

Adriana Inciarte, Ana Irabedra, Rossana Ivanier, Mónica Jover, María del Rosario Marchese, Francisco Mastropierro, Ana Lía Méndez, Roque Molla, Margarita Puertollano, María del Pilar Ramírez, Diego Séré, Adriana Silva, Gonzalo Trobo, María Beatriz Vázquez y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede, elaborado por los Escs. Alicia González Bilche y Gustavo Echavarría.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar  
Coordinadores

*Aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la Asociación de Escribanos del Uruguay el 26.9.2017, expediente 76/2009.*

## FIDEICOMISO FINANCIERO. CONTRATO CONSIGO MISMO. NEGOCIO DE FIJACIÓN

### *Resumen*

*El fiduciario de varios fideicomisos pretende regularizar la situación planteada debido a irregularidades en la constitución de aquellos, actuando en dicha calidad por todos los patrimonios fideicomitidos.*

Informe: Civil

### Consulta

#### **SITUACIÓN PLANTEADA**

El BHU junto con la ANV constituyeron varios fideicomisos financieros en los que el primero transfirió bienes de su propiedad a los patrimonios fiduciarios constituidos.

La ANV, ejerciendo los cometidos que tiene como fiduciaria, se encontró con algunos inconvenientes por estar integrados dichos conjuntos por varios padrones, ser necesaria su fusión y haberse transferido al patrimonio fiduciario de más de un fideicomiso.

Se desea regularizar dicha situación.

#### **CONSULTA**

El fiduciario, actuando en su calidad de tal, ¿puede otorgar negocios jurídicos entre diversos patrimonios fiduciarios de los cuales es titular?

## OPINIÓN DEL CONSULTANTE

El consultante entiende que la Ley de Fideicomiso reconoce la validez a texto expreso de la posibilidad del contrato consigo mismo, en lo dispuesto por el artículo 20, literal *c*, el cual supone la actuación del fiduciario que emitiendo una única voluntad genera las consecuencias propias del contrato.

Resuelve positivamente para el caso de contratación del fiduciario en su calidad de tal, y aquella donde se encuentre vinculado su interés propio cuando existe autorización expresa y conjunta de fideicomitente y beneficiario.

### Informe de la Comisión de Derecho Civil

Del contexto de la consulta formulada surge que la fiduciaria de varios fideicomisos es la ANV, y el fideicomitente es el BHU, que transfirió bienes de su patrimonio a más de uno de esos fideicomisos. En la actualidad se desea formalizar dicha situación y se consulta acerca de la posibilidad de que para ello el fiduciario de forma individual realice negocios entre los distintos patrimonios.

Corresponde partir de diversos conceptos que servirán para plantear el tema propuesto.

El concepto de fideicomiso surge de la ley 17.703:

El fideicomiso es el negocio jurídico por medio del cual se constituye la propiedad fiduciaria de un conjunto de derechos de propiedad u otros derechos reales o personales que son transmitidos por el fideicomitente al fiduciario para que los administre o ejerza de conformidad con las instrucciones contenidas en el fideicomiso, en beneficio de una persona (beneficiario), que es designada en el mismo, y la restituya al cumplimiento del plazo o condición al fideicomitente o la transmita al fiduciario.

En este contrato interviene el *fideicomitente*, que es quien transmite los bienes o derechos al patrimonio fiduciario, *patrimonio separado* que se forma como efecto del negocio de fideicomiso; el *fiduciario*, que es la persona que deviene en «propietaria» de dicho patrimonio y se encarga de administrarlo cumpliendo las instrucciones dadas en el contrato de fideicomiso; el *beneficiario*, que es/son la/s persona/s física/s o jurídica/s designada/s en el contrato —o por acto posterior dentro del plazo de un año— para recibir los beneficios del negocio fiduciario.

En el contrato de fideicomiso se estipulan instrucciones para el fiduciario, quien debe cumplirlas, al igual que las establecidas por la ley, so pena de ser excluido y responsabilizado de su incumplimiento.

La misma persona designada como fiduciaria puede serlo de uno o varios fideicomisos.

