

Superposición de roles en el fideicomiso en garantía

Wilson Martínez¹

Recibido: 10 de junio de 2024 – Aceptado: 24 de junio de 2024

Resumen

actualmente se debate la posibilidad legal de que una persona sea al mismo tiempo el fiduciario y el acreedor garantizado en un fideicomiso en garantía. Este tipo de fideicomiso produce una simbiosis entre la relación que crea las obligaciones a garantizar y la relación que involucra al fideicomitente, fiduciario, beneficiario y fideicomisario. Hay división de criterios en aquellos casos en que el fiduciario y el acreedor garantizado son la misma persona, como ocurre con los intermediarios financieros que brindan financiamiento y reciben un certificado de garantía fiduciaria del fideicomiso que estos mismos administran a través de un departamento fiduciario. Las posiciones legales sobre este asunto varían en los países.

Palabras clave: Fideicomiso en garantía, superposición de roles, simbiosis, acreedor, deudor, fideicomitente, fiduciario, beneficiario, beneficiario residual.

Abstract

The legal possibility of one person being, at the same time, the trustee and the secured creditor in a security trust is currently being debated. This type of trust produces a symbiosis between the relationship that creates the obligations to be guaranteed and the relationship that involves the settlor, trustee, beneficiary, and residual beneficiary. There is a division of criteria in those cases in which the trustee and the secured creditor are the same person, as occurs with financial intermediaries that provide financing and receive a fiduciary guarantee certificate from the trust that they themselves manage through a trust department. Legal positions on this matter vary between countries.

Keywords: Security trust, roles overlapping, symbiosis, creditor, debtor, settlor, trustee, beneficiary, remainder beneficiary.

¹ Abogado de la República Dominicana especializado en derecho de los negocios, con práctica profesional concentrada en desarrollo de infraestructura y proyectos de capital, negocios corporativos, fusiones y adquisiciones, negocios fiduciarios, inversión extranjera y solución de controversias. Licenciado en Derecho summa cum laude por la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, Santo Domingo, República Dominicana (2015), máster en Derecho de los Negocios Corporativos por la misma institución (2017). Becario Chevening (2022-2023), candidato a la Maestría en Ciencias Inversión en Infraestructura y Finanzas de la University College London. Docente de Derecho para la Gestión de Negocios en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, y de Negocios Fiduciarios en la Universidad Autónoma de Santo Domingo. Correo electrónico: wilsonmartinezperez@gmail.com

I. Aproximación general al problema jurídico sobre los roles de las partes en el contrato de fideicomiso en garantía

En la actualidad se suscitan importantes debates en torno a si en un fideicomiso en garantía es legalmente posible que las calidades de fiduciario y de acreedor garantizado recaigan sobre la misma persona. En otras palabras, se discute la posibilidad de que el fiduciario que administra un fideicomiso en garantía pueda ser el acreedor, o bien uno de los acreedores, a favor de quien el deudor aporta la propiedad de ciertos bienes para la constitución de un patrimonio separado que responderá por el cumplimiento de la obligación garantizada.

En esta modalidad de fideicomiso se produce una especie de «simbiosis» o «interacción» entre dos relaciones jurídicas independientes. Por un lado, está la relación contractual que da origen a las obligaciones que pretenden garantizarse, a la que podríamos denominar «relación principal», en la que participan, esencialmente, el acreedor y el deudor. Por otro lado, está también la relación que crea el fideicomiso, que denominaremos «relación fiduciaria», y que participan en ella el fideicomitente, el fiduciario, el beneficiario y el fideicomisario. Estas relaciones interactúan en los siguientes puntos:

1. El deudor de la relación principal es el fideicomitente en la relación fiduciaria. Por lo general, el deudor es quien aporta los bienes que servirán de garantía al cumplimiento de las obligaciones por él asumidas frente al acreedor. Es posible, aunque no muy frecuente, que un tercero sea el que aporte los bienes que servirán de

garantía. En tal escenario, dicho tercero ocupará el rol de fideicomitente.

