

Septiembre 6 de 2021

Estimado (a) autor(a):

Gracias por su permanente interés en nuestra revista internacional a la que Ud. envió un trabajo para publicación y que ha sido procesado siguiendo nuestros procedimientos normales de evaluación y edición.

Artículo: **"Análisis de la planificación patrimonial preventiva como forma de evitar problemas post mortem en tiempos de pandemia"**.

Autores: José Antonio Rojas Zambrano, Bryan Alexander Farez Ron y Mónica Eloíza Ramón Merchán.

Informo a Ud. que, de acuerdo al informe de los árbitros, el artículo cumple los requisitos necesarios para publicación, por lo tanto, se encuentra listo para su publicación en el volumen 4, número Especial 2 (noviembre-2021) de la revista **"Sociedad & Tecnología"**, con ISSN: 2773-7349. La revista se encuentra indexada en directorios, catálogos y bases de datos internacionales como: Latindex catálogo 2.0, CrossRef (DOI), Directory of Open Access Scholarly Resources (ROAD), Red Latinoamericana de Revistas en Ciencias Sociales y humanidades (LatinREV), European Publishing Studies Association (EuroPub), Bielefeld Academic Search (BASE), Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico (REDIB), Directory of Research Journals Indexing (DRJI), Database Search Engine (WorldCat), Academic Resource Index (ResearchBib), Scientific Literacy at the School (SCILIT).

Atentamente,



Ph.D. Yohandra Rad Carriazo
Co-Editor, responsable del número especial No. 2021



**ANÁLISIS DE LA PLANIFICACIÓN PATRIMONIAL PREVENTIVA COMO
FORMA DE EVITAR PROBLEMAS POST MORTEM EN TIEMPOS DE
PANDEMIA**

ANALYSIS OF PREVENTIVE ESTATE PLANNING AS A WAY TO AVOID POST
MORTEM PROBLEMS IN TIMES OF PANDEMIC

Estudiantes:

JOSE ANTONIO ROJAS ZAMBRANO

Universidad Técnica de Machala

Estudiante de la Universidad Técnica de Machala

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5166-1402>

Correo: jrojas3@utmachala.edu.ec

BRYAN ALEXANDER FAREZ RON

Universidad Técnica de Machala

Estudiante de la Universidad Técnica de Machala

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8347-0889>

Correo: bfarez2@utmachala.edu.ec

MÓNICA ELOIZA RAMÓN MERCHÁN

DOCENTE

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-1191-863X>

Correo: meramon@utmachala.edu.ec

RESUMEN DE TÍTULOS Y PUESTO DOCENTE

RESUMEN

La pandemia de SARS-COV2 que azota al mundo ha puesto de manifiesto que ciertos sectores del Derecho, dentro de ellos el Derecho civil, pueden prestar auxilio para apalejar los problemas derivados de la partida de familiares a causa de esta enfermedad. La carencia de cultura en materia testamentaria y de planificación suscita problemas legales y de índole familiar toda vez que el fallecimiento de una persona traslada a sus ascendientes y descendientes derechos y obligaciones. Por su parte, la planificación patrimonial preventiva se erige como un pilar en la toma de decisiones anticipadas, en pro de evitar los problemas antes señalados. Como objetivo principal de este trabajo se analiza la institución de la planificación patrimonial preventiva, en el contexto de la pandemia. Para cumplir con este objetivo, se accedió a bibliografía especializada en el área del Derecho civil así como de temas financieros, haciendo uso de los métodos exegético y comparativo, analizando los principales cuerpos normativos civiles del Ecuador. Como conclusión de la presente investigación, la planificación patrimonial preventiva puede servir de manera anticipada como detección y erradicación de ciertos problemas sucesorios.

PALABRAS CLAVES

Planificación patrimonial preventiva, problemas post mortem, pandemia, Derecho civil.

ABSTRACT

The SARS-COV2 pandemic that is hitting the world has shown that certain sectors of the Law, including civil law, can help to combat the problems derived from the departure of relatives due to this disease. The lack of culture in probate and planning matters raises legal and family problems since the death of a person transfers rights and obligations to their ascendants and descendants. For its part, preventive estate planning stands as a pillar in making early decisions, in order to avoid the problems before mentioned. The main objective of this work is to analyze the institution of preventive estate planning, in the context of the pandemic. To fulfill this objective, specialized bibliography in the area of civil law as well as financial issues was accessed, making use of exegetical and comparative methods, analyzing the main civil normative bodies of Ecuador. As a

conclusion of the present research, preventive estate planning can serve in an early way as detection and eradication of certain inheritance problems.

KEYWORDS

Preventive estate planning, post mortem problems, pandemic, Civil law.

INTRODUCCIÓN

La pandemia de COVID-19 ha tomado al mundo de manera imprevista, con su alto índice de contagio y mortalidad (Varsi, Rosenvald, Torres, 2020). El Derecho se ha visto inmerso en esta pandemia, y dentro de éste, el Derecho civil no ha escapado a esta situación. La repentina partida de miembros del núcleo familiar, sumado a la baja educación testamentaria y de planificación patrimonial preventiva, ha ocasionado problemas legales y familiares y ha dejado entrever como la sociedad planifica de manera pobre o nula las acciones legales y económicas a llevar a cabo luego del fallecimiento de un miembro del núcleo familiar.

