

MARÍA VALENTINA AICEGA

EL DEBER DE RESPONDER DEL FIDUCIARIO

**LÍMITES, AGRAVAMIENTOS, PROPAGACIONES Y
ATENUACIONES**

Tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la
Universidad Austral para optar al título de Doctor en Derecho

Director de tesis: Prof. Dr. Andrés Sánchez Herrero



UNIVERSIDAD

AUSTRAL

FACULTAD DE DERECHO

Buenos Aires, 2022

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN

1	Deber de responder del fiduciario.....	1
2	Estado de la cuestión	2
3	Interés de la investigación	5
4	Delimitación del objeto de estudio	8
5	Metodología y fuentes	10

CAPÍTULO I

FUNDAMENTOS DEL DEBER DE RESPONDER DEL FIDUCIARIO

1	Plan.....	11
2	El fideicomiso como negocio fiduciario	12
2.1	Negocios fiduciarios en el derecho romano	12
2.1.1	Actos entre vivos	12
2.1.2	Disposición de última voluntad	14
2.2	Negocios fiduciarios en la actualidad	18
2.2.1	Generalidades	18
2.2.2	Concepto y rasgos arquetípicos.....	20
2.2.2.1	I. Presencia de dos sujetos.....	21

2.2.2.2	II. Dualidad de relaciones y negocio único.....	22
2.2.2.3	A) Transmisión de propiedad.....	25
2.2.2.4	B) Afectación a un fin.....	27
2.2.2.5	C) Confianza.....	31
2.2.3	Negocio fiduciario y negocio jurídico indirecto.....	32
2.2.4	Negocios fiduciarios y negocios simulados.....	35
2.2.5	Negocios de fiducia.....	41
3	El fideicomiso como contrato a favor de terceros. Partes y posiciones jurídicas.....	43
3.1	Concepto de contrato de fideicomiso.....	43
3.1.1	Fideicomiso común.....	43
3.1.2	Fideicomiso financiero.....	46
3.2	Caracteres. El contrato a favor de terceros.....	49
3.2.1	Típico y nominado.....	49
3.2.2	Consensual.....	50
3.2.3	Bilateral.....	51
3.2.3.1	<i>Quid</i> de la bilateralidad.....	51
3.2.3.2	Posición jurídica del beneficiario.....	52
3.2.3.2.1	El fideicomiso como contrato a favor de terceros.....	52
3.2.3.2.2	Aceptación por el beneficiario.....	53
3.2.3.2.3	Régimen de sustituciones legales.....	56
3.2.3.2.4	Transmisión de la posición jurídica beneficiario.....	56
3.2.3.2.5	Pluralidad de beneficiarios.....	56
3.2.3.2.6	Coincidencia de roles.....	57
3.2.3.3	Posición jurídica del fideicomisario.....	58
3.2.3.3.1	Generalidades.....	58
3.2.3.3.2	Aceptación por el fideicomisario.....	59
3.2.3.3.3	Régimen de sustituciones legales.....	59
3.2.3.3.4	Transmisión de la posición jurídica fideicomisario.....	60
3.2.3.3.5	Pluralidad de fideicomisarios.....	61
3.2.4	Se presume oneroso.....	61
3.2.5	De ejecución inmediata o diferida.....	62
3.2.6	De ejecución continuada o tracto sucesivo.....	62

3.2.7	Intuitu personae	62
3.2.8	No formal.....	62
3.3	Contenido	62
3.3.1	Planteamiento.....	62
3.3.2	Individualización de los bienes	63
3.3.3	Determinación del modo en que otros bienes pueden ser incorporados al fideicomiso, según el caso	64
3.3.4	El plazo o condición a que se sujeta la propiedad fiduciaria	65
3.3.5	Identificación del beneficiario o la manera de determinarlo conforme con el art. 1671 del Código Civil y Comercial	66
3.3.6	Destino final de los bienes a la finalización del fideicomiso, con la indicación del fideicomisario a quien deben transmitirse o la manera de determinarlo conforme con el art. 1672..	67
3.3.7	Derechos y obligaciones del fiduciario, y el modo de sustituirlo si cesa	68
3.3.8	Contenido del contrato de fideicomiso financiero	68
3.4	Duración	70
3.4.1	Plazo máximo y condición. Excepción	70
3.4.2	Modo de cómputo del plazo o la condición.....	72
3.4.3	Plazo máximo especial en fideicomisos financieros con oferta pública cuyo activo subyacente sean créditos hipotecarios o instrumentos asimilables	73
3.4.4	Plazo superior al máximo legal.....	74
3.4.5	Efectos del cumplimiento del plazo o condición. Extinción del contrato	74
3.5	Bienes objeto del contrato. El caso de las universalidades	75
4	La separación de patrimonios en el fideicomiso.....	79
4.1	El patrimonio como garantía común de los acreedores: naciones generales	79

4.2	Diversas teorías del patrimonio.....	84
4.2.1.1	Teoría subjetiva	84
4.2.1.1.1	Exposición	84
4.2.1.1.2	Críticas a la teoría subjetiva.....	85
4.2.1.2	Teoría objetiva.....	88
4.2.1.2.1	Generalidades	88
4.2.1.2.2	Teoría del patrimonio de afectación	89
4.2.1.3	Teoría intermedia	90
4.2.1.4	Teoría del patrimonio autónomo o separado.....	90
4.2.2	La cuestión en el derecho positivo argentino	92
5	Fundamento de la separación patrimonial	96
5.1	Planteamiento.....	96
5.2	Orígenes, utilización de la figura e iniciativas legislativas	96
5.3	La regulación del fideicomiso en Latinoamérica	101
5.4	La regulación del fideicomiso en el derecho argentino....	104
5.4.1	Evolución.....	104
5.4.2	Caracteres de la separación patrimonial	108
5.4.2.1	El sentido de la búsqueda.....	108
5.4.2.2	Es una universalidad jurídica.....	108
5.4.2.3	Es voluntario	109
5.4.2.4	Es de titularidad del fiduciario	109
5.4.2.5	Otras características.....	110
6	Relaciones entre el patrimonio separado y el general (o residual) del fiduciario	110
6.1	Relaciones que se establecen	110
6.2	Bienes que integran el patrimonio separado	112
6.3	Oponibilidad a terceros de la existencia del contrato de fideicomiso y del patrimonio separado	114
6.3.1	Introducción	114
6.3.2	Forma	115
6.3.3	Registración de contratos de fideicomiso en el Registro público	117

6.3.3.1	La regulación en el Código Civil y Comercial	117
6.3.3.2	Fideicomisos ordinarios y financieros sin oferta pública: reglamentaciones de la Inspección General de Justicia, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Dirección General de Inspección de Personas Jurídicas de la Provincia de Córdoba y de la Dirección Provincial de Personas Jurídicas de la Provincia de Buenos Aires	120
6.3.3.2.1	Nociones introductorias	120
6.3.3.2.2	Resolución General de la Inspección General de Justicia (IGJ) 7/2015, modificada por las resoluciones generales 9/2015, 6/2016 y 33/2020.	120
6.3.3.2.3	El “Registro Público de Contratos de Fideicomiso” en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Decreto 300/15. El Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires	127
6.3.3.2.4	Provincia de Córdoba: opinión del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Córdoba. Resolución 149 y posterior reglamentación de la inscripción de contratos de fideicomiso por resolución general 1/2017	129
6.3.3.2.5	Provincia de Buenos Aires. Disposición N° 13/2016 de la Dirección Provincial de Personas Jurídicas de la Provincia de Buenos Aires	131
6.4	Oponibilidad a terceros de la transferencia de bienes	133

CAPÍTULO II

POSICIÓN JURÍDICA DEL FIDUCIARIO.

CALIFICACIONES Y RELACIONES

1	Plan.....	137
2	Posición jurídica del fiduciario.....	138
2.1	Generalidades	138
2.2	Fiduciario no profesional.....	142

2.3	Fiduciario profesional.....	144
2.3.1	Planteamiento.....	144
2.3.2	En el fideicomiso financiero	144
2.3.3	En el fideicomiso común.....	145
2.4	Fiduciario en la relación de consumo	146
2.4.1	Concepto de relación de consumo	146
2.4.2	El contrato como fuente de la relación de consumo.....	149
2.4.3	Las relaciones de consumo en el contrato de fideicomiso..	151
	151
2.4.3.1	Encuadramiento.....	151
2.4.3.2	Concepto de consumidor.....	153
2.4.3.2.1	Consumidor directo	153
2.4.3.2.2	Consumidor indirecto.....	168
2.4.3.2.3	Consumidor expuesto.....	170
2.4.3.2.4	El empresario como consumidor directo o	
	indirecto	173
2.4.4	Beneficiario consumidor.....	188
2.4.4.1	Encuadramiento.....	188
2.4.4.2	Fiduciante–beneficiario como consumidor directo .	189
2.4.4.3	Beneficiario como consumidor directo	189
2.4.4.4	Cesionario del beneficiario, siempre que sea	
	destinatario final	190
2.4.4.5	<i>Quid</i> de las personas humanas o jurídicas como	
	consumidores indirectos.....	192
2.4.5	Fideicomisario como consumidor.....	192
2.4.5.1	Encuadramiento.....	192
2.4.5.2	Fiduciante–fideicomisario como consumidor directo....	
	193
2.4.5.3	Fideicomisario como consumidor directo.....	193
2.4.5.4	Cesionario del fideicomisario, siempre que sea	
	destinatario final	194
2.4.5.5	<i>Quid</i> de las personas humanas o jurídicas	
	consumidores indirectos.....	194
2.4.6	El fiduciario como proveedor.....	194
3	Coincidencia de roles.....	197

3.1	Prohibición de coincidencia de fiduciante–fiduciario	197
3.2	Coincidencia de fiduciario–beneficiario	198
3.2.1	Admisión en el Código Civil y Comercial	198
3.2.1.1	I. Inexistencia de abuso de la posición por el fiduciario–acreedor	198
3.2.1.2	II. No se configura la adquisición de los bienes fideicomitados para sí, que se encuentra prohibida	199
3.2.1.3	III. Conveniencia económica de la concurrencia en una sola persona de las posiciones jurídicas de fiduciario y beneficiario	200
3.2.1.4	IV. Posibilidad de introducción de mecanismos contractuales de prevención.....	200
3.2.2	La cuestión en la jurisprudencia nacional anterior al Código Civil y Comercial.....	201
3.2.3	La cuestión en el derecho comparado.....	201
3.2.4	El caso del fideicomiso financiero con oferta pública ..	205
3.2.5	Pautas de conducta en caso de coincidencia de roles ..	205
3.3	Prohibición de coincidencia fiduciario-fideicomisario	208
4	Diversos tipos de fideicomiso. Peculiaridades	209
5	Quid de la pluralidad de fiduciarios	210
6	Vicisitudes de la titularidad del patrimonio fiduciario	211
6.1	Encuadramiento	211
6.2	Extinción del contrato y cese del fiduciario	214
6.3	Causas de extinción del contrato	215
6.3.1	El cumplimiento del plazo o la condición acordados o vencimiento del plazo máximo legal (art. 1697 inc. a), Código Civil y Comercial)	215
6.3.2	Revocación del fiduciante si se ha reservado expresamente esa facultad. Efecto. Supuesto de ineficacia (art. 1697 inc. b), Código Civil y Comercial).....	215
6.3.3	Otras causas previstas en el contrato (art. 1697 inc. c), Código Civil y Comercial).....	216
6.3.4	Consentimiento de “partes”	216

6.3.5	Por la extinción de la propiedad fiduciaria	216
6.4	Cese del fiduciario	217
6.4.1	Diversas causales.....	217
6.4.2	Remoción por incumplimiento de sus obligaciones e imposibilidad material o jurídica de actuar (art. 1678 inc. a), Código Civil y Comercial)	217
6.4.3	Incapacidad, inhabilitación y capacidad restringida judicialmente declarada, y muerte, si es una persona humana (art. 1678 inc. b), Código Civil y Comercial).....	218
6.4.4	Disolución, si es una persona jurídica; esta causal no se aplica en casos de fusión o absorción (art. 1678 inc. c), Código Civil y Comercial)	218
6.4.5	Quiebra o liquidación (art. 1678 inc. d), Código Civil y Comercial)	219
6.4.6	Renuncia si está expresamente autorizada, o en caso de causa grave o imposibilidad material o jurídica de desempeño (art. 1678 inc. e), Código Civil y Comercial)	219
6.4.7	Otras causales.....	220
6.5	Reemplazo	221
6.5.1	Mecanismos de designación	221
6.5.2	La constatación y operatividad de las diversas causales de cesación	223
6.5.3	Designación judicial: procedimiento.....	224
6.5.4	El medio idóneo a los fines del traspaso de los bienes	224
6.5.5	La administración del patrimonio en el período que transcurra entre la cesación y el reemplazo. Medidas cautelares..	225
7	Separación patrimonial.....	225
7.1	La regulación en el ordenamiento jurídico argentino	225
7.2	Efectos frente a las posiciones jurídicas del contrato y los terceros	227
7.2.1	Calificación de terceros	227
7.2.2	Efectos respecto de las posiciones jurídicas y los terceros en el ámbito de las relaciones externas.....	228
7.2.2.1	Principios generales.....	228
7.2.2.2	Caso de la liquidación por insuficiencia de bienes..	229

7.2.2.2.1	Encuadramiento	229
7.2.2.2.2	<i>Quid</i> de la concursabilidad del fideicomiso.....	229
7.2.2.2.3	Sistema de liquidación judicial.....	236
7.2.2.2.4	Competencia y liquidador	238
7.2.2.2.5	Significado de la locución “insuficiencia de los bienes para atender a esas obligaciones”	239
7.2.2.2.6	Provisión de fondos por parte del fiduciante o del beneficiario	242
7.2.2.2.7	Legitimación	243
7.2.2.2.8	Alcances de la aplicación de la ley de concursos y quiebras	245
7.3	Efectos frente a terceros vinculados con las posiciones jurídicas del fideicomiso	246
7.3.1	Acreeedores del fiduciante	246
7.3.2	Acreeedores personales del fiduciario	249
7.3.3	Acreeedores del beneficiario y del fideicomisario.....	249

CAPÍTULO III

FACULTADES, DEBERES Y CARGA DEL FIDUCIARIO.

