

Sujeto. Posiciones contractuales. Conflictos de intereses *

Por **Ana Lía Díaz Prandi**

Ponencias

1. En la elaboración de un contrato de fideicomiso, es necesario definir correctamente a los sujetos intervinientes, dado que cada uno de ellos constituye un centro de imputación de derechos y obligaciones. De su correcta individualización en el contrato dependerá que **fiduciarios, fiduciantes, beneficiarios y fideicomisarios** tengan claramente delimitada su responsabilidad, sus privilegios y beneficios.

2. La designación de beneficiario por parte del fiduciante, durante la vigencia del fideicomiso, supone un negocio base que podrá ser oneroso o gratuito. Dicho negocio constituirá la causa de adjudicación de los bienes fideicomitados. Es exigible la instrumentación de dicho negocio cuando los beneficiarios no surjan del contrato, a efectos de identificar adecuadamente al destinatario de los bienes y cumplir correctamente con las cargas fiscales que correspondan.

3. Aquellos supuestos en los que los fiduciantes a su vez integran como socios y/o directores o gerentes la sociedad que reviste el carácter de fiduciario son perfectamente válidos, y no debe considerarse a priori que de ellos surgi-

* Trabajo presentado por la autora para el tema I: *Fideicomiso Inmobiliario. Títulos provenientes del Fideicomiso Inmobiliario. Homenaje al escribano Luis Correa Larguía*, de la XXXIII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, septiembre de 2006.

rá necesariamente un conflicto de intereses o que constituyen una estrategia fraudulenta para perjudicar a terceros o eludir disposiciones normativas.

Sujetos

A excepción del fiduciante y fiduciario, los restantes sujetos: beneficiarios y fideicomisarios pueden coincidir en cabeza de las mismas personas, incluso de los fiduciantes.

El **fiduciario** no podrá ser beneficiario ni fideicomisario, por expresa prohibición de la ley 24441, en su art. 7. Aun cuando el fiduciario reciba algún bien fideicomitado en concepto de pago de honorarios, dicha transmisión de dominio tendrá lugar por la vía de la dación en pago, y no de la asunción ad hoc del carácter de beneficiario.

Parecería que la mayor dificultad se encuentra en la individualización de los sujetos: fiduciantes/beneficiarios/fideicomisarios. Para una correcta determinación de éstos hay que estarse a la realidad negocial.

¿Quién es quién en el fideicomiso?

El **fiduciante** es el sujeto originante del fideicomiso. Es el que determina sus fines, el objeto del contrato y las obligaciones del fiduciario, entre otras pautas. Y asimismo aporta los bienes para la consecución de dichos fines.

El fiduciante tiene un interés legítimo que se mantendrá durante toda la vigencia del fideicomiso, aun cuando no reciba los beneficios resultantes. Ese interés lo mune de la facultad de controlar la gestión del fiduciario. Y ante la insuficiencia de los bienes fideicomitados, el fiduciario podrá acudir al fiduciante a efectos de que decida si proveerá recursos para evitar la liquidación del patrimonio fiduciario.

El **beneficiario** puede ser un tercero ajeno al contrato y sin ninguna vinculación con el negocio subyacente o bien puede ser el mismo fiduciante.

Se caracteriza esencialmente por ser el sujeto que durante o al final del fideicomiso “aprovecha el resultado económico del fideicomiso”¹. Decimos que recibe el producido de los bienes fideicomitados durante o al final del fideicomiso por cuanto hay autores que entienden que se es beneficiario sólo durante la vigencia y no al final, ya que en esta etapa sería además fideicomisario, dado que ese producido ya ingresó al patrimonio fideicomitado. Esta afirmación no es válida por cuanto la oportunidad de percepción de los beneficios no hace a la definición de este carácter. La distribución de beneficios dependerá de la conveniencia, operatividad y realidad negocial; por ejemplo, si se dispuso en el contrato que el producido del alquiler de las unidades construidas será recibido por los hijos del fiduciante al finalizar el plazo del fideicomiso, convirtiéndose así en los beneficiarios, en tanto que las unidades funcionales deberán adjudicarse en cabeza del fiduciante, que obviamente es el fideicomisario.

