

## Fideicomiso inmobiliario y derecho del consumidor\*

Por Victoria del Valle Veglia Laméndola

### Introducción [\[arriba\]](#)

El objetivo del presente trabajo está enfocado al análisis del contrato de fideicomiso, específicamente al empleo de esta figura contractual para emprendimientos inmobiliarios. El enfoque será llevado a cabo a la luz de las normas del régimen tuitivo del Derecho del Consumidor. Se desarrollará en primer término la evolución de la figura del fideicomiso en el derecho argentino, haciendo hincapié en sus conceptos básicos y en su posterior incorporación dentro de la regulación general de los contratos del CC y C de la Nación.

En el desarrollo de la temática propuesta se pondrá de manifiesto que el fideicomiso, como instituto de naturaleza contractual, presenta las más amplias modalidades y usos en la práctica. Se decidió enfocar el análisis en la figura del fideicomiso inmobiliario por la habitual utilización de esta modalidad contractual para captar el ahorro de los consumidores que aspiran a adquirir una vivienda como destinatarios finales, con el objetivo de destacar las implicancias jurídicas que pueden presentarse en aquellos supuestos en que se lesionen los derechos del consumidor involucrado en esta estructura contractual.

A su vez, en el análisis que se efectuará respecto de la temática, se pondrá énfasis en el dialogo de fuentes y la ponderación de principios, como mecanismos para resolver los casos de confrontación normativa que pueden suscitarse a la hora de analizar un fideicomiso inmobiliario en el que se encuentra involucrado un consumidor destinatario final de la unidad funcional adquirida a través de esta modalidad contractual. En consecuencia, se pretenderá determinar bajo qué supuestos y circunstancias resultará posible invocar la normativa protectoria de los consumidores en el ámbito del fideicomiso inmobiliario, a fin de arribar a soluciones normativas que resulten más favorables para con la parte vulnerable de la relación jurídica.

### Capítulo 1: Evolución de la regulación legal del fideicomiso en la Argentina [\[arriba\]](#)

#### *1) Régimen de la Ley N° 24.441*

En primer lugar, cabe decir que el fideicomiso tal como se encuentra regulado en el CC y C encuentra su origen en la concepción del llamado fideicomiso latinoamericano. El fideicomiso latinoamericano, no es el fideicomissum romano ni el trust anglosajón, tiene mucho de uno y de otro, pero el resultado es una figura novedosa que reviste características propias. Esta nueva especie fue la concepción recogida por la Ley N° 24.441 y ahora el CC y C[1].

En el origen de la regulación del fideicomiso se observa la imposibilidad de adoptar el trust en los países de tradición jurídica romana. El propósito existió, pero encontró un obstáculo insalvable: el trust exige para existir y ser comprendido el sistema de doble propiedad, concepto inaceptable para el derecho civil de nuestra tradición latina, en el cual uno de los atributos del dominio, quizás el más definitorio, es el de la exclusividad. La propiedad fiduciaria del trustee es compartida con el beneficiario, mientras que el fiduciario latino es dueño exclusivo. No obstante ello, el trust ha llegado a convertirse en la aportación angloamericana más trascendental

en el campo del derecho y con adaptaciones ha sido de utilidad en los países de tradición latino continental. No hay identidad de institutos pero, en muchos casos, idénticas finalidades con algunos recursos técnicos que permiten alcanzarlas como ser el patrimonio separado[2].

Desde una perspectiva general, es posible establecer las siguientes notas diferenciales: el fideicomiso nace en esencia de un contrato, el trust anglosajón nace por un acto unilateral; en el fideicomiso no se produce técnicamente la división de la propiedad del bien como sucede en el trust y que es su característica principal, pero si la separación patrimonial de los bienes del fideicomiso y de las partes[3].

Ambas instituciones son equiparables y semejantes en cuanto a su operatividad y efectos posteriores debido a que el fideicomiso, al igual que el trust: a) puede ser empleado para la consecución de variados negocios inter vivos y mortis causa; b) se sustancia dentro de una relación jurídica basada en la confianza de las partes y c) lo principal, el fideicomiso se produce la segregación de los bienes[4].

## *II) El Proyecto del PEN del año 1986*

En segundo término el origen legal del fideicomiso en la Argentina se encuentra en el Proyecto Michelson, en la primera versión del año 1967 y luego la segunda del año 1969. Más adelante en 1986 encontramos el Proyecto del PEN. Conviene analizar la exposición de motivos con la cual fue elevado el Proyecto al Congreso, ya que ella da cuenta, con precisión, de las particularidades que la figura del fideicomiso presenta: “Por su flexibilidad, se presta al cumplimiento de diferentes finalidades, representando un interesante conjunto, cuya trascendencia socioeconómica, justifica plenamente el intento legislativo. Las principales pautas de este proyecto fueron: a) Siendo el elemento fundamental del instituto la fe y confianza puestas en la persona del fiduciario, se trata con amplitud los fines y partes intervinientes; b) El fideicomiso nace del contrato o de disposiciones de última voluntad; c) No se establecen restricciones a las persona del fiduciario; d) Se prevé el derecho del fideicomitente de solicitar la remoción judicial del fiduciario; e) En caso de extinción, si nada se prevé en el contrato sobre el destino de los bienes remanentes, aquellos pasan al fideicomisario o a sus herederos, o al fideicomitente o sus herederos, si aquellos no aceptaren o no existieren; f) Además de la transcripción de los bienes en los registros respectivos, el acto debe ser inscripto en el Registro Público de Comercio; g) Se asigna competencia en los casos que se susciten al juez en lo comercial[5].

Luego del Proyecto del 86 le siguió el Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1992. Este proyecto contuvo normas relativas al fideicomiso y definió al dominio fiduciario como: “el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley”[6].

Hasta la sanción de la Ley N° 24.441 (B.O del 16/01/1995), denominada Ley de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción, el fideicomiso no fue legislado íntegramente en Argentina, lo regulaba en su capítulo I (arts. 1 a 26); sin embargo Vélez en el código no dejó de lado la existencia de un régimen particular de dominio, el fiduciario, que constituye uno de los ejes centrales de la figura bajo análisis. El art. 2661 del Código de Vélez, que encabezaba el título VII del libro III: “Del dominio imperfecto” lo definía como: “el derecho real revocable o fiduciario de una sola persona sobre una cosa propia, mueble o inmueble”. Y el art. 2662 del mismo cuerpo

legal lo definía así: “dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutive, o hasta el vencimiento de un plazo resolutive para el efecto de restituir la cosa a un tercero”.

### *III) Régimen de la Ley N° 26.994. Código Civil y Comercial*

La Ley N° 24.441 fue derogada por la Ley N° 26.994 y actualmente se encuentra legislada en el capítulo 30, del título IV de los “Contratos en particular” del CC y C. A ello se agregan las regulaciones particulares, como es el caso de la normativa de la Comisión Nacional de Valores para los Fideicomisos Financieros con Oferta Pública[7].

Se puede afirmar que el nuevo CC y C mejora la normativa existente en la derogada Ley N° 24.441. La normativa del fideicomiso en el actual Código tiene su fuente principal en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto Presidencial 191/2011. Este último tomó en buena medida las normas del título I de la Ley N° 24.441 que tuvo el mérito de tipificar el contrato de fideicomiso en nuestro sistema, combinando aquéllas con las normas que caracterizan el llamado fideicomiso latinoamericano[8]. El nuevo régimen introdujo cambios como el llenado de lagunas en materias sensibles que se desarrollarán en el capítulo siguiente.

## **Capítulo 2: El Fideicomiso en el CC y C y su arribo al sistema de regulación general en los contratos [\[arriba\]](#)**

### *I) El fideicomiso y su naturaleza contractual*

La regulación del Fideicomiso en el nuevo CC y C es tratada como materia contractual en el libro tercero: Derechos personales, título IV “De los Contratos en particular”, en el capítulo 30 “Contrato de Fideicomiso”, dividido en ocho secciones, y en el capítulo 31 “Dominio Fiduciario”. Asimismo regula el dominio fiduciario dentro del referido título IV, pese a que metodológicamente hubiera correspondido tratarlo en el libro Cuarto, el de los derechos reales.

Al respecto la Comisión Redactora del CC y C sostuvo que la propuesta se basa en el texto del Proyecto de 1998, el que siguió la Ley N° 24.441. El proyecto de 1998 propuso la incorporación de la figura al Código Unificado, sistematizó las normas de la ley y propuso la modificación de algunos aspectos que a la fecha de su redacción la doctrina había marcado como necesaria. Se sostuvo que el régimen vigente no merecía cambios profundos, pues no ha mostrado grandes problemas de interpretación y aplicación, y demostró eficiencia en su aplicación. Por ello, propusieron mantener la sistematización y el texto del Proyecto de 1998, sin perjuicio de mejoras en aspectos de redacción que entendieron que debían ser realizados, y la modificación de aspectos que la doctrina, autoral y judicial, marcan como necesarios[9].

Así el CC y C recoge mayoritariamente la elaboración doctrinaria y jurisprudencia existente, sin cambiar las características substanciales de la figura. Las nuevas normas determinan y aclaran: que las universalidades pueden ser objeto de fideicomiso, sin perjuicio de la persistencia de la prohibición respecto a herencias futuras; que el fiduciario puede ser beneficiario, con la prevención de que debe evitar cualquier conflicto de intereses y actuar privilegiando los de los restantes

sujetos intervinientes; las facultades del fiduciario y la situación del beneficiario, si el fideicomiso se constituye con fines de garantía; que la liquidación del fideicomiso por su insolvencia se realizará por vía judicial; la responsabilidad personal del fiduciario, si resultara de los principios generales de la responsabilidad civil. Además se aclaran normas del dominio imperfecto y sus efectos.

## *II) Fideicomiso. Concepto*

En cuanto a la definición legal, el art. 1666 del CC y C continúa ubicando al fideicomiso dentro del ámbito contractual, lo hace expresamente, en tanto dispone que hay fideicomiso cuando una parte transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes[10]. Asimismo se mantiene la posibilidad de constituirlo por acto entre vivos o disposiciones de última voluntad; es decir por medio del fideicomiso testamentario, tal como surge del art. 2493 del CC y C.

El referido cuerpo legal aclara que el contrato existe desde la celebración, ya sea que los bienes fueren transmitidos en ese acto o bien con posterioridad. Entonces queda claro que el contrato es consensual y no real o con efectos reales; estamos frente a un contrato que no requiere tradición de la cosa, ya que es una obligación que puede cumplirse con posterioridad a la celebración del mismo.

Existen algunas imprecisiones y omisiones en la definición que es importante destacar. En primer lugar, no se aclara que la transmisión de propiedad del fiduciante al fiduciario sea una transmisión fiduciaria (art. 1682 CC y C). En segundo lugar, se omite aclarar que la transferencia de propiedad del fiduciario al fideicomisario es plena (arts. 1697 y 1698 CC y C). Finalmente, no se efectúa mención alguna al patrimonio separado que se constituye a partir de la transferencia fiduciaria de la propiedad (art. 1685 CC y C)[11].

La doctrina por su lado ha definido al fideicomiso como aquel contrato en que una parte activa (fiduciante/s) transmite o se obliga a transmitir la propiedad fiduciaria de uno o más bienes (determinados o determinables) a una parte pasiva (fiduciario/s) con la finalidad de formar un patrimonio separado, que éste como propietario fiduciario se obliga a gestionar de conformidad con los fines del contrato (encargo fiduciario), destinando sus beneficios a uno o varios sujetos individualizados o individualizables (beneficiario/s), y a transmitir la propiedad plena de los mismos al cumplimiento de una condición o plazo a el o los destinatarios finales de los bienes (fideicomisario/s)[12].

Se ha dicho también que es un negocio único integrado por relaciones varias. Donde el objeto es el cumplimiento del encargo respecto al bien que se transmite. El acto fuente del fideicomiso se vincula con alguna relación subyacente, que habrá que considerar tanto para prepararlo como para interpretarlo[13].

Es importante destacar que el contrato de fideicomiso tiene la estructura de contrato a favor de terceros (art. 1027 CC y C)[14] quedando perfeccionado con el consentimiento del fiduciante y fiduciario y además participa de los contratos calificados como *intuitu personae*, siendo la directriz fundamental del fideicomiso la administración de un patrimonio en beneficio de otra persona confiada al fiduciario, las especiales cualidades y características de éste resultarán determinantes tanto al momento de contratar (arts. 1674 y 1676 CC y C), como durante el funcionamiento de la figura, a punto tal que su desaparición acarreará su

cesación (art. 1678 inc. a), b),c) y d) CC y C) y consiguiente reemplazo (art. 1679 CC y C)[15].

### *III) Principales reformas del CC y C en la regulación del Fideicomiso*

Respecto del contenido del contrato, el art. 1667 del CC y C establece: “Contenido. El contrato debe contener: a) la individualización de los bienes objeto del contrato. En caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de la celebración del fideicomiso, debe constar la descripción de los requisitos y características que deben reunir los bienes; b) la determinación del modo en que otros bienes pueden ser incorporados al fideicomiso, en su caso; c) el plazo o condición a que se sujeta la propiedad fiduciaria; d) la identificación del beneficiario, o la manera de determinarlo conforme con el artículo 1671; e) el destino de los bienes a la finalización del fideicomiso, con indicación del fideicomisario a quien deben transmitirse o la manera de determinarlo conforme con el artículo 1672; f) los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo, si cesa”.

El derogado art. 4 de la Ley N° 24.441 no sufre cambios de importancia en la redacción del art. 1667 en el Código actual, salvo el agregado como inciso d) acerca de la exigencia de “la identificación del beneficiario, o la manera de determinarlo conforme con el art 1671 (...)”, y el inciso e) donde se exige la indicación del fideicomisario (o la manera de determinarlo) como destinatario de los bienes a la finalización del fideicomiso.

Si bien en el fideicomiso rige el principio general de la autonomía de la voluntad, de manera tal que presentes las cláusulas esenciales las partes son libres de estructurar el negocio dentro de los principios generales de la legalidad de las más diversas formas, siempre existirá el límite, como se verá más adelante, de las disposiciones interpretativas de la ley, por ejemplo, inexcusabilidad de la culpa en que pudiere incurrir el fiduciario, obligación de rendir cuentas[16].

En lo que respecta al “plazo de duración”, el art. 1668 del CC y C trae una mejora con respecto al art. 4 de la Ley N° 24.441, sin modificar los treinta años del plazo máximo de existencia. El CC y C contempla que la extralimitación convencional del plazo legal no provoca la nulidad del contrato, sino la reducción al plazo máximo legal. Si la condición no se cumple dentro del límite provoca la reducción al referido máximo, excepto que el beneficiario fuere un incapaz o persona con capacidad restringida, en cuyo caso durará hasta el cese de su incapacidad, o su muerte[17]. El plazo se computa desde la celebración del convenio.

Esta expresa mención de que si se pacta un plazo superior se reduce al plazo de 30 años, sin afectar su validez es la solución interpretativa de la Doctrina Argentina frente al silencio de la LF. También debió preverse el silencio contractual en este aspecto, disponiendo que en tal caso se considerará como plazo el previsto como máximo[18].

La disposición expresa que si la condición resolutoria del fideicomiso se ha cumplido al momento de vencer el plazo máximo, los bienes deben ser transmitidos por el fiduciario a quien corresponda en su defecto, al fiduciante o sus herederos. Coincide en esta solución la interpretación Doctrinaria Mayoritaria de la LF, pues en tal caso la causa de extinción del fideicomiso es el acaecimiento del plazo resolutorio (legal) y no la condición (convencional), no correspondiendo aplicar el art. 554 del Código

Civil pues esta norma es incompatible con la prohibición de que el Fiduciario adquiera para su plena propiedad los bienes fideicomisitos[19].

En cuanto a la “forma”, el contrato puede celebrarse por instrumento público o privado, excepto cuando se refiere a bienes cuya transmisión debe ser celebrada por instrumento público. En este caso cuando no se cumple dicha formalidad, el contrato vale como promesa de otorgarlo. Si la incorporación de esta clase de bienes es posterior a la celebración del contrato, es suficiente con el cumplimiento, en esa oportunidad de las formalidades necesarias para su transferencia, debiéndose transcribir en el acto respectivo el contrato de fideicomiso[20].

Así, como punto novedoso, se incorpora la previsión de que si se incorporan bienes que impongan la documentación mediante un instrumento público, debe transcribirse en este instrumento el contrato de fideicomiso, aspecto que en la actualidad no se regulaba y que, en general, no se realiza. De este modo, se otorgan mayores seguridades a quienes contratan luego sobre esos bienes[21]. El art. 1660 (primera parte) del CC y C dispone la inscripción en el registro que corresponda y por ende la existencia de un registro de contratos, pero la disposición no contiene precisiones al respecto.

En el marco de un fideicomiso inmobiliario el contrato deberá individualizar el inmueble que se adquiere, el plazo en el que se efectuarán las obras y en qué condiciones se van a adquirir derechos y obligaciones de las partes intervinientes y, en especial, el destino de los fondos fiduciarios (aportes de los inversores). También es necesario fijar las retribuciones y cómo se sustituyen a los inversores morosos[22].

No conteniendo la LF una norma específica sobre la “forma” del Contrato, salvo en el art. 12 respecto a la oponibilidad frente a terceros, el tema generó algún debate en la doctrina argentina. La solución de la norma en comentario está de acuerdo con el criterio interpretativo de la mayoría de la doctrina que comentó la LF: si el fideicomiso se documenta en instrumento privado pese a referirse a bienes cuya transmisión debe efectuarse por instrumento público, el privado sirve como promesa de otorgarlo por instrumento público. Además, considera la posibilidad de que los bienes en cuestión se incorporen posteriormente, en cuyo caso será suficientemente la instrumentación pública en oportunidad de dicha adquisición posterior, con la debida integración al contrato que le sirve de base. Puede distinguirse entonces el fideicomiso como contrato, con sus efectos obligacionales, de la forma que debe tener el título de adquisición de la propiedad fiduciaria, que requerirá en algunos casos de la instrumentación pública, como en el caso de inmuebles[23].

En lo que respecta al “objeto” del fideicomiso, cabe decir que tanto los bienes que se encuentran en el comercio como las universalidades pueden ser objeto de este contrato. Así por ejemplo un fondo de comercio podrá ser objeto de Fideicomiso. La prohibición de incluir herencias futuras tiene que ver con el mantenimiento de la prohibición genérica de los pactos sobre herencia futura pero no impide que, por vía de testamento, se instituya heredero al fiduciario[24].

En lo relativo a los sujetos, el art. 1671 del CC y C admite al fiduciario como beneficiario. La norma pone fin a la discusión doctrinaria acerca de si el fiduciario puede tener el doble rol y el CC y C establece ciertas pautas para el supuesto de que existan más de un beneficiario, así se beneficiarán por igual salvo convención en contrario, también si por alguna razón alguno renuncia o no acepta y se produjera

un vacío, los demás podrán acrecer o en su caso se podrá designar beneficiarios sustitutos[25].

En caso de ausencia del beneficiario y fideicomisario el beneficiario será el fiduciante. Igual que en el régimen anterior, se admite salvo convención en contrario la transmisión por actos inter vivos o por causa de muerte del derecho de beneficiario, salvo convención en contrario. Se mantiene la posibilidad de designarse beneficiario futuro, como asimismo la cadena de reemplazos en caso de inexistencia, no aceptación o renuncia del beneficiario y/o fideicomisario.

En cuanto al fideicomisario el CC y C mantiene la tradición argentina de diferenciar las figuras del beneficiario del fideicomisario, éste último, como destinatario final de los bienes fideicomitados a la extinción del fideicomiso, con la particularidad de asignarle a su tratamiento un artículo específico llenando el injustificado vacío existente en la Ley N° 24.441[26].

Al no permitirse que el fiduciario sea fideicomisario se mantiene la prohibición de que el fiduciario adquiera -en propiedad plena- los bienes fideicomitados (que se transmitan del fideicomiso a su patrimonio personal), contenidos en el art. 7 de la LF[27].

Así, el fideicomisario puede ser el destinatario a recibir la propiedad de los bienes una vez finalizado el fideicomiso, puede exigir la rendición de cuentas al fiduciario, prerrogativa que solo la tenía expresamente el beneficiario. Tampoco era tenido en cuenta, -en el régimen anterior-, para la remoción judicial del fiduciario por incumplimiento de sus obligaciones. El CC y C en el art. 1672 establece expresamente que el fideicomisario es a quien se trasmite la propiedad de los bienes fideicomitados al concluir el fideicomiso y determina que se aplican al fideicomisario las previsiones contenidas para el beneficiario en el art. 1672 párrafo primero, segundo y tercero. Así, el fideicomisario puede ser persona humana o física, puede existir o no al momento del otorgamiento del contrato, puede ser beneficiario, puede designarse varios fideicomisarios y les serán aplicables las mismas reglas establecidas para el beneficiario en los supuestos de no aceptación o renuncia.

Por su parte el CC y C en el art. 1673 continúa la exigencia de un fiduciario profesional sólo para el fideicomiso financiero, autorizado por la Comisión Nacional de Valores, pero trae como novedad de que el fiduciario puede ser beneficiario y en ese supuesto, al estándar de un buen hombre de negocios depositario de la confianza de las partes se suma el deber de evitar cualquier conflicto de intereses y obrar privilegiando los de los restantes sujetos que intervienen en el contrato. La pauta de actuación del fiduciario sigue siendo en el art. 1674, la del estándar de un buen hombre de negocios y el elemento confianza (fides) que continúan siendo la caracterización del nuevo régimen. Al admitir el CC y C la posibilidad de más de un condómino fiduciario se establece la responsabilidad solidaria de los cofiduciarios por el cumplimiento de las obligaciones resultantes del fideicomiso[28].

En cuanto a la “obligación de rendir cuentas” que tiene el fiduciario se mantiene como disposición de orden público la periodicidad mínima de un año y se extiende a favor del beneficiario, fiduciante o por el fideicomisario la posibilidad de exigirle al fiduciario dicha rendición[29].

En virtud de lo señalado en los párrafos anteriores es dable afirmar que en la regulación que incorpora el CC y C en materia de fideicomiso (entre los arts. 1666 a

1700) se manifiesta ampliamente el principio de la autonomía de la voluntad de las partes. Sus normas respetan las disposiciones de la LF y no implican cambios significativos en lo que podríamos denominar como lo tradicional de esta figura contractual. El Código realiza regulaciones importantes en cuestiones como las que vimos anteriormente, une las disposiciones contenidas en la LF y opiniones doctrinarias que surgieron desde la implementación práctica del fideicomiso.

Dos son los puntos de esta nueva regulación que fueron cuestionados por la doctrina. El primero es el hecho de que persiste el problema de la falta de publicidad del fideicomiso en la medida que no tenga por objeto bienes registrables y en segundo lugar el CC y C permite que el fiduciario pueda ser designado beneficiario.

El art 1669 CC y C establece: “Forma: El contrato, que debe inscribirse en el Registro Público...”. La norma es clara en este sentido, el contrato debe inscribirse; más guarda silencio en lo relativo a: 1) los efectos de la inscripción; 2) a quien tiene la competencia para realizar dicha inscripción y 3) no especifica que es lo que debe inscribirse por ejemplo no dice nada con respecto a las modificaciones posteriores que ese contrato “origen” pudiese sufrir en lo posterior.

Una lectura apresurada del artículo podría llevar a pensar que si la registración es un requisito de forma y su incumplimiento podría originar la nulidad del contrato (no sólo con relación a terceros sino entre las mismas partes). Sin embargo, sería una interpretación no sólo rígida sino especialmente contraria al verdadero sentido que importó la incorporación de un sistema de registración del fideicomiso. La sanción de nulidad no luce expresa del texto legal, la que tampoco podría presumirse[30].

La legislatura fue la que agregó la necesidad de inscripción, que no estaba en el Anteproyecto, ni en el Proyecto elevado por el Ejecutivo. La norma no determina en qué registro se deberá inscribir el contrato, más se entiende que se refiere al Registro Público de Comercio de cada jurisdicción y según las normas que en cada caso se dicten[31].

Kiper y Lisoprawski recuerdan que existen dos modelos: el francés constitutivo y el uruguayo declarativo y con fines de oponibilidad a terceros; pronunciándose por que el régimen argentino debe ser interpretado de acuerdo a éste último sistema. La reglamentación determinará los datos a incorporar al registro y alcances de la inscripción[32].

