

De la coincidencia de roles en el fideicomiso de garantía y la cuestión en el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado

Santiago Ferrer Deheza

I. Introducción y delimitación de la problemática [\[arriba\]](#)

Desde el momento en que se sancionó en el año 1994 la Ley N° 24.441 (EDLA, 1995-A-63) (en adelante, LF) que introdujo la figura del fideicomiso en nuestra legislación, y con ello la posibilidad también de constituir fideicomisos con fines de garantía, se produjo una verdadera agitación tanto en el mercado con su frecuente utilización para la canalización de innumerables proyectos de inversión, como así también en la doctrina por la gran cantidad de aristas que esta figura contractual ofrece para el debate.

Los trabajos de investigación efectuados en torno a esta figura coinciden en su mayoría en que la legislación mencionada no ha resuelto satisfactoriamente una serie de cuestiones de relevancia que redundarían en su más depurado desarrollo. Una de ellas, es la posibilidad de que se superpongan en la estructura del fideicomiso de garantía en una misma persona (acreedor) las posiciones de fiduciario y beneficiario.

La ausencia de una norma expresa en este sentido ha dejado abierta una cuestión que ha sido arduamente discutida por la doctrina de nuestro país, no habiéndose logrado aún un acuerdo que pueda catalogarse de pacífico o marcadamente mayoritario.

Está claro que la fusión de los roles de fiduciante y fiduciario está prohibida por la propia LF. Por el contrario, podría afirmarse que -en principio- mientras el negocio se estructure en forma triangular entre el deudor-fiduciante, el fiduciario y el acreedor-beneficiario, no se tropieza con ninguna dificultad. Sin embargo, la superposición de los roles de fiduciario y beneficiario en el fideicomiso de garantía es la que genera mayores inconvenientes.

La superación de esta controversia no reviste un carácter meramente teórico. Por el contrario, redundaría en una mayor claridad en la utilización de esta herramienta de garantía, puesto que en la práctica se observa con frecuencia esta situación de superposición, en especial en el marco de la actividad bancaria.

II. Síntesis de posturas doctrinarias [\[arriba\]](#)

Existen hoy dos posiciones en pugna. Por un lado, están quienes niegan rotundamente la posibilidad que el acreedor-beneficiario ocupe el rol de fiduciario, denunciando el potencial conflicto de intereses que podría suscitarse, la desnaturalización de la figura del fideicomiso, y la vulnerabilidad del deudor fiduciante, entre otros motivos, y por el otro quienes, sin mayores inconvenientes o con algunas precauciones, consideran lícito que el fiduciario en garantía pueda ser el acreedor a quien el mismo deudor transmite la propiedad fiduciaria de los bienes que habrán de responder por el eventual incumplimiento de la obligación garantizada. Existe también, por cierto, una tesis intermedia, que oportunamente mencionaremos.

A continuación expondremos en apretada síntesis una suerte de confrontación de los argumentos a favor y en contra de dicha coincidencia de roles.

a. Tesis negativa.

1) Deber de lealtad del fiduciario. Su independencia como presupuesto del sistema: La mayoría de los autores que adhieren a esta postura sostienen que la clave estaría en el deber de obrar con lealtad en cabeza del fiduciario, como depositario de la confianza del resto de las partes contratantes. En este sentido, subrayan que el fiduciario tiene el deber fundamental de actuar en interés de los beneficiarios, y no de sí mismo, obrando con imparcialidad y objetividad; y admitir la coincidencia de roles confrontaría con las directrices de neutralidad, independencia o lealtad que deben guiar su actuación.[1]

2) Evitar un posible conflicto de intereses y abusos por parte del fiduciario[2]: Según esta posición, existe un claro e inocultable conflicto de intereses, toda vez que por un lado el fiduciario es acreedor del deudor fiduciante y por el otro se tiene en la calidad de propietario fiduciario los bienes dados en garantía, para satisfacer sus propias acreencias en calidad de beneficiario.[3]

Siendo la relación acreedor-deudor esencialmente contrapuesta, es razonable prever que el egoísmo prevalecerá por sobre la solidaridad. En este marco, es de esperar que el acreedor sólo quiera cobrar y poco le importará el detrimento patrimonial en perjuicio del fiduciante; y aún en situaciones grises, ante dos posibilidades igualmente válidas, siempre se inclinará el fiduciario por la más ventajosa a sus intereses como acreedor[4], pudiendo así abusar de su posición perjudicando al deudor.[5]

La segmentación clara, precisa y transparente de los intereses comprometidos en la triangulación de roles que exige el fideicomiso, resulta imprescindible para poder calificar al negocio como genuino y para la asepsia de la administración del patrimonio de afectación constituido. Precisamente, lo contrario es lo que conduce a indagar sobre posible fraude, simulación o desbaratamiento de derechos que pudieran derivar del fideicomiso que resulte denunciado por la oscuridad de su contenido y de los fines perseguidos en la ocasión.[6]

3) Desnaturalización del instituto: La confusión de estos roles empañaría la figura del fideicomiso de garantía, toda vez que desaparecería la figura del “triángulo” de roles formado por fiduciante-deudor, fiduciario y beneficiario-acreedor, y sólo queda la posibilidad de analizar la relación bilateral entre deudor y acreedor. A éste último nada le impide procurar las garantías que estime necesarias para aceptar la obligación del deudor, pero no se entiende por qué ha de hacerlo a título fiduciario, cuando es claro que está actuando en su propio interés, por más que se intente revestir el acuerdo entre deudor y acreedor con los caracteres de tal, denominando a aquél “el fiduciante” y a éste “el fiduciario”. La relación de crédito subyacente no cambia porque el acreedor se diga “fiduciario”, éste obrará no ya en virtud de la “confianza depositada en él”, sino por derecho propio y en defensa de su legítimo interés.[7] En suma, habría una contradicción conceptual inadmisibles si el fiduciario pudiese beneficiarse con los actos de administración o de disposición de los que ha sido encargado en cumplimiento de la finalidad prevista por el fiduciante.[8]

4) Se supone que la propiedad fiduciaria es ejercida en beneficio de otro: La correcta interpretación del artículo 1 de la LF indicaría que el fiduciario está obligado a ejercer la propiedad fiduciaria en beneficio de otra persona distinta de sí mismo, puesto que es necesariamente un contrato a favor de terceros (gestión patrimonial en interés ajeno)[9]

La consigna “en beneficio de quien se designe”, indicaría que se trata de otro ajeno a los contratantes y, consecuentemente, descarta la posibilidad de que sea “en beneficio propio” de uno de los contratantes, o sea, en beneficio del fiduciario. De lo contrario, la redacción hubiera sido diferente. Tan otro y distinto es el beneficiario, que no es parte necesaria del contrato de fideicomiso, que en ese sentido es bilateral.[10]

Asimismo, al señalar la definición contenida en el mencionado artículo la obligación de “transmitir” los bienes fideicomitidos al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario, surge que los bienes habrían de pasar o transferirse (efectivamente) de una persona a otra, rechazando, en justa consecuencia, que se los apropie el fiduciario.[11]

Incluso la utilización del verbo “obligar” en el Art. 1 LF con relación al ejercicio de la propiedad fiduciaria en provecho del beneficiario, denotaría la necesidad de la existencia de otro polo de interés distinto de sí mismo (el fiduciario), para que pueda nacer tal relación obligacional.

5) El fiduciario no es llamado por la ley para sustituir al beneficiario: Del elenco de sujetos que el artículo 2 de la LF menciona como posibles sustitutos del beneficiario, no surge el fiduciario, pues allí solo se nombra al fideicomisario y al fiduciante.