Como parte de la inteligencia financiera, la planificación patrimonial preventiva involucra tanto temas financieros, económicos así como del Derecho civil, donde toma parte también el patrimonio familiar, siendo la rama civil del Derecho de donde recibe su regulación. Para proteger al patrimonio familiar, el ordenamiento jurídico adopta una serie de reglas de protección frente a terceros, como su calidad de inembargable e inalienable, siendo de esta forma que el Estado reconoce la importancia del patrimonio familiar y así mismo, la necesidad de dotar a la familia de un patrimonio inaccesible a los acreedores, que permita la subsistencia y desarrollo de la familia. Esta planificación patrimonial amortigua aquellos problemas financieros y legales que se pueden dar por la partida de un miembro del núcleo familiar, riesgos que son, en la actualidad, aumentados como consecuencia de la pandemia de COVID-19.

El objetivo principal del presente trabajo es analizar la figura de la planificación patrimonial preventiva, desde sus particularidades y ventajas en estos tiempos de pandemia, como herramienta de control de problemas financieros-económicos y de Derecho civil, haciendo énfasis en aquellas figuras, como el patrimonio familiar, los testamentos, los fideicomisos y las donaciones, entre otras. Para concretar este objetivo se realizará una revisión de bibliografía especializada en Derecho civil, planificación financiera preventiva y demás temas doctrinales de Derecho y aspectos económicos.

En el primer apartado se revisará el fenómeno de la pandemia de Covid-19, como nuevo riesgo contra el patrimonio, toda vez que por su alta tasa de contagio y mortalidad, ha adelantado la partida de muchos seres humanos, desestabilizando económicamente a

muchas familias. En el segundo apartado se abordan aquellos conceptos claves sobre la planificación patrimonial preventiva así como el patrimonio familiar, dado que son conceptos centrales en el desarrollo del presente trabajo. El apartado tercero estudia las diferentes formas de planificación patrimonial preventiva, sus clases o áreas, para luego, a partir del cuarto apartado, profundizar acerca de la donación, el testamento, el fideicomiso así como las fundaciones de interés privado como modos de preservar el patrimonio familiar, planificar el desarrollo y cuidado del mismo.

Se concluye que la planificación patrimonial preventiva sirve como sustento en tiempos de pandemia, tiempos en los cuales el fallecimiento de una persona desestabiliza, en un primer momento, en la esfera sentimental y familiar, y luego, tal desestabilización recalca en el aspecto legal y económico. El Derecho civil y de manera local, la regulación civil ecuatoriana, recoge una serie de instituciones que sirven de cara a proteger el ámbito económico y patrimonial familiar. En cambio, la poca educación legal, financiera y preventiva conlleva a que la sociedad desconozca las ventajas de implementar herramientas legales, tales como los testamentos así como los fideicomisos, las fundaciones de interés privado y demás instrumentos y figuras importantes de cara a la protección preventiva del patrimonio familiar.

DESARROLLO

El COVID-19 como riesgo contra el patrimonio

Un traspaso eficiente a las próximas generaciones y con mínimas variaciones económicas es el objetivo de toda planificación patrimonial preventiva, en todas sus vertientes –sea ésta sucesoria, fiscal, inmobiliaria, entre otras–. Esta efectiva planificación patrimonial se encuentra amenazada por múltiples factores, como bien desataca Litwak (2020), se cuentan entre ellos la posibilidad de la confiscación, la devaluación, la denominada doble tributación, la filtración o robo de información, la inestabilidad política, la inflación, la inseguridad jurídica, el intercambio de información, los juicios así como los ataques por parte de terceros, los inconvenientes sucesorios y la voracidad en el área fiscal.

Todos estos riesgos colocan en vilo al patrimonio familiar. Frente a esto, la planificación patrimonial preventiva emerge como una forma de evitar un impacto profundo en la economía familiar, evitando el riesgo potencial de afectación por causas ajenas a la mala administración, que, como destaca Casillas (2020) para el caso de las empresas familiares, pueden ser producidos por “vaivenes del mercado, las crisis financieras, o incluso de la mala gestión de los futuros gestores de la empresa”.

A todos estos riesgos, ya conocidos por abogados, contadores y economistas, se suma en la actualidad la pandemia por COVID-19, lo cual lleva a que ciertas personas, que no estaban dentro del rango etario de aquellas que realizan testamentos o invierten con miras a futuro, estén en riesgo de fallecer, y con esto, añade un inconveniente más respecto de las relaciones patrimoniales y económicas dentro del seno familiar. La imprevisibilidad del contagio y lamentable posible fallecimiento, así como cierta falta de cultura de prevención y gestión patrimonial en personas jóvenes suma a esta situación. Este es un punto más a favor de la planificación patrimonial.

Conceptos claves sobre la planificación patrimonial y el patrimonio familiar

El deceso de una persona es un evento que muchas veces no es previsible, no se sabe cuándo ni cómo sucederá. Su partida, acarrea la creación y extinción de derechos así como de obligaciones (Arellano, 2019). Como destaca Forbes Staff, citado por Zapata Silva (2018), la población, en su inmensa mayoría, carece de educación en materia de Derecho civil, en su vertiente sucesoria, a lo que se puede agregar un desconocimiento de los aspectos donativos, de patrimonio familiar y de planificación patrimonial, entre otros; situación que pone en riesgo la economía del hogar y el desarrollo de quienes suceden al fallecido.

Por esto, frente al fallecimiento y su inevitable llegada, Pertierra Cánepa (2015) señala que se puede “anticipar sus consecuencias en forma organizada e inteligente, previendo lo que ocurrirá en el futuro con el resultado del esfuerzo de toda una vida” (p. 1). Esta situación, como se anticipó en la parte introductoria, se ve aumentada debido a la pandemia de COVID-19, misma que ha cobrado innumerable cantidad de víctimas, sin distinción etaria.

