacidad o indignidad, no puede ser fideicomisario de un fideicomiso testamentario”.

analizar sus disposiciones en detalle a fin de evaluar si se viola alguna regla sobre las herencias universales y la designación de herederos”(Améndola, 2008, p.4).

La escribana Armella se inclina por la posibilidad de que objeto del fideicomiso testamentario lo puedan ser universalidades⁴¹, ello tras la modificación del artículo 2662 del Código Civil argentino por la Ley No. 24441, que habla de propiedad fiduciaria, expresión más vasta que dominio fiduciario. Razón por la cual pudiera incluso constituirse un fideicomiso sobre bienes que al tiempo de la redacción del testamento no estén en el patrimonio del testador, pero que sí lo estén al tiempo de la apertura del proceso sucesorio, ello al amparo del artículo 4 a) de la Ley No. 24441, que es de aplicación en los casos en que no sea posible la individualización de los bienes fideicomitados. “Consecuentemente los bienes pasibles de ser fideicomitados pueden ser una porción del patrimonio total del testador, representada en una suma de dinero en efectivo, un inmueble que genere un fruto civil periódico, títulos valores con rentas fijas o variables, acciones de cualquier empresa que generen dividendos, obligaciones negociables, etcétera” (Armella, 1995, p.215). No obstante, apoyada en la doctrina precedente, insiste en que ha de aclararse que objeto de los fideicomisos podrán ser “universalidades”, no así la universalidad como patrimonio total del testador (Armella, 1995, p.216).

Sin embargo, esta no es la posición que siempre prevalece en el Derecho comparado, donde en algunos ordenamientos jurídicos, sí se le da luz verde a la posibilidad de destinar toda la universalidad de bienes y derechos para la constitución por testamento del patrimonio fideicomitado. De ahí que, v.gr., en el Derecho uruguayo se deja esclarecido que “*El fideicomiso testamentario podrá recaer sobre toda la herencia o una cuota parte de la misma, o sobre bienes, derechos, universalidades de bienes, y demás relaciones jurídicas activas que compongan el patrimonio sucesorio*” (vid. artículo 5 de la ley de fideicomisos); en el Derecho panameño se explicita que: “*El fideicomiso puede ser constituido sobre bienes determinados o sobre todo o parte de un patrimonio*” (vid. artículo 3 de la ley de fideicomisos). En el Derecho colombiano su Código Civil establece que “*No puede constituirse fideicomiso sino sobre latotalidad de una herencia o sobre una cuotadeterminada de ella, o sobre uno o más cuerpos ciertos*”. Precepto que se reproduce en el artículo 749 del Código Civil ecuatoriano.

41 Posición que también defiende PETTIGIANI, E. J., “La legítima del heredero menor...”, cit., p. 13, en la primera conclusión a la que arriba en su trabajo.

Posibilidad de constituir fideicomisos por testamento y las normas de *iuscogens* protectoras de las legítimas

Quizás el tema que más ha movido a la doctrina latinoamericana en el estudio del fideicomiso testamentario en el de su “adaptación” y “acoplamiento” dentro de los sistemas legitimarios que regulan una buena parte de los ordenamientos jurídicos del continente ¿Cómo pueden convivir armónicamente los fideicomisos y las legítimas? ¿Cómo evitar las fricciones que entre ellos pudieran suscitarse? ¿Cabe gravar la cuota de la legítima a favor de legitimarios que requieren asistencia económica? ¿En aquellos países que cuentan con una ley especial sobre fideicomisos, la posibilidad de admitirlos, vía testamentaria, supone una derogación tácita de las normas que constituyen los guardianes de la intangibilidad cualitativa y cuantitativa de las legítimas? Una ojeada a la doctrina precedente nos dará la razón sobre lo polémico del tema.

En la doctrina argentina los debates han sido arduos y muy agudos, sobre todo en lo que concierne a si la ley reguladora de los fideicomisos ha derogado las normas que impiden poner gravamen alguno a las legítimas, o si es posible una interpretación sistémica del Derecho argentino que viabilice la concepción del fideicomiso como una de las excepciones a la intangibilidad de la legítima, cuando los beneficiarios del fideicomiso lo sean legitimarios menores de edad o incluso mayores de edad, pero con discapacidad o judicialmente incapacitados. Para Ferrero resulta coherente que si se admite, que otras normas legales anteriores a la Ley No. 24441 (como la leyes No. 14394 y No. 20798), que modificaron el régimen sucesorio, incorporando restricciones a la intangibilidad de la legítima, y tales restricciones se aceptan aun cuando, como en el caso del bien de familia o del derecho real de habitación viudal, puedan afectar a los herederos forzosos por un plazo mayor de diez años, no ve entonces “por qué no se acepta con igual lógica la restricción establecida por la Ley 24441, al fijar en treinta años el plazo máximo del fideicomiso, pretendiendo borrar lo que dispone la ley, siendo que además la misma ley especial no ha dispuesto que este instituto no puede afectar la legítima, y ha declarado derogada toda disposición que se oponga a sus normas (art. 97)” (Ferrer, 1999, p.7). A su juicio, “no puede restringirse el alcance de la ley invocando la normativa de una ley anterior, porque entonces se llega a invertir el principio de interpretación y a sostener que la ley anterior deroga a la posterior, lo que no es razonable. Ello implicaría reconocer a la tradición

la fuerza de detener la evolución del derecho. Con las mismas consideraciones que ahora se invocan contra la reforma de la ley 24441, también se habría negado validez a las reformas de las leyes 14394 y 20798, lo que no resulta admisible y carece de rigor lógico” (Ferrer, 1999, p.7).

De este modo, concluye el autor citado en “que cuando el fideicomiso tiende a proteger a un heredero forzoso incapaz o a toda la familia, y comprende bienes hereditarios que afectan la legítima, los herederos forzosos lesionados deberán soportar esta restricción, aunque el causante hubiese establecido el plazo máximo de duración (treinta años), o la condición resolutoria de que el incapaz fallezca o cese su incapacidad, pues se trata de una excepción más a la intangibilidad de la legítima, tal como en los casos del bien de familia o del derecho real de habitación del cónyuge superviviente.

No ocurrirá así en el caso de que el beneficiario o fideicomisario sea un tercero, en cuyo caso procederá la acción de reducción para que los bienes comprendidos en el fideicomiso se reduzcan a los límites de la porción disponible. El tercero podrá desinteresar a los herederos forzosos pagándoles el valor de los bienes de que han sido privados. La misma solución para el caso de que en lugar de un tercero, sea alguno de los herederos forzosos, no incapacitado (Ferrer, 1999, p.7).