El hilo argumental sería el siguiente: El Art. 2 LF señala al fideicomisario como el primer reemplazante cuando dispone “...si ningún beneficiario aceptare, todos renunciaren, o no llegaren a existir, se entenderá que el beneficiario es el fideicomisario...” lo que reafirmaría que el beneficiario debe ser otro ajeno a los contratantes, por la necesidad de su aceptación, excluyendo por ende que pueda serlo el fiduciario. En su defecto, ante la ausencia de beneficiario originario o fideicomisario, lo será el fiduciante, de modo que el único de los contratantes del fideicomiso que puede llegar a ser beneficiario por disposición legal es el fiduciante.

6) Presencia de normas impeditivas de orden público: El fiduciario tiene prohibido -por mandato legal inmodificable por las partes y/o no susceptible de ser dispensada por vía contractual- adquirir para sí los bienes fideicomitidos. Del artículo 7 primer párrafo in fine de la LF surge que el contrato constitutivo no podrá dispensar al fiduciario “de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos”

Esta prohibición determinaría eficazmente la posición “neutral” del fiduciario frente a los beneficiarios. Por un lado, la incompatibilidad fiduciario-beneficiario robustece la figura del fiduciario ante las demás partes del contrato, pues le confiere la autoridad necesaria para hacer valer las disposiciones del fiduciante. Por el otro lado, previene e impide el absurdo jurídico que se daría si el fiduciario

tuviese que ejecutar -como titular de la propiedad del bien- el acto de transferencia del bien en cuestión a su propio favor.[12]

Vale decir que los bienes fideicomitidos no podrían quedar nunca en manos (dominio pleno) del acreedor-beneficiario en caso de que éste ocupe el rol de fiduciario, por lo que en este marco de situación habría que negar la posibilidad de que el acreedor-beneficiario sea a la vez fiduciario en el contrato de fideicomiso.[13]

Más aún, se ha dicho que esta prohibición marca una línea fundante del esquema del fideicomiso en el sentido de resaltar la imposibilidad de que el fiduciario se beneficie directamente con la gestión de los bienes fideicomitidos. Aún en el caso que el fiduciario no se apropie directamente de dichos bienes, el producido de los mismos también pasaría por subrogación real a ser parte del fideicomiso. La mera venta de los bienes no solucionaría la cuestión, puesto que parece lógico entender que la prohibición legal abarca ambos supuestos, pues la ley no ha distinguido.[14]

7) El fiduciario beneficiario no puede rendirse cuentas a sí mismo: Se pone de relieve que sería absurdo que el fiduciario, frente al incumplimiento por parte del deudor-fiduciante de la obligación garantizada, venda los bienes fideicomitidos, en cumplimiento de su manda, para percibir él mismo tal importe (esta vez en calidad de beneficiario) y luego rendirse cuentas a sí mismo, obligación de la que tampoco puede abstraerse en ningún caso por expreso mandato legal.[15]

Si un simple mandatario está obligado a rendir cuentas, el fiduciario tiene una obligación mayor y no puede ser relevado de ella.[16]

8) Aplicabilidad supletoria de los principios del mandato: Debido a la innegable estrecha similitud que existe en diversos puntos entre el fideicomiso y el contrato de mandato, correspondería adoptar para el primero las disposiciones que la ley ha previsto para el segundo, especialmente respecto de la prohibición que el mandato sea otorgado en beneficio exclusivo del mandatario (artículo 1892 del Código Civil), en línea con lo legislado por la mayoría de las legislaciones latinoamericanas, que han considerado conveniente -en general- prohibir que el fiduciario pueda actuar como beneficiario.

9) Mención expresa en el marco regulatorio de ámbitos específicos: Por un lado, aunque referido exclusivamente a los fideicomisos financieros, la Resolución General N° 447/2003 de la Comisión Nacional de Valores, autoridad de contralor del mercado de capitales, prohibía en su Art. 1 tal confusión de roles, toda vez que el “conflicto de intereses que podría presentarse atentaría contra el ejercicio imparcial y objetivo de la función delicada del fiduciario”.

Más recientemente, dicho organismo dictó la Resolución General N° 530/2008, por la cual cerró definitivamente la cuestión, prohibiendo que se reúnan en un mismo sujeto las condiciones de beneficiario y fiduciario. En particular, dicha norma, que modifica el Artículo 3 del Capítulo XV de las Normas (N.T. 2001 y modificatorias), expresamente dispone que “No podrán constituirse -en ninguna forma- fideicomisos por acto unilateral, entendiéndose por tales aquellos en los que coincidan las personas del fiduciante y del fiduciario, ni podrán reunirse en un único sujeto las condiciones de fiduciario y beneficiario” ... “deberán encontrarse claramente

diferenciadas las posiciones del fiduciario y del fiduciante como partes esenciales del contrato, de la que pueda corresponder a los beneficiarios”

Por su parte, el Banco Central de la República Argentina, organismo rector del mercado monetario, mediante Comunicación “A” 4491 del 03/02/06, reconoce como “Garantía Preferida B” al fideicomiso de garantía, en la medida que se cumpla, entre otros requisitos, que el fiduciario no sea la entidad financiera prestamista o persona vinculada a ella (Sección 1. Punto 1.2.7.2). Si bien el Banco Central de la República Argentina mediante el dictado de esta normativa no está prohibiendo la coincidencia de roles, las entidades financieras que no respeten tal observación al estructurar estas garantías no quedarían alcanzadas por los beneficios que dicha comunicación contempla en relación a la constitución de provisiones por riesgo de incobrabilidad.

b. Tesis positiva.

Ausencia de norma expresa que lo prohíba: La ley no prohíbe expresamente esta coincidencia de roles, a diferencia de lo que ocurre en el artículo 1 de la LF respecto de la confusión de las personas del fiduciante y fiduciario, no existiendo razón alguna que permita pensar en una simple omisión del legislador respecto de la dualidad puesta bajo análisis, a la vez que regiría el principio constitucional de que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe.[17]

Por otra parte, las limitaciones deben interpretarse restrictivamente, y las partes son libres de redactar en el contrato todas aquellas cláusulas que les permitan prever éste tipo de cuestiones.[18]

1) Ausencia de conflicto de interés: No existe tal conflicto de interés que impida la constitución de fideicomisos en garantía en los que el fiduciario designado sea al mismo tiempo acreedor garantizado. Por el contrario, puede afirmarse que los intereses de beneficiario-fiduciario (acreedor) y fiduciante (deudor) son convergentes puesto que a ambos interesa que el bien afectado a garantizar las obligaciones contraídas sea vendido al mejor precio posible.[19]

Es sabido que los precios que se manejan en los remates públicos son por lo general muy inferiores al precio real (o de mercado) del bien subastado. Por el contrario, en el fideicomiso de garantía en el que el fiduciante-deudor tiene derecho a recibir el saldo del producido de la venta del bien una vez cubierto el crédito del acreedor, también aquel se estaría beneficiando con la venta privada y la obtención, en consecuencia, de un mejor precio de la cosa.[20]

El beneficio derivado de la doble actuación sería la reducción de los costos de constitución y administración de las garantías (vg. comisión), como un medio eficiente para expandir el crédito a costos más accesibles. No será necesario pagar comisiones por la contratación de un tercero para que cumpla la función de fiduciario, con el consecuente abaratamiento del crédito.[21]

En última instancia, el “conflicto de interés” sería el mismo que existe entre el deudor y el acreedor prendario con desplazamiento, quien goza de idéntico *ius vendendi* sobre el bien dado en garantía, y desde hace siglos que existe el instituto

de la prenda sin que el Derecho, la jurisprudencia o la doctrina hayan invocado esta circunstancia para invalidar el modo de ejecución de este derecho real.[22]

2) Improcedencia de la presunción de abuso: La identidad entre fiduciario y beneficiario no está potencialmente reñida con la ética, con la buena fe o con el orden público; y sostener que tal dualidad equivaldría a “poner al zorro a cuidar el gallinero” significa presumir que todo fiduciario será zorro y que todo fideicomiso será un gallinero.[23] Tampoco es conveniente valorar un instituto y desecharlo desde su eventual patología.[24]

3) Correcta interpretación del Art. 1 LF: El artículo 1 de la LF dispone que el fiduciario está obligado a ejercer la propiedad fiduciaria “en beneficio de quien se designe en el contrato”, pudiendo ser él mismo perfectamente.