El fundamento de la inscripción es la protección de los terceros interesados, entendiéndose por tales los terceros acreedores del fiduciante y quienes luego contraten con el fiduciario del fideicomiso. Respecto de los terceros acreedores del fiduciante, porque es a partir de la transferencia de la propiedad fiduciaria por el fiduciante y la creación de un patrimonio separado del patrimonio general del fiduciante, que los mismos ven limitada su garantía. A su respecto la registración del contrato de fideicomiso sin duda ha sido impuesta para establecer medios adecuados de publicidad a tenor de los cuales los terceros puedan oponerse en tal etapa a su desmembramiento y, en su caso, ejercer las acciones de fraude, simulación. Respecto de los terceros contratantes con el fiduciario del fideicomiso, tal registración tiene como principal fundamento la oponibilidad del carácter fiduciario de la propiedad[33].

Bajo la LF que no exigía la registración de los contratos, parte de la doctrina que bregaba por el establecimiento de este registro, evidenciaba los efectos positivos



que tendría tal inscripción; entre otros: 1) el tercero no podría escudarse en su buena fe ni desconocimiento del contrato de fideicomiso, dada su inscripción y publicidad del contrato; 2) el contrato de fideicomiso (aún el celebrado en instrumento privado) tiene valor de fecha cierta[34]. Efectos positivos pueden derivar de la inscripción del contrato en el registro de fideicomisos y deviene necesario crear la reglamentación correspondiente. Al igual que las sociedades, el fideicomiso debe inscribirse a los fines de la oponibilidad a terceros.

En cuanto al segundo punto, -referido a la posibilidad que el fiduciario pueda ser designado beneficiario-, constituyó una de las cuestiones más debatidas durante la vigencia de la Ley N° 24.441. Ante la ausencia de un texto legal expreso que responda a la pregunta, se fijaron dos posturas. La primera posición, partidaria de la prohibición de la posibilidad de revestir la calidad de fiduciario-beneficiario por una misma persona, expresa que existe una evidente contraposición de intereses entre ambas calidades y esta situación es incompatible con la necesaria neutralidad que debe tener el fiduciario en la gestión de los bienes. Se invocaba además, la disposición del art. 7 de la LF, el que disponía que entre las obligaciones no dispensables del fiduciario estaba la de rendir cuentas por parte del fiduciario y que, de admitirse la posibilidad, se constituiría una gestión en provecho propio, un mandato in rem suam, lo que obstaba a la procedencia de la hipótesis en análisis[35].

Otra postura aceptaba que el fiduciario fuera beneficiario y que el Código Civil y la LF nada se oponía a tal opción, de manera que el fiduciario ejercerá su derecho en beneficio de quien se designe en el contrato y si el designado es él mismo ejercerá en interés propio el derecho adquirido[36]. El Código termina con esta discusión aceptando la coincidencia de roles y con buen criterio le impone al fiduciario-beneficiario una pauta de conducta: debe actuar evitando conflictos de intereses con los de las otras partes del negocio, es decir, evitando cualquier beneficio propio que perjudique a los demás beneficiarios[37].

Luego de analizadas las principales normas incorporadas por el CC y C relativas al contrato de fideicomiso, puede afirmarse que la incorporación de preceptos específicos relativos a este contrato constituyen un importante y valioso aporte a la legislación argentina. El digesto respeta y hace prevalecer el principio de autonomía de la voluntad de las partes contratantes, mejora la regulación del plazo máximo legal, incorpora la previsión de que si se incorporan bienes al fideicomiso con posterioridad debe transcribirse el instrumento otorgando mayor seguridad, incorpora también la registración del contrato, admite la coincidencia de fiduciario y beneficiario y amplía la legitimación para solicitar la rendición de cuentas a cualquiera de las partes del negocio.

En conclusión, puede decirse que el CC y C, en general, posee una redacción clara y simplificada, es un código que invita a la denominada integración normativa; lejos de ser una normativa excluyente el Código propone la constitucionalización del derecho privado, la comunicabilidad de lo público con lo privado, la sociabilidad de los derechos, la regulación de los derechos de los consumidores, la protección de la dignidad del consumidor y límites al ejercicio derechos individuales, todas estas cuestiones que están llamadas a integrarse también con la regulación específica del fideicomiso.

#### *IV) Modalidades de Fideicomiso*

El CC y C no define los fines que pueden perseguirse a través de la constitución de un fideicomiso. Cualquier delimitación a los propósitos devendría en una irrazonable

limitación, pues a través de la constitución del fideicomiso se pueden perseguir los más diversos fines, altruistas o egoístas[38]. La clasificación de los tipos de fideicomiso es meramente enunciativa ya que es tanta la diversidad que puede contener el negocio subyacente que resguarda el fideicomiso como la imaginación de quien origina el negocio[39].

El Código Civil y Comercial, al igual que el derogado capítulo I de la Ley N° 24.441, regula dos tipos de fideicomisos: fideicomiso común u ordinario (arts. 1666 a 1689 y 1697 a 1700) y fideicomiso financiero (arts. 1690 a 1696).

La derogada LF no legislaba separadamente las diversas aplicaciones de que es susceptible el fideicomiso común u ordinario. Por su parte el Código Civil y Comercial, si bien sigue idéntico temperamento general, destina una norma a la regulación de las particularidades que plantea una de sus aplicaciones: el fideicomiso de garantía (art. 1680 CC y C). Así, por medio de una regulación general se evita recortar sus posibilidades prácticas de aplicación.[40]

Por la función o finalidad inmediata de los bienes fideicomitados y la función que respecto de ellos cumple el fiduciario se pueden reunir las especies de fideicomiso en cuatro grupos generales: los fideicomisos de inversión, los fideicomisos de garantía, los de administración y los mixtos, estos últimos resultan de la combinación de las anteriores categorías descriptas[41].

El fideicomiso de inversión es todo negocio, con transmisión de propiedad fiduciaria, que tenga como finalidad principal o específica la inversión, por medio de un fiduciario, de recursos financieros con arreglo a las instrucciones o reglamento establecido por el o los constituyentes, para beneficio de éstos o de terceros (beneficiario y fideicomisario) para aplicarlos a los fines predeterminados[42].

El fideicomiso de garantía, por su parte, es aquel por medio del cual se transfiere al fiduciario un bien, con el encargo de que - en el supuesto de incumplimiento de la obligación del constituyente o de un tercero que se pretende garantizar - el fiduciario procede a su venta y entregue el producto obtenido, hasta la concurrencia del crédito, al acreedor en cuyo favor se ha constituido, cancelando así total o parcialmente la deuda impaga[43].

Quienes consideran admisible la entrega en pago de los bienes fideicomitados definen al fideicomiso de garantía como aquel por el cual un deudor actual o potencial (o un tercero) transfiere fiduciariamente uno o más bienes a un fiduciario con la instrucción de mantener su propiedad, administrarla -por sí o por un tercero o por el propio deudor- designando como beneficiario al acreedor o bien instruyendo al fiduciario para que se obligue, como garante, con los acreedores que indique el fideicomitente, a destinar sus bienes o su producido a atender las obligaciones garantizadas que no sean cumplidas, sean ellas anteriores, concomitantes o futuras respecto del fideicomiso de garantía[44].

A fines de comprender cómo funciona esta figura debe definirse aquello que hace a su esencia: la garantía. La garantía es el medio tendiente a efectivizar la consecución de un crédito a favor del acreedor. Tomando en cuenta este concepto, debe confirmarse que el fideicomiso de garantía es una especie de garantía que se distingue del resto de las garantías por el hecho de que el fiduciante ve satisfecha su deuda resguardando el bien transmitido de futuras agresiones relacionadas con su situación patrimonial, asegurándose que su acreedor vea cumplida su

expectativa.[45] En virtud de esta modalidad o aplicación de contrato de fideicomiso se constituye una garantía personal, autoliquidable y accesorio.

Por su parte, el fideicomiso de administración es aquél en el cual se transfiere la propiedad de los bienes a un fiduciario para que los administre conforme lo establecido por el constituyente destinando lo producido, si lo hay, al cumplimiento de la finalidad señalada en el contrato[46]. En dicha conceptualización genérica se destacan dos aspectos claramente definidos: uno, la transferencia de la propiedad fiduciaria del bien, y el otro, el mandato de confianza. La adquisición fiduciaria de los bienes es el medio o vehículo para alcanzar los fines previstos y no un fin en sí mismo. La transferencia de la propiedad en el ámbito del instituto del fideicomiso, es a “título de confianza”, en razón de que la transmisión se realiza porque el fiduciante confía en el fiduciario para encomendarle un encargo determinado[47]. Este último género de administración comprende como una de sus especies al llamado “fideicomiso inmobiliario”. Figura sobre cuyo análisis profundizaremos más adelante.

#### *V) La inserción del fideicomiso al sistema contractual en el CC y C*

Como se dijo el CC y C regula al fideicomiso dentro del título IV destinado a los contratos en particular; de este modo afirma expresamente su carácter de tal, derivando de su naturaleza algunas consecuencias que resultan de relevancia en la práctica.

La incorporación de las normas relativas al fideicomiso al plexo del CC y C implica un reconocimiento por parte de los legisladores de la importancia y trascendencia de esta figura para el sistema jurídico y económico argentino. Si bien es cierto que formaba parte anexa del Código a través de la Ley N° 24.441, no deja de ser cierto que el Código de Velez sólo contenía una reflexión respecto del dominio fiduciario[48].

Determinada su naturaleza contractual diremos que de su celebración se deriva la constitución de una relación contractual asociativa, sin establecer una vinculación societaria típica, en la que prevalece la autonomía de la voluntad; su temporalidad y especificidad; y la separación del patrimonio fideicomitado respecto del patrimonio personal de los sujetos intervinientes que forman parte del mismo. Por lo tanto, al ser un contrato carece de personalidad jurídica propia, no es sujeto de derecho, no es un ente susceptible de adquirir derechos o contraer obligaciones.

Teniendo en cuenta su carácter netamente contractual, la doctrina por su parte destaca la flexibilidad de sus cláusulas, predomina la autonomía de la voluntad, esto motiva a que se utilice la figura, como se dijo con anterioridad, para una amplia variedad de negocios jurídicos. El amplio margen de libre contratación (numerus apertus) que anima esta materia, hace prácticamente imposible enunciar la variedad de combinaciones en las cuales el fideicomiso puede intervenir[49]. En esta particular característica, “la libre contratación o libertad contractual”, reside la importancia de la redacción de las cláusulas del contrato.

Consideramos que resulta de interés el abordaje de la figura del fideicomiso inmobiliario en los párrafos precedentes, toda vez que la doctrina ha puesto de manifiesto que ni bajo la Ley N° 24.441, ni con el Código Civil y Comercial Unificado, se cuenta con un tipo contractual específico que de manera estandarizada, regule el fideicomiso inmobiliario, ya que en definitiva, a los fines de la construcción y

distribución de riesgos patrimoniales, prevalece el ejercicio de la autonomía de la voluntad pacta sunt servanda, con la excepción de ciertos contenidos minimalistas que el contrato deberá incluir y en contraposición, ciertas disposiciones inderogables que también deberá respetar como la inexcusabilidad del dolo y la culpa en el que hubiera incurrido el fiduciario, su obligación de rendir cuentas y la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos[50].

A modo de conclusión cabe afirmar que el fideicomiso es de esencia contractual y que, en la etapa de su negociación y construcción de contenidos, prevalece el ejercicio de la autonomía de la voluntad de sus partes contratantes; es un contrato por naturaleza asociativo, puesto que bajo tal contrato dos o más personas se unen en un esfuerzo, trabajo o tarea vinculada a la gestión de un patrimonio en común[51].

La inserción del fideicomiso al sistema contractual trae aparejado la posibilidad que al fideicomiso resulten aplicables las normas generales de los contratos, se impone como aplicable la integración normativa que ordena el CC y C en su art. 1 y 2 y que más adelante será objeto de análisis particular.

### **Capítulo 3: El fideicomiso inmobiliario** [\[arriba\]](#)

#### *1) Fideicomiso inmobiliario. Concepto*

Luego de la crisis económica de 2001, en Argentina, se vivieron experiencias traumáticas las cuales no fueron ajenas a las actividades atinentes a la construcción o mercado inmobiliario. En aquel momento, el mercado argentino de propiedades inmobiliarias estaba estancado y con una caída muy significativa en sus precios en dólares. La idea fue la captura de fondos líquidos, aportados por inversores locales y extranjeros, así se produjo un gran movimiento de los inversores que no querían saber nada con el mercado financiero; entonces el fideicomiso dinamizó el mercado inmobiliario en todo tipo de emprendimientos (barrios cerrados, edificios, shoppings, etc), comenzando por los barrios tradicionales y extendiéndose luego a los que no lo eran. La idea fue generar nuevamente confianza en los inversores, para que invirtieran nuevamente en los negocios inmobiliarios[52].

El fideicomiso inmobiliario que ocupará nuestro análisis es un contrato que se caracteriza por una transferencia de bienes que se realizará de conformidad con las normas que la ley determina, conforme la naturaleza de cada bien, y que tiene como uno de los principales efectos la constitución de un patrimonio separado. El titular de ese patrimonio separado es el fiduciario, es decir, pasa a serlo luego de la transferencia, y esos bienes que no se confundirán con los suyos, desde un punto de vista económico, no lo enriquecen, sino que los tiene como un soporte jurídico vacío de contenido económico. Lo dicho hasta aquí no obsta a que sí pueda, en cambio, tener el fideicomiso personalidad tributaria[53].

El fideicomiso inmobiliario integra los denominados fideicomisos de administración; como tal, es un negocio jurídico en el cual el fiduciante transmite la propiedad fiduciaria de bienes al fiduciario constituyéndose un patrimonio separado afectado a la ejecución del negocio inmobiliario y distinto del patrimonio general y personal de aquél, quien lo administra para que se ejecute el emprendimiento según lo establecido en el contrato y en el anteproyecto constructivo en beneficio del

beneficiario o fideicomisario, esto es aquellos sujetos que reciben los beneficios de la propiedad fiduciaria o los destinatarios finales de los bienes fideicomitidos[54].

El adquirente del lote o de la unidad habitacional podrá hacerse de ellos mediante un boleto de compra venta celebrado con el fiduciario, o mediante su incorporación al fideicomiso en carácter de fiduciante - beneficiario en el marco de un contrato de fideicomiso al que probablemente se incorporará mediante una nota de adhesión a cláusulas generales predispuestas.

Molina Sandoval describe con claridad el funcionamiento del fideicomiso inmobiliario o de construcción al señalar que usualmente los fiduciantes aportan bienes al fideicomiso (rectius: al fiduciario) para la construcción de un edificio en el que se pre-adjudican las unidades resultantes a los beneficiarios o los enajena a terceros una vez construidos[55].

En este contexto, el aportante del terreno suele ocupar la posición contractual de fiduciante y beneficiario por un número determinado de unidades de propiedad horizontal (que varía según el costo del terreno establecido en el business plan) y se designa a un tercero que será el encargado de cumplir la manda fiduciaria: la construcción del edificio. El fiduciario puede ser la misma empresa constructora o, incluso, se puede delegar en empresas especializadas la dirección, representación, proyecto y administración de la obra y la comercialización de las unidades a construirse, etc. Asimismo, se pueden incorporar nuevos fiduciantes que aporten bienes (efectivo, canje de productos u otros materiales necesarios para la construcción, etc.) a cambio de asumir la posición de beneficiarios de una unidad concreta en el desarrollo inmobiliario. En concreto, el fiduciante adquiere un derecho respecto de una de las unidades que efectivamente se construya en el emprendimiento[56].

El aporte de los fiduciantes puede ser, también, meramente especulativo (y como inversión) y su posición de beneficiario radicará en las ganancias que obtenga el fideicomiso de la celebración de boletos de compraventa de las unidades integrantes del complejo edilicio. Construido el edificio y cumplidos los compromisos con los adquirentes de unidades habitacionales, la ganancia resultante (en dinero o en unidades) deberá distribuirse entre los beneficiarios[57].

También se plantean algunos esquemas de construcción mediante la figura del "consorcio de construcción" en el que todos los fiduciantes aportan el dinero necesario (u otros bienes) para realizar la construcción adjudicándose las distintas unidades resultantes[58].

Asimismo, cabe decir que la figura del edificio de renta no agota las posibilidades del fideicomiso en su aplicación a negocios inmobiliarios. Abarca también los emprendimientos de desarrollo y construcción, desde la obra singular hasta complejos habitacionales y urbanizaciones de gran escala. Confluyen a tal efecto el dueño del predio, la empresa constructora, los profesionales encargados del diseño, la coordinación y la supervisión del proyecto, los financistas y, en el centro de la estructura contractual el fiduciario[59].

El emprendimiento inmobiliario puede requerir un tiempo prolongado hasta llegar a su consumación, pero es transitorio por su propia naturaleza y no comporta el sentido de perduración que tiene un establecimiento comercial o industrial. Esta transitoriedad se ajusta perfectamente al fideicomiso, destinado como dice la ley a

durar hasta que se cumpla la condición, a saber, la conclusión de la obra. El objetivo es claro: vender, cobrar y liquidar[60].

## *II) Modalidades: al costo o precio fijo*

El fideicomiso inmobiliario puede desarrollarse bajo dos modalidades: al costo o a precio fijo. En el fideicomiso a precio fijo se establece en forma anticipada la contraprestación mensual a cargo de los inversores quienes mayoritariamente asumen la posición de fiduciantes-beneficiarios. El riesgo que presenta esta variante reside en que ante la insuficiencia del patrimonio fideicomitado para honrar sus compromisos, los fondos faltantes deberían ser provistos por el desarrollador, por lo cual en el supuesto que convencionalmente no se haya dispuesto alguna herramienta por la cual se hubiera decidido cómo sortear tal escenario de insuficiencia, debería procederse a su liquidación.

En el fideicomiso inmobiliario celebrado con modalidad al costo o con precio abierto, el inversor ingresa sin saber cuánto costara la unidad terminada. Es así que quien se incorpora como inversor adopta un rol equivalente al de un accionista de una SA, pero cuyo objetivo es llevar adelante un desarrollo inmobiliario.

Además, la doctrina ha realizado una clasificación teniendo según las tipologías de negocios fiduciarios con inmuebles y así destaca la existencia de tres tipologías de negocios bien definidas:

1) El fideicomiso inmobiliario “simple”: En él, el propietario del terreno (fiduciante) cede el terreno a la empresa constructora (fiduciaria), quien se compromete a entregar a éste o a un tercero (beneficiario) una cantidad determinada de unidades construidas. Las notas salientes de este contrato son: a) es un contrato de cambio; b) de colaboración; c) es un contrato civil, donde no habría en principio relación de consumo; d) la conclusión del fideicomiso es con la entrega de los bienes pactados a los beneficiarios; e) el resto de propiedad fideicomitada podría quedar en propiedad del fiduciario, sin que exista conflicto alguno de intereses.[61]

2) El fideicomiso inmobiliario “cerrado”: En este fideicomiso la operatoria es acaso más compleja que la anterior. Aquí que existe un fiduciante principal -organizador del negocio o developer- normalmente empresa constructora y fiduciantes adherentes o inversores que no forman parte del contrato marco. El fiduciante que normalmente es un tercero, por ejemplo, empresa inmobiliaria, o corredor inmobiliario. Los beneficiarios son los inversores que recibirán la participación proporcional a lo pautado por la inversión: a) el contrato es de cambio; b) de colaboración; c) es un contrato de consumo, participa de los llamados “negocios indirectos”, que en algunos casos se encuadran dentro de los “contratos complejos” o “conexos”; d) El fiduciario sólo puede percibir por su gestión una retribución previamente establecida en el contrato[62].

3) Finalmente se advierte el fideicomiso inmobiliario “abierto”: Este emprendimiento está pensado para grandes inversiones, en el cual se realizan certificados de participación, a los inversores-beneficiarios. Está expresamente regulado en la Ley de Entidades Financieras a partir del art 19[63].

Definidas las modalidades que pueden enmarcar los negocios fiduciarios con inmuebles cabe afirmar que el fideicomiso constituye un medio no un fin, porque no garantiza el éxito del proyecto y/o rentabilidad y/o seguridad del negocio ya que

esto dependerá también de otras condiciones como por ejemplo de la solidez económica, originalidad y sensatez del proyecto. Se establece una vinculación contractual entre las partes no habiendo una vinculación societaria lo cual es una ventaja, reduciendo de manera significativa el riesgo del inversor en cuanto a cambios potenciales y grado de cumplimiento de lo proyectado, dado que el fideicomiso se constituye con un patrimonio de afectación separado de los patrimonios de las partes contratantes[64].

### *III) Sujetos del fideicomiso inmobiliario y responsabilidad del fiduciario a la luz de las normas del CC y C*

El fideicomiso presenta al menos una estructura tripartita de roles: fiduciante, fiduciario, beneficiario; además puede existir un cuarto sujeto: el fideicomisario.

#### Fiduciante

En cuanto al fiduciante o constituyente del fideicomiso el CC y C no lo reglamenta, tampoco exige su individualización o la determinación de sus datos personales más si se establece expresamente su derecho a que se le rindan cuentas (art. 1675 CC y C), a prestar consentimiento en los actos de disposición si ello se previó en el acto constitutivo (art. 1688 CC y C), a ejercer acciones en sustitución del fiduciario (art. 1689 CC y C) y de corresponder a pedir la remoción del fiduciario (art. 1678 inc. a CC y C)[65].

Pese a las omisiones que tiene el CC y C en cuanto a sus facultades y determinación, buena parte de dichas omisiones legales pueden ser suplidas por estipulaciones contractuales que libremente las partes adopten en el ámbito de la autonomía de la voluntad (art. 958 CC y C) siempre y cuando no desnaturalicen la figura vaciándola de sentido y no vulneren disposiciones de orden público o bien acudiendo a los principios generales del derecho de los contratos como por ejemplo exigir judicialmente el cumplimiento del contrato[66].

El primer fiduciante o fiduciante fundador en un fideicomiso inmobiliario es la parte que constituye el fideicomiso, es el transmitente de los bienes (inmueble, aporte de capital) sobre los cuales tiene facultades de disposición y determina cuáles son los fines a los cuales será destinada la gestión. Entonces será fiduciante aquel que aporta el terreno o lote y a cambio de su aporte se constituye en beneficiario o adjudicatario de una o más unidades a construirse. También ocuparan el rol de fiduciantes aquellos que con posterioridad a la constitución del fideicomiso aporten bienes (efectivo, canje de productos u otros materiales) para así luego poder constituirse también en beneficiarios de algunas de las unidades a construirse.

Como se dijo pueden asignarse contractualmente facultades y obligaciones. A título de ejemplo, podrá establecerse a su favor la obligación del fiduciario de rendirle cuentas con determinada periodicidad, si no se quisiera recurrir a la aplicación de la norma sobre rendición de cuentas que de por sí le confiere ese derecho al menos una vez al año; posibilidad de auditar los libros del fiduciario; podría reservarse facultades para ejercerlas directamente sobre los bienes fideicomitados; aprobar u oponerse a los actos de disposición si se previó la necesidad de su consentimiento, entre otras.

En lo que respecta a sus obligaciones como ejemplo podrá establecerse la obligación de efectuar aportes para evitar la insuficiencia del patrimonio fideicomitido, garantizar la remuneración del fiduciario[67].

No puede soslayarse que en la mayoría de los casos, como veremos más adelante, se tratará de contratos de adhesión a cláusulas predispuestas por los desarrolladores del negocio, en los que el fiduciante que posteriormente se incorpore al proyecto solo podrá optar por adherirse o no a condiciones generales ya preestablecidas en el contrato, sin poder negociarlas.

Así ocurre especialmente en el marco de un fideicomiso inmobiliario, en los que muchos fiduciantes aportan dinero para la construcción de un inmueble y luego reciben dinero o unidades, o ambas cosas. Estos contratos suelen ser preparados por los desarrolladores del negocio[68].

### Fiduciario

Es la parte obligacional del contrato, pivote central del instituto desde que a él se transmiten fiduciariamente los bienes que conforman el patrimonio especial fiduciario. Es un elemento esencial del contrato tanto en su génesis como en su funcionamiento[69].

El fiduciario es quien recibe los bienes fiduciaros, y está obligado a dar cumplimiento al encargo conferido hasta su conclusión. En líneas generales, cabría decir que las facultades del fiduciario son las mismas que las del dueño pleno o perfecto, pues la diferencia principal radica en la perpetuidad de este último, mientras que el primero es solo temporario. Sin embargo, ello es así “en tanto los actos jurídicos que realiza se ajusten al fin del fideicomiso y a las disposiciones contractuales pactadas” (art. 1704 CC y C)[70].

