

MADRID, 28 A 30 DE MAYO DE 2012

XV  **JORNADA NOTARIAL
IBEROAMERICANA**

**UNIÓN INTERNACIONAL
DEL NOTARIADO LATINO**

Tema III

PERSONA, FAMILIA y SUCESIONES

Experiencias en Ibero América

Título: LA DISPONIBILIDAD DEL PATRIMONIO POR CAUSA DE MUERTE: LEGÍTIMA, FIDEICOMISO TESTAMENTARIO Y PROTOCOLO DE LA EMPRESA FAMILIAR.

Autor: Notario María Angélica Vitale

Integrante del Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Entidad miembro del Consejo Federal del Notariado Argentino.

República Argentina.

<u>Sumario.</u>	Pág.
Ponencias.	5
I. Legítima.	7
II. Testamentos.	10
III. Presentación del contrato de Fideicomiso.	15
IV. Fideicomiso testamentario.	17
V. Fideicomiso por acto entre vivos para tener efectos después de la muerte del constituyente.	27
VI. Nueva visión del Patrimonio. Empresa Familiar.	33
VII Partición.	34
VIII. Empresa Familiar. Régimen jurídico argentino.	37
Bibliografía.	40

PONENCIAS.

Testamentos.

Debe adaptarse y reformularse el derecho que regula la legítima hereditaria de acuerdo a la realidad social y a los valores de la sociedad actual, creando un régimen más igualitario en el que el causante pueda distribuir la herencia teniendo en cuenta, además del factor biológico, las necesidades, aptitudes, edades, situaciones sociales y desigualdades naturales que diferencian a un heredero de otro.

Otras disposiciones mortis causa.

Propiciándose el fideicomiso testamentario o contractual como un medio apropiado para la protección que brinda la porción legítima a los herederos forzosos, debe impulsarse su regulación específica como un instrumento valioso para la planificación hereditaria que puede compaginar perfectamente con el régimen sucesorio vigente en la Argentina.

Se propone adecuar la legislación que hace referencia a las incompatibilidades notariales, a la posibilidad cierta de que el notario sea fiduciario, puesto que reúne las condiciones de un buen hombre de negocios y una persona idónea para su cometido, en la misma medida que se admite sin discusión su posibilidad de ser albacea testamentario atento lo que dispone el art 3664 a contrario sensu del Código Civil Argentino.

Asimismo, debe impulsarse la legislación que produzca el reconocimiento estructural de la empresa agropecuaria a un régimen codificado ya que los demás

contratos - de colaboración empresaria entre otros - han perdido actualidad frente a una economía dinámica y globalizada y porque no, también digitalizada.

Se concluye que en el “protocolo familiar” los firmantes se comprometan a otorgar aquellas disposiciones testamentarias que sean congruentes con los compromisos adquiridos, de manera libre y voluntaria y con pleno respeto de la voluntad individual en cuanto al patrimonio personal o al resto de los bienes.

I. LEGITIMA.

El principio de la libertad que es inherente a los sujetos en las relaciones de derecho privado rigen entre los mismos para regular sus intereses lo cual significa que los límites o restricciones son la excepción y la libertad es la regla.

Este principio tiene tal potencia que cualquier intento aún normativo de limitar esta libertad fuera de los límites propios del derecho es inconstitucional.

Por ello los arts. 14 y 20 de nuestra Constitución Nacional expresan que todos los habitantes del país, nacionales o extranjeros tienen plena facultad conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio para usar y disponer de sus bienes y este derecho se prolonga más allá de la vida del “ente persona” cuando la voluntad se manifiesta por testamento (arts. 947 y 952 del Cód. Civil).

A lo largo de la historia del derecho la libertad de testar, es decir el principio absoluto de la autonomía de la voluntad, va siendo dejado de lado en aras del principio de la protección de los herederos forzosos y aparecen diversos sistemas de ejercer dicha protección, que nos hacen concluir que el principio de la libertad absoluta ya no es sostenido en la actualidad del derecho, si bien existe una tendencia a un respeto mayor a la autonomía de la voluntad, existe un principio moderador que procura evitar la desprotección y ampara el interés familiar y a aquellas personas que necesitan especial tutela.

Sostienen los autores en general que nuestro derecho exhibe las cuotas más altas de legítima e impera el principio general del codificador de la intangibilidad de la legítima (art 3958) .Sin perjuicio de ello es hoy opinión que esto ya no rige en su totalidad, ya que la ley 14394 estableció la posibilidad de establecer por testamento una indivisión de bienes por un plazo de 10 años y se ha consagrado el derecho del cónyuge supérstite a la protección de su derecho real de habitación (3573 bis) .

Como corolario a estas excepciones la ley 24441 permite la constitución de un fideicomiso, ya sea en vida del fideicomitente o por medio de un testamento.

En cuanto a esto nadie duda de que puede hacerse si los bienes dados en fiducia no afectan la legítima y se sostiene que no puede afectar a la misma siempre que sean beneficiarios todos los herederos forzosos o un heredero incapaz pudiendo en este caso durar hasta que cese la incapacidad o como máximo por el plazo de 30 años.

La protección de la legítima es considerada de orden público. Un ejemplo de dicha protección es el fallo dictado por la Cámara Nacional en lo Civil Sala F del 3/11/2005 en los autos "Vogelius Angélica T y otros c/ Vogelius Federico y otro" , donde se dispuso frente al reclamo de dos herederas forzosas contra los coherederos que han recibido bienes inmuebles del causante como resultado de un fideicomiso a su favor constituido en el exterior, por sentencia de primera instancia, rechazar la demanda y por resolución de la Cámara revocar la misma invocando que los coherederos que han recibido bienes inmuebles por constitución de un fideicomiso gratuito deben colacionar respetando el principio de igualdad entre los herederos forzosos y assimilar el acto a las donaciones entre vivos que son colacionables.

Cuadro de las porciones legítimas.

En nuestro derecho según el artículo 3714 de código civil son herederos forzosos..."Aunque no sean instituidos en el testamento aquellos a quienes la ley reserva en los bienes del difunto una porción que no puede privarlos justa causa de desheredación". Esta porción es precisamente la legítima que define el artículo 3591 del mismo cuerpo legal como un derecho de sucesión limitado a una porción de la herencia.

Esta restricción impuesta por la legítima supone la existencia de herederos forzosos, sin que esto nos lleve a confundir al heredero legítimo con el heredero legitimario. La legítima de nuestro derecho que se jacta de ser una de las más altas responde al siguiente cuadro:

*** Ascendientes: $\frac{2}{3}$ de los bienes

*** Descendientes: $\frac{4}{5}$ de los bienes

*** Cónyuge: $\frac{1}{2}$ de los bienes si no existen ascendientes ni descendientes, sin perjuicio de su derecho sobre los gananciales.

*** Nuera viuda sin hijos, $\frac{1}{4}$ de la porción que le hubiere correspondido al cónyuge premuerto.

El planteo del tema se origina en dos interrogantes básicos:

¿Es necesario adaptar el instituto de la legítima al concepto de familia actual?

¿Un sistema de legítima elevado atenta contra la seguridad jurídica y el tráfico inmobiliario?

Indignidad y Desheredación

Tanto una como otra se encuentran estrechamente vinculadas con “ la legítima” y así como una porción del patrimonio del causante está reservado a sus legitimarios éstos pueden ser privados de la misma (art. 3744)

Se justifica la doble regulación por los fundamentos de cada una de las figuras, ya que en la indignidad se considera contrario a la moral que el sucesor que ofendió al causante reciba de éste todo o parte de su patrimonio en cambio en la desheredación el testador puede excluir de su herencia a los herederos forzosos en su testamento por las causales previstas en la ley.