Si se reconoce que el fiduciante -parte necesaria del contrato- puede ser beneficiario, y se admite también que el fiduciario es parte necesaria del mismo, ¿dónde quedaría, por tanto, la ajenidad del beneficiario al contrato de fideicomiso? ¿cuál sería la razón para sostener que el otro contratante no puede serlo? De ningún texto legal se sigue que el fiduciario no pueda participar del interés beneficiario. Por lo demás es habitual que justamente en los fideicomisos de garantía el beneficiario acreedor intervenga como parte en el contrato, pues sólo de tal manera podrá proteger debidamente sus intereses. Queda claro entonces que, si bien todo contrato de fideicomiso debe ser al menos bilateral, nada impide que sea trilateral.[25]

Adicionalmente, el art. 2662 del Código Civil, en su versión actual, tampoco exige que el fiduciario obre en beneficio de un tercero, manteniendo una expresión similar al Art. 1 LF, a diferencia de su anterior redacción en donde se indicaba la restitución de la cosa “a un tercero”[26]

4) Prevalencia de la autonomía de la voluntad: En respuesta al argumento consistente en la falta de enunciación del fiduciario en el artículo 2 de la LF como posible sustituto del beneficiario, este sector de la doctrina alega que dicha norma sólo aplicaría en defecto de lo previsto expresamente por las partes en el contrato.

5) Verdadero alcance de la prohibición contenida en el Art. 7 LF primer párrafo in fine: Lo que estaría vedado es la “apropiación” (dominio pleno) de dichos bienes en su favor (al igual que lo dispone el Art. 3222 Código Civil), pero no del producido de los mismos, luego de que el fiduciario sometiera dichos bienes al proceso de enajenación convenida con el mismo deudor fiduciante en cumplimiento de su encargo, todo lo cual puede ser libremente pactado, ya que no existe prohibición legal alguna al respecto.

Esto merece una explicación adicional: La prohibición del Art. 7 LF no es novedosa en nuestro derecho, ya que el mismo principio se aplica para el caso de la prenda en el Art. 3222 del Código Civil, y el fideicomiso en garantía no es una excepción a las prohibiciones contenidas en esas normas. Ahora bien, es necesario realizar el siguiente razonamiento: la razón o causa de la transmisión fiduciaria es tan sólo asegurar un crédito, no siendo el destino del bien fideicomitado ingresar definitivamente al patrimonio general del fiduciario. Cuando el deudor no cancela su deuda, la propiedad fiduciaria no se transforma en plena por el mero hecho del incumplimiento, ya que no hay norma que así lo disponga, por el contrario, continúa formando parte del patrimonio fideicomitado aún luego de la mora del

deudor. Ahora bien, mediante el contrato de fideicomiso, el deudor confiere al fiduciario un encargo, cual es, ejercer el ius vendendi en caso de incumplimiento y así cobrar su crédito. Consecuentemente, el acreedor fiduciario, adquirirá la propiedad plena sobre dicho producido hasta la concurrencia de su crédito, sin violentar el Art. 7 LF, ya que ese resultado no tendría la calidad de bien fideicomitado por expresa voluntad de las partes. Ello en ningún momento conmueve el principio de no permitir la apropiación por sí y ante sí del bien fideicomitado a favor del fiduciario- acreedor, ya que ello está claramente vedado por las normas precedentemente mencionadas.[27]

Adicionalmente, se arguye que al fiduciario le asiste el derecho de compensar de pleno derecho, en los términos del Art. 818 Código Civil, su crédito contra el deudor-fiduciante con una hipotética deuda (obligación de entregar al fideicomisario -deudor-fiduciante- las sumas obtenidas por la realización del bien, por aplicación del Art. 7 LF). En consecuencia, en la práctica no se estaría apropiando para sí de los bienes fideicomitados, sino que se estaría cobrando por vía de compensación, y por ende, quedándose con lo que es suyo sin violentar norma alguna. Además, el fiduciario estaría dando cumplimiento al encargo efectuado por el deudor fiduciante de conformidad con el Art. 4 inc. d) LF.[28]

6) Rendición de cuentas devendría en abstracta: La disposición del artículo 7 de la LF, que impone al fiduciario la obligación, no dispensable, de rendir cuentas ante el beneficiario, no puede ser invocada para sostener que beneficiario y fiduciario deben ser personas distintas, toda vez que dicha rendición de cuentas es en favor del beneficiario (y no a favor del deudor fiduciante) y tal obligación obviamente no existirá cuando ambos roles recaigan sobre la misma persona.[29]

En soporte de tal argumento, se arguye también que el orden público es un concepto ligado a los intereses generales de la sociedad, y como en el caso nos hallamos ante una relación entre particulares, y por tanto, tal derecho, aunque no anticipadamente, podría ser renunciado, tanto por el beneficiario como por el fideicomisario.[30]

7) Introducción de mecanismos contractuales de prevención a favor del deudor: Los abusos del acreedor-fiduciario se pueden prevenir en el mismo contrato, adoptando las previsiones necesarias a los efectos de acotar la discrecionalidad del fiduciario.[31]

8) Herramientas de protección del sistema: El sistema le provee al fiduciante-deudor suficientes mecanismos de protección, tanto civiles como penales, para neutralizar los posibles abusos o maniobras fraudulentas del acreedor-fiduciario.[32]

9) Inconsistencia de las críticas por falta de cuestionamiento de otras figuras de garantía y/o contratos con similitudes: En otros negocios de garantía, como la prenda con desplazamiento y la cesión de derechos con ese fin, se ha admitido sin controversia alguna que el acreedor sea a la vez, el tenedor de la cosa -en el primer caso- o su propietario a título de garantía, en el segundo caso.

En efecto, se arguye -por ejemplo- que entre la prenda comercial con desplazamiento y el fideicomiso de garantía existen indudables similitudes que a priori permiten sostener que el estándar de moralidad exigido por la ley en cuanto a los efectos que opera para el deudor moroso la realización sin intervención

judicial de los bienes afectados a una prenda, se cumplen en igual grado cuando estamos en presencia de una garantía fiduciaria. Ello así, toda vez la prenda, en caso de incumplimiento, trae consecuencias que no difieren de las que debería soportar el deudor si se tratara de un fideicomiso de garantía. Con la única diferencia, más teórica que real, de que el fiduciario está investido de la propiedad fiduciaria del bien afectado y por lo tanto habilitado para transferir la propiedad plena a quien resulte adquirente en el proceso de enajenación, mientras que el acreedor prendario está facultado por la ley para enajenar la cosa como si fuera su propietario, aún cuando lo que tiene es un derecho real sobre una cosa ajena que le confiere simplemente su tenencia (Art. 2503 inc. 6, 3204 y 3213 Código Civil). Incluso, el deudor bajo un fideicomiso de garantía en cierta manera estaría más cómodo que frente a un acreedor prendario, porque la LF exige expresamente al fiduciario proceder con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios que actúa sobre la confianza depositada en él (Art. 6 LF). Además, es evidente que el deudor-fiduciante tendría plena conciencia de la potencialidad de conflicto cuando designa fiduciario a su acreedor y sin duda acepta el riesgo, tal cual lo acepta el deudor prendario cuando entrega el bien a su acreedor.[33]

