

EL FIDEICOMISO HEREDITARIO EN EL DERECHO ROMANO Y EN EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

ANDRÉS EDUARDO GUILLÉN

*Profesor Adjunto Ordinario de Derecho Romano
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la Universidad Nacional de La Plata
Republica Argentina*

MARÍA CAROLINA FABRE

*Auxiliar Docente con funciones de Adjunta de Derecho Romano
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la Universidad Nacional de La Plata
Republica Argentina*

EL FIDEICOMISO HEREDITARIO ⁽¹⁾

En Roma bajo esa denominación se hacía referencia a cierta transmisión triangular de bienes, que nació como un ruego informal dirigido por el testador (fideicomitente) a la persona que quedará “gravada” (fiduciario) en pos de beneficiar a un tercero (fideicomisario). Se trataba de una disposición por medio de la cual el que recibe algo a título *mortis causa* quedaba obligado a transmitirlo a otro.

Comenzó a estar en boga hacia fines de la República, y su desarrollo se vio incrementado debido a las incapacidades ⁽²⁾ para recibir por medio de

⁽¹⁾ Etimológicamente fideicomiso proviene de dos términos latinos: *fides*, confianza, fe, honradez, lealtad; y *comittio*, comisión o encargo.

⁽²⁾ Tal el caso de los extranjeros; las mujeres (fruto de las limitaciones impuestas por la ley Voconia); los célibes y los orbi (producto de las leyes caducarias de Augusto). “Así

herencia vigentes en el antiguo derecho, que de esta forma se buscaban eludir. “*El fideicomiso consiste en un ruego, una súplica para que alguien realice, a la muerte del testador, un determinado acto que beneficie al fideicomisario... pido, ruego, quiero, confío en tu buena fe...*” (3). En general, el testador dejaba sus bienes a una persona capaz, rogándole que en nombre de su buena fe, transmitiera a su vez lo que aquí se le otorgaba a un tercero que resultaba incapaz para recibir mediante testamento. En un principio estas cuestiones no generaban vínculo jurídico alguno (4), pues se basaban enteramente en la buena fe del fiduciario, ya que asumían el carácter de un compromiso moral (5).

Piénsese que hasta este momento las personas confiaban todos sus bienes a la buena fe de los hombres (6). Se trataba de una relación fiduciaria, es decir, un vínculo en el cual se antepone la relación humana a la jurídica, pues la misma se hallaba basada en altos deberes morales, de lealtad, confianza y honradez. He aquí evidenciado y revelado su contenido intrínseco, esto es, lo que la buena fe significaba para los romanos, en que consiste la misma, a qué se refería ese pueblo de gran erudición jurídica cuando recurría y remitía a la *fides* para que ésta les diera la solución, sabiendo que la misma los guiaría por la buena senda.

Siguiendo el desarrollo del fideicomiso. Con la caída de la República también decayeron los valores éticos y morales, trayendo como consecuencia una sucesión de hechos de deslealtad que conllevaban a la desobediencia de la palabra dada. Fue recién en la etapa imperial y de la mano de Augusto que se concedieron efectos jurídicos a los fideicomisos, pues el citado Emperador

los extranjeros podían dar y recibir misiones de confianza y tal fue el origen de los fideicomisos...” (Gayo, Inst. II, 285); “*Por otra parte también los célibes a quienes por la ley Iulia les está prohibido recoger herencias y legados, eran considerados anteriormente como capaces para recibir fideicomisos.*” (Gayo, Inst. II, 286); “*También los orbi, que en virtud de la ley Papia pierden — a causa de que no tenían hijos — la mitad de las herencias y de los legados, eran considerados anteriormente como capaces para recoger los fideicomisos...*” (Gayo, Inst. II, 286).

(3) MOJER, M. A., *Successio. Derecho Hereditario Romano*, Ed. Univ. Nac. de La Pampa, 1999, La Pampa, pág. 71.

(4) “*El fideicomiso era también, en origen, un ruego emitido y aceptado entre vivos, que obligaba al gravado a la fidelidad, es decir, a mantener la palabra, sin perjuicio de que sólo a partir de Augusto, naciera de él una obligación jurídica.*” (SCHULZ, F., op. cit., pág. 245).

(5) Cic., de finib., 2.17.18; Inst. 2,23.1.

