

8 de abril de 2022

**EL FIDEICOMISO IRREVOCABLE EN LA PLANIFICACIÓN SUCESORIA:
EL CASO “TONY”**

Una decisión reciente despeja dudas sobre el uso de fideicomisos irrevocables para la planificación patrimonial.

Si no fuera un caso judicial, bien podría ser una novela.

Antonio D. (“Tony” para los suyos) era un hombre de negocios y de holgada situación económica. Tenía un muy buen piso en un barrio caro de Buenos Aires, acciones en algunas sociedades y controlaba una muy rentable empresa agropecuaria.

Su primera mujer había muerto hacía unos años. Con ella había tenido tres hijos entre los que reinaba la mayor armonía.

En 2006, al cumplir sus setenta y siete años decidió desprenderse de la administración de sus bienes y planificar la manera en que éstos habrían de dividirse a su muerte.

Entonces decidió celebrar un *contrato de fideicomiso irrevocable* mediante el cual la propiedad de todos sus bienes pasaría a un fiduciario de su confianza, que se dedicaría a administrarlos. Tony continuaría disfrutando del uso y las rentas de esos bienes durante los años que le quedaban de vida; a su muerte, los bienes transferidos al fideicomiso (esto es, “fideicomitidos”) serían distribuidos en partes iguales entre sus tres hijos, *sus únicos herederos forzosos en ese momento*.

En términos amplios, bajo el contrato de fideicomiso, quien lo constituye transmite *irrevocablemente* la propiedad de uno o varios bienes a un fiduciario, que se obliga a ejercer esa propiedad en beneficio de otra u otras personas y, una vez cumplido el plazo del contrato o la condición a la que pueda estar sujeto, a transmitirla a quien se indique.

Los hijos de Tony estuvieron de acuerdo: se celebró el contrato ante un notario, los bienes se transfirieron *irrevocablemente* al fiduciario (en un conjunto que las partes llamaron ‘el Fideicomiso Tony’) –incluso se asentó la transferencia del inmueble en el Registro de la Propiedad– y todos felices.

El mismo día Tony firmó un testamento en el que disponía cómo habrían de distribuirse los bienes a su muerte (cuando el fideicomiso también se extinguiría). Sus hijos incluso aceptaron que uno de ellos recibiera algo más que los otros dos (en uso de la facultad que la ley da al testador de disponer libremente de un porcentaje de sus bienes).

Todo funcionó bien... hasta que el amor (¿el amor?) metió baza en el asunto. Tony decidió volver a casarse, con una tal Mercedes, que tenía un hijo de un matrimonio an-

terior. Y se casó nomás, *dos días después de celebrado el contrato de fideicomiso*.

Una idea comenzó a germinar en la cabeza de Tony (no sabemos si espontáneamente o con cierta ayuda de la interesada): aumentar los bienes que, a su muerte, irían a parar a poder de Mercedes.

No necesariamente en este orden, pero Tony modificó el testamento para que la mejora que había hecho a favor de uno de sus tres hijos pasara a beneficiar a su nueva mujer; luego adoptó como propio al hijo de ésta (¡de 47 años!) y también lo benefició en su testamento.

Pero el principal obstáculo para continuar por ese camino era el fideicomiso: en efecto, según lo dispone la ley, en virtud de ese contrato Tony *se había desprendido irrevocablemente de los bienes fideicomitados* y a su muerte, al extinguirse el fideicomiso, éstos pasarían a sus tres hijos. *Los bienes habían salido de su patrimonio*; por lo tanto, no podía testar sobre ellos ni computarlos para calcular la porción de su patrimonio sobre la que podría disponer libremente.

Entonces, en 2010, Tony se presentó ante los tribunales para decir que el fideicomiso que había firmado unos años atrás *era nulo*, porque violaba su derecho a testar libremente. Más aún: dijo que nunca “le aclararon” que mediante el fideicomiso *perdía la titularidad de los bienes fideicomisos*, que la transferencia de los bienes había sido definitiva ni que el fideicomiso era irrevocable.

