

TÍTULO: La protección de herederos con discapacidad mediante la figura del fideicomiso testamentario. Su uso para instrumentar la mejora estricta y la tutela testamentaria

AUTOR/ES: Merlo, Leandro M.

PUBLICACIÓN: Erreius on line

TOMO/BOLETÍN: -

PÁGINA: -

MES: Diciembre

AÑO: 2014

LEANDRO M. MERLO

LA PROTECCIÓN DE HEREDEROS CON DISCAPACIDAD MEDIANTE LA FIGURA DEL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO. SU USO PARA INSTRUMENTAR LA MEJORA ESTRICTA Y LA TUTELA TESTAMENTARIA

El 7/10/2014, el Poder Ejecutivo Nacional promulgó⁽¹⁾ la ley 26994, que aprueba el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyCo.), que entrará en vigencia a partir del 1/1/2016.

De las numerosas modificaciones que introduce en nuestro sistema vigente, en el presente trabajo nos enfocaremos en la protección de herederos incapaces o con discapacidad a través de dos figuras que pueden ser utilizadas por el testador: la mejora estricta y la tutela, instrumentadas a su vez mediante un fideicomiso testamentario.

Es una constante preocupación para los padres de personas discapacitadas o disminuidas en sus facultades quién cuidará de estas cuando ocurra el fallecimiento de las primeras en circunstancias en las que no existan otros familiares que queden a su cuidado o que, existiendo, no pudieran hacerse cargo de su atención.

En referencia a esta cuestión, el CCyCo. amplía las posibilidades de la ley por ahora vigente, ya que establece una reducción de las cuotas de legítimas

hereditarias, contempla específicamente la protección para los herederos discapacitados al legislar la mejora estricta a su favor y permite el uso del fideicomiso para implementar la tutela testamentaria.

Analizaremos estas cuestiones a continuación.

I - REDUCCIÓN DE LEGÍTIMAS

El CCyCo. mantiene como herederos forzosos o legitimarios a los descendientes, los ascendientes y el cónyuge, quienes *“tienen una porción legítima de la que no pueden ser privados por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito”* (art. 2444).

Las porciones legítimas sufren una reducción, ya que estas se establecen para los descendientes en dos tercios ($2/3$), para los ascendientes en un medio ($1/2$) y para el cónyuge en un medio ($1/2$) (art. 2445).

De tal modo, con relación al régimen vigente hasta diciembre de 2015, los descendientes ven reducida su legítima de cuatro quintos ($4/5$) a dos tercios ($2/3$) y los ascendientes de dos tercios ($2/3$) a un medio ($1/2$). El cónyuge supérstite conserva igual porción que en el régimen actual, esto es, un medio ($1/2$).

Si concurrieran solo descendientes o solo ascendientes, la porción disponible se calcula según las respectivas legítimas. En cambio, si concurriera el cónyuge con descendientes, la porción disponible se calcula según la legítima mayor (art. 2446).

Se mantiene la protección de la porción legítima ante cualquier gravamen o condición impuesta por el testador, ya que si así lo hiciera, ella se tendrá por no escrita (art. 2447). Salvo, claro, el especial supuesto de la mejora estricta que pasamos a analizar.

II - LA MEJORA A FAVOR DEL HEREDERO CON DISCAPACIDAD

El CCyCo. establece que *“El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio ($1/3$) de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social*

implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral" (art. 2448).

La nueva norma permite al causante que mejore a su heredero ascendiente o descendiente con discapacidad por cualquier medio.⁽²⁾

En esta oportunidad nos centraremos en el fideicomiso testamentario, opción que específicamente contempla la norma citada.

El término "discapacidad" empleado y descrito por la norma tiene una interpretación más amplia que si estuviera limitado a los "incapaces" en general, lo que implica, por un lado, que la función tuitiva de la norma alcanza muchas más situaciones de hecho, en un gran avance hacia la protección de las personas más vulnerables, aunque la vaguedad de la norma podría dar lugar a discusiones sobre su interpretación y alcance.

Si hubiera que estimar en cuánto podría beneficiarse al heredero (tanto descendiente como ascendiente) del causante, la hijuela que en la partición de la herencia le corresponderá podrá estar conformada, en su mayor extensión, por:

- a) la porción disponible de la herencia a título de mejora;
- b) adicionársele la cuota de mejora estricta con fundamento en su discapacidad, retraída ella de la porción legítima global que corresponda al concurrir con otros herederos;
- c) sumarle además su cuota de legítima individual, cuya medida estará dada de acuerdo con el modo de concurrencia con otros coherederos forzosos.

A título de ejemplo, si el causante tuviera un hijo que sufriera de alguna discapacidad, podrá este recibir por testamento, aun en concurrencia con otros herederos forzosos:

- * Toda la porción disponible (1/3) a título de mejora: 33,33% de la herencia.
- * La mejora estricta (1/3) calculada sobre la legítima global (2/3): 22,22% de la herencia.