El artículo 20 de la ley 17.703 prevé algunas prohibiciones al fiduciario, y entre ellas se menciona en el literal *c*:

Realizar cualquier otro acto o negocio jurídico con los bienes fideicomitidos respecto del cual tenga un interés propio, salvo autorización conjunta y expresa del fideicomitente y del beneficiario.

Esbozados los conceptos preliminares, corresponde vincularlos a la consulta planteada, para concluir si el fiduciario de varios patrimonios fideicomitidos puede realizar actuaciones entre dichos patrimonios actuando solo él como tal.

Esto conlleva que sea planteada la problemática conocida como *contrato consigo mismo*.

Cuando la doctrina analiza el *contrato consigo mismo*, ello se debe a que se plantean situaciones en que una misma persona se enfrenta a la situación de tener que emitir dos voluntades en sentido contrario.

CAFARO y CARNELLI<sup>193</sup> desarrollan el tema partiendo de la base de que el contrato requiere, para ser tal, de dos partes sustanciales. La noción de *parte sustancial* se integra con la de *voluntad e interés*. La primera es expresión de un querer; el segundo es la necesidad en función de la cual se expresa la voluntad. Cada parte sustancial se conforma por un sujeto que declara voluntad respondiendo a su personal interés, el cual es el que motiva la emisión de una propuesta dirigida a un sujeto diverso, quien en función de su propio interés emitirá su voluntad aceptando o no aquella propuesta.

Normalmente el sujeto de la voluntad y del interés coincide en una sola persona, aunque en forma excepcional puede no darse esa coincidencia, de manera tal que existe una parte sustancial y otra formal, y esta última corresponde al sujeto de la voluntad.

En el caso de la representación, el representante es el sujeto de la voluntad y el representado es el sujeto del interés.

En el ejercicio del poder de representación puede suceder que su titular tenga un interés propio en ser destinatario del interés del representado, de modo que quiera para sí lo que quiere para aquel, expresando, por ejemplo, que compra y vende un bien que pertenece a otro.<sup>194</sup>

Así es como se configura el llamado *contrato consigo mismo* o *autocontrato*, en el cual hay una conexión entre el interés del mandatario y el del mandante, no por un interés complementario, sino opuesto.<sup>195</sup> En esta situación hay una voluntad única, la del mandatario; este da contenido a la propuesta de comparar y decide simultáneamente la conveniencia de ella mediante su aceptación.

En el caso, GAMARRA sostiene que el mandatario emitiría dos voluntades,<sup>196</sup> comprar y vender, pero de todas formas reconoce un conflicto

193 CAFARO, Eugenio, y CARNELLI, Santiago, *Eficacia contractual*, o. cit., p. 115.

194 *Ibidem*, p. 116.

195 *Ibidem*.

196 GAMARRA, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo VIII, pp. 24-25 (citado por CAFARO, Eugenio, y CARNELLI, Santiago, *Eficacia contractual*, o. cit., p. 117).

de intereses que impide la formación válida del contrato y provoca como resultado la nulidad absoluta del negocio, basada en la ilicitud del objeto o de la causa debido al conflicto de intereses existente.<sup>197</sup>

Por su parte, CAFARO y CARNELLI entienden que en el caso del auto-contrato la voluntad es una sola, que se reduce a la del mandatario, dado que no se puede pretender un desdoblamiento que psicológicamente es imposible, pues no existe ninguna posibilidad de examen de la propuesta para decidir su aceptación o rechazo.<sup>198</sup>

La consecuencia, para estos distinguidos doctrinarios, es que el conflicto de intereses que se plantea redundaría en una ausencia de acuerdo de voluntades y por ende en la inexistencia de consentimiento. Por ello no se puede hablar de ilicitud de objeto o de causa, pues para esto debe existir un acuerdo de voluntades que en el caso faltaría.

Esta superposición de voluntades se plantea en distintos ámbitos en el plano normativo:

- a. cuando el mandatario pretende por sí o por interpuesta persona comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender, o vender de lo suyo al mandante lo que este le ha ordenado comprar;
- b. si el síndico o interventor del concurso pretende adquirir por sí o por persona interpuesta bienes y derechos que integren la masa activa del concurso (artículo 33, ley 18.387, de declaración judicial del concurso y reorganización empresarial);
- c. cuando los administradores o representantes celebran contratos con la sociedad que administran o representan (artículos 84 y 388 de la ley 16.060);
- d. si el fiduciario realiza con los bienes fideicomitidos cualquier acto o negocio jurídico respecto del cual tenga un interés propio (artículo 20, literal c, de la ley 17.703);
- e. cuando una misma persona es a la vez mandataria de dos personas distintas que contratan entre sí, o la misma persona es representante de dos sociedades que contratan entre sí.