Por otra parte, en cuanto al mandato, se explica que el encargo que recibe el fiduciario respecto de los bienes fideicomitados tiene evidentes similitudes con el mandato, que en alguna medida es un encargo fiduciario, aunque sin la transferencia de bienes en propiedad ni la constitución de un patrimonio separado. Dicho esto, se destaca que según el Art. 1892 Código Civil, el mandato puede tener por objeto uno o más negocios del interés común del mandante y mandatario, siendo este el caso, pues ambos serían beneficiarios parciales de las ventajas que derivan de la ejecución del encargo fiduciario.[34]

Finalmente, se pone de resalto que si le negamos esta posibilidad al acreedor, ¿como se explica entonces la utilización de la cesión de créditos en garantía, que atribuye al acreedor cesionario el rol de un propietario fiduciario, y que constituye una práctica inveterada en los negocios comerciales y bancarios de nuestro país? Incluso, existen antiguos precedentes jurisprudenciales, que en oportunidad de analizar la cesión de créditos en garantía a favor del acreedor (donde se verificaba una transferencia de propiedad en garantía), se pronunciaron aceptando su legitimidad (basándose en el amplio margen que deja el principio de la autonomía de la voluntad para celebrar contratos innominados), reconociendo que, en realidad, se trataba de verdaderos fideicomisos en garantía.[35] Estos razonamientos, formulados mucho antes de la sanción de la LF, se mantienen en plena vigencia, y no hay motivo para que se prevenga ahora lo contrario.

c. Postura intermedia.

En este punto de la exposición, es justo poner de resalto que, para ciertos autores que admiten esta confusión de roles (algunos de citados a lo largo del acápite anterior), sólo podría -o debería- configurarse en la medida en que haya más de un fiduciario, de la misma manera que lo dispone el Código Civil de Québec, y lo sugieren las legislaciones de Chile, Panamá y Puerto Rico.[36] En tal caso -por ende- habría sobre los bienes fideicomitados una auténtica copropiedad fiduciaria, sujeta a las reglas del condominio, con los posibles inconvenientes prácticos que ello podría ocasionar.

Otra variante admitiría que el acreedor se erija en fiduciario, en caso que tal posición fuera ocupada sólo por entidades financieras sujetas al control del Estado,

del mismo modo que lo establecen las leyes de México y Uruguay, y lo preveía el proyecto de reforma al Código Civil argentino del año 1998.[37]

III. Situación de la Jurisprudencia [\[arriba\]](#)

Paralelamente a este debate doctrinario, la Jurisprudencia Nacional parece haber reaccionado de distinta manera. Así pues, se observa con claridad una tendencia favorable hacia la “tesis afirmativa”

En primer lugar, cabe mencionar un precedente de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, donde si bien la cuestión a decidir era la procedencia de una medida precautoria de no innovar (suspensión de la ejecución del fideicomiso sobre inmuebles constituidos para garantizar el pago de los desembolsos realizados por el Banco Hipotecario Nacional, en el marco de convenios de financiación de proyectos) solicitada por la actora, fiduciante-deudor, en contra del Banco Hipotecario de la Nación en su condición de fiduciario y acreedor, se defendió la superposición de roles, con apoyo en la fuerza vinculante de la autonomía de la voluntad y las eventuales herramientas de defensa que tendría el damnificado.[38]

Asimismo, se ha dicho que “El fideicomiso en garantía, aunque coincida el fiduciario con el beneficiario principal, es lícito siempre y cuando se lo haya concebido en forma prudente y se haya determinado en forma clara y precisa los procedimientos a seguir en caso de incumplimiento del fiduciante y el destino de los posibles remanentes que pudieren quedar luego de liquidados y satisfecho el crédito, no siendo óbice al respecto la prohibición del fiduciario de adquirir para sí los bienes fideicomitados del art. 7° de la ley 24.441”[39]

En idéntico sentido, se ha sostenido que “La circunstancia de que en el fideicomiso de garantía, exista identidad subjetiva entre el fiduciario y el beneficiario del fideicomiso, no impide considerarlo válido en tanto no existe óbice legal alguno al respecto porque la ley 24.441 (Adla, LV-A, 296) no impide que ello ocurra, y la única limitación legal que se aprecia radica en la prohibición de que el fiduciario adquiera para sí los bienes fideicomitados”[40]

En definitiva, la Jurisprudencia no parece haberse impresionado por la coexistencia en cuestión, ya sea cuando tuvo oportunidad de analizar la cesión de créditos con fines de garantía bajo el Código Civil antes de su reforma, o bien los fideicomisos de garantía creados al amparo de la LF, puesto que no encontró demasiados reparos para que la situación encuentre cómoda ubicación en el amplio margen de la autonomía de la voluntad.

IV. Marco normativo en el Derecho Comparado [\[arriba\]](#)

Las soluciones en el derecho comparado difieren, pero -en términos generales- no le deparan un buen panorama de apoyo a la tesis afirmativa, sobre todo en las legislaciones hispanoamericanas que tienden a asimilar al fiduciario con el mandatario. No obstante ello, las más recientes leyes dictadas al respecto, parecerían marcar un rumbo más propicio para esta última postura.

Así las cosas, tenemos legislaciones en donde se refleja una prohibición expresa para todos los casos, otros en donde se puede inferir una prohibición implícita, mientras que en otras, si bien la regla transita por la negativa, se permite -bajo

ciertos requisitos- la dualidad que nos ocupa. Finalmente, encontramos aquellos países en donde la hipótesis se admite sin mayores inconvenientes.

1.- Entre los países cuya legislación prohíbe expresamente la superposición de roles de fiduciario y beneficiario (o fideicomisario), podemos distinguir aquellos en donde se prevé una consecuencia específica para el caso de verificarse tal circunstancia, de aquellos en donde tal previsión por incumplimiento no ha sido puesta de manifiesto.

Dentro de los primeros, podemos mencionar los casos de:

a) Bolivia:

En el caso de Bolivia, también la prohibición se infiere del Art. 1409 del Código de Comercio en tanto dispone que “Por el fideicomiso una persona, llamada fideicomitente, transmite uno o más bienes a un Banco, llamado fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada en provecho de aquél o de un tercero llamado beneficiario”, que luego es ratificada por la tajante redacción del Art. 1424, que establece que “No son aceptables en una misma persona las calidades de fiduciario y de beneficiario. Si tal cosa sucediera, no podrá ser acreedor de los beneficios del fideicomiso mientras subsista la confusión”

b) Costa Rica:

El Código de Comercio de Costa Rica (Ley 3284, del 24/04/64) dispone expresamente en su Art. 656, que “El fiduciario no podrá ser fideicomisario. De llegar a coincidir tales calidades, el fiduciario no podrá recibir los beneficios del fideicomiso en tanto la coincidencia subsista”

c) Paraguay:

La Ley 921 de Negocio Fiduciarios de Paraguay dispone claramente en su Art. 8, inc. 1 (Nulidad de los negocios fiduciarios) la nulidad del contrato cuando en un mismo negocio fiduciario se reúna la calidad de fiduciario y beneficiario.

En el segundo grupo, encontramos las legislaciones de:

a) Ecuador:

El Art. 116 de la Ley de Mercado de Valores N° 107 de Ecuador que regula el Fideicomiso Mercantil dispone que “Queda expresamente prohibido la constitución de un fideicomiso mercantil en el que se designe como beneficiario principal o sustituto al propio fiduciario, sus administradores, representantes legales, o sus empresas vinculadas”, con lo cual se intenta -a su vez- que tal prohibición no pueda ser soslayada fácilmente.

b) El Salvador:

El Art. 1235, primer parte, del Código de Comercio de 1970 de El Salvador, establece una primer pauta, en cuanto dispone que “El fiduciario ejercerá sus facultades de acuerdo con las cláusulas del acto constitutivo, y en su defecto, con las modalidades siguientes: I.- En función del fin que se deba realizar y no en

interés del fiduciario, de modo que el beneficio económico del fideicomiso recaiga sobre el fideicomisario...”