(6) “*Deben destacarse los principios morales del ciudadano romano para acceder más fácilmente al entendimiento de la relación fiduciaria, y comprender que en aquella época no era descabellado confiar en alguien.*” (FERNÁNDEZ, J. C. D., “Antecedentes históricos del fideicomiso”, en *Tratado teórico práctico de fideicomiso*, Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 1999, pág. 34).

ordenó a los magistrados que utilizarán su autoridad para asegurar la ejecución de ciertos fideicomisos mediante una extraordinaria cognitio. El emperador Claudio estableció que en caso de incumplimiento se debía recurrir al Praetor Fideicommissarius ⁽⁷⁾ (en el caso de que se tratara de una situación en provincia el magistrado era el Gobernador) ⁽⁸⁾.

Debe tenerse presente que la eficacia del fideicomiso quedaba subordinada a la adquisición de la herencia por el heredero-fiduciario, siendo absolutamente necesario que éste adquiriera la sucesión para que la obligación de restituirla nazca ⁽⁹⁾. Más tarde se creó un Pretor especial para juzgar las causas que involucraran fideicomisos (*pretor fideicommissarius*). Podemos leer en la Instituta de Justiniano: *“Así, pues, ha de saberse que en los primeros tiempos eran nulos todos los fideicomisos, porque nadie era obligado contra su voluntad a cumplir aquello que se le había rogado; pues si dejaban herencia o legados a aquellos a quienes no podían dejarlos, los confiaban a la fidelidad de los que podían recibir por testamento; y por esto se llamaron fideicomisos, porque no se apoyaban en ningún vínculo de derecho, sino tan sólo en la honradez de los que eran rogados. Después, el divino Augusto ... mandó a los Cónsules que interpusieran su autoridad.*

Y como esto parecía justo y era popular, se convirtió paulatinamente en jurisdicción permanente; y tanto creció el favor de ellos, que poco a poco, se creó también un pretor especial...” ⁽¹⁰⁾.

Hay algunas reglas generales que se pueden establecer respecto de esta institución y así podemos señalar:

- a) No son necesarias formulas imperativas, solo rogativas dando preferencia al respeto a la voluntad del causante ⁽¹¹⁾;
- b) Siempre debe estar contenido en un testamento o en un codicilo ⁽¹²⁾;

⁽⁷⁾ Pio. D. 1.2.2.32; I. 2.23.

⁽⁸⁾ Gayo 2.278.

⁽⁹⁾ *“Ha de saberse ... que es necesario que alguien sea instituido heredero en un testamento otorgado en derecho, y que a su fidelidad se confíe que restituya a otro aquella herencia; ... así cuando alguno hubiere escrito: «sea heredero Lucio Ticio» podrá añadir: te ruego, Lucio Ticio, que tan pronto como puedas adir mi herencia, la entregues y restituyas a Gayo Seyo...”* (I. 2.23.2).

⁽¹⁰⁾ I. 2.23.1.

⁽¹¹⁾ Ulpiano 25.3.

⁽¹²⁾ Gayo 270 a; Ins. 2.25.1.

- c) Pueden ser redactados en latín o en griego;
- d) Quien establece el fideicomiso tiene que tener la capacidad para testar (testamento *factio activa*) ⁽¹³⁾;
- e) Puede establecerse en una herencia Testamentaria o ab intestato cuando el causante así lo establezca ⁽¹⁴⁾ y aun al legatario y a quienes reciben donaciones *mortis causa* ⁽¹⁵⁾;
- f) Siempre debe existir un heredero (fiduciario) que transmita los bienes y las deudas al beneficiario.
- g) Para ser beneficiario no es necesario tener la capacidad requerida para el heredero testamentario o ab intestato ⁽¹⁶⁾.

Esta última regla nos lleva precisamente a que pudieran ser beneficiarios los extranjeros ⁽¹⁷⁾, las mujeres ⁽¹⁸⁾, los latino juniano a los cuales la Lex Iunia Norbana les impide ser herederos o legatarios, los célibes ⁽¹⁹⁾, los orbi y el fisco ⁽²⁰⁾.