Producto de este suceso, muchas familias recibieron un duro golpe a sus patrimonios y finanzas, así como problemas respecto a la esfera del Derecho civil, por ejemplo, derivados de sucesiones, cobros y demás acciones que pueden aplicarse al patrimonio, que lo merman y terminan perjudicando a la familia.

La economía es una de las grandes preocupaciones familiares. El correcto manejo de los ingresos así como de los bienes que posee la familia son temáticas que, abordadas de manera correcta, aplicando una planificación patrimonial preventiva de modo prolijo, con un patrimonio familiar bien estructurado, puede salvar a la familia de una crisis económica, misma que repercutiría en todas las facetas familiares. Por esto, es de vital importancia para el núcleo familiar que el soporte o sustento económico no sufra grandes variaciones.

Para Chalhoub (2014), la planificación patrimonial tiene como propósito “adquirir, conservar, administrar y disponer de lo necesario para garantizar, en todo momento, incluso después de la muerte del cabeza de familia, el bienestar y la seguridad individual y familiar” (p. 2). Como se aprecia por lo expuesto en la cita *supra*, la planificación patrimonial garantiza bienestar, que traducido más allá de los intereses de la familia, tal bienestar trasciende la esfera familiar, dado que tiene importancia en la estabilidad social, toda vez que la familia es parte componente y funcional de la sociedad.

Para cumplir con los propósitos señalados por el autor en cuestión, es necesaria la participación de varios profesionales que, con conocimientos en diferentes ramas, entre ellas el Derecho civil y sucesorio, aportan en la administración y entrega de los bienes a los herederos.

Por su parte, para definir al patrimonio familiar, el Código Civil ecuatoriano (en adelante, CC), en el art. 835¹, establece que:

El marido, la mujer o ambos conjuntamente, si son mayores de edad, tiene derecho de constituir, con bienes raíces de su exclusiva propiedad, un patrimonio para sí y en beneficio de sus descendientes, quedando aquellos bienes excluidos del régimen ordinario de la sociedad conyugal y de toda acción de los acreedores.

¹ Además del artículo citado *supra*, se hace mención al patrimonio familiar así como los beneficios que éste reporta al núcleo familiar en los arts. 225, 747.3, 834 al 858, 2250, 2271.6 y 2370.1.

Al respecto, y adentrando el análisis en la figura del patrimonio familiar, éste da estabilidad y seguridad a la familia, intentando evitar riesgos y peligros a futuro, sobre todo con el apoyo que se brinda desde el Derecho civil al declarar al patrimonio familiar como inembargable (Aguilar Llanos, 2005).

Adicional a esto, el art. 839 del CC protege este patrimonio declarando que “Los bienes que forman el patrimonio familiar son inalienables y no están sujetos a embargo ni a gravamen real, excepto el de las servidumbres preestablecidas y el de las que llegaren a ser forzosas y legales”. Esta característica es fundamental de cara a percibir al patrimonio familiar como un conjunto de bienes que están fuera del alcance de acreedores, elemento vital para proteger el patrimonio familiar. Incluir al patrimonio familiar dentro de la planificación patrimonial preventiva es un hecho ineludible si lo que se busca es proteger este patrimonio.

Así mismo, se lo declara inembargable, con base al art. 1634 del CC:

La cesión comprenderá todos los bienes, derechos y acciones del deudor, excepto los no embargables.

No son embargables:

11.- El patrimonio familiar;

Por último, dentro del gran número de artículos que regulan el patrimonio familiar, el legislador civil ecuatoriano ha creído conveniente establecer una cantidad de dinero como monto máximo, –a modo de tope– mismo que se incrementa según la cantidad de hijos:

La cuantía de los bienes que integren el patrimonio familiar, no puede exceder de cuarenta y ocho mil dólares de los Estados Unidos de América, como base, y de un adicional de cuatro mil dólares de los Estados Unidos de América por cada hijo.

La cuantía del patrimonio familiar establecida por leyes especiales se imputará a las sumas fijadas en el inciso anterior (art. 843 CC).

Sobre las diferentes formas de planificación

Dentro de las formas de abordar la planificación, si bien el aspecto económico es transversal a todas las formas, cada una de ellas se enfoca en un aspecto o área diferente, coadyuvando, en su conjunto, a establecer una planificación completa y que minimice los riesgos legales y económicos que puedan pesar sobre el patrimonio y por ende, en la estabilidad financiera de la familia. Esta planificación es definida como “un proceso extrajurídico, da causa común a una serie de negocios jurídicos indirectos, que deben considerarse luego, a la hora de su validación e interpretación, desde perspectivas disciplinarias atomizadas (derecho sucesorio, derecho comercial, derecho societario)” (Glikin & Hers, 2010, p. 116). Estos autores destacan también, de manera acertada, como la planificación se nutre de otras ramas del Derecho, a fin de la conservación y transmisión de diferentes bienes. Esta planificación es muy utilizada en el ámbito societario.

En el presente apartado se abordarán cuatro formas de planificación, sin el ánimo de abundar en cada una de ellas, sino, de resaltar la forma en la que contribuyen a la planificación patrimonial y los beneficios que reportan, con énfasis en el marco normativo nacional ecuatoriano.

Adentrando el análisis en el tema, Peiro Ucha (2015) establece que existen cuatro áreas de planificación esenciales, siendo estas la planificación sucesoria, la planificación fiscal, la planificación inmobiliaria y la planificación patrimonial, mismas que serán abordadas a continuación.

Acerca de la planificación sucesoria, surge como una combinación de las esferas contractuales y sucesorias dentro del marco del Derecho civil (Iglesias & Hernández, 2011). Los mismos autores, expresan que la planificación de la transmisión hereditaria posee una gran “importancia social (...) al constituirse en un certero mecanismo de prevención” (p. 1).