Por su parte Lloveras, aunque de *iure condendo* aboga por la posibilidad de que el fideicomiso pueda gravar las legítimas, de *iure conducto* considera que el Derecho vigente en la Argentina no lo permitiría, de modo que:

Si el causante excede la porción disponible por las disposiciones atinentes al fideicomiso (...), no resulta posible en el sistema actual, legítimar o de otro modo inferir, por la razón que fuere, que es posible desconocer la legítima de los llamados, o que los legitimarios pueden ser silenciados, u obligados a esperar el cumplimiento de la condición o plazo del fideicomiso testamentario (...). Los jueces no podrán salvar el fideicomiso testamentario por mayores, mejores y distintas interpretaciones que se postulen, y esta invasión desde el fideicomiso testamentario al sistema de la legítima no encuentra respaldo en la ley (Lloveras, 1999, p.4).

También Fuentes se muestra partidario de la prevalencia de las normas imperativas protectoras de las legítimas frente a la figura del fideicomiso testamentario. En un perspicaz estudio sobre el tema sostiene la tesis de que la vigencia de las normas sobre las legítimas “importa una sensible limitación a las posibilidades con que cuenta el testador a la hora de constituir un fideicomiso” (1999, p.4). Ante la vulneración de tales disposiciones imperativas, le cabría a los herederos forzosos el ejercicio de las “acciones previstas para el resguardo de la intangibilidad de la porción legítima” (Fuentes, 1999, p.4). Si el beneficiario del fideicomiso fuere un tercero, ajeno a los legitimarios, pudiera resultar favorecido con “un monto superior a aquel del cual el testador podía disponer; circunstancia que dependerá del plazo fijado para la finalización del fideicomiso, o de que ocurra el hecho previsto como condición” (Fuentes, 1999, pp.4-5), supuesto para el que el autor sostiene, que los legitimarios afectados tendrían a su disposición la posibilidad de “elegir entre respetar las condiciones del fideicomiso, o entregar al beneficiario la porción disponible” (Fuentes, 1999, pp.4-5). Si el beneficiario del fideicomiso fuere un heredero legítimo, a juicio del propio autor, la solución sería también similar a la propuesta para el caso anterior, “sólo que en este debe interpretarse que el testador ha querido mejorar al heredero designado, de acuerdo a la facultad que le confiere el art. 3605 CC., motivo por el cual dicho heredero tendrá derecho a recibir su porción legítima más la disponible del testador” (Fuentes, 1999, pp.4-5). En el caso de que el testador al constituir el fideicomiso, designare fideicomisario a un tercero y beneficiario a un legítimo, éste igualmente podría cuestionar el fideicomiso argumentando que se ha violado la intangibilidad de su porción legítima, ya que no será él el destinatario final de los bienes fideicometidos, de los cuales no tiene ni la administración, en virtud de haberse confiado al fiduciario. Ante lo cual, el tercero fideicomisario, sólo podrá sostener, y deberá probar, que las rentas del fideicomiso cubren la porción legítima del heredero beneficiario, la cual en consecuencia, no resulta alterada. No obstante, de triunfar la postura del legítimo, caerán las cláusulas regulatorias del fideicomiso y deberá salvarse la legítima del heredero forzoso.

Para Fuentes (1999), a modo de epítome “la presencia de herederos forzosos, significa una importante limitación a las posibilidades de la autonomía de la voluntad del testador, al regular el fideicomiso, generándose un gran número de situaciones en las que

las cláusulas testamentarias ceden frente al carácter imperativo de ciertas normas de orden público” (p.6).

Medina (1995) defiende igual criterio, considerando que cualquier fideicomiso sobre la parte de la legítima será considerado nulo de pleno derecho, la existencia de herederos forzosos limita al testador fideicomitente la posibilidad de constituir un fideicomiso únicamente sobre la libre disposición. Permitir que el heredero forzoso reciba como pago de su legítima una propiedad fiduciaria supondría, según el criterio de la autora, el cual comparto, gravar la legítima con una carga o condición que vulneraría, a mi juicio, la intangibilidad cualitativa de la legítima (prohibida en el artículo 3598 del Código Civil argentino). De manera que “mientras exista un sistema de legítimas tan alto (...), la utilidad del fideicomiso por testamento será de muy escaso valor” (p.14).

También se adhiere a esta posición Améndola quien sostiene que “de ninguna manera podría verse afectada la porción de algún heredero forzoso por haberse constituido un fideicomiso testamentario, puesto que la llamada legítima hereditaria es norma de fondo, del Código Civil, y no podría ser afectada por una simple ley y menos aun por la voluntad de las partes” (Améndola, 1999, p.6). Con similar tesis Sarubo para quien “existiendo herederos forzosos el causante sólo podrá afectar bienes determinados a un fideicomiso en la medida que dichos bienes no excedan, en valor, a su porción disponible (Arts. 3601 y 3605 del C.C.). En caso de que la superaran, los herederos podrán demandar la reducción del legado que afecta a bienes fideicomitados” (Sarubo, 2000, p. 294).

Baca Martínez y Gonzalía (2005) también concluyen que la legítima es, en principio invulnerable, pero matizan como excepción el caso en que los beneficiarios o los fideicomisarios sean personas incapacitadas, supuesto en que se trataría “de una postergación temporal, razonable y justificada del goce de la legítima de los demás herederos, confiriéndole una prioridad a la situación del incapaz” (p.190).

Igualmente Armella sostiene, en principio, la prevalencia de las normas sobre las legítimas frente al fideicomiso testamentario, pero ofrece alternativas que permitan proteger a los legitimarios, sin que con ello se impida la constitución de un fideicomiso, incluso sobre bienes que forman parte de la legítima, sobre la base de la tesis de la excepción. De ese modo, se considera al fideicomiso como una excepción a la intangibilidad de la legítima, que solo se verá postergada

temporariamente en la partición de los bienes (artículo 3452 del Código Civil argentino)

En pos de metas superiores, como es, por ejemplo, la propia protección de los bienes fideicomitados que le correspondan al heredero incapaz. Todo ello siempre y cuando se involucre en él a todos los herederos legitimarios como fideicomisarios y no se pretenda beneficiar a través de esta figura a algunos de entre todos ellos, salvo imputación a la parte disponible o a terceros, existiendo herederos forzosos (Armella, 1999, p.245).