Y si bien hasta aquí todo parecía funcionar perfectamente, pronto comenzaron los problemas. Por un lado los herederos-fiduciarios dejaron de cumplir los fideicomisos, pues ningún beneficio les traía aparejado llevarlos adelante ⁽²¹⁾. Por otro lado, esta situación dejaba relativamente desamparado al beneficiario-fideicomisario, puesto que por aplicación del principio “*semel heres semper heres*” el fiduciario no perdía la calidad de heredero después de la restitución de los bienes al primero, de allí que sólo el segundo tenía el derecho de perseguir a los deudores y ejercer las acciones que se derivaren de la sucesión. Mas estas cuestiones fueron solucionadas por los romanos, quienes mediante el *Senadoconsulto Pegasiano* ⁽²²⁾ extendieron la solución prevista por

⁽¹³⁾ Ulpiano 25.4.

⁽¹⁴⁾ Gayo 2.270; Ulpiano 25.4.

⁽¹⁵⁾ Gayo 2.271; Papiniano Digesto 31.77.1.

⁽¹⁶⁾ Testamenti *factio passiva*.

⁽¹⁷⁾ En la época de Adriano se prohibió a los extranjeros ser beneficiarios y se autorizó la reivindicación por el fisco.

⁽¹⁸⁾ Ver nota 2.

⁽¹⁹⁾ El Senado Consulto Pegasiano de la época del emperador Vespasiano, impide que bajo la forma de un fideicomiso se burle el espíritu de las Leyes Caducarias.

⁽²⁰⁾ Gayo 2.285.

⁽²¹⁾ “El heredero directo no tenía interés alguno en aceptar cuando estaba obligado a entregar íntegra la parte por la cual era instituido. A menudo, pues, renunciaba y por consecuencia el fideicomiso quedaba sin ejecución.” (NAMUR, P., op. cit., T. II, pág. 309).

⁽²²⁾ Dictado en la época del emperador Vespasiano (años 69 a 79 d.C.).

⁽²³⁾ Resultó que en Roma los testadores abusaban de la libertad de testar y distribuir su patrimonio mediante legados, situación que generó que los herederos dejaran de concurrir a

la *ley Falcidia* para los legados ⁽²³⁾ a los casos de fideicomisos, permitiendo que el heredero-fiduciario retenga para sí la cuarta parte (cuarta pegasiana) del contenido patrimonial del fideicomiso, logrando de ese modo despertar el interés de los herederos-fiduciarios en recoger la herencia ⁽²⁴⁾. El segundo de los problemas vio la solución de la mano del *Senadoconsulto Trebellianum* (56 d.C.) en tanto prescribió que “... *por el hecho de la restitutio hereditatis las acciones pasaran sin más, sea en contra que a favor, al fideicomisario, naturalmente en vía utilis, es decir, en el ámbito del ius honorarium*” ⁽²⁵⁾, así, el fideicomisario se asimiló a un heredero.

También previeron, los romanos, figuras especiales de fideicomiso: el fideicomiso de familia y el fideicomiso de residuo. “*El fideicommissum familiae relictum se caracteriza porque el testador vincula la herencia, íntegra o parcialmente, a la familia, a través de un orden sucesivo de restituciones*” ⁽²⁶⁾, mediante él el causante tendía al mantenimiento de la prosperidad económica de la familia. El denominado fideicomiso de familia era una substitución fideicomisaria que se equipararía a la substitución vulgar ⁽²⁷⁾ y se daría cuando quien constituye un fideicomiso designara un substituto para el caso de que el beneficiario lo rechace o para fijar un destino de los bienes luego

aceptar las herencias porque lo que recibían debían destinarlo todo o casi todo a cumplir las mandas testamentarias (legados) dispuestas por el causante, imposibilitando de este modo que los legatarios pudieran recibir los bienes que el de cujus les dejaba. Frente a esta situación los Romanos dictaron la ley Furia testamentaria que le impedía al testador realizar legados por más de 1.000 ases; pero esta norma era fácilmente burlada porque los testadores realizaban infinidad de legados por la totalidad de su patrimonio aunque todos menores a 1.000 ases. Esta última situación derivó en el dictado de la ley Voconia (169 a.C.) que dispuso que ningún legatario podía recibir una suma mayor que la que recibiera el heredero, mas esta “*Tampoco fue solución, ya que el testador podía disponer de la totalidad del acervo hereditario, distribuyéndolo entre muchos legatarios, lo que tornaba ilusoria la herencia para los herederos.*” (MOJER, M. A., Successio, op. cit., pág. 70). Finalmente la cuestión verá la luz de la mano de la ley Falcidia (40 a.C.) que impondrá la reducción proporcional de los legados en los casos en que los mismos en forma conjunta superen las tres cuartas partes de la herencia, garantizando de esta manera, que los herederos recibiesen al menos la cuarta parte del acervo sucesorio.

