

EL TESTAMENTO COMO HERRAMIENTA DE PLANIFICACIÓN SUCESORIA

**María Margarita Heluani
Profesora Asociada
Derecho Sucesorio**

*"Por favor, ¿ me puede decir qué camino debo tomar desde aquí?, preguntó Alicia.
"Eso depende en gran parte a dónde quieras ir", dijo el gato.
"No me importa mucho a dónde, en realidad..."
"En ese caso, no importa mucho cuál sea el camino que tomes", dijo el gato"
(Lewis Carroll, Alicia en el país de las maravillas)*

I-INTRODUCCIÓN

A modo de introducción se nos ocurre que es bueno preguntarnos si nosotros sabemos dónde queremos ir. Y ante esta pregunta la mayoría respondería que sí, que lo que más le preocupa en la vida es proteger a su familia (a todos por igual, o en determinados casos a alguno más que a otro).

No obstante, no se toman las previsiones necesarias para que la familia no quede desprotegida a nuestra muerte. Porque pensar en la muerte cuesta, genera resistencias. Nos creemos omnipotentes, inmortales, hasta que un día nos sorprende sin haber tomado las previsiones necesarias para que "nuestra voluntad" se cumpla tanto en el aspecto patrimonial como personal.

Por eso hemos creído útil llamar la atención sobre esta circunstancia y detenernos en la planificación sucesoria entendida como "el conjunto de proyecciones que podemos realizar para que nuestros deseos de última voluntad se manifiesten o se cumplan en respuesta a una necesidad o a un deseo, tanto en lo que respecta a nosotros mismos como a nuestros sucesores.....".¹

La planificación sucesoria es un conjunto de pasos adecuados para la mejor transmisión del patrimonio, teniendo en cuenta "cada caso concreto".

Mucho se ha dicho sobre la planificación sucesoria, y respecto a las herramientas que para ello nos resultan útiles; pero es inevitable referirnos a la autonomía de la voluntad cuando encaramos el tema de la planificación sucesoria. Esto es así porque de ella dependerá las previsiones que tomemos.

Nuestro trabajo tendrá por objeto conceptualizar el testamento, y sobre todo destacar su utilidad como herramienta idónea para satisfacer la última voluntad del causante en cuanto a planificar su herencia futura.

II-PLANIFICACIÓN SUCESORIA

Encontramos distintos instrumentos legales que nos sirven de herramientas útiles para planificar la sucesión. Así la doctora Mirta Nuñez² nos señala cuales son a su entender los que con mayor frecuencia son usados y estos son:

1-Fideicomiso

Es una figura legal muy utilizada en Estados Unidos y en Inglaterra y bastante poco conocida en Argentina. Se encuentra legislada actualmente por la ley 24.441 desde 1995 y requiere un minucioso estudio para no ser invalidada posteriormente en la justicia. Se puede constituir por contrato o por testamento.

Existe fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmite a otra la propiedad de determinados bienes a otro (fiduciario), quien se obliga a administrarlo en beneficio de un tercero (beneficiario) y que en una fecha determinada, que no puede exceder los 30 años, o al cumplirse una condición, lo debe pasar a favor de ese tercero, de una cuarta persona o del propio fiduciante (constituyente). El fiduciario posee un dominio imperfecto, ese bien no

entra en su patrimonio, percibe honorarios por su actuación y debe rendir cuentas de su gestión. El beneficiario recibe la renta que produzca el bien del fideicomiso.

Los beneficios del fideicomiso son:

a) Que se genera un patrimonio de afectación, separado de los patrimonios del fiduciante, del titular fiduciario y de los beneficiarios o fideicomisarios.

b) Es inembargable por los acreedores del fiduciante y fiduciario salvo caso de fraude.

c) No es afectado en caso de quiebra del fiduciario o fiduciante.

El fideicomiso sirve para garantizar la continuidad de la empresa en caso de fallecimiento de un socio, para liquidarla, para liquidar bienes de la sociedad conyugal en caso de divorcio, para proteger intereses de menores e incapaces, para proteger a personas por nacer, para impedir la administración de la herencia de los hijos menores por el ex cónyuge si no se lo considerara apto para ello, para proyectos inmobiliarios. Existen distintos tipos de fideicomiso: de garantía, de administración, de inversión, de seguro, financiero, etc. Es importante destacar que el fiduciario tiene que ser una persona de "total confianza" y capacidad para desempeñarse como tal.

2-Donaciones

Es habitual en muchos casos que - para evitar el gasto de una futura sucesión - se donen en vida los bienes a los hijos o directamente se adquieran con dinero propio pero a nombre de éstos.

Este fin laudable, debe ser minuciosamente analizado, ya que si se trata de hijos menores (es usual que en un divorcio uno de los cónyuges inscriba su parte a nombre de los hijos menores) el bien únicamente se podrá vender con autorización del Asesor de Menores y del Juez y con cargo de reinvertir el dinero en un bien similar, trámite engorroso (porque exige peritos tasadores e intervención de abogado) y no permitiría que por ej. ese dinero se destine a la atención de la salud del padre - que aún está vivo -

Otro caso es el de las donaciones a favor de hijos mayores de edad. En este caso muchas veces no se tiene presente que son los jóvenes quienes más expuestos se pueden ver a un posible embargo porque iniciaron un emprendimiento comercial y les fue mal, porque chocaron con la moto y no tenían seguro, ello sin contar con que "ese hijo puede ser maravilloso", pero nunca se sabe con quién se va a casar y qué influencia y afán patrimonial puede tener la nuera o yerno en el futuro. No son pocos los casos de padres que han donado en vida sus bienes a los hijos y al poco tiempo estos los han internado en un geriátrico expulsándolos de la casa que en realidad - aunque la hayan donado para evitar una sucesión - aún era habitada por ellos.

Por eso no siempre la donación es la mejor solución y en caso de hacerla o haberla hecho, es sumamente aconsejable que los padres se reserven el usufructo vitalicio, lo cual significa que pueden vivir allí hasta que mueran (aún cuando un acreedor embargara la nuda propiedad de los hijos) o pueden alquilarla y utilizar para ellos esa renta. No aconsejamos jamás hacer donaciones sin reserva de usufructo.

También es importante que la donación contenga una cláusula de retroversión, que significa que si su hijo llega a morir antes, ese bien no pasa a sus herederos sino que vuelve a su patrimonio. Y por último, el derecho de acrecer, que significa que si uno de los dos padres muere antes que el otro, el sobreviviente no tendrá el usufructo sobre el 50 % del bien sino sobre el 100 % del mismo.

3- Constitución del bien de familia

La constitución de bien de familia es aconsejable para todos, ya que aún sin tener actividades comerciales riesgosas, nadie sabe si un día puede chocar con el auto y encontrarse con que el seguro que tenía contratado entró en liquidación y debe responder con su patrimonio propio o bien si se trata de un profesional puede llegar a tener un juicio por mala praxis profesional y no contar con un seguro que lo proteja.

4-Sociedades

Existen distintos tipos de sociedad: irregulares y regulares. Dentro de las regulares pueden ser de personas: sociedad de hecho, sociedad colectiva o de capital: sociedad anónima. En algunos casos es conveniente constituir una sociedad para evitar que todo el

patrimonio esté expuesto a las deudas personales o a un nuevo matrimonio, pero en otros casos la existencia de una sociedad que no cotiza en bolsa, sino que su característica principal es "la persona" de uno de los socios y no hay herederos preparados o con voluntad de reemplazar al fallecido, puede generar serios conflictos. Por eso hay que analizar los pros y los contras de constituir o no sociedades y en su caso de prever un seguro que permita al socio sobreviviente adquirir la parte de la empresa a los herederos.

5- Seguros

También en nuestro país está poco difundida la cultura del seguro, tal vez por las malas experiencias que hemos tenido con compañías de seguro que han entrado en liquidación a la hora que las necesitamos para cubrir un siniestro. Pero existen compañías muy sólidas y antiguas en el mercado, con sede central en el exterior y la posibilidad de asesorarse antes de contratar con un profesional altamente especializado en la materia e inclusive controlar en Superintendencia de Seguros de la Nación el estado patrimonial y posicionamiento en el mercado de cada compañía y demás datos.

Generalmente se acostumbra asegurar sólo los automotores y en algunos pocos casos la vivienda o los muebles, pero pocas veces se piensa en el seguro de vida, ya que como ello implica pensar en la muerte y existe una resistencia a contratar. En otros países, sin embargo, es una herramienta muy difundida y para la planificación sucesoria se la considera como una de las principales que le permite llegar a brindarle a la familia la protección necesaria acorde a sus necesidades o a las propias de quién lo contrato, ya que hay seguros que se pueden cobrar antes del deceso. Uno de los beneficios del seguro de vida es que el beneficiario no necesariamente tiene que coincidir con un heredero legítimo (se puede beneficiar a la pareja conviviente no heredera, por ej.).

Existen compañías que pagan las indemnizaciones en dólares, con lo cual se mantiene el poder adquisitivo de la moneda.

6- testamento

En la Argentina no existe una cultura del testamento. Es más, hay gente que cree que están prohibidos cuando se tienen herederos forzosos y esto no es así. La ley lo único que establece es que hay una determinada porción de la herencia sobre la cual no se puede disponer si hay herederos forzosos, pero sí se puede hacer en un cierto porcentaje, ya sea para mejorar la porción hereditaria de un heredero o bien para testar a favor de un tercero o entidad de beneficencia. Obviamente, en caso de no tener herederos forzosos, se puede testar por el 100 % y es aconsejable hacerlo, antes que dejar que su patrimonio se convierta en una herencia vacante que supuestamente será destinada a fines educativos pero que sabemos que en la práctica "nunca llega"...

III-LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA:

En este trabajo vamos a concretarnos en la utilidad del testamento como herramienta para planificar la futura sucesión y su contenido tanto en lo patrimonial como en lo extrapatrimonial.

A- La Sucesión en el Código Civil:

En el derecho argentino existen dos tipos de sucesiones mortis causa. La testamentaria, que tiene lugar cuando el causante expresa su última voluntad en un testamento válido. Además de la sucesión testamentaria, encontramos la sucesión legítima o abintestato. La ley por otra parte establece un régimen imperativo con reglas generales que la van a regular, estas son:

-1° "Dado un orden hereditario cualquiera de las personas comprendidas en él, excluyen a las del siguiente",

-2° "Dentro de cada orden, las personas heredan según el grado de parentesco"

-3° "En las sucesiones no se atiende al origen de los bienes que componen la herencia".

Estableciendo, además órdenes hereditarios que ostentan legítima, denominados herederos forzosos.