Tony demandó a la fiduciaria y a sus tres hijos. Tan largo fue el pleito que durante su desarrollo Tony modificó varias veces su testamento (para incrementar los beneficios que, a su muerte, recaerían sobre Mercedes). Tony murió en 2017, antes de que el pleito terminara.

En marzo de 2021 el juez de primera instancia le dio la razón y declaró que el fideicomiso era nulo, por cuanto afectaba la porción legítima de los herederos de Tony y porque está prohibido contratar sobre herencias futuras. Pero el argumento principal del juez versó que, tratándose de un acto de última voluntad, *el fideicomiso era revocable*.

El 22 de marzo último la Cámara de Apelaciones¹ revocó la sentencia: ninguno de los argumentos de primera instancia era válido.

Los argumentos del tribunal sirven para sostener que constituir un fideicomiso irrevocable como medio de planificación patrimonial *es una herramienta legal en la Argentina y no entra en colisión con las normas sucesorias*.

La Cámara objetó que el juez de primera instancia hubiera considerado al fideicomiso como “un acto de última voluntad” (*y, por ende, revocable*), sólo por haber sido constituido simultáneamente con la firma del testamento de Tony. “Lo integró conceptualmente a un testamento”, criticó el tribunal de segunda instancia.

Según la Cámara “Dalmacio Vélez Sarsfield distinguió ya hace un siglo y medio entre los actos entre vivos, como son los contratos, y los opuso a las disposiciones de última voluntad, como son los testamentos. [...] El acto entre vivos crea o modifica relaciones jurídicas entre su autor y los terceros; el acto de última voluntad solo puede crear o modificar relaciones jurídicas entre los herederos del testador y los terceros: nunca las relaciones se establecen entre el autor del acto de última voluntad y los terceros por cuanto el difunto no puede ya ser sujeto de relaciones jurídicas”.

¹ In re “D., A.C.N. c. F.M.”, exp. 58704/2010; CNCiv (M) 7 marzo 2022; *EIDial.com* 5 abril 2022, AACAE

Continuó el tribunal: “La distinción entre actos entre vivos y [actos de] última voluntad tiene utilidad práctica en diversos aspectos de los negocios jurídicos. Así, por ejemplo, respecto del comienzo de [la] eficacia de cada tipo de actos: los de última voluntad solo producen efectos después del fallecimiento de su autor; los actos entre vivos tienen eficacia con independencia de ese evento”.

En este caso, como se dijo, el juez anterior entendió que el fideicomiso era un acto de última voluntad. Pero no era así: “una serie de razones impiden apreciar al ‘Fideicomiso Tony’ como una disposición de última voluntad, como si fuera un testamento o un fideicomiso testamentario”.

El fideicomiso testamentario, al que hizo referencia la Cámara, es algo distinto al fideicomiso constituido por Tony. En efecto, aquél, además de ser un acto de última voluntad (cuyos efectos, por lo tanto y como se dijo, nacen con la muerte de su creador), tiene por objeto designar a una persona para que a la muerte de quien lo constituye, reciba todos o parte de sus bienes para destinarlos a ciertos fines en beneficio de otras personas.

Entre las razones para no incluir al ‘fideicomiso Tony’ como acto de última voluntad, la Cámara señaló que “en primer lugar, no fue un acto esencialmente unilateral sino un verdadero contrato, que, como tal, involucró diversas partes”: Tony (el fiduciante), el fiduciario designado y los beneficiarios (los tres hijos de Tony).

La Cámara fue enfática: “Quedarse en la interpretación de que fue un acto de última voluntad complementario del testamento, como dice la sentencia, implicaría ignorar a las otras partes del contrato, además de soslayar que su entrada en vigor no estaba

limitada exclusivamente al fallecimiento del fiduciante”.

“Tampoco es correcto, para interpretar el acto como de última voluntad, hacer valer como surgida del ‘Fideicomiso Tony’ la cláusula de mejora del quinto disponible con la que había sido beneficiado uno de los tres hijos de Tony”.

Dicha mejora surgía en forma expresa del testamento redactado por Tony en mayo de 2006. Como cláusula podía ser revocada por el testador, y así lo fue años más tarde (para ir “acomodando” los intereses de Mercedes).