⁽²⁴⁾ De todas maneras, aún para los casos en los que el fiduciario se negase a recoger la herencia, el senadoconsulto estableció que éste podía ser obligado por el pretor a aceptar los bienes, evitando que el fideicomiso quedara sin ejecución, mas en ese caso el heredero gravado no obtendría ninguna ventaja.

⁽²⁵⁾ TORRENT, A., Manual de Derecho Privado Romano, Zaragoza, 1995, pág. 640.

⁽²⁶⁾ IGLESIAS, JUAN, Derecho Romano, Ed. Ariel, Barcelona, 1999, pág. 444.

⁽²⁷⁾ Es la que acepta nuestro Código Civil en el artículo 3724.

⁽²⁸⁾ “Cuando mi heredero Ticio haya muerto, quiero que mi herencia vaya a Publio Mevio” (Gayo 2.277).

de la muerte del primer destinatario⁽²⁸⁾ o sea que el heredero debía conservar el patrimonio para que a su muerte fuera entregado a otras personas de su familia. Justiniano si bien mantiene la posibilidad de esta substitución la limita a la cuarta generación y que se extingue cuando el penúltimo fideicomisario muere antes de llegar a la pubertad⁽²⁹⁾. El Dr. Alfredo Di Pietro sostiene que esto es el germen del mayorazgo tan común en la Edad Media en que los bienes siempre van pasando al hijo mayor⁽³⁰⁾.

Mientras que el fideicomiso de residuo (*fideicommissum eius quod superit*) es aún más especial, “... porque si la esencia del fideicomiso es conservar y transmitir, aquí cae hasta cierto punto la obligación de conservar, pues el testador impone al fiduciario transmitir lo que quedara de la herencia”⁽³¹⁾. Se trataba de un fideicomiso por lo que quede de la herencia, se solía usar, por ejemplo, para dejar que la hija heredera tomara para sí ciertas cosas confiando en su *fides* y que dejara el resto de la herencia a los hermanos.

También estaba el llamado fideicomiso de libertad por el cual el ciudadano podía liberar a un esclavo mediante la formula de rogar al fideicomisario⁽³²⁾ que lo manumitiera. Sin embargo para este tipo de fideicomiso no era necesario que el esclavo fuera de propiedad del causante, si se establecía, el fides debería adquirir el esclavo para poder cumplir con el encargo⁽³³⁾. Y era él precisamente quien conservaría el patronato sobre el ex esclavo⁽³⁴⁾. Pero si el dueño del esclavo no quería venderlo la situación se complicaba, en el período clásico se entendió que el legado se extinguía pues no sucedía lo mismo que con las cosas ajenas en que se reemplazaba el cometido por una suma de dinero o sea el precio del esclavo, tal cual lo expresaba Gayo⁽³⁵⁾. Sin embargo para Justiniano no se extingue dado que entiende que el cumplimiento ha quedado diferido⁽³⁶⁾.

Si bien el esclavo no tiene capacidad procesal para requerir el cumplimiento del encargo, por una interpretación humanitaria para favorecer al esclavo se per-

⁽²⁹⁾ Novelas 159.2 año 535.

⁽³⁰⁾ Di Pietro, Alfredo, “Derecho Privado Romano”, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1999.

⁽³¹⁾ TORRENT, A., Manual de Derecho Privado Romano, Zaragoza, 1995, pág. 642.

⁽³²⁾ Inst. 2.24.2, Gayo 2.263.

⁽³³⁾ Gayo, 2.265.

⁽³⁴⁾ Gayo 2.266.

⁽³⁵⁾ Gayo 2.263.

⁽³⁶⁾ I. 2.24.2.

mite a éste presentarse ante el Pretor. Numerosos senado consultos avalan esta postura, así tenemos el Senado Consulto Rubriano ⁽³⁷⁾, el Iunciano ⁽³⁸⁾, Vitrasiano ⁽³⁹⁾, Danusiano ⁽⁴⁰⁾, Articuleyano ⁽⁴¹⁾. Si la herencia era declarada vacante y por tanto heredaba el fisco, también se liberaba al esclavo.