ACTUACIÓN POR TERCERO

1	Plan.....	251
2	Facultades.....	252
2.1	Generalidades	252
2.2	Con relación a los bienes	254
2.2.1	Advertencia	254
2.2.2	Derecho de usar	255
2.2.3	Derecho de gozar.....	256
2.2.4	Derecho de disponer	257
2.2.4.1.1	Principio general	257
2.2.4.1.2	Límites legales.....	258
2.2.4.1.3	Límites contractuales.....	260

2.2.4.1.4	Violación a los límites	261
2.2.4.2	<i>Quid</i> de la constitución de ciertos derechos reales o personales	263
2.2.5	Disposición material	263
2.3	Con relación a las otras posiciones contractuales	264
2.3.1	Derecho a cobrar retribución	264
2.3.2	Derecho a reembolso de gastos	267
2.3.3	Derecho a renunciar	267
3	Deberes	267
3.1	Principio general	267
3.2	Deberes obligacionales	268
3.2.1	Criterios clasificatorios	268
3.2.1.1	Según su fuente: legal o contractual	268
3.2.1.2	Según sean disponibles o no	269
3.2.1.3	Según sean de resultado o de medios	273
3.2.1.4	Según deriven de una relación de consumo o no	273
3.2.2	Análisis de las obligaciones legales	274
3.2.2.1	Encuadre conceptual: obligaciones de resultado y de medios	274
3.2.2.1.1	Delimitación. Planteamiento clásico	274
3.2.2.1.2	Su recepción en el Código Civil y Comercial	278
3.2.2.1.3	Rasgos distintivos	283
3.2.2.2	Recibir los bienes fideicomitidos	284
3.2.2.3	<i>Quid</i> de la obligación de proceder o de colaborar en la inscripción registral de los bienes	284
3.2.2.4	<i>Quid</i> de la obligación de inscribir el contrato de fideicomiso	287
3.2.2.5	Rendir cuentas	289
3.2.2.6	Ejercer acciones en protección de los bienes fideicomitidos	292
3.2.2.7	Entregar los beneficios durante la vigencia del fideicomiso	294
3.2.2.8	Entregar los bienes a su extinción	294
3.2.2.9	<i>Quid</i> de la contratación del seguro de responsabilidad civil	295

3.2.2.9.1	Naturaleza jurídica	295
3.2.2.9.2	Supuestos comprendidos y alcances del seguro.....	298
3.2.2.9.3	Efectos del incumplimiento.....	300
3.2.2.10	<i>Quid</i> de la exigencia de provisión de fondos en caso de insuficiencia, si existe provisión contractual	301
3.2.3	Implicancias de la relación de consumo en las obligaciones legales del fiduciario	302
3.2.3.1	Modulaciones de las obligaciones legales	302
3.2.3.1.1	A partir de la interpretación.....	302
3.2.3.1.2	A partir de la aplicación del régimen de cláusulas abusivas	302
3.2.3.1.3	Obligación de rendir cuentas	305
3.2.3.2	Obligaciones legales que se agregan.....	306
3.2.3.2.1	Exigencias de contenido y redacción de los contratos	306
3.2.3.2.2	Integración de los contenidos publicitarios al contrato	308
3.2.3.2.3	Obligación de informar el derecho a la revocación en la contratación a distancia o fuera de los establecimientos comerciales	309
3.2.3.2.4	Información.....	311
3.2.3.2.5	Condiciones de atención y trato equitativo y digno	312
3.2.3.2.6	Obligación de seguridad.....	313
3.3	Deberes no obligacionales	314
4	Carga	315
4.1	Concepto.....	315
4.2	Contabilidad.....	317
5	Actuación a través de terceros	319
5.1	Planteo.....	319
5.2	Estado de la cuestión.....	319
5.2.1	Tesis de la no delegación de funciones, que admite excepciones	319

5.2.2 Tesis que admite la delegación de funciones no esenciales	322
5.3 Mi opinión	323
5.3.1.1 La cuestión terminológica y el sentido de las palabras en el Código Civil y Comercial	323
5.3.1.1.1 El vocablo delegación en el Código Civil y Comercial	324
5.3.1.1.2 El vocablo sustitución en el Código Civil y Comercial	326
5.3.1.1.3 Conclusión: delegar es encomendar conservando la posición jurídica y la responsabilidad	334
5.3.1.2 El principio de equiparación: la delegación de funciones como un supuesto de dependencia	335
5.3.1.3 Adecuación de la solución legal.....	338
5.3.1.4 Coherencia de la solución legal.....	339
5.3.1.5 La cuestión en Colombia y en México.....	343

CAPÍTULO IV

LÍMITES, AGRAVAMIENTOS, PROPAGACIONES Y ATENUACIONES

1 Plan.....	347
2 Límites	348
2.1 Lineamientos del responder civil.....	348
2.1.1 Planteamiento.....	348
2.1.2 Función resarcitoria: presupuesto del deber de resarcir... ..	350
2.1.2.1 Introducción	350
2.1.2.2 Unificación de la responsabilidad aquiliana y contractual	351
2.1.2.3 La antijuridicidad como presupuesto del deber de responder	353
2.1.2.4 Factor de atribución de responsabilidad como presupuesto del deber de responder	356

2.1.2.5 Relación de causalidad como presupuesto del deber de responder	358
2.1.2.6 El daño resarcible como presupuesto del deber de responder	360
2.1.3 Función preventiva.....	361
2.1.4 Función punitiva.....	371
2.2 La incidencia del patrimonio separado en la reparación de daños	375
2.2.1 Generalidades	375
2.2.2 Incidencia respecto de las restantes posiciones jurídicas	375
2.2.2.1 Principio general y delimitación	375
2.2.2.2 Factores objetivos de atribución	376
2.2.2.2.1 Encuadramiento	376
2.2.2.2.2 Riesgo de las cosas y de las actividades	377
2.2.2.2.3 Otros factores.....	380
2.2.3 Efectos con relación a terceros	384
2.2.3.1 Planteamiento	384
2.2.3.2 Conceptos centrales	385
2.2.3.3 Oponibilidad y bienes registrables	388
2.2.3.4 Oponibilidad y bienes en general.....	389
2.2.3.5 Invocabilidad	391
2.3 <i>Quid</i> de la trascendencia de la actuación del fiduciario conforme al consejo de un comité técnico	391
2.3.1 Planteamiento.....	391
2.3.2 Efectos entre todas las posiciones jurídicas del fideicomiso	393
2.3.3 Irrelevancia respecto de terceros.....	400
2.4 <i>Quid</i> de la actuación del fiduciario conforme a lo resuelto en reunión de fiduciantes, beneficiarios o fideicomisarios.....	400
2.4.1 Reunión de fiduciantes, beneficiarios o fideicomisarios....	400
2.4.1.1 Inexistencia de regulación legal.....	400
2.4.1.2 Naturaleza jurídica y régimen aplicable	402

2.4.2	Efectos entre todas las posiciones jurídicas del fideicomiso	404
2.4.3	Intrascendencia respecto de terceros	407
3	Agravamientos	408
3.1	Culpabilidad del fiduciario.....	408
3.1.1	Generalidades	408
3.1.2	El cartabón del buen hombre de negocios	409
3.1.2.1	Delimitación	409
3.1.2.2	Fiduciario no profesional.....	412
3.1.2.2.1	Sistema de apreciación.....	412
3.1.2.2.2	<i>Quid</i> de la graduación de la culpa.....	414
3.1.2.3	Fiduciario profesional.....	416
3.1.2.4	Fiduciario en la relación de consumo	421
3.1.3	Prohibición de dispensa de la culpa y del dolo.....	422
3.1.4	Renunciabilidad de la acción por daños	423
3.2	Causalidad	424
3.2.1	Incidencia de la pauta de actuación del fiduciario como “buen hombre de negocios”.....	424
3.2.2	Extensión del resarcimiento	426
3.3	Falta de contratación del seguro “obligatorio”	427
3.4	Incrementos en caso de mediar relación de consumo.....	428
3.5	La función punitiva	430
3.5.1	En las relaciones de consumo	430
3.5.1.1	Generalidades	430
3.5.1.2	La reforma de ley 24240 efectuada por la ley 26361	432
3.5.1.2.1	Planteamiento	432
3.5.1.2.2	Necesidad de que medie daño.....	433
3.5.1.2.3	Grave reproche subjetivo	434
3.5.1.2.4	Legitimación. Graduación y destino.....	436
3.5.1.2.5	Monto	437
3.5.1.2.6	Pluralidad de responsables.....	439
3.5.1.2.7	<i>Quid</i> del aseguramiento.....	440
3.5.2	En las restantes relaciones	440

3.6	Fiduciario que celebró el acto jurídico sin aclarar el carácter en que actuaba	441
4	Propagaciones.....	442
4.1	Ampliación de la legitimación pasiva en caso de responsabilidad indirecta.....	442
4.1.1	Recapitulación.....	443
4.1.2	Requisitos.....	443
4.1.3	Responsabilidad objetiva.....	445
4.1.4	Responsabilidad concurrente	446
4.1.5	Acciones de regreso.....	447
4.2	Aseguramientos	448
4.3	Fiduciario aparente	450
4.3.1	Planteamiento.....	450
4.3.2	Concepto de apariencia	450
4.3.3	Requisitos.....	452
4.3.4	Efectos	453
4.4	Fideicomisos conexos.....	454
4.4.1	Planteamiento.....	454
4.4.2	Lineamientos de la conexidad contractual.....	455
4.4.2.1	Concepto y requisitos.....	455
4.4.2.2	Fuentes e interpretación	456
4.4.3	Relaciones entre patrimonios separados.....	458
4.5	Extensión del catálogo de responsables en caso de mediar relación de consumo	461
4.5.1	Planteamiento.....	461
4.5.2	Fundamento del deber de responder.....	461
4.5.2.1	Introducción	461
4.5.2.2	Daños por “vicio o riesgo” de la cosa	462
4.5.2.3	Daños derivados de la prestación del servicio.....	464
4.5.3	Eximentes.....	464
4.5.4	Legitimados pasivos	465
4.5.5	¿Responsabilidad solidaria?.....	466
4.5.6	Intrascendencia de las técnicas de prevención. Remisión	467

5	Atenuaciones	467
5.1	Cláusulas de irresponsabilidad	467
5.1.1	Generalidades	467
5.1.2	Límites ordinarios	468
5.1.3	Límites más acentuados en el contrato de fideicomiso	470
5.1.4	Ámbito de operatividad	471
5.1.5	Algunos supuestos	471
5.1.5.1	Indemnidad	471
5.1.5.2	<i>Quid</i> de la alteración del factor de atribución objetivo	472
5.1.6	Carácter de la ineficacia involucrada en las cláusulas antijurídicas	473
5.2	Dispensabilidad a posteriori del daño	473
5.3	<i>Quid</i> de la compensación de beneficios	474
5.3.1	Planteamiento	474
5.3.2	Requisitos	475
5.3.3	Caso especial del fiduciario doloso	476
5.4	Aminoramiento de la reparación ante la prevención del daño	477
	CONCLUSIONES	479
	BIBLIOGRAFÍA CITADA	493

INTRODUCCIÓN

1 DEBER DE RESPONDER DEL FIDUCIARIO

El deber de responder del fiduciario es uno de los aspectos centrales en la dinámica del fideicomiso. Esto obedece al especial emplazamiento que ocupa el fiduciario, a su carácter de “titular fiduciario” de los bienes fideicomitidos, y a las diversas relaciones que se establecen, que se pueden calificar como de “derecho interno” y de “derecho externo”, según se refieran a las otras posiciones del negocio o a terceros. La cuestión, además, adquiere matices propios de acuerdo con el fin del fideicomiso y la calificación del fiduciario.

Los alcances del deber de responder del fiduciario están impuestos por un rasgo propio que hace a la naturaleza de este contrato: la constitución de un patrimonio separado sobre los bienes fideicomitidos de titularidad del fiduciario. La regla es que el fiduciario va a responder por las obligaciones a su cargo con los bienes integrantes del patrimonio separado, pero para que este límite opere es menester que su actuación se enmarque en la finalidad del fideicomiso.

El comportamiento del fiduciario debe ser acorde con el deber de obrar con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él, a quien no se le puede dispensar ningún incumplimiento imputable a título de reproche subjetivo (arts. 1674 y 1676, Código Civil y Comercial).

Esas directivas son rebeldes a encasillamientos rígidos provocados por análisis simplistas y requieren de un tratamiento riguroso, que debe ser afrontado desde las particularidades de la fiducia en conexión con la separación patrimonial, las previsiones del contrato de fideicomiso y las distintas calidades que puede asumir el fiduciario.

Las dificultades propias de la temática reclaman un enfoque analítico de cada uno de los deberes que pesan sobre el fiduciario, pues la pauta del buen hombre de negocios es insuficiente por sí sola para dar una respuesta adecuada al fenómeno dañoso.

2 ESTADO DE LA CUESTIÓN

Los criterios esbozados por la doctrina en cuanto al alcance del deber de responder del fiduciario son muy dispares, tanto respecto de las relaciones que entabla con las restantes posiciones jurídicas del contrato de fideicomiso, como las enhebradas con terceros a ese acuerdo.

En el plano del “derecho interno” hay quienes sostienen que el fiduciario puede limitar su responsabilidad, por ejemplo, ante supuestos como la “delegación” de funciones no esenciales¹ siempre que no hubiera asumido un deber de control del delegado, o en los casos de actuación en ejecución de instrucciones de un comité técnico o de asambleas de fiduciantes, beneficiarios o fideicomisarios que pueden establecerse en el contrato. Incluso, se predica que tal liberación lo sea respecto de terceros².

¹ CARREGAL, Mario A., *Fideicomiso. Teoría y aplicación a los negocios*, Heliasta, Buenos Aires, 2008, pp. 181-182: “La finalidad principal de todo fideicomiso es poner a buen recaudo los bienes transferidos al fiduciario y darles el destino previsto en la convención, lo que ciertamente resulta una función indelegable”.