A más de la transmisión hereditaria, la planificación sucesoria engloba también a la donación. En palabras de Martínez Gutiérrez (2013):

La sucesión hereditaria puede producirse bien por el fallecimiento de una persona física, la cual se denomina sucesión mortis causa, dicha sucesión suele estar

regulada mediante el otorgamiento de testamento, o bien, se puede realizar la sucesión en vida, a través de la donación (p. 30).

De este modo, la planificación sucesoria reviste de vital importancia a la hora de planificar el modo en el cual se va a realizar el traspaso de bienes y activos en la familia. Este traspaso puede llevarse a cabo tanto en vida, como a partir del fallecimiento del titular de los bienes. En páginas posteriores de este trabajo se abordarán tanto la donación como el testamento, entre otras instituciones civiles, en su calidad de modos de planificación patrimonial.

El marco normativo que sustenta este tipo de planificación es el CC ecuatoriano, que establece una serie de disposiciones que son recogidas en un libro completo (Libro III), denominado “De la sucesión por causa de muerte, y de las donaciones entre vivos”. Sin lugar a dudas, el tema es tan complejo que extiende su rango de regulación a otros artículos del CC así como de normativas conexas, tales como el Código de Comercio (arts. 32 y 617), Ley de Régimen Tributario Interno (arts. 1, 4, 6, entre otros), el Código General de Procesos, en numerosos artículos, entre otra normativa interna.

Por su parte, la planificación fiscal es fundamental a la hora de lograr una planificación patrimonial completa. El aspecto fiscal o de tributos es muchas veces obviado por las personas naturales y jurídicas, lo que termina por perjudicar el patrimonio familiar. Para Contreras Gómez (2016) la planificación fiscal optimiza la carga tributaria de una persona, a partir del uso de deducciones y beneficios fiscales. De este modo, el ahorro en materia fiscal engrosa al patrimonio familiar y permite una mayor solidez y liquidez. Esto obviamente no es excusa para evitar de modo indebido el pago de tributos, sino, una orientación de “estrategias más convenientes, dentro del estricto respeto de la legislación vigente” (Domínguez Martínez, 2018).

El marco normativo que soporta a la planificación fiscal es el Código tributario, y de forma conexas, el Código de comercio y resoluciones de entes como el Servicio de Rentas Internas.

Una tercera forma de planificación es la inmobiliaria. Este tipo de planificación tiene escasos estudios por parte de la doctrina, en cuanto a su aporte como forma de planificación. Amargant Amau (2008), relacionando la planificación inmobiliaria con el

sector de la inversión inmobiliaria (compra y venta de bienes inmuebles), establece que este tipo de planificación tiene puntos de vista tanto económicos como fiscales, sopesando elementos como rentabilidad-riesgo.

Debido a la limitada información disponible al respecto, se colige mediante una comparación con los demás tipos de planificación, que la planificación inmobiliaria pasa por la inversión, compra y venta de bienes inmuebles, donde éstos pueden ser incluidos como patrimonio familiar así como donados o colocados en el testamento respectivo, todo esto, con miras a que estos bienes inmuebles queden dentro del acervo patrimonial familiar y se impida su pérdida, de modo tal que la planificación patrimonial preventiva surta efectos sobre estos bienes.

El CC tiene especial atención a los bienes inmuebles y su capacidad de entrar en el patrimonio familiar. Esto se ve reforzado además por la capacidad de donar este tipo de bienes así como de transferirlos por medio de los testamentos. Los bienes inmuebles, dentro de los que constan terrenos de producción agrícola, los inmuebles de servicios, como hoteles por ejemplo, constituyen un bien muy codiciado e importante dentro de la planificación patrimonial en su vertiente preventiva, dado que puede permitir que una vez que el titular fallezca, se dé un traspaso *limpio* que permita la continuidad, sin interrupción de la producción agrícola o en el servicio de bienes, y que de esta forma no se pierda ese ingreso por inactividad, tomando en cuenta que los trámites legales pueden llegar a ser extensos, poniendo en apuros al negocio.

Por último, la planificación patrimonial, señalada por Peiro Ucha (2015) como un tipo de planificación separado de los otros tres tipos, sería también posible que sea entendida como el resultado de la conjunción de esos tres tipos de planificación analizados brevemente en líneas *supra*, toda vez que, se puede concluir, de manera parcial, por parte de los autores del presente trabajo, que las tres primeras formas de planificación abordadas –sucesoria, fiscal e inmobiliaria– coadyuvan a una realización correcta de la planificación patrimonial, siendo que, lejos de ser tipos de planificación distintos, forman parte de un sistema más amplio, que puede ser denominado planificación patrimonial, incluyendo y volviendo más efectivos a las tres esferas antes mencionadas.

La donación como forma de planificación patrimonial preventiva

Antes de ahondar en las características y ventajas de la donación como forma de planificación patrimonial preventiva, es necesario establecer los conceptos base acerca de la donación. La donación es un contrato, donde se requiere la intervención de dos partes (Linares Vesga, 2008), mismas que son donante y donatario. El primero de ellos, es quien entrega el bien materia de donación, mientras que el segundo, es quien recibe el bien en donación.

Una característica de relevante apreciación es que la donación es un contrato unilateral, donde la parte donataria únicamente debe aceptar –de ser su intención– lo que se entrega en donación por parte del donante; por ende, se verifica la voluntariedad en la entrega y en la recepción de los bienes o activos, algo propio de todo contrato. Estas voluntariedades son muestra de la libertad de expresión y de la autonomía de los bienes, libre disposición de los mismos que afirma la dignidad del ser humano (Cairo, 2017).