Derecho comparado.

En el derecho comparado existen tres sistemas legislativos

- 1) El sistema de la libertad de testar; es propio de los países del common law o sea Inglaterra, Canadá, Estados Unidos, Méjico, Honduras, El Salvador, Nicaragua, Costa Rica, Panamá.

- 2) El sistema de la legítima que establece a favor de ciertos herederos una porción legítima de distribución forzosa: Francia, Italia, Alemania, Uruguay, Bolivia, Brasil y Argentina.
- 3) Régimen legal que establece una porción legítima, pero le acuerda al causante el derecho a mejorar con una cuota de ella a los herederos legitimarios a saber: España, Chile, Colombia, Perú, Puerto Rico y en ciertos aspectos Argentina.

En este sistema se puede establecer lo siguiente: 1) una reserva de toda la herencia para determinados herederos y su distribución entre los mismos (Código Civil Soviético de 1922) 2) una reserva de parte de la herencia que se divide a su vez en a) con distribución forzosa y cuota variable según el número de herederos (Código Francés, Uruguayo e Italiano) 3) Con distribución forzosa y cuota única invariable (Código Civil Argentino y el Suizo) 4) Con distribución forzosa y porción de libre disponibilidad “mejora” (Código Civil Español, Argentino, Colombiano, Chileno, Peruano y Puertorriqueño).

II. TESTAMENTOS.

El testamento en un sentido estrictamente patrimonial es un negocio jurídico por el cual se efectivizan actos de disposición de bienes para después de la muerte. Tiene carácter unilateral, (art 3618 y 3619 CC) y es este carácter que dirime la autosuficiencia dispositiva y el tipo personalísimo e indelegable de la manifestación de la última voluntad. Es un negocio jurídico y definimos a esto: decimos que negocio jurídico es toda declaración o comportamiento por el que se constituyen preceptos o normas de autonomía privada.

El artículo 3607 dice expresamente que el testamento es un acto escrito, el cual para tener validez debe ajustarse a las solemnidades que prescribe la ley (art 3632) y que además las mismas son requisito esencial (art 3622).Por lo tanto, el acto que no se acomoda a las formalidades establecidas por la ley carece de validez

(art.1183). Por todo ello la nulidad originada por la omisión de las formalidades esenciales exigidas por la ley es absoluta. No hay testamento si el instrumento que contiene la última voluntad del otorgante adolece de un defecto de forma esencial.

Vamos a analizar rápidamente el testamento por acto público partiendo de la premisa de que los colegas lo conocen:

En el testamento por acto público existen requisitos esenciales y subsidiarios. El testamento por acto público es hecho en escritura pública, por lo tanto deben llenarse en él los requisitos comunes a las escrituras públicas, las formas y solemnidades impuestas para los testamentos. Un testamento por escritura declarada nula sería nulo como testamento.

Por ello no puede aplicarse el art. 987 que convertiría un instrumento público en privado, en este caso un testamento por acto público en testamento ológrafo por la sencilla razón de que le faltaría el requisito esencial de los testamentos ológrafos que es ser escrito en su totalidad por el disponente, salvo que hubiere sido escrito por el testador de su puño y letra en el protocolo notarial. Las formas requeridas para el testamento por acto público deben cumplirse todas bajo pena de nulidad.

Los testamentos por acto público en cuanto a sus formas se rigen por los requisitos que la ley reputa esenciales y subsidiariamente por las normas establecidas para los instrumentos públicos y particularmente para las escrituras públicas.

Requisitos esenciales: bajo pena de nulidad del testamento son los siguientes:

- 1. La expresión del lugar,**
- 2. Su fecha,**
- 3. El nombre de los testigos, su residencia y edad,**

4. Si el escribano ha redactado el testamento o si solo ha recibido por escrito sus disposiciones, esto es lo que dispone el art 3657 del CC.

Se ha expresado en distintas oportunidades la justicia en cuanto al concepto de enunciar el nombre de los testigos con alguna deficiencia, o sea con error, resolviendo que esto no invalida el testamento. La residencia debe expresarse indicando el lugar donde viven.

La edad ha dado lugar a polémicas en la doctrina y la jurisprudencia tanto judicial como notarial. No basta que se diga que son mayores de edad, debe consignarse el número de años que tiene el testigo, si así no se hace el testamento será nulo. Sin embargo el error sobre esto no lo invalida como tampoco lo invalida el error sobre la capacidad.

Formalidades sobreabundantes: el empleo de formalidades inútiles o sobreabundantes no vicia un testamento (art. 3628), o sea lo superfluo no daña porque no quita valor a las formalidades cumplidas.

La ley exige 3 testigos y si están presentes 5 se comprende que tiende a asegurar más la voluntad del testador.

Respecto al oficial público autorizante, o sea el escribano, se encuentra firmemente regulado por la disposición del art. 3653 que expresamente prohíbe al escribano pariente del testador en línea recta en cualquier grado que sea y en línea colateral hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad inclusive, concurrir a la redacción del testamento.

El sordo, el mudo y el sordomudo no pueden testar por acto público según lo dispone el art 3651 , sí puede hacerlo el ciego . La presencia de los tres testigos residentes en el lugar hace a que el testador pueda dictarle al escribano, o dárselo por escrito, o darle las instrucciones escritas para que lo redacte; en este aspecto se han expresado las distintas cámaras en el país.

En cuanto al conocimiento de los testigos por el escribano el código nada dice al respecto, pero la reforma de los artículos 1001 y 1002 referente a la fe de conocimiento no reformó este aspecto por lo cual la misma debe ser vertida en cuanto a los testigos.

La lectura del testamento debe ser hecha por el escribano al testador bajo pena de nulidad, en presencia de los testigos quienes deben verlo en el acto, así también cuando firma art 3658 CC y si uno de los testigos no firmara debe al menos firmar a ruego uno de los otros dos. Esta norma ha sido exigida sobre manera por los tribunales, o sea que debe darse lectura al testamento ante los testigos y expresar el mismo que estos lo han visto, ello debe constar en el mismo cuerpo del instrumento bajo pena de nulidad.

El aspecto del conocimiento del testador por el escribano ha sido motivo de diferencias. Para el caso de que el testador no pudiese firmar y no lo hace debe expresarse la causa y firmar por él otra persona o uno de los testigos

Clases de testamentos.

- 1. Ológrafo: de puño y letra del testador con fecha y firmado manuscrita por el testador.**
- 2. Por acto público: el que se lleva a cabo ante un escribano y tres testigos, en el protocolo de aquél, conforme a las normas de las escrituras públicas ,con el cumplimiento de las solemnidades de ellas y las específicas del carácter testamentario.**
- 3. Cerrado: seta forma de testar tiene caracteres análogos a las dos formas anteriores y queda en una situación intermedia entre las mismas. Es manuscrito por el testador, guardado en un sobre, entregado a un escribano con la manifestación expresa de que contiene su testamento ante cinco testigos, el escribano labrara acta y extenderá en la cubierta del sobre los datos de quien se lo entregó y el nombre, edad y domicilio de los testigos.**

4. **Militar:** forma de testar que hoy ha perdido relevancia y utilidad práctica, se conserva codificado por tradición.
5. **Naval:** al igual que el anterior tiende a solucionar un caso de emergencia para quien quiere testar y se encuentra embarcado.
6. **Aeronáutico:** la evolución de la vida moderna ha llevado a dar importancia a esta forma de testar que se entiende se hará ante el comandante de la aeronave.
7. **Testamento diplomático:** será extendido por aquellas personas que por razones circunstanciales de excepción se encuentran lejos del territorio argentino y que quieran testar bajo las formas de su país.
8. **En caso de epidemias:** si no existiere notario en el lugar podrán hacerlo ante el delegado municipal.
9. **Testamentos extranjeros:** son aquellos que siendo otorgados en un país extranjero se pretende darles efectos legales en Argentina. Vale decir que quien va a testar puede optar por la ley del lugar, la de su nacionalidad, y las del código civil argentino. Deberá ser protocolizado en registro notarial (Art.3690 y concordantes código civil argentino).