Pero si quedaba alguna duda, el Art. 1237, se encarga de despejarlas cuando expresa que “El fideicomitente puede establecer fideicomiso a favor suyo, pero el fiduciario jamás podrá ser fideicomisario”

c) Guatemala:

El Art. 791 del Código de Comercio de dicho país, especialmente dispone para el fideicomiso en garantía que “El fiduciario de un fideicomiso de garantía debe ser persona distinta del acreedor”

d) Perú:

La Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, N° 26.702, en su art. 274, dispone - particularmente referido al Fideicomiso de garantía- que “La empresa que otorgue créditos con una garantía fiduciaria constituida con una tercera empresa fiduciaria se resarcirá del crédito incumplido con el resultado que se obtenga de la ejecución del patrimonio fideicomitado, en la forma prevista en el contrato o con el propio patrimonio fideicomitado cuando éste se encuentre integrado por dinero, dando cuenta, en este último caso a la Superintendencia. Son excluyentes la calidad de fiduciario y acreedor”.

e) Venezuela:

De la Ley de Fideicomisos de Venezuela del 23 de julio de 1956 (Gaceta Oficial N° 496 extraordinario de 17 de agosto de 1956) se desprende con toda claridad que: (i) Sólo podrán ser fiduciarios las instituciones bancarias y las empresas de seguros constituidas en el país (Art. 12), (ii) Que habrá un solo fiduciario para cada fideicomiso (Art. 13), y que (iii) “El fiduciario no podrá ser beneficiario” (Art. 23, segundo párrafo).

De igual manera, tal prohibición se infería de la redacción del Art. 1 en cuanto define el fideicomiso como “una relación jurídica por la cual una persona llamada fideicomitente transfiere uno o más bienes a otra persona llamada fiduciario, quien se obliga a utilizarlo en favor de aquel [el fideicomitente] o de un tercero llamado beneficiario”.

2.- Por su parte, entre los países que contemplan una prohibición implícita, cabe mencionar el caso de Colombia. Si bien la legislación de este país no contempla una prohibición expresa, el Art. 1226 define a la fiducia mercantil como “un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o mas bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario”. La mención de un “tercero” de manera explícita (en defecto del fiduciante) excluiría toda participación del fiduciario en el provecho del negocio.

Adicionalmente, el Art. 1244 del Código de Comercio, establece que “será ineficaz toda estipulación que disponga que el fiduciario adquirirá definitivamente, por

causa del negocio fiduciario, el dominio de los bienes fideicomitidos", norma similar a nuestro Art. 7, primer párrafo in fine de la LF.

3.- En una posición intermedia, se hallan aquellas legislaciones que no obstante reconocer como regla la prohibición de la coincidencia de roles permiten que en alguna medida y bajo ciertas condiciones la situación planteada se verifique. Tales los casos de:

a) Canadá:

El Código Civil de Québec, en su Art. 1275, prohíbe al fiduciario ser beneficiario exclusivo, y por ende, autoriza al beneficiario ser a la vez fiduciario, siempre que actúe conjuntamente con un fiduciario que no sea beneficiario: "El constituyente o el beneficiario puede ser fiduciario, pero debe actuar conjuntamente con un fiduciario que no sea ni constituyente ni beneficiario"

b) Chile:

El Art. 763 inc. 6 del Código Civil de Chile, reconoce como una de las causales de extinción del fideicomiso, la confusión de "la calidad de único fideicomisario con la de único fiduciario", lo cual invita a pensar que si tal exclusividad no se verifica, no se estaría incurrido en infracción.

c) Estados Unidos:

El Uniform Trust Code, cuyo objetivo es codificar la doctrina tradicional en la materia y ponerla a disposición de los distintos Estados como modelo para su eventual adopción, especifica en el Capítulo (Article) 4 (Creation, Validity, Modification, and Termination of Trust), los requisitos necesarios para la creación válida de un fideicomiso. Así pues, en la Section 402 (Requirements for creation), punto (a) se dispone que "A trust is created only if: ... (5) the same person is not the sole trustee and sole beneficiary"

Además de lo expresado en el punto 1.4. f) del presente trabajo sobre la teoría del merger (ya que ello implicaría unir la propiedad legal (legal title) del trustee con la del beneficiario (equity title), división fundamental del trust en el marco de dicho derecho), es dable poner de resalto -además- que la doctrina enseña que, si bien en el Derecho angloamericano los beneficiarios no son legalmente incapaces para ser "fiduciarios" (trustees), tal designación es -en verdad- indeseable, por el potencial conflicto de intereses entre tales roles, debido a que bajo tal sistema el fiduciario siempre debería actuar en beneficio de otra persona.

d) México:

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC), en su redacción actual, dispone en el art. 382 cuarto párrafo, con relación al fideicomiso en general, la nulidad del fideicomiso que se constituye en favor del fiduciario, con la siguiente excepción: "La institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos que tengan por fin servir como instrumentos de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales. En este supuesto, las partes deberán convenir los términos y condiciones para dirimir posibles conflictos de intereses",

todo lo cual sigue denotando la conciencia sobre la potencialidad de situaciones de esa especie.[41]

En similar sentido, con respecto al fideicomiso de garantía en particular, claramente se establece que sólo las instituciones y sociedades enumeradas en el Art. 395 "...podrán reunir la calidad de fiduciarias y fideicomisarias, tratándose de fideicomisos cuyo fin sea garantizar obligaciones a su favor. En este supuesto, las partes deberán convenir los términos y condiciones para dirimir posibles conflictos de intereses" (Art. 396 LGTOC)

e) Panamá:

La Ley N° 1 del año 1984 de Panamá, si bien no establece una prohibición explícita en torno a la coincidencia de roles, reconoce en su Art. 33 inc. 5, como una de las causales de extinción del fideicomiso la confusión en una sola persona de la calidad de único beneficiario con la de único fiduciario, cabiéndole los mismos comentarios que para la ley chilena.

f) Puerto Rico:

Asimismo, el Art. 852 inc. 7 del Código Civil de Puerto Rico, también reconoce como una de las causales de extinción del fideicomiso, "la confusión del carácter de único fideicomisario con el de único fiduciario"

g) Uruguay:

Por último, la Ley uruguaya de fideicomiso N° 17.703 del año 2003, en su artículo 9, inc. b), prohíbe bajo pena de nulidad absoluta "el fideicomiso en el cual se designe beneficiario al fiduciario salvo en los casos de fideicomisos de garantía constituido a favor de una entidad de intermediación financiera"

4.- Finalmente, encontramos aquellos países en donde es legalmente posible que fiduciario y acreedor-beneficiario sean una misma persona:

a) Brasil:

Según el régimen brasileiro, si bien existe la prohibición para el fiduciario de apropiarse de los bienes dados en garantía (Art. 1365 Código Civil) en tanto se dispone que "É nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento", lo cierto es que en la transmisión fiduciaria en garantía, se permite que el acreedor los adquiera como fiduciario, sujeto a la condición resolutoria de que la obligación garantizada sea atendida. Ello surge además, de los Arts. 18 y 19 de la Ley 9514 del año 1997 (que establecen un marco legal global para la titularización de hipotecas) en donde se identifica al acreedor con el fiduciario: "Art. 18. O contrato de cessão fiduciária em garantia opera a transferência ao credor da titularidade dos créditos cedidos, até a liquidação da dívida garantida, e conterà, além de outros elementos, os seguintes..." ... "Art. 19. Ao credor fiduciário compete o direito de..."

b) Francia

Sin dudas, la que ha dado la nota en los últimos años ha sido la legislación francesa, ya que el 19 de febrero de 2007 sancionó su ley de fideicomiso (N° 2007-211), que reforma el Código Civil (restableciendo en el libro III el título XIV, que comprende los artículos 2011 a 2031) incorporando la figura de la fiducie, siendo que tradicionalmente ha dado muestras de rechazo a la recepción del trust.