El CC ecuatoriano, desde el art. 1402 y siguientes, establece las características de la donación entre vivos, recogiendo que es una transferencia gratuita, irrevocable y que versa sobre bienes. Estas definiciones, tanto doctrinales como normativas, dejan entrever que la donación posee un marcado carácter altruista, toda vez que, como destacan Galiano Maritan & Trujillo Ribot (2012), es algo que se desprende hasta de su propia etimología, *doni datio*, “que trae a colación el desprendimiento, generosidad, liberalidad” (p. 4).

Quizás esto podría parecer que aleja a la donación, al menos en su esencia altruista, de la planificación patrimonial preventiva, dado que esta última posee –como ya se ha venido remarcando a lo largo del presente trabajo– un marcado carácter económico. Sin embargo, la esencia de la planificación patrimonial preventiva es altruista también, dado que se pretende, por medio de los instrumentos disponibles prevenir impactos económicos luego del fallecimiento de un miembro del núcleo familiar, evitando una crisis económica interna, lo cual es también altruista.

Para algunos autores, como es el caso de Martín Santisteban (2008), consideran que la donación y el testamento –herramienta de planificación que será analizada en el siguiente apartado– “no son instrumentos que permiten planificar, en su caso anticipando en el

tiempo, los efectos del fenómeno sucesorio” (p. 6). Esta opinión es ampliamente debatida dado que las herramientas de planificación servirán a este objetivo toda vez que sean utilizadas de manera correcta y conducente a la conservación de los bienes y haberes familiares.

La donación, a entender de los autores del presente trabajo, puede ser útil para disponer de una forma alternativa de todo tipo de bienes, que pueden ser muebles, inmuebles, así como acciones, títulos de valor, entre otros. Se posibilita, además, la entrega inmediata del bien, sin la necesidad de la espera a una condición determinante, como es el caso del testamento. La donación permite también que ciertos bienes pasen a ser propiedad de otros miembros de la familia, siempre y cuando se encuentren comprendidos dentro de los capaces para recibir donaciones. Así mismo, puede servir para que la administración de determinados bienes pase a otros miembros del núcleo familiar, y optimizar además situaciones fiscales, en el caso que uno de los miembros antes referidos posea bienes en montos que superen las bases imponibles para la exoneración de ciertos tributos, aportando de este modo, a la planificación fiscal preventiva.

El testamento como forma de planificación patrimonial

El testamento tiene, en la mayoría de las ocasiones, un enfoque sucesorio. Pero a más de este enfoque –natural dado que la principal función del testamento es suceder los bienes a otra persona– se erige también la función de planificación patrimonial, inexplorada por gran parte de la doctrina civil. La planificación patrimonial tiene varias aristas, siendo una de ellas, el testamento, éste como forma o instrumento legal de traslado del dominio de ciertos bienes y haberes a otras personas, impidiendo problemas a futuro, sobre todo, procesos judiciales de sucesión intestada, que conllevan pérdidas en materia de dinero, tiempo y también problemas familiares.

En el marco americano, en EEUU, los testamentos forman parte de la planificación patrimonial, cultura preventiva que está ampliamente arraigada en esa sociedad². Sin

² Al respecto, el Derecho sucesorio en algunos estados de EEUU, como en Lousiana, es conocido como *Estate Planning Laws* –Leyes de Planificación Patrimonial– (Aguirre Herrera, 2020). Esto es muestra de un cambio

embargo, tal cultura preventiva no se verifica en Latinoamérica, toda vez que hasta los propios ordenamientos jurídicos no prevén expresamente ciertas funciones patrimoniales y preventivas sobre las herramientas que presentan en sus cuerpos normativos, faltando por ende, un elemento promotor que impulse, tanto a los abogados como a aquellas personas interesadas, a ocupar estos instrumentos. Sin lugar a dudas, esto perjudica a la sociedad toda vez que solamente un grupo minoritario de personas accede a servicios personalizados de asesoría legal, y consigo, a una correcta planificación patrimonial.

De cara a brindar una definición concisa respecto al testamento, se puede indicar que es un documento por medio del cual, se ejecuta la sucesión testamentaria, la cual es la voluntad, de lo deseado por el causante (Espino Bermell, 2016). Esta sucesión “es un acto jurídico personalísimo por el cual una persona (testador o causante), voluntariamente dispone de sus bienes, derechos y obligaciones (patrimonio) total o parcialmente para después de su muerte en beneficio de sus herederos” (Borda, 2002, p. 12).

Los autores citados *supra* enumeran en sus definiciones las características principales del testamento como instrumento sucesorio. Si es el fallecimiento de una persona del núcleo familiar, la causa de la inestabilidad económica, el testamento se erige como el elemento hecho a la medida de las circunstancias, toda vez que se ejecutan tales voluntades en los momentos posteriores al fallecimiento, estableciendo los bienes y los modos en los que se entregan tales bienes, evitando, como se mencionó anteriormente, problemas al respecto.

Para Glikin (1995), la planificación sucesoria es un proceso que tiene como finalidad la transmisión hereditaria con base en los deseos e intereses del causante así como el amparo de los intereses de su familia y entorno afectivo, basados en la equidad³. Aquí, el autor hace énfasis en el grado cerrado de cercanía que caracteriza a la planificación sucesoria. El mismo autor señala que al ser un proceso, debe ser concebida como un conjunto de actividades con el objetivo o la meta de alcanzar la protección del patrimonio.

en la forma de concebir al Derecho sucesorio, propio de una sociedad que se anticipa a los problemas mediante el uso de los instrumentos que el Derecho les brinda.