La ley 24441, en el art. 1, dice: “Habrá fideicomiso cuando una persona

(1) Luis Moisset de Espanés y María del Pilar Hiruela, *Algunos lineamientos generales del fideicomiso de la ley 24441*.

(fiduciante) transmite la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designa en el contrato (beneficiario)...”. El art. 2 dice: “El contrato deberá individualizar al beneficiario, quien podrá ser una persona física o jurídica, que puede o no existir al tiempo del otorgamiento del contrato; en este último caso deberán constar los datos que permitan su individualización futura. Podrá designarse más de un beneficiario, los que salvo disposición en contrario se beneficiarán por igual; también podrán designarse beneficiarios sustitutos para el caso de no aceptación, renuncia o muerte. Si ningún beneficiario aceptare, todos renunciaren o no llegaren a existir, se entenderá que el beneficiario es el fideicomisario. Si tampoco el fideicomisario llegara a existir, renunciare o no aceptare, el beneficiario será el fiduciante. El derecho del beneficiario puede transmitirse por actos entre vivos o por causa de muerte, salvo disposición en contrario del fiduciante”.

Vemos que la ley, al referirse al beneficiario, piensa en una persona distinta del fiduciante, si bien no prohíbe que éste revista esa calidad aun cuando sea el único beneficiario del contrato. Esto podría llevar a la idea de que siempre el fideicomiso debería prever que los beneficios sean recibidos por un tercero ajeno al negocio base, y probablemente ésta sea la causa por la cual en muchos contratos de fideicomiso inmobiliario aparece el comprador de unidades funcionales como un beneficiario, sin mencionar que los fiduciantes también lo son en virtud de las utilidades que reciben de esas ventas.

Tengamos en cuenta que la asignación indiscriminada de la categoría de beneficiario en cabeza de los sujetos que contratan con el fiduciario durante el desarrollo del fideicomiso altera los derechos y privilegios que les corresponden en virtud de la posición contractual que ocupan. Así, por ejemplo, el fiduciario podría acudir al comprador por boleto, considerado como beneficiario ante la insuficiencia de bienes fideicomitados en búsqueda de aportes que permitan continuar con el desarrollo del fideicomiso. Por otra parte, el comprador por boleto tiene un especial privilegio frente a la quiebra del vendedor, que podría verse alterado si lo consideramos un beneficiario. Asimismo, los beneficiarios tienen derecho a pedirle al fiduciario rendición de cuentas, incluso su remoción, ¿le daríamos este derecho a un comprador por boleto? Y para evitar la intromisión de los compradores en el desarrollo del fideicomiso, ¿podemos aun habiéndoles asignado la calidad de beneficiarios, limitarles sus derechos?

El fideicomisario es el sujeto que al finalizar el fideicomiso recibe los bienes remanentes del patrimonio fiduciario, luego de satisfacer a los beneficiarios. No se es fideicomisario por el solo hecho de recibir un bien que integraba el patrimonio fideicomitado, sino porque él recibe lo que queda de ese patrimonio una vez que se cumplió con los fines del fideicomiso, se desinteresó a los beneficiarios y se cancelaron todas las deudas devengadas durante su desarrollo. Aparecerá como sujeto independiente si alguno de los otros, fiduciante o beneficiarios, no asumen ese rol.

Como ya se dijo, todas estas posiciones contractuales pueden coincidir en

un mismo sujeto, lo que surgirá naturalmente del negocio subyacente; no se es beneficiario o fideicomisario porque así se los haya nominado, sino porque de la realidad económica del contrato surge que les corresponderá recibir lo que la ley previó para estos sujetos.

Conflicto de intereses

Aquí vamos a referirnos exclusivamente a los casos en que el fiduciante, a su vez, integra la sociedad que actúa como fiduciaria, sea como accionista únicamente o como presidente o gerente, siendo a su vez el beneficiario y el fideicomisario.

