

El fideicomiso unilateral

María Concepción Olivera Amato

1. Introducción [\[arriba\]](#)

El fideicomiso es una figura de origen latinoamericano, la cual intenta emular los efectos del trust anglosajón, utilizando para ello los instrumentos jurídicos de derecho continental. El fideicomiso ha tenido un gran desarrollo en todo Latinoamérica, e incluso ha sido importado por el derecho europeo. Una manifestación patente de ello es la reciente incorporación de la fiducia por el Código Civil francés.

El fideicomiso ha demostrado ser una herramienta útil para el desarrollo de todo tipo de negocios: administración de patrimonios, canalización de inversiones, otorgamiento de garantías, titulización de carteras, entre otros.

Hasta la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (en adelante, el “CCCN”), el fideicomiso estaba regulado por la ley N° 24.441. Actualmente, la regulación en materia de fideicomiso está recogida en los artículos 1666 y siguientes del CCCN. El negocio de fideicomiso se estructura sobre la base de, por lo menos, tres sujetos: (a) el fiduciante; (b) el fiduciario; y (c) el beneficiario.

Sin embargo, se plantean algunos casos en los que esta trilogía subjetiva básica no existe. Esto ocurre cuando se producen coincidencias subjetivas en los roles de los sujetos involucrados. Así, puede existir coincidencia entre la persona del fiduciante y el beneficiario o el fideicomisario; entre el fiduciante y el fiduciario; y puede coincidir la figura del fiduciario y el beneficiario.

Estas coincidencias subjetivas plantean el problema de la posibilidad de existencia de “fideicomisos unilaterales”. Esta expresión es corrientemente utilizada para definir aquellos fideicomisos en los cuales la función del fiduciante (o fideicomitente) y de fiduciario recae en una misma persona, o cuando el fiduciario es, al mismo tiempo, fideicomisario o beneficiario del fideicomiso.

Estas situaciones peculiares (reguladas por algunos regímenes jurídicos), han planteado la cuestión de analizar los límites de estas coincidencias subjetivas, así como las ventajas que las mismas presentan. Esta situación cobra especial relevancia por el hecho de que el CCCN prevé expresamente la posibilidad de que el fiduciario sea, al mismo tiempo, beneficiario del fideicomiso.

Antes de entrar a resolver la cuestión planteada, incluiremos una breve referencia acerca del concepto del contrato de fideicomiso y los sujetos intervinientes en el mismo destacando los roles que cumplen cada uno de ellos.

2. Concepto de fideicomiso [\[arriba\]](#)

La definición legal del fideicomiso la encontramos en el artículo 1666 del CCCN que establece: “Hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario,

quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario”.

De ésta definición podemos extraer algunos caracteres básicos del fideicomiso, los cuales destacamos:

(a) El fideicomiso constituye un contrato, esto es, implica un acto jurídico de carácter contractual.

(b) Implica la existencia de básicamente los siguientes sujetos: fiduciante, fiduciario y beneficiario. Tengamos presente que la ley argentina crea, al igual que lo hace la legislación colombiana y panameña, la figura del fideicomisario, que es la persona a quien se transmite la propiedad al concluir el fideicomiso. Como mencionamos en la introducción, pueden coincidir en el mismo sujeto dos calidades; por ejemplo, fiduciante y fiduciario, o fiduciario y beneficiario.

(c) La actuación del fiduciario está limitada a disponer de los bienes o ejercer los derechos transmitidos por el fiduciante en propiedad fiduciaria, para el fin del fideicomiso, en beneficio del beneficiario, y a transmitirla al fideicomisario al cumplimiento de un plazo o condición.

3. Sujetos intervinientes [\[arriba\]](#)

Los sujetos intervinientes en el contrato de fideicomiso son los siguientes:

(a) Fiduciante: es quien crea el fideicomiso y transmite al fiduciario los bienes o derechos objeto del contrato, instruyéndolo sobre los fines a cuya consecución los mismos serán aplicados.

(b) Fiduciario: es quien recibe en propiedad fiduciaria los bienes fideicomitados, con el objetivo de cumplir el fin establecido en el acto constitutivo del fideicomiso;

(c) Beneficiario: es quien recibe los beneficios que el fideicomiso genera, y los bienes y derechos que lo forman, una vez cumplido el plazo o condición resolutoria del mismo

(d) Fideicomisario: es a quien se transmite la propiedad al concluir el fideicomiso.