Hasta aquí, podría asegurarse para el hijo con discapacidad un 55,55% de la herencia.

- * La legítima global restante (44,44%) se dividirá entre el hijo con discapacidad y su/s hermano/s y el cónyuge supérstite, variando el porcentaje final que se le

adjudique en función de cuántos forzosos concurren a recibir la legítima restante. Como hipótesis máxima, podrá recibir hasta un 77,77% de la herencia, si concurriera solamente con un hermano.

III - LA TUTELA TESTAMENTARIA

En los casos en que el heredero del causante fuera menor de edad, este puede prever además su protección mediante la figura de la tutela testamentaria, para que un guardador lo cuide, asista y proteja ante el fallecimiento de su/s progenitor/es.

El CCyCo. establece que la tutela *“está destinada a brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental...”* (art. 104).

Y ello ocurrirá si *“faltan los padres, o ambos son incapaces, o están privados de la responsabilidad parental, o suspendidos en su ejercicio”*, en cuyo caso su representante legal será el tutor que se les designe (art. 101).

Cabe mencionar que el CCyCo. modificó sustancialmente toda la terminología del Código Civil, llamándose ahora “responsabilidad parental” a la conocida “patria potestad”.

El nuevo ordenamiento legal establece que el tutor designado por los padres puede ser nombrado mediante testamento, sujeto a aprobación judicial (art. 106).

Esta tutela testamentaria igualmente debe ser discernida en sede judicial, ante el juez del lugar donde el niño, niña o adolescente tiene su centro de vida, quien deberá oírlo, se tendrán en cuenta sus manifestaciones en función de su edad y madurez, y se decidirá atendiendo primordialmente a su interés superior (arts. 112 y 113).

Con relación a la figura que propiciamos, el nuevo Código dispone que el juez puede autorizar que los bienes sean transmitidos en fideicomiso a una entidad autorizada para ofrecerse públicamente como fiduciario, siempre que el tutelado sea el beneficiario (art. 125).

Interpretamos que si el heredero es menor de edad y, por lo tanto, debe quedar sujeto a tutela a la muerte de su o sus progenitores, pero no padece de una discapacidad en los términos del artículo 2448, es decir, carece de *“una alteración*

funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”, no podrá acudir a la figura de la mejora estricta antes analizada, sino solamente a constituir un fideicomiso testamentario a fin de que los bienes que reciba de la herencia queden afectados a él y sean administrados por el fiduciario en favor del menor beneficiario.

Podría ocurrir que el heredero menor de edad a su vez padeciera de alguna discapacidad, en cuyo caso el fideicomiso testamentario debería contemplar los bienes equivalentes a la mejora estricta y la parte que además le corresponda a dicho heredero, sea a título de su cuota de legítima individual o de mejora imputable a la porción disponible.

En este último caso, el fideicomiso testamentario sería el instrumento común a todos aquellos institutos y transmisiones: mejora estricta, mejora sobre la disponible, cuota de legítima individual y tutela testamentaria.

IV - LA FIGURA DEL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO COMO INSTRUMENTO DE AMBOS INSTITUTOS

a) Formalidades a cumplir

Puede apreciarse que el nuevo Código contempla expresamente la posibilidad de recurrir a fideicomisos testamentarios a fin de proteger a herederos con discapacidad, tanto a través de la mejora estricta como de la tutela testamentaria.

Conviene entonces precisar brevemente las características, el alcance y los beneficios de esta valiosa figura.

El fideicomiso es un contrato complejo, mediante el cual una persona (fiduciante), con distintas finalidades, transmite a otra persona (fiduciario), recurriendo a su vez a otros negocios jurídicos, el dominio revocable y temporario de uno o más bienes determinados o a determinarse de su patrimonio, para que este último, en los términos del contrato y de acuerdo a sus finalidades, ejerza dicha propiedad en beneficio de la o las personas designadas (beneficiario/s), obligándose una vez cumplida la condición o el plazo establecido a restituir los bienes fideicomitados al fiduciante, al beneficiario o a un tercero (fideicomisario).⁽³⁾

El CCyCo. lo define así: *“Hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario”* (art. 1666).

Este contrato puede celebrarse entre vivos o a través de la modalidad testamentaria, a fin de planificar la transmisión de la herencia.⁽⁴⁾

En el supuesto que analizamos, la finalidad del causante no es planificar económicamente su herencia en el sentido de un mero reparto de bienes entre sus herederos, sino que tiene en miras asegurar la protección del heredero incapaz, mediante el cumplimiento de la mejora estricta o para asegurar su protección si este a su vez fuera sometido a tutela tras el fallecimiento de aquel.