En este sentido, ha dicho Garcia Goyena³ "El legislador no puede amar como un padre, ni conocer los vicios o virtudes, las desigualdades y necesidades de los hijos" y Costa por su parte nos expresa: "solo los padres conocen el carácter de cada hijo, sus inclinaciones y sus aptitudes, su grado de capacidad intelectual, su conducta, sus recursos, los reveses de la fortuna, las desigualdades naturales que separan a uno de otro hijo", agregando que "podrán los padres equivocarse, pero el error es en ellos meramente posible, y en todo caso no suceder sino por excepción y accidente; el legislador, al contrario, no puede acertar nunca.

A través del testamento, la persona pueda expresar cual es su verdadera voluntad, tropezando con el inconveniente de que la voluntad testamentaria se encuentra desjerarquizada en la realidad, en cuanto se den las condiciones impuestas por la ley.

En consecuencia, al testar, el testador no podrá alterar ciertas disposiciones de orden público, como las relativas a la indivisión hereditaria, la intangibilidad de la legítima de los herederos forzosos y la prohibición de las sustituciones fideicomisarias.

El artículo 3591 del C.C. dice: La legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia.

La capacidad del testador para hacer sus disposiciones testamentarias respecto de su patrimonio, sólo se extiende hasta la concurrencia de la porción legítima que la ley asigna a sus herederos"

La porción legítima es:

- cuatro quintos para los descendientes;
- de dos tercios para los ascendientes;
- y de un medio para el cónyuge
(arts. 3593, 3594 y 3595 C.C.).

Por tanto el causante se encuentra limitado para beneficiar por testamento por el límite de su porción disponible, siendo uno de los destinos posibles que prevé nuestra legislación mejorar con ella a los herederos (artículo 3.607 última parte del párr. 1°C.C).

Los parientes discapacitados, no aparecen como sujetos de privilegio alguno y si integran el orden hereditario concurrirán a la sucesión del causante en igualdad de condiciones que sus coherederos.

Eventualmente podrán ser excluidos de la herencia en tanto no revistan el carácter de legitimarios.

Tal exclusión podría resultar particularmente gravosa para el pariente discapacitado del causante que era beneficiario de prestación alimentaria a cargo del decuyus, derecho que se extinguirá ipso iure con la muerte del alimentante, atento la intransmisibilidad de tal obligación alimentaria en razón de su carácter eminentemente asistencial.⁴

B- El testamento

Sabido es que el testamento es el acto jurídico por el cual una persona realiza disposiciones para el futuro, específicamente para después de su muerte.

En virtud de lo dispuesto por el art. 3606 del C.C. toda persona capaz tiene la facultad de disponer de sus bienes por testamento, sea bajo el título de institución de herederos o de legados o bajo cualquier otra denominación propia para expresar su voluntad.

Nuestro Código define al testamento como un acto escrito, celebrado con las solemnidades de la ley, por el cual una persona dispone del todo o parte de sus bienes para después de su muerte. (art. 3607).

El objeto específico del testamento es la disposición de los bienes del otorgante para después de su muerte. De este modo el contenido esencial es de naturaleza eminentemente patrimonial, lo cual no impide incluir disposiciones extrapatrimoniales.⁵

Específicamente, continuando con el tema de nuestro trabajo, podemos apreciar que mediante estas disposiciones mortis causa se puede planificar la sucesión.

Como vimos anteriormente y ya específicamente el llamamiento de los herederos a una sucesión puede realizarse de los siguientes modos:

- por el propio causante, que es quien designa a sus sucesores en un negocio jurídico llamado testamento;
- por la ley, que suple la falta de voluntad del causante o las deficiencias de la misma,
- o en parte por la voluntad del causante y en parte por la ley

El Código Civil se refiere a las tres posibilidades cuando establece que “La sucesión se llama legítima, cuando sólo es deferida por la ley, y testamentaria cuando lo es por voluntad del hombre manifestada en testamento válido. Puede también deferirse la herencia de una misma persona, por voluntad del hombre en una parte, y en otra por disposición de la ley”(Art.3280).-

No admite la sucesión contractual, que es permitida por las legislaciones forales.

La sucesión testamentaria es la sucesión que se rige por la voluntad del causante manifestada en su testamento; es la forma de sucesión principal en el sentido que el legislador desea que sea el titular de los bienes el que decida quién va a sucederle y, por ello, su fundamento es el principio de autonomía de la voluntad: se basa en el respeto a las decisiones que el causante ordena respecto al destino de sus bienes; sólo cuando se abstiene de disponer de sus bienes, la ley suple su pasividad.

En teoría es libre para elegir su sucesor; pero, en la práctica, pocas legislaciones reconocen una libertad absoluta al causante; lo normal es que el principio de autonomía de la voluntad y su consecuencia lógica, el de libertad de elección de sucesor, se encuentren limitados por intereses familiares o de parentesco que restringen el poder de libre decisión al reservar la ley parte de los bienes del causante a determinados parientes, de modo que sólo en ausencia de estos parientes o cuando están incursos en causa de desheredación puede el fallecido elegir libremente la persona que va a sucederle y la forma de distribuir sus bienes.

Si bien es cierto que a través del testamento, la persona pueda expresar cual es su verdadera voluntad, tropieza con el inconveniente de que la voluntad testamentaria se encuentra desjerarquizada en la realidad, en cuanto se den las condiciones impuestas por la ley.

En consecuencia, el testador no podrá alterar ciertas disposiciones de orden público, como la intangibilidad de la legítima de los herederos forzosos.

IV-EL TESTAMENTO. CARACTERES

Nuestro Código Civil establece en el Art.3606, que toda persona legalmente capaz de tener voluntad y de manifestarla, tiene la facultad de disponer de sus bienes por testamento, con arreglo a las disposiciones de este Código, sea bajo el título de institución de herederos, o bajo el título de legados, o bajo cualquiera otra denominación propia para expresar su voluntad.

Posteriormente en el art.3607 define al testamento como el acto escrito, celebrado con las solemnidades de la ley, por el cual una persona dispone del todo o parte de sus bienes para después de su muerte

El testamento es un acto jurídico unilateral que sólo pueden realizarlo las personas físicas; las personas jurídicas no pueden realizar testamento.

El testamento se origina por una manifestación de voluntad del causante por la que éste ordena el destino futuro de sus bienes; se trata de un acto de voluntad imperativo en el sentido de que el causante o testador no se limita a sugerir o indicar lo que desea hacer con sus bienes para después de su muerte; al contrario, el testador ordena y manda lo que debe hacerse con sus bienes sin que los herederos puedan alterar su destino.

Como la orden o mandato del testador va a producir sus efectos a partir de su muerte, el testamento es un negocio jurídico mortis causa queriendo significar que, si bien el testamento existe desde que se otorga válidamente, su eficacia queda aplazada hasta que se produce la muerte del testador.

Las notas características del testamento son:

- 1- Es un negocio jurídico personalísimo, lo que implica que la facultad de otorgarlo

no puede delegarse en otra persona; cada individuo hace por sí su testamento, no cabe hacer testamento por medio de representante. Por ello el Art. 3619 C.C. dispone que Las disposiciones testamentarias deben ser la expresión directa de la voluntad del testador. Este no puede delegarlas ni dar poder a otro para testar, ni dejar ninguna de sus disposiciones al arbitrio de un tercero.

2- Es un acto individual, un testamento en cada acto de testar y para una sola persona; no es posible que en un mismo acto otorguen testamento al mismo tiempo dos o más personas. Así el art. 3618 C.C. dispone “ Un testamento no puede ser hecho en el mismo acto, por dos o más personas, sea en favor de un tercero, sea a título de disposición recíproca y mutua”.

Esta prohibición del testamento mancomunado no impide que dos o más personas puedan hacer su testamento de forma simultánea –pero en actos separados-, y que en cada testamento se instituyan herederos recíprocamente; por ejemplo, A y B –que son marido y mujer- pueden el mismo día y ante el mismo notario hacer su respectivo testamento en el que cada uno de ellos instituye heredero al otro; aquí no hay testamento mancomunado (un solo testamento en el que varias personas al mismo tiempo disponen de sus bienes), sino dos testamentos simultáneos.

3- Se trata de un negocio jurídico esencialmente revocable; el causante puede variar su última voluntad tantas veces como quiera, variando su testamento; para ello, sólo necesita otorgar un nuevo testamento, sin que sea preciso que el nuevo testamento modificativo del anterior sea del mismo tipo que el que se modifica.

4- Es un negocio jurídico formal, en el sentido de que la manifestación de voluntad del testador tiene que exteriorizarse mediante alguna de las formas de testamento previstas por la ley; la forma es elemento esencial del negocio Arts. 3627, 3631 y concordantes. Como vimos anteriormente los testamentos son actos jurídicos formales solemnes, de solemnidad absoluta o sustancial, es decir que la vulneración de sus formalidades trae aparejada su nulidad con la gravedad de que el testamento nulo no vale como un acto distinto, salvo en lo referente al reconocimiento de hijos extramatrimoniales.

La justificación de las formalidades la encontramos en la necesidad de obtener una mayor seriedad en la voluntad testamentaria. Por otra parte las formalidades facilitan la prueba . y la certeza de que esa es la voluntad del testador y que no es una versión tergiversada relatada por un tercero en el caso del testamento oral o nuncupativo, prohibido por nuestro derecho.

No hay que olvidar que los efectos del testamento y por tanto su eficacia se va a tener en cuenta cuando el causante ya esté muerto y no pueda defender su voluntad.

La Suprema Corte de Mendoza ha sostenido que “las formas testamentarias tienen por objeto asegurar que el instrumento donde consten las últimas voluntades de una persona sea real y verdaderamente suyo. Lo que debe tenerse en cuenta es la voluntad del testador y no caer en el rito de formas inútiles contempladas en el Código”(SC. Mendoza, Sala I, 11/06/74, L.L.1975-A-790 (32178-S))⁶

5- Aunque normalmente el testamento es un acto de liberalidad que hace el testador a sus herederos y, por ello, es un acto gratuito, no es esencial que el testador tenga ese ánimo de liberalidad por lo que puede imponer cargas y gravámenes a sus herederos.

6- A diferencia de lo que sucedía en el derecho romano, que exigía la existencia de institución de heredero, en el derecho actual se puede hacer testamento sin designar heredero El art. 3710 dispone “La institución de heredero puede ser hecha sólo por testamento. El testador puede instituir o dejar de instituir heredero en su testamento. Si no instituye heredero, sus disposiciones deben cumplirse; y en el remanente de sus bienes se sucederá como se ordena en las sucesiones intestadas”.

V-CLASES DE TESTAMENTOS

El Código Civil distingue dos tipos o formas de testar; las formas ordinarias y las especiales; las primeras son las que se realizan cumpliendo todas las formalidades que la ley establece, y puede ser utilizado por cualquier persona que reúna los requisitos generales

de capacidad.