2. El acreedor de la relación principal funge como beneficiario en la relación fiduciaria. Como se dijo en el punto anterior, este tipo de fideicomiso se constituye, entre otras cosas, con el objeto particular de servir de garantía al acreedor por el cumplimiento de las obligaciones del deudor. En tal sentido, si el deudor incumple su obligación (de pagar una suma de dinero, por ejemplo), dicho acreedor recibirá, en forma de compensación de la deuda, el producto de la venta de los bienes que integran el patrimonio del fideicomiso. En tal sentido, el acreedor «se beneficia» de la estructura fiduciaria.

Hasta aquí estamos en terreno pacífico. Nadie discute la utilidad, ni mucho menos la legalidad, de que acreedor y deudor usen el fideicomiso como una alternativa a los esquemas tradicionales de garantía que, según se argumenta hoy, ya no responden adecuadamente a las necesidades de la contratación contemporánea.

Sin embargo, lo que sí genera importantes discusiones son aquellas ocasiones en las que en una misma persona coinciden las calidades de fiduciario y de acreedor garantizado. Este es el supuesto de las entidades de intermediación financiera (EIF) que, al otorgar un financiamiento, reciben un certificado de garantía fiduciaria emitido por un fideicomiso administrado por su propia fiduciaria, ya sea que esta opere como un departamento dentro de la EIF o bien como una filial del mismo conglomerado financiero al que pertenece la EIF².

2 De conformidad con el artículo 25 de la Ley núm. 189-11, para el Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso en la República Dominicana, modificado por el artículo 361 de la Ley núm. 249-17, sobre el Mercado de Valores, en nuestro ordenamiento existen dos tipos de fiduciarias: las que

Esta cuestión se ha planteado tanto en la doctrina como en la legislación comparada. De un lado, la doctrina se encuentra dividida entre aquellos autores que adoptan una posición completamente prohibitiva, aquellos que conservan un criterio intermedio y los que apoyan sin reservas la coincidencia de roles. Por otro lado, desde el punto de vista legal, los países que utilizan la figura del fideicomiso con propósito de garantía han adoptado posiciones diversas al respecto. En algunos países la ley que regula esta materia ha calificado como operación prohibida aquella en la que el fiduciario sea a la vez acreedor-beneficiario de un fideicomiso bajo su administración. En otros países se ha adoptado una posición también prohibitiva, pero se admiten excepciones, mientras que en otros países las leyes permiten que fiduciaria y acreedor-beneficiario sean la misma persona.

Iniciemos revisando cómo este tema ha sido regulado por el legislador dominicano para luego pasar revista a la doctrina y legislación extranjera sobre la materia.

II. ¿Cuál es el estado actual de la cuestión en el ordenamiento jurídico dominicano?

En ausencia de una verdadera doctrina fiduciaria en la República Dominicana, así como de precedentes judiciales que hayan sentado criterios relevantes sobre la materia, el estudio de esta problemática en nuestro medio jurídico debe centrarse, necesariamente,

en una revisión de las disposiciones legales vigentes que sean relevantes para la cuestión objeto de nuestro análisis. En ese sentido, debemos revisar los artículos 31, 40, 41 y 61 de la Ley núm. 189-11, del 16 de julio de 2011, para el Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso en la República Dominicana (Ley 189-11), así como el artículo 19 del reglamento de aplicación de la referida ley. Veamos.

El artículo 31 de la Ley 189-11 establece cuáles operaciones son prohibidas a los fiduciarios. El literal f) de este artículo dispone que se considerará una operación prohibida al fiduciario «*adquirir para su beneficio por sí o por interpósita persona, los bienes dados en fideicomiso*»³.

La ley hace una distinción entre los roles de fiduciario-beneficiario y fiduciario-fideicomisario. Si se lee con cuidado, podremos notar que este texto no necesariamente prohíbe que el fiduciario sea al mismo tiempo beneficiario. Lo que parece estar prohibiendo es la coincidencia de las calidades de fiduciario y fideicomisario, toda vez que lo que será considerado como operación prohibida es que el fiduciario «*adquiera para su beneficio ... los bienes dados en fideicomiso*». Pero ¿qué relevancia práctica tiene esta distinción conceptual?