En este sentido, en el marco de un fideicomiso inmobiliario el fiduciario será el “dueño” que subordina tal carácter a las circunstancias, condiciones, requisitos, y demás circunstancias fijadas en el instrumento de creación del fideicomiso. Este instrumento es el “título” que justifica la propiedad fiduciaria, transmitida precisamente al fiduciario[71]. El fiduciario recibe y ejerce el dominio fiduciario del terreno y de todo cuanto se le incorpora, además de la propiedad de los materiales adquiridos para la obra, el dinero disponible para pagar las compras y servicios y, finalmente, el derecho a vender las unidades terminadas[72].

Cabe señalar entonces, que el fiduciario en un fideicomiso inmobiliario, es quien adquiere la propiedad fiduciaria y asume la obligación de darle el destino previsto en el contrato. Éste será el profesional experimentado que tendrá a su mando el control de la gestión del negocio y a cuyo cargo estará la obligación de que el emprendimiento concluya en los términos esperados, convirtiéndose así en la figura central del instituto, la persona que tiene a su cargo el gobierno del patrimonio fideicomitido, a cuyo efecto goza de las facultades necesarias para el cumplimiento de la finalidad prevista dentro de lo que dispongan la ley y las cláusulas del contrato[73].

Así las amplias facultades que suelen corresponder al dueño de una cosa, encuentran en el ámbito del contrato de fideicomiso dos limitaciones: las que se pactaren expresamente en el contrato y los fines del fideicomiso. El fiduciario tiene a su cargo una serie de deberes tendientes al mejor desarrollo de su cometido, y cuyo



incumplimiento, o cumplimiento defectuoso, puede acarrear una serie de consecuencias, entre ellas, la posibilidad de ser removido judicialmente[74] y la de responder por daños y perjuicios[75].

Las obligaciones que tendrá a su cargo el fiduciario nacerán del contrato y de la ley, en algunos casos con carácter de orden público, esto implica que las partes no podrán dejarlas de lado. El CC y C no incluye una enumeración de los deberes del fiduciario. El criterio es que una gestión fundada en la buena fe y la confianza es lo que servirá a los jueces como parámetro para determinar si el fiduciario ha cumplido diligentemente o no su función. Esta pauta está fijada en el art. 1674 del CC y C, según el cual el fiduciario debe cumplir sus obligaciones con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa en base de la confianza depositada en él[76]; pauta que se analizará en el título IV) de este capítulo.

La regla es que el fiduciario está obligado a cumplir los fines del fideicomiso según el acto constitutivo. Esto a su vez dependerá del tipo de fideicomiso (de administración, de garantía, etc.) y de la clase de bienes que se transmiten (inmuebles, acciones, créditos). Hay que tener en cuenta que, si bien es propietario de los bienes fideicomitados, y por lo tanto actúa en nombre propio y por cuenta propia, lo tiene que hacer en “interés ajeno” ya que su cometido principal es el de obtener beneficios para otros[77].

En un fideicomiso inmobiliario el fiduciario puede o no ser quien lleva adelante el emprendimiento inmobiliario, conforme a las obligaciones pactadas en los respectivos acuerdos del contrato. El fiduciario podrá ser una empresa constructora y que ella misma tenga a su cargo la edificación del emprendimiento inmobiliario o bien un tercero que delegue la edificación y contrate a otra empresa. Debe determinarse, en forma clara, quién asume el rol de vendedor de las unidades, el de director de obra, a fin de delimitar las respectivas responsabilidades[78].

Es así como al actuar en virtud de la confianza depositada en él, el fiduciario no podrá delegar sus responsabilidades como tal ni las obligaciones elementales del encargo, sin perjuicio de lo cual el contrato podrá preverse la delegación de ciertas funciones operativas, bajo su responsabilidad. Asimismo, podrán pactarse expresamente las facultades y límites para la administración y disposición de los bienes fideicomitados, pues si el contrato nada dice, en cada caso el fiduciario deberá obrar con el criterio y la diligencia del buen hombre de negocios a efectos de alcanzar los fines del fideicomiso inmobiliario[79].

## Beneficiario

La posición jurídica del beneficiario es la de un tercero a cuyo favor estipulan ejercer el fideicomiso fiduciante (estipulante) y fiduciario (promitente), es decir, es un tercero interesado. En efecto, el título causal del derecho al beneficiario es una estipulación a favor de tercero y, por tanto, resulta aplicable, lo normado por el art. 1027 del CC y C, así como la doctrina del contrato a favor de tercero, de conformidad con las particularidades del fideicomiso[80].

El beneficiario es la persona que tiene derecho a recibir los beneficios del fideicomiso. La ley no aclara en qué consiste este beneficio, pero se puede inferir que dicho beneficio consiste en obtener todos o parte de los frutos de las cosas o bienes que hayan sido objeto del contrato de fideicomiso. Es el fiduciario por su condición de dueño a quien le corresponden los frutos, pero nada impide, al no estar

en juego el orden público, que en el contrato se disponga que los frutos, en todo o en parte, durante la vigencia del fideicomiso, le correspondan al beneficiario.

El derecho del beneficiario es personal, temporario, transmisible y embargable por sus acreedores. Personal en cuanto su derecho se reduce a la facultad de reclamar los frutos y temporario en cuanto a que dura tanto como el fideicomiso y también es transmisible por actos entre vivos o causa de muerte salvo disposición en contrario del fiduciante (art. 1671 párrafo cuarto). De ahí que en caso de muerte la ley autorice que en el contrato se prevea el derecho de acrecer o que se designe un sustituto, con lo cual no se transmitiría el derecho a los herederos del beneficiario originario. Su derecho a los frutos será embargable por sus acreedores (art. 743 CC y C) quienes también pueden subrogarse en sus derechos (art. 739 CC y C)[81].

En cuanto a sus derechos dispone la ley que el beneficiario puede exigirle al fiduciario que le rinda cuentas, lo que se deberá hacer con una periodicidad no mayor a un año[82]. Como el beneficiario es titular de un derecho actualmente exigible, a diferencia del fideicomisario, puede requerir al fiduciario que cumpla un compromiso entregándole los frutos según lo pactado y, de no obtener satisfacción, puede concretar el reclamo mediante la acción judicial correspondiente. También cabe reconocerle el derecho a ejercer actos conservatorios de su derecho, entre los cuales cabe incluir a la acción reivindicatoria, subrogándose en los derechos del fiduciario[83].

El art. 1681 del CC y C regula la necesidad de aceptación de sus roles por parte del fideicomisario y beneficiario. Tal aceptación puede ser expresa y en algunos supuestos tácita si los actos son inequívocos.

El beneficiario en un fideicomiso inmobiliario será quien reciba el dominio de las unidades funcionales o inmuebles construidos mediante la administración y aplicación de los bienes fideicomitados de acuerdo a la finalidad estipulada en el contrato. El fiduciante puede ser beneficiario a la vez conforme se pacte. Existe además la posibilidad que ceda sus derechos como beneficiario del fideicomiso, otorgándosele de esta manera una opción de salida anticipada sin esperar a la conclusión de la obra.

#### Fideicomisario

El fideicomisario al igual que el beneficiario, no es parte en el contrato, sino que su posición jurídica es la de un tercero interesado, alcanzado por los efectos del contrato[84].

De la lectura de los arts. 1666, 1667 inc. e), 1671, 1672 y 1698 surge que el fideicomisario es el destinatario para recibir la propiedad de los bienes una vez extinguido el fideicomiso. El CC y C le asigna las siguientes facultades: pedir la remoción del fiduciario (art. 1678 inc. a) o el derecho a ser también destinatario de la rendición de cuentas (art. 1675), la posibilidad de solicitar la designación de un fiduciario sustituto así como medidas cautelares (art. 1679)[85] establecer la necesidad de su aceptación (art. 1681) la de incoar la acción revocatoria (art. 1681) señalar que su patrimonio no debe confundirse con el fideicomiso (arts. 1685 y 1687), se puede pactar que sea necesario el consentimiento para que el fiduciario pueda enajenar (art. 1688) prevé que se puede subrogar y sustituir al fiduciario (art. 1689)

y la aplicación por analogía de las normas previstas para el beneficiario (art. 1672)[86].

El derecho del fideicomisario es de naturaleza personal, más exactamente desde la perspectiva contractual es el resultado de una estipulación a favor de tercero (art. 1027 CC y C). Ello porque carece de título suficiente para la adquisición de derechos reales, hasta tanto se verifique la circunstancia resolutoria, pues su título se halla subordinado a una modalidad suspensiva (condición o plazo). Le asiste un derecho de carácter personal derivado de un negocio jurídico que es la causa-fuente de la relación, cuyos efectos están subordinados a un acontecimiento futuro, que puede ser incierto o necesario según se trata de una condición o de un plazo. Se trata de un derecho subjetivo existente pero no completamente eficaz, ya que su “eficacia principal”, es decir la prestación que constituye el objeto primordial del negocio, no es exigible, sino que se halla pendiente[87].

El fideicomisario está facultado para realizar actos conservatorios de su derecho, durante la pendencia del evento resolutorio. Entre tales actos conservatorios cabe mencionar la solicitud de medidas precautorias, especialmente el embargo preventivo, en caso de que el fiduciario pretenda enajenar u ocultar la cosa objeto del fideicomiso, en contra de los fines del fideicomiso. Puede solicitar la reparación de construcciones, la venta de cosas perecederas, el levantamiento de las cosechas y en general, la adopción de las medidas conducentes para la conservación de la cosa en buen estado; sin perjuicio de lo cual, si el deterioro es derivado del actuar culpable del fiduciario, cuando la obligación sea exigible podrá reclamar el resarcimiento de los daños (arts. 755, 758 y concordantes CC y C).

Asimismo, cabe decir que producida una causa de cesación del fiduciario, el fideicomisario está legitimado para requerir la designación del sustituto y puede exigir que le rindan cuentas. El derecho del fideicomisario es transferible por acto entre vivos o por causa de muerte.

En el ámbito de un fideicomiso inmobiliario entre sus atribuciones puede mencionarse: 1) Demandar al fiduciario para lograr el cumplimiento de su obligación de suscribir la correspondiente escritura de dominio y contribuir a su inscripción registral. 2) En materia de rendición de cuentas, la mayoría de la doctrina coincide en que está legitimado activamente a exigir la rendición de cuentas final del fideicomiso, una vez vencido el plazo del fideicomiso o cumplida la finalidad para la cual fue constituido. El fundamento es que el interés del fideicomisario cuando no coincide su persona con la del fiduciante o beneficiarios, se encuentra al final del tramo negocial, conclusión del encargo, y es allí donde se le otorga participación[88].

#### *IV) Responsabilidad del fiduciario a la luz del CC y C normas aplicables*

##### *a- Breve introducción a la teoría general de la responsabilidad civil*

La Teoría General de la Responsabilidad Civil exige la presencia de cuatro elementos para determinar la obligación de indemnizar, a saber: daño, antijuridicidad, relación de causalidad y factor de atribución. La inexistencia de uno de ellos implica la eximición de responsabilidad civil por parte del sindicado como responsable. El Código Civil y Comercial receptó explícitamente esta teoría y además precisó reglas

específicas para asignar la carga de la prueba de cada uno de los elementos de la responsabilidad civil[89].

El art. 1737 CC y C establece que habrá daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva. El art. 1744 CC y C determina que el daño debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos. Es decir, la norma citada remite al principio general clásico según el cual quien alega un hecho como sustento de su pretensión tiene la carga de acreditarlo; pero también aclara que puede ser imputado, presumido por la ley o si surge de hechos notorios[90].

La antijuridicidad puede derivar, según establece el art. 1716 CC y C de la violación del deber genérico de no dañar a otro o del incumplimiento de una obligación preexistente, lo que genera efectos equivalentes a partir de la unificación de los regímenes extracontractual y contractual. También establece una presunción iuris tantum de antijuridicidad a partir de la existencia del daño, es decir, quien alegue una causal de justificación tendrá la carga de acreditar ese extremo[91].

El art. 1726 CC y C. establece que se responderá por aquellas consecuencias dañosas que tengan relación de causalidad adecuada con el hecho que produjo daño y el art. 1727 CC y C clasifica las consecuencias como inmediatas, mediatas y casuales. La importancia de la relación de causalidad se observa en dos instancias, en primer lugar, para determinar la autoría del hecho dañoso y, en segundo lugar, para determinar el alcance de la indemnización. Es decir, para que exista responsabilidad civil es necesario que entre el daño y el hecho generador haya relación de causalidad adecuada, y para precisar la extensión de la obligación de indemnizar tiene que existir relación de causalidad adecuada entre el daño y las consecuencias dañosas que implica[92]. Según el art. 1736 CC y C, la prueba de la relación de causalidad debe ser acreditada por quien la alega, salvo que exista una presunción legal. Asimismo, quien alegue la existencia de una causa ajena tendrá la carga de acreditarlo.

Por su lado el factor de atribución es el fundamento normativo por el cual se hace responder civilmente a un sujeto y pueden ser subjetivos u objetivos. Los factores subjetivos de atribución son aquellos que se vinculan con la reprochabilidad de la conducta desplegada por el sindicado como responsable y consisten en la culpa y el dolo tal como establece el art. 1724 CC y C. Por eso, es suficiente para eximirse de responsabilidad civil en estos casos la prueba de haber actuado con la diligencia que era exigible, es decir, la inexistencia de culpa[93].

En cambio, los factores objetivos de atribución son aquellos en los que la prueba de la culpa o la falta de ella es irrelevante para determinar la responsabilidad tal como los define el art. 1725 CC y C, ya que el fundamento se encuentra en otro aspecto como el riesgo creado, la garantía, la equidad, etc. Por eso, es necesario para eximirse de responsabilidad civil en estos casos acreditar la existencia de una causa ajena del daño.[94]

El art. 1734 CC y C establece el principio general según el cual, quien alega la existencia factor de atribución y quien alega circunstancias eximentes tienen la carga de acreditar dichos extremos.

Vale aclarar que la aplicación de un factor objetivo de atribución no implica una presunción de causalidad, sino que significa, tal como expusimos anteriormente, que será irrelevante la existencia o no de culpa para determinar la obligación de indemnizar. Esto implica que quien invoque la aplicación de un factor objetivo de atribución tendrá la carga de acreditar los presupuestos fácticos que así lo habiliten[95].

En los casos en los que resulte aplicable un factor subjetivo de atribución, el art. 1735 CC y C establece una importante excepción al principio general mencionado anteriormente en cuanto recepta expresamente la teoría de las cargas probatorias dinámicas. Para la prueba del factor subjetivo de atribución, es decir la prueba de la culpa o de haber actuado con diligencia. Dicha aplicación es una excepción al principio general según el cual quien alegue la existencia de culpa tiene la carga de acreditarla[96].

#### b- La responsabilidad del fiduciario

En primer lugar, cabe remarcar que la transferencia del dominio a título de confianza es la esencia del contrato de fideicomiso. Por “título” de transmisión entendemos la motivación subyacente en el acuerdo de voluntades que ha precedido a la enajenación o es concomitante con ella. Se transmite el bien “porque” se tiene la confianza necesaria en que el transmitente hará cumplir el encargo. Surge de lo dicho que en los casos de transferencia de dominio fiduciario el transmitente no recibe una contraprestación equivalente al valor del bien, como sería el caso de venta o permuta[97].

Los compromisos que contrae el fiduciario en el contrato de fideicomiso no se deben entonces como contraprestación de la transmisión de dominio. El encargo no se paga con el bien que recibe el adquirente fiduciario, sino que generalmente percibirá una retribución por sus servicios. No podemos calificar, entonces al acto de transferencia del dominio fiduciario como un acto a título oneroso, simplemente porque nada da el adquirente a cambio del bien. Pero tampoco será un acto a título gratuito porque la propiedad no se regala al adquirente fiduciario. La transferencia se realiza únicamente a título de confianza, mediante un “acto fiduciario” o “acto a título fiduciario”[98]. De allí que su responsabilidad será juzgada en base a “la confianza en él depositada”.

El fiduciario en su carácter de titular del dominio fiduciario y administrador de los bienes fideicomitidos tiene distintas clases y fuentes de obligaciones: según el origen de ellas pueden derivar de la ley o del contrato o bien su responsabilidad se juzgará de acuerdo a si se ve involucrado otra de las partes del contrato o un tercero.

En su rol de administrador de un patrimonio fideicomitado asume dos niveles de obligaciones. Por un lado obligaciones principales o de gestión, que son de medio, como sucede -por ejemplo- en el caso de la administración de los bienes, la adecuada inversión, o la obtención del mayor rendimiento posible, y por el otro, aquellas de carácter instrumental o accesorio, calificadas como de resultado, y por ende el factor de atribución es objetivo, pues no es menester probar su culpa, no porque no exista, sino porque carece de interés[99]. Así en cuanto a su responsabilidad, el estándar de actuación a la cual debe someterse todo fiduciario se encuentra regulado en los arts. 1674 y 1725 del CC y C.

El principio general fijado en el art. 1674 CC y C[100] establece que el fiduciario debe cumplir las obligaciones impuestas por la ley o convención con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza en él.

Un buen hombre de negocios será aquel que ejerza su función respetando los fines del fideicomiso del caso concreto; la ley; la voluntad expresa o tácita del fiduciante evitando cualquier conflicto de intereses y obrando privilegiando los intereses de los restantes sujetos que intervienen en el contrato, cuando el fiduciario fuese beneficiario[101].

La norma precisa con claridad que no se trata de una culpa in abstracto pese a hacer mención al buen hombre de negocios, desde que establece que tal patrón de conducta debe apreciarse teniendo en cuenta la confianza depositada en él. Es decir, marca claramente el carácter intuitu personae de la encomienda del que deriva la imposibilidad, como regla de delegar sus funciones[102].

La culpa del fiduciario en el incumplimiento de la fiducia consistirá en la omisión de aquellas diligencias que exige la naturaleza de su obligación y que se corresponden a las circunstancias de las personas del tiempo y del lugar, estando comprendidas la imprudencia, la negligencia y la impericia en su profesión[103].

En la estimación del grado de responsabilidad de su actuación se debe tomar en cuenta la condición especial y la facultad intelectual del fiduciario por tratarse de un contrato que supone una confianza especial entre las partes, de acuerdo a la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes ateniéndose la especial cualidad del agente. Las obligaciones a su cargo surgen del contrato de fideicomiso y el legislador privilegió el concepto de la buena fe como esencia de la función. Si bien actúa en nombre propio y por cuenta propia, lo hace en beneficio de otras personas: los beneficiarios[104].

Con lo cual, cualquier persona humana o jurídica que acepte tomar parte de cualquier formato de fideicomiso (excepto los sujetos a la oferta pública) bajo el rol de fiduciario, como regla básica, además de contar con todos aquellos recaudos que lo protejan jurídicamente frente a los diversos riesgos con los que podría enfrentarse como resultado de la ejecución del encargo fiduciario pactado, debería como un "plus" entre las exigencias que deberían reunirse para el cumplimiento de dicho encargo, acreditar un adecuado conocimiento de las reglas, costumbres, prácticas y métodos propios para el tipo de negocios que se comprometan a realizar o controlar, ya que de lo contrario, se configuraría una situación de "impericia", con las consiguientes consecuencias jurídicas resultantes de este último obrar.

El art. 1725 del CC y C[105] por su parte, sienta varios parámetros para valorar la conducta del fiduciario que causó daño injustificado, sean de origen contractual o extracontractual. La norma resalta la previsión, particularmente en el ámbito de la relación de causalidad, la confianza negocial y las condiciones especiales del agente que se tuvieron en cuenta al momento de celebrar el negocio jurídico.

Existe una limitación a la responsabilidad del fiduciario en relación a su patrimonio personal conforme lo establecen los arts. 242 y 1685 del CC y C. Los bienes fideicomitidos solo responden respecto de las deudas contraídas en la ejecución del fideicomiso. En tal sentido, como principio general, en la medida que el fiduciario hubiera sujetado su actuación a los fines del fideicomiso y a las previsiones

contractuales pactadas bajo aquel (art. 1704 CC y C.), en forma consistente y con apego al estándar de diligencia y prudencia del buen hombre de negocios sobre la base de la confianza depositada en él (art. 1674 primera parte CC y C.), únicamente respondería con el patrimonio fideicomitado por el cumplimiento de las obligaciones generadas por su ejecución, no pudiendo, como principio general, ser atacado su patrimonio personal[106].

Como excepción, que por aplicación de los presupuestos de atribución de responsabilidad civil, se hubiera acreditado que su conducta: 1) hubiera sido antijurídica (incumplimiento de su deber de no dañar a otro, o su incumplimiento a una obligación de fuente legal o convencional, ya que en tal caso deberá reparar el daño causado (art. 1716 CC y C); 2) con un factor de atribución subjetivo (dolo o culpa, art. 1724 del CC y C) u objetivo (en los supuestos de falta de contratación de un seguro de responsabilidad civil previsto en el art. 1685 ,segunda parte y 1757 del CC y C), según las particulares circunstancias del caso; 3) hubiera causado un daño y 4) exista un nexo de causalidad entre su comportamiento (como hecho productor) y el daño ocasionado, teniendo en cuenta además que la nueva Codificación unificada ha consagrado el principio de la "reparación plena o integral" (arts. 1738 y 1740 CC y C)[107].

La imputación de responsabilidad civil en forma personal contra el patrimonio del fiduciario, recalamos, se encuentra sujeta a la observancia de su deber tanto de "no dañar" como de no incumplir obligaciones a su cargo (ya sean de fuente legal o convencional) (art. 1716 del CC y C), ya que de haberse tipificado cualquiera de tales supuestos, sobre las circunstancias del caso concreto, y en la medida en que se haya acreditado el dolo o la culpa de él o sus dependientes, que adicionalmente, son inexcusables (art. 1676 CC y C), devendrá exigible.

Adicionalmente, y a los fines de evitar ser responsabilizado civilmente, su conducta deberá necesariamente adecuarse a las dos funciones esenciales que sobre esta temática han sido reguladas, para evitar así incurrir en eventuales incumplimientos, como son los casos de las funciones preventiva (art. 1710 CC y C), y resarcitoria (art. 1708 del CC y C), respectivamente.

Cabe señalar que cuando el fiduciario revista el carácter de proveedor de bienes y servicios en los términos de la LDC, su responsabilidad por incumplimientos de obligaciones contractuales o legales será valorada con parámetros mucho más exigentes que los previstos en el CC y C. Su responsabilidad será juzgada por estándares de conductas más elevados de los que se aplicarían si el fiduciario no reviste el carácter de proveedor en los términos del art. 2 de la LDC.

El fiduciario-proveedor deberá observar los deberes legales que le impone la LDC: deber de información, trato equitativo y digno al consumidor, deber de seguridad, etcétera. A su vez su conducta podría ser valorada por factores objetivos de atribución de responsabilidad en virtud de lo establecido en el art. 40 de la LDC. Esta particularidad será objeto de análisis en el Capítulo 4 donde se desarrollan las implicancias de la integración normativa y el diálogo de fuentes.

c- La responsabilidad de los profesionales que intervienen en la confección del contrato y desarrollo del negocio

La figura del fideicomiso es una herramienta jurídica contractual y/o financiera muy versátil para el desarrollo macroeconómico desde un punto de vista, y desde lo

micro, facilitador de negociaciones jurídicas diversas que puede ser utilizado para innumerables fines. Esto significa que el instituto puede prestarse a ser utilizado para fines no legales, razón por la cual cabe como profesionales del derecho evitar o alertar acerca del bastardeo del instituto citado. Será entonces tarea de los juristas, magistrados, escribanos y abogados velar por que no se produzcan excesos en la figura mencionada[108].

Ante esta labor profesional que, en la práctica, constituye uno de los aportes más importantes que los profesionales realizamos, tendientes a "agregar valor" a este tipo de emprendimientos, mediante la implementación de su adecuada ingeniería contractual, confiriendo un razonable grado de protección para sus posiciones internas, que gobernará los términos esenciales en su desarrollo, debiendo extenderse incluso, a la supervivencia post-terminación del fideicomiso, de ciertas cláusulas especialmente estructurales, como por ejemplo, la indemnidad otorgada a favor del fiduciario, nos encontramos frente a una situación paradójica[109].