Mientras que los Testamentos especiales o extraordinarios son aquellos para cuyo otorgamiento la ley establece requisitos específicos, y sólo pueden ser realizados por determinadas personas en circunstancias muy concretas.

FORMAS ORDINARIAS

El art. 3622 dispone: "Las formas ordinarias de testar son: el testamento ológrafo, el testamento por acto público y el testamento cerrado."

1- El testamento ológrafo:

En el art. 3639 el código dispone que "El testamento ológrafo para ser válido en cuanto a sus formas, debe ser escrito todo entero, fechado y firmado por la mano misma del testador. La falta de alguna de estas formalidades lo anula en todo su contenido".

De el artículo se desprenden los siguientes caracteres de este testamento:

1º- Su autografía total, es realizado todo él de puño y letra por el propio testador; su nombre alude a esta característica, ya que "ológrafa" es una palabra derivada de las griegas "los", que significa entero, y "grados", escritura; por lo tanto, testamento ológrafo es el escrito todo él por el propio causante. En consecuencia, no puede ser realizado por quien no sabe o no puede escribir.

2º- No interviene en su otorgamiento un escribano

3º- Carece de eficacia por sí mismo, por lo que es necesario, a la muerte del testador, proceder a su protocolización, ordenada por el juez del proceso sucesorio.

La doctrina está muy dividida acerca de las ventajas e inconvenientes de esta forma de otorgar testamento; como ventajas que aconsejan su realización pueden mencionarse: su facilidad de otorgamiento, ya que sólo se requiere saber escribir y tener los instrumentos necesarios para recoger en ellos la voluntad testamentaria; además, la ausencia de Escribano autorizante hace que sea el testamento más económico, ya que no origina desembolso alguno al causante; por último su secreto, ya que el causante no tiene que comunicar a nadie que lo ha realizado y, por ello, puede mantenerlo oculto en las circunstancias que desee.

Gran parte sus inconvenientes se derivan de su facilidad de otorgamiento; como desventajas pueden señalarse: la facilidad de incurrir el testador en defectos técnicos, consecuencia de la falta de asesoramiento jurídico que normalmente realiza el notario en los testamentos en los que interviene, que pueden privarlo de eficacia; la posibilidad de manipulación de la letra del testador; la facilidad destrucción, pérdida o desaparición al no existir un medio fácil para acreditar su existencia, aunque nada impide que el testador lo deposite en poder de un tercero o en un establecimiento que ofrezca garantías de seguridad, como pueden ser las cajas de seguridad de un Banco; por último, la falta de eficacia directa, que obliga a su ulterior protocolización, al objeto de dotarlo de plena eficacia.

2-Testamento abierto, notarial o por acto público

Conforme lo establece nuestro código (Art.3654)el testamento por acto público debe ser hecho ante escribano público y tres testigos residentes en el lugar.

Es un testamento público notarial, ya que su otorgamiento tiene que realizarse ante escribano hábil, y su característica principal radica en la publicidad de su contenido; a diferencia del testamento ológrafo, en el que el causante puede mantener secreto tanto sobre su existencia como sobre su contenido, en el testamento abierto se conoce su existencia y su contenido, ya que el testador lo expresa a las personas que intervienen en su otorgamiento.

Aunque su realización exige un desembolso económico derivado de los aranceles que han de abonarse al escribano autorizante, es la forma de testamento más utilizada en la práctica jurídica. La intervención del escribano, que conoce el contenido de la voluntad del testador, dota a esta forma de testamento de una eficacia probatoria mayor que la que puede derivarse de las otras formas de testar; el escribano da fe con su presencia no sólo del hecho de su otorgamiento, sino también del contenido de las disposiciones testamentarias que él mismo recoge en el documento público que constituye este

testamento. Como el escribano tiene la obligación legal de advertir al testador de las irregularidades o prohibiciones en que pueda incurrir al manifestar su voluntad testamentaria, las posibilidades de impugnación del testamento por deficiencias legales se reducen.

Una vez otorgado el testamento, se incorpora al protocolo (registro) del escribano autorizante y se da cuanta de su realización al Registro de actos de última voluntad.

El Código Civil dedica los artículos 3651 a Art.3664 a su regulación.

3- El testamento cerrado

Es el tercero de los testamentos ordinarios. A diferencia de lo que sucede en el testamento abierto, en el que el causante expresa públicamente el contenido de su voluntad testamentaria, en el testamento cerrado lo normal es que la mantenga reservada. Sin embargo puede el testador manifestarla a quienes presencian su realización, por lo que su esencia radica sobre todo en las circunstancias exigidas para su otorgamiento.

Esta forma de testamento tiene que ser autorizado por escribano hábil y con la presencia de cinco testigos, Se introducen los papeles en los que el testador ha recogido su voluntad (redactada por él o por un tercero a su ruego) dentro de un sobre que será cerrado y sellado de forma que no puedan extraerse sin romper el sobre; esta actividad puede llevarla a cabo el testador o realizarla ante el notario.

El testador comparece ante el notario y manifestará que dentro del sobre o cubierta que le presenta se encuentra el testamento, y sobre ella el escribano extiende el acta de otorgamiento. Ha de indicar el lugar, hora, día, mes y año del otorgamiento.

A diferencia del testamento abierto, y a semejanza del ológrafo, el testamento cerrado, a pesar de ser realizado con la presencia del escribano, es un documento privado por lo que carece de eficacia directa frente a terceros, lo que obliga a proceder a su protocolización a la muerte del testador; esta limitada eficacia y la necesidad de intervención del escribano, con el consiguiente gasto de honorarios, hace que en la práctica sea una forma de testar poco utilizada.

Se encuentra regulado en los artículos 3665 a3671 del Código Civil.

TESTAMENTOS ESPECIALES

Se consideran testamentos especiales el hecho en país extranjero o consular, el militar, el marítimo y el aeronáutico"; no hay un elemento o criterio determinante que permita deducir cuál ha sido el principio definidor de la calificación como especial de estas modalidades de testamento, ni tampoco se puede apreciar un rasgo común que aglutine a las formas de testamento especial; cada una de ellas tiene circunstancias propias, de modo que son las particularidades del lugar y momento de su otorgamiento las que se tienen en cuenta para oponer los testamentos especiales a los ordinarios; particularidades que también se presentan en las formas excepcionales de los testamentos ordinarios.

1. El testamento hecho en país extranjero

El Código Civil regula en los artículos 3636 y 3637 la posibilidad de otorgar testamento a los argentinos y los extranjeros domiciliados en la Argentina cuando se encuentran en el extranjero; Este testamento llamado comúnmente consular lo realizarán ante el ministro plenipotenciario, cónsul o encargado de negocios

2. El testamento militar

Se encuentra regulado en los artículos 3672 a 3678 y se aplican tanto a los militares como a los "los voluntarios, rehenes o prisioneros, los cirujanos militares, el cuerpo de intendencia, los capellanes, los vivanderos, los hombres de ciencia agregados a la expedición, y los demás individuos que van acompañando o sirviendo a dichas personas,", siempre que concurren dos circunstancias: 1º. Que se otorgue en tiempo de guerra, y 2º. Que el otorgante se encuentre en una expedición militar, o en una plaza sitiada, o en un cuartel o guarnición fuera del territorio de la República

En su origen fue un testamento sólo aplicable a los militares, pero ha perdido su carácter de privilegio de clase. No es necesario que exista una declaración oficial de guerra, pero no puede otorgarse por los que están en la retaguardia o en los cuarteles ni estando de maniobras.

3.El testamento marítimo

Es el otorgado por los que vayan a bordo de un buque durante un viaje marítimo, tanto por los tripulantes como por los viajeros y ya se trate de un barco de la marina mercante (art. 3683) o de la marina de guerra.

La denominación marítimo no excluye la posibilidad de su aplicación a los viajes fluviales y también puede ser navegación de alta mar o de cabotaje.

El testamento marítimo se realiza ante el comandante del buque y tres testigos de los cuales dos a lo menos sepan firmar. El testamento debe ser fechado. Se extenderá un duplicado con las mismas firmas que el original.

Sólo puede otorgarse durante el viaje; es decir, debe haberse iniciado el trayecto, por lo que no puede ser otorgado antes de zarpar, pero sí durante algunas de las escalas que el buque realice.

Mientras dura la travesía, el testamento es custodiado por el comandante del buque de guerra o el capitán si se trata de buque mercante y se hará mención del acto de otorgamiento en el diario de navegación. Una vez llegado a puerto, deberán entregar el testamento a la autoridad marítima local, que lo enviará a la Ministerio de Defensa, si se trata de buque de guerra o al ministerio del que dependa la marina mercante, si es un buque mercante; si el primer puerto al que arribe el buque es extranjero, lo entregarán al representante diplomático argentino para que lo haga llegar al ministerio que corresponda.

Este testamento se encuentra regulado en el código civil en los artículos 3679 a 3688.

4.Testamento aeronáutico

El código aeronáutico en el art. 85 dispone que el comandante de la aeronave registrará en los libros correspondientes los nacimientos, defunciones, matrimonios y testamentos, ocurridos, celebrados o extendidos a bordo, y remitirá copia autenticada a la autoridad competente.

Este testamento ha sido equiparado al testamento marítimo y por lo tanto le son aplicables sus normas.

VI-CONTENIDO DEL TESTAMENTO:

A través del testamento se puede:

1-Designar herederos

El art.3710 dispone que la institución de heredero puede ser hecha sólo por testamento.

Puede hacerlo en cualquiera de las formas para testar establecidas por la ley.

Como ya vimos también dispone que no es necesario la institución de heredero ya que “el testador puede instituir o dejar de instituir heredero en su testamento. Si no instituye heredero, sus disposiciones deben cumplirse; y en el remanente de sus bienes se sucederá como se ordena en las sucesiones intestadas”

O sea que tenemos como requisito el empleo de la forma testamentaria para la institución y la designación del heredero por el testador como acto personalísimo del testador (art. 3619, donde expresamente dispone que el testador no puede delegar, dar poder, ni dejan ninguna de sus disposiciones testamentarias al arbitrio de tercero).

La determinación del heredero por parte del testador tiene que ser inequívoca . Se ha aceptado la designación de sucesores por el nombre de pila, siempre que puedan ser individualizados.

Reza el art. 3714 “Son herederos forzosos, aunque no sean instituidos en el testamento, aquellos a quienes la ley reserva en los bienes del difunto una porción de que no puede privarlos, sin justa causa de desheredación.”, por lo que el testador deberá evitar la preterición de legitimarios .

Y al respecto el art. 3715 expresa que “La preterición de alguno o todos los herederos forzosos, sea que vivan a la fecha del testamento o que nazcan después de otorgado, no invalida la institución hereditaria; salvada que sea la legítima y pagadas las

mandas, el resto debe entregarse al heredero instituido.”