³ Esto se da, toda vez que deben respetarse los porcentajes y los derechos por grados de consanguinidad que se establecen en la normativa civil. En este sentido, el CC establece las formas de división de la masa hereditaria –también llamada comunidad de bienes–, el reparto de los frutos y demás especificidades relativas a los bienes que el causante determina en el testamento.

Por ende, debido a la complejidad que reviste este proceso, así como la posibilidad de nulidad del testamento –esto, por pasar los porcentajes permitidos así como por saltar grados de consanguinidad– llamada “nulidad por defecto de forma” (Moya Flores, 2017, p. 23), deriva en la necesidad de supervisión legal especializada.

El fideicomiso como forma de planificación patrimonial

El fideicomiso, para Rodríguez Azuero, citado por Mendoza (2011) es definido como:

El negocio jurídico en virtud del cual se transfieren una o más bienes a una persona, con el encargo de que los administre o enajene y con el producto de su actividad cumpla una finalidad establecida por el constituyente, en su favor o en beneficio de un tercero (p. 236).

Es considerado un contrato flexible (Mendoza, 2011), y puede versar sobre una cantidad enorme de bienes que pueden ser establecidos en fideicomiso, siendo importante su función en el sector inmobiliario (Baquero Vega, 2015). Esto es importante de cara al uso del fideicomiso como parte de las herramientas disponibles en torno a la planificación patrimonial preventiva, toda vez que uno de los tipos de bienes más preciados en la familia son los bienes inmobiliarios, como casas, apartamentos, fincas, entre otros. No se debe dejar de lado la referencia que ya se ha citado *supra* respecto de la posibilidad que instituye el CC en torno al patrimonio familiar y los bienes inmuebles.

Para determinar de manera clara quienes participan en este contrato, éstos son:

- a) Quien otorga el fideicomiso, denominado fideicomitente.
- b) Quien cuida y administra los bienes dados en fideicomiso, y que se encuentra en la obligación de restituirlos cuando se constate la o las condiciones establecidas en el contrato, a quien se lo denomina fiduciario.
- c) Quien es el beneficiario de los bienes que fueron entregados en fideicomiso, denominado fideicomisario.

El fideicomiso, aplicado a los testamentos, recibe el nombre de fideicomiso testamentario. Pertierra Cánepa (2015), señala que en el caso argentino, con la promulgación de la Ley

24.441, el fideicomiso testamentario, con un uso coherente de negocios así como su buena aplicación, puede traer beneficios de cara a una planificación preventiva. Este mismo autor, señala que si bien el testamento existe desde hace mucho tiempo, con la creación del fideicomiso se da una nueva perspectiva, misma que permite incrementar las ganancias y la productividad inicial del negocio.

La complejidad del fideicomiso testamentario como forma de planificación radica, en primer lugar, en que la aplicación testamentaria del fideicomiso tiene una alta complejidad (González, 1996), además que se debe velar por las condiciones normativas, determinadas en los códigos civiles así como normativas conexas⁴.

Esto, desde el punto de vista de la planificación patrimonial, genera interés desde la familia, toda vez que no solo se asegura la permanencia del negocio o del objeto del fideicomiso en el núcleo familiar, sino que aporta un incremento en su capital. Esto último, dado que en el caso de los bienes que generan ganancias, por ejemplo, fincas y empresas en general, siguen surtiendo frutos las actividades desarrolladas por ellas, incrementando sus ganancias y capital, sin dejar de funcionar y sin depreciarse.

De manera local, el CC regula al fideicomiso en numerosos pasajes de su codificación. Hace referencia también a la denominación de “propiedad fiduciaria” (art. 748), donde indica además que esta propiedad se constituye sobre la base de estar “sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición”. La forma de constitución del fideicomiso es un acto entre vivos (art. 750), que puede versar sobre todos los bienes de una herencia, o una parte determinada de ella (art. 749).

Se puede determinar que la condición del traspaso de la propiedad fiduciaria sea el fallecimiento o enfermedad del fideicomitente, por ejemplo, casos lamentablemente frecuentes en esta época de pandemia, ejecutándose el traspaso y quedando el bien aún en el seno del núcleo familiar.

La planificación patrimonial y las fundaciones de interés privado

⁴ En el caso ecuatoriano, a más de las determinaciones generales contenidas en el CC, el fideicomiso posee otras determinaciones específicas en normativas conexas tales como la Ley de Mercado de Valores.

Según Del Campo Arbulo (2007), las fundaciones son organizaciones sin fines de lucro que, constituidas por una o más personas, son dotadas de patrimonio para la consecución de determinados fines, establecidos en el estatuto de la fundación. Los tipos y funciones que poseen las fundaciones son de enorme cantidad, destacando aquellas que persiguen fines benéficos, relacionados con temas de alimentación, medio ambiente, educación, entre otros. Esto no impide, sin embargo, que algunas fundaciones posean un carácter más comercial que otras.

Como las fundaciones ayudan en temas sensibles al Estado, su patrimonio se encuentra protegido de posibles cobros y acreedores. Esta característica se constituye en una de las máspreciadas por aquellas personas que buscan, por medio de la constitución de una fundación, proteger el patrimonio colocado en ella.

Las fundaciones de interés privado, dentro del ámbito de las fundaciones, llevan consigo “consecuencias patrimoniales considerables si se tiene en cuenta que su finalidad está en ser una herramienta de protección jurídica del patrimonio” (Valderrama Londoño, 2011, p. 4). Esto quiere decir que a más de lograr una colocación de los capitales o patrimonios, con la consecuente protección que se añade a éstos, se logra también que los mismos produzcan rentas o beneficios, lo que convierte a las fundaciones de interés privado en una de las formas de planificación patrimonial más provechosa.