Como puede apreciarse, el fideicomiso testamentario, que es aquel creado a través de una declaración de última voluntad y que tendrá validez una vez fallecido el causante, se erige como una formidable herramienta para aquel fin.

Esta figura tiene como objetivo que un heredero o un tercero designado administre los bienes fideicomitados en beneficio de determinada persona con la finalidad última de transmitirlos a este beneficiario o a otra persona.

El CCyCo. recoge algunas de las pautas y requisitos que establece la ley 24441, que perderá vigencia en diciembre de 2015.

De tal modo, el testador puede disponer un fideicomiso sobre toda la herencia, una parte indivisa o bienes determinados, y establecer instrucciones al heredero o legatario fiduciario. La constitución del fideicomiso no debe afectar la legítima de los herederos forzosos, excepto el caso de la mejora estricta a favor del heredero con discapacidad, supuesto que analizamos previamente (art. 2493).

En el artículo 1699 del CCyCo. se establecen las reglas aplicables al fideicomiso testamentario, que debe contener, al menos, las enunciaciones requeridas por el artículo 1667, y que son:

- a) La individualización de los bienes objeto del contrato. En caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de la celebración del fideicomiso, debe constar la descripción de los requisitos y características que deben reunir los bienes.

b) La determinación del modo en que otros bienes pueden ser incorporados al fideicomiso, en su caso.

c) El plazo o condición a que se sujeta la propiedad fiduciaria.

d) La identificación del beneficiario: que puede ser una persona humana o jurídica (o varias, quienes excepto disposición en contrario, se benefician por igual), que puede o pueden existir o no al tiempo del otorgamiento del contrato; en este último caso, deben constar los datos que permitan su individualización futura. Pueden ser beneficiarios el fiduciario o el fideicomisario.

Para el caso de no aceptación o renuncia de uno o más designados, o cuando uno u otros no llegan a existir, se puede establecer el derecho de acrecer de los demás o, en su caso, designar beneficiarios sustitutos.

Si ningún beneficiario acepta, todos renuncian o no llegan a existir, se entiende que el beneficiario es el fideicomisario. Si también el fideicomisario renuncia o no acepta, o si no llega a existir, el beneficiario debe ser el fiduciante.

El derecho del beneficiario, aunque no haya aceptado, puede transmitirse por actos entre vivos o por causa de muerte, excepto disposición en contrario del fiduciante. Si la muerte extingue el derecho del beneficiario designado, se aplican las reglas de los párrafos precedentes.

e) El destino de los bienes a la finalización del fideicomiso, con indicación del fideicomisario a quien deben transmitirse o la manera de determinarlo conforme con las reglas del artículo 1672.

f) Los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo, si cesa.

Respecto al plazo, el fideicomiso en principio no puede durar más de treinta años desde la celebración del contrato, excepto que el beneficiario sea una persona incapaz o con capacidad restringida, caso en el que puede durar hasta el cese de la incapacidad o de la restricción a su capacidad, o su muerte. Si se pacta un plazo superior, se reduce al tiempo máximo previsto (los treinta años, el cese de la incapacidad o de la restricción a su capacidad, o su muerte). Cumplidas estas circunstancias, cesa el fideicomiso y los bienes deben transmitirse por el fiduciario a quien se designa en el contrato. A falta de estipulación, deben transmitirse a los herederos del causante (art. 1668).

Debe tenerse en cuenta que nos estamos refiriendo a un fideicomiso testamentario, es decir, consignado como una cláusula del testamento, lo que técnicamente lo convierte en una disposición testamentaria.

Esta aclaración pretende prevenir la celebración de un contrato entre vivos con la finalidad de organizar la herencia del causante, ya que en tal sentido, el artículo 1670 del CCyCo. aclara que no pueden ser objeto del fideicomiso las herencias futuras. Por tal motivo, repetimos, sería nulo un fideicomiso celebrado intervivos pero teniendo en cuenta la herencia del fiduciante.

Con respecto al fideicomiso testamentario, además de los artículos citados, deberán tenerse en cuenta las pautas específicas del contrato de fideicomiso intervivos en cuanto sean compatibles. Ellas son:

El rol del fideicomisario, que es la persona a quien se transmite la propiedad al concluir el fideicomiso (art. 1672).

El rol del fiduciario, que puede ser cualquier persona humana o jurídica (art. 1673) y definir las pautas de su actuación (art. 1674).

Pautar la rendición de cuentas (arts. 1675 y 1676), el reembolso de gastos y la retribución del fiduciario (art. 1677).

Las causas de cesación del fiduciario (art. 1678) y su reemplazo (art. 1679).

Establecer un mecanismo que procure obtener el mayor valor posible de los bienes a fin de garantizar el cumplimiento de la finalidad buscada (art. 1680).

Pautar detalladamente las causales de extinción del fideicomiso (art. 1697) y sus efectos (art. 1698).