Ello, a ojos del tribunal, muestra la diferencia entre el contrato de fideicomiso, que por definición es *irrevocable*, y el testamento, que, como acto de última voluntad, sí lo es.

Aún cuando el fideicomiso hacía alguna referencia a las disposiciones del testamento, esa alusión no importaba “extender la irrevocabilidad del fideicomiso a esa disposición ajena al contrato y propia del testamento”.

“Además” agregó la Cámara, “la existencia del ‘Fideicomiso Tony’ no dependía del día en que falleciere el fiduciante, sino que el contrato comenzó a regir y producir efectos desde el mismo momento de su constitución”. (Entre esos efectos, subrayamos nosotros, estuvo la transferencia de dominio de los bienes fideicomitados a la fiduciaria designada en el contrato inscrita en el Registro de la Propiedad).

“Baste recordar, en este último aspecto, que el fiduciante [Tony] gozó de los importantes beneficios económicos de los bienes fideicomitados durante muchos años” y que además se produjo también la inscripción del

inmueble a nombre de la fiduciaria originaria.

La Cámara tomó como evidencia adicional de la separación conceptual existente entre un acto de última voluntad (*revocable*, como lo fue el testamento) y el contrato de fideicomiso, *irrevocable*, el hecho de que a partir de la celebración de este último “la actividad comercial vinculada al ‘Fideicomiso Tony’ involucró derechos de terceros. Sin ir más lejos, todas las cuestiones relativas a los contratos de arrendamientos y a la sociedad cuyas acciones se transfirieron a la fiduciaria fueron demostrativos de los efectos generados por el fideicomiso a partir de su constitución”.

El tribunal precisó “que la muerte configure un hecho con consecuencias jurídicas no significa que estemos ante una disposición de última voluntad”.

Por eso, la Cámara decidió considerar al contrato de fideicomiso como un *acto entre vivos*, donde la muerte de una de las partes es “un punto de referencia de ciertos efectos, como el término de un plazo incierto (lo que se denomina como ‘actos postergados hasta la muerte de una persona’ o ‘negocios con efectos post mortem’). Son actos entre vivos en los que el hecho de la muerte se inserta como condición de eficacia. Por ejemplo, es el caso del seguro sobre la vida de una persona: es un negocio entre vivos, aunque el mismo produzca efectos como consecuencia de la muerte del asegurado”.

En definitiva, dijo la Cámara, “estas distinciones autorizan a evaluar el ‘Fideicomiso Tony’ como un acto entre vivos. [...] La sentencia confundió el fideicomiso testamentario (disposición de última voluntad) con el fideicomiso con fines sucesorios (acto entre vivos). [El ‘Fideicomiso Tony’] no se trata de un acto de última voluntad. [...] Es un contrato entre vivos con fines sucesorios”.

Pero... ¿la calificación del fideicomiso como contrato entre vivos necesariamente le otorga validez?

Dijo el tribunal: “el fideicomiso es una figura flexible. Se adapta a variadas y complejas circunstancias. Puede concebirse como un recipiente al que cada uno puede ponerle un contenido. Basta transferir un bien con una finalidad para llenar ese continente con un contenido”.

Pero “*es necesario indagar en las relaciones jurídicas subyacentes*. Se trata de someterlo a la denominada “prueba ácida”: suprimir imaginariamente el contrato de fideicomiso y suponer la contratación directa del fiduciante con quienes resultan beneficiados. A través de este filtro se podrá saber si el fideicomiso se interpuso –o no– para evadir alguna prohibición”.

Pero “esta operación no es fácil de poner en práctica, puesto que esta especie de fideicomisos suelen ser complejos e intrincados. En el presente caso, el fiduciante transmitió a la fiduciaria el patrimonio que detentaba a la fecha de la firma del contrato de fideicomiso para que al momento de su fallecimiento se transfirieran dichos bienes a sus únicos y legítimos herederos forzosos”.

“Por consiguiente, *al momento de su constitución no hubo afectación de la legítima*, pues todos los legitimarios fueron designados beneficiarios”.