Sin embargo, frente a esta capacidad provechosa antes mencionada, esta forma de planificación patrimonial preventiva no se encuentra desarrollada de manera destacada en Latinoamérica, salvo, como menciona Botello (2015), en el caso panameño, que sería el ejemplo más cercano, dado que otro país que implementa tales fundaciones es el Principado de Liechtenstein.

Valderrama Londoño (2011) determina que una característica primordial de las fundaciones de interés privado radica en su función protectora del patrimonio, toda vez que:

Permiten destinar parte del patrimonio de una persona natural o colectiva, a la constitución de una persona jurídica que va a actuar en beneficio del propio constituyente o de sus familiares, evitando que el patrimonio o los bienes de la Fundación sean perseguidos por acreedores o terceras personas que de no mediar

la constitución de la Fundación de Interés Privado, podrían perseguir los bienes que se destinarían a ésta (p. 5).

De esta forma, las fundaciones de interés privado sirven como una especie de protección del patrimonio, mismo que queda aislado y sin que éste pueda ser objeto de persecuciones por parte de acreedores. La misma autora citada *supra* indica que muchas personas tienen la errada visión o creencia de que las fundaciones de interés privado, por ser fundaciones, están ajenas al comercio. Esto es equivocado, toda vez que estas fundaciones pueden suscribir contratos, ejecutar actos de comercio (aislados) y que por ende, pueden obtener ganancias.

Cierto sector de la doctrina expresa que estas fundaciones pueden erigirse como alternativas a algunas formas de planificación patrimonial preventiva, como los fideicomisos (Chalhoub, 2014). Ante esta aseveración, los autores del presente trabajo sostienen que si bien puede servir como una forma diferente de administración del patrimonio, el caso del fideicomiso es más favorable y beneficioso que las fundaciones de interés privado, aunque, obviamente no se puede dejar de lado la posibilidad de poner a resguardo de los acreedores el patrimonio de la fundación. Sin embargo, esto no parece compensar la incapacidad que resalta Valderrama Londoño (2011), de que los actos de comercio de las fundaciones deben ser “aislados, en el sentido que no se pueden dedicarse profesionalmente y habitualmente a su ejecución” (p. 6).

La base normativa que respalda la creación de las fundaciones en Ecuador se sustenta en el Reglamento de Personas Jurídicas sin Fines de Lucro, del año 2002, con las modificaciones realizadas en los años 2007 y 2008; así como el Reglamento para el Otorgamiento de Personalidad Jurídica a las Organizaciones Sociales, del año 2017.

METODOLOGÍA

Para la realización de este artículo se ocupó la revisión bibliográfica y documental, desde motores de búsqueda digitales, con apoyo de normativa nacional vigente, para luego aplicar los métodos exegético y comparativo.

CONCLUSIONES

Los bienes adquiridos por una familia, luego de largos años de trabajo y esfuerzo, pueden verse afectados al momento de la partida de un miembro del núcleo familiar. Actualmente, la pandemia de COVID-19 ha acelerado esta partida a muchas personas, dejando a familias enteras en vilo económico. En este marco, la planificación patrimonial preventiva se posiciona como una de las mejores y más efectivas formas de manejo del patrimonio.

El auxilio que puede prestar el Derecho civil en estos momentos es muy relevante, aportando con sus instrumentos, instituciones y herramientas en la misión de salvaguardar el patrimonio familiar. De este modo, se articulan conocimientos tributarios, mercantiles y financieros con aspectos propios de Derecho, de cara a proteger de manera preventiva al patrimonio, que puede verse amenazado por múltiples factores, tal como se analizó en el presente trabajo.

Tanto el testamento, el fideicomiso, las donaciones y las fundaciones de interés privado funcionan como herramientas que combinan conocimientos financieros y del Derecho, contribuyendo a la protección y desarrollo del patrimonio familiar, con carácter preventivo. De lo antes revisado, se concluye que es el fideicomiso en conjunto con los testamentos, las herramientas más productivas en cuanto a la protección patrimonial preventiva, así como también son las herramientas más abordadas por la doctrina así como reguladas por la ley civil ecuatoriana.

Cabe destacar que de las revisiones bibliográficas realizadas de cara a la redacción del presente trabajo, la bibliografía disponible es limitada. Esto demuestra la poca atención que se presta a la planificación patrimonial preventiva, así como la articulación del Derecho civil en *pro* del amparo de los intereses económicos y patrimoniales de la familia. Sin embargo, esto no debería ser limitación para que la academia y la doctrina profundicen de mayor y mejor modo en estos temas, de cara a aportar y sustentar posibles futuras reformas legales que coadyuven a un crecimiento en el uso de la planificación patrimonial preventiva, como modo de controlar potenciales crisis económicas.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Llanos, B. (2005). "Patrimonio familiar: doctrina y jurisprudencia". *Suplemento de la Revista Peruana de Jurisprudencia*, vol. 38, pp. 1- 90.

Aguirre Herrera, R. (2020). *Análisis del régimen ecuatoriano frente al Derecho sucesorio: estudio comparativo del régimen interno frente a la legislación estadounidense en el Estado de Luisiana y propuesta de reforma en relación a las asignaciones forzosas en el Ecuador*. Tesis de Grado, Universidad Internacional SEK. Disponible en <https://repositorio.uisek.edu.ec/bitstream/123456789/3733/1/RUB%C3%89N%20ENRIQUE%20AGUIRRE%20HERRERA.pdf>

Amargant Arnau, R. (2008). *La inversión en productos inmobiliarios: El mercado inmobiliario, la inversión en inmuebles, vehículos para la inversión y planificación inmobiliaria*. Barcelona: Ed. Profit.