² CARREGAL, Mario A., *Fideicomiso. Teoría y aplicación a los negocios*, cit., p. 187: “...si la delegación hubiese sido prevista determinándose la

No faltan quienes afirman que el fiduciario no puede delegar sus funciones por tratarse de un vínculo *intuitu personae*³, aunque sí está facultado para valerse de auxiliares para satisfacer su cometido⁴.

También en el perfil del “derecho externo” existen postulaciones antitéticas. Una postura defiende el criterio según el cual, si bien por la propia naturaleza del contrato el fiduciario presta frente al “público” la confianza que los fiduciantes pueden

persona del sustituto y la forma en que habría de ser controlado el cumplimiento de sus funciones (...) el fiduciario no responderá por el incumplimiento del sustituto o de quien ejerza el control de sus actos, ante las partes que hubiesen aceptado o conocido la existencia de la delegación al tiempo de contratar con el fiduciario”. Este mismo autor, propicia la liberación frente a los terceros, pues si éstos aceptan la actuación del comité en los acuerdos que celebren con el fiduciario, “mal podrían luego alegar que la actuación del comité no les es oponible” (p. 184).

³ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*, Legis, 2005, p. 288: “...el problema central tiene plantearse en torno a lo que es el encargo fundamental, porque si bien es concebible (...) que ciertas tareas se deleguen, tal posibilidad tiene que entenderse en el sentido de que, a través de ella, se realicen finalidades complementarias o de soporte pero no permitiría sostener que cabe delegar a un tercero (...) el ejercicio de la totalidad de las facultades del fiduciario, pero, sobre todo, de aquellas obligaciones que dicen directa y esencialmente con la obtención de la finalidad para la cual se celebró el negocio”.

⁴ Así, RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*, cit., pp. 280 y 290; BATIZA, Rodolfo, *El fideicomiso. Teoría y práctica*, 8ª edición, Ius, México, 2001, pp. 313 y 314; KIPER, Claudio M. y LISOPRAWski, Silvio V., *Tratado de fideicomiso*, 4ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, tomo I, pp. 342 y 343.

no ostentar, dicha apariencia no debe ser llevada al extremo de responsabilizarlo con sus bienes personales, pues ello derivaría en una clara inseguridad jurídica atentatoria contra las proyecciones de la figura⁵. En visión contraria, se piensa que esta postura no es conciliable con el principio de inmunidad de los terceros⁶.

A ese desconcierto inicial se le adicionan otros; uno de máxima relevancia es el atinente a la calificación de las obligaciones del fiduciario como de resultado o de medios, pues de uno u otro encasillamiento se deriva si el factor atributivo de responsabilidad es objetivo o subjetivo, respectivamente. La doctrina oscila entre el silencio al respecto⁷ y la fijación de la directriz de que el fiduciario asume por regla obligaciones de medios en virtud de la pauta de conducta del buen hombre de negocios⁸.

Acaso, los diversos criterios esbozados respondan a la dicotomía que plantea la figura en el sentido de que si bien el fiduciario es el titular del patrimonio separado (fiduciario como “propietario”) su conducta está encaminada a satisfacer el interés de otros, quienes se benefician con su actuación (fiduciario como “administrador”)⁹.

⁵ CARREGAL, Mario A., *Fideicomiso. Teoría y aplicación a los negocios*, cit., pp. 381 y 384.

⁶ KIPER, Claudio M. y LISOPRAWISKI, Silvio V., *Tratado de fideicomiso*, cit., tomo I, p. 374.

⁷ En el sentido omisivo, se entronca un clásico aporte de la materia: VILLAGORDOA LOZANO, José M., *Doctrina general del fideicomiso*, Porrúa, México, 2003, p. 198.

⁸ CARREGAL, Mario A., *Fideicomiso. Teoría y aplicación a los negocios*, cit., pp. 187-189; KIPER, Claudio M. y LISOPRAWISKI, Silvio V., *Tratado de fideicomiso*, cit., tomo I, pp. 375-380; GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “Las obligaciones del fiduciario”, *La Ley*, 2015-C, p. 1287.

⁹ A ese respecto, Márquez apunta: “...nos apartamos del esquema fiduciario-dueño...” para ingresar “...en la realidad de la figura del

3 INTERÉS DE LA INVESTIGACIÓN

La ley 24441 incorporó al ordenamiento argentino la figura del fideicomiso al impulso de la legislación latinoamericana, cuyas proyecciones más fecundas se encuentran en las legislaciones mexicana¹⁰, panameña¹¹ y colombiana¹². La recepción de la figura logró la compleja tarea de armonizar el *trust* anglosajón con las directrices del derecho romano¹³.

Desde entonces el instituto fue utilizado como vehículo de múltiples iniciativas económicas. Entiendo que ello fue así por dos de sus rasgos centrales: la “plasticidad” para la estructuración de los negocios y la “seguridad” en el plano de las responsabilidades derivadas.

En escenarios de normalidad, la combinación de esas dos características fomenta de manera extraordinaria la generación y circulación de la riqueza necesaria para el desarrollo económico.

fiduciario-administrador, considerando esencialmente los intereses patrimoniales comprometidos a fin de imputar las consecuencias jurídicas, y examinando la rectitud de la conducta del fiduciario en el cumplimiento de su manda, como pauta de extensión de la responsabilidad a su órbita patrimonial personal” (MÁRQUEZ, José F., *Fideicomiso, La Ley*, Buenos Aires, 2008, p. 121).

¹⁰ Ley General de Títulos y Operaciones de Créditos cuyo origen data del año 1932.

¹¹ Ley 1 del año 1984 modificada por la ley 21 de 2017.

¹² Código de Comercio del año 1971.

¹³ Véase un estudio sobre las fórmulas seguidas para la incorporación del *trust* a los países de *civil law*, en MARTÍN SANTISTEBAN, Sonia, *El instituto del «trust» en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios de «civil law»*, Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 199 y ss.

Sin embargo, esa sinergia virtuosa en situaciones de patología se desvanece para dar lugar a conflictos con derivaciones inequitativas¹⁴.

Es aquí donde reside el principal interés de este estudio que motiva la conveniencia de su desarrollo. En efecto, las proyecciones sociales que exhibe el derecho a la reparación de fuente constitucional (art. 19, Constitución Nacional) no pueden ser obscurecidas de manera tal que sean repugnantes al principio de justicia.

La seguridad y la justicia suelen ingresar en situaciones de aparente tensión, pero debe tenerse claro que se precisan mutuamente para concretar sus designios. Sin un mínimo de

¹⁴ Tanto es así que en el derogado art. 14 de la ley 24441, cuya preceptiva no subsistió en el régimen del Código Civil y Comercial, se preveía una limitación cuantitativa de la responsabilidad de máxima energía. La norma establecía en su segunda oración: “La responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del artículo 1113 del Código Civil se limita al valor de la cosa fideicomitada cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado”. ¿Y si no había correlación entre el “valor de la cosa” y el daño efectivamente sufrido?

seguridad difícilmente se logre alcanzar una solución justa¹⁵, pero tampoco la seguridad será duradera si encierra reglas injustas¹⁶.

El desafío, entonces, es conciliar las seguridades que precisa el fiduciario para ejecutar la manda, sin desconocer los intereses de quienes puedan resultar perjudicados con su actuación; especialmente, de aquellos que no participaron originariamente del contrato de fideicomiso, sino que se adhirieron a él *a posteriori*, y de quienes permanecen ajenos al acuerdo.

Son escasos los aportes que abordan el tópico del deber de responder del fiduciario y, en general, los que lo hacen lo encuadran regularmente en estudios genéricos sobre el fideicomiso. La necesidad de afrontar este cometido con el enfoque interdisciplinario que esta temática impone significa un renovado robustecimiento del interés de la investigación.

¹⁵ Conf. RECASÉNS SICHES, Luis, “La seguridad como motivo radial de lo jurídico”, Revista de la Facultad de Derecho de México, N°239, UNAM, p. 230: “Si suprimimos la urgencia de un saber a qué atenerse (...) ha desaparecido el sentido del Derecho (...). La seguridad es el motivo radical o la razón de ser del Derecho; pero no es su fin supremo (...). Ciertamente la seguridad es también un valor, pero en relación con la justicia es un valor inferior”. Esta idea fue defendida también por Radbruch para quien un derecho incierto es un derecho injusto (RADBRUCH, Gustav, *Los fines del derecho*, UNAM, México DF, 1981, p. 65).

¹⁶ Una crítica a quienes enaltecen los beneficios, aun desmedidos, de la seguridad jurídica puede encontrarse en VILLEY, Michel, *Compendio de filosofía del derecho*, EUNSA, Pamplona, 1979, tomo I, p. 222: “Uno observa que no conviene demasiada seguridad a aquello que afecta las relaciones humanas; después de todo puede muy bien ser que demasiado orden no convenga al derecho”.

4 DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

Tengo la específica pretensión de demostrar que el fiduciario del fideicomiso “ordinario” o “común” responde con su patrimonio general por los incumplimientos suyos o de sus auxiliares que deriven en daños a las restantes posiciones jurídicas del fideicomiso o a terceros. Frente a las demás posiciones jurídicas, solamente podrá acotar su responsabilidad al patrimonio separado cuando medie un factor de atribución objetivo sin que pueda predicarse un reproche subjetivo ponderado según la directiva del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él y las calidades que revista el fiduciario. Ante terceros, además, deberá resultar oponible la separación patrimonial.

La delimitación del objeto de estudio impone, en primer lugar, afrontar los fundamentos del deber de responder del fiduciario que, en mi opinión, se reducen al vínculo de confianza que une a esta posición jurídica con las restantes del contrato, a su actuación encaminada al beneficio de terceros y los alcances de la separación patrimonial¹⁷.

Dilucidadas las bases de sustento del sistema, ingresaré en las distintas calificaciones que puede exhibir el fiduciario, incluso desde el plano del derecho de consumo, para profundizar en las virtualidades de su coincidencia con el beneficiario y avanzar en la dinámica de las relaciones que puede entablar, ya con las restantes posiciones jurídicas, o bien con terceros al contrato de fideicomiso¹⁸.

Luego, me ocuparé del estatuto del fiduciario, o sea, del conjunto de facultades y deberes, incluso de una carga, que deben guiar su actuación por sí o mediante otros en el ejercicio de la titularidad fiduciaria, tanto en los vínculos paritarios como cuando

¹⁷ Véase el Capítulo I.

¹⁸ Véase el Capítulo II.

median relaciones de consumo. Con respecto a los deberes, precisaré sus distintas entidades para preparar el escenario principal de esta investigación¹⁹.

Finalmente, presentaré al deber de responder del fiduciario desde la óptica de sus límites en el concierto general del derecho de daños, y enfatizaré en hipótesis en las que el débito del fiduciario se activa como consecuencia de una “propagación” de actuaciones de terceros, se “agrava” por la confianza connatural que motiva su actuación, o se “atenúa” ante ciertas estipulaciones y comportamientos que ameritan una reducción de la intensidad del deber prestacional²⁰.

En primer lugar, destinaré los esfuerzos para delinear adecuadamente los difusos “límites” especiales de la responsabilidad del fiduciario derivados de la configuración del patrimonio separado tanto respecto de las restantes posiciones jurídicas del fideicomiso, como con relación a otros terceros. Todo ello con la energía puesta en distinguir el régimen especial del común del responder civil.

Luego, presentaré a la pauta de conducta del buen hombre de negocios en el plano de los “agravamientos” de la responsabilidad del fiduciario y analizaré su incidencia en el factor de atribución y en la causalidad, sin perjuicio del tratamiento de otros supuestos en los que percibo una mayor intensidad del deber de responder del fiduciario.

Seguidamente, abordaré distintas situaciones en las que el fiduciario debe responder, aunque falle la autoría material en la causación del daño. Lo haré bajo la denominación de “propagaciones” con el objetivo de que el lector advierta que en ocasiones el deber de responder del fiduciario se elonga.

¹⁹ Véase el Capítulo III.

²⁰ Véase el Capítulo IV.

Por último, haré tema con distintos pactos, principios y actuaciones del fiduciario que pueden llevar a que se produzcan verdaderas “atenuaciones” de su responsabilidad, es decir, aminoramientos en cuanto a la intensidad regular del deber de responder.

5 METODOLOGÍA Y FUENTES

Para llevar adelante el objeto de estudio escindiré las distintas unidades temáticas que integran el fenómeno del deber de responder del fiduciario para luego poder arribar a una apreciación de conjunto con la pretensión de que sea superadora a las existentes. Esto es, me dejaré guiar, fundamentalmente, por el método de investigación conocido con la denominación analítico-sintético.

La exigencia interdisciplinaria requiere de la generación de un espacio para que las disciplinas disímiles puedan compatibilizarse. Convocaré en mis análisis a los derechos comercial, civil y de consumo.

A esos efectos, me valdré de los distintos aportes gestados en la doctrina autoral nacional, pero no omitiré los estudios realizados desde el derecho comparado para enriquecer la investigación con voces de orígenes e ideas distintas. Con relación a los elementos extranjeros, me referiré especialmente a la legislación latinoamericana y a los desarrollos realizados en función de ella, en atención a que es la que resulta más afín a nuestro sistema.

CAPÍTULO I

FUNDAMENTOS DEL DEBER DE RESPONDER DEL

FIDUCIARIO

1 PLAN

Este trabajo de investigación corresponde que se inicie con el análisis de las bases sobre las que se apoya el particular régimen normativo del deber de responder del fiduciario. Las matizaciones que presenta la responsabilidad del fiduciario en la escena del derecho de daños se deben a tres ejes principales que modelizan a la figura: la confianza, el ejercicio a favor de terceros y la separación patrimonial.

Ante todo, ponderaré la calificación del fideicomiso como negocio de fiducia en virtud de la confianza que lo moviliza. Luego, analizaré las proyecciones del encuadramiento del contrato de fideicomiso como uno a favor de terceros que se identifican con las posiciones jurídicas del beneficiario y del fideicomisario, y que cuenta con la singularidad de que las personas que las integran pueden ser las mismas que el fiduciante. Por último, valoraré los alcances de la separación patrimonial para lograr captar su razón de ser, sus rasgos arquetípicos y las relaciones que se gestan con el patrimonio general del fiduciario.