Para esta autora, sustentándose en otras excepciones establecidas en el Derecho argentino en materia de intangibilidad de la legítima, como el bien de familia, o la indivisión postcomunitaria, sería entonces posible establecer fideicomisos testamentarios, aplicando los plazos vigentes para las indivisiones postcomunitarias hereditarias de la Ley No. 14394 (de diez años), lo cual constituiría “una forma viable de armonización de las leyes, que tienen que ver con la postergación de la disponibilidad de los bienes del causante” (Armella, 1999, p.247). Para Armella, el hecho de que el legislador argentino no regulara una norma expresa que prohibiera gravar la legítima por medio del fideicomiso, no autoriza a defender que las normas sobre legítimas han sido derogadas por las reguladoras del fideicomiso testamentario, ya que se trata de normas de orden público

Pero sí es posible entender que la constitución del fideicomiso testamentario, incrementa la lista de posibles excepciones a la intangibilidad de la legítima, siempre y cuando responda a finalidades superiores, como la protección patrimonial de incapaces o de la familia misma, desplazándose de este supuesto el beneficio de terceros no legitimarios (Armella, 1999, p.249).

Sin embargo, no todos los ordenamientos jurídicos han dibujado la figura del fideicomiso al albur de las rígidas normas reguladoras de las legítimas, ancladas en el Derecho romano que impide fórmulas más dúctiles como los fideicomisos en función claramente tuitivas de menores de edad, pródigos, personas con discapacidad, con dependencia económica, etc., Así, v.gr., en el ordenamiento venezolano, que igualmente reconoce las legítimas, al regularse en el artículo 6º de la ley sobre la materia que “El fideicomiso puede constituirse sobre toda clase de bienes, salvo aquellos

que, conforme a la Ley, sean estrictamente personales a su titular”, se prevé incluso, una extensión de la legitimación del fideicomitente “para comprometer su patrimonio más allá de su muerte y en desmedro de las disposiciones legales sobre la legítima hereditaria (a favor del cónyuge e hijos) cuando se trate de proteger a herederos que sean incapaces (menores, entredichos o inhabilitados) en el momento de la apertura de su sucesión”(Mélích,1924, pp.418-419), según el dictado de los artículos 10 y 11 de la Ley de fideicomisos⁴², que incluye fórmulas atinadas como la de pagar, el fiduciario, cuando el fideicomiso recaiga sobre la porción de legítima destinada a un menor, con carácter semestral, las rentas que produzcan los bienes al progenitor que tenga el usufructo legal de estos.

Interesante es también el caso del Derecho peruano, que sin la laxitud del Derecho venezolano intenta ofrecer vías para proteger a menores o pródigos admitiéndose así gravar su legítima, siempre que estos sean a su vez los beneficiarios de los fideicomisos constituidos por testamento. Según nos refiere la profesora de la Fuente Hontañón, se regula de este modo la posibilidad de que el fideicomitente pueda constituir un fideicomiso sobre los bienes que toquen a la legítima de algunos de los herederos menores o incapaces, en beneficio de ellos mismos y mientras subsista la minoridad o la incapacidad. El legislador, en el párrafo tercero del artículo 2⁴⁴

42 Así, según el dictado del artículo 10: “No obstante, lo dispuesto en el Código Civil sobre la legítima (artículos 883 y ss.), el testador puede disponer la constitución de un fideicomiso respecto de la misma, o parte de ella, en favor de los herederos forzosos siempre que éstos hayan realizado reiteradamente actos de prodigalidad o se encuentren de tal manera insolventes que sus futuras adquisiciones se verían seriamente amenazadas. En tal caso, no obstante, lo dispuesto en el acto constitutivo, los herederos forzosos beneficiados tendrán derecho a percibir las rentas de los bienes fideicometidos, semestralmente.

“La constitución de fideicomiso sobre la legítima o parte de ella, no tiene efecto si a la muerte del testador los herederos forzosos han abandonado de modo permanente la vida pródiga o no se encuentran en el estado de insolvencia que dio origen a la disposición del testador; y en todo caso, termina el fideicomiso si ello ocurre con posterioridad.

“A la terminación del fideicomiso sobre la legítima o parte de ella, los bienes fideicometidos serán transferidos a los herederos forzosos o a los herederos de éstos”.

Artículo 11: “La constitución del fideicomiso en favor de incapaces por el tiempo de su incapacidad es válida, incluso respecto de la legítima de ellos. No obstante, en la medida en que los bienes fideicometidos comprendan la legítima de un menor, aun cuando el acto disponga otra cosa, el fiduciario pagará semestralmente, por lo menos, las rentas al padre o a la madre que tenga el usufructo legal de los bienes del hijo”.

“Los bienes fideicometidos que correspondan a la legítima del incapaz, deberán ser transferidos necesariamente a éste al cesar su incapacidad, o en cualquier otro caso de terminación del fideicomiso”.

Se fija exclusivamente en la incapacidad del pródigo que va a ser beneficiado con el fideicomiso, en cuanto le otorga al fideicomitente la posibilidad de calificarla él mismo sin mediación judicial. En este caso, el fideicomiso dispuesto dura hasta cinco años después del fallecimiento del causante, pero que podrá ser menor en el caso de que el presunto pródigo acredite ante el juez que tiene la capacidad necesaria para administrar sus bienes. En todo caso, será la empresa fiduciaria la que debe atender al mantenimiento del menor o del incapaz con cargo a las rentas o frutos del fideicomiso” (de la Fuente, 2008, p. 76).

Con todo, el tema toca a fondo porque pudiera entenderse que entran en colisión normas legales de un mismo ordenamiento jurídico (me refiero al artículo 244 ya citado en relación con el artículo 733 del Código Civil que recoge la intangibilidad cualitativa de la legítima, más que con respecto al artículo 723 que regula la intangibilidad cuantitativa de la legítima, al impedirse privarle a los legitimarios de su legítima, lo que no opera con la figura del fideicomiso). Como aduce la autora citada, “Para resolver esa antinomia debe aplicarse el principio de especialidad normativa, por lo que deberá preferirse la primera (se refiere a la legislación sobre fideicomiso). No ha habido una armonización de estos preceptos y hubiera sido preferible una nueva redacción de ambos artículos del Código civil”.

