

# Fideicomiso de planificación patrimonial con efecto sucesorio. Legítima vs orden público

P. Augusto VAN THIENEN<sup>1</sup>

I. Introducción.- II. Normas imperativas de orden público y legítima hereditaria: una necesaria distinción.- III. Normas supletorias y dispositivas. Derechos económicos y patrimoniales: la legítima hereditaria.- IV. Lesionar derechos privados de contenido patrimonial no devenga nulidad absoluta.- V. La donación inoficiosa y el derecho a colacionar.- VI. Fideicomiso de administración y la legítima hereditaria.- VII. Fiduciante (papá) Fiduciario (hijo de papá) Fideicomisario (nietos de papá): ¿nulidad absoluta?.- VIII. ¿Nulidad absoluta o conducta oportunista?.- IX. La mirada del fideicomiso de planificación patrimonial con efecto sucesorio desde la perspectiva contractual.- X. El fideicomiso sobre herencia futura: ¿nulidad absoluta?.- XI. El caso Cardenau: un antecedente que debe ser cuidadosamente interpretado a la luz del código vigente

## I. Introducción

La CCivil y Comercial de Necochea<sup>2</sup> dictó un fallo que debe ser analizado con mucho cuidado porque pone a la autonomía de configuración contractual “contra las cuerdas” al amparo de un régimen sucesorio que ve en la legítima hereditaria un derecho indisponible de orden público<sup>3</sup>.

El tribunal declaró la nulidad absoluta de un fideicomiso de planificación patrimonial sucesoria consentido por el actor (heredero forzoso legitimario) quien, además, actuó como contraparte en su calidad de agente fiduciario.

Un dato interesante: los hijos del fiduciario (nietos del causante) fueron designados fideicomisarios; esto significa que el fiduciario prestó su expreso consentimiento no sólo para la designación de sus hijos como fideicomisarios; sino y, sobre todo, consintió diseñar la partición de la herencia de esta manera.

Otro dato interesante: durante la vigencia del fideicomiso las rentas del bien fideicomitado serían aprovechadas por el fiduciante (hasta su muerte). Una vez ocurrida ésta se pactó un usufructo a favor del fiduciario (heredero del fiduciante) que duraría hasta el vencimiento del plazo del fideicomiso (30 años).

---

<sup>1</sup> Fundador y director académico Instituto CEDEFIaw. Fundador y CEO. Instituto IDEF | Empresa + Familia. Fellow Member. Family Business Center. Florida International University. EEUU. Autor del libro “Empresa & Familia. Sucesión y planificación patrimonial. Ed. Distal. 2018. Foreign Scholar. College of Law. Florida International University. EEUU. Family Office Manager. Estate & Wealth Planning Certificate. The Institute For Family Business (UK). Miembro de la International Academy Of Collaborative Professionals (IACP).

<sup>2</sup> “*Cardenau, Rubén vs Cardenau, Omar y otros s/ nulidad de acto jurídico*”. CCivil y Com., Necochea. 22/10/2018.

Se trata de un contrato entre el causante (fiduciante – beneficiario) y su heredero forzoso (fiduciario – usufructuario). Un claro negocio de planificación sucesoria donde queda en evidencia la real intención de ambos: 1) evitar la sucesión del fiduciante y 2) evitar la sucesión del fiduciario.

Fallecido el fiduciante el fiduciario se arrepintió del acto y solicitó la nulidad del contrato de fideicomiso invocando la violación de su legítima al amparo del orden público.

No comparto la solución del caso. El fideicomiso para la planificación sucesoria es una herramienta jurídica al alcance de quienes deseen planificar la herencia y la legítima está muy lejos de ser una institución de orden público<sup>4</sup>.

## **II. Normas imperativas de orden público y legítima hereditaria: una necesaria distinción**

Existe una creencia profunda de que el derecho sucesorio está impregnado por normas imperativas de orden público. Se trata de una convicción dogmática que merece ser revisada y cuestionada para poner el orden público en perspectiva devolviendo al sistema patrimonial sucesorio un poco de cordura.

Dotar al derecho sucesorio de un orden público omnipresente implica eliminar la autonomía de configuración contractual dentro del ámbito patrimonial sucesorio; y que abarca no sólo la etapa previa al fallecimiento del causante; sino, además, la etapa previa a la partición judicial de la herencia.