Con frecuencia, en los contratos de fideicomiso se registran algunas coincidencias entre los sujetos intervinientes:

- Beneficiario y fideicomisario (suelen coincidir).
- Fiduciante y beneficiario o fideicomisario (esto ocurre habitualmente en los fideicomisos de inversión).
- Fiduciante y fiduciario

- Fiduciario y beneficiario.

Enfocaremos nuestro estudio en esta última hipótesis, esto es, cuando hay coincidencia subjetiva entre fiduciario y beneficiario; haciendo particular hincapié en el fideicomiso de garantía.

4. Fideicomiso unilateral. El conflicto de interés como límite de las coincidencias subjetivas [\[arriba\]](#)

Se conocen con el nombre de “fideicomisos de garantía” aquellos en los cuales se transfiere al fiduciario un bien, con el encargo de que -en el supuesto de incumplimiento del fiduciante deudor- el fiduciario proceda a la realización del bien fideicomitado y con el producido del mismo se cancele el crédito del beneficiario acreedor.

En este tipo de fideicomisos y en particular en los negocios fiduciarios realizados por bancos, es donde con frecuencia se verifica la identidad de los sujetos fiduciario y beneficiario; esto es, el banco detenta la doble calidad de titular del patrimonio de afectación y acreedor garantizado por ese patrimonio.

Hasta la sanción del CCCN se planteó la discusión doctrinaria acerca de la posibilidad de que en un mismo sujeto recaigan las calidades de fiduciario y beneficiario. Esta discusión está zanjada por el párrafo final del artículo 1673 del CCCN en el cual se prevé expresamente que el fiduciario pueda ser también beneficiario: “El fiduciario puede ser beneficiario. En tal caso, debe evitar cualquier conflicto de intereses y obrar privilegiando los de los restantes sujetos intervinientes en el contrato”.

El CCCN deja en claro la posibilidad de constitución de fideicomisos unilaterales y establece asimismo una restricción para ello: que no haya conflicto de interés y que se obre privilegiando los intereses de los demás sujetos (fiduciante). En definitiva, ésta incorporación normativa reduce el ámbito de discusión doctrinaria a determinar cuándo hay conflicto de interés.

Para analizar este tema traeremos a colación los argumentos doctrinarios que se plantearon antes de la sanción del CCCN, los cuales plantean la cuestión acerca de la existencia o no de conflicto de interés en caso del fideicomiso unilateral.

ORELLE[1], HIGHTON, MOSSET ITURRASPE, PAOLANTONIO, RIVERA[2] y GIRALDI[3] son contrarios a la admisión de cualquier coincidencia entre el fiduciario y el beneficiario. Algunos, como es el caso de ORELLE, son contrarios a la admisión de esta coincidencia de sujetos, cuestionando la validez misma del fideicomiso de garantía como negocio, alegando que implica el ejercicio de funciones jurisdiccionales. Otros, como es el caso de los restantes doctrinos mencionados (HIGHTON, MOSSET ITURRASPE, PAOLANTONIO, RIVERA y GIRALDI), afirman que en caso de coincidencia de sujetos es inevitable que haya conflicto de interés porque coinciden en una misma persona fiduciario- acreedor- beneficiario. Si el fiduciario tiene el deber de cuidar del patrimonio de afectación, pero a su vez es acreedor garantizado por ese patrimonio y tiene como único interés la ejecución de los bienes del deudor y su cobro, parece poco claro que el fiduciario pueda actuar con independencia e imparcialidad. El fiduciario debe obrar en favor del principio de lealtad, velando por el interés del fideicomiso y no por su interés particular. La coincidencia en un mismo sujeto de

las calidades de fiduciario y beneficiario presenta claramente desventajas, siendo que no existiría en el caso la figura de un gestor independiente que ejecuta la garantía con imparcialidad y transparencia, en cumplimiento de las instrucciones del deudor y en beneficio de un acreedor ante un incumplimiento objetivo que lo legitima en sus derechos.