Formas no admitidas: testamentos conjuntos y orales

Objeto del testamento.

El primero se refiere al aspecto patrimonial de la persona (Art. 3607 del C. Civil) y el segundo al familiar referido al reconocimiento de hijos o el nombramiento de tutores.

El objeto del testamento, ha llevado a una controversia doctrinaria y judicial en cuanto a las condiciones lícitas que pueden en ellos estar establecidas, como:

A. La condición de no atacar el testamento o alguna manda en particular que entendemos debe ser declarada inválida

B. La condición de aceptar pura y simplemente, según el artículo 3362 de nuestro código civil, el testador no puede ordenar al heredero, sea legítimo o extraño, que acepte la donación sin beneficio de inventario.

C. La condición de no enajenar: en esta se establece un plazo máximo de 10 años.

D. La condición de no dividir la herencia (Art 51. ley 14.394). Se ha interpretado en este caso el plazo máximo de diez años.

E. La condición de no aceptar una herencia: en este caso, hay que distinguir tres hipótesis, a saber: La primera, que la sucesión no haya sido aun abierta; la segunda, que habiendo sido abierta no haya sido todavía aceptada y la tercera que haya sido abierta y aceptada.

F. Otras condiciones que podemos denominar suspensivas o resolutorias.

III. PRESENTACION DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO.

Existen diferencias entre fideicomiso contractual y testamentario. No es igual contratar un fideicomiso que testarlo y estaremos ante “un testamento con mandas fiduciarias”.

Marco legal.

El contrato de fideicomiso se introdujo al derecho argentino con la Ley 24.441 del año 1995, sin perjuicio del art 2662 del Código Civil.

Sujetos :

a) Fiduciante :

La figura aparece en los arts 1º, 2º y 18 de la ley 24441, está obligado a transmitir los bienes al fiduciario según lo establecen el contrato o el testamento y este carácter puede acoplarse al de beneficiario

b) Fiduciario:

Puede ser una persona física ó jurídica, en este caso necesita estar autorizada por la Comisión Nacional de Valores que debe llevar un registro especial de fiduciarios en cuanto los fideicomisos financieros y fideicomisos públicos.

Es quien recibe la propiedad fiduciaria de los bienes y son sus deberes ** llevar contabilidad separada de los bienes fideicomitidos

* identificar cada uno de ellos fehacientemente

* contratar seguros

* rendir cuentas periódicamente

* identificarse como fiduciario cuando negocie por el fideicomiso

c) Beneficiario:

Es quien recibe los beneficios que establece el contrato de fideicomiso o el fideicomiso establecido por testamento .

La ley en su art 2º ordena que debe individualizarse al beneficiario que puede existir o no al monto del fideicomiso. Asimismo pueden existir más de un beneficiario y a su vez sustitutos de los mismos.

El beneficiario está facultado para exigir al fiduciario la rendición de cuentas de su administración.

d) Fideicomisario: La ley no aclara debidamente esta figura, pero en su art 26 dice que es quien está llamado a recibir la propiedad de los bienes una vez extinguido el fideicomiso, y lo menciona en la cadena de sustituciones que prevé en su art 2º.

Es decir, siempre existirá al finalizar el fideicomiso ya sea el beneficiario, el fiduciante, los sucesores de éste o un tercero.

Objeto:

La transmisión de los bienes al fiduciario, para que esté cumplida la condición establecida y los transmita al beneficiario o fideicomisario.

Para que todo ello pueda cumplirse debe existir:

* individualización de los bienes

* evolución de los bienes fideicomitidos

* transferencia de los bienes

- * creación de un patrimonio de afectación
- * propiedad fiduciaria o dominio fiduciario como indistintamente los designa la ley.

IV. FIDEICOMISO TESTAMENTARIO.

Definición.

Hemos adoptado la que expresa Francisco Ferrer en su obra Fideicomiso testamentario pag 89: *“El fideicomiso testamentario existirá cuando una persona (constituyente, fiduciante o fideicomitente) disponga por testamento transmitir la propiedad fiduciaria de su herencia, de una cuota de la misma o de bienes determinados a otra (adquirente mortis causa fiduciario) a quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien designe el testador (beneficiario) y a transmitir dicha propiedad al cumplimiento de un plazo o condición, a los herederos del testador al mismo beneficiario o al fideicomisario”*

Régimen legal.

Debemos advertir que la figura que nos ocupa aparece solamente en 2 ocasiones:

- I) en la modificación del art 2662 C Civil y
- II) en el art 3º de la ley 24441

El nuevo texto del art 2662 dice: **“Dominio fiduciario es el que se adquiere por contrato o por testamento, y está sometido a durar hasta la extinción del fideicomiso para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley”** .

El art 3º de la ley 24441 dice: **“El fideicomiso también se constituirá por testamento extendido en algunas de la formas previstas por el Código Civil el que contendrá al menos las enunciaciones requeridas por el art 4º...”**

Podemos concretar que rigen el fideicomiso testamentario: el art 4° de la ley 24441 respecto al contenido y el art 10° respecto a la sustitución del fiduciario sin perjuicio del Código Civil en materia de formas testamentarias.

Sujetos intervinientes.

Definición de los sujetos intervinientes en el fideicomiso testamentario:

1) Fideicomitente, fiduciante o constituyente (testador)

Capacidad: debemos remitirnos a este respecto a la regulación de la capacidad para testar.

Derechos para ejercer por el fiduciante o quienes le sucedan.

- a) Derecho de exigir rendición de cuentas al fiduciario,**
- b) derecho de accionar frente al incumplimiento,**
- c) derecho a opinar y ser escuchado,**
- d) derecho a exigir la transmisión de los bienes en cabeza del beneficiario,**
- e) Derecho a designar beneficiarios sustitutos,**
- f) Derecho a ejercer acciones en protección de esos bienes, con autorización judicial.**

2) Fiduciario.

Definición:

Está designado por el fiduciante en el testamento y adquirirá mortis causa la posesión y la titularidad fiduciaria de los bienes fideicomitidos, y como en el fideicomiso en general puede ser persona física o jurídica

Capacidad: en general es la misma que establece el Código Civil para contratar.

Derechos

- a) de aceptación o rechazo**
- b) a percibir una remuneración**
- c) al reembolso de gastos**

Deberes:

El fiduciario elegido por el testador será quien reúna las condiciones de un buen hombre de negocios, o sea una persona idónea para su cometido. El art. 6° de la ley 24.441 establece “El fiduciario deberá cumplir las obligaciones impuestas

por la ley o la convención con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él”.

En la figura clásica e históricamente aceptada del fiduciario se destaca la necesidad de que el mismo posea la diligencia del buen hombre de negocios que aparece en otros textos legales de nuestro ordenamiento jurídico y plantea una visión subjetiva de la “diligencia” y lo asimila con los cuidados y el celo en el cumplimiento de cualquier tarea confiada, que será la diligencia que el fiduciario deberá emplear en la administración encomendada y esto debe conjugarse con el componente objetivo que implica la culpa juzgada según los parámetros del art. 512 del Cód. Civil.