Si se analiza únicamente el artículo 40⁴ de la Ley 189-11 sobre los conceptos de fideicomisario y beneficiario, se podría concluir, erróneamente, que en nuestro medio jurídico tal distinción conceptual no debería inspirar ningún

operan bajo la misma personalidad jurídica de una EIF ya existente, es decir, en forma de «departamento fiduciario» dentro de un banco multiple, una asociación de ahorros y préstamos u otra entidad de intermediación financiera autorizada por la Autoridad Monetaria; y, las que son incorporadas como sociedades comerciales de objeto exclusivo, con personalidad jurídica propia; éste último tipo de fiduciarias pueden operar en forma de «filial» dentro de un conglomerado financiero o de forma independiente.

3 El subrayado es nuestro.

4 Artículo 40. Concepto de fideicomisario o beneficiario. Se entenderá por fideicomisario o beneficiario, la persona física o jurídica a favor de quien el o los fiduciarios administran los bienes dados en fideicomiso.

comentario. Sin embargo, si este artículo 40 se analiza conjuntamente al literal f, párrafo I, del artículo 13, *sobre el contenido mínimo del acto que crea el fideicomiso*, se notará que la ley sí quiso distinguir a estas partes contractuales. El artículo 13, al precisar cuál es el contenido mínimo del contrato de fideicomiso, establece que el acto podrá incluir la «distinción entre beneficiario y fideicomisario, en los casos en que el que ostenta el disfrute del fideicomiso difiere del que ha de quedarse con el residual una vez finalizado el fideicomiso (...)».

En tal sentido, si se parte de que el fideicomisario es un «beneficiario residual», es decir, el que se queda con los bienes una vez finalizado el fideicomiso -según se aclara en el artículo 13-, al analizar nuevamente el texto del literal f del artículo 31, se podría concluir que lo que la ley prohíbe es la superposición de las calidades de fiduciario y fideicomisario, no así las de fiduciario y beneficiario. Dicho de otro modo, lo que la ley procura evitar no es que el fiduciario si posee al mismo tiempo la calidad de beneficiario reciba el «producto» de los bienes fideicomitados para la cancelación de su acreencia, sino que lo prohibido parecería ser que la fiduciaria, siendo al mismo tiempo fideicomisaria, reciba el «bien en sí mismo». Nos atrevemos a decir que, en gran medida, al hacer esta distinción entre recibir «el producto del bien» en lugar del «bien en sí mismo», el legislador ha pretendido reducir el peligro de posibles pactos comisorios, considerados

nulos por el artículo 2078⁵ de Código Civil Dominicano.

Analicemos ahora el párrafo I del artículo 31 de la Ley, el cual transcribimos a continuación:

Párrafo I. En principio **los fiduciarios no podrán estipularse como fideicomisarios.** De llegar a coincidir tales calidades, el o los fiduciarios no podrán recibir los beneficios del fideicomiso en tanto la coincidencia subsista⁶.

Como vemos, este párrafo confirma nuestra tesis de que la prohibición está dirigida más bien al doble rol de fiduciario-fideicomisario y no así al de fiduciario-beneficiario. Además, este párrafo agrega un elemento nuevo al análisis. Según se puede observar, esta disposición, al reconocer la posibilidad de que fiduciario y fideicomisario sean la misma persona, solamente suspende la entrega de beneficios al fiduciario-fideicomisario mientras la coincidencia subsista. Al disponer de esta manera, este párrafo facilita la interpretación de que la circunstancia de superposición de roles bien podría solucionarse mediante la sustitución provisional del fiduciario mientras se lleva a cabo el proceso realización de la garantía⁷.