Tal situación reside en que ni bajo la actual Ley N° 24.441, ni el Código Civil y Comercial Unificado, contamos con un tipo contractual específico que, de manera estandarizada, regule al fideicomiso inmobiliario, ya que, en definitiva, a los fines de su construcción y distribución de riesgos patrimoniales, prevalecerá el ejercicio de la autonomía de la voluntad pacta sunt servanda, con la excepción de ciertos contenidos "minimalistas" que el contrato deberá incluir, y en contraposición, ciertas disposiciones inderogables que también deberá respetar (como la inexcusabilidad del dolo o culpa en el que hubiera incurrido el fiduciario; su obligación de rendir cuentas, y la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos)[110].

De cualquier modo, se ha patentizado la adopción de una estructura estandarizada de contenidos, plasmada en una serie de cláusulas estructurales, cuya observancia debería ser de cumplimiento obligatorio, por aplicación de nuestros usos y costumbres mercantiles, entre las que enunciamos, las siguientes: 1) las facultades y deberes del fiduciario en función del objeto; 2) las formas de control del fiduciante y los beneficiarios sobre la gestión del fiduciario; 3) mecanismos de solución de contingencias que puedan suscitarse durante la vigencia del contrato; de ahí la importancia de una clara determinación del objeto del contrato[111] y 4) la determinación del plazo de vigencia del contrato, y por ende del dominio fiduciario, dejando de lado su determinación genérica (hasta concluir la construcción y escritura de las unidades resultantes).

Delimitar adecuadamente las responsabilidades del fiduciario según las funciones que le confiere el contrato y las que pueda contraer al relacionarse con terceros es una de las principales claves para que esta herramienta jurídica pueda cumplir acabadamente su función invaluable de llevar seguridad para las inversiones y al desarrollo de la economía[112].

Resulta clave establecer con precisión el alcance de los derechos y facultades del fiduciario a la hora de disponer de las unidades resultantes del emprendimiento. No es lo mismo adjudicarlas a los fiduciantes-beneficiarios que venderlas a los terceros compradores que nada tienen que ver con el contrato. En cada caso habrá que calificar la legitimación del fiduciario al momento de disponer, y si el contrato nada dice, es poco preciso o confuso, no voy a encontrar en la ley una aliada supletoria que me resuelva la validez del acto[113].

A su vez para estos actos de trascendencia patrimonial, incluyendo el posible gravamen del inmueble fideicomitido, será importante saber de antemano si



necesitaré o no del consentimiento de los fiduciantes o beneficiarios y con qué mayorías se formaría el mismo.

Debería preverse en el contrato original la posibilidad de que fiduciantes posteriores adhieran a un contrato anteriormente otorgado, estableciendo los requisitos y condiciones de ingreso; como asimismo posibilitar las cesiones de los derechos de los fiduciantes-beneficiarios a la adjudicación del inmueble prometido por los aportes realizados, debiendo en ambos casos notificar en forma fehaciente al fiduciario para que tenga actualizada la lista de los fiduciantes-beneficiarios a quien adjudicar la unidad o entregar las sumas de dinero producto de la venta a terceros de dichas unidades[114].

Sería más que conveniente designar un fiduciario sustituto en reemplazo del originalmente previsto; establecer los mecanismos de liquidación ante el supuesto de insuficiencia del patrimonio fideicomitado; y dejar constancia de todas aquellas circunstancias que sean convenientes al negocio específico fiduciariamente estructurado[115].

La misión del fideicomiso debe quedar descripta en el instrumento que relaciona al fiduciante con el fiduciario; en nuestro caso la naturaleza y el alcance de la actividad inmobiliaria. Así, se ha sostenido que la seguridad del contrato de fideicomiso para los beneficiarios depende de la seguridad del negocio subyacente, de la confiabilidad que le inspire el fiduciario en su capacidad de gestión, y principalmente de la regulación específica en el contrato[116].

La instrumentación clara y precisa del contrato de fideicomiso ayudaría en mucho a resolver cuestiones y conflictos que pudieren presentarse durante su desarrollo. Si bien no hay forma instrumental propuesta, salvo que por el mismo contrato se aporte el bien inmueble sobre el cual se desarrollará el emprendimiento urbanístico, creemos que su confección por escritura pública sería conveniente; ante la falta de registración y publicidad contractual, la autenticidad, matricidad y publicidad cartular que ofrece la escritura pública puedan colaborar en tal sentido[117].

La función del escribano es de fundamental importancia. Los juicios de valor sobre la legalidad de los actos y las legitimaciones dispositivas le competen al escribano, sobre quien recaerá la responsabilidad, juntamente con el fiduciario si incurriera en abuso de facultades. Debe surgir con claridad del título, cada uno de los bienes fideicomitados que son los que se transfieren al fiduciario sujeto a un plazo o condición resolutoria[118].

#### *V) La aplicación del régimen protectorio de los consumidores al fideicomiso inmobiliario. Relación de consumo y contratación inmobiliaria*

La posibilidad de que se configure una relación de consumo en el marco de un fideicomiso inmobiliario, será la cuestión que determinará si cabe o no la aplicación de la LDC. El análisis se debe centrar en las notas particulares de los destinatarios finales o consumidores, es decir, determinar bajo qué supuestos se puede afirmar que se está ante la presencia de un sujeto al que podemos denominar consumidor y que integra como tal la denominada "relación de consumo". El art. 1092 CC y C define a la relación de consumo como "el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor", por lo que resulta necesario indagar sobre el concepto legal de consumidor y proveedor en el derecho argentino.

Cabe resaltar que el régimen protectorio de los consumidores del derecho argentino prevé un concepto de consumidor, que se asienta en el criterio amplio de considerar consumidor tanto a personas físicas como a personas jurídicas y esta nota característica constituye también una pauta común en los ordenamientos consumeristas de otros países del Mercosur[119].

Lo cierto es que los distintos supuestos de relaciones de consumo exigen una noción de consumidor distinta y el consumidor, como dijimos, no es siempre e irremediamente una persona física, sino que existen ciertos supuestos que en el extremo de los consumidores en una relación de consumo se podría encontrar a una empresa y dada las circunstancias del caso, podría tratarse de un consumidor financiero, un consumidor de seguro, un consumidor inmobiliario.

El art. 1092 del CC y C se ocupa de definir al consumidor como “la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social” Por su parte equipara al consumidor a “quien sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”.

La Ley N° 24240, por su parte y no obstante sus diversas modificaciones, considera como elemento definitorio del carácter de consumidor o usuario el hecho de que los mismos adquieran o utilicen bienes o servicios como destinatarios finales. En este sentido se ha señalado que el concepto de “destino final constituye el eje que, en definitiva, permitirá resolver quienes pueden ser consumidores o usuarios o quiénes no[120].

En igual sentido la doctrina ha afirmado que para determinar con algún grado de precisión la figura del consumidor existen distintos elementos que, valorados de manera desigual, han motivado diferentes enfoques: 1) Destino final: hace referencia al hecho objetivo que supone retirar el producto o servicio del mercado, lo que es igual a su salida de la cadena de valor (destinatario final fáctico); 2) Beneficio propio: Pone el acento en lo subjetivo: el uso privado, doméstico o no profesional del bien (destinatario final económico); 3) Vulnerabilidad; Se identifica con la debilidad o hiposuficiencia del consumidor, que puede ser económica, técnica, jurídica o informativa. Implica un desequilibrio entre las partes de la relación de consumo que merece ser atendido[121].

En la actualidad se consideran consumidores a todos aquellos que tan solo cumplan con una sola exigencia: la de revestir el carácter de destinatarios finales de bienes o servicios. No existe limitación de contratos alcanzados, hoy en día todos los negocios jurídicos encuadran dentro de la LDC siempre que exista un consumidor final “fáctico”. En consecuencia, el vínculo alcanza a quien dentro de una relación de consumo, medie contrato o no, reciba el bien o servicio como destinatario final, esto es, sin finalidad de revenderlo. Se confirma entonces que sólo quienes asignan un destino productivo al bien o servicio en cuestión, no pueden procurar la protección brindada por este régimen tuitivo[122].

Asimismo, cabe decir que en los supuestos en que se pretenda controvertir el carácter de consumidor de un sujeto en virtud de las cargas probatorias dinámicas, será el proveedor el que deberá aportar elementos que permitan advertir que el sujeto que pide la tutela de la LDC está excluido de ella, demostrando por ejemplo

que el bien que adquiere está integrado a una actividad comercial o empresarial[123].

En este sentido, cabe señalar que el estudio de “la noción de consumidor” delineada por el régimen protectorio resulta de vital importancia, toda vez que configura una verdadera clave de acceso al sistema tuitivo de los consumidores y usuarios. Es así como todos los sujetos abarcados por el concepto legal de consumidor, se erigen como los destinatarios de la tutela acentuada que el ordenamiento jurídico prevé para dichos sujetos con el fin de equilibrar la denominada relación de consumo, la que se caracteriza por ser un ámbito donde suele verificarse un aprovechamiento, por parte de quien detenta el poder de negociación, de aquel que se presenta como débil jurídico[124].

Ahora bien, aplicando esta noción de consumidor dentro del marco de un fideicomiso inmobiliario, cabe decir que en aquellos supuestos en que un fiduciario de un fideicomiso inmobiliario ofrezca al público consumidor unidades a construir y quien adquiera dichas unidades lo haga como destinatario final es decir, retirando el inmueble del mercado, lo que es igual a su salida de la cadena de valor “destinatario final fáctico”, adquiriéndolo en beneficio propio, para el uso privado, doméstico o no profesional del bien estaremos ante una relación de consumo, a la que le resultarán aplicables las normas que regulan el fideicomiso en el CC y C de manera integrada con las normas protectorias de los consumidores y usuarios, consagradas en la CN; la LDC; el CC y C y demás normas concordantes.

Dicho esto, corresponde afirmar que ante la presencia de una relación de consumo en el marco de un fideicomiso inmobiliario, quien es fiduciante (aportó bienes para el desarrollo inmobiliario) y/o beneficiario contará con las herramientas que brinda la normativa consumeril ante los incumplimientos u obrar negligente del fiduciario que lleva a cabo el emprendimiento inmobiliario. Esto acarreará diversas consecuencias, entre las que puede destacarse: 1) en cuanto al régimen de responsabilidad; el factor de atribución aplicable será objetivo y la responsabilidad será ilimitada y solidaria por los daños derivados de vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio; 2) el fiduciario tendrá a su cargo el deber de información; 3) ante cualquier incumplimiento de obligaciones contractuales y/o legales, el fiduciante y/o beneficiario tendrá los beneficios que provee la LDC a los consumidores como ser: beneficio de justicia gratuita, proceso de conocimiento más breve de la jurisdicción que corresponda para el inicio de la correspondiente acción judicial; deber de colaboración acentuado en materia de prueba; 4) la publicidad que se haga del emprendimiento mediante cualquier medio de difusión tendrá fuerza vinculante e integrará la oferta; 5) posibilidad de solicitar la aplicación de multa civil (daño punitivo) además del reclamo del resarcimiento de los daños efectivamente sufridos, ello a los fines de provocar un efecto disuasorio de la conducta disvaliosa llevada a cabo por el proveedor que infringió la ley.

En cuanto al régimen de responsabilidad, diremos que un fiduciario asume mayores responsabilidades si su actuación se encuentra comprendida dentro de las previsiones de la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor, por ejemplo, como consecuencia de ofrecer al público consumidor las unidades a construir, ya que en tales supuestos, el fiduciario es un proveedor que forma parte de la cadena de comercialización de tales unidades, sin que pueda jurídicamente, limitar el grado de responsabilidad o eximirse de ella lisa y llanamente ante incumplimientos a los deberes y obligaciones asumidos por el fideicomiso frente a consumidores. Estas responsabilidades tendrán naturaleza contractual, extracontractual o legal, según el caso y podrán tener como causa incumplimientos directos por parte del fiduciario,

o bien podrá responder como consecuencia de una responsabilidad refleja o apariencia[125].

En este orden de ideas es importante remarcar que el Código sostiene que las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable, y que en caso de duda prevalece la más favorable al consumidor (art. 1094 CC y C). Asimismo, en relación a la interpretación a otorgarle al contrato de consumo, el art. 1095 CC y C dispone que éste debe ser interpretado en el sentido más favorable para el consumidor, debiendo adoptarse la opción menos gravosa cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación[126].

Más adelante se pondrá de manifiesto cómo la noción de consumidor, relación de consumo y todas sus notas esenciales se armonizan y deben ser aplicadas en el marco de un fideicomiso inmobiliario en aquellos casos en que el adquirente de la unidad funcional revista el carácter de consumidor en los términos de la Ley N° 24.240 y del art. 1092 del CC y C.

#### *VI) La aplicación del régimen de contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas al fideicomiso inmobiliario*

Una adecuada conceptualización del contrato por adhesión, permite vislumbrar que los principios tradicionales sobre los que se edificó la concepción clásica del contrato, presentan una vigencia restringida en esta modalidad de contratación moderna. Puede entenderse por contrato de adhesión a aquel en el cual el contenido contractual ha sido determinado con prelación, por uno sólo de los contratantes al que se deberá adherir el co-contratante que desee formalizar una relación jurídica obligatoria[127].

Habitualmente los fideicomisos inmobiliarios suelen instrumentarse a través de contratos con un contenido estándar, pre-redactados por el fiduciante fundador o primer fiduciante en conjunto con el fiduciario originario quien establece las condiciones o cláusulas del contrato y al cual se adhieren los beneficiarios que en muchas ocasiones son los mismos fiduciantes que con posterioridad se han incorporado y que han realizado sus aportes. En estos supuestos el destinatario de la oferta (el beneficiario) no tiene libertad de configuración, sólo de conclusión. De esta manera los arts. 984 a 989 del CC y C devienen aplicables en el ámbito de un contrato de fideicomiso conforme desarrollaremos más adelante.

Actualmente, la figura contractual decimonónica, estereotipada en un acuerdo de voluntades consensuado luego de un iter prenegocial, es hoy casi de laboratorio. Surge un nuevo panorama impuesto por las prácticas negocials globalizadas y por le *lex mercatoria* a la cual el derecho tiene que dar respuestas y canales de captación. Esto determina una diversificación de los principios como técnica para captar la sustancia real del intercambio[128].

El derecho común de los contratos asiste de alguna manera a una verdadera principiología o principiolatría, urgido por la constitucionalización de la cultura jurídica, enfrenta una multiplicación de categorías y, fundamentalmente, una diversificación de los principios como técnica para captar la sustancia real del intercambio[129].

Lo cierto es que el poder de determinación contractual se ve superado por nuevas realidades como lo son la estandarización de las relaciones jurídicas, la masificación de los contratos, la uniformización del contenido contractual, los aprovechamientos por parte del contratante más fuerte, entre otros fenómenos que se presentan en la realidad contractual moderna[130].

De esta manera, a los principios contractuales tradicionales de la autonomía de la voluntad, de la libertad contractual, del consensualismo, de la fuerza obligatoria del contrato y de los efectos relativos del acuerdo de voluntades como acto jurídico, se agregan ahora, con enorme potencialidad jurídica, principios como el de la buena fe objetiva o negocial, la prohibición del abuso del derecho o del abuso de la posición dominante, la solidaridad contractual, la razonabilidad del contrato, el deber de información, el de transparencia, el de igualdad de las partes en sus potencialidades negociales, el de colaboración, el de equidad, el de protección de la parte más débil o vulnerable, el de coherencia, el de renegociación de los contratos de larga duración, el de *affectio contractus*, el de no discriminación, el de resguardo de los derechos fundamentales, etcétera[131].

Lorenzetti bajo el rótulo de la "crisis del consenso" determina el quiebre del consenso como elemento contractual principal de la concepción clásica; generada por el surgimiento de las nuevas costumbres negociales. Menciona la aparición de condiciones generales predispuestas por una de las partes, el surgimiento de los contratos de colaboración y de larga duración, la contratación por medios electrónicos, la recíproca interacción entre los contratos civiles y comerciales, que vuelve poco nítida la distinción, la aparición del proteccionismo respecto de los débiles a partir de la admisión de la existencia cada vez más extendida de contratantes expertos y profanos, y la globalización de las costumbres negociales[132].

En su aguda percepción, hay un tránsito del "modelo único a un modelo general con excepciones", con lo cual las reglas tradicionales elaboradas respecto del modelo del consentimiento basado en la negociación y pensado en el modelo de cambio puede considerarse todavía como la regla general, pero que cada vez admite más excepciones para supuestos vinculados a aquellos fenómenos convencionales contemporáneos, masificados y multifacéticos[133].

Tres son las razones que generan este cambio conceptual y operativo: En primer lugar se ha generado un cambio en la manera de contratar, se vislumbra la proliferación de contratos estandarizados, con contenido predispuesto y con ello la noción de consentimiento abarcativa de un proceso previo de consensos de intereses, se diluye en la mera adhesión o aceptación del módulo de contrato predispuesto (a veces inducida por necesidades reales o creadas por el propio oferente o por los grandes sistemas publicitarios), pre-redactado y ofrecido como bloque regulatorio por una de las partes, y en la cual no hay consenso alguno más que aceptar o rechazar el ingreso al módulo predispuesto[134].

La segunda razón de este cambio es quizás un cambio en el "alcance" que la voluntad jurídica supuestamente "sana" (sin vicios) tiene hoy en la eficacia contractual. Dentro del ámbito de los contratos consumeristas (que quizás al día de hoy sean los mayoritarios en número), ciertamente hay claras tendencias a la relativización de la teoría de los vicios del consentimiento, al menos en su formulación clásica, lo que se evidencia en regulaciones mediante las cuales o se prescinde de ellos para la validez del negocio, o se sustituye el campo operativo de alguno de ellos por diversos medios preventivos que se relacionan con la disparidad de potencialidades

negociales que hacen a la propia esencia del contrato consumerista o la posibilidad que existe de mantener válido el contrato pese a la anulación de una cláusula abusiva, imponiendo al juez el deber de integrar el contrato[135].

En tercer lugar, existe también una mutación en el “diseño” tradicional del contrato que de alguna manera se ha vuelto casi “estatutario”. Al modelo clásico de contrato diseñado por las codificaciones de los siglos XIX y XX se contraponen hoy una multiplicidad de módulos singularizados. “(...) fragmentándose en una pluralidad de situaciones diferentes que no permiten una mera adaptación a la regla general (subsunción), sino la aplicación de reglas diferentes (ampliación), que aunque no puedan elevarse a la categoría de reglas generales, es necesario que presenten un estatus diferenciado”[136].

En este sentido señala Lorenzetti, con elogiada claridad: “(...) No parece serio mantener dentro de los mismos moldes rígidos a un contrato internacional entre empresas, a la compra en un supermercado, al acuerdo de colaboración empresarial de larga duración, a la adquisición de un diario, a la construcción de un puente o al vínculo electrónico. El surgimiento de legislaciones especiales ha fracturado seriamente el modelo originario: el contrato con los consumidores, o el vinculado al Estado, presentan regulaciones muy apartadas de la regla general (...)”[137].

Como respuesta a este nuevo panorama y de prácticamente el abandono del acuerdo de voluntades consensuado, el CC y C intenta en sus artículos dar respuestas y canales de captación a las nuevas prácticas negociales globalizadas y así el régimen especial de cláusulas abusivas aplicable a los contratos concluidos por adhesión a cláusulas generales predispuestas, tal como se encuentra regulado[138], permite incluso que en los contratos celebrados entre empresas, o entre un empresario individual y una empresa puedan verificarse planteos de ineficacia de determinadas cláusulas contractuales por considerar a las mismas abusivas, siempre que se configure un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes[139].

Resulta positiva la incorporación de un régimen especial relativo a cláusulas abusivas en contratos celebrados por adhesión a condiciones generales, ya que otorga protección jurídica a quien se presenta como parte débil en un contrato por adhesión, posición que puede ser detentada por una PyME al contratar con una gran empresa que detenta mayor poder de negociación y que predispone todas las cláusulas que conforman el vínculo contractual. Esta cuestión no es menor, ya que ha sido objeto de discusión en doctrina, si correspondía o no aplicar las normas del estatuto del consumidor a las PyMES en sus relaciones con grandes empresas, discusión que a priori podría evitarse en lo que respecta al régimen de cláusulas abusivas acudiendo a las normas que regulan en los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas[140].

En el tema que nos ocupa cabe preguntarse, a los fines de determinar la normativa aplicable al contrato de fideicomiso inmobiliario, si el contrato es negociado o celebrado por adhesión a cláusulas generales predispuestas. Como se dijo al inicio, la incorporación de fiduciarios-beneficiarios al contrato, en la mayoría de los casos, se realiza por adhesión a cláusulas que son predispuestas por la empresa constructora que llevará a cabo la ejecución de la obra y que, en la mayoría de los casos, reviste el carácter de fiduciaria dentro del contrato.

Así conforme a la nueva regulación del CC y C sobre materia contractual, esta figura contractual, estará alcanzada también por las normas que regulan los contratos por

adhesión a cláusulas generales predispuestas (arts. 984 a 989 CC y C) y que se adicionan a las normas de aplicables a los contratos de consumo en aquellos supuestos en que exista un consumidor involucrado.

La realidad es que la predisposición unilateral de las condiciones contractuales, sumado a la inviabilidad de toda discusión paritaria y, por ende, la inmutabilidad de aquellas estipulaciones, terminan de consolidar la posición jurídica del fiduciante o fiduciario originario. Aparecen así cláusulas abusivas, también denominadas vejatorias, opresivas, leoninas o gravosas[141].

Este nuevo régimen de cláusulas abusivas, no resulta tan solo aplicable a los contratos de consumo, para los cuales se había previsto inicialmente la regulación de la LDC. En el sistema legal actual, se verifica una ampliación del ámbito de aplicación del régimen de cláusulas vejatorias, al preverse un régimen especial para los contratos celebrados por adhesión.[142] Así, los fiduciantes beneficiarios gozarán de la protección que brinda dicha normativa aún sin ser consumidores, en virtud del nuevo régimen con el que cuenta el CC y C.

Es sabido que en la mayoría de los casos el contrato de fideicomiso inmobiliario es celebrado por adhesión a cláusulas predispuestas por una de las partes; el fiduciario (empresa constructora - parte fuerte de la relación contractual), se trata de contratos estándares de contenido contractual uniforme ante el cual el fiduciante-beneficiario tiene solo una opción: o se adhiere a él aceptándolo o no lo hace. No cabe aquí posibilidad de negociación alguna. En este supuesto concreto el adherente gozará de la protección que le brinda el CC y C en la regulación de los contratos por adhesión, pudiendo acudir, por ejemplo, a la protección frente a cláusulas abusivas que brinda el CC y C.

Ahora bien, cuando el fiduciante beneficiario que se adhirió al contrato de fideicomiso sea a su vez consumidor, gozará con una protección acentuada de parte del ordenamiento jurídico, la que surge de la Constitución Nacional, el CC y C, la LDC y demás normas concordantes que están llamadas a integrarse y brindar soluciones normativas que resulten más favorables para el consumidor involucrado.

En apretada síntesis diremos que el contrato ya no configura un ámbito dentro del cual, los predisponentes del contenido contractual puedan valerse para imponer las condiciones que les plazca, sino que lo acordado por las partes va a tener validez y eficacia en el nuevo régimen legal, en la medida en que las estipulaciones no puedan ser reputadas como abusivas, en los términos del art. 988 del CC y C. Esto en razón de que el principio de la autonomía de la voluntad, pasa en el nuevo cuerpo legal a contar con una vigencia relativa, subordinada a los límites que le son inherentes, conformados por las normas indisponibles, la buena fe, la moral y las buenas costumbres[143].

#### **Capítulo 4: Integración normativa y diálogo de fuentes en la regulación del fideicomiso inmobiliario [\[arriba\]](#)**

##### *1) La integración normativa y dialogo de fuentes impuesto por el CC y C para la aplicación e interpretación de las normas*

El nuevo orden legal establecido por el CC y C, obliga a abordar las cuestiones jurídicas no desde una óptica parcializada, sino desde una interpretación y aplicación integral del derecho, teniendo presente la totalidad de las normas del

ordenamiento jurídico, premisa que resulta evidente y necesaria a la hora de analizar la figura del fideicomiso inmobiliario.

El “diálogo de fuentes” y la “ponderación de principios” son los dos mecanismos que el nuevo código plantea para resolver los conflictos ante la concurrencia de las normas. En cuanto a la ponderación de principios las normas fundamentales adquieren fuerza vinculante, operatividad y aplicación inmediata, lo que implica que las decisiones deben ser tomadas con un criterio de aplicación de las normas “conforme a la Constitución”. Toda norma regulativa sobre una conducta dada debe ser aplicada e interpretada conforme a los principios constitucionales, como condición de su eficacia[144].