El planteo que suele hacerse es que en estos casos podría haber un conflicto de intereses, asimilándolo a lo previsto por el art. 272 de la ley de sociedades. También se observa, por entender que en estos supuestos hay más posibilidades de que la fiduciaria actúe en beneficio exclusivo del fiduciante que integra la sociedad. Y, por último, se cree que es evidente que el fiduciante ha usado la figura para cambiar la titularidad del bien.

Para abordar esta problemática debemos partir de distintos conceptos:

En primer lugar, el fideicomiso es un contrato y, como tal, le es aplicable el art. 1198, que dice: “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión...”.

En segundo lugar, recordemos que la actitud fraudulenta no se presume sino que está sujeta a comprobación, a efectos de determinar si tuvo por fin causar perjuicios a terceros, o bien eludir una norma o las disposiciones del contrato.

En tercer lugar, debemos tener en cuenta las pautas de interpretación aplicables al negocio jurídico a que refiere el fideicomiso. El contrato de fideicomiso es un contrato típico, con una normativa escasa pero específica, a la que debemos ajustarnos para determinar si existen intereses contrapuestos, lo que nos obliga a analizar globalmente el contrato, evaluando la verdadera voluntad de las partes y los fines perseguidos.

Por último, al fiduciario se le exige que cumpla con las obligaciones impuestas por la ley o el contrato con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él (art. 6, ley 24441). Este artículo fija un patrón de conducta al que debe ajustarse el fiduciario y con el que se evaluará toda su actividad.

Un buen hombre de negocios supone que obre con lealtad profesional, con diligencia, que sea un buen administrador, que actúe en función del interés de aquellos sujetos que, en virtud de la confianza que le profesaban, lo designaron como tal, que aplique toda su capacidad técnica, experiencia y conocimiento, que tome decisiones razonables según las circunstancias en las que deba actuar, que no comprometa los bienes que debe administrar, exponiéndolos a riesgos innecesarios. Kiper-Lisoprawski dicen: “La violación al deber de lealtad se configura cuando el fiduciario se aprovecha de los conocimientos e infor-

maciones de su función para procurar beneficios directos o indirectos para sí o para otros, en desmedro del fideicomiso”.

El fiduciario tiene como obligación principal cumplir con los fines del fideicomiso, que a su vez representan la voluntad de los fiduciantes. Se espera del fiduciario que actúe en beneficio de los fiduciantes y de los beneficiarios.

La ley únicamente prohíbe que el fiduciario reciba bienes del fideicomiso, por lo tanto, ver en el supuesto que estamos analizando un ejemplo de esta previsión normativa importa una presunción legal que no existe. Pensemos que se trata de sujetos diferentes, con capacidades, responsabilidades y derechos diferentes. Lo que ingresará en el patrimonio de uno de ellos no ingresará en el del otro. Cada uno responde por las propias obligaciones que asumió. Y si éste fuera un mecanismo armado únicamente para perjudicar derechos de terceros, sean acreedores u otros fiduciantes que suscribieron el contrato, o bien para cambiar la titularidad de los bienes, deberá probarse.

Si repasamos los conceptos antes expuestos, vemos que el accionar engañoso y fraudulento o simulado debe ser objeto de investigación. No podemos establecer presunciones legales cuando el legislador no las determinó. La fortaleza de este instituto está en la propia ley y en los principios generales del derecho, que permitirán a los restantes fiduciantes, beneficiarios y acreedores de las partes arbitrar los mecanismos legales y contractuales para demostrar el fraude y consecuente perjuicio de sus derechos. Como el fideicomiso tiene un camino a seguir totalmente definido desde que nace, constituido por los fines determinados en el contrato, si estos se cumplen adecuadamente y no afectan intereses ajenos, la superposición de roles es absolutamente irrelevante.

Quizá en los supuestos objeto de estudio el fiduciario deberá actuar con sumo cuidado y alto grado de profesionalismo para evitar acciones tendientes a hacer caer la afectación del patrimonio y el ataque de su conducta. El art. 902 del Código Civil establece: “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos”.

La ley 24441 tipificó un contrato sumamente valioso, con pocos artículos, lo que representa una generosa amplitud de utilización; nos ha provisto de una herramienta cuyo uso responsable mejorará muchos negocios, dando certeza y protección jurídica a los contratantes.