El artículo 61 de la Ley, luego de definir el fideicomiso en garantía, aclara que el fideicomisario, quien tendrá la calidad de acreedor, podrá requerir al fiduciario la ejecución o enajenación de los bienes de acuerdo con lo previsto en el contrato. A continuación, lo transcribimos:

5 Artículo 2078. No puede el acreedor, por falta de pago, disponer de la prenda, sin perjuicio de que pueda hacer ordenar en justicia se le entregue como pago hasta la debida concurrencia, según tasación hecha por peritos, o que se venda en pública subasta. Cualquier cláusula que autorice al acreedor para apropiarse la prenda o para disponer de ella, sin las formalidades expresadas se considerará nula

6 El subrayado es nuestro, así como en los siguientes párrafos citados.

7 Se sugiere al lector tomar en consideración, al estudiar los artículos que han sido citados, que la Ley 189-11 usa, a veces de manera indistinta, los conceptos de beneficiario y fideicomisario, lo que podría provocar confusión.

Artículo 61. Fideicomiso en garantía. En el fideicomiso en garantía los bienes integrados en el patrimonio fideicomitado están destinados a asegurar el cumplimiento de determinadas obligaciones, concertadas o por concertarse, a cargo del fideicomitente o de un tercero. El fideicomisario, en su calidad de acreedor, puede requerir al fiduciario la ejecución o enajenación de acuerdo al procedimiento establecido en el acto constitutivo.

Finalmente, en cuanto a la regulación nacional, debemos revisar el párrafo I del artículo 19 del Reglamento de Aplicación de la Ley 189-11, núm. 95-12. Lo transcribimos a continuación:

Párrafo I: Para la constitución de un fideicomiso en garantía, no deberá coincidir en una misma persona la condición de fiduciario y fideicomisario o beneficiario, como lo estipula el Artículo 31 de la Ley No. 189-11, ni existir relación de dependencia o subordinación del fiduciario frente al fideicomisario o beneficiario.

Llama la atención que esta disposición contradice las disposiciones del artículo 31, toda vez que, al disponer que no podrán coincidir en la misma persona no solo el fiduciario y el fideicomisario, sino que también prohíbe la coincidencia del fiduciario y el beneficiario, cosa que no hace la ley según hemos expuesto anteriormente. Igualmente, este párrafo va más allá de lo que dispone la ley, con lo cual la contradice, como se ha dicho, al prohibir, además, aquellos fideicomisos de garantía en los que exista

relación de dependencia o subordinación del fiduciario frente al fideicomisario o beneficiario. Esta última prohibición no está contemplada en ninguna parte de la ley.

III. ¿Qué ha dicho la doctrina especializada?

Frente a este debate, la doctrina está dividida. Algunos autores han expresado que semejante hipótesis, la que plantea la coincidencia de los roles de fiduciario y beneficiario, dejaría sin sentido al fideicomiso pues el fiduciario ya no sería alguien de confianza del deudor (fideicomitente), sino que sería su acreedor, lo que podría conducir a un sinnúmero de desviaciones⁸. Otros, sin embargo, entienden que es válido el fideicomiso cuando fiduciaria y acreedor son la misma persona ya que, según afirman, no se produce aquí ninguna incompatibilidad de fondo y, en la mayoría de los casos, no existe una prohibición clara de la superposición de roles⁹.

Los autores que han asumido una postura prohibitiva frente a la posibilidad de fiduciario y acreedor sean la misma persona argumentan que¹⁰:

- I. Se produce un conflicto de interés por parte del fiduciario debido a que, por un lado, administrará el fideicomiso con el fin de garantizar el pago de una acreencia de la que es titular. En todo momento, tendrán más peso sus intereses particulares que los que debe tutelar en su calidad de fiduciario.

8 Favier Dubois, Eduardo M. «Fideicomiso de garantía: ¿sí o no?», citado por Molina Sandoval, Carlos A. *El fideicomiso en la dinámica mercantil*. 3ra edición. Editorial B de F. Buenos Aires, 2014. Pág. 400.

9 Kiper, Claudio M. y Lisoprawski, Silvio. *Teoría y práctica del fideicomiso*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2003. Pág. 30.

10 Cfr. Molina Sandoval, Carlos A. *El fideicomiso en la dinámica mercantil*. 3ra edición. Editorial B de F., Buenos Aires, 2014, pág. 401.