El texto del art. 1 del CC y C evidencia esa indefectible correlación entre la Constitución y el Derecho Privado. El bloque de constitucionalidad integrado por la Constitución y por los Tratados Internacionales sobre derechos humanos, se manifiesta en todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los bienes ambientales, de los consumidores[145].

Esta nueva visión implica que el intérprete, fundamentalmente el juez, se apoye en el método sistemático, entendiendo que el sistema remonta a la norma fundamental; en el camino ascendente, debe advertir que la Constitución siempre incorpora determinadas opciones políticas y sociales profundas. La aplicabilidad directa de la Constitución, con todo su sistema de principios lleva a que la interpretación y el proceso aplicativo del Derecho, lejos de poder entenderse como una operación mecánica pase a ser algo necesaria y rigurosamente axiológico[146].

El CC y C deja de lado la denominada subsunción normativa que consistía en que una regla excluía a la otra y hacía prevalecer la otra. Excluir una norma y hacer prevalecer otra origina una respuesta antidemocrática reduciendo la complejidad de la sociedad y de los derechos que han logrado sede en la ley porque la Constitución lo permite. Los intereses son plurales en la sociedad contemporánea. Lo realmente constitucional es hacer dialogar los distintos intereses, todos ellos consagran de alguna manera algo que es atendible, para ello se debe hacerlos concurrir. El diálogo de fuentes se constituye como la respuesta metodológica a la respuesta de la pluralidad[147].

El CC y C regula el denominado diálogo de fuentes e impone su aplicación, si bien las normas del citado cuerpo legal no hacen referencia expresamente a dicho fenómeno, más de uno de sus artículos reconocen otras fuentes legales[148] diferentes del Código actuando en los casos de Derecho Privado junto con él; se organiza un sistema para que el operador del campo legal resuelva los casos de conflictos normativos que se compone, por un lado, de órdenes de prelación normativa y, por el otro, principios de organización del diálogo (vgr. la norma más favorable al consumidor o al consumo sustentable).[149]

Esta metodología es una teorización alternativa y superadora del dispositivo de resolución de antinomias del derecho moderno basado en la idea de que una regla debe excluir a la otra por razones temporales, de especificidad, o de jerarquía[150].

Según la postura del diálogo de fuentes, el sistema es complejo producto de la convivencia de diferentes racionalidades regulatorias; por ello, unas reglas de



resolución de conflictos normativos que hicieran prevalecer una por sobre otra cada vez, equivaldría a una pérdida de riqueza por disminución de la diversidad. Por esta razón, el objetivo que se propone este mecanismo y sus reglas derivadas es poner en práctica una labor de integración de las diferentes fuentes en las que se hallan cada una de las reglas en conflicto. Para el derecho privado, que por décadas logró sus mayores avances en el campo de las leyes microsistémicas, el diálogo de las fuentes -es decir, de los documentos legales que integran la fuente ley, en el derecho privado- es vital[151].

Cabe destacar que es evidente la considerable importancia que adquiere la autonomía de la voluntad en la redacción de un contrato de fideicomiso. Como contrapartida a dicha autonomía, el ordenamiento jurídico prevé normas de orden público y normas indisponibles. Las primeras, propias del fideicomiso en sí, tales como la que impone la obligación legal de rendición de cuentas[152] o la que determina el plazo legal máximo del mismo[153]. Y las segundas propias del ámbito del derecho del consumidor; aplicables en aquellos supuestos en que en el marco de un fideicomiso se presente una relación de consumo.

De la existencia de este doble ámbito normativo; el de derecho común por un lado, con sus normas de orden público aplicables a todos los contratos de fideicomiso sin que resulte posible disponer de ellas por la autonomía de la voluntad de las partes, y, a su vez, las normas propias del derecho del consumidor por el otro, puede afirmarse que, pueden darse supuestos en que al analizar una cuestión concreta de un contrato de fideicomiso inmobiliario, el régimen jurídico a aplicarse resultará también dual, debiendo integrarse los diferentes regímenes normativos aplicables a la situación concreta.

Se conjuga una profunda armonización y sistematización entre los distintos componentes del sistema de protección jurídica al consumidor arts. 42 y 43 CN, Ley Especial N° 24.240 y CC y C. Se establece un dialogo de fuentes, de manera que el Código recupera una centralidad para iluminar a las demás normativas[154].

De conformidad con esta perspectiva se produce una “integración del sistema legal” en una escala de graduación compuesta por: a) derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional; b) los principios y reglas generales de protección mínima y el lenguaje común del Código y c) la reglamentación detallada existente en la legislación especial[155].

En este sentido Gonzalo Sozzo sostiene que el derecho del consumidor tiene fisonomía microsistémica y que de este modo deviene compatible con la idea del primer párrafo del art. 1094 proyectado que también hace referencia -genéricamente- a “las normas que regulan las relaciones de consumo”, sean generales o especiales[156].

El segundo párrafo del art. 3 de la Ley N° 24.240, primera parte, establece lo que puede ser calificado como regla fundacional del microsistema de tutela del consumidor en tanto señala que “las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo (...)”. Se trata de una regla de gran importancia pues proporciona el espacio necesario para confirmar el carácter microsistémico de la tutela del consumidor. El señalar que la ley se integra con otras leyes dirigidas a proteger al consumidor significa que la Ley N° 24.240 constituye el cuerpo normativo que contiene la regulación central y general del microsistema pero que, al mismo tiempo, este último no se agota con la regulación que hace aquella ley, sino que se integra con otras leyes especiales que

también persiguen como finalidad política la tutela de los derechos de los consumidores y usuarios[157].

Afirmada la idea de que el Derecho del Consumidor es un microsistema pero que su regulación no se agota allí, sino que el CC y C regula tan sólo una parte del derecho del consumidor procurando dotar a dichas disposiciones normativas de la estabilidad que gozan los códigos, a un núcleo duro de ideas e instituciones con las que se suelen regular las relaciones de consumo y que como tal constituye un segundo anillo de la regulación[158] se impone la integración y la aplicación del dialogo de fuentes para la solución de cualquier antinomia normativa que pudiera presentarse, “incluso” en el marco de un fideicomiso inmobiliario.

## *II) Implicancias de la integración normativa en el fideicomiso inmobiliario*

Cuando se trata de indagar acerca de la existencia de una relación de consumo, a los fines de la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor en el marco de un fideicomiso inmobiliario, es importante destacar que la doctrina y jurisprudencia han sido contestes en señalar que el estatuto del consumidor resulta aplicable al contrato de fideicomiso dado que dicho contrato no es más que un mero vehículo de un negocio subyacente, es decir, que lo que tipificará la relación es el negocio que subyace al fideicomiso y que caracteriza la finalidad establecida en el contrato[159].

Ahondando en tal cuestión, explica Molina Sandoval que: “(...) en una mayoría de supuestos de fideicomisos de construcción en la que terceros aportan una suma de dinero con la expectativa de la adjudicación de una unidad “habitacional” la relación será claramente de consumo. No importa el esquema utilizado. Es indiferente para aplicar la LDC y proteger al consumidor que la adquisición de la unidad se realice mediante un boleto de compraventa con el fiduciario o sea mediante su incorporación como fiduciante y beneficiario. Lo importante es la causa determinante del aporte y las condiciones del pacto de adquisición de la futura unidad y quién ha sido el responsable del desarrollo del negocio (...)”[160].

La protección del fiduciante-beneficiario debe acentuarse cuanto éste resulta ser un consumidor y es que, si bien a veces el producto íntegro del desarrollo inmobiliario se reparte sólo entre los fiduciantes originantes, en otros supuestos el fideicomiso se volcará en un escenario de consumidores mediante preventas y ventas[161].

En este tipo de fideicomiso debe distinguirse el fiduciante originario de aquellos terceros que financian la obra con sus aportes, sea como fiduciantes-beneficiarios de fideicomiso de construcción al costo, o como simples adquirentes-beneficiarios por la compra de las unidades a un precio fijo, resultando en este caso indispensable la clara especificación del objeto mediante la incorporación del proyecto o master plan de obra como anexo del contrato. En muchos casos, al firmar el boleto de compraventa o el contrato de adhesión como fiduciantes al fideicomiso previamente constituido, ni siquiera se les entrega copia del contrato de fideicomiso al cual se adhieren, como para que mínimamente sepan las condiciones de su adhesión, y los derechos que les asisten como fiduciantes y/o beneficiarios, situación que se agrava en los supuestos en que el proyecto de obra y sus especificaciones técnicas no integran el contrato[162].

En este sentido la Cámara 6° de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba determinó: “En un reclamo de daños intentado por quien se incorporó como beneficiario y fiduciante a un fideicomiso inmobiliario sin poder advertir que este

todavía no existía y que en consecuencia, tampoco el patrimonio de afectación, resulta aplicable la normativa tuitiva del consumidor, pues si se ha entendido que los fiduciantes pueden ser consumidores cuando firman el contrato de adhesión a un fideicomiso existente, con mayor razón pueden ser considerados tales cuando suscriben sin que aquel se encuentre instrumentado conforme a derecho”[163].

La posibilidad de aplicar de manera integrada las normas del CC y C y las de la LDC al fideicomiso inmobiliario incide y repercute en supuestos de incumplimientos de obligaciones contractuales o legales, responsabilidad civil, normas procesales aplicables, efectos de la publicidad dirigida a consumidores indeterminados.

#### a- Implicancias ante incumplimientos legales o contractuales

En este escenario, el incumplimiento podrá ser total y encontrarse comprometida la prestación principal como ser la no entrega de la unidad adquirida o podrá tratarse de supuestos donde la prestación principal se cumple, pero de manera defectuosa; como ser el no cumplimiento del tiempo y forma que se estableció en el contrato para la entrega de la unidad, la presencia de vicios ocultos o redhibitorios[164], demora en la construcción[165]. El incumplimiento también podrá referirse a la inobservancia de los deberes legales o formales propios del ámbito de la LDC como ser deber de seguridad, trato digno y deber de información, etcétera.

El incumplimiento habilitará a quien se considere afectado a demandar el cumplimiento de contrato, la respectiva escrituración y entrega de posesión de la unidad o inmueble adquirido y accesoriamente podrá reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios que el incumplimiento le ocasionó.

El CC y C en los arts. 1083 y 1084 regula la resolución por incumplimiento. Conforme a esta normativa el adquirente de la unidad funcional podrá resolver total o parcialmente el contrato si la otra parte incumple; pero si el fiduciante o fiduciario que es deudor ha ejecutado una prestación parcial, el acreedor adquirente sólo podrá resolver íntegramente el contrato si no tienen ningún interés en la prestación principal. El art. 1084 determina bajo qué circunstancias el incumplimiento debe ser considerado esencial y establece que la esencialidad del incumplimiento debe ser juzgada en atención a la finalidad del contrato.

Por su parte la LDC en su art. 10 bis determina que el incumplimiento de la oferta o del contrato por el proveedor (salvo caso fortuito o fuerza mayor) “faculta” al consumidor, a su libre elección a: a) Exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible; b) Aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente; c) Rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato. Todo ello sin perjuicio de iniciar las acciones de daños y perjuicios que correspondan.

Explica Sebastián Picasso[166] que el texto de la ley “parecería acotar el ámbito de la disposición al incumplimiento de las obligaciones asumidas por medio del contrato, o de la oferta vinculante, cuando es evidente que también el cumplimiento de obligaciones surgidas ex lege -como la información art. 4 LDC o la de seguridad art. 5 LDC- dará al consumidor la posibilidad de articular alguno de los remedios que contempla el artículo”.

Así cada vez que se incumpla el deber de información[167] o el de seguridad tratándose de un consumidor; este podrá ejercer las opciones derivadas del art. 10

bis, sea que se produzcan daños en su persona o en su patrimonio. Este artículo debe ser interpretado de manera conjunta con el último párrafo del art. 37 LDC. Este último párrafo aclara que el incumplimiento contractual del proveedor puede provenir también de manera general, de la violación del deber de buena fe (en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración) o de la transgresión del deber de información, la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial[168].

Parte de la doctrina ha entendido que ante un incumplimiento podrían aplicarse los arts. 1031 y 1032 del CC y C y suspenderse los efectos del contrato. El beneficiario puede adeudar pagos o cuotas pactadas en el contrato y podría eventualmente suspender los mismos en virtud de estos artículos. Esta solución o remedio legal es aplicable exista o no relación de consumo[169].

La presencia de elementos objetivos de gravedad de los que se pueda inducir que el fiduciario no cumplirá habilitaría al consumidor o fiduciante beneficiario a suspender el cumplimiento de sus obligaciones de pago respecto del mencionado fideicomiso, hasta tanto contar con las certezas de que la obra efectivamente continuará. Puede generarse una situación de incertidumbre en el avance de la obra por un tiempo considerablemente prolongado, y que dicha situación de parálisis en el proyecto sea notoria y existan respuestas ambiguas y evasivas por parte del fiduciante o fiduciario originario encargado del proyecto. También puede generarse una situación que afecte directamente a la solvencia del fiduciario por insuficiencia de los bienes del fideicomiso o mala administración de los mismos, que impida continuar con el cumplimiento de la finalidad del fideicomiso.

En virtud de lo manifestado precedentemente, analizando las normas de los arts. 1031 y 1032 del CC y C a la luz del principio protectorio y del principio de interpretación y aplicación de las normas en el sentido más favorable al consumidor (art. 3 LDC y art. 1094 CC y C), puede afirmarse que en algunos supuestos el consumidor afectado por estas situaciones puede invocar tales normas a los fines de suspender los pagos y evitar un mayor perjuicio sobre su patrimonio.

b- Implicancias en materia de publicidad y de la oferta dirigida a consumidores indeterminados

La presencia de un consumidor inmobiliario dentro del ámbito de un fideicomiso tendrá también efectos sobre la oferta; ya que la publicidad tiene efectos vinculantes e integra la oferta, es decir todas las precisiones o afirmaciones que se hubieran realizado por cualquier medio difusión, vinculadas al proyecto inmobiliario integran la oferta; tienen fuerza vinculante y en caso de afirmaciones falsas o erróneas podrá considerarse que la prestación se cumplió de manera parcial o defectuosa y demandarse por incumplimiento de contrato en los términos del art. 10 bis LDC. A modo de ejemplo puede darse el caso de que la publicidad del emprendimiento tenga precisiones relativas a que el emprendimiento incluye amenities, club house, caballerizas y luego éstas finalmente no se construyen, habría en este caso una posibilidad de demandar por cumplimiento defectuoso.

c- Implicancias en materia de Responsabilidad civil. Factor de atribución

El Estatuto del Consumidor ha dado nacimiento a un régimen de responsabilidad autónomo y diferente al previsto para el Derecho Privado en general. Siendo un microsistema jurídico, esta consecuencia no puede resultar extraña[170]. El art. 40

de la LDC constituye el corazón de ese régimen reparatorio autónomo[171]. Este sistema autónomo de responsabilidad por daños tiene diversas notas distintivas que lo diferencian del sistema general del CC y C y es más beneficioso para el consumidor o usuario.

La característica distintiva de la Ley de Defensa del Consumidor es su carácter tuitivo por lo que establece a fin de la protección del consumidor dañado un factor de atribución objetivo que es la actividad económica en sí misma por su potencialidad riesgosa y el beneficio económico perseguido con dicha actividad, es decir que cualquier daño proveniente de la violación a la norma o de un contrato de consumo habrá de generar una responsabilidad objetiva y solidaria de toda la cadena de proveedores intervinientes sin perjuicio de las acciones de regreso existente entre ellos otorgando una mayor protección a los damnificados[172].

Idéntica perspectiva adoptan los arts. 1757 y 1758 del CC y C al incorporar la regulación de las actividades riesgosas o peligrosas en un pie de igualdad con el vicio o riesgo de la cosa.

La responsabilidad es objetiva (art. 1722 CC y C) por lo que el sindicado como responsable solo habrá de liberarse probando la causa ajena; y para el caso de las actividades riesgosas se limitan aún más las eximentes, ya que no podrá alegarse ni la autorización administrativa ni el cumplimiento de las técnicas de prevención y ese modelo de atribución es determinante en materia probatoria[173].

En cuanto a los responsables habrá de responder quien realice la actividad y se sirva u obtenga provecho de ella por sí o por terceros con excepción de lo dispuesto en la normativa especial, por tanto en el caso de las relaciones de consumo es de aplicación la Ley N° 24240 que además resulta más beneficiosa para el consumidor (arts. 3 LDC y 1094, CC y C) y es de orden público (art. 65 LDC)[174].

Asimismo, en materia de consumo existen numerosas presunciones de debilidad real y jurídica (arts. 3 LDC 1094, 1095 CC y C) de abusividad (arts. 8 bis, 37 LDC, 988, 1096 CC y C) ya que la norma atiende a facilitar el acceso a la reparación integral del consumidor dañado[175].

En cuanto a la solidaridad la jurisprudencia ha determinado que la condena impuesta a una empresa fiduciaria que no informó a la actora la situación registral del inmueble en el cual se emplazaba el proyecto debe extenderse solidariamente a la codemandada, en tanto era la propietaria del bien a la fecha de incorporación de aquella como fiduciante y, a la postre, resultó directora, constructora del edificio y agente inmobiliaria de las unidades funcionales, como asimismo fiduciante, inversor y beneficiaria, pues la falta de información cierta, detallada y veraz suministrada sumado a los distintos roles asumidos constituyen elementos suficientes para hacer extensiva la condena a título personal[176].

En conclusión, como regla general conforme al CC y C la responsabilidad del fiduciario en ejercicio de su función será juzgada por factores de atribución subjetivos. Por el contrario, la responsabilidad del fiduciario en el marco de un fideicomiso inmobiliario, toda vez que se encuentre involucrado un consumidor será objetiva y solidaria.

d- Implicancias sobre la función preventiva de la responsabilidad civil

Otro remedio legal que se aplicaría existiendo o no relación de consumo es la denominada tutela preventiva. Este remedio legal se asienta sobre dos pilares el deber genérico de no dañar previsto en el art. 1710 del CC y C y la vía procesal contenida en el art. 1711 CC y C.

También al tratarse de un consumidor inmobiliario puede este pedir el cese de la publicidad ilícita, la publicación de anuncios rectificatorios y de la sentencia condenatoria en virtud del art. 1102 CC y C.

Por su parte el art. 1711 del CC y C consagra la acción preventiva o tutela inhibitoria, regulada como vía procesal (autónoma o accesoria) idónea toda vez que una acción u omisión antijurídica hace “previsible” la producción de un daño, su continuación o agravamiento. La norma determina que no es exigible ningún factor de atribución pero esa acción u omisión debe ser antijurídica, es decir sin justificación. Y previsible en el sentido que no es necesario que sea receptiva; hay aquí un principio precautorio[177].

e- Implicancias en el ámbito del proceso en el que el consumidor hará valer sus derechos: normas procesales aplicables, reglas en materia de prueba, posibilidad de aplicación de multa civil

Hasta aquí se han analizado en paralelo los remedios legales que el CC y C por un lado y la LDC por su parte brindan ante un incumplimiento en el marco de un fideicomiso inmobiliario. Cabe destacar que este paralelismo no se presenta únicamente en este ámbito de los remedios legales ante un incumplimiento, sino que también se presenta en el ámbito del proceso judicial donde el consumidor accionará defendiendo sus derechos. Es así como de tratarse de un consumidor inmobiliario tendrá a su favor ciertos beneficios tuitivos en el marco del proceso judicial de consumo.

Habiendo visto hasta aquí todas las particularidades que presenta al consumidor es de toda lógica que la LDC prevea también soluciones procesales singulares que tengan presente esa tutela que se le quiere brindar al sujeto[178]. Expresa Gozaíni que “las normas sustanciales destinadas a la defensa de los derechos de usuarios y consumidores muchas veces no resultan bastantes si no consiguen plasmarse en los planos sucesivos. Uno que actúa como orientador de las conductas y que opera como prevención de eventuales desatinos; y otro consecuente que se activa con la acción procesal, propiamente dicha, vale decir, la demanda judicial”[179].

El art. 53 de la LDC ordena que en cualquier juicio iniciado con fundamento en el plexo consumeril, deberán regir las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal que intervenga. Dentro de nuestro CPCCN, el proceso de conocimiento más abreviado es el sumarísimo. El art. 53 LDC hace bien en no efectuar referencia concreta a él, pues puede ocurrir que en las jurisdicciones locales se hayan establecido otros distintos al mencionado. Sin perjuicio de lo dicho, siempre queda margen al juez para imprimirle el trámite ordinario cuando lo considere necesario, con base en la complejidad del caso[180].

Además de este beneficio de proceso de conocimiento más abreviado para brindarle una solución eficaz y rápida al consumidor toda vez que así lo requiera el art. 53 LDC prevé que si el consumidor no actúa por sí ante la justicia sino a través de un representante, baste para acreditar personería la carta poder o acta certificada. Lo

que busca la norma legal es poder a disposición del consumidor un medio ágil y barato para poder acceder a la justicia en defensa de sus derechos.

En materia de prueba el mismo art. 53 teniendo en cuenta que por la dinámica de las relaciones de consumo las pruebas generalmente se encuentran en poder de los proveedores establece la obligación del proveedor a aportar al proceso las pruebas que se encuentren en su poder y como obligación adicional de carácter genérico les impone prestar la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio.

Además, cabe decir que en materia de prueba el art. 1735 del CC y C, por su parte, consagra la facultad del juez de distribuir la carga de prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se encuentra en mejor situación para aportarla. Esta norma se aplicará aún si el adquirente no revistiera el carácter de consumidor. El principio según el cual el factor de atribución debe ser probado por quien alega su existencia (art. 1734 CC y C) se ve morigerado, cuando se trata de la prueba de la culpa, pues en tal caso el juez puede, según las circunstancias, asignar el onus probandi a quien se encuentre en mejor situación para aportar la prueba respectiva, lo que podría conducir a imponérsela al demandado[181].

La última parte del art. 53 LDC tomando nota de la asimetría existente entre consumidor y proveedor establece que las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita.

Cabe destacar que el beneficio no regirá en cualquier caso. El propio art. 53 LDC permite que el proveedor acredite solvencia del consumidor para hacer frente a los gastos y el beneficio cesará. Hay que remarcar que el beneficio no requiere la formación de un incidente separado, sino que debe ser otorgado en el decreto que le da trámite a la demanda[182].

Dentro del ámbito del derecho del consumidor (facultad que no existiría en la vía común u ordinaria) existe la posibilidad de que el juez aplique una multa civil a favor del consumido de manera independiente al reclamo de daños y perjuicios. Su naturaleza es sancionatoria y esto determina que su cuantía no estará limitada por el daño causado, sino que incluso podría superarlo, graduándose su monto en diversos parámetros.

El instituto de los daños punitivos busca sancionar económicamente a quienes actúan con total despreocupación respecto de los derechos de terceros, a sabiendas y habiendo calculado que el costo de la reparación de los daños que lleguen a reclamo será más económico que reorganizar la actividad o adecuar el producto que se comercializa con consecuencias dañosas[183]. Así toda vez que exista un fiduciario que como consecuencia de su actuar con grave menosprecio hacia los consumidores venda unidades a construir y no cumpla dañando a consumidores podría el juez determinar la aplicación de esta multa civil a los fines disuasorios de ese tipo de conductas.

El art. 52 bis de la LDC[184] regula el denominado daño punitivo o multa civil estableciendo es una sanción de carácter civil y de origen legal, que puede implicar no sólo una obligación de dar (generalmente de dar una suma de dinero) sino también de otra índole (de hacer, por ejemplo), disuasiva, accesoria, de aplicación

excepcional, que se impone al condenado en ciertos casos en los cuales el mismo ha actuado con dolo o culpa grave, generalmente con el fin de evitar que el mismo conserve ganancias (económicas, políticas o de otra especie) derivadas de su accionar ilícito, no obstante haber pagado las indemnizaciones correspondientes, aunque también su aplicación procede en otros supuestos en los cuales puede justificarse para castigar y prevenir conductas que merezcan un grado muy alto de reprochabilidad por parte de la sociedad[185].