En lo que aquí nos interesa, el Art. 2016, establece novedosamente que “le constituant ou le fiduciaire peut être le bénéficiaire ou l’un des bénéficiaires du contrat de fiducie” (tanto el fiduciante como el fiduciario podrán ser el beneficiario o uno de los beneficiarios del contrato de fideicomiso) Esto ha motivado que prestigiosa doctrina expresara que, a tenor de tan relevante referente, será difícil seguir cuestionando en nuestro medio la posibilidad de coexistencia de ambos roles ante la falta de prohibición legal expresa, alegando supuestos motivos éticos para justificar esa posición. Nadie puede negar la mejor tradición jurídica de la legislación francesa, cuna del Derecho contemporáneo de sesgo romanista e indiscutido bastión contra la influencia del Common Law en las prácticas legales continentales.[42]

V. El caso argentino [\[arriba\]](#)

Con relación al debate puesto bajo análisis la LF guarda silencio y es allí donde radica la mayor de sus complicaciones. Si bien particularmente coincidimos con la línea argumental expuesta por aquellos que entienden que la tesis negativa resulta demasiado estricta, limitativa de la amplitud práctica de la aplicación del fideicomiso de garantía, y que la creencia apriorística de que el acreedor fiduciario actuaría en perjuicio del deudor no puede ser tenida por cierta como regla, creemos que es hora de convenir que esta posibilidad, aún cuando la ley no lo prohíbe expresamente, luce incompatible con el espíritu (art. 16 Código Civil) y la sistemática actual de la LF. La razonabilidad y prudencia de muchos de los argumentos esgrimidos en apoyo de la postura negativa, obliga al intérprete a no descartarlos con rapidez y liviandad. A diferencia de la fiducia romana, consideramos que el fideicomiso, tal como ha sido diseñado por nuestra LF, no ha sido concebido teniendo en miras la posibilidad de que el fiduciario pudiese tener involucrado un interés propio y para su propio beneficio en el cumplimiento del encargo, más allá del cobro de sus comisiones por las tareas desarrolladas. Entendemos que la LF brinda los suficientes parámetros en su redacción que razonablemente conducen a concluir que existe -al menos implícitamente- una prohibición para que el fiduciario -vehículo de confianza- sea simultáneamente beneficiario.

Hasta aquí, un análisis de lege lata, si se quiere.

Ahora bien, la práctica diaria de la utilización de esta coincidencia de roles, en especial en el ámbito financiero, la fuerza vinculante de la autonomía de la voluntad configurada por los contratantes (la mayor de las veces ambos experimentados y plenamente conscientes de las implicancias de este tipo de estructuras), sumado a no pocos argumentos esgrimidos por los postulantes de la tesis afirmativa extraídos de la realidad y práctica comercial, parecen imponerse, y obligan por consiguiente a efectuar un cambio de enfoque y asumir la realidad por sobre cualquier interpretación que pueda diseñarse al respecto. En efecto, tenemos para nosotros que la LF -como tal- no ha provocado comparativamente ninguna alteración sustancial con respecto a las relaciones habidas entre el cedente-deudor y el cesionario-acreedor en la cesión de créditos en garantía, puesto que igual que ahora bajo la LF, también la cesión de créditos en garantía

implicaba una transferencia patrimonial en favor del acreedor (Arg. art. 1434 Código Civil). Vale decir que, más allá del aislamiento de los créditos en el patrimonio separado de afectación del que ahora es titular el fiduciario, no habría diferencia alguna a nivel de relación entre deudor-cedente y acreedor-cesionario y la del fiduciante-deudor y fiduciario-acreedor bajo la LF. Por otro lado, no se nos escapa que la prohibición postulada por la tesis negativa (en caso de establecerse de manera explícita) resultaría en la práctica fácilmente soslayable con el simple mecanismo de designar como fiduciario a una tercera persona (de la confianza o vinculada al acreedor,[43] como es razonable que suceda, puesto que es éste quien por lo general pide la garantía a cambio de su prestación), de modo tal que los temidos riesgos de abuso por parte del fiduciario en perjuicio del deudor-fiduciante se podría dar de todas maneras, ya que éste -dado el caso- podría actuar de la misma manera que lo hubiera hecho el acreedor fiduciario. Más todavía, el actual régimen instituido por la LF le proporcionaría -dado el caso- al hoy deudor-fiduciante mayores herramientas de protección que en tiempos pasados (vg. Arg. arts. 6, 9, 17, 18, 25 inc. b de la LF, e incs. 12 y 13 del art. 173 del Código Penal)

VI. Proyecto de reforma del Código Civil de 1998 [\[arriba\]](#)

Diferentes proyectos de reforma integral del Código Civil han indicado cierto grado de consenso respecto de la necesidad de una actualización de las leyes de fondo, con la idea central de unificar los Códigos Civil y Comercial de la Nación en un código único (unificación del derecho privado), en el cual se incluya -por cierto- la institución del fideicomiso.

El proyecto presentado por la comisión redactora designada por Decreto N° 695/95 del Poder Ejecutivo de la Nación y que lograra media sanción legislativa, abordaba la temática del doble rol del fiduciario en el Capítulo XXII dedicado al fideicomiso. Así pues, el art. 1459 in fine disponía tajantemente que “El fiduciario no puede ser beneficiario ni fideicomisario...”, lo que denotaba la preocupación respecto del potencial conflicto de intereses al sentar como regla su prohibición.

Pero había una excepción en materia de fideicomisos en garantía, la del art. 1466, que establecía que “Si el fiduciario es una entidad financiera, puede ser también beneficiaria. En este caso, puede aplicar al pago de los créditos garantizados las sumas de dinero que ingresen al patrimonio fiduciario, incluso por cobro judicial o extrajudicial de los créditos o derechos fideicomitidos. Respecto de otros bienes, para ser aplicados a la garantía deben seguirse los procedimientos previstos por los artículos referidos a la ejecución extrajudicial de la hipoteca y de la prenda con desplazamiento, salvo conformidad expresa del fiduciante contemporáneamente a la aplicación o adjudicación”.

En suma, allí se establecía expresamente la posibilidad de que en los contratos de fideicomiso de garantía las entidades financieras ocupasen al mismo tiempo el rol de fiduciario y beneficiario, prevaleciendo entonces la postura afirmativa-intermedia, impulsada por la práctica bancaria, a la vez que se consolidaba la similitud de esta figura de garantía con la de prenda con desplazamiento atento la remisión a sus normas para el caso de aplicar el producido de bienes para la cancelación de la deuda.