Las normas que regulan aspectos patrimoniales de la sucesión son “imperativas de no orden público”; entre ellas, la legítima hereditaria y las acciones personales dirigidas a tutelarla.

La diferencia entre normas imperativas de orden público e imperativas de no orden público radica en el interés jurídico tutelado. Las primeras tutelan derechos indisponibles, intereses sociales y del Estado -como sujeto organizador y coordinador de la sociedad civil. Son derechos de tal peso que el sistema jurídico ordena: 1) la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, 2) concede legitimación activa a favor de cualquier interesado, 3) faculta a los jueces decretar la nulidad de oficio y 4) la ilicitud es insanable.

En cambio, las normas imperativas de no orden público protegen derechos privados y patrimoniales; en esencia negociables y transables. El sistema ofrece a los ciudadanos un

---

<sup>4</sup> El principio de irrenunciabilidad de la legítima hereditaria previsto en el artículo 2449 no implica dotar a ese derecho del carácter de orden público puesto que lo que la ley limita es la renuncia anticipada. En el caso que estamos analizando ni siquiera se trata de la renuncia a la legítima sino la cesión de un bien con vocación hereditaria a favor de terceros. El lector interesado puede consultar “*10 razones de por qué la legítima hereditaria destruye valor económico y corrompe lazos familiares*”. P. Augusto VAN THIENEN. White Paper CEDEFIaw. <http://cedeflaw.org/pdfs/201753183414-135.pdf>.

derecho de protección que podríamos llamar “Derecho de Protección Base” y se trata de una mínima garantía que permite a las partes equilibrar y balancear los derechos y obligaciones<sup>5</sup>.

El instituto de la legítima hereditaria es un claro ejemplo de norma imperativa de no orden público. El sistema sucesorio reconoce a favor del heredero el derecho a una parte de la herencia, y en tal sentido el artículo 2486 CCyC nos enseña que “*Los herederos ... tienen vocación a todos los bienes ...*”. Además, considera inoponible al heredero cualquier gravamen o condiciones impuesta por el testador sobre la porción legítima (2447 CCyC) y sienta el principio de irrenunciabilidad anticipada de la legítima (2449 CCyC). En definitiva, “*los herederos tienen derecho a una porción legítima de la que no pueden ser privados por testamento ni donación*” (art. 2444).

Estos dispositivos normativos son imperativos, pero no son de orden público. Arribo a esta conclusión indagando el interés jurídico tutelado por la legítima y que no son otros que derechos privados, patrimoniales de contenido económico<sup>6</sup>.

Sin duda que el sistema sucesorio reconoce a favor del heredero forzoso un derecho de contenido económico y patrimonial; ahora bien, ese reconocimiento no eleva a la legítima a la categoría de derecho de orden público. Está claro el rol tuitivo del Estado en el proceso universal sucesorio puesto que ha diseñado una batería de normas tendientes a proteger al heredero asegurándole una determinada porción de la herencia (“Derecho de Protección Base”) (vgr. acciones de colación y reducción).

Son precisamente estos Derechos de Protección Base los que califican al heredero como “forzoso”<sup>7</sup>; ahora me pregunto: ¿este marco tuitivo puede inhibir la autonomía de la voluntad al extremo de declarar una nulidad absoluta?

Más allá de este fuerte contenido imperativo y forzoso no logro ver, por ahora, el orden público en la legítima hereditaria<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Por eso en el derecho de consumo las normas suelen ser calificadas como de orden público pues el Estado sale en defensa de consumidores indefensos percibidos como la parte débil de la negociación y donde sus derechos individuales gozan de muy poca tutela contractual.

<sup>6</sup> Sostengo esta postura aun cuando estuviere prohibido el pacto de herencia futura. La cesión de derechos hereditarios (futuros) o incluso su renuncia anticipada no estaba prohibida bajo el código de Vélez. Sí estaba prohibido el pacto de planificación tal como hoy está concebido en el código actual. La cesión o renuncia de derechos hereditarios futuros era, y sigue siendo, un negocio válido y oponible con una alta dosis de contingencia; siendo ésta la principal razón de por qué no es práctica habitual en nuestro entorno. O sea, la inoperatividad de la cesión de derechos hereditarios futuros no pasa por su validez o nulidad sino por los riesgos que encierra este negocio contingente.