Tal como puede observarse de lo desarrollado precedentemente, la multiplicidad de beneficios que el microsistema protectorio de los consumidores le brinda al consumidor en el marco de un proceso judicial contra un proveedor de bienes y servicios incumplidor de sus obligaciones legales y contractuales, beneficios que sin lugar a dudas se trasladan y aplican a un proceso judicial entablado en contra del fiduciario de un fideicomiso inmobiliario, en aquellos supuestos en que el fiduciario sea un proveedor de bienes y servicios y el fiduciante-beneficiario un consumidor.

## **Capítulo 5: Conclusiones acerca de las implicancias de la aplicación de las normas consumeriles en el marco de un fideicomiso inmobiliario [\[arriba\]](#)**

*1) En aquellos supuestos en que un fiduciario en un fideicomiso inmobiliario ofrezca al público unidades a construir y quien adquiera dichas unidades lo haga como destinatario final; devendrá aplicable el régimen tuitivo del consumidor, prevaleciendo la interpretación y aplicación de las normas en el sentido más favorable al consumidor como débil jurídico. Ello en virtud de que el derecho del consumidor atraviesa transversalmente todo el ordenamiento jurídico*

El derecho del consumidor ha trascendido y ha sido incorporado a todos los órdenes normativos; desde los más elevados como ser nuestra Constitución Nacional (arts. 42 y 43) hasta el Código Civil y Comercial de la Nación. Se impone un sistema político y jurídico de protección del consumidor de sujeto vulnerable.

La evolución de este sistema se pone de manifiesto sobre todo en su incorporación en el plexo normativo del CC y C determinando un incremento en la eficacia de sus normas. Su incorporación al código generó estabilidad en el sistema no pudiendo los operadores jurídicos impedir su aplicación toda vez que se encuentre involucrado un consumidor en la adquisición de un inmueble y/o unidad funcional en un fideicomiso inmobiliario.

Así cada vez que exista un consumidor inmobiliario en el marco de un fideicomiso no solo resultarán aplicables las normas del CC y C que regulan este contrato, sino que también lo serán las que regulan los contratos de consumo y el plexo normativo de la LDC.

Prevalecerá de este modo el principio protectorio de raigambre constitucional (art. 42 CN) y que ha sido reconocido expresamente en el art. 1094 del CC y C y que se fortalece a través de los arts. 7, 11 y concordantes del CC y C.

El sistema protectorio implicará que la aplicación e interpretación de las normas se realice conforme con el principio de protección al consumidor (art. 1094 CC y C). Como consecuencia de ello en caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalecerá la más favorable al consumidor (art. 1094 CC y C).



Además, las nuevas leyes supletorias serán aplicables a las relaciones de consumo en curso de ejecución, cuando sean más favorables al consumidor (art. 7 CC y C) y en el supuesto que se abuse de una posición dominante en el mercado, el Código impone la reacción judicial, preventiva y sancionatoria (art. 11 CC y C).

*2) La actuación del fiduciario-proveedor será juzgada en base a un régimen de responsabilidad más riguroso si su actuación se encuentra alcanzada por las disposiciones de la LDC*

El incumplimiento dentro del ámbito de la LDC, no se agota en la inobservancia de las obligaciones surgidas del contrato toda vez que incluye la inobservancia de los deberes legales propios del sistema tuitivo como ser el deber de información (art. 4 LDC), deber de brindar un trato equitativo y digno, y deber de seguridad (art. 5 LDC).

Así el incumplimiento podrá referirse a obligaciones pactadas expresamente y que surjan del contrato o a obligaciones extracontractuales o que surjan de la ley, en particular de las normas protectorias de los consumidores que son de orden público.

En el supuesto que exista una relación de consumo dentro de un fideicomiso inmobiliario el fiduciario será reputado como proveedor de bienes y servicios en los términos del art. 2 de la LDC y como tal no podrá eximirse jurídicamente de su responsabilidad mediante la incorporación de cláusulas contractuales eximentes o limitativas de responsabilidad civil.

El factor de atribución de la responsabilidad del fiduciario será objetivo. Lo que implica que las obligaciones a cargo del proveedor son de resultado, no pudiendo por lo tanto eximirse mediante la prueba de su falta de culpa (art. 40 LDC).

*3) Correlativamente al incremento de responsabilidad en cabeza del fiduciario el beneficiario adquirente de la unidad, en la medida en que revista el carácter de consumidor, tendrá mayores herramientas para entablar sus reclamos ante supuestos de incumplimientos*

Los beneficios del sistema tuitivo se verán reflejados no solamente en los remedios legales que brindan sus normas sino también en el ámbito del proceso judicial al que el consumidor puede concurrir para defender sus derechos.

Conforme a lo analizado en el capítulo anterior de este trabajo, el beneficiario adquirente tendrá a su disposición las herramientas propias del derecho común previstas en los arts. 1083, 1084; 1031 y 1032 y 1710 y 1711 adicionalmente a la posibilidad de reclamar daños y perjuicios. A estas facultades se adicionarán además los beneficios o herramientas propias del sistema tuitivo toda vez que el accionante sea un consumidor inmobiliario.

Así, los beneficios del régimen del consumidor adquieren autonomía propia y se manifiestan en distintas cuestiones, como ser: una legitimación activa amplia (arts. 1 y 52 LDC y 1092 del CC y C), régimen especial de vicios redhibitorios (art. 18 LDC), posibilidad de reclamar daños punitivos (art. 52 bis LDC) y daño directo (art. 40 bis LDC), opción de accionar colectivamente (arts. 52 y 54 LDC) y en las ventajas de carácter procesal, como ser: proceso judicial más breve, beneficio de gratuidad y principios de cargas probatorias dinámicas (art. 53).

Estas herramientas del régimen del consumidor difieren mucho de las que tendría aquel beneficiario que no revista el carácter de consumidor. Y allí se evidencia la importancia de lo planteado en la conclusión número 1), en el sentido de que existe la necesidad de que la interpretación y aplicación de las normas sea llevada a cabo de manera integral y siempre en el sentido más favorable al consumidor involucrado.

*4) Las normas relativas a contratos por adhesión, conexidad contractual, cláusulas abusivas, resultan aplicables al fideicomiso inmobiliario aun no existiendo en el caso relación de consumo*

En la mayoría de los casos los contratos de fideicomisos inmobiliarios tienen un contenido predispuesto al que los fiduciantes-beneficiarios se incorporan sin posibilidad de configuración contractual.

Un contrato de fideicomiso podrá ser predispuesto sin ser necesariamente un contrato de consumo, es decir podremos acudir al régimen previsto en el CC y C para cláusulas abusivas, se gozará de protección frente a este fenómeno aún sin ser consumidor, en virtud del nuevo régimen de cláusulas abusivas con el que cuenta el mencionado cuerpo legal (arts. 988 y 989 del CC y C).

Así el CC y C protege por ejemplo a aquel empresario débil que sin ser consumidor ha visto limitada su capacidad de decidir en la configuración del contrato. Las cláusulas abusivas no sólo están presentes en el marco de contratos predispuestos por una de las partes o en los contratos de consumo, sino que pueden encontrarse en contratos negociados y en los que ambas partes contractuales sean empresas, ya que lo que determina la aplicación de este régimen es la presencia de un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes.

Los regímenes especiales de cláusulas abusivas, contratos por adhesión, y las normas que regulan la conexidad contractual, son regímenes autónomos, es decir su aplicación no requiere necesariamente la presencia de un contrato de consumo o de que las partes sean necesariamente particulares y no empresas.

En conclusión, la incorporación de estas normas al régimen del CC y C otorga protección a la parte débil de la relación jurídica contractual, sin necesidad de que se trate de un consumidor y en esta característica reside justamente lo valioso de las normas citadas.

A su vez, en lo que respecta a la conexidad contractual, cabe decir que la regulación que al respecto trae el CC y C en sus arts. 1073 a 1075, resultará aplicable en aquellos supuestos en que en el marco de la contratación inmobiliaria, pueda vislumbrarse la existencia de una pluralidad de contratos celebrados con una finalidad económica común, con independencia de que el sujeto afectado por algún incumplimiento de esos contratos conexos sea o no un consumidor.

*5) La interpretación y aplicación de las normas debe ser guiada por el dialogo de fuentes y la ponderación de principios, todo de manera integrada. La justicia del caso impone la necesidad de realizar su análisis ya no desde una óptica parcializada sino integrada*

El dialogo de fuentes es la metodología que el CC y C implementa para resolver los casos. Esta implementación implica el abandono del “conflicto de leyes” y el paso hacia la “coordinación de leyes u órdenes jurídicos”. En este sentido la doctrina

sostiene que asistimos el fenómeno denominado fragmentación del derecho privado en el que no todas las respuestas para resolver un caso están en el “tipo contractual específico” al que nos referimos (contrato de fideicomiso), sino que en muchos casos y bajo ciertas circunstancias debemos y tenemos a disposición más herramientas en los “tipos contractuales especiales” como ser el del derecho del consumidor o incluso el régimen de regulación de cláusulas abusivas existente para los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas al que se aludió precedentemente.

Las bases de este diálogo de fuentes radican en: a) El principio de interpretación del Derecho y el Contrato, a favor del consumidor (arts. 3 y 37, LDC y 1094 y 1095 del CC y C); b) Las normas de protección al consumidor son de orden público (art. 65 LDC) y c) El principio protectorio se fortalece, dentro de esta mecánica de armonización, a través de un proceso de constitucionalización e internacionalización, en cuanto: debe efectuarse inexorablemente en función de los mandatos constitucionales, arts. 42 y 43 CN; y en conexión con los derechos incorporados, con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 CN), emergentes de los Tratados internacionales, de derechos humanos y derechos económicos, sociales y culturales[186].

Las cuestiones jurídicas ya no pueden ser abordadas desde lo específico y parcial, sino desde una interpretación y aplicación integral del derecho en su totalidad, teniendo presente la totalidad de las normas. Lo que resulta fundamental a la hora de resolver y buscar soluciones a casos como el planteado en este trabajo.

*6) La temática del fideicomiso inmobiliario ha sido incorporada en el Anteproyecto de Reforma de la LDC, lo que pone de manifiesto la concreta posibilidad de aplicación del régimen protectorio del consumidor a esta modalidad de contratación.*

Dentro del sistema actual de la LDC no hay regulación específica de los vicios en la contratación inmobiliaria. La LDC regula vicios ocultos en el capítulo IV solo respecto de aquellos defectos que pudieran existir en la contratación de cosas muebles no consumibles.

En diciembre del año 2018 la Comisión Redactora para la reforma de la LDC elevó por ante los ministros de Justicia y Trabajo de la Nación el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor. Los arts. 62, 63 y 64 del Anteproyecto regulan vicios redhibitorios y vicios ocultos en la contratación inmobiliaria.

Esta regulación específica constituye un doble avance: por un lado, respecto a la incorporación expresa de la contratación inmobiliaria al régimen de consumo y por el otro, se confirma el método del dialogo de fuentes y la integración normativa como mecanismo para resolver los casos. El Anteproyecto en el art. 62 dispone: “En estos casos las reglas de esta ley se integrarán con las del régimen de saneamiento del Código Civil y Comercial, cuando así fuese necesario, las que deben ser armonizadas a partir del principio de protección al consumidor. La misma integración cabrá en materia de ruina de la construcción de inmuebles, en la medida que el vínculo constituya una relación de consumo”.

Esta norma impone el dialogo de fuentes a partir del principio protectorio. La norma facilita la integración normativa, impone la aplicación del CC y C en armonía con el principio protectorio que debe guiar el diálogo de fuentes, lo que repercutirá por

ejemplo en materia de prescripción, cuyo plazo aplicable se amplía a tres años conforme el art. 64 del ALDC.

### **Bibliografía** [\[arriba\]](#)

Aicega, María Valentina - Gomez Leo, Osvaldo R., “Fideicomiso”, en: Jorge Alterini (dir.) - Ignacio Alterini (coord.), Código Civil y Comercial. Tratado exegético, Tomo VII, Buenos Aires, 2º Ed., La Ley, 2016.

Aicega, María Valentina, “El fideicomiso de garantía en el Código Civil y Comercial de la Nación. Modificaciones y algunos aspectos conflictivos de la figura”, publicado en: RCCyC 2017 (octubre), 03/10/2017, 130, Cita Online: AR/DOC/2288/2017.

Albohri, Débora Ruth - Pérez, Claudia Patricia - Salamon, Viviana Beatriz. “Fideicomiso Inmobiliario”, publicado en: Revista del Notariado 838, 01/01/1994,699, Cita Online: AR/DOC/6338/2011.

Alterini, Jorge H., Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético, 1º Ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Tomo VII, La Ley, 2015.

Arruiz, Sebastián G., “La carga de la prueba de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial”, publicado en: RCCyC 2018, 05/03/2018, 23, Cita Online: AR/DOC/148/2018.

Bilvao Aranda, Facundo M., “Extensión de la responsabilidad del fiduciario como proveedor de servicios inmobiliarios”, publicado en: RDCO 274, 15/10/2015, 1402, Cita online: AP/DOC/697/2015.

Boretto, Mauricio, “El fideicomiso inmobiliario operando en la práctica”, publicado en: LL Gran Cuyo2013, 1164. Cita Online: AR/DOC/4287/2013.

Carregal, Mario A., “Coexistencia de las calidades de fiduciario y beneficiario en los fideicomisos de garantía”, publicado en: LA LEY 15/09/2008, 15/09/2008, 1 - LA LEY2008-E, 1148 - Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales, Tomo VI, 01/01/2009, 443, Cita Online: AR/DOC/2476/2008.

Carregal, Mario A., “El fideicomiso: su aplicación desde la sanción de la ley 24.441”, publicado en: LA LEY 29/03/2007, 29/03/2007, 1 - LA LEY2007-B, 1165, Cita Online: AR/DOC/1332/2007.

Carregal, Mario A., “Modificaciones del Código Civil y Comercial al fideicomiso”, publicado en: LA LEY 18/04/2016, 18/04/2016, 1, Cita Online: AR/DOC/988/2016.

Chalupowicz, Israel, “Los fideicomisos y la actividad inmobiliaria”, publicado en: RDFIRDFI 2007-0-39, Cita Online: 0003/70063602-1.

Chamatropulos, Demetrio Alejandro, Estatuto del consumidor comentado. 1º Ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2016. Tomo I y II.

Colombres, Fernando M., “Vicios ocultos y ruina en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor”, en: Comentarios al anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor: homenaje a Rubén S. Stiglitz, Santarelli, Fulvio G. - Chamatropulos, Demetrio A., (dirs.); 1º Ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2019.

De Hoz, Marcelo, “Aspectos contractuales e impositivos del fideicomiso inmobiliario”, publicado en: LA LEY 11/09/2009, 11/09/2009, 1 - LA LEY2009-E, 1095, Cita Online: AR/DOC/3218/2009.

Estévez Camba, Sebastián, “El fideicomiso. Una modalidad, el inmobiliario”, publicado en: La Ley Online, Cita online: AR/DOC/124172007.

Galdós, Jorge Mario, “Las funciones de la responsabilidad civil. La supresión de la sanción pecuniaria disuasiva en el código Civil y Comercial de la Nación”. Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014, 17/11/2014, 137, Cita Online: AR/DOC/3839/2014.

Gil di Paola, Jerónimo A., “Los sujetos del fideicomiso. Especial referencia al fideicomiso inmobiliario”, Cita online: AR/DOC/2824/2012.

Gozáini, Osvaldo A., Protección procesal de usuarios y consumidores, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005.

Hayzus, Jorge Roberto, Fideicomiso- Finalidades en los ámbitos familiar y de negocios. Funciones del Fiduciario. Patrimonios separados. Protección de los beneficiarios. Administración, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Ciudad de Buenos Aires, 2000.

Kiper, Claudio M. - Lisoprawski, Silvio V., “El fideicomiso en el Proyecto del Código”, LA LEY 27/08/2012, 27/08/2012, 1 - LA LEY 2012-E, 812, Cita online AR/DOC/3417/2012.

Kiper, Claudio M. - Lisoprawski, Silvio V., Tratado de Fideicomiso Código Civil y Comercial de la Nación. 4º Ed. actualizada y ampliada. Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, Tomo I y II.

León Santamaría, Gilberto - Gómez de la Lastra, Manuel, Fideicomiso: Aspectos Impositivos, Contables y Notariales: Doctrina de los actos neutros, 1º Ed., la reimpresión, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2018.

Lorenzetti, Ricardo Luis, “El derecho privado latinoamericano y bases para un Código Latinoamericano de contratos”, en: Soto Coaguila, Carlos (dir.), Teoría general del contrato, Tomo I.

Lorenzetti, Ricardo Luis, Código Civil y Comercial Comentado, Rubinzal Culzoni Editores, 1º Ed., Santa Fe, 2015, Tomo VIII.

Lovece, Graciela I., “El consumidor, el beneficio de la justicia gratuita y las decisiones judiciales”, publicado en: LA LEY 07/07/2017, 07/07/2017, 3 - LA LEY2017-D, 154 - RCyS2017-X, 233, Cita Online: AR/DOC/1704/2017.

Molina Sandoval, Carlos A., “La protección jurídica del adquirente de unidades funcionales y el fideicomiso inmobiliario”, publicado en: LA LEY 01/10/2007, 01/10/2007, 1 - LA LEY2007-E, 1288, Cita Online: AR/DOC/2686/2007.

Molina Sandoval, Carlos A., “La registración del fideicomiso”, publicado en: LA LEY 28/03/2016, 28/03/2016, 1 - LA LEY2016-B, 905, Cita Online: AR/DOC/870/2016.

Obligado, Carla A., “El fideicomiso a la luz del nuevo código civil y comercial argentino. Un vehículo tipificado de un negocio subyacente. ¿Ángel o demonio?”, publicado en: RDF 86, 10/09/2018, 105, Cita Online: AP/DOC/561/2018.

Papa, Rodolfo G., “Fideicomiso inmobiliario. Aspectos jurídicos, contractuales y regulatorios”, publicado en: LA LEY 02/12/2014, 02/12/2014, 1 - LA LEY2014-F, 1119, Cita Online: AR/DOC/3890/2014.

Papa, Rodolfo G., “Un fallo Esclarecedor sobre el tratamiento de la responsabilidad civil del fiduciario”, publicado en: LA LEY 22/08/2018, 22/08/2018, 4, Cita Online: AR/DOC/1688/2018.

Peral, Santiago J. - Tambussi, Carlos, “Reafirmación del daño punitivo como multa civil con finalidad disuasoria y sancionatoria”, publicado en: La Ley, Buenos Aires, 2019, Cita online: AR/DOC/2013/2019.

Peral, Santiago J., “La persona jurídica alcanzada por la noción de consumidor”, en: Muler, German Esteban (coord.), Cuestiones de Derecho del Consumidor II, 1º Ed., San Miguel de Tucumán, Editorial Bibliotex, 2018.

Peral, Santiago J., La regulación de las cláusulas abusivas en el Código Civil y Comercial, sus implicancias sobre la concepción moderna del Contrato, Editorial Bibliotex, 2018.

Picasso, Sebastián, “Comentario al art 10 bis LDC”, en: Picasso, Sebastián - Vázquez Ferreyra, Roberto A. (dirs.), Ley de defensa del consumidor comentada y anotada, La ley, Buenos Aires.

Reggiardo, Roberto S., “El fideicomiso en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, publicado en: DCCyE 2012, 01/10/2012, 239, Cita Online: AR/DOC/4143/2012.

Saux, Edgardo I., “Globalización y constitucionalización. Algunas proyecciones en el derecho privado de los contratos, singularmente en el Código Civil y Comercial argentino de 2015”, publicado en: SJA 18/05/2016, 18/05/2016, 34, Cita Online: AP/DOC/377/2016.

Schmieloz, Graciela Elizabeth, La Dimensión Patrimonial del daño permanente a la integridad psicofísica. Su valuación judicial, Editorial Bibliotex, 2018.

Sozzo, Gonzalo, “La resistematización de la regulación del consumo en el Proyecto de Código Civil 2012”, disponible en: <https://www.pensamientocivil.com.ar/>

Stiglitz, Gabriel - Hernández, Carlos A., Tratado del Derecho del Consumidor, Parte General Relaciones de consumo Prácticas Comerciales, Thomson Reuters La Ley. Tomo I.

system/files/2015/01/Doctrina499.pdf.

Tanzi, Silvia Y. - Humphreys, Ethel - Humphreys, Edmund - Desages, Marianela - Mosquera, Celia A. “El fideicomiso de garantía como una nueva forma de garantía”, publicado en: SJASJA 19/9/2007; JAJA 2007-III-1142, Cita Online: 0003/013435.

Vallespinos, Carlos Gustavo, El contrato por adhesión a condiciones generales, Ed. Universidad Buenos Aires, 1984.

### *Jurisprudencia*

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala 3º, “Rubiolo, Claudia Elizabeth c. Llave Maestra SRL s/ Cumplimiento de Contratos”, año 2019, disponible en: file:///C:/Users/Admi nistrador. 000/Download s/Ver%20s entencia%20(causa%20 N%C2%B01 67.435)%20(2).pdf.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial y Contencioso Administrativo de Río Cuarto, 1º Nominación, “Milloch, Hugo Jorge c. Seidl, Lilia Alfonsina Viviana y Otros s/ ordinario”, 22/12/2016, publicado en: La Ley Online, Cita online: AR/JUR/102881/2016.

Cámara 4º de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, “Beral, Lidia Angélica c. Sociedad Mutual del Colegio Farmacéutico de Mendoza s/ escrituración”, 21/07/2013, publicado en: LLGran Cuyo2013 (octubre), 1000 - LLGran Cuyo 2013 (diciembre), 1164, con nota de Mauricio Boretto, Cita Online: AR/JUR/39689/2013.

Cámara 6º de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, “Ahumada, Mariela Florencia c. Oliver Group S.A y Otro s/ordinario- otros- recurso de apelación”, 14/04/2016, publicado en: La Ley Online, Cita Online AR/JUR/16938/2016.

### **Abreviaturas utilizadas** [\[arriba\]](#)

ALDC: Anteproyecto de Reforma de la Ley de Defensa al Consumidor

Art: Artículo

Arts.: Artículos

B.O: Boletín Oficial

CC y C: Código Civil y Comercial de la Nación

CN: Constitución Nacional

Coord.: Coordinador

CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación

Dirs.: directores

Ed.: Edición

Inc.: Inciso

LDC: Ley de Defensa del Consumidor

LF: Ley 24441 - Financiamiento de la Vivienda y la Construcción

Nº: Número

Pág.: Página

PyMES: Pequeñas y medianas empresas

S.A: Sociedad Anónima

S.R.L: Sociedad de Responsabilidad Limitada

SCJM: Suprema Corte de Justicia de Mendoza

Sup.: Suplemento

Vgr.: Por ejemplo

#### **Notas** [\[arriba\]](#)

*\* Trabajo final para optar al título de Magíster en Derecho Empresario de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral.  
Director: Mag. Santiago José Peral - Tribunal: Valentina Aicega, Mario Carregal, Eduardo Barreira Delfino- Nota: 9-Año: 2019*

[1] Cfr. Kiper, Claudio M.-Lisoprawski, Silvio V., Tratado de Fideicomiso Código Civil y Comercial de la Nación, Tomo I, 4º Ed. actualizada y ampliada, Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, pág. 22.

[2] Cfr. Ibidem, pág. 23. Para un tratamiento del tema puede verse: Albohri, Débora Ruth.-Pérez, Claudia Patricia.-Salamon, Viviana Beatriz, “Fideicomiso Inmobiliario”, publicado en: Revista del Notariado 838, 01//01/1994,699, Cita Online: AR/DOC/6338/2011. “La particularidad que distingue al trust está dada en que supone una propiedad funcionalmente dividida que recae simultáneamente sobre la misma cosa o bienes: el trustee, que es considerado el propietario legal, es decir el fiduciario, y el cestui que trust o beneficiario o fideicomisario, quien es considerado el propietario en equidad, porque este último goza de la protección de sus derechos frente a los adquirentes que conocen la existencia del trust o frente a los herederos del trustee. El sujeto que pone en marcha el trust es el settlor o



constituyente o fideicomitente. El objeto del trust es el conjunto de bienes (especificados) afectados a un fin determinado por el settlor y transmitidos al trustee: los bienes pueden ser muebles o inmuebles, corporales e inmateriales, que estén en el comercio. Los bienes raíces y las acciones emitidas por sociedades son los que con más frecuencia constituyen el objeto del trust. Los bienes no sólo deben quedar separados del patrimonio del settlor, sino que también lo estarán del patrimonio del trustee, ya que no deben confundirse con el resto de sus bienes ni con los bienes del beneficiario, el que si bien es considerado el propietario en "equidad", carece de facultades de disposición sobre los mismos".