Asegura Ricardo Lorenzetti en su Tratado de los Contratos Tomo III. que la gestión del fiduciario es una obligación de medios que no garantiza el resultado salvo pacto expreso de modo que la eficacia no se promete.

La transferencia a título de confianza es rasgo primordial, único y definitorio que caracteriza a este instituto. Se transmite el bien porque se tiene la confianza en que el adquirente cumplirá el encargo encomendado. No hay título oneroso, pero tampoco es un “regalo” sino que el fiduciario la recibe como medio para la ejecución del encargo respecto al bien transmitido. Tampoco es una liberalidad, entonces, ¿para que se hace? Exclusivamente para que el fiduciario le dé a los bienes el destino determinado por el fiduciante.

La elección del fiduciario es a nuestro entender la resolución más trascendente a tomar por el fiduciante, pues de su idoneidad para el cargo depende en gran medida el logro del objeto del contrato de fiducia. Al ser la confianza el fundamento de la misión encomendada al fiduciario, es natural que el fiduciante elija a quien la merece.

El principio general es aquel por el cual el fiduciario tiene todas las facultades para cumplir la finalidad encomendada con las limitaciones que surjan

de lo encargado, y es de la esencia del fideicomiso que el fiduciario cumpla las directivas que le impone el fideicomiso testamentario, también las obligaciones indelegables que surgen de la ley como buen administrador de bienes ajenos.

La diligencia del buen hombre de negocios que aparece en otros textos legales de nuestro ordenamiento jurídico plantea una visión subjetiva de la diligencia, cuidados celo en el cumplimiento que el fiduciario deberá emplear en la administración encomendada, esto debe conjugarse con el componente objetivo que implica la culpa juzgada según los parámetros del art 512 del Código Civil.

El fiduciario deberá desempeñar su cometido observando la prudencia, la diligencia, y conocimiento que se le suponen condiciones que el fiduciante habrá tenido en cuenta para designarlo. Responde por lo tanto según los parámetros marcados por el art 909 cuando dice " Para la estimación de los hechos voluntarios, las leyes no toman en cuenta la condición especial o la facultad intelectual de una persona determinada a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes En estos casos se estimará el grado de responsabilidad por la condición especial de los agentes..."

Se indica que el criterio del "buen hombre de negocios" que la ley argentina 19.550 (Ley de Sociedades comerciales) consagra para medir la responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales constituye un buen parámetro para juzgar el desempeño del fiduciario teniendo presente que un buen hombre de negocios no será necesariamente quien deba hacer "buenos negocios" sino quien adopte todos los recaudos que la ponderación y el sano juicio aconsejen.

Que la gestión del fiduciario es una obligación de medios que no garantiza el resultado salvo pacto expreso de modo que la eficacia no se promete asegurada " Lorenzetti Ricardo L en su Tratado de los Contratos Tomo III."

Está dicho repetidamente que deberá emplear en la administración de los bienes fideicomitidos, la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios,

que no nos cabe duda actúa sobre la base de la confianza que se ha depositado en su persona para el cumplimiento del objeto del fideicomiso y la protección de los intereses del beneficiario”

La pauta básica y genérica de conducta que deberá mostrar es la de actuar como “ un buen padre de familia” , y esta como la de un buen *hombre de negocios no personifican* ni la paternidad ni el ejercicio del comercio. La transferencia a título de confianza es rasgo primordial único y definitorio que caracteriza a este instituto.

Se transmite el bien porque se tiene la confianza en que el adquirente cumplirá el encargo encomendado. No hay título oneroso, pero tampoco es un “regalo” sino que el fiduciario la recibe como medio para la ejecución del encargo respecto al bien y transmitirlo. Tampoco es una liberalidad, entonces, ¿para qué se hace? Exclusivamente para que el fiduciario le dé a los bienes el destino determinado por el fiduciante.

La elección del fiduciario es a nuestro entender la resolución más trascendente a tomar por el fiduciante pues de su idoneidad para el cargo depende en gran medida el logro del objeto del contrato de fiducia. Al ser la confianza el fundamento de la misión encomendada al fiduciario, es natural que el fiduciante elija a quien la merece.

El principio general es aquel por el cual el fiduciario tiene todas las facultades para cumplir la finalidad requerida con las limitaciones que surjan de lo encargado, es de la esencia del fideicomiso que el fiduciario cumpla las directivas que le impone el fideicomiso y las obligaciones indelegable que surgen de la ley como buen administrador de bienes ajenos.

El buen hombre de negocios es la persona capacitada técnicamente, para ser depositada en el la confianza y tiene conducta intachable. La diligencia de un buen hombre de negocios, plantea una visión subjetiva de la diligencia, cuidado y

celo en el cumplimiento exigido por el fiduciario de la administración encomendada.

Este concepto evoca la imagen de una persona atenta a los acontecimientos, que entiende las exigencias de su posición y procura responder a las expectativas puestas en su desempeño. ¿Quién mejor que un notario? El rol se profesionaliza en el notario, ya que por las características de su profesión puede generar la estructura fiduciaria exigida que permita el mayor provecho a favor de los beneficiarios en los actos que realice tanto de administración como de disposición de los bienes fideicomitidos. La figura del albacea testamentario y de la lectura de los artículos 3844 al 3874 del Código Civil argentino que regula al albacea testamentario se desprende la similitud de ambas figuras, por sobre todo en cuanto que ambas están caracterizadas por el depósito de la confianza para la ejecución de la voluntad del testador.

A los escribanos su imagen tradicional de honestidad, imparcialidad y profesionalismo los hace candidatos naturales en el trabajo interdisciplinario al que obliga el cumplimiento del contrato de fideicomiso. El escribano, el notario, es depositario de la fe pública, es decir, de la “optima fide” contrato de confianza exigido por la figura del fideicomiso en general y del fideicomiso testamentario en especial.-

4) Beneficiario.

Definición: La doctrina coincide en señalar en que el beneficiario en el fideicomiso testamentario es sucesor “ mortis causa” del testador. Únicamente lo considera un tercero y finalmente las XVII Jornadas de Derecho Civil , por mayoría expidieron esta definición:” el beneficiario es un legatario de frutos o de prestaciones periódicas de dinero y tiene derecho personal a obtener que el fiduciario cumpla las prestaciones a su cargo”

La mayoría ha entendido que puede coincidir con el fideicomisario y podrá por lo tanto ser heredero forzoso o, legatario; no puede aceptarse la postura de Zannoni porque alteraría el régimen sucesorio de la ley argentina.

Objeto y porción que le corresponda que coincide con los beneficios del fideicomiso y si existen varios beneficiarios y no se establecen porciones se entiende que será por partes iguales para cada uno de ellos .

También puede darse el caso de que el beneficiario no exista al monto de testar y se entiende que sólo podría beneficiarlo con su porción disponible (art 2º párraf 1º) y aún no se ha expedido la doctrina si la jurisprudencia respecto a la posibilidad de los embriones crioconservados .

5) Fideicomisario.

Definición:

Aquí nuevamente se encuentra dividida la doctrina, quienes suponen que es sucesor del testador “ mortis causa” al igual que el beneficiario y quienes suponen (Zannoni) que es un tercero lo que consideramos imposible dentro del marco sucesorio en el que nos movemos.

Objeto del Fideicomiso Testamentario.

Bienes singulares o universalidades. Nuevamente se divide la doctrina en este aspecto pues están los que sostienen que solamente podrá armonizar el art 2662 del Cod Civil y los arts de la ley 24441 si hablamos de bienes determinados y los que opinan que puede tratarse de universalidad de bienes .Si efectuamos un balance entre ambas podríamos interpretar que se refiere a universalidades pues se ha derogado en el art 2662 la referencia al fideicomiso singular y dice:”...Dominio fiduciario es aquel que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento...” Asimismo pueden ser objeto del fideicomiso testamentario los bienes materiales e inmateriales susceptibles de valor

Forma.