2 EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO FIDUCIARIO

2.1 Negocios fiduciarios en el derecho romano

2.1.1 Actos entre vivos

Las dos formas principales que exhibían los negocios de confianza en Roma eran los contratos de fiducia (actos entre vivos) en sus tipos característicos —la *fiducia cum creditore contracta* y la *fiducia cum amico contracta*— y el fideicomiso (disposición de última voluntad).

El contrato de fiducia era una convención en virtud de la cual una de las partes (fiduciario) recibía de la otra (fiduciante) una cosa mediante una *mancipatio* o una *in iure cesio*, y se obligaba a usarla con un fin determinado y a restituirla una vez logrado el fin¹.

La finalidad principal de la fiducia romana consistió en garantizar el cumplimiento de una obligación a través de la denominada fiducia de garantía —*fiducia cum creditore contracta*—. Si bien en el derecho romano clásico la devolución de la cosa entregada como garantía dependía enteramente de la honradez del fiduciario —quien era propietario a todos los efectos legales—, más tarde se otorgó amparo legal al fiduciante con la *actio fiduciae*.

La fiducia se instrumentaba de la siguiente manera. El deudor, o un tercero en su lugar, transmitía por *mancipatio* el dominio de una cosa al acreedor, quien por medio del pacto de fiducia se obligaba a devolver su dominio al *mancipante* (deudor o tercero) una vez satisfecha la deuda. De este pacto, que era obligatorio como verdadera *lex mancipi*, derivaba la *actio fiduciae* por medio de la cual podía obligarse al acreedor, cuando la deuda era pagada, a la restitución de la cosa o a la indemnización de daños cuando la

¹ Conf. BONFANTE, Pietro, *Instituciones de derecho romano*, Reus, Madrid, 1922, p. 446.

restitución se hiciera imposible por culpa del *accipiens* (acreedor)². Dicha acción fue luego extendida para garantizar todo uso ilícito de la cosa o violación de lo pactado.

Esta figura fue de gran utilidad dentro de los moldes rígidos del derecho romano clásico, pero traía serios inconvenientes al deudor porque implicaba la inmovilización de un bien. Ese escollo determinó que fuera desplazada paulatinamente con el surgimiento de la prenda, hasta desaparecer en la época romano-helénica en el mismo momento en que cesaron la *mancipatio* y la *in iure cesio*. El contrato de prenda ofrecía mayor protección al deudor porque solo transmitía la posesión del bien y, en consecuencia, el acreedor solo podía enajenar la cosa prendada si ejercía el *ius distrahendi* en caso de incumplimiento³.

Otra de las principales aplicaciones del *pactum fiduciae* fue la *fiducia cum amico contracta*. Consistía en un verdadero encargo en confianza, una fórmula adecuada para transmitir el dominio de una cosa a un depositario o mandatario, quien se comprometía a destinar el objeto de la transmisión a una finalidad específica⁴. En rigor, se trataba de un contrato mediante el cual una persona

² Conf. CARAMES FERRO, José M., *Curso de derecho romano*, 10ª edición, Perrot, Buenos Aires, 1976, p. 249.

³ Conf. CARREGAL, Mario A., *El fideicomiso. Regulación jurídica y posibilidades prácticas*, Universidad, Buenos Aires, 1982, p. 26, quien agrega: “No obstante debe repararse que algunos de los inconvenientes que se le atribuían –como ser la posibilidad de abuso del acreedor– no se remediaban en el caso de la prenda, pues la tenencia que de la cosa ostentaba el acreedor le permitía contratar con terceros como si fuera el dueño y por lo tanto lo ponía en aptitud para obrar de mala fe, situación similar a la que se daba en el caso de la fiducia”.

⁴ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge A., *El Fideicomiso*, 5ª edición, Porrúa, México, 1995, núm. 366, p. 168.

(fiduciante) confiaba la administración o custodia de una hacienda a otra persona (fiduciario).

La diferencia sustancial con la *fiducia cum creditore contracta* era que se constituía en interés del fiduciante⁵.

No obstante, al igual que en la fiducia de garantía, frente a los terceros, el fiduciario era el propietario de la cosa, ya que el *pactum fiduciae* permanecía oculto, acentuándose de esta manera el elemento confianza y la consecuente posibilidad de abuso por parte del fiduciario.

Esta figura cayó en desuso cuando el ordenamiento jurídico admitió nuevos esquemas contractuales como el mandato, el comodato, el depósito y la prenda.

2.1.2 Disposición de última voluntad

El fideicomiso era un acto de última voluntad que se utilizaba cuando el testador quería favorecer a una persona con quien no tenía la *testamenti factio* activa y no le quedaba otro recurso que rogar a su heredero, legatario, o fideicomisario mediante un fideicomiso que entregase al incapaz su sucesión, una cuota parte de la misma o un objeto determinado⁶.

Las notas características que este fideicomiso presentaba en sus orígenes y que lo distinguía de los legados, eran que podía ser impuesto tanto a un heredero testamentario y *ab-intestato* como a un legatario o a otro fideicomisario, ya que no requería forma determinada alguna. Hasta era admisible la constitución de fideicomisos en forma verbal. Su estructura suponía la concurrencia

⁵ Conf. MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, trad. por Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1954, tomo II, p. 453: “Se trata de un negocio de custodia o de administración para poner a salvo determinados bienes”.

⁶ Conf. CARAMES FERRO, José M., *Curso de derecho romano*, cit., p. 610.

de tres sujetos⁷ y la existencia de dos subtipos: fideicomisos universales (o “de herencia”) y particulares⁸.

El rasgo de mayor trascendencia que presentaba la figura estaba dado por la forma de ruego que revestía la declaración de voluntad dirigida por el causante a su heredero, a un legatario o a un fideicomisario, quien confiaba su ejecución a su buena fe: *fideicommissa*⁹. Cuando la obligación de transmitir la herencia recibida en fiducia dejó de ser natural y se autorizó al fiduciario a retenerla hasta su muerte, apareció la nueva figura civil de la sustitución fiduciaria o fideicomisaria.

El otorgamiento de protección legal y de la autorización tuvo como consecuencia que el instituto comenzara a cumplir otra función económica, que consistió en impedir que el heredero dispusiera de los bienes que se le dejaban, y se obligara a conservarlos y devolverlos después de su muerte a la persona indicada por el causante¹⁰. Vélez Sarsfield en la nota al art. 3724¹¹

⁷ El “disponente” era quien hacía el encargo; el “fiduciario” era la persona a quien se le efectuaba el encargo y quien desempeñaba el papel de intermediario; y el “fideicomisario” quien era el beneficiario del fideicomiso.

⁸ Los primeros tenían por objeto la totalidad o una cuota parte de la sucesión y los restantes un bien determinado.

⁹ En tal sentido, LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Fideicomiso. Leasing. Letras hipotecarias. Ejecución hipotecaria. Contratos de consumición*, Zavalía Editor, Buenos Aires, 1996, p. 29, destaca: “El originario fideicomiso romano contacta, así, con el *pactum fiducia* de las primeras épocas, pues como él queda librado a la buena fe”.

¹⁰ Conf. BORDA, Guillermo A., *Manual de derecho de las sucesiones*, 12^a edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 387, quien agrega: “Fue con esta función que la sustitución fideicomisaria adquirió un gran desarrollo”.

¹¹ “L. 1, tít. 5, part. 6'. L. 43, tít. 6, lib. 28, Dig. En el Derecho español y en el Derecho romano se enumeran seis clases de sustituciones. 1º la

del Código Civil derogado expone que en Roma se conocieron seis clases de sustituciones que luego pasaron a la legislación española (Part. 6º, Tít. 5) y mantuvieron su vigencia hasta el año 1836.

En la Edad Media se comenzó a utilizar la sustitución fideicomisaria al finalizar el feudalismo y caer en desuso junto con tal régimen la institución del mayorazgo. A través de dicho instituto se lograba mantener la propiedad de la riqueza en manos de determinadas familias, generalmente pertenecientes a la nobleza, por medio de una serie ininterrumpida de sustituciones hereditarias que terminaron creando un régimen sucesorio voluntario que predominaba sobre el legítimo y era palmariamente contrario al interés social.

En Francia, donde la figura fue muy utilizada, la Asamblea Legislativa la suprimió a través de la ley del 14 de noviembre de 1792; prohibición que se perpetuó mediante el art. 896 del Código Napoleón de 1804¹². Este temperamento, que es seguido en la

vulgar, que es la que permite el artículo; 2º la pupilar, por la cual el padre hace su testamento y el testamento de su hijo impúber, y le nombra heredero en el caso que muera antes de llegar a la edad de la pubertad; 3º la ejemplar, disposición por la cual los padres hacen el testamento de sus hijos púberes, dementes o imbeciles para el caso que ellos mueran sin haber recobrado la razón; 4º la sustitución recíproca hecha entre todos los herederos instituidos, por la que se llama a los unos a falta de los otros, sea vulgar, sea pupilar o ejemplarmente; 5º la sustitución compendiosa, la que comprende a la vez una sustitución vulgar y una sustitución fideicomisaria. Ella valía como vulgar si el caso de la vulgar se presentaba, y como fideicomisaria si el caso de esta llegaba; 6º la fideicomisaria subroga un segundo heredero al heredero instituido con el cargo de conservar los bienes para que a su muerte pasen al sustituido...”

¹² Conf. GIRALDI, Pedro M. y GÓMEZ LEO, Osvaldo R., *Introducción al estudio del fideicomiso*, Cuadernos de la Universidad Austral, I, Depalma, Buenos Aires, 1996, núm. 15, p. 361, quienes señalan: “Se restauraron –por poco tiempo– cuando se creó la nobleza imperial, por aquello de que

actualidad por muchas legislaciones latino y centroamericanas¹³, se expandió en Europa desde la sanción del mencionado Código francés.

En los arts. 3723 y 3730 del Código Civil argentino, ahora derogado, se vedaron las sustituciones fideicomisarias y se hizo extensiva dicha prohibición a todas sus clases, excepto la vulgar, por medio del art. 3724 y su nota¹⁴. Solo se admitió el dominio fiduciario limitado al fideicomiso singular subordinado a condición o plazo resolutorios (art. 2662).

En ciertas legislaciones modernas¹⁵ ha resurgido la figura, aunque se admite la sustitución solo en primer grado o en beneficio de personas que vivan a la muerte del testador¹⁶, con fundamento

la conservación de la propiedad en una misma familia es el fundamento más sólido de la aristocracia (Montesquieu). En 1826 Carlos X intentó, sin éxito, establecer nuevos mayorazgos”.

¹³ Entre otras: Código Civil mexicano, art. 1473; Código Civil uruguayo art. 858; Código Civil argentino derogado, arts. 3723, 3724 y su nota, 3730; Código Civil y Comercial argentino, arts. 1972 y 2491.

¹⁴ Que dice: “Con excepción de la vulgar, abolimos todas estas sustituciones. La fideicomisoria, que es la principal y la única que por los escritores franceses se llama sustitución, tiene el carácter particular de la carga que impone al heredero de devolver a su muerte los bienes al heredero instituido, estableciéndose así un orden de sucesión en las familias. Esta institución es un obstáculo inmenso al desenvolvimiento de la riqueza, a la mejora misma de las cosas dejados por el testador. Tiene, lo que se creía una ventaja, la conservación de los bienes; pero para esto es preciso una inmovilidad estéril en lugar del movimiento que da vida a los intereses económicos...”.

¹⁵ Alemania, art. 2100 y ss.; Suiza, arts. 488 y ss.; España, art. 781 y ss.; Brasil, arts. 1213 y ss.

¹⁶ Conf. BORDA, Guillermo A., *Manual de derecho de sucesiones*, cit., p. 388, quien indica: “El Código Civil Italiano es aún más restrictivo, pues

en su utilidad como medio para eliminar el peligro de la prodigalidad o de la falta de aptitud en la administración del heredero.

2.2 Negocios fiduciarios en la actualidad

2.2.1 Generalidades

Los negocios fiduciarios subsisten en la actualidad con la misma estructura que tenían en el derecho romano¹⁷. Es decir, como negocios jurídicos en los que existe un aspecto real, traslativo de un derecho real, que opera frente a terceros, y un aspecto interno de naturaleza obligatoria, que restringe los alcances de la transmisión anterior, pero solo con efectos *inter partes*¹⁸.

Al igual que la fiducia en el derecho romano, encuentran su rasgo propio y tipificante en el elemento confianza. Su especial estructura técnica se debe al desdoblamiento que se presenta entre el “negocio real” de transferencia y el “negocio obligacional”

solo la autoriza cuando se ha instituido herederos en primer término a los hijos o hermanos y cuando la sustitución se hace a favor de los hijos de ellos (art. 692)”.

¹⁷ Conf. GARRIGUES-DÍAZ CAÑABATE, Joaquín, *Negocios fiduciarios en el derecho mercantil*, Civitas, Madrid, 1955, p. 16: “La concepción moderna de negocio fiduciario se inspira en la fiducia de tipo romano...”; ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos J., *Código de comercio y leyes complementarias. Comentado y concordado*, Depalma, Buenos Aires, 1967, tomo III, p. 431; LISOPRAWSKI, Silvio V. y KIPER, Claudio M., *Fideicomiso. Dominio fiduciario. Securitización*, 2ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 112; GIRALDI, Pedro M. y GÓMEZ LEO, Osvaldo R., *Introducción al estudio del fideicomiso*, cit., p. 362.

¹⁸ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, 22ª edición, act. por José V. Rodríguez del Castillo, Porrúa, México, 1996, tomo II, p. 109.

negativo o *pactum fiduciae* como manifestación necesaria de la desproporción existente entre el fin práctico buscado y la vía elegida para lograrlo.

Esta estructura románica del negocio exhibe una diferencia esencial con la fiducia conocida en el derecho germánico, genuino producto de las costumbres del lugar. Según la primera, el poder jurídico que recibe el fiduciario es ilimitado desde el punto de vista real, aunque por el *pactum fiduciae* se le obligue a hacer uso de ese poder solo en interés del fiduciante¹⁹. En cambio, según la estructura germánica, el poder que recibe el fiduciario está sometido a una condición resolutoria, de suerte que el abuso de este derecho provoca el retorno de los bienes al fiduciante o a sus herederos, incluso en perjuicio de terceros adquirentes²⁰.