EL FIDEICOMISO HEREDITARIO EN EL DERECHO CIVIL ARGENTINO

Hoy se define al fideicomiso ⁽⁴²⁾ como “... *la relación fiduciaria que se establece respecto de ciertos bienes y en virtud de la cual, quien tiene la propiedad de ellos, se obliga por deberes de lealtad y confianza a utilizarla en beneficio del comitente u otra persona*” ⁽⁴³⁾.

Nuestro legislador solo mencionó al fideicomiso hereditario en escasos artículos, así en el 3723 expresa: “*El derecho a instituir heredero no importa el derecho de dar a éste un sucesor*”, en el siguiente completa el principio estableciendo “*El testador puede subrogar alguno al heredero nombrado en el testamento, para cuando éste heredero no quiera o no pueda aceptar la herencia. Solo ésta clase de substitución es permitida en los testamentos*”, en el artículo 3730 cuando expresa: “*La nulidad de la substitución fideicomisaria no perjudica la institución del heredero, ni los derechos del llamado antes*”.

Velez en la nota al artículo 3724 expresa que existieron seis clases de

⁽³⁷⁾ De Trajano que declara libres a los esclavos cuando los herederos convocados por el Pretor no se hacen presentes.

⁽³⁸⁾ Del 127 de d.C. con igual efecto cuando el heredero fiduciario no comparece o no da razones satisfactorias de su incumplimiento.

⁽³⁹⁾ Del emperador Adriano, cuando uno de los herederos es infans y por ello los coherederos liberan al esclavo y entregan al menor su cuota parte.

⁽⁴⁰⁾ También de la época de Adriano y por el cual cuando no se presenta el curador o el tutor de un ausente con justa causa, el esclavo también obtiene su libertad.

⁽⁴¹⁾ En las Provincias intervenía el Gobernador para el caso de ausencia de herederos.

⁽⁴²⁾ La ley 24.441 en su art. 1 define al fideicomiso como “... *el negocio jurídico por el cual una persona (fiduciante), transfiere la propiedad fiduciaria de bienes determinados, a otra persona (fiduciario) quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o a un tercero (fideicomisario)*”.

⁽⁴³⁾ FERNÁNDEZ, J. C. D., op. cit., pág. 34.

⁽⁴⁴⁾ Bajo esta denominación Velez agrupa el caso del hijo impúber y la cuasipupilar: dementes o imbeciles.

sustitución de herederos: la vulgar, la pupilar, la ejemplar ⁽⁴⁴⁾, la recíproca, la compendiosa ⁽⁴⁵⁾ y la fideicomisaria y que de todas ellas solo es válida la vulgar, aboliendo las demás sobre la base de que establecer el orden sucesorio es un obstáculo al desarrollo de la riqueza al inmovilizar los bienes recibidos pues estos en realidad le pertenecen a otra persona.

Sin embargo la ley 24441 deroga el texto del artículo 2662 de sustituyéndolo por el siguiente: “*Dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley*” ⁽⁴⁶⁾ y se incorpora como párrafo final al 2670 “*Quedan a salvo los actos de disposición realizados por el fiduciario de conformidad con lo previsto en la legislación especial*”.

Esta ley estaba destinada a financiar la construcción y las viviendas y lo hizo por medio de la reglamentación del Fideicomiso, modificando diversas normas del Código Civil como mencionáramos en el párrafo anterior.

En su artículo 3ro. Al hacer referencia a la forma de constitución del fideicomiso expresa: “... *también podrá constituirse por testamento, extendido de algunas de las formas previstas por el Código Civil, el que contendrá al menos las enunciaciones requeridas por el artículo cuarto*” ⁽⁴⁷⁾. *En caso de que el fiduciario designado por testamento no aceptare se aplicará lo dispuesto en el artículo 10 de la presente ley*” ⁽⁴⁸⁾. Sin embargo está bien claro en nuestra doctrina que no se trata de una substitución fideicomisaria, que prohíbe el ya visto 3724, sino que se refiere a la constitución de un fideicomiso singular cuyo plazo o condición no puede exceder los treinta años, salvo que el beneficiario sea incapaz en cuyo caso se prolonga hasta su muerte ⁽⁴⁹⁾.

De estas normas surge que la transmisión de la propiedad primero a

⁽⁴⁵⁾ Que comprende una substitución vulgar y una fideicomisaria, se deba el caso de la primera si el heredero no podía o no quería aceptar la herencia y la segunda para el caso contrario.