Es muy claro el Art 3° de Ley 24441 en cuanto que dice que puede ser constituido en cualquiera de las formas que prevé el Código Civil, o sea por testamento ológrafo, por testamento por acto público, por testamento cerrado o cualquiera de los previstos como especiales

Es en este aspecto también existen dos posturas distintas Highton, Mosset Iturraspe y Rivera sostienen que los órganos de la sucesión, el albacea o el juez ante el cual tramita el sucesorio dispondrán lo pertinente para celebrar el contrato de fideicomiso con el fiduciario designado en el testamento...”...y la otra postura indica con Pettigiani que esta doble instrumentación es innecesaria.

En cuanto a su forma debemos agregar que los vicios formales que pudiera tener el testamento acarrearán simultáneamente la nulidad del fideicomiso que el contiene.

Contenido.

- a) individualización de beneficiario y fideicomisarios
- b) Designación de fiduciario, derechos, obligaciones y sustitución
- c) Individualización de los bienes
- d) Plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario En este aspecto debemos considerar la concordancia entre los artículos 2613, 3598, 3452 del Código Civil en cuanto que el primero de ellos dispone que los testamentos no podrán establecer prohibiciones de enajenar mayor de diez años, la doctrina señala la vigencia del artículo 3598 en cuanto dispone “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”. Por lo tanto se ha dicho que si el fideicomiso altera la porción legítima pueden reclamar la nulidad por este mismo artículo.

Por otra parte, el artículo 3452 deja claro que los herederos, los acreedores y los que tengan un derecho declarado por las leyes están legitimados a pedir la partición... En este aspecto la ley 14.394 atenuó estas prohibiciones en sus

artículos 51/52/53. Por último la Ley 24.441 establece en su artículo 97 que se deja “sin efecto toda norma legal que se oponga al contenido de la presente ley”,

- e) Destino de los bienes: Esto estará definido con la institución de herederos o legatarios que contenga el fideicomiso testamentario.
- f) La individualización de los bienes objeto del contrato ..En caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de celebración del fideicomiso constará la descripción de los requisitos y características que deberán reunir los bienes.
- f) La determinación del modo en que otros bienes podrán ser incorporados al fideicomiso.
- g) El plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario el que nunca podrá durar más de 30 años desde su constitución salvo que el beneficiario fuere un incapaz caso en el que podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad.
- h) El destino de los bienes a la finalización del fideicomiso
- i) Los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo si cesare. y remite a los arts 10 y 9 para el supuesto en que el fiduciario no acepte

Principios sucesorios que debe respetar el fideicomiso testamentario.

Como la figura ha sido instaurada en un régimen sucesorio de orden público su implementación debe coordinarse con el mismo y para que sea válido debe respetar aquellos principios que son inmodificables por la sola voluntad de las partes.

- a) El sistema de legítimas (art.3591 y sig del C Civil)
 - b) La imposibilidad de poner gravámenes o condiciones a las porciones legítimas (art.3598)
 - c) El régimen de incapacidades para suceder (arts 3736,3737,3738,3739,3740,3664,3686)
 - d) La prohibición de las sustituciones fideicomisarias (art.3723,3724)
 - e) La prohibición de no enajenar (3732)
 - f) El principio de que la herencia se transmite a la muerte del causante
- Según nuestra legislación son herederos con derecho a porción legítima:

- a) descendientes (4/5)
- b) ascendientes (2/3)
- c) cónyuge (1/2)
- d) Nuera viuda sin hijos (1/4) de la parte del cónyuge premuerto

Registración.

Si se encontraren bienes registrables la transmisión de dominio fiduciario deberá operarse además en los registros respectivos.

Nulidades del fideicomiso testamentario

- a) Nulidad en contra de las incapacidades para suceder. (ej: del escribano o de los testigos)

En este caso estamos frente a una nulidad relativa

- b) Nulidad de la sustitución fideicomisaria o sea está prohibida y es nula todo aquello que está considerado en los arts 3723 y 3724 del C Civil.
- c) Nulidad del fideicomiso testamentario sobre la universalidad de la herencia o sobre una cuota parte de la misma. (ver art 4 de la ley 24441)
- d) Existiendo herederos forzosos el fideicomiso solo puede establecerse sobre la cuota de libre disposición, siendo nulo el que vulnere el derecho de legítima.
- e) El fideicomisario es un sucesor del testador por lo tanto será nulo el fideicomiso testamentario realizado a favor de quien es incapaz de recibir por testamento.
- f) Las sustituciones fideicomisarias son nulas salvo que el instituido en primer lugar premuera al testador.

V. FIDEICOMISO POR ACTOS ENTRE VIVOS PARA TENER EFECTOS DESPUÉS DE LA MUERTE DEL CONSTITUYENTE.

Es el caso de la constitución de un fideicomiso celebrado en vida del constituyente para tener efectos luego de su muerte, o sea es un fideicomiso contractual celebrado en vida del fiduciante y en beneficio de sus herederos. Es el caso que la doctrina califica de planificación patrimonial, figura corriente en algunos países latinoamericanos y en este caso es de aplicación el art 1790 C Civil por el cual ...” si alguno prometiere bienes gratuitamente, con la condición de no producir efectos la promesa sino después de su fallecimiento, tal declaración de voluntad será nula como contrato y valdrá sólo como testamento si está hecha con las formalidades de estos actos jurídicos”.

Se aplicarán los mismos principios y normas de fondo que regulan el fideicomiso constituido por testamento. Es en este aspecto que existe desencuentro en la doctrina en cuanto aplica el art 1175 CC el que contiene prohibición de celebrar contratos sobre herencia futura. No sería de aplicación entendemos, ya que no comprendería una universalidad de bienes sino bienes particulares y determinados, cuya propiedad fiduciaria se transmite contractualmente al fiduciario.

Cuestiones controvertidas en doctrina respecto al fideicomiso testamentario.

Necesidad o no de la celebración de un contrato.

Para una posición el testamento produce a partir de la muerte del testador y recién cuando medie aceptación por el fiduciario el nacimiento de dicho derecho, Desde otra postura se sostiene que es necesaria la celebración de un contrato entre los órganos de la sucesión y el fiduciario

Objeto del fideicomiso testamentario

Es uno de los temas centrales

Quienes sostienen que solo los bienes determinados pueden ser objeto del acto (1º,4º y 11 de la ley 24441)

Otra posición brega por la interpretación más amplia que contemple las universalidades jurídicas como el patrimonio o a partes alícuotas del mismo

Valor o no del legado de cosa ajena cierta y determinada aún cuando luego de testar se adquiriera la propiedad de ella.

Debe considerarse como válida según la mayoría de la doctrina en tanto cumpla con el art 4 inc a) de la ley y establezca los recaudos para la individualización de los bienes.

El Notario como fiduciario.

El Código de Comercio argentino distingue entre las prohibiciones por incompatibilidades de estado (art 22) y las que provienen de una incapacidad legal (art 24)

La expresión actos de comercio utilizada por la ley y también por la doctrina comercialista puede interpretarse en dos sentidos: a) amplio como actos y hechos comerciales y b) restrictivo como actos de comercio solamente como actos de comercio voluntarios lícitos Asimismo es necesario realizar una definición en cuanto debe ser una profesión habitual que no es otra cosa que una la actividad constante con el propósito de obtener beneficios .Es lo opuesto al ejercicio accidental o aislado de los actos de comercio”...es preciso que esos actos estén ligados y que sean frecuentes y repetidos...”