Asimismo, quienes se pronuncian en contra de la admisión del fideicomiso unilateral argumentan que resulta absurdo que el fiduciante le encomienda al fiduciario la administración o disposición de los bienes fideicomitados en cumplimiento de un encargo que termina beneficiándolo a él mismo; esto es, el fideicomiso concebido de esta forma perdería sentido.

Por el contrario, CARREGAL[4], KIPER y LISOPRAWSKI[5] y RODRÍGUEZ AZUERO[6] se inclina a favor de la posibilidad de coincidencia del fiduciario y del beneficiario. Los mismos argumentan a favor del fideicomiso unilateral en la medida que no había prohibición para ello en la ley N° 24.441 (esto hoy ya está zanjado en el párrafo final del artículo 1673 del CCCN). Los mencionados autores establecen que no hay un conflicto de interés entre el fiduciante deudor y el fiduciario acreedor, siendo que los mismos persiguen una finalidad común, que es la ejecución de los bienes al mejor precio para satisfacer el crédito que tiene el fiduciario acreedor.

Afirman que esta ejecución de los bienes fideicomitados por el fiduciario acreedor para con el producido satisfacer los créditos debidos, no implica contravenir de manera alguna la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitados dispuesta en el 1676 del CCCN.

Además, el CCCN prevé mecanismos para proteger los intereses del fiduciante frente a abusos o faltas de diligencia del fiduciario, lo cual puede ocurrir tanto en el caso de que coincidan la calidad de fiduciario con la de beneficiario como no. El CCCN estipula un mecanismo de protección de los intereses del fiduciante de carácter preventivo en el artículo 1678 literal (a)[7] cuando establece la posibilidad de remover al fiduciario, o de ejercitar acciones de defensa de los bienes fideicomitados al amparo del párrafo 2° del artículo 1669 del CCCN[8]. Asimismo, en el artículo 1674 primer párrafo[9] y el artículo 1676[10] del CCCN se establecen otros mecanismos de protección de índole resarcitoria o punitiva en caso de incumplimiento doloso o culposo del fiduciario. A estas estipulaciones de carácter normativo debemos sumarle las de contenido dispositivo que buscan la preservación de la neutralidad del fiduciario y la fijación de un procedimiento de ejecución de los bienes fideicomitados que asegure la obtención del mejor precio para el fiduciante, sin desviaciones en cuanto al interés protegido.

Nos inclinamos sin duda alguna por la compatibilidad de la coincidencia entre el fiduciario y el beneficiario, siendo que la dualidad no necesariamente encierra un conflicto de interés, y para el caso de existir el mismo, la norma prevé mecanismos especiales no sólo para prevenirlo sino también para atacarlo.

5. Ventajas del fideicomiso unilateral [\[arriba\]](#)

Sin perjuicio de las críticas que puede recibir el fideicomiso unilateral, la realidad es que la identidad entre el fiduciario y el beneficiario constituye una práctica habitual en los fideicomisos de garantía, y hoy tiene consagración expresa en el CCCN. Entendemos que la

incorporación legislativa de la viabilidad de identidad del fiduciario y del beneficiario en los fideicomisos de garantía presenta varias ventajas.

En primer lugar, el fideicomiso de garantía estimula la utilización de instrumentos alternativos para la solución de conflictos, proponiéndose a través del mismo un mecanismo ágil para liquidar los bienes fideicomitados siguiendo un proceso de contenido dispositivo y patrimonial, que agiliza y descongestiona los procesos judiciales para la ejecución de las garantías.

En segundo lugar, la coincidencia de sujetos facilita la determinación de las condiciones comerciales para la fijación del precio de los bienes fideicomitados, siendo que los beneficiarios (quienes coinciden con el sujeto del fiduciario), son quienes tienen el interés económico directo en el asunto lo cual facilita la labor del fiduciario, quien en este sentido debe actuar con diligencia, presteza, proactividad, procurando la seguridad y la ejecución de los bienes fideicomitados a precios que no frustren el propósito de pago.

Por último, sin duda que la transferencia de bienes, y en particular bienes de naturaleza inmueble, a un patrimonio de afectación constituye un mecanismo más flexible que la hipoteca, siendo que permite abarcar a varios acreedores y facilita su sustitución a lo largo del tiempo mediante simples cesiones de crédito a medida que se vayan cancelando las obligaciones garantizadas.