[3] León Santamaría, Gilberto - Gómez de la Lastra, Manuel, Fideicomiso: Aspectos Impositivos, Contables y Notariales: Doctrina de los actos neutros, 1º Ed., la reimpresión, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, págs. 15 y 16.

[4] Ibidem.

[5] Cfr. Kiper, Claudio M. - Lisoprawski, Silvio V., Tratado de Fideicomiso..., Op. Cit., Tomo I, págs. 27 y 28.

[6] Ibidem.

[7] Alterini, Jorge H., Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético, Tomo VII, 1º Ed., La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, pág. 1007.

[8] Kiper, Claudio M. - Lisoprawski, Silvio V., Tratado de Fideicomiso..., Op. Cit., Tomo I, pág. 37.

[9] Kiper, Claudio M. - Lisoprawski, Silvio V., "El fideicomiso en el Proyecto del Código", LA LEY 27/08/2012, 27/08/2012, 1 - LA LEY 2012-E, 812, Cita online AR/DOC/3417/2012.

[10] El Art. 1666 del CC y C define al contrato de fideicomiso: "Hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario".

[11] Alterini, Jorge H., Código Civil y Comercial..., Op. Cit., Tomo VII, pág. 1008.

[12] Aicega, María Valentina - Gómez Leo, Osvaldo R., "Fideicomiso", en Jorge Alterini (dir.) - Ignacio Alterini (coord.), Código Civil y Comercial. Tratado exegético, Tomo VII, 2º Ed., La Ley, Buenos Aires, 2016.

[13] Reggiardo, Roberto S., "El fideicomiso en el Proyecto de Código Civil y Comercial", publicado en: DCCyE 2012, 01/10/2012, 239, Cita Online: AR/DOC/4143/2012.

[14] El Art. 1027 del CC y C regula el contrato a favor de terceros "Estipulación a favor de tercero. Si el contrato contiene una estipulación a favor de un tercero beneficiario, determinado o determinable, el promitente le confiere los derechos o facultades resultantes de lo que ha convenido con el estipulante. El estipulante puede revocar la estipulación mientras no reciba la aceptación del tercero beneficiario; pero no puede hacerlo sin la conformidad del promitente si éste tiene interés en que sea mantenida. El tercero aceptante obtiene directamente los derechos y las facultades resultantes de la estipulación a su favor. Las facultades del tercero beneficiario de aceptar la estipulación, y de prevalerse de ella luego de haberla aceptado, no se transmiten a sus herederos, excepto que haya cláusula expresa que lo autorice. La estipulación es de interpretación restrictiva".

[15] Alterini, Jorge H., Código Civil y Comercial..., Op. Cit., Tomo VII, págs. 1008 y 1014.

[16] Alterini, Jorge H., Código Civil y Comercial..., Op. Cit., pág. 1015.

[17] Kiper, Claudio M. - Lisoprawski, Silvio V., Tratado de Fideicomiso..., Op. Cit., pág. 39.

[18] Reggiardo, Roberto S., "El fideicomiso en el Proyecto...", Op. Cit., Cita Online: AR/DOC/4143/2012.

- [19] *Ibidem*. Ver Alterini, Jorge H., Código Civil y Comercial..., Op. Cit., Tomo VII, pág. 1020.
- [20] Cfr. Kiper, Claudio M. - Lisoprawski, Silvio V., Tratado de Fideicomiso..., Op. Cit., pág. 40.
- [21] León Santamaría, Gilberto - Gómez de Lastra, Manuel, “Fideicomiso: Aspectos Impositivos, Contables y Notariales...”, Op. Cit., pág. 93.
- [22] Estévez Camba, Sebastián, “El fideicomiso. Una modalidad, el inmobiliario”, publicado en: La Ley Online, Cita online: AR/DOC/124172007.
- [23] Reggiardo, Roberto S., “El fideicomiso en el Proyecto...”, Op. Cit., Cita Online: AR/DOC/4143/2012.
- [24] Reggiardo, Roberto S., “El fideicomiso en el Proyecto ...”, Op. Cit., Cita Online: AR/DOC/4143/2012.
- [25] Cfr. Kiper, Claudio M. - Lisoprawski, Silvio V., Tratado de Fideicomiso..., Op. Cit., pág. 41.
- [26] Reggiardo, Roberto S., “El fideicomiso en el Proyecto...”, Op. Cit., Cita Online: AR/DOC/4143/2012.
- [27] *Ídem*.
- [28] Cfr. Kiper, Claudio M. - Lisoprawski, Silvio V., Tratado de Fideicomiso..., Op. Cit., Tomo I, pág. 43.
- [29] El Art. 1675 CC y C establece: “Rendición de cuentas. La rendición de cuentas puede ser solicitada por el beneficiario, por el fiduciante o por el fideicomisario, en su caso, conforme a la ley y a las previsiones contractuales; deben ser rendidas con una periodicidad no mayor a un año”. Ver Lorenzetti, Ricardo Luis, Código Civil y Comercial Comentado, Tomo VIII, Rubinzal Culzoni Editores, 1º Ed., Santa Fe, 2015, págs. 196-198. “La obligación de rendir cuentas constituye un deber nuclear del fiduciario, inderogable por convención de las partes. Puede ser pedida por cualquiera de las partes, de acuerdo a lo que se convenga en el contrato. En defecto de convenio, deben rendirse cuentas, al menos, una vez por mes (...) Esta obligación a cargo del fiduciario constituye un deber esencial en la estructura del negocio, en pos de un adecuado régimen de información para los interesados en la marcha de la gestión fiduciaria (...) Si el fiduciario incumple con esta obligación se produce una causal de remoción judicial por incumplimiento de sus obligaciones” (Cfr. Lorenzetti, Ricardo Luis, Código Civil y Comercial Comentado..., Op. Cit., Tomo VIII, pág. 198).
- [30] Molina Sandoval, Carlos A., “La registración del fideicomiso”, LA LEY 28/03/2016, 28/03/2016, 1 - LA LEY2016-B, 905, Cita Online: AR/DOC/870/2016.
- [31] Lorenzetti, Ricardo Luis, Código Civil y Comercial Comentado, Tomo VIII, Rubinzal Culzoni Editores, 1º Ed., Santa Fe, 2015, pág. 180.
- [32] *Ibidem*. En igual sentido: Aicega, María Valentina, “El fideicomiso de garantía en el Código Civil y Comercial de la Nación. Modificaciones y algunos aspectos conflictivos de la figura”, publicado en: RCCyC 2017 (octubre), 03/10/2017, 130, Cita Online: AR/DOC/2288/2017: “Si bien los alcances de la registración serán establecidos por la reglamentación que considero necesaria en orden al modo en que ha sido regulada la inscripción en el Registro Público, es claro que entre partes el contrato quedará perfeccionado desde el momento de su celebración (arts. 1021, 1022, y 1027 del CC y C.), mientras que respecto de los terceros, en orden a la publicidad requerida, su oponibilidad estará determinada por la registración del contrato.
- [33] Alterini, Jorge H., Código Civil y Comercial..., Op. Cit., Tomo VII, pág. 1024.
- [34] Alterini, Jorge H., Código Civil y Comercial..., Op. Cit., Tomo VII, págs. 1024 y 1025.
- [35] Lorenzetti, Ricardo Luis, Código Civil y Comercial..., Op. Cit., Tomo VIII, pág. 192.
- [36] *Idem*, págs. 192 y 193. Para un tratamiento del tema puede verse: Carregal,

Mario A., “Coexistencia de las calidades de fiduciario y beneficiario en los fideicomisos de garantía”, publicado en: LA LEY 15/09/2008, 15/09/2008, 1 - LA LEY2008-E, 1148 - Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales, Tomo VI, 01/01/2009, 443, Cita Online: AR/DOC/2476/2008.

[37] El Art. 1673 del CC y C establece en el último párrafo: “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”. Véase Hayzus, Jorge Roberto, Fideicomiso- Finalidades en los ámbitos familiar y de negocios. Funciones del Fiduciario. Patrimonios separados. Protección de los beneficiarios. Administración, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Ciudad de Buenos Aires, 2000; págs. 140-142. “Si algún hecho sobreviniente perturbara la independencia del fiduciario, este debe señalarlo al fiduciante y a los beneficiarios. Ante esta situación surgen dos posibilidades: que el problema pueda ser resuelto de modo tal que en lo sucesivo no gravite sobre el fiduciario, o que ambas partes, después de evaluar la situación, decidan que no llega a alterar la relación de confianza. Si no se diese li uno ni lo otro, es obvio que el fiduciario deberá renunciar y, de ese modo, poner en marcha los dispositivos del contrato para que se nombre un fiduciario sucesor”.

[38] Idem, pág. 172.

[39] León Santamaría, Gilberto - Gomez de la Lastra, Manuel, Fideicomiso: Aspectos Impositivos, Contables y Notariales..., Op. Cit., pág. 72.

[40] Aicega, María Valentina, “El fideicomiso de garantía en el Código Civil y Comercial de la Nación. Modificaciones y algunos aspectos conflictivos de la figura”, publicado en: RCCyC 2017 (octubre), 03/10/2017, 130, Cita Online: AR/DOC/2288/2017.

[41] Kiper, Claudio M.- Lisoprawski, Silvio V., Tratado de Fideicomiso..., Op. Cit., Tomo II, pág. 565.

[42] Kiper, Claudio M.- Lisoprawski, Silvio V., Tratado de Fideicomiso ..., Op. Cit., Tomo II, pág. 566.

[43] Alterini, Jorge H., Código Civil y Comercial..., Op. Cit., Tomo VII, pág. 1055. Véase Kiper, Claudio M.- Lisoprawski, Silvio V., Tratado de Fideicomiso..., Op. Cit., Tomo II, pág. 568. “En lo que respecta al fideicomiso de garantía, se ha definido al mismo como aquel fideicomiso por el cual se transfiere al fiduciario bienes para garantizar con ellos o con su producido el cumplimiento de ciertas obligaciones a su cargo o a cargo de terceros, designando como beneficiario al acreedor o a un tercero en cuyo favor, en caso de incumplimiento, se pagará una vez realizados los bienes, el valor de la obligación o el saldo insoluto de ella, conforme lo previsto en el contrato”. Véase Tanzi, Silvia Y. - Humphreys, Ethel - Humphreys, Edmund - Desages, Marianela - Mosquera, Celia A. “El fideicomiso de garantía como una nueva forma de garantía”, publicado en: SJASJA 19/9/2007; JA 2007-III-1142; Cita Online: 0003/013435 “El fideicomiso de garantía puede ser definido como aquel tipo fiduciario en el cual el fiduciante transmite el derecho al fiduciario para asegurar el cumplimiento de una obligación, que es el pago de una deuda asumida por el fiduciante o por un tercero. Esta fiducia era conocida en el derecho romano como “fiducia egoísta” (fiducia cum creditore). El fiduciario adquiere el derecho en forma directa para enajenarlo, cobrarse y/o entregar al fiduciante el saldo. El fiduciario sólo asume el derecho de retenerlo en garantía y procede a la enajenación en caso de incumplimiento”.

[44] Alterini, Jorge H., Código Civil y Comercial..., Op. Cit., Tomo VII, pág. 1056.

[45] Tanzi, Silvia Y. - Humphreys, Ethel - Humphreys, Edmund - Desages, Marianela - Mosquera, Celia A. “El fideicomiso de garantía como una nueva forma de garantía”, publicado en: SJASJA 19/9/2007; JAJA 2007-III-1142, Cita Online: 0003/013435.

[46] Kiper, Claudio M.- Lisoprawski, Silvio V., Tratado de Fideicomiso..., Op. Cit.,

Tomo II, pág. 569.

[47] Gil di Paola, Jerónimo A., “Los sujetos del fideicomiso. Especial referencia al fideicomiso inmobiliario”, Cita online: AR/DOC/2824/2012.

[48] León Santamaría, Gilberto - Gómez de la Lastra, Manuel, Fideicomiso Aspectos Impositivos, Contables y Notariales..., Op. Cit., pág. 91.

[49] Kiper, Claudio M. - Lisoprawski, Silvio V., Tratado de Fideicomiso..., Op. Cit., Tomo II, pág. 565.

[50] Cfr. Papa, Rodolfo G., “Fideicomiso inmobiliario. Aspectos jurídicos, contractuales y regulatorios”, publicado en: LA LEY 02/12/2014, 02/12/2014, 1 - LA LEY2014-F, 1119, Cita Online: AR/DOC/3890/2014. Confrontar Lorenzetti, Ricardo Luis, Código Civil y Comercial..., Op. Cit., Tomo VIII, págs. 198-200. El Art. 1676 del CC y C establece: “Dispensas Prohibidas. El contrato no puede dispensar al fiduciario de la obligación de rendir cuentas, ni de la culpa o dolo en que puedan incurrir él o sus dependientes, ni de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitados”. Las cláusulas que dispensen al fiduciario de estas obligaciones son nulas sin perjuicio de la validez del contrato de fideicomiso (...) Es de esencia del fideicomiso que el fiduciario actúe en interés de terceros, quienes serán los eventuales beneficiarios de su actividad. Esta circunstancia impone la obligación de rendir cuentas, propia de toda persona que gestiona intereses ajenos. Mas, en garantía de los interesados en el negocio, el Código prohíbe pactar una cláusula que dispense al fiduciario de esta obligación, de manera de asegurarles el acceso a una información adecuada, completa, veraz y documentada de la gestión de sus intereses”.

[51] Ver Papa, Rodolfo G., “Un fallo Esclarecedor sobre el tratamiento de la responsabilidad civil del fiduciario”, publicado en: LA LEY 22/08/2018, 22/08/2018, 4, Cita Online: AR/DOC/1688/2018.

[52] León Santamaría, Gilberto - Gómez de la Lastra, Manuel, Fideicomiso: Aspectos Impositivos, Contables y Notariales..., Op. Cit., págs. 75 y 76.

[53] Obligado, Carla A., “El fideicomiso a la luz del nuevo código civil y comercial argentino. Un vehículo tipificado de un negocio subyacente. ¿Ángel o demonio?”, publicado en: RDF 86, 10/09/2018, 105, Cita Online: AP/DOC/561/2018.

[54] Boretto, Mauricio, “El fideicomiso inmobiliario operando en la práctica”, publicado en: LLGran Cuyo2013 (Diciembre), 1164, Cita Online: AR/DOC/4287/2013.

[55] Cfr. Molina Sandoval, Carlos A., “La protección jurídica del adquirente de unidades funcionales y el fideicomiso inmobiliario”, publicado en: LA LEY 01/10/2007, 01/10/2007, 1 - LA LEY2007-E, 1288, Cita Online: AR/DOC/2686/2007.

[56] Ibidem.

[57] Ibidem.

[58] Ibidem.

[59] Hayzus, Jorge Roberto, Fideicomiso. Finalidades en los ámbitos familiar y de negocios..., Op. Cit, págs. 94 y 95.

[60] Ibidem.

[61] Gil di Paola, Jerónimo A., “Los sujetos del fideicomiso...” Op. Cit., Cita Online: AR/DOC/2824/2012.

[62] Ibidem.

[63] Ibidem.

[64] Estévez Camba, Sebastián, “El fideicomiso. ...”, Op. Cit., Cita online: AR/DOC/124172007.

[65] Kiper, Claudio M.- Lisoprawski, Silvio V., Tratado de Fideicomiso..., Op. Cit., Tomo I, pág. 261.

[66] Idem, págs. 261 y 263.

[67] Idem págs. 265 y 266.

[68] Idem, pág. 266.

- [69] Alterini, Jorge H., Código Civil y Comercial ..., Op. Cit., Tomo VII, pág. 1041.
- [70] Kiper, Claudio M.,- Lisoprawski, Silvio V., Tratado de Fideicomiso... Op. Cit., Tomo I, pág. 291. El Art. 1704 del CC y C establece: "Facultades. El titular del dominio fiduciario tiene las facultades del dueño perfecto, en tanto los actos jurídicos que realiza se ajustan al fin del fideicomiso y a las disposiciones contractuales pactadas. Véase Lorenzetti, Ricardo Luis, Código Civil y Comercial Comentado..., Op Cit, Tomo VII, pág. 261. "El artículo 1704 ratifica la plenitud de facultades reconocidas al fiduciario sobre las cosas fideicomitidas, en tanto titular de un derecho real de dominio, y marca que dichas facultades están limitadas por los fines perseguidos por el fideicomiso. Estas limitaciones constituyen, junto a la temporalidad del derecho, rasgo característico del dominio fiduciario".
- [71] Chalupowicz, Israel, "Los fideicomisos y la actividad inmobiliaria", publicado en: RDFIRDFI 2007-0-39, Cita Online: 0003/70063602-1.
- [72] Hayzus, Jorge Roberto, Fideicomiso. Finalidades en los ámbitos familiar y de negocios..., Op. Cit., pág. 95.
- [73] Bilvao Aranda, Facundo M., "Extensión de la responsabilidad del fiduciario como proveedor de servicios inmobiliarios", publicado en: RDCO 274, 15/10/2015, 1402, Cita online: AP/DOC/697/2015.
- [74] El Art. 1678 inc. a) del CC y C establece: "Cese del fiduciario. El fiduciario cesa por a) remoción judicial por incumplimiento de sus obligaciones o por hallarse imposibilitado material o jurídicamente para el desempeño de su función, a instancia del fiduciante; o a pedido del beneficiario o del fideicomisario, con citación del fiduciante".
- [75] Kiper, Claudio M.- Lisoprawski, Silvio V., Tratado de Fideicomiso... Op. Cit., Tomo I, pág. 319.
- [76] Ibidem.
- [77] Ibidem, págs. 319 y 320. Ver también Alterini, Jorge H., Código Civil y Comercial..., Op. Cit., Tomo VII, pág. 1044. "Un buen hombre de negocios será aquel que ejerza su función respetando los fines del Fideicomiso del caso concreto esto es, la ley y la voluntad expresa o tácita del fiduciante".
- [78] León Santamaría, Gilberto - Gómez de la Lastra, Manuel, Fideicomiso: Aspectos Impositivos, Contables y Notariales..., Op. Cit., pág. 77.
- [79] Bilvao Aranda, Facundo M. "Extensión de la responsabilidad del fiduciario...", Op. Cit., Cita online: AP/DOC/697/2015.
- [80] Alterini, Jorge H., Código Civil y Comercial..., Op. Cit., Tomo VII, págs. 1029 y 1030.
- [81] Kiper, Claudio M. - Lisoprawski, Silvio V., Tratado de Fideicomiso... Op. Cit., Tomo I, pág. 267.
- [82] Ver nota nº 32 de este trabajo.
- [83] Kiper, Claudio M.- Lisoprawski, Silvio V., Tratado de Fideicomiso... Op. Cit., Tomo I, pág. 268.
- [84] Alterini, Jorge H., Código Civil y Comercial Comentado..., Op. Cit., Tomo VII, pág. 1038.
- [85] El artículo 1679 del CC y C dispone que: "(...) Los bienes fideicomitidos deben ser transmitidos al nuevo fiduciario. Si son registrables es forma suficiente del título el instrumento judicial, notarial o privado autenticado, en los que conste la designación del nuevo fiduciario. La toma de razón puede ser rogada por el nuevo fiduciario." Véase Carregal, Mario A., "Modificaciones del Código Civil y Comercial al fideicomiso", publicado en: LA LEY 18/04/2016, 18/04/2016, 1, Cita Online: AR/DOC/988/2016: "Posibilidad de inscribir el cambio de fiduciario, sin necesidad de una transferencia expresa de dominio registral: Hemos sostenido que durante la vigencia de la ley 24.441 no era necesario otorgar una escritura traslativa de dominio entre el fiduciario cesante y el reemplazante, cuando los bienes fideicomitidos fueran inmuebles, o documentos de ese tipo cuando se tratara de

otros bienes registrables. Entendíamos que el desplazamiento de los bienes fideicomitidos a otro fiduciario no importaba la salida de un bien de un patrimonio determinado, sino el cambio de titularidad del patrimonio mismo, lo que es bien distinto (...) No caben mayores comentarios respecto a una disposición que a todas luces es merecedora de elogio, pues se trata de hacer más simples y menos onerosas las consecuencias a menudo traumáticas del cambio de fiduciario (...) Es función del legislador evitar a los ciudadanos engorrosos y onerosos trámites a menudo superfluos, que en nada mejoran la seguridad jurídica. En este aspecto, el nuevo Código lo ha tenido en cuenta.

[86] Kiper, Claudio M. - Lisoprawski, Silvio V., Tratado de Fideicomiso... Op. Cit., Tomo I, pág. 272.

[87] Kiper, Claudio M. - Lisoprawski, Silvio V., Tratado de Fideicomiso..., Op. Cit., Tomo I, págs. 266 y 277.

[88] Gil di Paola, Jeronimo A., "Los sujetos del fideicomiso... Op. Cit., Cita Online: AR/DOC/2824/2012.

[89] Arruiz, Sebastián G., "La carga de la prueba de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial", publicado en: CCyC 2018, 05/03/2018, 23, Cita Online: AR/DOC/148/2018.

[90] Ibidem.

[91] Ibidem.

[92] Ibidem.

[93] Ibidem.

[94] Ibidem.

[95] Ibidem.

[96] Ibidem.

[97] Albohri, Débora Ruth - Pérez, Claudia Patricia - Salamon, Viviana Beatriz, "Fideicomiso Inmobiliario..., Op. Cit., Cita Online: AR/DOC/6338/2011.

[98] Ibidem.

[99] Papa, Rodolfo G., "Un fallo esclarecedor sobre el tratamiento de la responsabilidad civil..., Op. Cit., Cita online AR/DOC/1688/2018

[100] El Art. 1674 del CC y C establece: "Pauta de actuación. Solidaridad. El fiduciario debe cumplir las obligaciones impuestas por la ley y por el contrato con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él. En caso de designarse a más de un fiduciario para que actúen simultáneamente, sea en forma conjunta o indistinta, su responsabilidad es solidaria por el cumplimiento de las obligaciones resultantes del fideicomiso".

[101] Alterini, Jorge H., Código Civil y Comercial Comentado..., Op. Cit., Tomo VII, pág. 1044.

[102] Ídem.

[103] Bilvao Aranda, Facundo M., "Extensión de la responsabilidad del fiduciario..., Op. Cit., Cita Online, AP/DOC/697/2015.

[104] Ídem.

[105] El Art. 1725 del CC y C establece: "Valoración de la conducta. Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente".

[106] Papa, Rodolfo G., "Un fallo esclarecedor sobre el tratamiento de la responsabilidad civil..., Op. Cit., Cita online: AR/DOC/1688/2018.

[107] Ídem.

[108] Estévez Cambra, Sebastián, “El fideicomiso...”, Op. Cit., Cita Online: AR/DOC/1241/2007.

[109] Papa, Rodolfo G., “Fideicomiso inmobiliario. Aspectos jurídicos, contractuales y regulatorios”, publicado en: LA LEY 02/12/2014, 02/12/2014, 1 - LA LEY2014-F, 1119, Cita Online: AR/DOC/3890/2014.

[110] Ídem.

[111] Bilvao Aranda, Facundo M., “Extensión de la responsabilidad del fiduciario...”, Op. Cit., Cita online: AP/DOC/697/2015.

[112] Carregal, Mario A., “El fideicomiso: su aplicación desde la sanción de la ley 24.441”, publicado en: LA LEY 29/03/2007, 29/03/2007, 1 - LA LEY2007-B, 1165, Cita Online: AR/DOC/1332/2007.

[113] De Hoz, Marcelo, “Aspectos contractuales e impositivos del fideicomiso inmobiliario”, publicado en: LA LEY 11/09/2009, 11/09/2009, 1 - LA LEY2009-E, 1095, Cita Online: AR/DOC/3218/2009.

[114] Ídem.

[115] Ídem.

[116] Bilvao Aranda, Facundo M., “Extensión de la responsabilidad del fiduciario...”, Op. Cit., Cita online: AP/DOC/697/2015.

[117] De Hoz, Marcelo, “Aspectos contractuales e impositivos del fideicomiso inmobiliario...”, Op. Cit., Cita Online: AR/DOC/3218/2009.

[118] Estévez Cambra, Sebastián, “El fideicomiso...”, Op. Cit., Cita Online AR/DOC/1241/2007.