El art 6 del Código de Comercio argentino primera parte dice que la accidentalidad del acto de comercio no le confiere al ejecutor la calidad de comerciante .La realización de un sólo acto de comercio excluye la idea de la habitualidad que caracteriza en su actividad al comerciante.

Es decir, es necesario que el sujeto realice el ejercicio del comercio haciendo de ello profesión habitual, y por profesión debe entenderse como aquella calidad o

condición social que asume quien para obtener un rédito estable dedica la propia capacidad física intelectual y financiera a una determinada actividad productiva.

El hábito consiste en la reiteración más o menos constante y prolongada de actos de la misma especie. Por consiguiente la calidad de comerciante debe manifestarse en forma de un ejercicio reiterado y relativamente duradero de actos del comercio con el propósito de constituir mediante dicho ejercicio una fuente estable de rédito.

En resumen, la calidad de estado de comerciante se adquiere mediante el ejercicio profesional y habitual de actos de comercio. O sea como medio de vida, es decir como “carrera o modus vivendi económico de las personas “ Dice Etcheverry en “Derecho comercial y económico “ Parte general ed 1994,p 357 “ La actividad mercantil es esencialmente intuitiva ...destinada a una finalidad lucrativa...a ella dedica el sujeto su principal esfuerzo...”, es decir se remarca nuevamente que significa la actividad principal y un ejercicio habitual y profesional.

La ley declara comerciantes a todos los individuos que teniendo la capacidad legal para contratar ejercen por cuenta propia actos de comercio, haciendo de ello su profesión habitual. Se dice que: “...La persona física se hace comerciante y la sociedad nace comerciante...” Según lo expuesto los que verifican accidentalmente algún acto de comercio no son considerados comerciantes.

Alcance del acto de comercio.

La expresión acto de comercio que utiliza el art 8° no está empleada con un alcance estrictamente técnico, sea en el amplio sentido que le da el Código Civil a “acto jurídico”, sea en el menos amplio que la dogmática moderna emplea de “negocio jurídico”.

En la fijación de su alcance chocan las distintas concepciones acerca de la naturaleza del derecho comercial y su relación con el derecho civil.

Podemos clasificar los actos de comercio en a) Actos objetivos, que son aquellos que por su naturaleza la ley declara mercantiles y cuya realización como profesión habitual da el carácter de comerciante; b) Actos por el modo de su realización, por empresa; c) Actos de comercio por su forma, o sea por la naturaleza o índole del instrumento D) Actos de comercio por conexidad.

La especificación en el inc 1 : Toda adquisición a título oneroso de una cosa mueble o de un derecho sobre ella para lucrar su enajenación bien sea en el mismo estado que se adquiere o después de darle otra forma de mayor o menor valor”

La expresión a título oneroso y la especificación de cosa mueble elimina del derecho comercial la adquisición y enajenación de inmuebles, confirmado por el art 452 primer párrafo, incluso cuando con un propósito de especulación, o profesionalmente, o en forma de empresa (como el supuesto de edificar en terrenos propios o adquiridos para vender en unidades en propiedad horizontal o subdividir en lotes para su enajenación.

El fin de lucro ha de entenderse en sentido amplio como propósito o fin de especulación que se presupone cuando el adquirente es un comerciante porque es de la esencia de su actividad por lo cual es indiferente que en el acto específico el fin exista.

Una cuestión fuertemente controvertida fue la consideración de la empresa agraria, que trataremos en especial en su concepto por la relación que el tratamiento del tema del fideicomiso testamentario y el fiduciario designado tiene importancia. El Código claramente en su artículo 452 inc3 declara que no son mercantiles las ventas que hacen los labradores y hacendados de los frutos de sus cosechas y ganados.

La disposición se explica con lo establecido en el inc 1 del art 8, ya que la venta es la segunda fase de un proceso único de intermediación y, por lo tanto, no habiendo compra sino producción natural no hay intermediación. En consecuencia

la actividad agropecuaria clásica no constituye acto de comercio y quien la ejerce es el agricultor no es comerciante.

El ejercicio del comercio por cuenta propia. Ejercicio por cuenta propia de actos de comercio

No todos los actos de comercio enumerados en el art 8° del Cód de Comercio dan al sujeto la calidad de comerciante, ya que hay actos que por su forma aunque sean realizados en forma habitual no confieren a quienes los realizan la calidad de comerciante.

La expresión “de cuenta propia” alude al interés de la persona por cuenta de quien se ejerce el acto. Sin embargo, la frase debería hablar del ejercicio “en nombre propio” en referencia a que el carácter de comerciante lo ostentará quien aparezca directamente vinculado con los terceros. Zabala Rodríguez cita lo establecido por la Cámara Comercial de la Capital en el sentido de que “si el propietario de un establecimiento mercantil lo da en arrendamiento a otra persona que lo explota por su cuenta ésta y no aquél debe ser considerado comerciante.

Otro aspecto posible de análisis se da por el ejercicio habitual y profesional del comerciante que debe referirse a los “actos de comercio” debe versar sobre materia mercantil La operación que realiza un comerciante debe ser un acto comercial para quedar sujeto a la competencia de su propio fuero.

La profesionalidad es otro de los aspectos a considerar al estudiar al notario como fiduciario. El artículo alude al ejercicio del acto de comercio como medio de vida es decir como “carrera o modus vivendi económico de las personas.” La actividad mercantil es esencialmente intuitiva... destinada a una finalidad lucrativa... a ella le devenga su principal esfuerzo...”,o sea, debe ejercerse en forma habitual y profesionalmente.

La calidad de comerciante se adquiere como resultado de la realización de una actividad para la cual la ley no requiere una capacitación especial ni un título habilitante, salvo el caso especial de martilleros y corredores sino que la profesionalidad alude al modo de vida de quien efectúa los actos. La habitualidad requerida por la ley se logra a través de la repetición del acto

Conforme el artículo 6° del Código de Comercio “...quienes verifiquen accidentalmente un acto de comercio no son considerados comerciantes...”. Es conocido el caso en que se expidió la Corte Suprema en cuanto que no consideró incompatible con la función judicial que ejerció el peticionante el hecho de ejercer el cargo de presidente de una sociedad anónima dedicada a la explotación ganadera, ya que lo realizaba fuera del horario de cumplimiento de su función.

Asimismo La Cámara de apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario Sala IV . 20/3/80 Pagano Pascual quiebra La Ley 1981 B 270 se expidió en que la venta de los frutos de la tierra no coloca al productor rural que la realiza en el ámbito propio del ejercicio del comercio. Para que la actividad agrícola derive en actividad comercial debe estar enderezada a constituir actos de comercio, es sabido que no son comerciales las ventas que hacen labradores y hacendados de los frutos de sus cosechas y ganado (art 452, inc3° Cod de Com.), lo que se explica porque la venta mercantil es la segunda fase de un proceso económico de intermediación en el cambio, y por eso la venta requiere en su configuración como acto de comercio (art 8° incs 1°y2° Código de Comercio) una nueva adquisición onerosa-contractual-del objeto vendido.

El fideicomiso es un negocio jurídico y como tal responde a presupuestos como es la capacidad de obrar la legitimación para obrar y la idoneidad del objeto, asimismo sus elementos son los sujetos, el objeto, la causa y la forma.

El deber de imparcialidad se evidencia en el notariado a partir de la aplicación estricta del art 985 del Código Civil. Y del art 17 de la ley 404 que es

incompatible con el ejercicio de cualquier profesión liberal o del comercio por cuenta propia o ajena.