En el derecho germánico la determinación del fin ejercía influencia limitadora directamente en la esfera del poder jurídico del fiduciario²¹. Se apuntó²², al hacer referencia al derecho de los países de Derecho románico, que tal concepción chocaba con los conceptos rígidos y abstractos del sistema, con el repertorio cerrado de los derechos reales, y con la tajante separación entre estos últimos y los derechos de crédito²³.

¹⁹ GARRIGUES-DÍAZ CAÑABATE, Joaquín, *Negocios fiduciarios en el derecho mercantil*, cit., p. 16.

²⁰ GARRIGUES-DÍAZ CAÑABATE, Joaquín, *Negocios fiduciarios en el derecho mercantil*, cit., p. 16.

²¹ Conf. CARIOTA FERRARA, Luigi., *I negozi fiduciari*, Cedam, Padua, 1933, pp. 12 y ss.

²² GARRIGUES-DÍAZ CAÑABATE, Joaquín, *Negocios fiduciarios en el derecho mercantil*, cit., p. 33.

²³ GARRIGUES-DÍAZ CAÑABATE, Joaquín, *Negocios fiduciarios en el derecho mercantil*, cit., p. 33: "Frente a esta mentalidad románica, las concepciones jurídicas germánicas ofrecían a favor del negocio fiduciario

2.2.2 Concepto y rasgos arquetípicos

En Italia se presenta al negocio fiduciario como una manifestación de voluntad por la cual se atribuye a otro una titularidad de derecho en nombre propio, pero en el interés del transmitente o de un tercero. Se enfatiza que se está en presencia del traspaso (efectivo) de un derecho de una persona (fiduciante) a otra (fiduciario) con acuerdo de que tal traspaso debe servir para determinados fines²⁴.

Concordantemente, parte de la doctrina mexicana que ha investigado e intentado *aggiornar* el negocio fiduciario a su orden jurídico²⁵, conceptúa a este negocio como aquel en virtud del cual una persona transmite plenamente a otra ciertos bienes, y esta se obliga a afectarlos a la realización de una finalidad lícita y determinada, y –como consecuencia de dicha finalidad– a retransmitir dichos bienes a favor de un tercero o a revertirlos a favor del transmitente²⁶.

varias ventajas en la formación de conceptos jurídicos concretos frente a los abstractos, la consideración preferente de las relaciones jurídicas desde el punto de vista de sus efectos antes que por su naturaleza teórica, el menosprecio hacia un sistema en aras de una interpretación jurídica elástica y flexible en cada caso, etc.”.

²⁴ MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, cit., tomo II, p. 453: “A la verdad, en definitiva, el derecho o debe retornar al patrimonio del transferente, o bien debe salir del patrimonio del fiduciario, o también ser destinado por él a determinado empleo. Razón práctica concurrente es asegurar el secreto sobre la procedencia del derecho”.

²⁵ BARRERA GRAF, Jorge, *Los negocios fiduciarios*, Jus, Revista de Derecho y Ciencias Sociales, XXIV, Julio–Septiembre, 1950, n° 144, p. 442.

²⁶ Conf. VILLAGORDOA LOZANO, José M., *Doctrina general del fideicomiso*, cit., p. 70, quien define al negocio fiduciario siguiendo a Jorge Barrera Graf.

En tal sentido, se precisa²⁷ que el negocio fiduciario es aquel acuerdo mediante el cual un sujeto transmite la propiedad de una cosa o la titularidad de un derecho a otro y este se obliga a destinar lo transmitido a una finalidad determinada que aquel le señaló con base en la confianza.

A partir de tales conceptos, es posible extraer las notas que caracterizan a los negocios fiduciarios, las que a los fines de su cabal comprensión agrupo de la siguiente forma²⁸: I) Presencia de dos sujetos. II) Dualidad de relaciones y negocio único. A) Transmisión de propiedad. B) Afectación a un fin. C) Confianza.

2.2.2.1 I. Presencia de dos sujetos

Los negocios fiduciarios están integrados por una parte activa (el *fiduciante*), titular de la cosa o derecho que es objeto de la transmisión, y una parte pasiva (el *fiduciario*), quien adquiere tal propiedad y se obliga a destinarla a una finalidad determinada.

Además, el negocio puede contener una estipulación a favor de un tercero que se erija en destinatario de los beneficios que traiga aparejada la ejecución de la obligación del fiduciario y que, por esa razón, se denomina como *beneficiario*. Este no es parte del contrato y su existencia es contingente²⁹.

²⁷ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge A., *El fideicomiso*, 5ª edición, Porrúa, México, 1995, p. 167.

²⁸ Esta sistematización fue realizada en AICEGA, María Valentina, *El patrimonio en el contrato de fideicomiso*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, pp. 62 y ss.

²⁹ Conf. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge A., *El fideicomiso*, cit., p. 169: “Ahora bien, en forma si no eventual, tampoco invariable, además de fiduciante y fiduciario como elementos personales en la celebración de un negocio de esta naturaleza, puede pasar lista de presente un tercero...”.

2.2.2.2 II. Dualidad de relaciones y negocio único

Los negocios fiduciarios tienen una estructura especial, pues están compuestos por dos relaciones diversas³⁰. Una de ellas es de naturaleza “real y externa”, que está conformada por la enajenación efectuada del fiduciante al fiduciario, y la otra es de carácter “obligacional e interna”, que está dada por el compromiso asumido por el fiduciario ante el fiduciante de destinar los bienes que le fueron transmitidos para la realización de un fin específico. La doctrina discrepa respecto de la dualidad o la unicidad del negocio.

Los autores que siguen el concepto de negocio fiduciario elaborado por Regelsberger consideran que es una forma compleja que resulta de la unión de dos negocios de índole y efectos diferentes, colocados en oposición recíproca³¹. Esto es: 1) de un contrato real positivo que provoca la transferencia de la propiedad o del crédito, que se realiza de modo perfecto o irrevocable; 2) de un contrato obligatorio negativo que determina la obligación del

³⁰ DIEZ-PICAZO, Luis, *Dictámenes jurídicos*, 1ª reimpresión, Civitas, Madrid, 1987, p. 29; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, cit., tomo II, p. 109; GARRIGUES-DÍAZ CAÑABATE, Joaquín, *Negocios fiduciarios en el derecho mercantil*, cit., pp. 13 y 14; FERRARA, Francisco, *La simulación de los negocios jurídicos*, trad. por Rafael Atard y Juan A. de La Puente, Reimpresión, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960, p. 66; VILLAGORDOA LOZANO, José M., *Doctrina general del fideicomiso*, cit., p. 70; DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge A., *El fideicomiso*, cit., p. 170.

³¹ Conf. GARRIGUES-DÍAZ CAÑABATE, Joaquín, *Negocios fiduciarios en el derecho mercantil*, cit., pp. 13 y 14; FERRARA, Francisco, *La simulación de los negocios jurídicos*, cit., p. 66.

fiduciario de usar tan solo en una cierta forma el derecho adquirido, para restituirlo después al transferente o a un tercero³².

Comparto la opinión de quienes tienen en cuenta que en el negocio fiduciario el resultado querido por las partes es único³³ y que hacia él convergen sin autonomía funcional los diversos efectos. El efecto real consistente en la atribución patrimonial y los efectos obligatorios internos que establecen el ejercicio del derecho del modo establecido y su restitución (al fiduciante) o bien a un tercero (designado por el fiduciante) una vez cumplida la finalidad de la transmisión. Es decir, que se trata de un contrato con unidad de causa, aunque de efectos complejos³⁴.

Basta con observar que aisladamente ninguna de las relaciones existe en forma autónoma, sino que una está subordinada a la otra. La relación de carácter real tiene que acompañarse de la relación de carácter personal que la limita, pues de otra manera los efectos

³² FERRARA, Francisco, *La simulación de los negocios jurídicos*, cit., p. 66: “Este segundo contrato tiende a reservar al que otorga la fe una cierta influencia sobre la cosa transmitida...”.

³³ CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, trad. por Manuel Abaladejo, Aguilar, Madrid, 1956, p. 213.

³⁴ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios*, Ediar, Buenos Aires, tomo II, 1975, p. 238; GUASTAVINO, Elías P., “Venta forzada de la ‘res fiduciae’ por un acreedor del fiduciario”, *La Ley*, 1989-C, p. 236; CARREGAL, Mario A., *El fideicomiso. Regulación jurídica y posibilidades prácticas*, cit., p. 85; TURRÍN, Daniel M., “Negocio jurídico fiduciario”, *RDCO*, año 22, N° 132, Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 863; FARINA, Juan M., *Contratos comerciales modernos*, Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 370, entre otros.

reales de la fiducia se confundirían con los de otros negocios típicos traslativos, lo que constituiría una duplicidad inútil³⁵.

En efecto, en la estructura del negocio fiduciario no ocurre una superposición de dos actos recíprocamente opuestos, sino que se produce un solo acto determinante de un complejo de modificaciones y relaciones³⁶. Es decir, la causa determinante es única, como es única la operación jurídica considerada, creadora de efectos de derecho real y de derecho creditorio³⁷.

Dado el grado de avance del análisis, con el objetivo de comprender en toda su extensión la *fides*, corresponde considerar los efectos de carácter real y obligatorio.

³⁵ BARRERA GRAF, Jorge, *Los negocios fiduciarios*, p. 443: "...una violación del principio del mínimo medio".

³⁶ GUASTAVINO, Elías P., "Venta forzada de la '*res fiducia*' por un acreedor del fiduciario", cit., p. 236.

³⁷ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios*, cit., tomo II, p. 238. Este autor en este punto sigue a Ascarelli y a Grassetti. Conf. CARREGAL, Mario A., *El fideicomiso. Regulación jurídica y posibilidades prácticas*, cit., p. 85. Si bien este autor estudia el tema en torno al fideicomiso, en tanto lo considera negocio fiduciario, dice: "El acuerdo de voluntades –en el fondo negocio jurídico– es único y la transferencia de la propiedad a título fiduciario –como ya lo hemos destacado en capítulos anteriores– solo es una consecuencia directa de ese acuerdo"; TURRÍN, Daniel M., "Negocio jurídico fiduciario", cit., p. 863: "Adherimos a la posición unitaria. La causa del contrato de fideicomiso no es otra que la actuación de una de las partes respecto de un bien que se le transmite a fin de darle en su momento el destino previsto, aunque para ello se generen dos vínculos"; FARINA, Juan M., *Contratos comerciales modernos*, cit., p. 370: "La causa jurídica del negocio fiduciario es única por cuanto su estructura es homogénea...".

2.2.2.3 A) Transmisión de propiedad

Analizaré la transmisión de la propiedad por parte del fiduciante haciendo hincapié en el derecho adquirido por el fiduciario, pues existen discrepancias a nivel doctrinario en torno a la naturaleza jurídica del derecho real del que es titular el fiduciario.

Por razones metodológicas y para evitar equívocos, es conveniente aclarar que este análisis no refiere al contrato de fideicomiso tal como se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico, sino a los negocios fiduciarios “atípicos”.

Existen autores que consideran impropio pretender encontrar en el negocio fiduciario un tipo especial de propiedad, y por ende inadecuado designarla como “propiedad fiduciaria”, o bien sostener la presencia de un desdoblamiento de la propiedad concibiendo la existencia de dos titulares respecto de un mismo derecho real³⁸.

No obstante, hay quienes, como Navarro Martorell en España³⁹, estiman que aunque la propiedad transmitida al fiduciario sea plena, cabe hablar de una “propiedad fiduciaria”. Considera que no es precisa una diferencia en la esencia de una institución jurídica para justificar un calificativo meramente determinativo. Y concluye que la propiedad transmitida fiduciariamente posee suficientes particularidades para justificarlo⁴⁰.

³⁸ CARIOTA FERRARA, Luigi., *I negozi fiduciari*, cit., p. 28.

³⁹ NAVARRO MARTORELL, Mariano, *La propiedad fiduciaria*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1950, p. 178.

⁴⁰ NAVARRO MARTORELL, Mariano, *La propiedad fiduciaria*, cit., pp. 178 y 179: “Convenimos en que es cierto que no se trata de una propiedad ‘especial’, pero sí creemos que sus circunstancias lo caracterizan lo suficiente como para merecer una denominación especial”.

Este autor señala que mediante el negocio fiduciario se transmite una titularidad plena⁴¹ y que las limitaciones relativas a las normales facultades de su titular, como las relativas a su duración, no recaen sobre el derecho real en sí, sino más bien sobre su sujeto. En caso de incumplimiento, el fiduciario podrá exigir un resarcimiento, mas no una revocación de lo dispuesto por este último, ni menos la reivindicación de la cosa⁴².

Asimismo, parte de la doctrina en México⁴³, al analizar este aspecto, concluye que el dueño fiduciario tiene un dominio limitado, que no por eso deja de ser dominio. Es decir, el fiduciario es dueño del patrimonio, pero dueño fiduciario, lo que significa que es dueño en función del fin que debe cumplir, y que es dueño normalmente temporal⁴⁴. Otros autores consideran⁴⁵ que el problema relativo a la transmisión de bienes en la celebración de un negocio fiduciario admite la siguiente solución: se está ante una transmisión de la propiedad de un bien objeto del negocio del fiduciante al fiduciario

⁴¹ NAVARRO MARTORELL, Mariano, *La propiedad fiduciaria*, cit., p.197.

⁴² Conf. NAVARRO MARTORELL, Mariano, *La propiedad fiduciaria*, cit., p. 236: “Ahora bien, de acuerdo con la armonía que debe presidir la completa visión del negocio complejo fiduciario, es evidente que al añadirse al contrato real transmisivo la convención obligatoria, el resultado de ambos se interpretará correctamente concluyendo que el fiduciario no debe enajenar si en el pacto obligatorio se comprometió a no hacerlo. Pero esto es muy diferente si puede realmente llevar a cabo con eficacia la enajenación; y lo cierto es que puede hacerlo, y el tercero adquirente recibirá válidamente la cosa en propiedad”.

⁴³ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, cit., tomo II, p. 109.

⁴⁴ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, cit., tomo II, pp. 109 y 110: “En resumen, puede decirse que el fiduciario es dueño económico pero no jurídico de los bienes que recibió en fideicomiso”.