VII. La cuestión en el último proyecto de reforma del Código Civil unificado [\[arriba\]](#)

El propósito reformista persiste en la actualidad. La comisión creada por Decreto N° 191 (B.O. 23/02/11) del Poder Ejecutivo de la Nación ha presentado un nuevo proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los códigos Civil y Comercial de la Nación, en cuyo texto se cerraría de manera definitiva la controversia, toda vez que se incluyen disposiciones expresas al respecto,^[44] pero en sentido inverso al último proyecto de reforma. Veamos:

El art. 1671 del proyecto, primer párrafo in fine, al referirse al beneficiario como uno de los sujetos intervinientes del contrato de fideicomiso, dispone claramente que “Pueden ser beneficiarios el fiduciante, el fiduciario o el fideicomisario”

Tal solución es luego ratificada en el tercer párrafo del art. 1673, cuando a su turno se regula la figura central del fiduciario, en los siguientes términos: “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”

Lógicamente que intentar una indemnidad total a favor del fiduciante no es factible, puesto que -en algún punto- los abusos y fraudes podrían darse con las mismas probabilidades y frecuencia que en otros contratos o relaciones jurídicas. Sin embargo, en este marco de situación, y con el objetivo de prevenir cualquier fuente de posibles conflictos y disipar cualquier temor de abuso o fraude, consideramos conveniente que en el respectivo contrato se adopten todas las previsiones referidas fundamentalmente a la forma de acreditación y/o constatación de la mora del fiduciante-deudor, y la posterior realización de la garantía en favor del acreedor fiduciario-beneficiario, fijando el procedimiento para lograr un mejor precio en la venta del bien dado en garantía, e incluso -llegado el caso- hacer reserva de la necesidad de contar con el consentimiento del fiduciante-deudor para que el fiduciario proceda a disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso (art. 1688, segundo párrafo del proyecto)

Para mayor tranquilidad del deudor-fiduciante, éste dispone a su favor, en caso de incumplimiento, abuso o fraude del fiduciario, de un arsenal de otros mecanismos legales, tanto de carácter preventivo, como resarcitorio y/o penal.

En primer lugar, encontramos la posibilidad de requerir judicialmente la remoción del fiduciario por incumplimiento de sus obligaciones, facultad mantenida en el Art. 1678 inc. a del proyecto.

Asimismo, por vía de lo previsto por el art. 1689 del proyecto, dispondría de acciones en defensa de los bienes fideicomitidos, en sustitución o subrogación en los derechos del fiduciario, con previa autorización judicial.

Por supuesto que también, en caso de por incumplimiento -culposo o doloso- del fiduciario en sus obligaciones estará legitimado para entablar una acción de carácter resarcitorio por los daños y perjuicios ocasionados, a cuyo fin su eventual responsabilidad sería evaluada conforme al estándar calificado del Art. 1674

(similar al actual art. 6 LF) trayendo a colación directamente el art. 909 Código Civil.

Por último, el fiduciante-deudor dispondría también de acciones de índole penal por el delito de estafa, en virtud de las modificaciones introducidas por la LF al Código Penal (vg. inc. 12 y 13 del art. 173 del Código Penal) para el supuesto extremo que el acreedor-fiduciario proceda a la enajenación de los bienes fideicomitidos sin haber incurrido aquel en mora y/o incumplimiento de la obligación garantizada.

VIII. Conclusión [\[arriba\]](#)

Para finalizar, deseamos destacar que nuestra principal intención a lo largo de estas líneas fue -lejos de proponer verdades incuestionables- intentar analizar y poner de resalto tan sólo uno de los tantos aspectos que esta interesante y actual figura de garantía presenta, y bregar por una pronta y esclarecedora reforma legislativa que permita finalmente esta coincidencia de roles, a los efectos de no limitar la amplitud práctica de la aplicación de esta figura de garantía.

[1] KIPER, Claudio M, “El fideicomiso de garantía y las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, JA/LexisNexis 2007-IV, fascículo 7, 14/11/2007. En igual sentido, FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h.), “La sustentabilidad legal del fideicomiso. Cuestiones generales y el caso del fideicomiso de garantía frente al concurso”, ED, Año XLVI, N° 12.081, 02/09/2008; tampoco admiten la coincidencia de roles HIGHTON, Elena I., MOSSET ITURRASPE, Jorge, PAOLANTONIO, Martín E., RIVERA, Julio César, Reformas al derecho privado, Ley 24.441, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, Pág. 36.

[2] Como ejemplos de tales conductas abusivas, se ha dicho que el fiduciario podría vender el bien fideicomitido sin que se haya verificado la situación de incumplimiento, o bien una vez cubierto el monto de su crédito, no conservar un interés para obtener un mejor valor de realización del bien dado en garantía, remanente sobre el cual tendría derecho el deudor-fiduciante, en su condición de fideicomisario.

[3] CAMERINI, Marcelo A., “La verificación de crédito como mecanismo de desnaturalización del fideicomiso de garantía”, LL 25/08/2008, 6, nota a fallo “Cía. de Serv. Hipotecarios (CASH) s/ concurso preventivo” CNCom, Sala E, 03-04-2008; MEDICI, Rubén A., “Cesión de créditos en garantía, prenda de títulos y fideicomiso en garantía. Diferencias y su tratamiento concursal”, ponencia presentada en el VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Iberoamericano de la insolvencia, Rosario, 27, 28 y 29 de septiembre de 2006, Zeus, Colección Jurisprudencial, 2007, Tomo 103, D-107.

[4] MOLINA SANDOVAL, Carlos A., El fideicomiso en la dinámica mercantil. Estructura y configuración de la praxis negocial. Formas extintivas y de insolvencia. Ed. Ábaco, Bs.As, 2004, Pág.384.

[5] Cfr. MARTORELL, Ernesto Eduardo y CÚNEO LIBARONA, Mariano (h), “Disparen sobre el fideicomiso: Perplejidades comerciales y penales que exhibe la figura” en, Fideicomiso de garantía, Análisis integral. Función y Régimen, CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo (Dir), DE REINA TARTIERE, Gabriel (Coord), 1ª Ed., Bs.As., Heliasta, 2008, Pag. 259.