El artículo 3591 del Código Civil argentino dice: La legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia.

La capacidad del testador para hacer sus disposiciones testamentarias respecto de su patrimonio, sólo se extiende hasta la concurrencia de la porción legítima que la ley asigna a sus herederos” La porción legítima es de cuatro quintos para los descendientes; de dos tercios para los ascendientes; y de un medio para el cónyuge (arts. 3593, 3594 y 3595 C.C.).

2-establecer legados

El legado es una disposición testamentaria por la cual el testador dispone de bienes concretos y determinados de su herencia a favor de una o varias personas, llamadas legatarios, que no responden de las deudas pendientes del causante.

El legado está vinculado exclusivamente a la sucesión testamentaria; su existencia depende de la voluntad del causante manifestada en su testamento; no hay legado sin un previo testamento que lo recoja, de modo que no son posibles los que llamaríamos legados legales o intestados en el sentido de impuesto por la ley en defecto de la voluntad del causante, a diferencia de lo que sucede con la designación de heredero.

La articulación testamentaria de los legados generalmente se realiza acudiendo a:

a-) Legado de cuota son aquellos que dan derecho a una cuota o a una porción de la herencia. Antes de la partición los legatarios de cuota no adquieren la propiedad de su porción respectiva y sin haber entrado en la posesión efectiva de los bienes no tienen derecho de reivindicación.

b-) Mediante un legado de cosa determinada contemplado en el artículo 3766 C.C., y que tiene por objeto un bien singular y específicamente determinado, por ejemplo mi casa de tal calle o mi automóvil.

La cosa, por ejemplo una vivienda, en este caso es de propiedad del legatario desde la muerte del testador y aquél transmite a sus herederos el derecho al legado. El bien se debe entregar en el estado en que se encuentre a la muerte del causante.

c-) Legado de género o de cosa indeterminada- Art. 3756 1º parte dispone

El legado de cosa indeterminada no implica la transmisión del derecho de propiedad sino la exigibilidad de un crédito contra el heredero.

d-) Legado de prestaciones periódicas:

- Legado de renta vitalicia:

El legado de renta vitalicia –ya sea a cargo del heredero o de otro legatario–. Para ello se ceden bienes al obligado al pago, quien recibe el dominio de los bienes a cambio de procurar la pensión de una persona. Este tipo de legado debe ser satisfecho en los tiempos establecidos por el causante como en cada año –o periodo que fije en el testamento-, comenzando el primero con la muerte del testador y adquiriendo el legatario derecho a la cantidad debida por cada uno de los términos, aunque sólo haya sobrevivido al principio del mismo (art. 3793 C.C.) No se trata de un solo legado sino de tantos como períodos sucesivos deben pagarse, que es, por otra parte lo que prescribe el art. 3794 del C.C. El primero de los legados es puro y simple; y los siguientes están condicionados a que el beneficiario viva al iniciarse cada período, pues la manda se cumple por adelantado. La prescripción no es única y habrá tantas como años o términos haya fijado el causante(art. 3794 in fine).

La renta puede ser fija, por ejemplo 1.000 pesos mensuales, o variable, por ejemplo mil pesos mensuales aumentados trimestralmente según algún índice como el de costo de vida, o puede tener por objeto la renta de un inmueble. El aseguramiento de esta obligación puede realizarse mediante hipoteca –de prestaciones periódicas- o condición resolutoria, en cuanto no existe preferencia real sobre el bien.

- Legado de alimentos y educación

Puede ser ordenado un legado de alimentos –en sentido amplio- que comprende conforme lo dispuesto por el art. 3790 *la instrucción correspondiente a la condición del legatario, la comida, el vestido, la habitación, la asistencia en las enfermedades, hasta la edad de dieciocho años, si no fuese imposibilitado para poder*

procurarse los alimentos. Si lo fuese, el legado durará la vida del legatario. Este legado puede hacerse con asignación de bienes al gravado o bien directamente a cargo de la masa patrimonial. Estos legados ofrecen protección al favorecido en cuanto vayan dirigidos a procurar una atención integral.

También se podrá prever el régimen de actualización de la renta así como los factores de variabilidad de las cuantías a percibir, en su caso.

d-) Legados de derechos reales.

Los derechos reales pueden ser objeto de legado ya sean referidos a derechos existentes, a derechos por constituirse o a liberación de los mismos.

El legado relativo a derechos reales ya constituidos puede referirse a una hipoteca, a una prenda o a una servidumbre; no podrían, en cambio, ser objeto de la manda, el usufructo, el uso y la habitación, pues éstos se extinguen con la muerte del titular.

Puede legarse un derecho real a constituir un usufructo, uso o habitación tal el caso si se deja a A la nuda propiedad y a B el usufructo sobre la vivienda .

e-) Legado de crédito

El art. 3786 del CC “El legado de un crédito a favor del testador, comprende sólo la deuda subsistente y los intereses vencidos a la muerte del testador. El heredero no es responsable de la insolvencia del deudor. El legatario tiene todas las acciones que tendría el heredero”.

La manda resulta eficaz al momento de la muerte del causante y el legatario recibe el derecho tal como se encuentra en dicho momento . El heredero solo es responsable de la entrega del título pero no garantiza la solvencia del deudor.

f-) Legado de liberación de deuda

Es un medio extintivo de las obligaciones según el cual se entrega al deudor el documento de la obligación; en el testamento, el causante puede expresar que lo exime del cumplimiento de la prestación. El art. 3782 señala que “La sucesión o el derecho hereditario, se abre tanto en las sucesiones legítimas como en las testamentarias, desde la muerte del autor de la sucesión, o por la presunción de muerte en los casos prescriptos por la ley”.

g-) Legado de deuda

Como expresa Lafaille, el legado de deuda puede ser anulado si ha mediado error “la disposición se tendrá por no escrita” dice el art. 3789. A su vez, si se manda pagar más de lo que se debe, el exceso no es debido ni como legado (art. 3789, 2º parte)

h-) Legado a favor del acreedor

Si el causante instituye legatario a un acreedor, lo que legare no puede compensarse con la deuda (art. 3787), pues se trata de un título distinto y no de un pago a cuenta

3-Mejorar

Asimismo, habiendo herederos forzosos, el testador puede utilizar su porción disponible para mejorar a uno de ellos.

Establece el art. 3605 “De la porción disponible el testador puede hacer los legados que estime conveniente, o mejorar con ella a sus herederos legítimos. Ninguna otra porción de la herencia puede ser detraída para mejorar a los herederos legítimos”.

Con la porción disponible el testador puede hacer lo que quiera, hacer legados incluso a extraños. A la porción total o parcial de libre disposición , que el testador les otorga a sus propios herederos forzosos se le llama mejora.

Perez Lasala hace notar que la mejora no constituye en nuestro derecho una porción hereditaria autónoma sino que es la porción de libre disposición, en cuanto es aplicada a los herederos forzosos para mejorar las porciones de legítima que le otorga la ley.

Con esta disposición el código eliminó el régimen de la mejora vigente hasta la sanción de aquél , que tenía gran ascendencia en la tradición española.⁷

4- realizar partición por ascendientes (es decir, decidir cómo se repartirán los bienes entre sus herederos siempre que no afecten los derechos de cada uno). Ello ocurre cuando el ascendiente divide y adjudica sus bienes por testamento entre sus hijos y

descendientes, para cuando muera, conforme a las condiciones que establece la ley (arts. 3514 y ss.).

Establece el art.3514 del CC "El padre y madre y los otros ascendientes, pueden hacer, por donación entre vivos o por testamento, la partición anticipada de sus propios bienes entre sus hijos y descendientes, y también, por actos especiales, de los bienes que los descendientes obtuviesen de otras sucesiones".

Debemos aclarar que esta institución tiene más complejidad de lo que puede aparecer a simple vista, porque se debe respetar la sociedad conyugal y los bienes propios para conocer las porciones legítimas. Incluso hay autores que no admiten la partición por testamento cuando subsiste la sociedad conyugal, porque la existencia de bienes gananciales constituye una masa indivisa, en la que no se sabe qué bien le será adjudicado a cada cónyuge a la liquidación.

5-imponer una indivisión forzosa

Por el art. 51 de la ley 14394 el causante puede imponer a sus herederos –por testamento- inclusive a los forzosos, la indivisión de los bienes hereditarios por un plazo no mayor de diez años.

Si se tratare de un bien determinado o de un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o de cualquier otro que constituya una unidad económica.

El lapso de la indivisión podrá extenderse hasta que todos los herederos alcancen la mayoría de edad, aún cuando ese tiempo exceda los diez años. Si el causante impusiera un término superior al de diez años, se entenderá que queda reducido a este plazo.

Pero, a su vez, el juez podrá autorizar la división total o parcial, a pedido de parte interesada y antes del transcurso del tiempo establecido, cuando concurren circunstancias graves, razones de manifiesta utilidad o interés legítimo de tercero.

También puede ponerse fin al estado de indivisión antes del plazo impuesto por el testador si están en ello de acuerdo todos los herederos.

6-La condición de no enajenar el bien legado por un plazo no mayor de diez años

Si bien el art. 3608 sienta el principio general de que toda condición prohibida trae aparejada la anulación de la disposición a que se halle impuesta, en materia de legados de cosas ciertas el artículo prevé 3781 que si se lega una cosa con calidad de no enajenarla y la enajenación no compromete ningún derecho de tercero, la cláusula de no enajenarse se tendrá por no escrita.

Fácilmente se advierte, pues que en este caso no se hace perder efecto a la disposición que contiene el legado sino que se deja ésta a salvo, considerándose al legado como puro y simple, o a lo sumo limitándose la prohibición de enajenar al término de diez años, conforme lo dispone el artículo 2613 "Los donantes o testadores no pueden prohibir a los donatarios o sucesores en sus derechos, que enajenen los bienes muebles o inmuebles que les donaren o dejaren en testamento, por mayor término que el de diez años".

La aparente contradicción existente entre dicha disposición y lo reglado por el artículo 3781 es resuelta por la mayoría de la doctrina, afirmándose que "si la cláusula de no enajenar no fija término, debe tenerse por no escrita (art. 3871); si fija un término menor al decenal, será válida, y si fija uno mayor, deberá reducirse al término de diez años (art. 2613).

7- Disponer la afectación de un inmueble como bien de familia

El Bien de Familia es una institución jurídica, dotada de fundamentos, caracteres y fines específicos.

Esta reglada por la Ley Nacional 14394. Se basa en la voluntad de los titulares de dominio para someter el inmueble que es objeto de alojamiento o sustento económico de la familia, a un régimen especial.

Este régimen ofrece un beneficio principal que es "la protección del inmueble".