⁴⁵ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge A., *El Fideicomiso*, cit., p. 173.

que le “permite” incumplir su compromiso “recurriendo a la potestad de abuso”.

2.2.2.4 B) Afectación a un fin

La doctrina⁴⁶ señala que en el negocio fiduciario se utiliza un medio técnico que excede la finalidad práctica perseguida por las partes. Esa falta de correlato ha sido nominada como “heterogeneidad”, “incongruencia”⁴⁷, “contradicción”⁴⁸, “excedencia”⁴⁹, “carencia de coincidencia entre el aspecto económico

⁴⁶ DIEZ-PICAZO, Luis, *Dictámenes jurídicos*, cit., p. 29; REGELSBERGER, F., “Swei Beitr:age sur Lehre Von der Lession”, en *Arch. f d civil praxis*, LXIII, 1880, 173 y PANDEKTEN, I., Leipzig, 1893, p. 518, cits. por MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios*, cit., tomo II, p. 219; FERRARA, Francisco, *La simulación de los negocios jurídicos*, cit., p. 67; MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, cit., tomo II, p. 454; KÖHLER, “Studien ubre Mentalreservation und Simulation”, *Jarb. Für Dogmatik*, 16, p. 91 y ss., en p. 141, cit. por FERRARA, Francisco, *La simulación de los negocios jurídicos*, cit., pp. 67 y 68; CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, cit., p. 198; GARRIGUES-DÍAZ CAÑABATE, Joaquín, *Negocios fiduciarios en el derecho mercantil*, cit., p. 14; DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge A., *El Fideicomiso*, cit., p. 167, entre otros.

⁴⁷ REGELSBERGER, F., “Swei Beitr:age sur Lehre Von der Lession”, cit., p. 518.

⁴⁸ FERRARA, Francisco, *La simulación de los negocios jurídicos*, cit., p. 67: “Existe pues una contradicción entre el fin y el medio empleado: se emplea un medio más fuerte para obtener un resultado más débil; se emplea una figura jurídica más importante para obtener un efecto menor”.

⁴⁹ MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, cit., tomo II, p. 454: “...excedencia del medio técnico sobre la finalidad práctica que se quiere conseguir”.

y el aspecto jurídico del negocio”⁵⁰. Mientras ciertos autores la consideran como la esencia del acto⁵¹, otros la tratan como un simple rasgo característico⁵², no faltando quienes le niegan tal calidad e importancia⁵³.

⁵⁰ KÖHLER, “Studien ubre Mentalreservation und Simulation”, cit., p. 141.

⁵¹ La doctrina que sigue los desarrollos efectuados por Regeslberger, entre ellos, FERRARA, Francisco, *La simulación de los negocios jurídicos*, cit., p. 67: “Y aquí está la esencia del negocio. Es este un negocio que va más allá del fin de las partes, que supera la intención práctica, que presta más consecuencias jurídicas que las que serían necesarias para obtener aquel fin”, con citas de LANG, “Die Wirjungen der fiduziarischen geschäfte”, *Archiv. f. civilist. Praxis*, 83–336; REGELSBERGER, “Beiträge Zur Lehre von der Cession”, *Arch. F. civil. Prax.*, 63, p. 173; GOLTZ, *Das fiduziarische rechtsgeschäft*, Marbourg, 1901, p. 16; KAUL, *Das fiduz. Rechtsgeschäft*, Jena, 1910, p. 10.

⁵² CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, cit., p. 198: “La característica de los negocios en cuestión está en la excedencia del medio sobre el fin...”; GARRIGUES-DÍAZ CAÑABATE, Joaquín, *Negocios fiduciarios en el derecho mercantil*, cit., p. 14: “...si no mediase esa desproporción entre el fin económico y el medio jurídico empleado, el negocio fiduciario no podría caracterizarse por la posibilidad de abuso por parte del fiduciario”; DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge A., *El Fideicomiso*, cit., p. 167: “Ciertamente, que el negocio fiduciario se caracteriza por las discrepancias entre el fin pretendido y el medio para alcanzarlo”.

⁵³ BARRERA GRAF, Jorge, *Los negocios fiduciarios*, cit., p. 453. Entre nosotros, puede citarse a CARREGAL, Mario A., *El fideicomiso. Regulación jurídica y posibilidades prácticas*, cit., p. 44: “Parece claro que esta alegada falta de correlato entre medio y fin reconoce como único fundamento la confianza que inspira el fiduciante, de modo tal que el resultado apetecido podría alcanzarse por un medio simulado para alcanzar un fin querido, sin

Pienso que, aunque la excedencia del medio sobre el fin no constituye la esencia misma de la figura, el negocio fiduciario se caracteriza por la elección de una forma jurídica cuyos efectos desbordan el fin práctico que se persigue⁵⁴. No obstante, se trata de medios propicios por su flexibilidad para alcanzar las finalidades que le son comunes⁵⁵.

Parte de la doctrina italiana⁵⁶ puntualiza que, no obstante ser querido el medio, la situación que viene a crearse con la transferencia del derecho al fiduciario es de tal naturaleza y está dotada de tales efectos que no puede en absoluto identificarse con el fin que se ha perseguido. El fiduciario adquiere el derecho de propiedad y con el mismo el poder de servirse de la cosa del

recurrir a este arbitrio...”. Este autor cita la opinión de Grasseti, aunque estima que incurre en una contradicción.

Véase KIPER, Claudio M., *Régimen jurídico del dominio fiduciario*, La Ley, Buenos Aires, 1989, p. 79, este autor siguiendo a Grasseti sostiene que “...no se advierte a nuestro juicio la tan mentada desproporción...”. Empero, efectúa dos salvedades trascendentes; en p. 79 señala: “... no limitamos nuestra opinión a la fiducia cum amico, sino que la hacemos extensiva a la fiducia cum creditore” y en p. 82 apunta: “...no puede sostenerse que la atribución patrimonial sea indispensable para la consecución del fin práctico contemplado por las partes (...) el medio empleado por las partes es el resultado de su libertad de contratar”. Asimismo, centra su argumentación en que en este caso no habría transmisión total y definitiva del inmueble basándose en la intención de las partes.

⁵⁴ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, cit., tomo II, p. 109.

⁵⁵ BARRERA GRAF, Jorge, *Los negocios fiduciarios*, cit., p. 453.

⁵⁶ CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, cit., p. 98.

fiduciante para todos los fines, pero debe servirse de ella solo para uno determinado⁵⁷.

Corroborando esta postura sobre la asimetría entre el medio técnico elegido y el fin práctico perseguido la coexistencia de una relación de derecho real y una relación de derecho obligacional que solo actúa dentro de la relación interna fiduciante–fiduciario, limitando los efectos de aquella. Recuérdese que la relación personal en el negocio fiduciario estriba en la obligación impuesta al fiduciario de afectar los bienes recibidos a una determinada finalidad de carácter lícito⁵⁸.

No obstante lo expuesto, parece claro que la falta de correlato entre medio y fin reconoce como único fundamento la confianza que inspira el fiduciario⁵⁹, rasgo que caracteriza a este tipo de negocios⁶⁰.

⁵⁷ CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, cit., p. 98: “El negocio fiduciario tiene lugar en tanto en cuanto las partes quieren los efectos del negocio que realizan: querido el fin, querido el medio, que solo puede llevar a aquel fin en su totalidad”.

⁵⁸ BARRERA GRAF, Jorge, *Los negocios fiduciarios*, cit., p. 450.

⁵⁹ Conf. CARREGAL, Mario A., *El fideicomiso. Regulación jurídica y posibilidades prácticas*, cit., p.44.

⁶⁰ En tal sentido, MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, cit., tomo II, p. 453: “Se llama con este nombre, porque implica “fiducia” en el comportamiento de aquel a quien se hace una atribución patrimonial”; CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, cit., p. 197: “...en la confianza en tales cualidades se encuentra el alma de los negocios fiduciarios, de donde precisamente traen su nombre...”; FERRARA, Francisco, *La simulación de los negocios jurídicos*, cit., p. 65, quien al distinguir el negocio simulado del fiduciario, dice: “... y queda a la fe-fiducia- de este-de aquí el nombre de negocios fiduciarios”; GARRIGUES-DÍAZ CAÑABATE, Joaquín, *Negocios fiduciarios en el derecho mercantil*, cit., p. 11, haciendo referencia al concepto amplio: “... todas aquellas relaciones en las que se destaca un deber de lealtad hacia alguien”; ZAVALA

2.2.2.5 C) Confianza

La confianza es el elemento propio y tipificante del negocio fiduciario, y determina tanto su concertación como su funcionamiento. Se transmite un derecho real sin más límite que el pacto obligatorio, que no modifica la eficacia de la transferencia. Esa transmisión se funda en la pura confianza que tiene el fiduciante en que el fiduciario cumplirá lealmente el encargo. Es decir, se inviste a este último de un derecho pleno ante terceros y se deja todo librado a su buena fe.

Con ese entendimiento, se señala⁶¹ que el fiduciario puede disponer válidamente del bien que se le transfirió o establecer cualquier otro acto que importe disposición o administración, o no cumplir el encargo, o bien hacerlo deficientemente, incluso contra el deber que asumió, dando lugar su violación únicamente al resarcimiento de daños⁶².

El fiduciario queda así investido de una verdadera potestad de abuso –producto de la extensión de la *fides*–, y el fiduciante colocado, correlativamente, en una real situación de peligro. Es decir, se delinea una situación peligrosa porque el fiduciante concreta el negocio voluntariamente basado en la confianza en la fidelidad y la honradez del fiduciario. En la confianza en tales cualidades se encuentra el alma de los negocios fiduciarios⁶³.

RODRÍGUEZ, Carlos J., *Código de comercio y leyes complementarias. Comentado y concordado*, cit., tomo III, p. 430, reproduce su concepto.

⁶¹ CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, cit., p.197.

⁶² Conf. NAVARRO MARTORELL, Mariano, *La propiedad fiduciaria*, cit., p. 43; FERRARA, Francisco, *La simulación de los negocios jurídicos*, cit., p. 76; DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge A., *El Fideicomiso*, p. 173, entre otros.

⁶³ CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, cit., p. 197. Conf. MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, cit., tomo II, p. 454: "...la misma se presta a abuso de la fiducia por parte del fiduciario"; GARRIGUES-DÍAZ CANABATE, Joaquín, *Negocios fiduciarios en el derecho*

A continuación, compararé la figura del negocio fiduciario con otras afines para comprender la dinámica del fideicomiso.

2.2.3 Negocio fiduciario y negocio jurídico indirecto

Los negocios indirectos o de finalidad indirecta, también llamados “negocios oblicuos”, son aquellos en los que se recurre a una vía transversal para alcanzar un efecto jurídico determinado⁶⁴. Son negocios en los que para la consecución de un fin se hace uso de una vía oblicua, o sea, no se toma la vía normal⁶⁵.

mercantil, cit., p. 13: “La característica del negocio fiduciario reside en la potestad de abuso por parte de la persona en quien se confía”; CARREGAL, Mario A., *El fideicomiso. Regulación jurídica y posibilidades prácticas*, cit., p. 39: “Todos ellos tienen la particularidad –asignada al fideicomiso por gran parte de la doctrina– de que a uno de los contratantes le asiste en mayor o en menor grado, ‘la potestad de abuso’ en el ejercicio de sus funciones, en perjuicio de la otra parte contratante”. Cabe destacar que este autor da, según mi criterio, un concepto amplio de negocio fiduciario; FARINA, Juan M., *Contratos comerciales modernos*, cit., p. 371: “De la posibilidad de abuso por parte del fiduciario surge una situación de peligro o riesgo para el fiduciante, en razón de la disparidad de tutela brindada a los derechos de uno y otro”, entre otros.

En contra: KIPER, Claudio M., *Régimen jurídico del dominio fiduciario*, cit., pp. 79 y 80: “...la potestad de abuso está ínsita en toda clase de negocios jurídicos y no solo en los fiduciarios y al analizar su reverso, la situación de peligro, porque si bien este existe no es lo más adecuado enfocar la figura desde su aspecto negativo, al no ser la situación normal”.

⁶⁴ Conf. FERRARA, Francisco, *La simulación de los negocios jurídicos*, cit., p. 100: “...para alcanzar un efecto jurídico se sirvan de una vía oblicua, de una callejuela, de un Schleichweg, como dicen los Alemanes”.

⁶⁵ CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, cit., p. 212; MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, cit., tomo II, p. 457: “para conseguir un determinado efecto jurídico se escoge una vía transversal en

La figura está captada por el art. 385 del Código Civil y Comercial que establece: “*Acto indirecto*. Un acto jurídico celebrado para obtener un resultado que es propio de los efectos de otro acto, es válido si no se otorga para eludir una prohibición de la ley o para perjudicar a un tercero”.

Son negocios indirectos, entre otros, la venta con fin de garantía; la cesión *pro solvendo* con fin de garantía; el apoderamiento para cobro con dispensa de rendición de cuentas y todo apoderamiento irrevocable encaminado a un fin indirecto –v. gr., el apoderamiento con fin de donación– y el caso del *procurator in rem suam*. Es decir, aquellos negocios en los que existe una discordancia entre el negocio típico utilizado, y el fin buscado.

Es preciso aclarar que esta disonancia entre el medio utilizado y el fin perseguido no puede ser identificada, sin más, con la excedencia –del medio sobre el fin– que otorga especial estructura técnica a los negocios fiduciarios. Los negocios indirectos son aquellos negocios típicos plegados a un fin diverso mayor (apoderamiento con fin de donación) o menor (venta con fin de garantía), que es la causa del negocio⁶⁶.

La celebración de estos negocios generalmente está motivada en la necesidad de adaptar las figuras legisladas a las exigencias de la vida práctica, convirtiéndolas en instrumentos “útiles”. Se recurre a una figura típica, querida, para alcanzar una finalidad

lugar de la que sería natural, y se produce una disonancia entre el medio empleado que es un negocio típico (nominado) y el fin práctico perseguido”.