<sup>7</sup> El sólo término de “heredero forzoso” nos daría la profunda convicción de que estamos ante una institución imperativa de orden público; sin embargo, esto no es así. El heredero será forzoso ... *salvo pacto en contrario*.

<sup>8</sup> El lector interesado puede conocer un poco más mi visión sobre el orden público, también expandido al ámbito societario “*Orden público societario... ¿estás ahí? (Con especial referencia a las nulidades absolutas, normas imperativas y derechos inderogables de los socios)*” P. Augusto VAN THIENEN – White Paper CEDEFLaw <http://cedeflaw.org/pdfs/201743017471-133.pdf>

### **III. Normas supletorias y dispositivas. Derechos económicos y patrimoniales: la legítima hereditaria**

Las normas supletorias son normas imperativas que suplen la voluntad de las partes. Si las partes no acuerdan lo contrario se impone la norma codificada. En cambio, las normas dispositivas son aquellas que el legislador autoriza expresamente desplazar por pacto expreso (son aquellas que dicen “*salvo pacto en contrario*”). Las normas imperativas de no orden público pueden ser suplidas haya o no pacto.

Existen dos vías disponibles para dejar sin efecto la norma imperativa de no orden público: 1) el pacto expreso y consentimiento del beneficiario de la norma imperativa (el Derecho de Protección Base), o 2) por acto unilateral sin consentimiento del beneficiario de la norma imperativa.

Las normas imperativas de no orden público (norma supletoria) tienen por misión, en la mayoría de los casos, tutelar derechos patrimoniales de contenido económico. Este tipo de normas integran la mayoría abrumadora del elenco normativo de nuestro derecho positivo y no califican como normas de orden público.

La clave radica en comprender que la norma imperativa de no orden público puede ser dejada sin efecto por pacto expreso o por acto unilateral. La diferencia entre uno y otro modelo de “*supletoriedad*” es que mientras el primero queda sellado por el acuerdo de voluntades gestando un acto lícito, el segundo gesta un acto ilícito pudiendo el beneficiario de la norma imperativa impugnarlo.

El beneficiario de la norma imperativa cuenta con la acción de nulidad para dejar sin efecto aquel acto perjudicial e ilícito que violenta su Derecho de Protección Base; ahora bien, el beneficiario de la norma imperativa cuenta con un tiempo preciso para atacar el acto y anularlo: dos años desde que se conoció o pudo conocer el vicio (Artículos 2562 y 2563 CCyC)<sup>9</sup>.

El sistema jurídico no sólo impone al destinatario de la norma imperativa cuestionar y probar el acto anulable; sino que, además, debe cuestionarlo en un plazo perentorio. Si no lo hace se confirma el acto y se sana el vicio por efecto de la prescripción<sup>10</sup>.

### **IV. Lesionar derechos privados de contenido patrimonial no devenga nulidad absoluta**

El código actual sintetiza lo explicado hasta aquí: “*Son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres. Son de nulidad relativa los*

---

<sup>9</sup> Quien prestó su consentimiento para suplir una norma imperativa sólo podrá escapar del pacto invocando otras causales de nulidad tales como lesión, vicio del consentimiento, error, imprevisión; pero no ilicitud por violación de la ley puesto que su consentimiento ha tenido un efecto purgador,

<sup>10</sup> En el régimen de las nulidades absolutas la imprescriptibilidad de la acción juega un rol disuasivo clave pues le suma al negocio ilícito un riesgo contingente que pocos estarán dispuestos a asumir. Y esta es, precisamente, la eficacia del instituto.

*actos a los cuales la ley impone esta sanción sólo en protección del interés de ciertas personas”* (art. 386)

El instituto de la legítima y las acciones personales destinadas a proteger la consistencia patrimonial de ese derecho beneficia intereses “*de ciertas personas*”, en nuestro caso el interés patrimonial, económico y particular de los herederos legitimarios.

## **V. La donación inoficiosa: colación y reducción**

El modelo extremo de esto es la donación inoficiosa como negocio violatorio de la porción legítima. Sin embargo, el sistema sucesorio no sanciona a la donación con la nulidad (ni relativa ni absoluta); sino que hace nacer a favor del heredero legitimario perjudicado el derecho a solicitar la resolución con la acción reipersecutoria o la compensación de valores, según el caso, a través de la acción de reducción.