6. Conclusiones [\[arriba\]](#)

1. El fideicomiso unilateral está expresamente consagrado en el artículo 1673 del CCCN. El fiduciario puede ser beneficiario, con la limitante de evitar cualquier conflicto de interés y obrar privilegiando los intereses de los restantes sujetos intervinientes en el contrato de fideicomiso.

2. La coincidencia entre fiduciario y beneficiario en los fideicomisos de garantía no constituye per se un conflicto de interés con el fiduciante. El fiduciante y el fiduciario acreedor garantizado tienen el objetivo común de realizar los bienes fideicomitados al mejor precio posible, para con ello cancelar el crédito del fiduciario acreedor.

3. En caso de presentarse cualquier conflicto de interés entre el fiduciario acreedor y el fiduciante, el CCCN prevé mecanismos preventivos y resarcitorios o sancionatorios para revertir la situación (artículos 1678 literal (a), 1669 párrafo segundo, 1674 primer párrafo y 1676).

4. La identidad entre el fiduciario y el beneficiario constituye una práctica habitual en los fideicomisos de garantía, y presenta ventajas que no pueden desconocerse.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] ORELLE, José M. ARMELLA, C.- CAUSSE, J., “Financiamiento de la vivienda y de la construcción. Ley 24.441, Ad- Hoc, Buenos Aires, 1995, págs. 178 y 179 en “Tratado de Fideicomiso”, Claudio M. KIPER y Silvio V. LISOPRAWSKI, Tomo I, Tercera Edición, Abeledo

Perrot, 2012 pág. 468.

[2] HIGHTON, Elena- MOSSET ITURRASPE, Jorge- PAOLANTONIO, Mariano- RIVERA, Fernando, “Reformas al derecho privado. Ley 24.441”, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 1995, pág. 19 en “Tratado de Fideicomiso”, Claudio M. KIPER y Silvio V. LISOPRAWISKI, Tomo I, Tercera Edición, Abeledo Perrot, 2012 pág. 468.

[3] GIRALDI, Pedro M., “Fideicomiso (ley 24.441), Depalma, Buenos Aires, 1998, pág. 71 en “Tratado de Fideicomiso”, Claudio M. KIPER y Silvio V. LISOPRAWISKI, Tomo I, Tercera Edición, Abeledo Perrot, 2012 pág. 468.

[4] CARREGAL, Mario A., “Fideicomiso de Garantía” en la obra “Derecho Empresario Actual, Cuadernos de la Universidad Austral, t.I, nro 1, Depalma, Buenos Aires, 1996, pág. 244. “[...] no existen impedimentos legales ni conflicto de intereses que impidan la constitución de fideicomisos de garantía en los que el fiduciario designado sea al mismo tiempo el acreedor garantizado. Antes que contrapuestos, los intereses del fiduciario y del fiduciante pueden considerarse en este caso convergentes, puesto que a ambos interesa que el bien afectado se venda por el mejor precio posible”.

[5] KIPER, Claudio M. y LISOPRAWISKI, Silvio V., Tomo I, Tercera Edición, Abeledo Perrot, 2012 pág. 470 “[...] el conflicto de interés se debe merituar en cada caso concreto porque existen no sólo mecanismos legales para prevenirlo y solucionarlo, sino también, [...], la posibilidad de estipularlos contractualmente para que el fiduciario -aún siendo acreedor- actúe rectamente y alejado de su propio interés. En definitiva, una conducta contraria a la debida se verá rápidamente reflejada y será susceptible de corrección.”

[6] RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, “Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina”, primera edición, Legis, 2005, pág. 477.

[7] “El fiduciario cesa por: a) remoción judicial por incumplimiento de sus obligaciones o por hallarse imposibilitado material o jurídicamente para el desempeño de su función, a instancia del fiduciante; o a pedido del beneficiario o del fideicomisario, con citación del fiduciante”.

[8] “El juez puede autorizar al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario, a ejercer acciones en sustitución del fiduciario, cuando éste no lo haga sin motivo suficiente”.

[9] “El fiduciario debe cumplir las obligaciones impuestas por la ley y por el contrato con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él”.

[10] “El contrato no puede dispensar al fiduciario de la obligación de rendir cuentas, ni de la culpa o dolo en que puedan incurrir él o sus dependientes, ni de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitados”.