Similar a lo acontecido en Argentina, las normas sobre fideicomisos no han dejado clara la posición sobre las legítimas, si bien en el Derecho peruano, el artículo 244 resulta de mayor calado al establecer concretamente la fórmula para favorecer a los menores e incapaces. Según el dictado literal del segundo párrafo del mencionado precepto “*puede el fideicomitente constituir en fideicomiso los bienes que toquen a la legítima de alguno de sus herederos menores o incapaces, en beneficio de ellos mismos y mientras subsista la minoridad o la incapacidad*”. No obstante, el principio general de protección a los legitimarios queda regulado en el primer párrafo, cuando les faculta a “*exigir la devolución de los bienes fideicometidos por su causante a título de fideicomiso gratuito, en la parte que hubiere perjudicado sus legítimas. La empresa fiduciaria tiene la facultad de elegir, entre los bienes fideicometidos, aquéllos que han de ser objeto de la devolución*”. De todos modos aquí tampoco el tema es pacífico, y en todo caso debe entenderse que la ley reguladora de los fideicomisos ha establecido una excepción a la intangibilidad cualitativa de la legítima

que atiende móviles nobles y altruistas de menores e incapaces, que a la vez son los propios legitimarios. Entenderlo de otra manera, con pretensiones mayores como la derogación tácita del artículo 733 del Código Civil peruano, implicaría un verdadero dédalo jurídico para la doctrina científica.

Adempero, hay ordenamientos jurídicos en los que no existe brecha alguna, de tal manera que le resulta totalmente imposible al testador fideicomitente enervar el efecto nulificante de la normas imperativas que custodian las legítimas. Por supuesto se excluyen aquí ordenamientos como el mexicano, el costarricense, el hondureño, el guatemalteco, que no regulan la figura, por lo cual el fideicomiso tiene libre el mar para su travesía. V.gr., la ley de fideicomisos de Uruguay en su artículo 10 dispone que *“Los fideicomisos testamentarios no afectarán el carácter intangible de la legítima (artículo 894 del Código Civil), ni perjudicarán el derecho de los restantes asignatarios forzosos.*

“Si se vulnerara el derecho de los legitimarios (...) el asignatario forzoso cuyo derecho fuera lesionado podrá ejercer la acción de reforma de testamento conforme a los artículos 1006 y siguientes del Código Civil”.

Como ha expresado esencialmente la doctrina argentina, de *legeferenda*, la función social que pueden representar los fideicomisos constituidos por testamento en beneficio de personas con discapacidad, dependientes económicamente, menores o personas a las que, a tenor del artículo 12º de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad requieran medidas de apoyo, urge una sintonía entre el Derecho regulador de las legítimas y el que reconoce los fideicomisos. No tiene sentido en un ordenamiento v.gr., como el argentino con una legítima tan larga de cuatro quintas partes del caudal hereditario (si existen descendientes), que el testador pueda disponer para la constitución de un fideicomiso, tan sólo de un quinto de su haber patrimonial. La legítima que hoy día se ha de imponer ha de tener una función asistencial⁴³ y en tal

orden su pago a través de fideicomisos resulta una vía plausible, dado que el legitimario tendría a su favor una fuente periódica con la cual pueda sustentar sus más apremiantes apetencias de contenido patrimonial, sin el riesgo de que por su inexperiencia o la de su representante, el patrimonio quede agotado en un período excesivamente breve.

El fideicomiso testamentario y los acreedores del testador y del fiduciario: La teoría del patrimonio afecto a un fin

De constituirse un fideicomiso por testamento, queda claro que los acreedores del testador tienen prelación para la satisfacción de su crédito, en tanto el patrimonio fideicomitado responderá del pasivo resultante de la propia gestión que a tal fin haga el fiduciario. *A contrario sensu* los acreedores del fiduciario ninguna acción podrán ejercitar contra dicho patrimonio que quedará a salvo de cualquier pretensión crediticia de éstos. Coincide la doctrina en que uno de los elementos que caracterizan al fideicomiso lo es la creación de un patrimonio de afectación o autónomo, separado del patrimonio del fideicomitente, del fiduciario y del de los beneficiarios⁴⁴. En el Derecho

44 Y esto es un elemento que lo identifica con el trust anglosajón, en el que “los bienes objeto del trust no se integran en el patrimonio del trustee, con lo cual en caso de separación matrimonial, quiebra o muerte del trustee esos bienes no entran a formar parte ni de los bienes afectados por el régimen económico del matrimonio, ni de la masa patrimonial a ser distribuida entre sus acreedores ni de la masa hereditaria del trustee”. A diferencia de la fiducia pura, en la que “el fiduciante no puede recobrar sus bienes puesto que se ha despojado de su derecho real sobre ellos. Incluso, los acreedores del fiduciario pueden ir también contra esos bienes, con lo cual en caso de quiebra del fiduciario, el fiduciante no puede separar los bienes transferidos de la masa de la quiebra, quedando el fiduciante como un simple acreedor más”. Así, Cámara Lapuentecit. pos, Castellanos Ruiz, Esperanza, “El trust en el Derecho sucesorio español”, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, No. 704, noviembre-diciembre 2007, p. 2439.

43 Sobre el tema vid. Córdoba, Marcos M., “Utilidad social de la sucesión – asistencia – mejora específica”, en El Derecho de Sucesiones en Iberoamérica. Tensiones y retos”, Leonardo B. Pérez Gallardo (coordinador), Temis, Ubijus, Reus, Zavalia, Bogotá, México D.F., Madrid, Buenos Aires, 2010, pp. 155-167 y Pérez Gallardo, Leonardo B., “Legítima y discapacidad. Una relectura de los requisitos exigidos ex lege para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial. Breves acotaciones a tono con el artículo 12.5 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en Revista de Derecho de Familia, No. 49, año XII, Madrid, 4º trimestre 2010, pp. 269-294, también en la Revista Ius del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, No. 26, año IV, julio-diciembre 2010, pp. 7-38.

comparado es la posición que prevalece⁴⁵. Desde el Derecho venezolano se aduce, con franco apoyo de la norma

De que los bienes (cosas corporales o incorpóras) transferidos al fiduciario por el fideicomitente en plena propiedad forman un 'patrimonio separado', afectado de manera exclusiva al cumplimiento de las obligaciones que tiene el fiduciario en favor del beneficiario, por lo que los elementos de tal 'patrimonio de afectación' –como también se lo llama– no pueden ser agredidos por terceros (o sea, por personas distintas del beneficiario) que pudieran invocar contra el fiduciario otras acreencias, ni ser objeto de procedimientos colectivos⁴⁶.