Las modalidades de aceptación de las funciones de beneficiario y de fideicomisario (art. 1681) estarán sujetas a la aceptación de la herencia que efectúen mediante sus representantes legales.⁽⁵⁾

b) Efectos del fideicomiso testamentario

Una vez que se produzca la aceptación de la herencia por parte del heredero incapaz, la posterior declaración de validez del testamento y la no objeción de la cláusula de mejora (o si habiendo sido impugnada, se hubiera declarado válida), dicho instituto tendrá total validez y comenzará a proyectar sus efectos.

Lo mismo ocurrirá una vez aprobado el testamento del causante y discernida la tutela testamentaria plasmada en aquel.

Una vez en funcionamiento el contrato de fideicomiso, sobre los bienes fideicomitidos se constituye una propiedad fiduciaria (art. 1682), que tendrá efectos frente a terceros desde el momento en que se cumplan los requisitos exigidos de acuerdo con la naturaleza de los bienes respectivos (art. 1683), y si existieran bienes registrables, se deberá cumplir con la inscripción del fideicomiso en los registros correspondientes, que deberán tomar razón de la calidad fiduciaria de la propiedad a nombre del fiduciario (art. 1684).

Y aquí radica lo beneficioso del uso de la figura del fideicomiso: *“los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario, del fiduciante, del beneficiario y del fideicomisario”* (art. 1685), a fin de garantizar la finalidad del contrato.

De tal modo, los bienes fideicomitidos quedan exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. Tampoco pueden agredir los bienes fideicomitidos los acreedores del fiduciante, quedando a salvo las acciones por fraude y de ineficacia concursal (art. 1686).

Además, la nueva normativa impone al fiduciario la obligación de contratar un seguro contra la responsabilidad civil que cubra los daños causados por las cosas objeto del fideicomiso (art. 1685).

Como puede apreciarse, los bienes de la herencia, de ser transmitidos mediante un fideicomiso, estarán ajenos a la acción de los acreedores y, además, asegurados contra reclamos de terceros.

V - CONCLUSIONES

La reducción de las legítimas hereditarias y la ampliación de derechos a favor de personas con alguna discapacidad, contempladas en el nuevo Código que comenzará a regir el 1/1/2016, son sin duda aspectos positivos en la reforma al derecho sucesorio.

La posibilidad, además, de transmitir mediante un fideicomiso testamentario los bienes que reciba en la herencia el heredero menor de edad cuya tutela ha sido

también organizada en un acto de última voluntad es otro avance más hacia la protección de los más vulnerables.

Las personas que hoy tienen a su cargo hijos menores de edad o hijos o padres discapacitados tienen un escaso margen legal para protegerlos en caso de fallecimiento.

La reforma ha venido a ampliar las posibilidades que tiene el testador a la hora de planificar su herencia y organizar, prever y asegurarse de que quienes de él dependen podrán seguir gozando de protección ante su ausencia.

El fideicomiso en general y el testamentario en particular tienen hoy poco uso entre particulares, quedando reservado el primero casi en exclusividad a operaciones inmobiliarias, de construcción, financieras o de garantía.

Creemos que esta situación irá cambiando paulatinamente en la medida que la figura resulte más familiar o habitual entre particulares, y sin dudas la gran posibilidad que da la nueva normativa para la protección de las personas más vulnerables fomentará su mayor utilización.

Notas:

(1) Mediante el D. 1795/2014

(2) Para un análisis más profundo del tema, consultar Merlo, Leandro M.: “La mejora estricta para los herederos con discapacidad en el Proyecto de Código Civil y Comercial” - DFyP - julio/2012 - pág. 253, AR/DOC/3054/2012; Millán, Fernando: “El principio de solidaridad familiar como mejora a favor del heredero con discapacidad” - DFyP - julio/2012 - pág. 245, AR/DOC/2895/2012

(3) Berbere Delgado, Jorge C. y Merlo, Leandro M.: “El fideicomiso en el derecho de familia y de las sucesiones” - Ed. Ad-Hoc - 2012

(4) Para un estudio profundo del tema, consultar Merlo, Leandro M. y Berbere Delgado, Jorge C.: “El fideicomiso testamentario como herramienta de planificación sucesoria. Marco legal vigente y proyectado” - DFyP - julio/2013 - 19/7/2013 - pág. 91, AR/DOC/2171/2013

(5) Art. 2297, CCyCo.: *“Aceptación por una persona incapaz o con capacidad restringida. La aceptación de la herencia por el representante legal de una persona incapaz nunca puede obligar a este al pago de las deudas de la sucesión más allá del valor de los bienes que le sean atribuidos. Igual regla se aplica a la aceptación*

de la herencia por una persona con capacidad restringida, aunque haya actuado con asistencia, o por su representante legal o convencional”