- II. Este tipo de contratación podría constituir un acto jurídico contrario a las buenas costumbres pues, si es ejercida por un fiduciario-acreedor desinteresado por la salud patrimonial del fideicomitente-deudor, podría prestarse a abusos que es conveniente evitar.
- III. Esta alternativa contradice el estándar generalizado en materia fiduciaria de que el fiduciario no podrá adquirir para sí los bienes fideicomitidos, so pena de comprometer su responsabilidad civil.

Dentro de esta doctrina prohibitiva destacan los argumentos del argentino Molina Sandoval quien considera que «aun cuando la ley no los prohíba expresamente, esta posibilidad luce incompatible con la sistemática del fideicomiso. Parece contradictorio con la teleología del fideicomiso que una misma persona (física o jurídica) ocupe la posición de fiduciario y beneficiario». En cuanto al conflicto de interés, este autor ha dicho que en esta circunstancia «el conflicto de interés existe, ya que resulta lógico que el fiduciario, en sus funciones de tal, interprete y ejecute las pautas contractuales de la manera que le sea más beneficiosa a sus propios intereses»; «(...) ante dos posibilidades igualmente válidas, siempre se inclinará por la más ventajosa a sus intereses como acreedor»¹¹.

Por otra parte, quienes defienden la posibilidad de que fiduciario y acreedor garantizado recaigan en la misma persona, argumentan lo siguiente:

- I. Si bien se ha estandarizado una prohibición de que el fiduciario adquiera para sí los bienes fideicomitidos, esto no impide que este liquide el bien fideicomitido y, con el «producto» de dicho bien, cancele sus propias acreencias.
- II. Al fiduciario no se le produce un conflicto de intereses entre sus roles de acreedor y fiduciario pues, en ambas calidades, lo que este siempre procura con su administración es responder por las acreencias. Igualmente, en esta circunstancia de superposición de roles, se beneficia la dinámica del fideicomiso en tanto las soluciones que se procuran benefician al deudor de la reducción de tiempos y costos.
- III. En las distintas legislaciones se ponen a disposición del fideicomitente-deudor los mecanismos de prevención y resarcimiento ante cualquier abuso cometido por el fiduciario, con lo que se pretende nivelar la balanza.

De los autores que defienden la coincidencia de roles¹² -que son la mayoría-, destacamos los argumentos de Carregal¹³, pues entendemos que ha sido quien de manera más sistemática y abarcadora ha defendido esta posibilidad.

Al analizar la posibilidad de superposición de roles, Carregal señala que «el beneficio derivado de la doble actuación está a la vista: reduce los costos de constitución y administración de las

11 Cfr. Molina Sandoval, Carlos A. *El fideicomiso* ... Ob. Cit., pág. 406.

12 Entre quienes admiten esta coincidencia de roles pueden mencionarse, por ser los más destacados, los siguientes: Kiper, Claudio M. y Lisoprawski, Silvio. *Teoría* ... cit.; Freire, Bettina V. *El fideicomiso: sus proyecciones en los negocios inmobiliarios*. Editora Abaco. Madrid, 1997; Torres Cavallo, Javier. "Fideicomiso de garantía", en Maury (Dir.) y Grzona (Coor.) *Tratado teórico práctico de fideicomiso*. Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004; entre otros.

13 Carregal, Mario A. *Fideicomiso. Teoría y aplicación a los negocios*. Heliasta. Buenos Aires, 2008.

garantías como medio eficiente para expandir el crédito a costos más accesibles»¹⁴.

Frente al argumento de la doctrina prohibitiva que sostiene que esta coincidencia implicaría la apropiación ilegítima por parte del fiduciario del bien objeto de la garantía, Carregal responde de la manera siguiente:

Dicho objeto no puede prosperar. (...) el fiduciario está obligado, en caso de mora de la obligación garantizada, a disponer la venta de los bienes afectados o a proceder de otro modo para obtener los recursos necesarios ... (por ejemplo, destinarlos a locación o reclamar los pagos correspondientes si se tratase de créditos o de otros derechos cedidos con igual propósito. En definitiva, **el fiduciario no podrá adquirirlos para sí pues no puede entregarlos lisa y llanamente al beneficiario**, pues en este caso se estaría contrariando un principio jurídico esencial que se entiende vigente por analogía con lo dispuesto para la prenda ...¹⁵

Con relación a este último punto que señala Carregal, entendemos que se refiere al pacto comisorio que ya hemos comentado.