La donación inoficiosa no es un acto ilícito y tampoco un acto nulo o anulable. La donación realizada en exceso de la porción legítima hace nacer a favor del legitimario perjudicado el derecho a accionar por reducción (vía acción reipersecutoria, vía acción personal para compensar el valor) y vence a los cinco años computados “*desde que la prestación es debida*” como sucede con todos los derechos creditorios, en el caso, con la muerte del causante.

La legítima se convierte así en un derecho de crédito que no goza de una protección superadora al resto de los derechos de crédito de nuestro modelo civil y comercial. Pero no sólo eso, el actual artículo 2459 CCyC expone a los herederos legitimarios perjudicado al riesgo de perder parte de la herencia expropiada dado que autoriza al heredero legitimario beneficiario de la donación inoficiosa repeler la acción reipersecutoria si aquel estuvo en posesión del bien donado por un plazo de diez (10) años desde la firma del contrato de donación. Esto quiere decir que una donación inoficiosa expropiatoria puede consolidar la propiedad del bien en cabeza del donatario beneficiario transcurrido este plazo con efectos liberatorios<sup>11</sup>; más allá de que el legitimario conserve la acción de reducción para compensar el valor.

Pero no solo ello, si la herencia se produce antes del vencimiento de la prescripción liberatoria para la acción reipersecutoria, el heredero beneficiario de la donación inoficiosa puede repeler la resolución de la donación ofreciendo pagar “*la suma de dinero necesaria para completar el valor de la porción legítima*” (artículo 2454 CCyC).

Todo termina indicando que la legítima hereditaria es un claro derecho patrimonial de contenido económico protegido por normas imperativas de no orden público en un pie de igualdad al resto de los derechos creditorios; y con esto quiero afirmar que la violación a la legítima, por cualquier medio que sea, aun a través de un negocio fiduciario, no puede devengar una nulidad absoluta e insanable.

Si no genera nulidad absoluta, insanable e imprescriptible la donación inoficiosa que es el mecanismo directo para vulnerar la legítima, no es atinado concluir que sí la genere cualquier

---

<sup>11</sup> Este aspecto del régimen sucesorio incorporado por el código vigente consolida la idea de que estamos ante un derecho patrimonial susceptible de ser “expropiado” si el donatario posee la donación por el plazo de 10 años.

otro negocio (como un fideicomiso) que, indirectamente, genere el mismo efecto. Si así fuese, entonces, se le está haciendo decir al ordenamiento jurídico algo que no dice.

El mecanismo de defensa específico de la legítima es la acción de reducción y esta prescribe (sencillamente, porque no hay orden público comprometido en el caso), ergo, cualquier otro mecanismo de defensa alternativo (la nulidad de un contrato) también debería tener la misma consecuencia, salvo que se acepta la idea de tergiversa el sentido del ordenamiento en materia de protección de la legítima.

## **VI. Fideicomiso de administración y la legítima hereditaria**

El fideicomiso es una herramienta de utilidad para la planificación patrimonial y sucesoria. Producida la transferencia bajo el título jurídico de fiducia los bienes cedidos escapan al sucesorio del fiduciante por la simple razón de que éste dejó de poseer el dominio pleno y perfecto sobre dichos activos. De acuerdo con el código vigente esa situación puede perdurar más allá de la muerte del fiduciante y por un plazo de treinta años.

El problema que encierra el negocio fiduciario de planificación patrimonial con efecto sucesorio es que difiere en el tiempo el acceso de los herederos a ciertos bienes puesto que, producida la transferencia fiduciaria, el heredero no tiene derecho alguno sobre los bienes fideicomitidos ajenos a la masa hereditaria. Esto alarma a quienes ven en la legítima un derecho patrimonial indisponible tutelado por normas de orden público. No podemos ignorar que al momento de celebrarse el contrato de fideicomiso la legítima hereditaria es un mero derecho en expectativa. Privar al dueño y propietario de constituir un fideicomiso bajo el argumento de que debe tutelar la legítima hereditaria es igual a decirle que no puede disponer de sus bienes.