A diferencia de otros casos en los que se benefició a algunos herederos en detrimento de otros mediante fideicomisos (lo que llevó a la justicia a ordenar la reposición de los valores recibidos en exceso), el ‘Fideicomiso Tony’ “distribuyó la totalidad de los bienes entre la totalidad de los herederos forzosos, quienes los recibirían luego de la muerte del fiduciante”.

La Cámara tuvo en cuenta que la ley prohíbe realizar contratos sobre el total o una parte de una herencia futura. Pero en el caso, no se trataba de un fideicomiso testamentario (como dijo el primer juez) ni de una “promesa de herencia”, ni de un contrato referido a la sucesión de una persona viva ajena al contrato o basado en un derecho hereditario presuntivo o referido a una sucesión aun no abierta, sino de un contrato de fideicomiso con fines sucesorios.

La Cámara consideró que el contenido del contrato celebrado por Tony se asemejaba mucho a una partición y donación hecha por un ascendiente en favor de sus descendientes, “donde el padre hace la partición anticipada de sus propios bienes entre sus hijos”, como lo permite el Código Civil. En efecto: “[Tony] distribuyó el total de bienes que integraban su patrimonio aunque la transmisión a sus hijos quedó postergada para después de su muerte”. Esas “particiones por ascendiente” son actos válidos.

En estas situaciones, “los descendientes no asumen la calidad de herederos del ascendiente, sino la de donatarios, ya que no puede haber herederos de una persona todavía en vida; empero, el acto realizado traslada sus efectos jurídicos al momento posterior al deceso del ascendiente”.

“En otras palabras”, explicó la Cámara, “si quitáramos imaginariamente el contrato de fideicomiso, el acto principal allí contenido era válido [pues] nada impedía a [Tony] efectuar una donación lisa y llana a sus hijos con el agregado de una reserva de usufructo”.

Más (mucho más) aun: “de admitirse que el acto cuestionado tuvo por finalidad el propósito deliberado de excluir de su patrimonio esos bienes en consideración al próximo matrimonio que celebraría, *el acto*

igualmente sería válido” pues la transmisión que hizo Tony fue irrevocable.

Para concluir, “la libertad testamentaria debe ceder en los casos de convenciones sobre herencias futuras autorizadas por la ley” y “lo que el sujeto pierde como libertad testamentaria lo recupera como libertad contractual”.

“Por lo tanto, al no haberse comprobado ningún vicio al otorgarse [el fideicomiso irrevocable] aquella disposición voluntaria del propio [Tony] debe prevalecer, sin que sea posible desconocerla con posterioridad”.

“El contrato, interpretado así desde el principio de buena fe y la protección de la confianza, es vinculante. [...] En otras palabras, mal podría afirmarse que [Tony] conservaba hasta su muerte el derecho de disposición de esos bienes, pues ya se había desprendido de ellos en un acto voluntario y lícito anterior”.

Y, finalmente, las características del ‘Fideicomiso Tony’ “hacían poco creíble que un avezado empresario y hombre de negocios desconociera que el fideicomiso le privaba de la titularidad de sus bienes”.

Nuestro comentario: con buen tino la Cámara mantuvo la irrevocabilidad de un contrato que su titular había pactado. Los contratos obligan *como la ley misma*, y no había razón alguna para que Tony pudiera arrepentirse de lo pactado.

Lo ocurrido en primera instancia es consecuencia del pavor que tienen algunos jueces a lo que pueda parecerse a un pacto sobre la muerte de una persona. Y también a una inclinación natural a creer que los jueces hacen mejores contratos que los interesados.

El Filósofito, que nos lee en borrador, cree que el cambio de parecer de Tony acerca de

la irrevocabilidad de la transferencia de sus bienes se debe a que Verdi estaba equivocado. “¿Verdi?” “Sí, Verdi, cuando com-
puso aquello de *La donna è mobile qual piuma*

al vento. No sólo la mujer es cambiante, como una pluma al viento. El hombre también. Pero para evitarlo están los contratos”.

* * *

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a np@negri.com.ar.

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**