En estas situaciones, de una manera o de otra, se plantea el conflicto de intereses al cual se viene aludiendo en este informe, pero con aristas y consecuencias diferentes.

En el caso de que el mandatario adquiera bienes o venda bienes del mandante para sí (artículo 2070 del CC), la norma lo resuelve exigiendo la aprobación expresa del mandante, y en todo caso la doctrina en general admite que exista incluso autorización previa del acto.<sup>199</sup> Por ello, la posible nulidad absoluta que podría existir en esta situación (para

197 GAMARRA Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo XV, pp. 195-196 (citado por CAFARO, Eugenio, y CARNELLI, Santiago, *Eficacia contractual*, o. cit., p. 119).

198 CAFARO, Eugenio, y CARNELLI, Santiago, *Eficacia contractual*, o. cit., p. 117.

199 *Ibíd.*, p. 121.

GAMARRA) o inexistencia (para CAFARO y CARNELLI) puede evitarse bajo esos parámetros.

En el supuesto del síndico o interventor no existe ninguna posibilidad de que puedan pretender adquirir por sí ni por interpuesta persona bienes que integren la masa activa del concurso, pues si se realizara el negocio ellos deberían reintegrar a la masa activa los bienes o derechos que hubieran adquirido, sin contraprestación alguna, y quedarían además inhabilitados en el cargo. La consecuencia sería la nulidad absoluta del pretendido negocio si se considera que existe objeto o causa ilícita, o inexistencia por falta de consentimiento, sin que sea viable ni la aprobación ni la autorización.

La hipótesis de que el administrador o representante celebre contratos con la sociedad prevista en la Ley de Sociedades Comerciales implica que el administrador o representante comparezca al contrato como representante de la sociedad y como parte opuesta, e incluso si no comparece y actúa otra persona, por el solo hecho de integrar el órgano respectivo es sujeto del interés y lo alcanza la prohibición. En este caso la norma permite el contrato si se cumple con algunos de los supuestos previstos en el artículo 84, esto es, que se celebre un contrato relacionado con la actividad normal de la sociedad y en las mismas condiciones que los terceros, o que se obtenga autorización previa de los socios o accionistas. En su defecto, la consecuencia es la nulidad absoluta del contrato celebrado.

La realización por el fiduciario de algún acto o negocio jurídico con los bienes fideicomitidos del cual tenga un interés propio está expresamente prohibida en la ley 17.703, y en consecuencia provoca la nulidad absoluta o la inexistencia (según la posición que se siga) del acto o negocio realizado. En esta instancia la ley permite que se pueda realizar ese acto o negocio si el fiduciario obtiene autorización conjunta y expresa del fideicomitente y beneficiario. Si no contara con dicha autorización conjunta y expresa, el acto pretendido sería nulo absolutamente por tratarse de una norma prohibitiva, y el legislador no permitió la posibilidad de que el acto realizado fuera aprobado posteriormente.

Por último, si bien no existe norma expresa, existen situaciones en que se configura un autocontrato cuando un mismo representante (mandatario, representante estatutario) representa a dos personas que actúan entre sí. Es decir, no se da una relación negocial entre el mandante y el mandatario o entre la sociedad y su representante, sino entre dos sujetos diferentes, pero quien actúa por ellos es la misma persona.

Este escenario es distinto, pues la dificultad por la existencia de una sola voluntad se podría sortear si en lugar de actuar el mismo mandatario o representante estatutario actuara otro sujeto de un lado y ellos de otro.

Es decir, por ejemplo, se evita que el mandatario sea el mismo por dos personas si por una actúa un mandatario y por otra otro mandatario. Tampoco existiría autocontrato si los dos mandantes dieran instrucciones precisas en los respectivos poderes para que el mandatario actuara por ambos.