Resulta interesante destacar que, con relación a nuestra tesis de que el artículo 31 de la Ley 189-11, sobre las operaciones prohibidas, parecería estar prohibiendo solamente el doble rol fiduciario-fideicomisario, Carregal hace un planteamiento que nos sirve de sustento. Según este autor no existen impedimentos legales ni conflictos de intereses que impidan

la constitución de fideicomisos de garantía en los que el fiduciario designado sea al mismo tiempo el acreedor garantizado, mientras éste no sea a su vez el fideicomisario»¹⁶. Nuestro planteamiento es precisamente que la ley dominicana, según se puede interpretar de la lectura conjunta de los artículos 13, párrafo I, literal f, y 31, literal f y párrafo I de este mismo artículo, dirige su prohibición hacia la coincidencia de los roles de fiduciario y fideicomisario.

Con relación al conflicto entre los intereses del fiduciario-creedor y fideicomitente-deudor, este autor señala que «antes que contrapuestos, los intereses del fiduciario-creedor y del fideicomitente-deudor pueden considerarse convergentes en el fideicomiso de garantía, puesto que a ambos interesa que, ante un supuesto incumplimiento, la cosa se venda por el mejor precio posible»¹⁷.

Carregal cita además una decisión del Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero, Argentina, que admitió el doble carácter del fiduciario. Por su relevancia en este análisis, a continuación, transcribimos un fragmento:

(...) cabe destacar que en el caso particular el Banco Hipotecario ha acumulado dos roles que conforme las previsiones de la ley 24.441 resultan independientes (fiduciario y beneficiario) entendiendo, (...) que para el caso de las posiciones de fiduciante y fiduciario la ley indica expresamente que el primero es persona distinta del segundo, vedando la posibilidad de que una persona se constituya en fiduciario de sus propios

14 Carregal, Mario A. *Fideicomiso. Teoría ... Ob. Cit.* Pág. 232.

15 Carregal, Mario A. *Fideicomiso. Teoría ... Ob. Cit.* Pág. 270.

16 Carregal, Mario A. *Fideicomiso. Teoría ... Ob. Cit.* Pág. 235.

17 Carregal, Mario A. *Fideicomiso. Teoría ... Ob. Cit.* Pág. 236.

bienes; prescripción que en cambio no existe en el texto legal en el caso del fiduciario y beneficiario, por lo que puede concluirse que la confusión entre estas personas no está vedada ... Conforme lo sostiene esta Sala el fideicomiso en garantía, aunque coincida el fiduciario con el beneficiario principal, es lícito siempre y cuando, como se desprende de la escritura de constitución del mismo obrante en autos, se haya concebido en forma prudente y se haya determinado en forma clara y precisa los procedimientos a seguir en caso de incumplimiento y el destino de los posibles remanentes, no siendo óbice al respecto la prohibición del artículo 7 de la ley 24.441.¹⁸

IV. ¿Cómo se regula la superposición de roles en el derecho comparado?

Como hemos visto, esta problemática no se limita a nuestro país. A nivel internacional, este tema ha sido el objeto de importantes discusiones públicas que han provocado reformas y adaptaciones de la normativa que regula la materia. En la actualidad, las legislaciones de los países de la región están divididas entre las que asumen una posición prohibitiva, las que permiten la coincidencia con excepciones y las que admiten sin reservas que fiduciario y acreedor sean la misma persona. Para provecho de nuestro análisis revisaremos aquellos casos en los que se han dado las soluciones más efectivas y que podrían servir de modelo ante una posible reforma a la ley dominicana.