El propietario tiene la plena libertad para disponer de todos sus activos, sea a título oneroso o bajo un negocio fiduciario; y el único límite que le impone nuestro sistema jurídico sucesorio es la disposición de bienes a título gratuito; y sólo hasta el tercio. Está claro que el negocio fiduciario no califica como negocio a título gratuito.

El problema que encierra el negocio fiduciario (diríamos “inoficioso”) radica en saber cuáles son los efectos jurídicos de violar la legítima: ¿Nulidad? ¿Inoponibilidad para el heredero legítimo perjudicado?, ¿Acción de revisión judicial?

Cualquiera sea la respuesta está claro que tanto la acción de nulidad como la inoponibilidad del acto, o la revisión judicial estarán sujetas al plazo de prescripción breve. Y este dato no es menor puesto que nos está indicando que aun cuando la porción legítima de la herencia haya sido perjudicada por un negocio fiduciario (inoficioso) el heredero legítimo perjudicado cuenta con un plazo breve para impugnar el acto; y ese plazo comienza a correr desde que se conoció o pudo conocer el acto ilícito, y desde la fecha de la muerte del causante (Artículo 2562 CCyC).

Si un pacto de herencia futura (inoficioso) otorga el derecho a demandar la nulidad (relativa), podríamos concluir que la acción de nulidad frente a un fideicomiso de administración sucesoria (inoficioso) es, también, relativa.

¿Podría plantear el heredero legítimo una acción de reducción?

La respuesta negativa se impone dado que el negocio fiduciario no califica como negocio a título gratuito; sino que es a título de fiducia, siendo dos negocios de naturaleza jurídica muy diferentes<sup>12</sup>.

Dicho esto, y enterado el heredero de que se ha constituido un fideicomiso de planificación patrimonial deberá esperar a la muerte del fiduciante para conocer si dicho negocio fiduciario perjudica o no su legítima. En caso afirmativo deberá debatir si corresponde promover acción de nulidad o la reducción<sup>13</sup>.

## **VII. Fiduciante (papá) Fiduciario (hijo de papá) Fideicomisario (nietos de papá): ¿nulidad absoluta?**

En el precedente que comento la planificación patrimonial lícita surge evidente, y al mismo tiempo el riesgo de nulidad absoluta aparece remoto y lejano. Pregunto: ¿Quién planificaría su patrimonio corriendo el riesgo de que cualquier tercero impugne el acto y, para colmo, sin plazo de prescripción?

Está claro, de los términos y condiciones contractuales, que el fiduciante y su hijo consintieron un negocio fiduciario mediante el cual ciertos bienes pasarían directamente a los nietos del fiduciante al cabo de 30 años. Interín, el fiduciante gozaría de las rentas (Beneficiario Clase A) y, en caso de fallecimiento del éste previo al vencimiento del contrato, el fiduciario gozaría de rentas mediante un usufructo a su favor (Beneficiario Clase B)<sup>14</sup>.

En efecto, el fiduciario consintió en forma expresa ceder a sus hijos su porción legítima en los bienes de su padre (y que integrarían la masa hereditaria) tomando como base de cálculo a tal efecto el estado de los bienes al momento de celebrar el fideicomiso<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Vid., *“Vogelius, Angelina T. y otros c. Vogelius, Federico y otro”*. CNCivil. 3.11.2005. En este precedente, frente a un Trust constituido en Inglaterra, el tribunal argentino admitió la acción de colación promovida por herederos forzosos legitimarios (residentes en Argentina) en base a una interpretación de equidad: *“el fideicomiso, cuando beneficia a determinados herederos forzosos (en este caso dos medio-hermanos), aquel funciona como una donación indirecta”*.

<sup>13</sup> Esto que digo dependerá mucho del diseño contractual del fideicomiso puesto que no dará lo mismo nombrar beneficiario / fideicomisario a los herederos forzosos (a todos o algunos) que a un tercero no legitimario.