Arellano, P. (2019). Sucesión en el Ecuador. *Derecho Ecuador*. Disponible en <https://www.derechoecuador.com/sucesion-en-el-ecuador>

Baquero Vega, V. (2015). *El fideicomiso mercantil inmobiliario en el Ecuador y su responsabilidad tributaria*. Tesis de Máster, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Disponible en <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4289/1/T1552-MT-Baquero-El%20fideicomiso.pdf>

Borda, G. (2002). *Manual de Sucesiones*. 14ava Ed, Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Casillas, J. (2020). La preservación del patrimonio económico familiar. *Cátedra de Empresa Familiar de la Universidad de Sevilla*. Disponible en <http://institucionales.us.es/empresafamiliar/blog/la-preservacion-del-patrimonio-economico-familiar/>

Botello, F. (2015). "Fundaciones de interés privado ¿Ser o no ser frente al impuesto sobre los bienes personales argentino?". *Repositorio UTDT*.

Cairo, S. (2017). "Límites a la autonomía privada en sede de donación y colación". *Revista de Derecho*, núm. 16, vol. 31, pp. 239-244.

Chalhoub, L. (2014). "Las Fundaciones de Interés Privado como Instrumento Alternativo al Fideicomiso para la Planificación Patrimonial". *Congreso de la República de Perú*.

Disponible en [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/866D42F54E2EF37D05257F0900612F1F/\\$FILE/archivo20141123014703AM.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/866D42F54E2EF37D05257F0900612F1F/$FILE/archivo20141123014703AM.pdf)

Del Campo Arbulo, J. (2007). “Fundaciones”. *Más Dermatología*, núm. 3, pp. 24-25.

Domínguez Martínez, J. (2018). “Educación financiera y planificación fiscal: un enfoque metodológico introductorio”, en *Documentos de trabajo de la Universidad de Alcalá*.

Disponible en https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/32563/educacion_dominguez_IAESDT_2018_N02.pdf?sequence=1.

Espino Bermell, C. (2016). *El testamento ológrafo. La importancia de la escritura y la firma del testador. El cotejo pericial de letras (la prueba caligráfica)*. Tesis Doctoral, Universidad de Córdoba. Disponible en <https://helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/14097/2016000001519.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Galiano Maritan, G. & Trujillo Ribot, Y. (2012). “La donación. Pautas teóricas que norman su contenido en el Código Civil cubano”. *Derecho y Cambio Social*, núm. 30, pp. 1-24.

González Torre, R. (1996). *El Fideicomiso en el Derecho Civil y comercial del Ecuador*. Guayaquil, Ecuador.

Glikin, L. (1995). “Planificación sucesoria”. *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Ed. Driskill, Buenos Aires.

Glikin, L. & Hers, L. (2010). *La planificación sucesoria: causa única de diversos negocios indirectos*. VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mar del Plata, Argentina.

Iglesias, M. & Hernández, C. (2011). “Planificación sucesoria: Diálogo entre el Derecho contractual y el Derecho sucesorio”. Obtenido de <https://hernandeziglesias.com.ar/upload/PlanificacionSucesoria.pdf>

Linares Vesga, J. (2008). “Aspectos relevantes del contrato de donación entre vivos”. *Via Iuris*, núm. 5, pp. 15-22.

Litwak, M. (2020). Cómo cambia la planificación patrimonial en tiempos de coronavirus. *Infobae Argentina*. Disponible en <https://www.infobae.com/economia/2020/04/06/como-cambia-la-planificacion-patrimonial-en-tiempos-de-coronavirus/>

Martín Santisteban, S. (2008). “La figura del trust en los Estados Unidos de América. Sus aplicaciones en el derecho de familia”. *Revista InDret*, 02/2008. Disponible en https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/536_es.pdf

Martínez Gutiérrez, N. (2013). *La planificación sucesoria en las empresas familiares. Aspectos jurídicos*. Tesis de Máster, Universidad Politécnica de Cartagena. Disponible en <https://repositorio.upct.es/bitstream/handle/10317/3609/tfm310.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Mendoza, E. (2011). “Fideicomiso mercantil. Concepto y breves antecedentes históricos”. *Revista Jurídica Online*. Disponible en https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2011/12/30_235_a_270_fideicomiso.pdf

Moya Flores, H. (2017). *Sobre la extinción de la comunidad sucesoria en el caso del heredero único*. Tesis de Máster, Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Disponible en <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/7481/1/T-UCSG-POS-DNR-13.pdf>

Peiro Ucha, A. (2015). “Planificación patrimonial”. *Economipedia*. Disponible en <https://economipedia.com/definiciones/planificacion-patrimonial.html>

Pertierra Cánepa, F. (2015). El fideicomiso como instrumento estratégico para la planificación patrimonial sucesoria en la empresa. *Econstor*, núm. 563, pp. 1-10.

Valderrama Londoño, M. (2011). *Las fundaciones de interés privado y su implementación en Colombia*. Tesis de Grado, Universidad de Medellín. Disponible en <https://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/1222/Las%20fundaciones%20de%20inter%20privado%20y%20su%20implementaci%20en%20Colombia.pdf?sequence=1>

Varsi, E., Rosensvald, N. & Torres, M. (2020). “La pandemia de la Covid-19, la fuerza mayor y la alteración de las circunstancias en materia contractual”. *Acta Bioethica*, núm. 26, pp. 29-36.

Zapata Silva, J. (2018). *El fideicomiso testamentario como herramienta de planificación patrimonial*. Tesis de Máster, Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Disponible en <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/11892/1/T-UCSG-POS-DNR-52.pdf>