⁶⁶ CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, cit., p. 212. Conf. en la doctrina nacional, entre otros, MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos simulados y fraudulentos*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001, tomo I, p. 184: “...el procedimiento utilizado se traduce en una excedencia, en el caso. Pero también es posible que el medio muestre una insuficiencia en relación al fin práctico perseguido”.

ulterior ajena a la que la ley otorga a aquel acto⁶⁷. No se trata de una categoría jurídica, sino de “añadiduras” a negocios típicos con finalidades diversas que no modifican su causa o finalidad económico-jurídica. Con esa orientación, al negocio jurídico indirecto se lo considera un fenómeno jurídico, en el sentido de un fenómeno capaz de producir, al verificarse determinada circunstancia, efectos jurídicos que se refieren exclusivamente a la función instrumental del negocio⁶⁸.

Sin embargo, pese a las similitudes que presentan los negocios oblicuos y los negocios fiduciarios, existen diferencias notorias que llevan a concluir en la autonomía de esta última figura. Por ejemplo, en los negocios indirectos puede no existir la confianza motivadora de los negocios fiduciarios, al igual que puede ser diferente la finalidad económico-jurídica perseguida⁶⁹. Por otra parte, en los negocios jurídicos indirectos no existirá necesariamente una traslación de derechos con efectos reales, traslación insoslayable en el negocio fiduciario⁷⁰.

⁶⁷ Conf. RUBINO, Doménico, *El negocio jurídico indirecto*, Revista de derecho privado, Madrid, 1953, p. 30: “...hay que tener en cuenta la posibilidad de que en un negocio típico obren fines extraños a él”.

⁶⁸ RUBINO, Doménico, *El negocio jurídico indirecto*, cit., p. 143: “...bajo este aspecto se justifica su examen”. Conf. CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, cit., p. 213: “Desde el punto de vista de su naturaleza, el negocio indirecto no es otra cosa que el negocio causal, típico, empleado. El fin ulterior (motivo) no altera su naturaleza su causa o finalidad económico-jurídica”.

⁶⁹ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios*, cit., tomo II, p. 261.

⁷⁰ Conf. KIPER, Claudio M. y LISOPRAWski, Silvio V., *Tratado de fideicomiso*, cit., tomo I, p. 20.

2.2.4 Negocios fiduciarios y negocios simulados

El fenómeno de la simulación exhibe dos zonas diferenciadas; una visible, representada por el “negocio simulado”, y otra oculta, representada por el “acuerdo simulatorio”. Su finalidad es engañar a terceros; esta es la esencia del negocio simulado, la que principalmente da su color y su razón de ser a la simulación⁷¹.

Desde el punto de vista teórico no se presenta confusión alguna entre los negocios fiduciarios y los absolutamente simulados, pues estos últimos carecen de todo efecto jurídico⁷², ya que el acuerdo simulatorio sirve para establecer que el negocio simulado –también llamado aparente o de favor– no tiene ningún valor. Esa característica justifica que se los denomine como negocios ilusorios, no negocios, negocios vacíos. La simulación puede recaer sobre la

⁷¹ FERRARA, Francisco, *La simulación de los negocios jurídicos*, cit., pp. 44 y 45. Sin embargo, el catedrático de la Universidad de Pisa trata a la finalidad de engañar como un elemento autónomo en la estructura del negocio simulado, división que no creo justificada, ya que, precisamente el acuerdo simulatorio se halla inspirado en esa finalidad.

⁷² Conf. CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, cit., p. 445: “Se tiene simulación absoluta cuando el negocio realizado no se quiere en su contenido (o resultado) y tampoco se quiere ningún otro negocio”.

En la doctrina nacional, entre otros: RIVERA, Julio C., “Acción de simulación”, ED, 60, p. 900: “... la llamada simulación absoluta, en la que el acto aparente es pura ficción...”; TURRÍN, Daniel M., “Negocio jurídico fiduciario”, cit., p. 869: “...solo se cumple para producir una apariencia o engaño, ya que no se pretende lograr ni un resultado económico, ni un resultado jurídico”; MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos simulados y fraudulentos*, cit., p. 176: “...cualquiera sea el punto de vista sostenido, cabe admitir que el negocio fiduciario determina efectos jurídicos, mientras el absolutamente simulado no modifica la situación jurídica preexistente”.

naturaleza jurídica del negocio⁷³, sobre algunos de sus “elementos”⁷⁴, como por ejemplo los sujetos –interposición ficticia de personas⁷⁵–.

⁷³ Conf. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos simulados y fraudulentos*, cit., pp. 201 y 202: “La verdadera naturaleza jurídica de un contrato (...) puede ocultarse de un modo simple, por medio del ‘nombre’ que las partes le dan (...) pero este procedimiento resulta ineficaz en consideración a que el nombre que las partes den a un contrato no lo desnaturaliza ni impide al juez proceder a su correcta calificación jurídica (...). Puede también ocultarse (...) de un modo complejo, cambiando la calificación y, sobre esa base, ocultando alguno de los elementos estructurales del tipo (...). De donde la simulación de la naturaleza jurídica se habrá logrado “cambiando” la calificación, y, además, el objeto y la causa (...) por último, por medio de cláusulas que incorporen al contrato prestaciones accesorias al tipo legal–simuladas claro está”.

Del desarrollo efectuado por Mosset Iturraspe, autor que trata a la causa como elemento estructural, surge cómo la simulación en la causa puede devenir en simulación de la naturaleza del negocio. Conf. CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, cit., p. 446.

⁷⁴ En los “elementos” en términos de CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, cit., p. 446: “...o a un elemento de este, sea esencial o sea accidental –p.ej., el precio de la venta, o el modo de cumplimiento de la obligación, o la condición, el término, etc.”; en el “contenido” según la concepción de FERRARA, Francisco, *La simulación de los negocios jurídicos*, cit., p. 246: “...II– La simulación en el contenido del contrato. O, lo que es igual, del objeto, del precio, de la fecha, de las modalidades y de los pactos accesorios”; en sus elementos singulares o bien algunas de sus cláusulas en palabras de MESSINEO, Francesco, *Doctrina general del contrato*, trad. por R.O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra, notas de derecho argentino por Vittorio Neppi, Ejea, Buenos Aires, 1952, p. 14: “...la simulación relativa puede afectar (...) a sus elementos singulares: fecha (...); monto de la retribución (...) y otros análogos; o bien pueden ser simuladas algunas de sus cláusulas”; en los bienes, en el precio, en los

Sin embargo, mayores son las dificultades que plantea la delimitación del concepto cuando se asiste a la simulación relativa porque se suma como tercer elemento “el negocio disimulado”. En efecto, en la simulación relativa, al igual que en la absoluta, se asiste a un negocio unitario constituido por una relación externa –el negocio simulado– y otra interna –el acuerdo simulatorio–, a la que se agrega una contradecларación –negocio disimulado–, todas igualmente queridas⁷⁶. Por ello, el punto de contacto más visible que

pactos, en la fecha, según MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos simulados y fraudulentos*, cit., p. 205, luego de referirse a la simulación en el objeto, y aludir finalmente, a la concepción que surgía del Código Civil derogado (arts. 953 y 1169): “De ahí que (...) sea propicia la oportunidad para considerar la simulación sobre los bienes, y en particular, la simulación sobre el precio”. Es preciso resaltar que el último autor citado trata separadamente la simulación en la causa.

⁷⁵ FERRARA, Francisco, *La simulación de los negocios jurídicos*, cit., p. 49, quien luego de referirse a la simulación absoluta y a la simulación relativa, dice: “Las partes realizan un acto real y ponen de manifiesto su naturaleza; solo quieren engañar acerca de la persona del verdadero contratante. En el negocio figura un sujeto distinto del interesado, un titular fingido, un testafarro (interposición)”; CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, cit., p. 445: “La simulación (relativa) subjetiva...se tiene de una parte un contratante o declarante, y de la otra, dos contratantes o dos destinatarios de la declaración: el uno, denominado testafarro u hombre de paja, el otro, sujeto efectivo y real que es el sujeto oculto. El primero de los dos es un sujeto interpuesto, el otro es el interponente; etc.”.

⁷⁶ Conf. en la doctrina nacional, entre otros, MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos simulados y fraudulentos*, cit., p. 197: “...existe un plus: el negocio disimulado (...). No debemos perder de vista que el procedimiento simulatorio, tanto en la simulación absoluta como en la relativa, puesto que entre ambas existe identidad de naturaleza, constituye un fenómeno unitario en el cual se combinan distintas declaraciones, todas igualmente queridas”, con citas de MIRABELLI, L., “Le disposizioni fiduciarie nell

presentan la simulación relativa y los negocios fiduciarios es que los dos tienen, generalmente, algo oculto o secreto. Mientras en los negocios simulados lo oculto es su parte disimulada, en los fiduciarios es el *pactum fiduciae*.

Ese punto de contacto justifica efectuar una serie de distinciones, las que variarán según se adhiera a la concepción tradicional o moderna de la simulación. La primera de ellas entiende que la simulación tiene como pauta fundamental la voluntad. En estos negocios hay divergencia o contraste entre voluntad y declaración (lo interno: lo querido y lo externo: lo no querido). Por su parte, la doctrina moderna, que comparto, sostiene que se debe hablar de una valoración o significado subjetivo de la simulación (relación interna), opuesta a una valoración o significado objetivo (relación externa). Tanto el negocio simulado como el disimulado son queridos por las partes, pero el primero es utilizado como medio para alcanzar un fin fijado por el negocio disimulado.

articolo 627 del Codice Civile (Contributo allo studio dell'interposizione di persona)", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1955, p. 1083 y RIVERA, Julio C. al referirse a los elementos del negocio fiduciario: "...al igual que en la simulación existe un solo acto".

Contra en la doctrina italiana, FERRARA, Francisco, *La simulación de los negocios jurídicos*, cit., p. 206: "De su análisis resulta que existen dos negocios, el manifiesto, fingido, y el oculto, serio; de ellos, el primero sirve para disimular el segundo"; MESSINEO, Francesco, *Doctrina general del contrato*, cit., p. 13: "En el caso de la simulación relativa (de contrato) y a diferencia de la simulación absoluta, se da vida a dos contratos: uno manifiesto pero ficticio (simulado ad pompam) y uno oculto (disimulado) pero efectivo y de naturaleza distinta (...) del ficticio"; CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, cit., p. 445: "En la simulación absoluta, por tanto, se tiene un solo negocio y este está vacío; en la relativa se tienen dos: uno vacío, destinado a hacer de velo, de máscara; otro, real y efectivo...".

Con esa orientación, representantes de la doctrina clásica han señalado que el negocio simulado es un contrato fingido, no real, en tanto el negocio fiduciario es un negocio querido y existente⁷⁷. En términos similares, otros autores destacan que los negocios fiduciarios no pueden ser confundidos con los simulados porque en la simulación el negocio es querido solo en apariencia. En contraste, el negocio de transferencia fiduciaria es querido en sí mismo y en sus efectos⁷⁸.

En la doctrina moderna se señala que en el negocio simulado el valor vinculante se atribuye al significado subjetivo convenido por las partes en el acuerdo simulatorio, mientras que en el fiduciario el valor vinculante nace de la declaración⁷⁹.

Sin perjuicio de lo expuesto, considero fundamental la distinción efectuada entre negocios simulados y fiduciarios que tiene en cuenta la efectividad del negocio y sus efectos; v. gr. la intención de engañar a terceros es esencial en la simulación y puede no existir en los negocios fiduciarios en los que ni siquiera existe la intención de ocultar la transferencia.

El negocio fiduciario implica la transferencia de un derecho oponible *erga omnes*, pues el *pactum fiduciae* no modifica la calidad

⁷⁷ FERRARA, Francisco, *La simulación de los negocios jurídicos*, cit., p. 77.

⁷⁸ CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, cit., p. 199.

⁷⁹ Conf. GOLDSCHMIDT, Roberto, “Trust, fiducia y simulación”, *La Ley*, 67, p. 781, al delimitar el negocio fiduciario del simulado, dice: “No hay falsas apariencias, bajo las cuales se encubra un acto serio, ni ocurre que el valor vinculante del negocio sea atribuido al significado subjetivo convenido por las partes en un concomitante acuerdo simulatorio, sino que la transferencia del derecho está querida por un determinado fin económico, y el valor vinculante del negocio adhiere perfectamente al significado objetivo de la declaración”, con cita de BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, 1953, núm. 21, p. 302.

de propietario adquirida por el fiduciario. Por el contrario, en el negocio relativamente simulado, si hay traslación de un derecho, esa traslación deriva del lado oculto de la relación⁸⁰.

Por ello, la acción de simulación permite a los terceros hacer cesar la apariencia del acto simulado y restablecer la realidad del acto oculto. En cambio, la transferencia que importa el negocio fiduciario debe ser respetada por los terceros. Asimismo, mientras el negocio fiduciario es irrevocable unilateralmente, tal revocación no es descartable en la simulación⁸¹. Para finalizar, resulta importante recordar que el negocio simulado contiene los efectos de los cuales es capaz, en el sentido de que el contenido simulado es neutralizado por el contenido disimulado. Por el contrario, en el

⁸⁰ Conf. GUASTAVINO, Elías P., “Actos fiduciarios”, *Estudios de derecho civil en homenaje a Héctor Lafaille*, Depalma, Buenos Aires, 1968, p. 382: “...Esa traslación efectiva surge de la voluntad declarada y objetivizada en el acto ostensible y es eficaz respecto a las partes y a los terceros. El fiduciario es propietario no solo ante los terceros, sino también ante el mismo fiduciante (...) por ello, cuando el fiduciario ejercita los derechos que ha recibido del fiduciante, aunque sea abusando de los fines para los cuales le fueron atribuidos, no intenta hacer valer lo disimulado u oculto, sino que invoca los derechos que emergen netamente de la voluntad objetivizada en el negocio declarado”. Siguen de diferente forma estos desarrollos: MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos simulados y fraudulentos*, cit., p. 177, quien reproduce su opinión; RIVERA, Julio C., “Acción de simulación”, cit., p. 901: “...tanto el indirecto como el fiduciario son oponibles a terceros, pues la enajenación del derecho es efectiva, lo que no sucede en el supuesto de la simulación, en que los terceros tienen a su disposición el ejercicio de la acción tendiente a dejar sin efecto el acto simulado”; KIPER, Claudio M., *Régimen jurídico del dominio fiduciario*, cit., p. 87: “Para establecer las diferencias entre uno y otro negocio no puede prescindirse del valioso trabajo de Guastavino”.