Tiene como objetivo asegurar la conservación dentro del patrimonio familiar, del

inmueble que sirve como vivienda o explotación personal para sustento económico, para así asegurar la cohesión familiar.

El art.44 de la ley 14394 dispone que cuando se hubiere dispuesto por testamento la constitución de un bien de familia, el juez de la sucesión, a pedido del cónyuge o, en su defecto, de la mayoría de los interesados, ordenará la inscripción en el registro inmobiliario respectivo siempre que fuere procedente con arreglo a las disposiciones de la presente ley. Si entre los beneficiarios hubiere incapaces, la inscripción podrá ser solicitada por el asesor o dispuesta de oficio por el juez.

8- desheredar a un hijo que haya cometido graves injurias contra el padre o madre

La desheredación es una sanción legal que se acuerda al testador a efectos de excluir a un heredero forzoso que ha incurrido en una de las causales taxativamente establecidas por el Código, debiendo el causante expresarlo en su disposición de última voluntad.

Funciona únicamente por testamento y sólo con respecto a los herederos forzosos, que no pueden ser privados de una parte de la herencia –legítima-sin justa causa. No se aplica con respecto a los herederos no forzosos pues basta con que el causante designe a otro como heredero testamentario.

El art. 3745 establece que “La causa de la desheredación debe estar expresada en el testamento. La que se haga sin expresión de causa, o por una causa que no sea de las designadas en este título, es de ningún efecto”.

Las causales de desheredación:

-de los descendientes por los ascendientes

Según el art. 3747 los ascendientes pueden desheredar a los descendientes legítimos o naturales por las causas siguientes:

1 - Por injurias de hecho, poniendo el hijo las manos sobre su ascendiente. La simple amenaza no es bastante;

2 - Si el descendiente ha atentado contra la vida del ascendiente;

3 - Si el descendiente ha acusado criminalmente al ascendiente de delito que merezca pena de cinco años de prisión o de trabajos forzados.

- de los ascendientes por los descendientes

de acuerdo con lo dispuesto por el art. Art.3748.- El descendiente puede desheredar al ascendiente por las dos últimas causas del artículo anterior.

No pueden desheredarlos en caso de injurias de hecho, ya que se admite que los padres pueden en circunstancias excepcionales, castigar moderadamente a sus hijos.

Ya vimos que el art. 3745 exige que el testador exponga la causa de desheredación, pero además es necesario que los herederos del testador prueben la causa expresada a menos que ello haya sido probado en juicio en vida del testador (art. 3746) Incumbe entonces la carga de la prueba a los herederos que concurren con el desheredado, o sea a quiénes afirman la validez del testamento.

9- El perdón expreso del indigno.

El Código Civil a partir del art. 3291 y hasta el artículo 3296 bis, establece las incapacidades para suceder por indignidad. Así considera indignos a:

-los condenados en juicio por delito o tentativa de homicidio contra la persona de cuya sucesión se trate, o de su cónyuge, o contra sus descendientes, o como cómplice del autor directo del hecho. Esta causa de indignidad no puede ser cubierta, ni por gracia acordada al criminal, ni por la prescripción de la pena.

-el heredero mayor de edad que es sabedor de la muerte violenta del autor de la sucesión y que no la denuncia a los jueces en el término de un mes, cuando sobre ella no se hubiese procedido de oficio. Si los homicidas fuesen ascendientes o descendientes, marido o mujer, o hermanos del heredero, cesará en éste la obligación de denunciar.

- el que voluntariamente acusó o denunció al difunto, de un delito que habría podido hacerlo condenar a prisión, o trabajos públicos por cinco años o más.

- el condenado en juicio por adulterio con la mujer del difunto.
- el pariente del difunto que, hallándose éste demente y abandonado, no cuidó de recogerlo, o hacerlo recoger en establecimiento público.
- el que estorbó por fuerza o por fraude, que el difunto hiciera testamento, o revocara el ya hecho, o que sustrajo éste, o que forzó al difunto a que testara.
- Es indigno de suceder al hijo, el padre o la madre que no lo hubiera reconocido voluntariamente durante la menor edad o que no le haya prestado alimentos y asistencia conforme a su condición y fortuna.

El código no considera de orden público las causas de indignidad, motivo por el cual admite la posibilidad de sanearla mediante dos remedios legales la posesión de los bienes de la herencia por parte del heredero indigno durante un plazo que fija la ley o el perdón por parte del causante.

Con respecto al perdón el art.3297 expresa “Las causas de indignidad mencionadas en los artículos precedentes, no podrán alegarse contra disposiciones testamentarias posteriores a los hechos que las producen, aun cuando se ofreciere probar que el difunto no tuvo conocimiento de esos hechos al tiempo de testar ni después”.

El perdón debe patentizarse, exclusivamente, por testamento y la institución en éste del heredero indigno borra los efectos de la indignidad, de pleno derecho, no admitiéndose pleito sobre la cuestión, como claramente lo expresa la parte final de la norma.

No es necesario, tampoco, que en el testamento figure la mención expresa del perdón; la inclusión del indigno lo hace presumir.

La interpretación del artículo debe ser rigurosa en cuanto no se admite otra forma de perdón que no sea por testamento posterior al hecho de la indignidad.

10-designar tutor para sus hijos menores

Según el artículo 383 del C.C. “El padre mayor o menor de edad, y la madre que no ha pasado a segundas nupcias, el que últimamente muera de ambos, puede nombrar por testamento, tutor a sus hijos que estén bajo la patria potestad.

Se trata de una facultad exclusiva de los padres . No obstante para que el nombramiento de tutor sea válido tiene que haber muerto el otro progenitor, pues de lo contrario no correspondería discernir la tutela, porque subsistiría la patria potestad del otro cónyuge, o sea del sobreviviente. Solo tiene este derecho el padre o la madre que estuviera en el ejercicio de la patria potestad.

Aunque el art. 383 privaba del derecho a designar tutor al cónyuge que había contraído segundas nupcias –el cual, según el sistema del código, perdía la patria potestad-hoy día, después de la ley 11357, ha desaparecido esa restricción.

Los padres de hijos extramatrimoniales también pueden nombrarles a éstos tutor testamentario, con tal de que el reconocimiento haya sido voluntario (arg. Art. 3296 bis, según la ley 23.254)y que los hayan instituidos como herederos (art. 394

11- La designación de curador para sus hijos mayores dementes o sordomudos

El artículo 479 del Código Civil, según el cual en todos los casos en que el padre o madre puede dar tutor a sus hijos menores de edad, podrá también nombrar curadores por testamento a los mayores de edad, dementes o sordomudos.

Según Borda, la facultad del padre para designar el curador de sus hijos mayores de edad pero incapaces, por medio de un testamento, rige solamente en los casos en que aquél ejerce la curatela del hijo; por tanto, carece de validez la designación si hay otra persona con mejor derecho para desempeñar el cargo (como el cónyuge o sus hijos) o si vive el otro progenitor hábil para desempeñarla.⁸

El hecho que sólo puede designar curador testamentario el padre o madre que se hallare en ejercicio de la curatela al momento de hacer el testamento, nos permite ver con claridad uno de los tantos inconvenientes que trae aparejada la no declaración judicial de incapacidad y la necesidad de llevar a cavo este procedimiento judicial.

Vemos necesario volver sobre el tema de la declaración judicial de incapacidad, en virtud de que el pariente tiene la obligación de denunciar la insanía, y si no lo hace pierde el derecho a la curatela legítima (arts. 378 y 398, inc. 14, Cód. Civil – aplicables por medio del art. 475 del mismo ordenamiento).⁹

El Código Civil sólo regula el supuesto de delación de la curatela por los padres del incapaz por medio del testamento. Regula con ello el supuesto más habitual. Pero nada impide extender la hipótesis a otras no previstas, personas que constituyen su círculo de guarda, pueden adoptar diversos tipos de disposiciones respecto de la administración de bienes cuya determinación coincide con la distinción civil entre medidas de carácter personal y patrimonial.

La delación testamentaria es una de las formas tradicionales, de delación de la curatela.

El claro componente tradicional de institución cuasi familiar, en cierta forma inspirada en la patria potestad, aunque no sea cierta (no crea status familiar, ni filiación, no puede hablarse de relación parental) subyace en la concepción testamentaria de la curatela.

En cualquier caso, la delación de la curatela (testamentaria, legítima y dativa, desde el Derecho Romano Clásico) queda sujeta al correspondiente nombramiento judicial. Es decir, los padres pueden establecer medidas de tutela pero el juez decide.

El nombramiento constituye una prerrogativa otorgada a los padres para el caso de su fallecimiento o, en su defecto al juez, sea que la tutela recaiga en alguno de los parientes que la ley prevé (art. 390 C.C.) o en un tercero (art. 393 C.C.).

Sin embargo, ese nombramiento debe ir unido a un control de mérito de las calidades personales y morales del designado y de su capacidad (art. 398 C.C.) y antes de quedar investido del cargo, el nombrado debe "asegurar bajo juramento el buen desempeño de su administración" (art. 406 C.C.). Por eso, el juez tiene que confirmar la designación de tutor hecha por los padres (art. 399 C.C.)

Por otra parte a pesar de que el art. 479 se refiere exclusivamente a la designación por testamento, nada impide la validez de la designación hecha por medio de escritura pública, ya que ninguna razón habría para apartarse de lo previsto por el art. 394 C.C.¹⁰

La duplicidad de formas presenta dos problemas. El primero de elección de medio; el segundo de publicidad de la designación.

En cuanto al primer supuesto, es sabido que el testamento surte eficacia después del fallecimiento del testador, momento al que hay que referir por tanto el nombramiento del curador.

Puede entenderse que no ocurre así con la escritura pública, que produciría efectos desde su otorgamiento, no estando dirigido a regular la esfera post mortem del disponente.

Asimismo, dada su finalidad dirigida a regular la curatela incapacitados, deben entenderse ambos documentos destinados a surtir eficacia en el momento del fallecimiento del disponente.

Sin embargo, nos parece muy importante destacar que a través de la escritura pública se podría prever el supuesto de incapacidad posterior del padre o madre ordenante.

En este punto parece conveniente realizar algunas reflexiones en orden al concepto de administración del patrimonio del tutelado, o más exactamente de su gestión.

El art. 481 del C.C. dispone que la obligación principal del curador del insano, será cuidar que recobre su capacidad y a este objeto se han de aplicar con preferencia la renta de sus bienes.

Por otra parte la gestión no supone una mera conservación de los bienes del tutelado sino que debe considerarse una explotación dinámica de los mismos.

Baste indicar que la idea rectora es obtener del conjunto patrimonial la rentabilidad global que puede alcanzar, siendo posible la enajenación a efectos de reinversión en el mismo u otro activo.