VI. NUEVA VISION DEL PATRIMONIO. EMPRESA FAMILIAR.

Como concluye Néstor Pérez Lozano en su investigación para la Academia del Notariado en Argentina “ *El patrimonio de una persona único e indivisible es concebido como una universalidad jurídica que se expresa mediante el poder jurídico de ésta, debe ser considerado de manera absoluta y desprendido de los límites del tiempo y del espacio*”.

Es dentro de este concepto que deberíamos analizar los patrimonios especiales en los cuales se hallan:

- el fideicomiso,
- las fundaciones,
- patrimonios protegidos para personas con discapacidad,
- patrimonios afectados en el derecho mercantil,
- la sociedad unipersonal,
- patrimonio agropecuario, con tratamiento diferencial.

Pactos sucesorios, pactos de familia y pactos para- sociales.

En cualquier caso falta en el derecho común la flexibilidad de las fórmulas *transmisivas inter vivos* , al modo de *la donatio partage* francesa

Plan de sucesión en la empresa familiar .

La dinámica de la sucesión en lo societario suele ser preparada con antelación por el socio o emprendedor y se suele denominar Plan de sucesión. En las llamadas disposiciones *inter vivos* es dable analizar:

- a) las donaciones con pactos especiales o sea

- Con reserva de la facultad de disponer
- Con cláusula de reversión
- Con reserva de usufructo ganancial.

b) La constitución en vida del causante de un patrimonio protegido a favor del discapaz.

c) La disposición de una comunidad hereditaria con carácter incidental con determinación de la forma de su administración.

e) La disposición de una comunidad hereditaria convencional que tenderá a establecer la indivisión de la herencia que según la legislación de cada país tiene un límite temporal.

VII. PARTICIÓN.

Artículos expresos de nuestro Código Civil obligan a su cumplimiento bajo apercibimiento de nulidad de lo que se actúe. La partición puede ser hecha por el testador, ya que es el poder que el mismo tiene para disponer y partir sus bienes; todo ello, con el respeto a la legítima.

El art 6° de la ley 24.441 (Rep Argentina) establece” El fiduciario deberá cumplir las obligaciones impuestas por la ley o la convención con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él”. La doctrina la interpreta en dos sentidos: uno como negocio jurídico y otro como conjunto de operaciones jurídicas y materiales.

Indivision Hereditaria.

La administración de la sucesión “mortis Causa” llevada a cabo por los herederos o un tercero que tiene por finalidad la conservación del acervo durante su indivisión, desde el fallecimiento del causante, hasta la adjudicación en propiedad individual de los bienes a cada heredero. La realidad nos muestra que el

estado de indivisión sucesorio es en la mayoría de los casos prolongado, y esto no fue el ideal de nuestro codificador que lo consideró como un estado accidental y transitorio.

Es por ello que en la nota al art 345l que sigue las fuentes francesas, lo entiende como un patrimonio de liquidación. Esta perdurabilidad de indivisión sucesoria se trata de solucionar cuando una figura procesal “ el administrador judicial” que no prevé el Cód Civil pero que la totalidad de los Códigos procesales de nuestro país lo contemplan regulándose con mayor o menor minuciosidad.

Se advierten demandas, contestaciones, intimaciones de pago, recibos, acuerdos, intervenciones societarias, intervenciones en concursos y quiebras y un sinnúmero de actos jurídicos realizados por el administrador de la sucesión. Pero ¿a quién representa el administrador de la sucesión? ¿a quién obliga?. ¿Es el administrador de la sucesión su representante o un representante de los herederos?

Es el propio Vélez Sarsfield quien dice en el art 3383 del Código Civil cuando legisla sobre la sucesión recibida con beneficio de inventario que el administrador de la sucesión es su representante y enuncia los actos de su gestión que “ ...se extiende a todos los negocios de la herencia tanto activa como pasivamente...” . Sin perjuicio de esto la afirmación de que el administrador es un representante de la sucesión , en el contexto de la sucesión aceptada bajo beneficio de inventario” no nos permite afirmar que la sucesión pueda ser representada.

- a) Porque el codificador no lo concibió al administrador como lo conciben hoy los códigos procesales
- b) Porque hace referencia al caso de un solo heredero beneficiario
- c) Porque el sentido del beneficio de inventario ha variado y luego de la reforma de la ley 17.711 es regla que la herencia se presume realizada bajo beneficio de inventario.
- d) Porque la sucesión no es una persona jurídica que pueda ser representada.

Al respecto la jurisprudencia es unánime en afirmar que la actuación que cumple el administrador es en nombre y representación de los herederos que son sus titulares en el estado de indivisión.

Conviene puntualizar, previo a todo, que el Código Civil prevé la administración de la sucesión sin tener en cuenta el proceso sucesorio ni a la persona del administrador judicial y en forma escueta, en base a dos principios fundamentales: la unanimidad y la decisión judicial en caso de desacuerdo.

Se aparta del principio del condominio donde hace prevalecer a la mayoría (art 2700) ya que el principio es de la comunidad hereditaria involuntaria o sea no querida no sería justo que uno de los herederos resulte obligado por la voluntad de los otros. En definitiva debe recurrir a la norma del art 3451 del C Civil a fin de determinar los límites de la administración y así ha sido sostenido por la mayoría de la jurisprudencia que sostiene que si bien, el codificador no previó lo concerniente a la administración de la masa frente a la situación que plantea la comunidad hereditaria, el artículo sienta una regla básica: dispone que ninguno de los herederos puede administrar la sucesión, ni las decisiones de la mayoría obligan a los herederos y las divergencia habidas entre ellos debe resolverlas el juez.

Es unánime la jurisprudencia cuando establece que en el estado comunitario provenientes de derechos sucesorios, los herederos no son condóminos de los inmuebles del acervo antes ni después de la inscripción de la declaratoria de herederos en el Registro De la Propiedad, ya que estando los bienes en estado de indivisión no tienen individualmente derecho para realizar actos de disposición o administración sin la anuencia de los demás a tal punto que ha procedido la excepción de falta de acción opuesta por un locatario en un juicio de desalojo iniciado por coherederos propietarios del inmueble objeto del juicio, si uno de ellos no accionó

VIII. EMPRESA FAMILIAR RÉGIMEN JURÍDICO ARGENTINO.

El tema se ha venido desarrollando en diferentes sectores económicos y políticos con el objeto de facilitar a las empresas familiares los instrumentos adecuados que les permita planificar el cambio generacional sucesorio que es el momento especialmente difícil en estas empresas.

En las distintas legislaciones, en general se dan formas parecidas para ordenar la sucesión mortis causa. Entre ellas el testamento constituye para la empresa familiar el medio idóneo, así como el fideicomiso testamentario para evitar la aplicación mecánica, objetiva y sin los “sentimientos” que impregnan a la empresa familiar. Cualquiera de estas figuras de planificación sucesoria deben evitar la prohibición sucesoria “mortis causa” de pactos sobre herencia futura.

En cualquiera de las formas que se adopten deberá respetarse la porción hereditaria de los herederos legitimarios, debiendo tenderse siempre a la ejecución de la voluntad del causante, expresada en especial en la empresa familiar para que la misma, en la transición del poder que se producirá “mortis causa” no perjudique su funcionamiento. Para ello existirá un plan que considere el panorama estratégico a afrontar, el perfil de liderazgo que hasta ahora se utilizó y las habilidades y aptitudes específicas que serán necesarias en el futuro.

Se tendrán en cuenta algunas ideas claves: en primer lugar la calidad de las relaciones entre el predecesor y el sucesor, además las dinámicas de comunicación que existieron y la necesidad o no de su cambio. Es muy importante también que sean tenidas en cuenta las motivaciones y expectativas de los sucesores lo que será clave para asegurar su compromiso con la empresa familiar, aspecto determinante en las posibilidades de un proceso sucesorio.