45 Así además lo establecen textualmente el artículo 6, primer párrafo, de la Ley uruguaya de fideicomisos, el artículo 241, segundo párrafo, de la ley peruana que regula los fideicomisos y el artículo 5, primer párrafo, de la ley nicaragüense sobre el contrato de fideicomiso. El artículo 634 in fine del Código de Comercio de Costa Rica también lo regula de este modo, al disponer que "Los bienes fideicometidos constituirán un patrimonio autónomo apartado para los propósitos del fideicomiso". Por su parte la ley paraguaya sobre fideicomiso deja esclarecido que "Para todos los efectos legales, en el fideicomiso la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitados da lugar a la formación de un patrimonio autónomo o especial, el cual queda afectado al cumplimiento de la finalidad señalada por el fideicomitente en el acto constitutivo". Con similar postura el artículo 1233 del Código de Comercio de Colombia que establece: "Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitados deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo". No obstante en la ley uruguaya (artículo 7, segundo párrafo) se admite que si bien "Los acreedores del beneficiario no podrán perseguir los bienes fideicomitados mientras éstos se encuentran en el patrimonio del fiduciario", "podrán perseguir para la satisfacción de sus créditos los frutos que dichos bienes generen, pudiendo asimismo subrogarse en los derechos de aquél". En Ecuador, es la Ley de Mercado de Valores (reguladora del fideicomiso mercantil), la que en su artículo 109 regula exhaustivamente el patrimonio de afectación, a tal punto, que como en ningún otro ordenamiento jurídico, le atribuye personalidad jurídica. A tal fin, en el mencionado artículo se dispone: "Cada patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), está dotado de personalidad jurídica, siendo el fiduciario su representante legal (...).

"El patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), no es, ni podrá ser considerado como una sociedad civil o mercantil, sino únicamente como una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario, en atención a las instrucciones señaladas en el contrato".

46 Vid. MélichOrsini, J., "El fideicomiso...", cit., p. 414, quien invoca el artículo 2º de la Ley de fideicomisos de su país, a cuyo tenor: "Los bienes transferidos y los que sustituyan a éstos, no pertenecen a la prenda común de los acreedores del fiduciario. Salvo que la Ley disponga otra cosa, éste solo estará sujeto a cumplir con dichos bienes las obligaciones que derivan del fideicomiso o de su realización, y podrá oponerse a toda medida preventiva o de ejecución dictada a solicitud de acreedores que procedan en virtud de créditos que no deriven del fideicomiso o de su realización".

Se sostiene además que "La teoría de los patrimonios separados, que no subsume la idea de patrimonio en la de personalidad jurídica, excluye las notas de inalienabilidad e indivisibilidad con que (...) se caracteriza el concepto de patrimonio"(Mélich, 1924, p.414).

En la doctrina argentina también Armella, amparada en la legislación de su país, defiende esta tesis,

El fideicomiso puede constituirse con relación a un solo bien, a varios o teniendo por objeto universalidades, lo que genera un patrimonio de afectación, esto es, que separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante (art. 14), queda exento de la posible agresión singular o colectiva de los acreedores del fiduciario o del fiduciante, salvo, en este último caso, de la acción revocatoria o pauliana (art. 15)" (Armella, 1999, p.217)

Patrimonio "que será oponible a terceros registrales luego de su inscripción cuando se trate de bienes de esta categoría" (Armella, 1999, p.220).

Lo que reitero, sí que no le es dable al fideicomitente testador es constituir un fideicomiso para burlar los derechos de sus acreedores. En todo caso, estará en pie el patrimonio del testador para hacer frente a tales derechos de crédito.

La colación y los bienes fideicomitados por actos *inter vivos*

Aunque es un tema poco tratado en la doctrina y tampoco recogido en casi ninguna legislación sobre fideicomiso, resulta interesante precisar si son colacionables, o no, los bienes fideicomitados que un legitimario (o heredero forzoso como también se le llama en Latinoamérica) haya recibido del causante a título de liberalidad. Esto es, si el causante constituyó el fideicomiso por acto *inter vivos*, a título lucrativo, ha de entenderse, en principio, que dicha liberalidad es colacionable⁴⁷, a menos que el propio fideicomitente en el título constitutivo o en acto posterior, como el testamento, dispense al legitimario de la obligación de colacionar, imputándose entonces los

47 Criterio que comparte en la doctrina argentina Medina, G., "Fideicomiso testamentario ¿Cómo evitar...?", cit., p. 17.

bienes fideicomitidos con cargo a la parte de libre disposición. En tal supuesto cabría preguntarnos qué valor es el que hay que tener en cuenta sobre los bienes objeto de colación, si el que tenían estos al momento de constituirse el fideicomiso, el que tenían a la muerte del causante, o aquel al momento de practicarse las operaciones particionales, pues no es uniforme el criterio adoptado por los ordenamientos jurídicos que en todo caso tratan de evitar con ello los efectos nocivos del nominalismo en una deuda de valor. Téngase en cuenta que la colación que prevalece es la colación por imputación o deducción, con la cual se intenta precaver los efectos colapsantes que para la seguridad del tráfico jurídico, tendría una colación *in natura*.

No obstante, a mi juicio y a los efectos de lograr la igualdad entre los legitimarios que es el verdadero fundamento de la colación⁴⁸, sería plausible que se actualizaran los valores de los bienes objeto de colación, de modo que pudiera ser muy conveniente que al colacionar los bienes fideicomitidos se tuvieran en cuenta el valor actual y no el que tenía al momento de la constitución del fideicomiso, a fin de cuentas la partición se hace en tiempo presente con los valores actualizados de los bienes y derechos que constituyen el relicto repartible entre los herederos, motivo por el cual sería atendible tal actualización a los efectos de una justa compensación entre colegitimarios.

En tal sentido solo la Ley sobre fideicomisos de Uruguay dedica un precepto a la colación. Según el tercer párrafo de su artículo 10: *“El heredero forzoso que fuera beneficiario de un fideicomiso por acto entre vivos deberá colacionar el valor de los bienes que le hayan sido transmitidos por fideicomiso, excepto en caso de haber sido dispensado de colación (artículos 1100 y siguientes del Código Civil). Respecto de los frutos rige el artículo 1111 del Código Civil”*⁴⁹.

48 Según el maestro Albaladejo, en ordenamientos como el español donde la colación es por imputación o deducción, esto es, *tantum minus accipiendo*, con ella se “igualar dando menos ahora al que se dio ya antes”. Vid. ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil V – Derecho de Sucesiones*, vol. 1º - *Parte general*, Bosch, Barcelona, 1979, p. 411.