- [6] BARREIRA DELFINO, Eduardo A., “El fideicomiso de garantía y recupero del crédito bancario”, en, Fideicomiso de garantía, Análisis integral. Función y Régimen, CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo (Dir), DE REINA TARTIERE, Gabriel (Coord), 1ª Ed., Bs.As., Heliasta, 2008, Pág. 371.
- [7] HAYZUS, Jorge Roberto, Fideicomiso, 2da. Ed., Astrea, Bs.As., 2004, Pág. 115/6.
- [8] GIRALDI, Pedro Mario, “Observaciones a la reglamentación del fideicomiso en el proyecto de Código Civil”, ED, 184-1279.
- [9] Cfr. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., “Fideicomiso, ... Pág. 113.
- [10] Cfr. BARREIRA DELFINO, Eduardo A., Fideicomiso..., Pág. 272. Se aclara que el contrato conservaría la nota de bilateral hasta tanto el beneficiario acepte el beneficio estipulado a su favor, momento a partir del cual regiría la doctrina del Art. 504 del Código Civil.
- [11] LOPEZ RAFFO, Francisco M., “El problema de las posiciones jurídicas en el fideicomiso de garantía”, en, Fideicomiso de garantía, Análisis integral. Función y Régimen, CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo (Dir), DE REINA TARTIERE, Gabriel (Coord), 1ª Ed., Bs.As., Heliasta, 2008, Pág. 330.
- [12] Cfr. HAYZUS, Jorge Roberto, Op.Cit., Pág. 160/2.
- [13] En este sentido, GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “Fideicomiso. Apreciaciones sobre las nuevas normas”, LL 1995-E-1234; SOLER, Osvaldo H., NIETO BLANC, Ernesto E, MORENO GURREA, José, “Fideicomiso común u ordinario, LL IMP, 1996-B, 2542; TON, Walter, “La medida de no innovar en el fideicomiso de garantía” en, Las medidas cautelares en las sociedades y los concursos, ARECHA, Martín (Dir), FILIPPI, Laura L, (Vice), Instituto Argentino de Derecho Comercial, 2° ed. Bs.As, Legis Argentina, 2008, Pág.187.
- [14] Cfr. MOLINA SANDOVAL, Carlos A., El fideicomiso en la dinámica mercantil. Estructura y configuración de la praxis negocial. Formas extintivas y de insolvencia. Ed. Ábaco, Bs.As, 2004, Pág.385; En idéntica línea de razonamiento, DE REINA TARTIÉRE, Gabriel, “Las garantías fiduciarias: Contexto y explicación más allá del fideicomiso” en, Fideicomiso de garantía, Análisis integral. Función y Régimen, CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo (Dir), DE REINA TARTIERE, Gabriel (Coord), 1ª Ed., Bs.As., Heliasta, 2008, Pag. 20, quien afirma que el acreedor no podrá satisfacerse a costa del bien afectado sin violentar antes la prohibición resaltada; asimismo, MALUMIÁN, Nicolás, en “El fideicomiso en garantía y la responsabilidad del fiduciario frente al consumidor”, LL 2005-E, 436 (pese a que éste autor adopta una posición limitadamente favorable a la acumulación de roles)
- [15] BÁEZ, Julio C., “La defraudación fiduciaria”, LL, Año LXX, N° 193, 05/10/06.
- [16] MARZORATI, Osvaldo J., Derecho de los negocios internacionales, 3° ed. Actualizada y ampliada, Astrea, Bs.As., 2003, Pág. 516.
- [17] CARREGAL, Mario A., Fideicomiso: Teoría y aplicación a los negocios, 1° ed., Bs.As., Heliasta, 2008, Pág. 234.
- [18] Es preciso poner de resalto que no pocos autores, si bien entienden que no media impedimento legal expreso para el solapamiento de estos roles, consideran desaconsejable tal práctica, hasta tanto exista una jurisprudencia orientadora y pacífica, a los efectos de evitar incurrir en eventuales patologías funcionales y con ello las impugnaciones del caso. Por citar algunos ejemplos, FERNANDEZ, Raymundo L y GOMEZ LEO, Osvaldo R., Tratado teórico-práctico de Derecho Comercial, 1° edición, Bs.As. Depalma, Bs.As., Tomo IV, Pág. 347; MALUMIÁN, Nicolás, Op.Cit.; MARQUEZ, José Fernando, Op.Cti; VILLANUEVA, Paula N., “Contrato de fideicomiso en garantía en el concurso del fiduciante”, en Revista de Derecho Concursal, Rosario - Santa Fe, Zeus, 2006, Volumen: IV, Pág. 134.
- [19] CARREGAL, Mario A, Fideicomiso en garantía, Derecho Empresario actual, “Homenaje al Dr. Raymundo L Fernández”, Depalma, Bs. As., 1996, pág. 244.

- [20] CORTEZ OLMEDO, Diógenes A., "Fideicomiso de garantía", El Dial Express, Año VI, Nro. 1487, 27/02/2004
- [21] FREIRE, Bettina V., El fideicomiso. Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1997, pág. 149; CARREGAL, Mario A., Fideicomiso: Teoría y aplicación a los negocios, 1° ed., Bs.As., Heliasta, 2008, Pág. 232.
- [22] CARREGAL, Mario A., Fideicomiso: Teoría y aplicación ..., Pág. 239.
- [23] Ídem, Pág. 241.
- [24] VÁZQUEZ, Gabriela A., "El fideicomiso de garantía: Certezas y vacilaciones", LL 2006-A, 1169.
- [25] CARREGAL, Mario A., Fideicomiso: Teoría y aplicación ..., Pág. 248.
- [26] Cfr. BONO, Gustavo, "Fideicomiso. Algunos aspectos de la ley 24441", Anales, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1996, Pág. 298.
- [27] Cfr. FREIRE, Bettina V., El fideicomiso. Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1997, Pág. 151/2. En línea con lo anterior, RIVA, Jorge Luis, ALVAREZ AGUDO, Graciela, Garantías Modernas, 1ra. Edición, Bs.As., Lexis Nexis Argentina, 2007, Pág. 137. En igual sentido, CINOLLO Oscar A., "El contrato de fideicomiso de garantía", RDPC, Rubinzal-Culzoni Editores, Fideicomiso, 2001-3, Pag. 217/8.
- [28] CARREGAL, Mario A., Fideicomiso: Teoría y aplicación ..., Pág. 244. Al respecto, cabe aclarar que los estados contables del fiduciante, al constituir la garantía, reflejarán la salida y reemplazo del bien, por otro activo de igual monto, representado por el crédito del fiduciante contra el fiduciario, lo que implica que el fiduciante conserva el derecho de exigirle el cumplimiento del encargo contenido en el contrato que los vincula, y en caso de cumplimiento de la obligación garantizada, la restitución del bien.
- [29] Cfr. KELLY, Julio, "Fideicomiso de garantía", JA 1998-III-782, Lexis N° 0003/000562 ó 0003/000575.
- [30] FERNANDEZ, Raymundo L y GOMEZ LEO, Osvaldo R., Op.Cit., Pág. 215.
- [31] ALVAREZ, Georgina I., "Algunas notas sobre un tipo de garantía autónoma: el fideicomiso en garantía", DJ 2003-1, 295.
- [32] CORTEZ OLMEDO, Diógenes A, Op.Cit.; VÁZQUEZ, Gabriela A., Op.Cit..
- [33] CARREGAL, Mario A., Fideicomiso: Teoría y aplicación..., Pág. 239/40.
- [34] Ídem, Pág. 242.
- [35] CamApelCiv y Com., Sala I, La Plata, "Banco Avellaneda c/ Fallo, Emilio o Ángel Emilio (suc)", JA, T. 1947-I-749; Juz. Fed. 1° Inst., "Famatex S.A. c/ Ferrocarril Gral. Belgrano", JA, T. 18-1973-497.
- [36] MALUMIÁN, Nicolás, Op.Cit.; CHIESA, Juan José, "Algunas consideraciones referidas al contrato de fideicomiso", ED, 185-1539, entre otros.
- [37] PUERTA DE CHACÓN, Alicia, "Propiedad fiduciaria en garantía ¿Es posible en el derecho vigente?", en "Fideicomiso", RDPC, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, T° 2001-3.
- [38] CSJN, "E.C.G. S.A. c Banco Hipotecario", 04/11/2003, publicado en LL Online.
- [39] STJ de Santiago del Estero, Sala CyC, en autos: "Maud, Elías", 17/11/2005, LL Online y LLNOA 2006 (abril), 273.
- [40] CNCiv, Sala B, autos: "Donolo, Darío Domingo c. Banco Hipotecario S.A.", 05/09/2006, La Ley Online.
- [41] La redacción anterior de dicho artículo era similar, con excepción de la anterior necesidad de designación de un fiduciario sustituto para la hipótesis de conflictos: "La institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos en que, al constituirse, se transmite la propiedad de los bienes fideicomitados y que tengan por fin servir como instrumentos de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales. En este supuesto, las partes deberán designar de común acuerdo a una institución fiduciaria sustituta para el caso que surgiere un conflicto

de interés entre las mismas”, mereciendo el comentario en tal sentido en su anterior redacción, de KIPER, Claudio M., y LISOPRAWISKI, Silvio, Tratado del fideicomiso, 2° Ed., Bs.As, Depalma, 2004, Pág. 502.

[42] CARREGAL, Mario A., Fideicomiso: Teoría y aplicación..., Pág. 234.

[43] Cabe precisar que los supuestos de control o vinculación entre sociedades (Art. 33 Ley 19.550) y/o permanencia a un mismo grupo económico, no es considerada ilícita por su sola configuración, ni tiene prevista sanción legal alguna.

[44] Cabe aclarar que si bien estas disposiciones no se refieren específicamente al fiduciario de garantía, que en el nuevo proyecto es objeto de regulación expresa en el Art. 1680, las mismas le son plenamente aplicables puesto que éste último, con algunas particularidades, responde a las reglas básicas del fideicomiso ordinario.