⁽⁴⁶⁾ “Dominio fiduciario es el que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutoria, o hasta el vencimiento del plazo resolutorio, para el efecto de restituir la cosa a un tercero”. Texto derogado por ley 24 441.

⁽⁴⁷⁾ Individualización de los bienes; modo de incorporar otros bienes; plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario (no mas de treinta años; destino de los bienes luego de finalizado y derechos y obligaciones del fiduciario y modo de substituirlo si cesa.

⁽⁴⁸⁾ Incorporación del substituto o designación por parte del juez.

⁽⁴⁹⁾ Código Civil Anotado y Comentado, Santos Cifuentes, Buenos Aires, La Ley, 2004.

una persona para ser transferida a un tercero tropieza en materia testamentaria con el inconveniente de que nuestro codificador estableció la prohibición de la sustitución fideicomisaria contenida en los artículos 3723 y 3724 del Código Civil y explicitada en la nota a este último y mantenida en el artículo 2436 del Proyecto de Código Civil ⁽⁵⁰⁾.

Lo hasta aquí expuesto nos plantea que por un lado tenemos una ley que permite la constitución de fideicomiso por testamento y por otro lado tenemos una legislación vigente, una proyectada y un desarrollo jurisprudencial y doctrinario que prohíben la sustitución fideicomisaria.

El criterio para desentrañar esta paradoja se basa en distinguir el fideicomiso de la sustitución fideicomisaria está relacionado con la muerte; si la propiedad ha de pasar del fiduciario al fideicomisario, a la muerte del fiduciario, hay una sustitución fideicomisaria (prohibida por el art. 3724) porque se ha nombrado un heredero al heredero, pero si está sujeto a un plazo o una condición diferente a la muerte se está en presencia de un fideicomiso permitido por la ley.

CONCLUSIONES

De lo expuesto surge que habrá sustitución fideicomisaria cuando se le imponga a un sucesor un heredero, pero no la habrá si se dispone de un bien determinado en calidad de fideicomiso para que el fiduciario lo administre en beneficio de un tercero y al cabo de un plazo o condición (diferente a la muerte) la transfiera al beneficiario o al fideicomisario.

El fideicomiso testamentario es un instituto que posibilita al causante prever la administración de sus bienes en protección de los incapaces, pero lamentablemente en nuestra legislación se inserta en un régimen que contiene limitaciones a la posibilidad de disponer los bienes para después de la muerte, y obliga a que se deba compatibilizar el sistema de legítima — que es de orden público — con el fideicomiso testamentario.

Cuando existen herederos forzosos el fideicomiso sólo podrá ser instituido sobre la quinta parte de los bienes del causante (art. 3593 CC) ⁽⁵¹⁾, porque lo contrario violentaría la legítima; en razón de ello es difícilmente utilizado,

⁽⁵⁰⁾ Proyecto de Código Civil y de Comercio Unificado que no obtuvo sanción legislativa y se lo conoce como Proyecto 98.

⁽⁵¹⁾ “La porción legítima de los hijos es cuatro quintos de todos los bienes existentes a la muerte del testador y de los éste hubiera donado...”.

dado que la cuota de libre disposición es escasa.

Al heredero forzoso no se lo puede obligar a recibir una propiedad fiduciaria, porque ello implicaría someter su legítima a una condición o cargo prohibido por la ley en el artículo 3598 del Código Civil que dice: “*El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas declaradas en este título. Si lo hiciere, se tendrán por no escritas*”. En razón de ello la utilidad del fideicomiso por testamento será de muy escaso valor.

La protección de los hijos incapaces, una preocupación constante para los progenitores, sería cubierta adecuadamente por el instituto del fideicomiso testamentario ya que sirve como herramienta eficaz para la protección de los más débiles: o sea que los padres puedan determinar quién se va a ocupar de ellos después de su muerte y quién se va a ocupar de cubrir sus necesidades y administrar sus bienes. Pero, dado que la parte de libre disposición es muy escasa, en la actualidad sería una institución ineficaz.

La comisión de reforma del Código Civil propuso en su proyecto que en el caso de existir herederos forzosos incapaces sean válidos los fideicomisos testamentarios aunque limiten la legítima de otros herederos forzosos, hasta que cese la incapacidad⁽⁵²⁾. Esto constituye una limitación temporal a la legítima, pero no implica dar paso a la autonomía de la voluntad irrestricta en materia sucesoria, sino limitar la legítima con el fin de proteger a los incapaces⁴².