<sup>14</sup> Comparto con Silvio Lisopravsky que éste puede ser un aspecto cuestionable del fideicomiso dado que existe una prohibición expresa de que el fiduciario no puede ser beneficiario del fideicomiso. Ahora bien, este dato me sirve para poner en evidencia que dicha prohibición genera una nulidad relativa; esto es, que los únicos legitimados activos para cuestionar dicho usufructo son los fideicomisarios dentro de los dos años de conocido el vicio; vencido el cual la ilicitud queda saneada por la prescripción. Este es un muy buen ejemplo para darnos cuenta de que no toda norma imperativa devenga una nulidad absoluta. Parece evidente que el interés jurídico tutelado detrás de esta prohibición es el particular de quienes conforman el negocio fiduciario (art. 386 CCyC). En definitiva, se trata de una prohibición que intenta evitar una situación de conflicto de interés entre fiduciario y fideicomisario. Si este conflicto de interés es consentido por las partes, entonces la norma imperativa queda sin efecto puesto que ha sido suplida por el acuerdo.

<sup>15</sup> Y no se trata de una renuncia a la legítima como negocio expresamente prohibido (artículo 2449 CCyC); sino de la cesión fiduciaria de un bien específico.

Comparto con el juez *a quo* que en este caso no podemos perder de vista que el fiduciario (heredero legítimo) prestó su consentimiento pleno para celebrar un negocio fiduciario que disponía de su legítima hereditaria mediante la cesión del bien fideicomitido.

Comparto con el juez *a quo* que no podemos hacer prevalecer el derecho sucesorio sobre la doctrina de los actos propios, máxime cuando estamos hablando de derechos privados y patrimoniales de contenido económico como es la legítima hereditaria.

Comparto con el juez *a quo* que la acción de nulidad se encontraba prescripta pues en este particular caso la nulidad es de tipo relativa y por ende sujeta al plazo de prescripción breve, hoy dos años.

No nos encontrábamos frente a un derecho indisponible, ni frente a normas imperativas de orden público; sino, frente a normas imperativas de no orden público y por lo tanto susceptibles de ser suplidas por acuerdo de partes.

Confirma esto la posibilidad que nos ofrece el CCyC de que la partición pueda realizarse por los herederos siempre que se den estos tres elementos: 1) estén presentes, 2) sean hábiles y 3) la partición sea con el acuerdo unánime. Pues bien, en el contrato de fideicomiso que estoy comentando se dan todos los elementos.

Y la verdad que la partición de la herencia es un acto que puede ejecutarse antes o después del fallecimiento del causante, y de diferentes maneras. El sistema ha reconocido tradicionalmente como negocios particionales a la donación y el testamento, ¿Y el fideicomiso?

Lo cierto es que tanto la partición privada instrumentada en una donación o un testamento, si ambos fueran inoficiosos, darían derecho a colacionar o reducir, pero nunca a una nulidad, y menos de tipo absoluta. ¿Y el fideicomiso?

No abrigo la menor duda de que el fideicomiso de administración para la planificación de la sucesión puede instrumentar una partición privada por fuera de la donación o el testamento. No hay en la ley de fondo norma expresa que prohíba o limite este acuerdo particional privado, dado que ni la donación ni el testamento son, a mi modo de ver, *numerus clausus*<sup>16</sup>.

## **VIII. ¿Nulidad absoluta o conducta oportunista?**

El precedente “Cardenau” pone en tela de juicio el negocio fiduciario para la planificación patrimonial sucesoria desatendiendo la intención de las partes y los hechos particulares de este caso. No le asiste razón al fiduciario (heredero forzoso) para impugnar el contrato de

---

<sup>16</sup> El hecho de que el contrato de fideicomiso permita la vigencia del negocio fiduciario más allá de la muerte del fiduciante es una muestra clara de que el CCyC admite este negocio particional fiduciario *pre mortem*. O sea, ya no se trata de partir por donación, sino que podemos partir la herencia mediante un fideicomiso de planificación patrimonial con efecto sucesorio. El artículo 1668 CCyC confirma la tesis de que el fideicomiso es un vehículo eficiente para la planificación y partición de la herencia.

fideicomiso -tal como estaba estructurado – invocando que la legítima es de orden público y por lo tanto el negocio fiduciario pactado un acto nulo absoluto<sup>17</sup>.

Confirmar esta tesis contradice la propia institución de la legítima que como venimos explicando está muy lejos de ser un derecho que merezca semejante tutela estatal; precisamente, por su naturaleza patrimonial de contenido económico.