De prosperar esta interpretación, el legado en bienes determinados o bien la donación –título gratuito– ordenada por el padre o la madre, pudiere, si es imputada al quinto de libre disposición, gozar de un régimen más flexible que los bienes incluidos en la curatela en sentido estricto. Nada impide que una misma persona puede ser al mismo

tiempo administrador de un bien concreto y curador de los bienes de la persona y bienes del incapaz.

Finalmente, en el ámbito del artículo 451 C.C. referido a la retribución del curador, debemos destacar que no se puede alterar la proporción fijada por la norma, por lo cual la remuneración no puede ser inferior ni superior. Sin embargo en un caso se resolvió que si al curador del insano se lo designó administrador de los bienes en el juicio sucesorio en que se lo declaró al interdicto único heredero, carece de derecho a la décima, si en dicho carácter se le asignó y cobró una suma superior¹¹

Posteriormente se hará alguna precisión sobre las formas de aseguramiento de la voluntad del testador (no del disponente en escritura pública salvo que coordine su contenido con un testamento, lo que siempre es aconsejable).

La principal preocupación a la hora de prever el futuro económico de los hijos y seres queridos consiste en garantizar un flujo adecuado que permita conseguirle un digno nivel de vida y el aseguramiento de las condiciones materiales precisas.

Tras una valoración adecuada de las circunstancias concurrentes en cada caso, pueden ser el establecimiento y garantía de una renta o el aseguramiento de vivienda.

12- Revocación de otro testamento:

Se acepta que el testamento solo tenga como disposición la revocación de otro anterior.

Una de las notas esenciales del derecho testamentario es la posibilidad permanente de su revocación, a punto que el art. 3824 dispone "El testamento es revocable a voluntad del testador hasta su muerte. Toda renuncia o restricción a este derecho es de ningún efecto. El testamento no confiere a los instituidos ningún derecho actual".

La revocación es el acto –expreso o tácito- por el cual el testador deja sin efecto el testamento anterior. Será expresa cuando ello se dice en un testamento posterior y tácita cuando es corolario de algún acontecimiento previo, tales como la destrucción del testamento o el matrimonio posterior del causante.

La revocación del testamento quita a éste todos sus efectos, con excepción de la cláusula por la que se reconoce a un hijo extramatrimonial.

13- La disposición de todo el cadáver del disponente o de partes separables del mismo (órganos o materiales anatómicos), para uso científico o para ser implantadas dichas partes separables en otros seres humanos vivos.

El artículo 19 de la ley 24193 dispone: Toda persona capaz mayor de dieciocho (18) años podrá autorizar para después de su muerte la ablación de órganos o materiales anatómicos de su propio cuerpo, para ser implantados en humanos vivos o con fines de estudio o investigación.

La autorización a que se refiere el presente artículo podrá especificar los órganos cuya ablación se autoriza o prohíbe, de un modo específico o genérico. De no existir esta especificación, se entenderán abarcados todos los órganos o tejidos anatómicos del potencial donante.

Asimismo podrá especificar con qué finalidad se autoriza la ablación. De no existir esta especificación, se entenderán abarcados exclusivamente los fines de implantación en humanos vivos y excluidos los de estudio e investigación científica.

Esta autorización es revocable en cualquier momento por el dador; no podrá ser revocada por persona alguna después de su muerte.

Posteriormente la ley 26.066 de trasplante de órganos y tejidos sancionada el 30 de noviembre de 2005 trae una modificación de la Ley N° 24.193. respecto a la manifestación de su voluntad negativa o afirmativa por parte de las personas respecto de la ablación de los órganos y tejidos de sus propios cuerpos. Ablación en los casos de personas capaces mayores de 18 años que no hayan dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se lleve a cabo la extracción de sus órganos y tejidos. Fallecimiento de menores de 18 años no emancipados. Comunicación al Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI).

Esta ley Promulgada de Hecho el día 21 de diciembre de 2005 dispone en su artículo 4º: “Sustitúyese el artículo 19 de la ley 24.193 por el siguiente texto:

Artículo 19: Toda persona podrá en forma expresa:

1. Manifestar su voluntad negativa o afirmativa a la ablación de los órganos o tejidos de su propio cuerpo.

2. Restringir de un modo específico su voluntad afirmativa de ablación a determinados órganos y tejidos.

3. Condicionar la finalidad de la voluntad afirmativa de ablación a alguno o algunos de los fines previstos en esta ley —implante en seres humanos vivos o con fines de estudio o investigación —.

El artículo 5º — Incorpórase a la ley 24.193, como artículo 19 bis el siguiente:

artículo 19 bis: La ablación podrá efectuarse respecto de toda persona capaz mayor de DIECIOCHO (18) años que no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la extracción de sus órganos o tejidos, la que será respetada cualquiera sea la forma en la que se hubiere manifestado.

Este artículo entrará en vigencia transcurridos NOVENTA (90) días de ejecución de lo establecido en el artículo 13 de esta ley, que modifica el artículo 62 de la ley 24.193.

El artículo 6º — Incorpórase a la ley 24.193, como artículo 19 ter el siguiente:

artículo 19 ter: En caso de fallecimiento de menores de DIECIOCHO (18) años, no emancipados, sus padres o su representante legal, exclusivamente, podrán autorizar la ablación de sus órganos o tejidos especificando los alcances de la misma.

El vínculo familiar o la representación que se invoque será acreditado, a falta de otra prueba, mediante declaración jurada, la que tendrá carácter de instrumento público, debiendo acompañarse dentro de las CUARENTA Y OCHO (48) horas la documentación respectiva.

La falta de consentimiento de alguno de los padres eliminará la posibilidad de autorizar la ablación en el cadáver del menor.

En ausencia de las personas mencionadas precedentemente, se dará intervención al Ministerio Pupilar, quien podrá autorizar la ablación.

14- reconocer hijos de una relación extramatrimonial o de un hijo por nacer de una unión actual

El reconocimiento de hijos extramatrimoniales (art. 248 inc. 3) es materia que se trata fundamentalmente en el derecho de familia, pero caben, no obstante, algunas observaciones.

Aunque el reconocimiento se califique como acto inter vivos, la circunstancia de que el reconociente haya optado por la forma testamentaria para concretarlo, no puede resultar indiferente.

El testamento, como acto de última voluntad, produce sus efectos recién después de muerto su autor (arts. 947 y 952). El reconocimiento, contenido en un testamento, no puede escapar a esta singularidad del acto testamentario. La ley no lo exceptúa. Sólo establece que es irrevocable, dejándolo al margen del principio de revocabilidad de toda disposición testamentaria.

Pero no lo excluye de la eficacia post mortem propia de las disposiciones de última voluntad. Por lo cual, si quien reconoce ha querido hacerlo a través de un acto testamentario, no se ve por qué no se ha de respetar su voluntad de que el reconocimiento recién adquiera eficacia después de su fallecimiento, conforme a la naturaleza de última voluntad del acto que ha elegido para efectuarlo. La irrevocabilidad del reconocimiento no puede identificarse con la eficacia inmediata del mismo, característica de los actos inter vivos, porque aquí es la misma ley que consiente el reconocimiento en un acto de última voluntad, sin excluirlo de la eficacia post mortem propia de este tipo de actos.

La irrevocabilidad del reconocimiento testamentario no conlleva que también este acto deba constituir una excepción al principio legal de que el testamento recién adquiere eficacia después de la muerte de su autor (arts. 947 y 952 CC.), porque tal excepción la ley no la establece. Que una persona disponga para después de su muerte y que no

obstante a su disposición de última voluntad se le atribuyan efectos inmediatos, inter vivos, no resulta de la ley, y viola el principio moral y legal de respeto a la voluntad del testador.

Por todo ello, no pareciera acertada la doctrina que asigna efectos inmediatos al reconocimiento testamentario, y niega el carácter de testamento al acto de última voluntad revestido de forma testamentaria que sólo contenga el reconocimiento de hijo. La ley ha querido que el reconocimiento pueda resultar de un acto de última voluntad (art. 248 inc. 3 CC.), y que sea irrevocable (art. 249). Pero no ha dicho nada más. Por lo tanto, si un sujeto reconoce un hijo en su testamento, ese reconocimiento sólo adquirirá eficacia con la muerte del testador. De lo contrario, no tendría sentido la referencia de la ley al acto de última voluntad.

La eficacia post mortem del reconocimiento contenido en un testamento resulta clara cuando se trata de testamento cerrado. No podrá procederse a la apertura de un testamento cerrado antes del fallecimiento de su autor, por más vehementes que sean los indicios de que contenga un reconocimiento de hijo extramatrimonial . Con el ológrafo la situación es similar. Su carácter privado, íntimo del testador, contribuye a que produzca efectos cuando aparezca después del fallecimiento de su autor. Y si aparece a la luz antes de tal acontecimiento, no adelantará tal aparición los efectos del reconocimiento: su eficacia se producirá con la muerte del testador, una vez protocolizado (art. 3692 CC.).

Con respecto al testamento por acto público, si bien el art. 39 dec. ley 8204/63 establece que los escribanos ante quienes se hiciesen reconocimientos remitirán a la Dirección General de Registro Civil los documentos pertinentes, tratándose de un testamento por acto público lo exacto es que recién se podrá inscribir comprobándose la muerte del testador, pues hasta ese momento el acto testamentario no tiene existencia, por aplicación del art. 952 CC.

El reconocimiento testamentario de un hijo producirá efectos, en consecuencia, sólo a partir de la misma fecha en que el testamento adquiere eficacia, es decir, a partir del fallecimiento de su autor. Es lo que en forma expresa y coherentemente dispone el Código Civil italiano (art. 256). Es también la doctrina del derecho francés y del español. En España, la reforma de 1986 al Reglamento del Registro Civil ya no deja dudas, pues dispone que cuando el reconocimiento conste en testamento, para inscribirlo se debe acreditar la defunción del reconociente (art. 188).

El proyecto argentino de Código Civil de 1998 en esta materia deja las cosas como están. Su art. 550 inc. c no innova la redacción del vigente art. 248 inc. 3, por lo cual la discrepancia doctrinaria seguirá abierta.

15- crear un fideicomiso

El empleo del fideicomiso ha sido resistido en nuestro país, quizá por, los malos antecedentes que conocemos del derecho romano, donde el fideicommissum y el pactum fiducie sirvieron como instrumento para concretar abusos, en perjuicio del constituyente, acreedores y herederos legítimos.

A todo este desprestigio debemos agregar, que la mayoría identifica el fideicomiso con los negocios ocultos o simulados y su inevitable vinculación con el fraude.

No obstante pensamos que este instituto posee virtudes que se van a poner de manifiesto cuando realmente se ponga en funcionamiento en nuestro país, ahora que contamos con la ley 24.441 que sirve de marco contenedor.