49 A cuyo tenor (artículo 1111): “Los frutos e intereses de los bienes sujetos a colación no se deben a la masa sino desde el día en que se abrió la sucesión. Para regularlos se atenderá a las rentas e intereses de los bienes hereditarios y de la misma especie que los donados”.

El fideicomiso testamentario y la protección a las personas con discapacidad, con dependencia económica y a los menores. La planificación hereditaria. Valoraciones de iure condicto

La figura del fideicomiso, ya sea constituido este por acto inter vivos o mortis causa puede resultar idónea para la protección de personas con discapacidad o dependencia económica, así como también para menores, al rentabilizarse un patrimonio en manos expertas como las de un banco que se dedique con regularidad a la administración de fideicomisos, de modo que los frutos civiles que rinda el patrimonio fideicomitado le reportarán una verdadera utilidad en el orden patrimonial al beneficiario, máxime cuando su discapacidad o minoridad no le favorecen a procurarse tales ganancias. Como expresa el profesor Mélich Orsini “El fideicomiso testamentario permitirá al testador colocar los bienes dejados a hijos menores o a una esposa inexperta, que bien pudiera llegar a contraer nuevas nupcias con algún nuevo marido que arriesgue la dilapidación de ese patrimonio familiar, en manos de una confiable institución financiera que sepa colocar acertadamente tales bienes y asegurarle a los beneficiarios designados por el testador una renta suficiente y estable” (Mélich, 1924, p.436).

Orlandi, en el contexto argentino, cita ejemplos en los que la constitución de un fideicomiso por testamento se convierte en una verdadera herramienta de protección al interés familiar, así v.gr., si el causante no tuviere legitimarios y deseara beneficiar a menores de edad, por temora que sus padres disfruten del usufructo de los bienes que quisiera atribuirles a título de herencia o de legado, al poder estos últimos mal administrarlos o, eventualmente, poner en peligro el capital de los menores, una fórmula atinada lo fuera constituir fideicomiso para que el fiduciario conservare los bienes y los entregare a los menores cuando hubieren cumplido la mayoría de edad. Presupuesto que también puede operar a favor de personas con discapacidad o pródigos, por citar algunos ejemplos (Orlandi, 1999, pp.8-10). En fin, que la posibilidad de emplear el fideicomiso como un instrumento útil para la administración y rentabilidad del patrimonio de personas que en razón de su discapacidad o minoridad no lo pueden hacer óptimamente, “confor-

ma una alternativa válida y eficaz. Aumenta su potencial, la certeza de que ese patrimonio se preserve evitando la agresión de terceros y a la vez la oportunidad de transferir el dominio fiduciario a los herederos testamentarios del fiduciante” (Lucero & Pozzi, 2010, p.118).

Con razón se ha abogado por considerar que la constitución de un fideicomiso a favor de un menor legítimo, debe ser entendido como una excepción a la intangibilidad de la legítima, ello bajo el argumento de que

La institución de la legítima no puede contraponerse al principio del interés del menor, por cuanto la primera atiende (...) a la protección de la familia, encarnada en la figura prevalente de los hijos, siendo esta precisamente la directiva a la que apunta la consagración como estándar de observación insoslayable de todo lo que apunta (*sic*) a la vigencia efectiva del interés del menor (Pettigiani, 1999, p.12).

Precisamente la doctrina argentina, que ha intentado buscar fórmulas de escape a las rígidas normas protectoras de la legítima a partir de una interpretación lata de la ley que regula el fideicomiso, sustenta

Que cuando el fideicomiso tiende a proteger a un heredero forzoso incapaz o a toda la familia, y comprende bienes hereditarios que afectan la legítima, los herederos forzosos lesionados deberán soportar esta restricción, aunque el causante hubiese establecido el plazo máximo de duración (treinta años), o la condición resolutoria de que el incapaz fallezca o cese su incapacidad, pues se trata de una excepción más a la intangibilidad de la legítima, tal como en los casos del bien de familia o del derecho real de habitación del cónyuge supérstite (Ferrer, 1999, p.7).

Es interesante en este sentido la posición del Derecho peruano. En efecto, la ley que regula el fideicomiso en el Perú admite en su artículo 244 que el fideicomitente pueda constituir:

En fideicomiso los bienes que toquen a la legítima de alguno de sus herederos menores o incapaces, en beneficio de ellos mismos y mientras subsista la minoridad o la incapacidad.

La prodigalidad se califica por el propio constituyente del fideicomiso. En este caso, el fideicomiso dura hasta cinco (5) años después del fallecimiento del causante, salvo que el presunto pródigo acredite ante el juez especializado estar capacitado para administrar sus bienes.

La empresa fiduciaria, en todo caso, debe atender al mantenimiento del menor o del incapaz, con cargo a las rentas o frutos del fideicomiso. (Ley de Fideicomiso, art. 244)

En aras también de la protección de menores e incapaces se admite incluso gravar la legítima en el Derecho venezolano. Conforme con el artículo 11 de la ley reguladora de los fideicomisos en este país:

“La constitución de fideicomisos en favor de incapaces por el tiempo de su incapacidad es válida, incluso respecto de la legítima de ellos, no obstante, en la medida en que los bienes fideicometidos comprendan la legítima de un menor, aun cuando el acto constitutivo disponga otra cosa, el fiduciario pagará semestralmente, por lo menos, las rentas al padre o a la madre que tenga el usufructo legal de los bienes del hijo.

“Los bienes fideicometidos que correspondan a la legítima del incapaz, deberán ser transferidos necesariamente a éste al cesar su incapacidad, o en cualquier otro caso de determinación del fideicomiso”.

También se prevé por algunas de las normas reguladoras de los fideicomisos, ya sea constituido *inter vivos* o *mortis causa*, como la paraguaya, aun por vía de excepción, la posibilidad de que el fideicomiso se extienda más allá del límite legal de 30 años previsto *ex lege* cuando el beneficiario sea una persona

incapaz (*vid.* artículo 9.2), la argentina, ya citada, que igualmente establece que la duración también de 30 años tendrá como excepción “*que el beneficiario fuere un incapaz, caso en el que podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad*” (es dable aclarar que ambas normas no aluden expresamente en este caso a un fideicomiso sobre la cuota legitimaria). Similar posición asume el Código de Comercio de Colombia, que permite una duración superior a los 20 años (límite legal), cuando el beneficiario lo es una persona incapacitada (artículo 1230.3 *in fine*).