## **IX. La mirada del fideicomiso de planificación patrimonial con efecto sucesorio desde la perspectiva contractual**

Tanto la donación como el fideicomiso son negocios distributivos, el primero podríamos llamarlo típico, mientras el segundo podría calificar como atípico; mientras el contrato de donación está íntimamente ligado a la partición sucesoria, el contrato de fideicomiso se parece más un “líbero” o un jugador número 5 pudiendo destinarse a múltiples propósitos negociales, entre ellos, planificar la distribución de los bienes en vida del causante. Cualquiera sea el negocio de planificación sucesoria que elijamos no hay dudas de que deben amalgamarse con las normas imperativas del derecho sucesorio.

Ahora bien, las normas imperativas del régimen sucesorio tampoco pueden “*tirar por tierra*” las normas imperativas del derecho contractual. El derecho a la legítima (amparado por una norma imperativa del derecho sucesorio) no puede tirar por tierra y dejar sin efecto la buena fe y la lealtad negocial (amparada por una norma imperativa del derecho contractual).

Decretar la nulidad absoluta del negocio fiduciario bajo el argumento de que se ha violentado la legítima hereditaria como si ésta fuera un derecho patrimonial de grado superior; es desmerecer el negocio fiduciario particional poniéndolo literalmente “*contra las cuerdas*”.

## **X. El fideicomiso sobre herencia futura: ¿nulidad absoluta?**

Cabe recordar aquí que el código vigente sanciona con nulidad, por defecto de objeto, el fideicomiso sobre “herencia futura”. El artículo 1760 CCyC así lo ordena en forma expresa y contundente. Ahora bien, la prohibición de fideicomiso sobre herencia futura no implica, necesariamente, que la sanción sea la nulidad absoluta del negocio fiduciario. La defensa de la legítima hereditaria no habilita llegar a semejante conclusión, máxime cuando el propio código permite el pacto de herencia futura como negocio de planificación válido. El plazo de prescripción para solicitar la nulidad del fideicomiso sobre herencia futura será el previsto en el artículo 2560 conforme lo indicado en el artículo 2554 CCyC.

---

<sup>17</sup> Veamos el siguiente pasaje “*una planificación sucesoria por vía contractual prohibida por la ley ...*” “*Es necesario recordar a esta altura de la exposición (...) que la voluntad de las partes no puede dejar sin efecto en las que está interesado el orden público (...) y tanto la prohibición de los acuerdos sobre herencia futura, como así también la legítima de los herederos se incluyen, sin hesitación en esta parcela de derechos indisponibles*”. “*Un contrato de planificación patrimonial no puede quebrantar los derechos hereditarios (...) en los que está involucrado el orden público (...)*” “*los pactos de herencia futura son nulos en nuestro derecho y siendo de nulidad absoluta son inconfirmables (...)*”

Lo mismo podemos decir respecto del viejo artículo 1175 CC que prohibía el pacto de herencia futura. Lo cierto es que la nulidad de aquel pacto no era de carácter absoluta; sino de tipo relativa. Haciendo una indagación sobre el interés jurídico tutelado (derechos patrimoniales de contenido económico) no podemos menos que concluir que la sanción de nulidad escapa a la nulidad absoluta. Y esto lo confirma hoy, el artículo 386 CCyC.

## **XI. El caso Cardenau: un antecedente que debe ser cuidadosamente interpretado a la luz del código vigente**

El precedente alarma por los propios hechos del caso y la nulidad absoluta decretada por el tribunal de alzada frente a un fideicomiso de planificación patrimonial, bajo el argumento de que la legítima hereditaria es un derecho de orden público.

Para mí se trató de una verdadera planificación patrimonial donde el dueño de las fracciones de tierra acordó con su heredero forzoso legitimario ceder dichos activos productivos a sus nietos (hijos del fiduciario). Una verdadera planificación que buscó hacer más eficiente la transmisión de la herencia evitando los costos transaccionales de un expediente sucesorio; pero ahora, el heredero desea hacerse de los bienes para disponerlos; hasta incluso venderlos, violando lo pactado. Probablemente, el causante haya intentado con esta planificación consensuada la intención de asegurar la continuidad de su empresa (explotación agropecuaria) cediendo los campos a sus nietos y, por lo tanto, evitar que su hijo lo disponga liquidándolo. En definitiva, asegurar que los bienes productivos pasen a la tercera generación.

Para mí, una planificación sucesoria válida, eficaz y oponible.