La doctrina nunca se puso de acuerdo sobre si se podían o no constituir fideicomisos de última voluntad, ríos de tinta han corrido al respecto. Ahora la ley 24.441; hace que todas estas discusiones doctrinarias sean historia, al disponer expresamente que el fideicomiso también puede constituirse por testamento.

La ley al dar el concepto de fideicomiso se concreta a decir que “hay fideicomiso cuando una persona (el fiduciante), transmite la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (el fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designa en el contrato (el beneficiario) y a transmitir la propiedad plena a la finalización del fideicomiso al fiduciante, al beneficiario o a un tercero (el fideicomisario) “ (art. 1°).

Conceptualizando a los sujetos que pueden intervenir en el fideicomiso tenemos:

a) El fiduciante, también llamado fideicomitente que es quién transmite la propiedad fiduciaria de bienes determinados,

b) El fiduciario, es quién recibe la propiedad fiduciaria y se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato o testamento, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario, por supuesto que si se trata de un fideicomiso testamentario sólo se lo podrá transmitir al beneficiario o fideicomisario, ya que se hará efectivo después de la muerte del fiduciario,

c) El beneficiario es el sujeto a favor de quién se instituye el fideicomiso y en cuyo provecho se lo administra,

d) El fideicomisario, es el destinatario final de los bienes fideicomitados, una vez cumplido el plazo o la condición a que se encuentra sometido el dominio fiduciario.

Para la hipótesis de que beneficiario y fideicomisario sean efectivamente personas distintas, la propuesta de la comisión designada por dec. 468/92 de reformas al Código Civil contempló que el fideicomisario sea el beneficiario residual, y que en caso de que tampoco acepte o no llegue a existir atribuyó la calidad de beneficiario al mismo fiduciante. En el artículo 26 , regulando la extinción del fideicomiso, la ley 24.441 dispone que el fiduciario estará obligado a entregar los bienes fideicomitados al fideicomisario o a sus sucesores.

En lo que respecta a la conceptualización del dominio fiduciario, podemos decir que se trata de un dominio imperfecto, temporario o de duración limitada y su destino es la retransmisión a quién corresponda según el contrato, el testamento o la ley.

La fuente natural del fideicomiso establecida por la nueva ley, es sin duda el contrato, pero la ley ha previsto otra fuente diferente, cual es el acto de última voluntad, por medio del cual el testador, futuro causante, puede constituir un fideicomiso que carecerá de efectos inmediatos y su eficiencia dependerá, entre otras cosas de la muerte del testador.

En cuanto al contenido, la ley dice que “contendrá al menos las enunciaciones requeridas por el artículo 4...”. En consecuencia deberá contener: a) “La individualización de los bienes objeto del contrato; b) “La determinación del modo en que otros bienes podrán ser incorporados al fideicomiso”; c) “El plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario, el que nunca podrá durar más de treinta (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”; d) “El destino de los bienes a la finalización del fideicomiso”; y e) “Los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo si cesare”.

-La sustitución fideicomisaria prohibida en el art. 3.723 del C.C. se distingue del fideicomiso testamentario en cuanto alude a un orden sucesivo de vocación.

Para distinguir la sustitución fiduciaria del fideicomiso sucesorio, podemos decir, que encontramos esta diferencia en uno de los requisitos que es esencial en la primera, y es la existencia de un orden sucesivo , ya que el segundo instituido, recibe cuando muere el primer heredero, en cambio en el fideicomiso esto no se da, ya que el traspaso de los bienes del fiduciario, no depende de la muerte del fiduciario, sino de un plazo, el que nunca podría superar los 30 años desde su constitución (art. 4 c), salvo que el beneficiario fuera un incapaz, en cuyo caso sería, por la vida del mismo o hasta que éste recupere su capacidad.

O sea que la distinción entre el fideicomiso y la sustitución fideicomisaria está relacionada con la muerte; si la propiedad ha de pasar del fiduciario al fideicomisario a la muerte del fiduciario hay una sustitución fideicomisaria, porque se ha nombrado un heredero al heredero, pero si está sujeto a un plazo o una condición diferente a la muerte se estará en presencia de un fideicomiso permitido por la ley.

Por tanto no habría sustitución prohibida, si el fideicomiso se constituye sobre bienes que deberán ser administrados por el fiduciario en beneficio de un tercero o de alguno de los herederos y para que al cabo de un plazo o condición los transfiera al beneficiario o al fideicomisario. Con lo cual queda claro que no se le está de ninguna manera dando un heredero al heredero y que este efecto jurídico es totalmente ajeno a la muerte del fiduciario.

-En cuanto al respeto a las legítimas

La aplicación del fideicomiso testamentario, tropieza en la mayoría de los casos con la legítima de los herederos forzosos, convirtiéndola en una utopía, por más que se encuentre perfectamente encuadrada legalmente.

Si existen herederos forzosos el fideicomiso sólo podría ser constituido sobre la parte de libre disposición, porque lo contrario violentaría la legítima.

- existencia de un heredero incapaz

Por nuestra parte, sin desconocer que el C.C. determina que los bienes que deben recibir los sucesores universales convocados por un llamamiento legal, y de los cuales no pueden ser privados; y que según el art. 3598, deben recibir sin cargas ni condicionamientos; creemos que merece distinto tratamiento, cuando entre los herederos existe un incapaz, a quién el testador pretenda proteger, o incluso que esa protección se la quiera asegurar a toda la familia.

Y es justamente esta creencia, la que nos lleva a sostener que a través de la doctrina y la jurisprudencia, como ya ha sucedido en otras oportunidades en nuestro derecho, se busque la armonización de las normas, solucionando los conflictos sin que ninguno de los principios del derecho se vea afectado.

Figuras como la afectación de un inmueble al régimen de la ley 14.394 de bien de familia por la vía testamentaria o la determinación de la indivisión forzosa de los bienes hereditarios regulada en los arts. 51 a 55 del mismo ordenamiento legal, han sido consideradas excepciones al concepto de intangibilidad de la legítima, de interpretación restrictiva.

Por su parte Bossert, expresa que se ha señalado que en caso de advertirse conflicto entre los principios que rigen la legítima o la división hereditaria con los que inspiran la institución del bien de familia, deben preferirse estos últimos, adecuándose cuando sea necesario para que funcionen éstas, de lo que se deriva que la ley 14.394 ha modificado implícitamente el régimen sucesorio.

En este orden de ideas, ante la afectación de la legítima de los herederos forzosos, originada en que el testador al constituir el fideicomiso testamentario involucró en él bienes que superan la parte disponible, se imponen dos soluciones.

Conforme a la primera, los herederos legitimarios podrían solicitar la reducción del derecho a la porción disponible, esta solución se apoyaría en el Código Civil.

La segunda, considerando este caso como una excepción a la intangibilidad de la legítima, que solo se vería postergada temporariamente, en pos de metas superiores, como es por ejemplo la propia protección de los bienes fideicomitados que le correspondan al heredero incapaz. Todo ello siempre y cuando se involucre en él a los herederos legitimarios y no se pretenda beneficiar a través de esta figura a terceros existiendo herederos forzosos.

El plazo permitido para mantener vigente un fideicomiso es de treinta años, pudiendo ser más extenso si se vincula con la incapacidad del beneficiario. Treinta años aparece como suficientemente extenso, pero no lo es tanto el marcado por los arts. 51 a 53 de la ley 14.394, que es de 10 años, o hasta que la totalidad de los herederos adquieran la mayoría de edad. Suponiendo que al tiempo de la constitución de la indivisión recién haya nacido el más pequeño de los herederos, el plazo máximo sería de veintiún años.

La constitución del fideicomiso testamentario sería una excepción más a la intangibilidad de la legítima, cuando estén involucrados intereses prioritarios, como la protección patrimonial de incapaces o de la misma familia, desplazándose de este supuesto el beneficio de terceros no legitimarios.

-Como ya quedó explicado en este tipo de fideicomisos, el interesado dicta su testamento en cualquiera de las formas permitidas por la ley y en él expresa su voluntad para que a su muerte se constituya fideicomiso sobre todos o parte de los bienes que integrarían su acervo hereditario, estipulando quiénes serán los fideicomisarios, cuáles serán los fines a cuya consecución, deberá proveer el fiduciario y en general todo lo que desea que el fiduciario realice con dichos bienes y el destino que habrá de darles.

Con el fideicomiso testamentario, cualquiera que sea la forma que se utilice, se tienden a evitar los mismos riesgos que con los fideicomisos de seguro, esto es, la dilapidación o mala administración del patrimonio hereditario y además ayudar a garantizar que se cumpla con estricto rigor la voluntad del testador, respecto a la administración, aplicación y destino de ese patrimonio, evitando desviaciones, así como conflictos entre

herederos o legatarios, frecuentes sobre todo cuando el albacea o los encargados de la administración no están en aptitud de proceder imparcialmente, por tener también intereses en la herencia¹².

A través del testamento el testador expresa su voluntad y deseo, obviamente revocable, como lo es todo testamento, de que a su muerte, se constituya fideicomiso en los términos, condiciones y para los fines que el propio testamento se determinen.

Cuántas veces hemos escuchado anécdotas de menores de edad que al llegar a su mayoría, ya no tenían el patrimonio hereditario que les habían dejado sus padres, algunas veces fortunas, otras veces el fruto del sacrificio de toda una vida.

La circunstancia de no saber quién, ni cómo se van a administrar los bienes que les dejemos a nuestros hijos a nuestra muerte, si estos fueran menores, es una fuente de preocupación común a todos los padres. Y ni que decir, cuando se tiene la certeza de que un hijo, por padecer alguna enfermedad física o mental o ambas, no va a adquirir nunca la capacidad para valerse por sí mismo y mucho menos para administrar su patrimonio o persona.

Ahora a través del testamento, con la posibilidad que le otorga la ley, y pudiendo los padres como ya vimos, constituir un fideicomiso de administración o de inversión sobre su patrimonio, para después de su muerte, le aseguran al hijo una cobertura económica para atender su salud, cuidados, asistencia y la manera como quieren que se provean esas necesidades, sabiendo además que esos bienes se van a invertir o administrar correctamente.

Son numerosos los autores que han visto que la posibilidad de constituir un fideicomiso testamentario, está íntimamente vinculada con las relaciones de familia.¹³

16- Designar albacea

Persona de confianza que se ocupará de cumplir y hacer cumplir lo dispuesto por Ud. en el testamento. Como disposición testamentaria en el testamento se puede proceder a la designación de albacea, pudiendo incluso establecer sus facultades, y cuya función tiene carácter oneroso (arts. 3844 y 3872)

Respecto a la ejecución de últimas voluntades existiendo incapaces (judicialmente incapacitados o no) interesados en la sucesión, es muy conveniente proceder a la designación testamentaria de albacea

La extensión de las facultades a conferir al albacea es variable. Puede ser designado para funciones concretas: vigilar el cumplimiento de modos, condiciones resolutorias, entrega de legados. El artículo 3.851 C.C. dispone que las facultades del albacea serán las que designe el testador con arreglo a las leyes, y si no las hubiese designado, el executor testamentario tendrá todos los poderes que según las circunstancias sean necesarios para la ejecución de la voluntad del testador.