CONCLUSIONES

De cuanto he venido exponiendo y a modo de síntesis cabe colegir que la figura del fideicomiso ha tenido recepción en una buena parte de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, en algunos casos a través de normas especiales, en otros (los menos) por conducto de códigos civiles y mercantiles.

La constitución de un fideicomiso por testamento lleva implícita una ruptura en la idea clásica de sustitución, subentrada o sucesión propiamente dicha, como cambio meramente subjetivo en una relación jurídica. El fiduciario, no es un heredero del causante, ni un legatario, ni ocupará exactamente el lugar que tenía el causante, no adquirirá la titularidad real sobre los bienes fideicomitados, tan solo tendrá una titularidad formal o fiduciaria, con el deber de entregarlos al fideicomisario al vencer el plazo resolutorio impuesto por el testador, a la vez que su misión será rentabilizar los bienes fideicomitados para que produzcan frutos civiles de los cuales se favorecerá el beneficiario o el fideicomisario (de coincidir ambas figuras en él). En este tipo de fideicomiso, es el fideicomisario, o el beneficiario,

según la regulación de cada ordenamiento jurídico, en quien ha pensado el testador como destinatarios de las rentas y del patrimonio fideicomitado.

De constituirse un fideicomiso por testamento, queda claro que los acreedores del testador tienen prelación para la satisfacción de su crédito, en tanto el patrimonio fideicomitado responderá del pasivo resultante de la propia gestión que a tal fin haga el fiduciario. *A contrario sensu* los acreedores del fiduciario ninguna acción podrán ejercitar contra dicho patrimonio que quedará a salvo de cualquier pretensión crediticia de éstos. Coincide la doctrina en que uno de los elementos que caracterizan al fideicomiso lo es la creación de un patrimonio de afectación o autónomo, separado del patrimonio del fideicomitente, del fiduciario y del de los beneficiarios. En el Derecho comparado es la posición que prevalece.

Por último, no cabe dudas que la figura del fideicomiso, ya sea constituido este por acto *inter vivos* o *mortis causa* puede resultar idónea para la protección de personas con discapacidad o dependencia económica, así como también para menores, al rentabilizarse un patrimonio en manos expertas como las de un banco que se dedique con regularidad a su administración, de modo que los frutos civiles que rinda el patrimonio fideicomitado le reportarán una verdadera utilidad en el orden patrimonial al beneficiario, máxime cuando su discapacidad o minoridad no le favorecen a procurarse tales ganancias. En todo caso el éxito de esta posibilidad depende en buena medida de la minoración del *quantum* de las legítimas y de que aún así minoradas, las normas que disciplinan su régimen jurídico sean compatibles con la constitución de los fideicomisos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Albaladejo, M. (1979). *Derecho Civil V – Derecho de Sucesiones*, vol. 1º - Parte general. Barcelona: Bosch.
- Améndola, M. A. (2008). Fideicomiso testamentario: Cuestiones controvertidas. *Revista Jurídica La Ley*, 2008-A (Tomo 2008-A), pp. 952-958.
- Armella, C.N. (1995). El fideicomiso constituido por testamento (Artículo 3 de la Ley 24.441). En J.M. Orelle, C.N. Armella & J. R. Causse (Edits.) *Financiamiento de la vivienda y de la construcción Ley 24441*, tomo I. Buenos Aires: Ad hoc.
- Assandri, M., Faraoni, F., & Murua, D. (1999). Fideicomiso testamentario y contrato posterior. *JA* 1999 III 1035, Lexis No. 0003/000068.
- Baca, E. & Gonzalia, M. (2005). Fideicomiso testamentario en el Derecho argentino, *Revista Notarial*, año 111, enero-abril 2005, (Nº 950) pp. 193-208.
- Cámara, S. (1996). *La fiducia sucesoria secreta*. Madrid: Dykinson.
- Castellanos, E. (2007). El trust en el Derecho sucesorio español. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, noviembre – diciembre 2007 (No. 704), pp.113 – 122.
- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su protocolo facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Recuperado el 13 de diciembre de 2006 en www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf.
- Código Civil de la República de Argentina, [C.C]. Número y año de la ley. Artículo(s) citado(s). Fecha de promulgación (país de origen) de 25 de septiembre de 1869, con jurisprudencia de la CJSN, edición a cargo de Luis F. P.
- Código Civil de la República de Chile de 14 de diciembre de 1855, con citas de jurisprudencia, anotaciones y concordancias, actualizada al 15 de enero del 2009, a cargo de Javier Barrientos Grandón, Legal Publishing, AbeledoPerrot, Editorial Jurídica Santiago de Chile.
- Código Civil de la República de Colombia. Ley No. 57 de 1887. Promulgado 26 de mayo de 1873 (Colombia).
- Código Civil de la República de Cuba. Ley Nº 59 de 1987. Promulgado 12 de abril de 1988, anotado y concordado con los ordenamientos cubano y español por Ángel Acedo Penco y Leonardo B. Pérez Gallardo, Dykison, Madrid.
- Código Civil de la República de Ecuador, con legislación conexas, concordancias y jurisprudencia, tomo I, actualizado a 1 de enero del 2007, editado por Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito.
- Código Civil del Reino de España de 6 de octubre de 1888, 24ª edición, Tecnos, Madrid, 2005; Código Civil de la República de Venezuela, reformado en julio de 1982, Editorial Panapo.
- Código Civil de la República Oriental del Uruguay sancionado en 1914, concordado, edición a cargo de Gustavo Ordoqui Castilla, Ediciones del Foro, Montevideo.
- Código de Comercio de Colombia, Colección Códigos básicos, edición de primer semestre de 2006, Legis editores, Bogotá.
- Código de Comercio de la República de Costa Rica. Ley No. 3484 de 1964. Promulgado el 30 de abril de 1964. Recuperado el 5 de mayo de 2011 en www.casadelosriscos.com/...codigos/52-codigo-de-comercio-de-costarica.
- Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, de 28 de enero de 1970, Editorial Librería Jurídica, Ciudad de Guatemala.
- Código de Comercio de Honduras. Nro. 14094 de 1988. Promulgado el 15 de septiembre de 1988. (Honduras). Recuperado el 5 de mayo