Una vez que la empresa ha puesto en orden los procedimientos de conducción que permitirán tomar decisiones y cuando los asuntos familiares están

siendo atendidos, es tiempo de mirar para adelante. En especial en la Argentina, por ser un país de tradición agropecuaria, las empresas familiares agrarias se están enfrentando con presiones cada vez mayores. El capital de trabajo necesario para nuevos emprendimientos suele exceder sus posibilidades, enfrentando una mayor competencia de las explotaciones más grandes y eficientes debido a un proceso de mayor integración vertical.

No existe una solución objetivamente mejor que las otras; cada empresa deberá encontrar su propia alternativa. Una de ellas es mantenerse como propiedad familiar manejada por los miembros de la familia, mediante:

A- La adopción por parte de la vieja generación de un rol más organizador.

B- La designación de un miembro familiar como sucesor.

C- La designación de un sucesor de un periodo de doble comando.

D- La administración por tipo de actividades

E- La decisión de no crecer y adaptar la organización empresaria a su líder y no éste a aquella.

Otra fórmula es la retención de la propiedad pero la administración realizada por un familiar. Otra forma es la incorporación de nuevos socios con retención del control, o bien la liquidación, fusión o venta de la empresa; en este caso sabemos que los propietarios familiares agrarios tienden a no vender los campos, saben que poseen un buen patrimonio, que es una excelente reserva de valores aunque la utilidad no da para vivir como en otros tiempos.

Existen autores que han investigado sobre las crisis del ciclo de vida en una empresa con contorno singular en especial las familiares agrarias. Lo que determina su eficacia a largo plazo es la coherencia entre la estrategia, la estructura, los sistemas, las personas y la cultura que establece las políticas de las ideas a lo largo de los años.

Uno de los aspectos que llama la atención en este tipo de empresas es el llamado “Protocolo Familiar”, con una naturaleza jurídica compleja que aún no

ha logrado unanimidad en el concepto. Es en la empresa agropecuaria que sus características exigen un tratamiento diferenciado con relación a otras, ya que puede afrontar diversas explotaciones: agrícola, ganadera, minera.

Debemos destacar que la producción agropecuaria tiene características particulares que hacen su diferencia con la producción de las industrias, el comercio o los servicios, ya que tiene tres diferencias esenciales: A- El proceso productivo es biológico; B- La producción requiere de la tierra; C- La producción depende de las condiciones ecológicas del medio. Por eso se sostiene que la empresa familiar agropecuaria exige un protocolo familiar diferente, que deberá contemplar los aspectos comunes de la problemática societaria en general y además las consideraciones especiales sobre: El inmueble rural; los stocks, formados por la tierra, el ganado, los cereales, las maquinarias agrícolas, las mejoras y las sementeras.

El perfil principal de la actividad agropecuaria deberá ser un elemento importante en el protocolo familiar, donde el campo no sea un mero negocio sino que los sucesores generen y mantengan una “marca” y una “tradición”, obligándose a establecer el uso y destino que se le dé al “casco de la estancia”.

BIBLIOGRAFÍA.

-Amat, Joan M - Corona, Juan F (Editores); *El Protocolo Familiar- La experiencia de una década.*

-Caparelli, Julio C- Escribano-; XXXVIII Convención Notarial Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires Año 2011: Tema 1: La Legítima, Convenciones Matrimoniales y Matrimonio Celebrado por Instrumento Notarial; *La Legítima. El lugar que debe ocupar en nuestro Derecho.*

-Corona, Juan (Editor); *Manual de la Empresa Familiar.* Deusto. Prince Waterhouse Coopers.

- Diez, Patricia Carolina- Trulox, José Antonio; XXII Jornada Nacional del Notariado Novel- XIII Jornada Novel del Cono Sur. Tema: *La legítima y el fideicomiso.* Octubre de 2011.

-Editores: Martínez, Sánchez Marín, Meroño Cerdán, y Sabater Sánchez; *La Gestión de las Empresas Familiares: Un Análisis integral,* Universidad de Murcia-serie especial.

-Favier Dubois (h.), Eduardo M- Director-; *El Protocolo de La Empresa Familiar; Elaboración, cláusulas y ejecución.*

-Fernández-Tresguerres; *Transmisión Mortis causa de la Condición de Socio; Un estudio en la Sociedad Limitada Familiar.* Editorial Thomson- aranzi.

-Formento, Susana N; *Empresa Agraria y sus Contratos de Negocios*

-Gallardo, Miguel Ángel; *Ideas Básicas para Dirigir La Empresa Familiar.* 2ª edición. Eunsa, Pamplona.

-Garrido Melero, Martín; Furgado Estivill, María (Coordinadores generales) y Garrido de Peña, Víctor. M (Coordinador sectorial): *El Patrimonio Familiar, Profesional y Empresarial. Sus Protocolos.* Congreso Notarial español. Tomo IV.

-Garrido Melero, Martín- Furgado Estivill, Josep María (Coordinadores generales); Corona Ramón, Juan (Coordinador sectorial): *El Patrimonio Familiar, Profesional y Empresarial. Sus Protocolos.* Congreso Notarial español. Tomo VI.

-Glikin, Leonardo José; EXITING: *El Arte de dejar La Empresa sin dejar la Vida.* Errepar.

-Goyena Copello, Hector R; *Tratado del Derecho de Sucesión,* 2º Edición Actualizada y Ampliada/ Tomo II: Las Formas de Suceder.

-Herrera, Horacio Lorenzo Pedro- Escribano-; XXXVIII Convención Notarial Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires Año 2011: Tema 1: La Legítima, Convenciones Matrimoniales y Matrimonio celebrado por Instrumento notarial; *La Protección de la Legítima y sus consecuencias en el tráfico inmobiliario*

-*La empresa Familiar: estrategias y herramientas para su sostenibilidad y crecimiento*- ed Temis.

-Leach, Peter; *La Empresa Familiar*. Granica (Buenos Aires- México-Santiago-Montevideo).

-Pérez Lozano, Néstor O; Revista Notarial, Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires.

-Piazza, Marta R; XXXVIII Convención Notarial Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires- año 2011: Tema I: “La Legítima, Convenciones Matrimoniales y Matrimonio celebrado por Instrumento Notarial; *La legítima: su conservación*.

-Postrero Sánchez, Leandro; XXXVIII Convención Notarial Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires Año 2011. Tema I: La legítima, Convenciones Matrimoniales y Matrimonio Celebrado por Instrumento Notarial; *Fideicomisos y legítima*.

-Reyes López, María José (Coordinadora); *La Empresa Familiar: Encrucijada de Intereses Personales y Empresariales*. Revista Aranza de de Derecho Patrimonial.

-Sánchez Ruiz, Mercedes (Coordinadora); *Régimen Jurídico de la Empresa Familiar*. Gobierno de España- Ministerio de Ciencia e Innovación, Thomson Reuters.

-XXII Jornada Nacional del Notariado Novel: Tema 1: *Tratamiento de la Legítima. Fideicomiso Testamentario y Legítima*. Salta 2011.

-Maffía Jorge. O; *Manual de Derecho Sucesorio*, Tomo I, Quinta Edición, Editorial Lexis Nexis.

-Maffía Jorge. O; *Manual de Derecho Sucesorio*, Tomo II, Quinta Edición, Editorial Lexis Nexis.

-Zannoni, Eduardo A; *Derecho de las sucesiones*, Tomo 2, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Ciudad de Buenos Aires, 2008.