Iniciemos con el caso de México. En un principio, en ese país las entidades de intermediación

financiera usaron el fideicomiso para garantizar a sí mismas los préstamos que otorgaban sus departamentos de crédito. Luego, esta práctica fue prohibida por decreto del 30 de agosto de 1933 que dispuso la nulidad del fideicomiso en favor del fiduciario. Sin embargo, lo que resulta interesante para este análisis es que, más adelante, mediante la inclusión de un párrafo al artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en mayo de 1996, se reestableció el uso de este tipo de herramienta. Dicho párrafo, todavía vigente en ese país, dispuso lo siguiente: «la institución bancaria podrá ser fideicomisaria de los fideicomisos en que, al constituirse, se transmita 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 de que surgiera un conflicto de intereses entre las mismas».

Según vemos, México transcurrió desde la admisión total hasta su prohibición absoluta. Posteriormente, aun manteniendo un estándar prohibitivo, creó una excepción que habilitó específicamente a las «instituciones bancarias» a ser fideicomisarias de los fideicomisos que estén bajo su administración. En tales casos, la excepción está condicionada a que las partes prevean en el contrato un mecanismo objetivo para la sustitución fiduciaria en caso de que surjan conflictos durante la materialización de la garantía. Deben destacarse dos aspectos: en primer lugar, que la excepción

18 Sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Santiago de Estero, Sala Civil y Comercial, dictada el 17 de noviembre de 2005, citado por Carregal, Mario A. Fideicomiso. *Teoría ... Ob. Cit.* Pág. 246.

habilita solamente a las fiduciarias que sean instituciones bancarias. Desde nuestro punto de vista, esto se debe a que por el nivel de fiscalización al que está sometida una EIF, es poco probable que esta se valga de su doble calidad de fiduciario-acreedor para defraudar terceros, visto además el alto riesgo reputacional al que estaría sometida. En segundo lugar, resaltamos que esta solución de la sustitución fiduciaria que plantea la ley mexicana parecería ser compatible con el mandato del párrafo I del artículo 31 de nuestra ley el cual, como vimos anteriormente, sugiere una salida similar.

Analicemos ahora la ley uruguaya de fideicomiso núm. 17.703 del 2003. En dicha ley se prevé la posibilidad de celebrarse fideicomisos unilaterales, en los que fideicomitente y fiduciario sean la misma persona, siempre que se trate de fideicomisos financieros. Esto queda recogido en su artículo 25 al disponer que «el fideicomiso financiero podrá constituirse por acto unilateral, en el que coincidan las personas del fideicomitente y del fiduciario ...». Además, esta ley prevé la eventualidad de que el beneficiario actúe como fiduciario cuando se trate de fideicomisos en garantía a favor de entidades financieras. Esta circunstancia está prevista en el artículo 9, literal b, el cual dispone que queda prohibido, siendo absolutamente nulo, «el fideicomiso en el cual se designe beneficiario al fiduciario salvo en los casos de fideicomisos en garantía constituidos a favor de una entidad de intermediación financiera».

Podemos observar que tanto la ley mexicana como la uruguaya, si bien en sentido general prohíben la coincidencia de roles, coinciden en exceptuar tal eventualidad cuando se trate de fideicomisos en garantía y cuando el beneficiario/fideicomisario sea una EIF.

Por otro lado, conviene destacar la postura asumida por el legislador de Francia que, bien es sabido, es el país de donde proviene nuestro derecho. Sobre esta cuestión, la ley francesa de fideicomiso, de octubre de 2007, ha asumido la admisión sin reservas de la coincidencia de roles. Al respecto, dispone lo siguiente: «el fiduciante o el fiduciario puede ser el beneficiario o uno de los beneficiarios del contrato de fiducia».

Veamos un ejemplo adicional de la tendencia internacional hacia la habilitación de la superposición de roles cuando el fiduciario-acreedor sea una entidad financiera y se trate de fideicomisos en garantía. Nos referimos al proyecto de Código Civil Unificado de la República de Argentina, del 1998, el cual dispone en su artículo 1,446 lo siguiente: «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 (...)».