- de 2011 en www.honduraslegal.com/legislacion/comercio.htm
- Córdoba, M. (2010). Utilidad social de la sucesión – asistencia – mejora específica. En L. B. Pérez Gallardo (coordinador.). *El Derecho de Sucesiones en Iberoamérica, Tensiones y retos* (pp. 1- 397). Bogotá: Temis.
- Clusellas, E.G. (2010). Fideicomiso para la solución de problemas sucesorios. El fiduciario y sus restricciones. *Fiduciarios múltiples y la generación del condominio de indivisión forzosa. Cuadernos de Apuntes Notariales*, febrero 2010, (Nº 62), pp. 208-218.
- De la Fuente, R. (2008). El fideicomiso testamentario bancario: posibilidad de gravar la legítima como medio de protección del menor y del incapaz. *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*. 2008, (No. 9), pp.63-89.
- Ferrer, F. (1999). El fideicomiso testamentario y la flexibilización del derecho sucesorio, en JA 1999 III 1038, Lexis No. 0003/000069.
- Fuentes, J.A. (1999). El fideicomiso testamentario: carácter limitado de los alcances de su aplicación fáctica, en JA 1999 III 1044, Lexis No. 0003/000070.
- García, S. & Hernández, L. (1997). La sustitución fideicomisaria y el fideicomiso testamentario (El Código Civil y la ley 24.441), *Revista Jurídica La Ley*, (1997-A), p. 205.
- Heluani, M.M. (2011). El testamento y la protección jurídica de las incapaces. Recuperado el 5 de junio de 2011 en ecovirtual.uncu.edu.ar/investigacion/2002/Dis/Juridicas/60/R60.pdf
- Iñigo, D.B. (1999). Sustitución fideicomisaria de remanente, en JA 1999 III 1049, Lexis No. 0003/000071; “Fideicomiso y legítima”, en JA 2001 IV 924, Lexis No. 0003/008592.
- Kemelmajer, A. (1999). El fideicomiso sucesorio y la legítima en algunas decisiones jurisprudenciales, en JA 1999 III 1052, Lexis No. 0003/000072.
- Ley No. 24441 de 1994. “Financiamiento de la vivienda y la construcción”, de la República Argentina, sancionada el 22 de diciembre de 1994, promulgada el 9 de enero de 1995. Recuperado el 12 de mayo de 2011 en www.escribanosstafe2da.org.ar/.../05_Ley_24441_Financiamiento_de_la_Vivienda.doc,
- Ley de mercado de valores de Ecuador, Codificación, aprobada el 24 de enero del 2006, publicada en el Registro Oficial, Suplemento 215, de 22 de febrero del 2006.
- Ley No. 741 de 2010. Ley sobre el contrato de fideicomiso de la República de Nicaragua, publicada en La Gaceta – Diario Oficial, de 19 de enero del 2011.
- Ley No. 1 de 1984. Por la cual se regula el Fideicomiso en Panamá y se adoptan otras disposiciones”, publicada en la Gaceta Oficial, No. 19971 de 10 de enero de 1984. Recuperado el 12 de mayo de 2011 en http://www.lawyers-abogados.net/es/recursos/Panama/Panama_ley-1-1984-fideicomisos.htm,
- Ley No. 921 de 2001. De negocios fiduciarios aprobada el 6 de abril del 2001 y sancionada el 11 de julio del 2001. Recuperada el 24 de mayo de 2011 en www.controlunion.com.ar/leyes/fideicomisoparaguay.doc,
- Ley No. 26702 de 1996. Ley general del sistema financiero y del sistema de seguros y orgánica de la superintendencia de bancas y seguros, de la República del Perú, publicada el 9 de diciembre de 1996. Recuperada el 2 de junio de 2011 en www.minem.gob.pe/...Asuntos%20Financieros/TecFinL2_Ley%20Sistema%20Financiero.pdf
- Ley No. 17703 de 27 de 2003. Fideicomiso de la República Oriental del Uruguay, publicada en el Diario Oficial, No. 26375, de 4 de noviembre de 2003.

- Ley de fideicomisos de la República Bolivariana de Venezuela, de 26 de julio de 1956, publicada en Gaceta Oficial, No. 496, Extraordinaria, de 17 de agosto de 1956.
- Lloveras, N. (1999). Fideicomiso testamentario: ¿la voluntad dispone?, en JA 1999 III 1058, Lexis No. 0003/000073.
- Loyarte, D.(1999). Fideicomiso testamentario: instrumento eficaz para la protección de los 'concebidos' dentro o fuera del seno materno, en JA 1999 III 1064, Lexis No. 0003/000074.
- Lucero, R. A. & Pozzi, H. (2010). Fideicomiso de administración en miras de mejorar la calidad de vida, Revista del Instituto de Derecho e Integración, Colegio de escribanos de la provincia de Santa Fe, 2ª circunscripción, año 2, Nro. 4, pp. 77-100.
- Medina, G. (1995). Fideicomiso testamentario. ¿Cómo evitar el fraude a la legítima, a los acreedores y a las incapacidades para suceder?, en JA 1995 III. p .705.
- Medina, G. & Maderna, H. (1999). El fideicomiso testamentario en el Proyecto de Código Civil de 1999 (Su relación con la legítima y la protección de incapaces), en JA 1999-III-1067, Lexis No. 0003/000075.
- Morales, G. M & Suárez, R. (2011). El fideicomiso como alternativa de financiamiento en Cuba. Recuperado el 5 de junio de 2011 en www.finhabana.fcf.uh.cu/index.php?option=com_docman&task.
- Orlandi, O.E. (1999).El interés familiar en el fideicomiso testamentario, en JA 1999 III 1072, Lexis No. 0003/000076.
- Pérez, L.B. (2010).Legítima y discapacidad. Una relectura de los requisitos exigidos ex lege para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial. Breves acotaciones a tono con el artículo 12.5 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", en Revista de Derecho de Familia, No. 49, año XII, Madrid, 4º trimestre.
- Pettigiani, E. J. (1999). La legítima del heredero menor de edad frente al fideicomiso constituido por testamento, en JA 1999 III 1078, Lexis No. 0003/000077.
- Portalís, J.É. Marie. (2004). Discurso preliminar Código Civil francés, Facultad de Derecho UBA-La Ley: Buenos Aires.
- Sambrisi, E. A. (2008). Comentarios al libro de Úrsula Cristina Basset. Fideicomiso testamentario: una herramienta para la planificación hereditaria, Revista Jurídica La Ley 2008-F, (1432), pp.128-136.
- Sarubo, O.E. (2000). Fideicomiso testamentario, Revista Notarial, año 2000 (Nro. 935), pp.117-152.
- Vallet, J.B. (2006). Panorama del Derecho de Sucesiones, I Fundamentos, 1ª edición. Madrid: Civitas.