Lo dicho si los socios de ambas sociedades resolvieran que un mismo representante actuara por los dos entes societarios, sin perjuicio de que en el área societaria comercial, por la existencia de la teoría del órgano que recoge la ley 16.060, podría admitirse que el representante actúe como órgano de cada sociedad, y por ese lado el conflicto de intereses no es tan evidente o por lo menos discutible.

Para quienes entienden que cuando existe autocontrato no se forma el consentimiento porque no hubo propuesta de uno y aceptación del otro, este requisito se configuraría con la autorización de ambos representados. Y para quien sostiene que existe nulidad absoluta por conflicto de intereses, el conflicto estaría dirimido por la debida autorización.

### **Aplicación de estas reflexiones al caso concreto**

Esta última situación referida es la que se produce en el caso en consulta: un mismo fiduciario de varios fideicomisos pretende realizar negocios entre los patrimonios fideicomitidos actuando solo él.

No se evidencia lo previsto en el artículo 20, literal c, de la ley 17.703, es decir, la realización de un acto o negocio jurídico entre fiduciario y el patrimonio que administra, sino que el fiduciario actúa por dos patrimonios diferentes existiendo su única voluntad.

En primer lugar, es necesario analizar los contratos de fideicomisos involucrados, a los efectos de conocer si en ellos se permitió que el fiduciario actúe por más de un fideicomiso representando a todos o alguno de ellos.

En segundo lugar, si esto no fuera así, es posible modificar los contratos de fideicomisos y agregar esa potestad.

### **SEGUNDA PARTE. OTRA PERSPECTIVA DE ANÁLISIS. EL NEGOCIO DE FIJACIÓN**

Podría entenderse que, en el caso, el objetivo que se pretende es regularizar la situación de los distintos patrimonios por haberse producido errores en las declaraciones de voluntad. En nuestra opinión el problema se soluciona con un negocio de fijación otorgado por el fideicomitente y el fiduciario que subsane el error padecido.

### **CONCLUSIÓN**

La Ley de Fideicomiso, 17.703, no permite que el fiduciario realice negocios con los bienes fideicomitidos en que tenga un interés propio sin autorización expresa de fideicomitente y beneficiario.

Si lo que ocurrió fue un error en la declaración, lo que corresponde es otorgar un negocio de fijación.

Esc. Daniella Cianciarulo  
Informante

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Karen Bonner, Sabrina Buono, María del Carmen Cabrera, María Inés Casatroja, Ana Correa, Gustavo Echavarría, Nicolás García Rodríguez, Carlos Groisman, Rossana Ivanier, Patricia Méndez, Ana Lía Méndez, Roque Molla, Javier Parga, Laura Parnás, Margarita Puertollano, María del Pilar Ramírez, Mildred Secondo, Adriana Silva, Mariella Spagnolo, Gonzalo Trobo y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede, elaborado por la Esc. Daniella Cianciarulo.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar  
Coordinadores

*Aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la Asociación de Escribanos del Uruguay el 21.11.2017, expediente 1499/2017.*

BIEN PROPIO. BIEN INMUEBLE. NATURALEZA JURÍDICA. PROMESA DE COMPRAVENTA. CAUSA. CONSENTIMIENTO. CÓNYUGE. SOCIEDAD CONYUGAL. CONSTRUCCIONES

#### *Resumen*

*Los bienes adquiridos durante la vigencia de la sociedad conyugal cuando la causa o título ha sido anterior al matrimonio son de carácter propio. La promesa de compraventa inscripta constituye la causa o título anterior. Las refacciones o ampliaciones hechas en los edificios existentes no hacen aplicable la retroversión del principio de accesión dispuesta por el numeral 6.º, inciso final, del artículo 1955 del Código Civil.*

Informe: Civil

#### Consulta

#### HECHOS

**30.10.2009.** Por escritura pública autorizada por la Esc. MGB, copia inscripta en el Registro, C SRL prometió vender a RLCC el inmueble ...1. En la escritura se omitió consignar el estado civil del promitente comprador, pero este era soltero, lo que surge de cartas de pago posteriores y la partida de matrimonio. Del precio, de USD 450.000, se abonaron USD 200.000 en la promesa y se acordó pagar el saldo en una sola partida en el plazo de un año. Se estableció que la toma de posesión sería a los 180 días y la compraventa se otorgaría el 30.10.2010.