No obstante la amplitud de la regla preindicada se anotan entre las principales atribuciones del albaceas, las siguientes:

a.- Retención para el pago de deudas y legados

Si bien, existiendo herederos forzosos o instituidos corresponde a éstos la posesión de la herencia, debe quedar en poder del albacea una parte de ella, cuando fuese necesario, para pagar las deudas y legados, si los herederos no opusiesen con respecto a estos últimos que se perjudica su legítima (art. 3852). Todo, sin perjuicio de que los herederos y legatarios puedan pedir al albacea las garantías necesarias por la parte de la herencia que queda en su poder (art. 3853 C.C.)

El albacea debe pagar las mandas con conocimiento de los herederos; y si éstos se opusieren al pago, debe suspenderlo hasta la resolución de la cuestión entre los herederos y legatarios"

b.- Posesión de la herencia

Cuando en el testamento sólo se hiciesen legados, no habiendo herederos legítimos ni instituidos, la posesión de la herencia corresponde al albacea (art. 3854 C.C.)

c.- Venta de bienes

El causante puede autorizar al albacea para vender bienes muebles o inmuebles; pero ello no se hará sino cuando sea indispensable para la ejecución del testamento y de acuerdo con los herederos o autorizado por el juez (art. 3856).

d.- Ejecución de cargos

El albacea tiene atribuciones para demandar a herederos y legatarios por la ejecución de los cargos que el testador les hubiere impuesto en su propio interés (art. 3861 C.C.)

e.- Intervención en juicio

Es parte en las contestaciones relativas a la validez del testamento o en las cuestiones sobre la ejecución de las mandas; pero no interviene en los pleitos que promuevan los acreedores de la sucesión u otros terceros, en los cuales sólo son parte los herederos y legatarios. (art. 3862 C.C.)

f.- reembolso de gastos

Según el artículo 3873, "los gastos hechos por el albacea relativos a sus funciones son a cargo de la sucesión" La norma no hace sino aplicar las reglas de los arts. 1948 y 1949 del C.C..

c.- Administrador de la herencia

La doctrina mayoritaria en nuestro país ha entendido que puede administrar la herencia en el caso de que no existan herederos y "cuando las disposiciones del testador tuviese sólo por objeto hacer legados". En este sentido debe entenderse, como dispone el artículo 3863 del C.C. que "el nombramiento de un albacea, deja a los herederos y legatarios todos los derechos cuyo ejercicio no se atribuye especialmente a aquél". No obstante el Código Procesal de Mendoza, en su art. 322 al referirse a la designación de Administrador y Perito dispone en su inciso 1º última parte que si hubiera albacea testamentario, a este se designará administrador en todos los casos.

El albacea tiene la obligación de realizar un inventario de los bienes hereditarios, poner en conocimiento de los herederos del pago de las mandas y posteriormente rendir cuentas de su gestión (arts. 3857 a 3860 C.C. y 3874 C.C.)

También tiene derecho a ser retribuido por su trabajo, y esta será una comisión graduable conforme lo que ha hecho y la importancia de los bienes de la sucesión (art. 3872).

17- Designar Contador-partidor

Acudir a la profesionalización y nombrar un doctor en Ciencias Económicas o Contador Público Nacional, para que sea quien se ocupe de las operaciones a que de lugar la futura sucesión, es de gran utilidad.

Debemos tener en cuenta que el art. 3515, autoriza a los ascendientes que nombren tutores a sus descendientes menores (curadores a los mayores) para que hagan los inventarios, tasaciones y particiones de sus bienes extrajudicialmente presentándolas después a los jueces para su aprobación. Naturalmente la solución para los padres que opten por esta facultad que les otorga el código, está en que se designe una persona especializada que tenga una capacitación en esta materia, y por lo tanto, lleve a cabo con más solvencia las operaciones, profesional de Ciencias Económicas.

En Mendoza, en sentido distinto a lo que dispone el Código Procesal de la Nación¹⁴, el Código de procedimiento provincial en el artículo 322 dispone en el inciso 2º respecto al nombramiento de perito que "se nombrará un perito evaluador, doctor en ciencia económicas o contador público nacional, que hará también el inventario, si fuera de necesidad. Agregando en el inciso 3º "Podrá también designarse un perito partidor en la forma señalada en el inciso precedente, debiendo la cuenta particionaria ser suscripta conjuntamente con el abogado que intervenga. Los herederos declarados, por mayoría, podrán resolver que el perito evaluador haga también la partición."

Si la partición puede ser realizada por el propio testador conforme lo autoriza el art. 3514, o también puede el testador delegarla al tutor como ya vimos, con más razón entendemos que está facultado para designar un Contador Público Nacional, pues quien puede lo más puede lo menos.

Además debemos tener presente que las particiones que involucren a menores o incapaces deben ser judicial homologadas judicialmente. El sentido de la exigencia es asegurar a los coherederos la garantía de sus derechos resguardados por el trámite judicial.

18-Designar el abogado que quiere que se ocupe de su sucesión

VII-CONCLUSIONES

Vemos con alguna frecuencia como el derecho sucesorio y sus normas imperativas se ven desplazadas a través de negocios jurídicos, la mayoría de las veces simulados, como sociedades comerciales, donaciones o constitución de fideicomisos. Estos negocios son los que con más frecuencia utilizan los hombres en su innata tendencia por salvar las prohibiciones legales que limitan su voluntad. Así por medio de contratos de donación, sociedad o constitución de fideicomisos entre otros negocios jurídicos familiares, se podrían soslayar las normas legales impuestas a las sucesiones.¹⁵

Encontramos a quienes perniciosamente regalan sus bienes en vida, pero también se encuentran infinidad de personas que, yéndose al otro extremo y de manera injustificada, se resisten firmemente a renunciar a sus sentimientos negativos hacia el testamento. Como si esta actitud fuera algo precioso que los protegiera contra otra cosa aún peor, la muerte.

Se ha dicho que la manera de lograr la satisfacción de las necesidades y fines de la persona, debe basarse en el cálculo de los acontecimientos y de su conexión de antemano conocida y si de algo estamos seguros es de que algún día vamos a morir. Por ello hay que interesarse por la realidad posible y tener en cuenta que con el paso de los años la actividad mental va menguando.

Todo nos lleva a admitir la vigencia del principio fundamental que considera sagrada la última voluntad, y que debe cumplirse cualquiera sea su contenido, con tal de que no sea lesivo de la moral, de las buenas costumbres y del orden público y siempre respetando las formas, las legítimas de los herederos forzosos y la prohibición de las sustituciones fideicomisarias. Dentro de tales límites el testamento constituye una "autoreglamentación jurídicamente relevante de intereses particulares ya sea patrimoniales o personales del testador, para el tiempo posterior a su muerte"¹⁶

Después del análisis de las disposiciones testamentarias útiles para planificar la futura sucesión, y siempre dentro de la esfera de legalidad, nos parece que ha quedado demostrado lo innecesario de recurrir a soluciones simuladas o riesgosas, que llevan a desprenderse del patrimonio en vida, teniendo al alcance una herramienta tan útil como el testamento para dejar organizada la sucesión futura. Basta para demostrar lo acertado de esta afirmación recordar la Sagrada Biblia cuando aconseja "Conserva tu autoridad: ni al hijo, ni a la mujer ni al hermano, ni al amigo, jamás les des potestad sobre tí, ni cedas a otros lo que posees para que no suceda que, arrepentido, hayas de pedirles rogando que te lo devuelva. Reparte tu herencia, cuando se terminen los días de tu vida, al tiempo de tu muerte"¹⁷.

¹ Glikin, Leonardo "Pensar la Herencia" pág. 48

² Núñez, Mirta: Planificación patrimonial. Publicado en "Dinero y Finanzas" 10 de mayo de 2005.

³ Garcia Goyena: Concordancia, motivos y comentarios del C.C. español, tomo II, pág. 329, Madrid 1852

⁴ Bonzano de Saiz, María de los Ángeles Los discapacitados y el Derecho Sucesorio "Lexis Nexis" Buenos Aires 4 de abril 2002/J.a. 2002-II, fascículo n1, pág. 14.

⁵ El profesor Pérez Lasala en su tratado de las Sucesiones sostiene que para que haya testamento con contenido exclusivamente extrapatrimonial, tales declaraciones deben merecer la tutela jurídica del legislador, y esa tutela jurídica sólo se puede obtener sujetándose al medio técnico necesario para la constitución de una relación jurídica obligatoria. Esto implica no sólo que haya una persona designada como obligada, sino también otra que sea titular del derecho correlativo..." y continúa "creada la relación jurídica, para saber si la disposición extrapatrimonial puede por sí constituir testamento, es necesario que sea de última voluntad y revocable." Pág. 216

⁶ SC. Mendoza, Sala I, 11/06/74, L.L.1975-A-790 (32178-S)

⁷ Pérez Lasala Curso de Derecho Sucesorio pág. 787

⁸ Borda, Guillermo, Familia, II, n° 1190, a.

Heluani, María Margarita, Protección Mortis Causa de los incapaces. Jornadas de Ciencias Económicas 2002

¹⁰ Borda, Guillermo, Familia, II n° 1190 b.

¹¹ C.N.Civ, Sala D, 9/4/54 L.L., 74-577.

¹² Asuayfeta O. pág. 32 "El fideicomiso al servicio del individuo y de la familia " pág. 32 y ss. publicado en la revista Jurídica del Banco de la Nación Argentina.

¹³ Así Orelle, sostiene: "Para fideicomisos testamentarios, que permitan garantizar a los hijos, o a los menores de edad (obviamente siempre que no se alteren derechos legítimos) un proyecto educativo y asistencia pensado y proyectado por sus padres"(ORELLE, José María Rodolfo, "El Fideicomiso en la ley 24.441" en L.L. del 29 de marzo de 1995, pág. 9)

¹⁴ El art. 727 del Código Procesal de la Nación dispone que: "el partidor, que deberá tener título de abogado, será nombrado en la forma dispuesta para el inventariador."

¹⁵ Heluani, Margarita, ponencia presentada en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia, celebrado en Mendoza el 22/9/98.

¹⁶ Massimo Bianca, C., "Diritto civile. La famiglia, le successioni", t. 2, n. 327.

¹⁶ "La Sagrada Biblia", Eclesiástico; cap. 33, versículos 20 a 24.