Por lo expuesto surge que debería analizarse en una futura reforma del Código Civil Argentino que permita la existencia del Fideicomiso Hereditario, tal cual lo contemplaron nuestros antecedentes romanísticos.

La Plata, enero de 2005.

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes

Cuerpo de Derecho Civil Romano, Ed. Bilingüe de I. L. Garcia del Corral, Barcelona. El Digesto de Justiniano, Alvaro D’ors, Hernandez Tejero, Fuenteseca, Garcia Garrido y

⁽⁵²⁾ Art. 2397: “El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas; si lo hace, no son válidos. Pero puede constituir fideicomiso sobre bienes determinados aun cuando excedan de la porción disponible, por actos entre vivos o por testamento, del cual sean beneficiarios sus herederos incapaces, el que puede durar hasta que cese la incapacidad”.

- Burillo, Aranzadi, Pamplona.
- Institutas de Gayo, Alfredo Di Pietro, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- Reglas de Ulpiano, Notas y traducción de Ninna Ponssa de la Vega de Miguens, Ed. Lerner, Buenos Aires.
- Código Teodosiano, Traducción de la Universidad Nacional de Córdoba.
- La Ley de las XII Tablas, Traducción y notas de Mario Antonio Mojer, Ed. Universidad Nacional de La Plata.
- Código Civil de la Argentina, Anotado y Comentado, Santos Cifuentes y Santos F. Cifuentes, Directores, Fernando Sagarna, Coordinador, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004.

Manuales y tratados

- ALBA CRESPO JUAN JOSE, "Derecho Romano II", Ed. Eudecor.
- AMBROSIONIO CARLOS, "Curso de Derecho Romano", Libería Jurídica La Plata.
- ARANGIO RUIZ VINCENZO, "Instituciones de Derecho Romano", Ed. Depalma, Buenos Aires.
- ARGUELLO LUIS, "Manual de Derecho Romano", Ed. Astrea, Buenos Aires.
- BETANCOURT FERNANDO, Derecho Romano Clásico, Ed. Universidad de Sevilla.
- BONFANTE PIETRO, "Instituciones de Derecho Romano", Ed. Resu, Madrid.
- CARAMES FERRO JOSE, "Curso de Derecho Romano", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- DI PIETRO ALFREDO, "Derecho Privado Romano", Depalma, Buenos Aires.
- D'ORS ALVARO, "Derecho Privado Romano", Ed. Eunsa, Pamplona.
- GARCIA GARRIDO MANUEL JESUS, Derecho Privado Romano, Dykinson, Madrid.
- GHIRARDI JUAN CARLOS, "Derecho Romano I", Ediciones Eudecor, Córdoba.
- IGLESIAS JUAN, "Derecho Romano", Ed. Ariel, Barcelona.
- KUNKEL WOLFGANG, "Historia del Derecho Romano", Ed. Ariel, Barcelona.
- PETIT EUGENE, Tratado elemental de Derecho Romano, Ed. Universidad, Buenos Aires.
- RASCON GARCIA CESAR, Manual de Derecho Romano, Ed. Tecnos, Madrid.
- RINALDI NORBERTO, "Lecciones de Derecho Romano", Ed. Eductum, Buenos Aires.
- ROLDAN HERVAS JOSE MANUEL, Historia de Roma, Ediciones Universidad de Salamanca.
- ROSENFELD CARLOS; ALVAREZ MIRTA; VODANOVICH CASAS JUAN, "Temas de Derecho Privado Romano", Ed. Berlgrano, Buenos Aires.
- SCHULZ FRITZ, "Derecho Romano Clásico", Ed. Bosch, Barcelona.
- TORRENT ARMANDO, Manual de Derecho Privado Romano, Zaragoza.

Publicaciones

- MEDINA, GRACIELA, "Fideicomiso testamentario", J.A., 1998-III-705.
- PETIGIANI, EDUARDO, "La legítima del heredero menor de edad frente al fideicomiso constituido por testamento", J.A., 1999-III-1078.
- ZANNONI, EDUARDO, "La prohibición absoluta de la sustitución fideicomisaria", La Ley, 1975-B-207.