V. Conclusiones

De lo anterior se desprenden las siguientes conclusiones:

1. La Ley 189-11 reconoce la posibilidad de que coincidan en la misma persona los roles de fiduciario y beneficiario, sin embargo, prohíbe la coincidencia en una misma persona de las calidades de fiduciario y fideicomisario pues califica esta última superposición como una operación prohibida. Se observó además que el Reglamento de Aplicación de dicha ley, núm. 95-12, contiene una disposición, en el párrafo I del artículo 19, que va más allá de la Ley

al prohibir ambas coincidencias, tanto la de fiduciario-fideicomisario como la de fiduciario-beneficiario.

2. La doctrina sobre la materia está dividida. Por un lado, hay autores que asumen una posición negatoria, de prohibición total a la coincidencia de roles y, por otro lado, hay una parte de la doctrina que defiende la posibilidad de que fiduciario y beneficiario/fideicomisario sean la misma persona siempre y cuando se trate de una EIF, por entenderse que en tales casos, el nivel de regulación al que están sometidas estas entidades, así como alto nivel de aversión al riesgo reputacional, hacen poco probable que en ellas se articulen, por esta vía, estrategias defraudatorias.
3. En legislaciones extranjeras se han ofrecido soluciones a esta cuestión. Por un lado, en México, esta coincidencia se ha permitido cuando se trate de instituciones bancarias y siempre que las partes prevean en el acto constitutivo un mecanismo de sustitución fiduciaria en caso de que surjan conflictos de intereses. Por otro lado, la ley uruguaya asume una prohibición general a la coincidencia de roles, pero contempla una excepción cuando estas calidades coincidentes recaigan sobre una entidad financiera y siempre que se trate de un fideicomiso en garantía.
4. Finalmente, en el ordenamiento jurídico dominicano, si bien hay base para reconocer o alegar que la ley permite la coincidencia de los roles de fiduciario y beneficiario, se hace necesaria una reforma legal que aclare el tratamiento

de esta circunstancia. Dicha reforma debería procurar, entre otras cosas, aclarar la diferencia entre los roles de beneficiario y fideicomisario. Esta distinción, -que ya está contenida de forma dispersa en la ley vigente-, junto con otras precisiones en cuanto a contenido mínimo de cláusulas contractuales, posibilitaría que las EIF sean al mismo tiempo fiduciarias y acreedores garantizados siempre que, al momento de realizar la garantía, no se queden para su beneficio con el bien dado en garantía. En tal sentido, el acreedor, en todo caso, deberá entenderse como beneficiario pues solo podrá recibir el producto de la venta del bien dado en garantía y no el bien en sí mismo.

Por otro lado, ante este escenario, la solución de México, que plantea la sustitución fiduciaria, puede generar en nuestro medio la suficiente confianza para que las EIF que participan en el negocio fiduciario a través de un departamento fiduciario o por medio de una filial de su grupo financiero puedan, con la seguridad jurídica adecuada, aumentar su cartera de financiamiento a proyectos que son desarrollados a través de fideicomisos.

Referencias

- Carregal, Mario A. *Fideicomiso. Teoría y aplicación a los negocios*. Heliasta. Buenos Aires, 2008.
- Favier Dubois, Eduardo M. «Fideicomiso de garantía: ¿sí o no?», citado por Molina Sandoval, Carlos A. *El fideicomiso en la dinámica mercantil*. 3ra edición. Editorial B de F. Buenos Aires, 2014.

Freire, Bettina V. *El fideicomiso: sus proyecciones en los negocios inmobiliarios*. Editora Abaco. Madrid, 1997.

Kiper, Claudio M. y Lisoprawski, Silvio. *Teoría y práctica del fideicomiso*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2003.

Maury, Beatriz Alicia (Dir.) y Grzona, Daniel Alejandro (Coor.) *Tratado teórico práctico de fideicomiso*. Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.

Molina Sandoval, Carlos A. *El fideicomiso en la dinámica mercantil*. 3ra edición. Editorial B de F. Buenos Aires, 2014.

Sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Santiago de Estero, Sala Civil y Comercial, dictada el 17 de noviembre de 2005.