[119] Peral, Santiago J., “La persona jurídica alcanzada por la noción de consumidor” en: Muler, German Esteban (coord.), Cuestiones de Derecho del Consumidor II, 1º Ed., Bibliotex, San Miguel de Tucumán, 2018, pág. 95.

[120] Chamatropulos, Demetrio Alejandro, “Estatuto del consumidor comentado”, 1º Ed, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, Tomo I, pág. 43.

[121] Ibidem, pág. 44.

[122] Bilvao Aranda, Facundo M., “Extensión de la responsabilidad del fiduciario...”, Op. Cit., Cita Online AP/DOC/697/2015.

[123] Chamatropulos, Demetrio Alejandro, “Estatuto del consumidor...”, Op. Cit., Tomo I, pág. 49.

[124] Peral, Santiago J., “La persona jurídica alcanzada por la noción de consumidor” en: Muler, German Esteban (coord.), Cuestiones de Derecho del Consumidor II, 1º Ed., Bibliotex, San Miguel de Tucumán, 2018, págs. 93 y 94. “Al respecto cabe traer a consideración la jurisprudencia sentada por la sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en su fallo del 11 de Marzo de 2015 en autos “Van Thienen, Guillermo Federico y otro v M.B Desarrollo Inmobiliario S.A s/ daños y perjuicios”: “ No se ha tenido en cuenta que en el caso existe una relación de consumo, tal como lo establece con meridiana claridad la ley 24.240, luego de la reforma introducida por la ley 26.361, que en su art. 1 consagra que se considera tal “la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines” y establece que es también consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo (“bystander”), concepto que involucra a los menores de autos y los legitima, consecuentemente, para accionar contra la fiduciaria por resarcimiento del daño invocado”.

[125] Bilbao Aranda, Facundo M., “Extensión de la responsabilidad...”, Op. Cit., Cita online AP/DOC/697/2015. “La justicia argentina también ha responsabilizado al fiduciario por “apariencia” en aquellos casos en los que el público en general concreta una operación inmobiliaria confiando en el prestigio de quien le ofrece el

negocio. Es decir que en dichos supuestos, al aparentar ser el dueño del negocio, pone en juego el prestigio para convencer al interesado de que celebre una operación particularmente beneficiosa para el propio fiduciario”.

[126] Bilbao Aranda, Facundo M., “Extensión de la responsabilidad del Fiduciario...”, Op. Cit., Cita online AP/DOC/697/2015.

[127] Vallespinos, Carlos Gustavo, El contrato por adhesión a condiciones generales, Ed. Universidad Buenos Aires, año 1984, pág. 211. Cita en: Peral, Santiago J., La regulación de las cláusulas abusivas en el Código Civil y Comercial, sus implicancias sobre la concepción moderna del Contrato, Biblioteex, 2018, pág. 28.

[128] Saux, Edgardo I., “Globalización y constitucionalización. Algunas proyecciones en el derecho privado de los contratos, singularmente en el Código Civil y Comercial argentino de 2015”, publicado en: SJA 18/05/2016, 18/05/2016, 34, Cita Online: AP/DOC/377/2016.

[129] Ibidem.

[130] Peral, Santiago J., La regulación de las cláusulas abusivas en el Código Civil y Comercial, sus implicancias sobre la concepción moderna del Contrato, Bibliotex, 2018, pág. 28.

[131] Saux, Edgardo I., “Globalización y constitucionalización...”, Op. Cit., Cita Online: AP/DOC/377/2016.

[132] Lorenzetti, Ricardo L., “El derecho privado latinoamericano y bases para un Código Latinoamericano de contratos”, en: Soto Coaguila, Carlos (dir.), Teoría general del contrato, Tomo. I, pág. 3.

[133] Ídem.

[134] Saux, Edgardo I., “Globalización y constitucionalización...”, Op. Cit., Cita Online: AP/DOC/377/2016. En igual sentido: Vallespinos, Carlos Gustavo, El contrato por adhesión a condiciones generales, Ed. Universidad Buenos Aires, 1984, págs. 207, 237 y 238 “Puede entenderse como contrato de adhesión a aquel en el cual el contenido contractual ha sido determinado con prelación, por uno sólo de los contratantes al que se deberá adherir el co-contratante que desee formalizar una relación jurídica obligatoria”.

[135] Cfr. Ibidem.

[136] Cfr. Ibidem.

[137] Lorenzetti, Ricardo Luis, “El derecho privado latinoamericano y bases para un Código Latinoamericano de contratos”, en Soto Coaguila, Carlos (dir.), Teoría general del contrato, Tomo. I, pág. 3. Cita en: Saux, Edgardo I., “Globalización y constitucionalización...”, Op. Cit., Cita Online: AP/DOC/377/2016.

[138] El Art. 1119 del CC y C establece: “Regla general: Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, es abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor”.

[139] Peral, Santiago J., La regulación de las cláusulas abusivas..., Op. Cit., págs. 121 y 122.

[140] Ídem.

[141] Cfr. Peral, Santiago J., La regulación de las cláusulas abusivas..., Op. Cit., pág. 31.

[142] Ibidem, pág. 119.

[143] Peral, Santiago J., La regulación de las cláusulas abusivas..., Op. Cit., pág. 119.

[144] Cfr. Lorenzetti, Ricardo Luis, Las normas fundamentales de derecho privado, Rubinzal Culzoni, 1995. Cita en: Schmieloz, Graciela Elizabeth, La Dimensión Patrimonial del daño permanente a la integridad psicofísica. Su valuación judicial, Bibliotex, San Miguel de Tucumán, 2018, pág. 56.



[145] Saux, Edgardo, “Globalización y Constitucionalización...”, Op. Cit., Cita Online: AP/DOC/377/2016. El art. 1 del CC y C establece: “Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”. Ver Lorenzetti, Ricardo Luis, Código Civil y Comercial Comentado, Tomo I, Rubinzal Culzoni Editores, 1º Ed., Santa Fe, 2015, págs. 26-30: “El CC y C está diseñado para resolver conflictos y en este artículo se establecen las fuentes donde se encuentran los criterios de autoridad para esta tarea. El gran cambio respecto del sistema anterior consiste en que se admite una pluralidad de fuentes, incluyendo no sólo la ley, sino todo el Derecho (...) El artículo se refiere a “los casos que este Código rige”. El caso es contemplado como un supuesto de hecho en la norma, es decir, que todo el sistema de Derecho Privado regula casos, controversias y no meras declaraciones abstractas. Por esta razón es que los códigos no contienen definiciones teóricas, excepto que tengan un efecto normativo concreto. Los casos deben ser resueltos conforme a un sistema de fuentes. Se destaca en primer lugar a la ley, porque de lo contrario hay sentencias que no aplican la ley, o se apartan de ella sin declarar su inconstitucionalidad. La consecuencia de este texto es que no se debe declarar la invalidez de una disposición legislativa si ésta puede ser interpretada cuando menos en dos sentidos posibles, siendo uno de ellos conforme con la Constitución. Constituye acendrado principio cardinal de interpretación que el juez debe tratar de preservar la ley no destruirla. Ello implica la exigencia de no pronunciarse por la inconstitucionalidad de una ley que pueda ser interpretada en armonía con la Constitución, criterio que constituye una restricción al quehacer judicial, reiteradamente recordado por la CSJN cuando afirma que la declaración de inconstitucionalidad constituye la última ratio del orden jurídico, por lo que sólo será pronunciada siempre que no haya forma alguna de integrar la norma a fin de su coincidencia con la Carta Magna”.

[146] Schmieloz, Graciela Elizabeth, La Dimensión Patrimonial del daño permanente a la integridad psicofísica. Su valuación judicial, Bibliotex, San Miguel de Tucumán, 2018, pág. 72.

[147] Sozzo, Gonzalo, “La resistemización de la regulación del consumo en el Proyecto de Código Civil 2012”, disponible en:

<https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina449.pdf>.

[148] Ídem. “El Proyecto de Código hace referencia explícita al dialogo de fuentes en la presentación. Esta mención se extiende luego en: a). una referencia a la Constitución Nacional y “los tratados en los que la república sea parte” (art. 1) como fuente de interpretación de la ley; b). la referencia a los “tratados de derechos humanos” como fuente de interpretación de la ley (art. 2); c). la remisión a “los tratados de derechos humanos”, al abordar la dignidad del consumidor; y d). tres normas de “prelación normativa” (arts. 963, 1094 y 1709). Considero que se concreta en estas reglas pues, aunque no se menciona expresamente en ningún momento el diálogo de las fuentes en los textos de los artículos, las normas que refiero reconocen otras fuentes legales diferentes del Código actuando en los casos de derecho privado junto con él; se organiza un sistema para que el operador del campo legal resuelva los casos de conflictos normativos que se compone, por un lado, de órdenes de prelación normativa y, por el otro, principios de organización del diálogo (vgr. la norma más favorable al consumidor o al consumo sustentable).”

[149] Véase Sozzo, Gonzalo, “La resistemización de la regulación del consumo en el Proyecto de Código Civil 2012”, disponible en:

<https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina449.pdf>.

[150] Ídem.

[151] Ídem.

[152] El art. 1676 CC y C establece: “Dispensas Prohibidas: El contrato no puede dispensar al fiduciario de la obligación de rendir cuentas, ni de la culpa o dolo en que puedan incurrir él o sus dependientes, ni la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos”.

[153] El art. 1668 CC y C establece: “Plazo. Condición Plazo. Condición. El fideicomiso no puede durar más de treinta años desde la celebración del contrato, excepto que el beneficiario sea una persona incapaz o con capacidad restringida, caso en el que puede durar hasta el cese de la incapacidad o de la restricción a su capacidad, o su muerte. Si se pacta un plazo superior, se reduce al tiempo máximo previsto. Cumplida la condición o pasados treinta años desde el contrato sin haberse cumplido, cesa el fideicomiso y los bienes deben transmitirse por el fiduciario a quien se designa en el contrato. A falta de estipulación deben transmitirse al fiduciante o a sus herederos”.

[154] Stiglitz, Gabriel, “El Derecho del Consumidor en el Código Civil y Comercial Unificado. Diálogo de fuentes” en Tratado del Derecho del Consumidor, Tomo I, Parte General Relaciones de Consumo Prácticas Comerciales, Stiglitz, Gabriel - Hernández, Carlos A. (dirs.), 1º Ed., Thomson Reuters La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pág. 259.

[155] Ibidem, Pág. 260. El art. 1094 del CC y C establece: “Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor”. Véase Lorenzetti, Ricardo Luis, Código Civil y Comercial Comentado, Tomo VI, 1º Ed., Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2015, pág. 238. “La normativa del consumidor tiene carácter estatutario por estar integrada no sólo por la regulación constitucional, el Código y las LDC, sino también por aquellas normas que resulten aplicables a la relación jurídica de consumo, conforme lo establece el art 3 de la ley 24.240. Precisamente al estipularse la obligatoriedad de integrar todas las normas que puedan resultar aplicables de consumo, surge claramente la intención del legislador de crear una cobertura amplia y completa para el consumidor, habilitando la posibilidad de tomar preceptos ajenos al Código o a la LDC ya sea para cubrir situaciones no contempladas, ya sea para otorgar una situación más favorable para el consumidor, la cual puede encontrarse en normas que emerjan de diversas fuentes (...) Así se afirma que el Estatuto del Consumidor se integra por todas las normas y principios del Derecho Privado Patrimonial que sean aplicables a la relación de consumo, pudiendo extraerse disposiciones de diversas leyes por tratarse de un sistema integral de protección del consumidor y el usuario(...) La finalidad que persigue el microsistema de protección de los consumidores es el de crear una cobertura amplia y completa, habilitando la posibilidad de tomar preceptos ajenos a la propia ley específica y posibilitando una integración de todas las normas y principios del derecho privado patrimonial que sean aplicables a las relaciones de consumo”.

[156] Ver

<https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina449.pdf>

[157] Ídem.

[158] Ídem.

[159] Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala 3º, “Rubiolo, Claudia Elizabeth c. Llave Maestra SRL s/ Cumplimiento de Contratos”, año 2019, disponible en: [file:///C:/Users/Adm inistrador.00 0/Downloads/Ver%20sentencia%20\(ca usa%20N %C2%B016 7.435\)%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Adm inistrador.00 0/Downloads/Ver%20sentencia%20(ca%20usa%20N%C2%B016%207.435)%20(2).pdf).

[160] Ídem.

[161] Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial y Contencioso Administrativo de Río Cuarto, Sala 1º, “Milloch, Hugo Jorge c. Seidl, Lilia Alfonsina Viviana y otros s/ ordinario”, 22/12/2016, publicado en: La Ley Online, Cita online:

AR/JUR/102881/2016. En este fallo la demanda cuestionada la aplicación del régimen tuitivo apuntando que el actor no sería consumidor porque, habiéndose incorporado al fideicomiso en calidad de fiduciante y beneficiario, debe considerársele inversionista que asume un riesgo empresario. La Cámara sostuvo: “no coincidimos con la tesis propugnada por el recurrente. Se ha sostenido recientemente en precedentes cuyo criterio se comparte: Se constata que tanto la jurisprudencia como la doctrina entienden que puede considerarse consumidor a quien adquiere unidades habitacionales mediante un sistema de adhesión a un fideicomiso, aun incorporándose como fiduciante beneficiario. Se trata de una cuestión de hecho a ser valorada en cada caso particular”.

[162] Cámara 4º de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza. “Beral, Lidia Angélica c. Sociedad Mutual del Colegio Farmacéutico de Mendoza s/ escrituración”, 31/07,2013, publicado en: LLGran Cuyo2013 (octubre), 1000 - LLGran Cuyo 2013 (diciembre), 1164, con nota de Mauricio Boretto, Cita Online: AR/JUR/39689/2013.

[163] Cámara 6º de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba “Ahumada, Mariela Florencia c. Oliver Group S.A y Otro s/ordinario -otros- recurso de apelación”, 14/04/2016, publicado en: La Ley Online, Cita Online: AR/JUR/16938/2016.

[164] Colombres, Fernando M., “Vicios ocultos y ruina en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor”, en: Comentarios al anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor: homenaje a Rubén S. Stiglitz, Santarelli, Fulvio G. - Chamatropulos, Demetrio A. (dirs.); 1º Ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2019. “(...) El ALDC regula vicios redhibitorios y ocultos en la contratación inmobiliaria de consumo en su art. 62 “La categoría de vicios de calidad por inadecuación comprende los vicios redhibitorios y los vicios ocultos en la adquisición de inmuebles. En estos casos las reglas de 64 esta ley se integrarán con las del régimen de saneamiento del Código Civil y Comercial, cuando así fuere necesario, las que deben ser armonizadas a partir del principio de protección del consumidor. La misma integración cabrá en materia de ruina de la construcción de inmuebles, en la medida que el vínculo constituya una relación de consumo. En líneas generales podríamos decir que los vicios ocultos o redhibitorios vienen a garantizar al adquirente contra defectos materiales de los bienes adquiridos, mientras que la evicción lo hace respecto de vicios jurídicos. El CC y C nos brinda una definición de vicios ocultos y redhibitorios, debiendo entonces, debiendo entonces recurrir al análisis de las normas que los tratan para delimitar sus contornos. Así: El art 1051 inc. b) bajo el título “contenido de la responsabilidad por vicios ocultos” expresa que se consideran como vicios redhibitorios a aquellos que hacen la cosa impropia para su destino, por razones estructurales o funcionales o que disminuyen su utilidad a tal extremo que de haberlos conocido el adquirente no la habría adquirido o su contraprestación hubiese sido significativamente menor. Por defectos estructurales entendemos no solo defectos en los materiales con los cuales están construidas sino también los defectos en el diseño que hacen a la cosa impropia funcionalmente para su destino (...) Los vicios son defectos que afectan a la cosa, ya sea en su estructura o en su funcionamiento, pero existiendo una identidad del bien que el deudor de la obligación de dar se comprometió a entregar y lo que efectivamente entregó. Ahora bien, esos defectos de acuerdo con lo normado expresamente por el art 1053 CC y C para ser considerados como vicios ocultos o redhibitorios debían existir al tiempo de la adquisición y no haber sido conocidos a través de un examen

adecuado pro el adquirente. Los vicios de calidad por inadecuación -conocido como aliud pro alio- tienen lugar cuando se transmite una cosa que contiene una diferencia de calidad entre lo prometido y lo entregado, lo cual, en definitiva, entraña la entrega de un bien por otro. En el sistema del CC y C resulta claro que no existe equiparación ni igualdad de tratamiento entre las cosas que poseen un vicio de calidad por inadecuación y las cosas que poseen un defecto oculto (grave o no), contando cada uno de ellos con un régimen jurídico distinto, en el caso de los primeros, el régimen general de responsabilidad por incumplimiento contractual y en el segundo, el régimen especial de saneamiento y más específicamente el de los vicios redhibitorios u ocultos. Un ejemplo práctico nos dará idea de cómo funciona esta equiparación. Pensemos en un departamento comprado en pozo, el cual al momento de su entrega al adquirente no sea justa a la memoria descriptiva otorgada por el desarrollador debido a que, supongamos, los pisos, la carpintería o los muebles de cocina no son de las características pactadas. ¿Qué acción tendría el adquirente? Pues bien, en el régimen del CC y C., el adquirente contaría únicamente con las acciones de responsabilidad por incumplimiento contractual, ya que, como vimos, los vicios por inadecuación no son considerados vicios ocultos y por ende no gozan del sistema especial de garantía con los que cuentan estos. Así las cosas, lo novedoso del ALDC es que expresamente equipara, cuando se trate de adquisición de inmuebles la categoría de vicios de calidad por inadecuación con la de los vicios redhibitorios y ocultos.

[165] En este sentido la Cámara 6° de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba “Ahumada, Mariela Florencia c. Oliver Group S.A y Otros/ordinario -otros-recurso de apelación”, Cita Online AR/JUR/16938/2016 resolvió: A raíz del atraso en la construcción de un edificio se condenó a la empresa fiduciaria a abonar una suma de dinero por daños a quien se había incorporado mediante un contrato de adhesión como fiduciante y beneficiario. Asimismo, se liberó de responsabilidad al director de la sociedad. La Cámara hizo solidariamente extensiva la condena a este último.

[166] Picasso, Sebastián, “Comentario al art 10 bis LDC”, en: Ley de defensa del consumidor comentada y anotada, Tomo I, Picasso, Sebastián - Vázquez Ferreyra, Roberto A. (dirs.), La Ley, Buenos Aires, pág. 156.

[167] Cámara 6° de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba “Ahumada, María Florencia c. Oliver Group. S.A y otros/ordinario- otros- recurso de apelación”, Cita Online AR/JUR/16938/2016. “En tales condiciones, no hay obstáculo que impida considerar que la actora ha sido una consumidora en la contratación. Además aquella circunstancia denota un claro desprecio del deber de información art. 42 CN, Art. 4 LDC y 1110 CC y C, puesto que la actora suscribió un contrato creyendo incorporarse como beneficiaria, fiduciante, sin poder advertir de la documentación entregada que fideicomiso no existía y que, en consecuencia, tampoco existía patrimonio de afectación” “Es que la obligación que pesa sobre los proveedores de suministrar información al consumidor en forma gratuita, clara cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que proveen, las condiciones de su comercialización y toda circunstancia relevante para el contrato, incluía en este caso, el deber de informar a la actora cuál era la situación registral y dominial del inmueble sobre el que se emplaza el proyecto edilicio y que el fideicomiso no se había instrumentado.”

[168] Chamatropulos, Demetrio Alejandro, Estatuto del consumidor comentado..., Op. Cit., Tomo I, pág. 410.

[169] Ver Galdós, Jorge Mario, “Las funciones de la responsabilidad civil. La supresión de la sanción pecuniaria disuasiva en el código Civil y Comercial de la Nación”, Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial, 17/11/2014, 137, Cita Online: AR/DOC/3839/2014. “Se sienta específicamente el deber de evitar causar

o producir a las personas o a las cosas un daño no justificado y se consagra el deber general de diligencia de actuar, es decir, de obrar adoptando las conductas positivas o de acción, tanto para evitar la producción de un daño probable como para disminuir su magnitud o impedir su agravamiento. Todo esto sobre la base del principio de buena fe y de razonabilidad que atiende a las singularidades de cada caso, conforme el art. 1710, correlacionado con la pauta general de valoración de la conducta que establece el art. 1725 (“cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible del agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias”); en sentido congruo con la directiva de ejercer los derechos de buena fe (arts. 9, 10 y 11 del Título Preliminar, Cap. 3). El deber general de acción u omisión se centra en evitar o impedir el daño futuro, hacer cesar el daño actual, disminuir la magnitud y disminuir la extensión de las consecuencias del daño que comenzó a producirse. La tutela comprende todas las etapas y supuestos posibles de evitación de la dañosidad. En el ámbito contractual la prevención del daño comprende la tutela preventiva, ya que en caso de que una parte sufriere “una amenaza grave de daño a sus derechos”, la otra parte que “ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir o en su solvencia” puede “suspender” el cumplimiento de la prestación, hasta que la otra parte cumpla su prestación o le “dé seguridades suficientes. (Cfr. Galdós, Jorge Mario, “Las funciones de la responsabilidad civil..., Op. Cit., Cita Online: AR/DOC/3839/2014)

[170] Chamatropulos, Demetrio Alejandro, Estatuto del consumidor comentado..., Op. Cit., Tomo II, pág. 72.

[171] El art. 40 de la LDC establece: “Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”.

[172] Lovece, Graciela I., “El consumidor, el beneficio de la justicia gratuita y las decisiones judiciales”, publicado en: LA LEY 07/07/2017, 07/07/2017, 3 - LA LEY2017-D, 154 - RCyS2017-X, 233, Cita Online: AR/DOC/1704/2017.

[173] Ídem.

[174] Ídem.

[175] Ídem.

[176] Cámara 6º de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, “Ahumada, María Florencia c. Oliver Group S.A y otro s/ordinario- otros- recurso de apelación”, Cita Online AR/JUR/16938/2016.

[177] Véase Galdós, Jorge Mario, “Las funciones de la responsabilidad civil..., Op. Cit., Cita Online: AR/DOC/3839/2014. “El instituto receptado es una norma eminentemente sustancial o de fondo, pero igualmente adjetiva o procedimental, porque establece las bases inderogables que deberán respetar las legislaciones locales que regulen sus aspectos procesales. Procede contra actos u omisiones antijurídicas, por lo que el hecho generador debe ser, en principio, ilícito. La medida es independiente del factor subjetivo u objetivo de atribución y debe guardar adecuada relación de causalidad con el resultado probable, es decir, con el perjuicio esperable según el curso normal de las cosas”.

[178] Chamatropulos, Demetrio Alejandro, “Estatuto del consumidor comentado..., Op. Cit., Tomo II, pág. 348.

[179] Gozaíni, Osvaldo A., Protección procesal de usuarios y consumidores, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, pág. 343.

[180] Chamatropulos, Demetrio Alejandro, “Estatuto del consumidor comentado...,

Op. Cit., Tomo II, págs. 364 y 365. El art. 53 de la LDC establece: “Normas del proceso. En las causas iniciadas por ejercicio de los derechos establecidos en esta ley regirán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente, a menos que a pedido de parte el Juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado. Quienes ejerzan las acciones previstas en esta ley representando un derecho o interés individual, podrán acreditar mandato mediante simple acta poder en los términos que establezca la reglamentación. Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio. Las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita. La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio.”

[181] Lorenzetti, Ricardo Luis, Código Civil y Comercial..., Op. Cit., Tomo VIII, pág. 458.

[182] Chamatropulos, Demetrio Alejandro, Estatuto del consumidor..., Op. Cit., Tomo II, págs. 370, 371 y 371.

[183] Peral, Santiago J. - Tambussi, Carlos, “Reafirmación del daño punitivo como multa civil con finalidad disuasoria y sancionatoria”, publicado en: La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2019, Cita online: AR/DOC/2013/2019.

[184] El Art. 52 bis de la LDC regula los daños punitivos: “Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.”

[185] Chamatropulos, Demetrio Alejandro, Estatuto del consumidor..., Op. Cit., Tomo II, págs. 257 y 258.

[186] Stiglitz, Gabriel, “El Derecho del Consumidor en el Código Civil y Comercial Unificado. Diálogo de fuentes” en: Tratado del Derecho del Consumidor, Tomo I, Parte General Relaciones de Consumo Prácticas Comerciales, Stiglitz, Gabriel-Hernández, Carlos A. (dirs.), 1º Ed., Thomson Reuters La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pág. 260.