⁸¹ Conf. SPOTA, Alberto G., “Negocio jurídico fiduciario: su distingo con el negocio jurídico simulado”, *La Ley*, 1975-C, p. 326.

negocio fiduciario los efectos obligatorios deben producirse (consisten en el futuro empleo que debe hacer del objeto del negocio), y pueden no producirse si el fiduciario abusa de la fiducia⁸².

2.2.5 Negocios de fiducia

Es necesario aludir a otro tipo de negocios en los que la confianza solo influye como elemento psicológico a los fines de su celebración.

En Italia se los denomina *negozi di fiducia* y se los diferencia de los negocios fiduciarios⁸³ por considerar que no es una categoría que se distinga por su especial estructura técnica. Es la denominación de un grupo de negocios a los que da una naturaleza común el hecho de que presupongan en una de las partes ciertas cualidades en virtud de las cuales la otra parte queda inducida a escoger como contraparte a la primera. Es un negocio jurídico unitario previsto en todos sus efectos por la ley, la cual concede al que confía a otro sus intereses los recursos apropiados para garantizar la leal ejecución del contrato⁸⁴.

⁸² MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, cit., tomo II, p. 455. Conf. en la doctrina nacional, entre otros, RIVERA, Julio C., “Acción de simulación”, cit., p. 900; TURRÍN, Daniel M., “Negocio jurídico fiduciario”, cit., p. 870; FARINA, Juan M., *Contratos comerciales modernos*, cit., p. 364.

⁸³ MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, cit., tomo II, p. 457.

⁸⁴ GARRIGUES-DÍAZ CAÑABATE, Joaquín, *Negocios fiduciarios en el derecho mercantil*, cit., p. 12. Conf. GIRALDI, Pedro M. y GÓMEZ LEO, Osvaldo R., *Introducción al estudio del fideicomiso*, cit., p. 364: “...una relación contractual en la que la confianza continúa siendo de fundamental importancia –en el sentido de decidir el consentimiento–, pero no es ya la esencia del negocio”.

La doctrina nacional encuadra en esa categoría a figuras como el mandato, el depósito, la prenda con desplazamiento, el mutuo, el comodato, en las cuales la fiducia ya no es el alma del negocio porque la ley ha previsto mecanismos para prevenir posibles abusos del adquirente y para obligarlo a cumplir rectamente el encargo. En cada uno de estos negocios las facultades del fiduciario están perfectamente descritas y delimitadas por la ley, que expresamente, de un modo u otro, impone un deber de lealtad al depositario, al mandatario, al mutuario, etc. Es decir, desaparece la situación de peligro tipificante del negocio fiduciario⁸⁵. Por esas peculiaridades un sector de nuestra doctrina los considera negocios fiduciarios, aunque impropios, impuros o típicos⁸⁶. Por mi parte,

⁸⁵ En contra en la doctrina nacional: CARREGAL, Mario A., *El fideicomiso. Regulación jurídica y posibilidades prácticas*, cit., n° 30, p. 41: “Para nosotros, negocios de confianza y negocios fiduciarios son equivalentes y no justifican el intento de distinguirlos sistemáticamente”. Este autor, considera incluidos dentro de la categoría de negocio jurídico fiduciario o de confianza a todos los actos o negocios jurídicos, típicos o no, en los que la confianza que inspira uno de los contratantes es el elemento decisivo para la concertación del negocio.

⁸⁶ Entre otros: GUASTAVINO, Elías P., “Venta forzada de la ‘*res fiduciae*’ por un acreedor del fiduciario”, cit., p. 239: “En los impropios o tipificados legislativamente existen medios jurídicos idóneos para lograr el respeto de la finalidad que se propone el fiduciante”.

Véase también LISOPRAWSKI, Silvio V. y KIPER, Claudio M., *Fideicomiso. Dominio fiduciario. Securitización*, cit., p. 117: “Cuando este último (fiduciario) puede ser compelido por acciones legales, y no depende simplemente de la lealtad del fiduciario, para obligarlo a cumplir con el encargo que le fue confiado, entonces se estará ante un negocio fiduciario impuro”, con cita de Navarro Martorell. Y más adelante agregan: “El negocio fiduciario se calificará de típico o atípico en la medida en que esté previsto en el régimen legal” (p. 117). No obstante, estos autores titulan fiducia legal al “negocio fiduciario” protegido jurídicamente.

considero que esta calificación resulta de imposible configuración lógica. Si el rasgo fundamental y tipificante del negocio fiduciario es la mentada potestad de abuso y la correlativa situación de peligro, mal puede haber negocio fiduciario –aun cuando para disimular esa carencia se lo catalogue como impropio, impuro o típico– si su esencia ha desaparecido⁸⁷.

Pienso que si la esencia del negocio fiduciario está dada por la situación de peligro a la que asiste quien confía en otro, cuando media una tutela jurídica del negocio esta protección obsta al encuadramiento como fiduciario. En este supuesto, se alumbrará otra figura jurídica⁸⁸.

3 EL FIDEICOMISO COMO CONTRATO A FAVOR DE TERCEROS. PARTES Y POSICIONES JURÍDICAS

3.1 Concepto de contrato de fideicomiso

3.1.1 Fideicomiso común

El art. 1666 del Código Civil y Comercial define el contrato de fideicomiso según los lineamientos del derogado art. 1.º de la ley 24441, norma que contenía un concepto descriptivo de la figura⁸⁹.

⁸⁷ Conf. GARRIGUES–DÍAZ CAÑABATE, Joaquín, *Negocios fiduciarios en el derecho mercantil*, cit., p. 79: “La llamada fiducia legal encierra una contradicción en sus propios términos”.

⁸⁸ Conf. BATIZA, Rodolfo, *Principios básicos del fideicomiso y de la administración fiduciaria*, 2ª edición, Porrúa, México, 1985, núm. 16, p. 23, cit. a GRASSETTI, “Trust Anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario”, *Rivista dell Diritto Commerciale*, vol. XXXIV, 1936, p. 553.

⁸⁹ Conf. LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2000, tomo III, p. 299. Comp. FREIRE, Betina V., *El fideicomiso. Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios*, Ábaco, Buenos Aires, 1997, p. 56: “el art. 1 está definiendo la propiedad fiduciaria y no el contrato (sustrato obligacional o personal)”; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando

Además, precisa sus alcances y modifica las deficiencias que le fueron atribuidas a su antecedente, aunque subsisten algunas imprecisiones.

El art. 1666 prevé: “*Definición.* 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”.

Destaco lo siguiente de la definición legal.

I. Aclara que el fideicomiso es un contrato⁹⁰ cuando se celebra por actos entre vivos, aunque también existe el fideicomiso testamentario.

II. Establece el carácter consensual del contrato, en tanto dispone que hay fideicomiso cuando una parte transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes, a diferencia del art. 1.º de la ley 24441, que incurría en un error de redacción cuando establecía que “habrá fideicomiso cuando se transmita”. Además, el nítido carácter consensual del contrato de fideicomiso surge claro de otras normas (v. gr., art. 1669, Código Civil y Comercial). A todo evento, la categoría de contratos reales no ha sido incorporada en el

J., *Fideicomiso. Leasing. Letras hipotecarias. Ejecución hipotecaria. Contratos de consumición*, cit., p. 17, que “lo definido no es el contrato de fideicomiso, sino la operación jurídica de constitución de fideicomiso *ex contractu*”.

⁹⁰ El derogado art. 1.º de la ley 24441 no lo establecía, aunque de los arts. 2.º, 4.º, 6.º, 7.º, 8.º, 9.º, 10, 13, 17, 19, 20 y 24, que hacían expresa referencia al carácter contractual estableciendo requisitos de contenido, suplencias, etc., se extraía que esta era su naturaleza.

Código Civil y Comercial, sin perjuicio de que parte de la doctrina propicia su perdurabilidad⁹¹.

III. Dispone que al cumplimiento del plazo o de la condición resolutorios la propiedad debe ser entregada al fideicomisario –que puede coincidir con el fiduciante o el beneficiario, o bien ser una persona distinta, conforme el art. 1672, Código Civil y Comercial–.

IV. Por otra parte, existen algunas imprecisiones y omisiones en la definición legal que merecen ser ponderadas. En primer lugar, no se aclara que la transmisión de la propiedad del fiduciante al fiduciario sea una transmisión fiduciaria (art. 1682, Código Civil y Comercial). Luego, se omite precisar que la transferencia de propiedad del fiduciario al fideicomisario es plena (arts. 1697 y 1698, Código Civil y Comercial). Finalmente, no se efectúa mención alguna al patrimonio separado que se constituye a partir de la transferencia fiduciaria de la propiedad (art. 1685, Código Civil y Comercial).

V. El Código Civil y Comercial mantiene la clasificación cuatripartita de los sujetos –fiduciante, fiduciario, beneficiario y fideicomisario–, verdadera innovación incorporada por la ley 24441.

VI. El contrato de fideicomiso tiene la estructura de contrato a favor de terceros (arts. 1027 y 1661, Código Civil y Comercial),

⁹¹ Véase SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, “Contratos. Parte general”, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (Director) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (Coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial*, 2ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2018, tomo IV, p. 61. Este autor al clasificar los contratos según tengan “efectos personales” o “efectos reales” precisa que estos últimos: “No deben confundirse con los contratos reales, que son aquellos cuya perfección requiere la entrega de la cosa objeto del contrato, y que han desaparecido casi por completo del derecho vigente”.

quedando perfeccionado con el consentimiento de fiduciante y fiduciario.

Consiguientemente, a partir de lo dispuesto por los arts. 1666 del Código Civil y Comercial y ss., donde se manifiesta ampliamente el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, se puede describir a la figura del fideicomiso de la siguiente manera: una “parte” activa (uno o varios fiduciantes) transmite o se obliga a transmitir la propiedad fiduciaria de uno o más bienes (determinados o determinables a la fecha de celebración del contrato) a una “parte” pasiva (uno o varios fiduciarios) con la finalidad de formar el patrimonio que este 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 (beneficiarios), y transmitiendo la propiedad plena de los bienes al cumplimiento de una condición o plazo máximo a uno o varios destinatarios finales (fideicomisarios).

Sin perjuicio de que este trabajo se centra en el fideicomiso regulado en los arts. 1666 a 1689, 1697 y 1698, denominado “común” u “ordinario” por oposición al fideicomiso financiero, para delimitarlo correctamente conceptúo a continuación al fideicomiso financiero.

3.1.2 Fideicomiso financiero

El art. 1690 del Código Civil y Comercial recepta una definición de fideicomiso financiero⁹². Establece que el fideicomiso financiero solo puede constituirse por contrato y se caracteriza porque el

⁹² Art. 1690 del Código Civil y Comercial: “*Definición*. Fideicomiso financiero es el contrato de fideicomiso sujeto a las reglas precedentes, en el cual el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por el organismo de contralor de los mercados de valores para actuar como fiduciario financiero, y beneficiarios son los titulares de los títulos valores garantizados con los bienes transmitidos”.

fiduciario solo puede ser una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por el organismo de contralor de los mercados de valores para actuar como fiduciario financiero. Beneficiarios son los titulares de los títulos valores garantizados con los bienes así transmitidos.

Así, se excluye de nuestro derecho la posibilidad del denominado “autofideicomiso”, que es aquel en el que el fiduciante tiene capacidad para actuar como fiduciario respecto de su cartera original de derechos susceptibles de ser afectados a un proceso de titulización⁹³. Esta “autoafectación” de bienes en los fideicomisos financieros fue admitida por la Comisión Nacional de Valores (CNV) en la res. 271/1995 hasta el año 2001. En el Derecho comparado, la ley uruguaya 17703/2003 admite expresamente la “autoafectación” de bienes⁹⁴.

Uno de los rasgos característicos del fideicomiso financiero es que los derechos de los beneficiarios están incorporados en títulos valores o valores mobiliarios, que pueden ser títulos representativos de deuda o certificados de participación⁹⁵.

La emisión de esos títulos valores es producto de la securitización de activos vehiculizada a través del fideicomiso. La securitización –

⁹³ CARREGAL, Mario A., “Fideicomiso en el proyecto de unificación”, en GOTLIB, Gabriel, CARREGAL, Mario A., y VAQUERO, Fernando M. (Directores), *Tratado de Fideicomiso*, tomo I “Parte general”, La Ley, 2013, pp. 29 a 32.

⁹⁴ Art. 25: “...El fideicomiso financiero podrá constituirse por acto unilateral, en el cual coincidan las personas del fideicomitente y del fiduciario, cuando se solicite autorización para ofrecer públicamente (artículo 28 de la presente ley) los certificados de participación, los títulos representativos de deudas o los títulos mixtos a los que refiere el inciso precedente”.

⁹⁵ Conf. KENNY, Mario O., *Titulización y fideicomiso financiero*, 2ª edición, Errepar, Buenos Aires, 2005, p. 29.

también denominada como titulización o titulación— consiste en una forma de financiamiento que permite la movilización de activos ilíquidos mediante la utilización de un vehículo útil para la emisión y colocación en el mercado de capitales de títulos valores, respaldados por el propio conjunto de activos que le dieron origen, y que van a servir para la obtención de fondos líquidos aportados por los inversores que los adquieran⁹⁶.

Por su parte, las normas de la CNV definen al fideicomiso financiero como el contrato en el que una o más personas (fiduciantes) transmiten la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien deberá ejercerla en beneficio de titulares de los certificados de participación en la propiedad de los bienes transmitidos o de titulares de valores representativos de deuda garantizados con los bienes así transmitidos (beneficiarios) y transmitirla al fiduciante, a los beneficiarios o a terceros (fideicomisarios) al cumplimiento de los plazos o condiciones previstos en el contrato.

El fideicomiso financiero puede ser con o sin oferta pública de títulos valores o certificados representativos de deuda. Cuando es con oferta pública queda regulado por las normas del organismo de contralor de los mercados de valores (art. 1691, Código Civil y Comercial).

⁹⁶ Conf. ALEGRÍA, Héctor, “Securitización”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni, 2005, Buenos Aires, p. 301; CARREGAL, Mario A., *Fideicomiso. Teoría y aplicación a los negocios*, cit., p. 323; FERNÁNDEZ, Raymundo L. y GÓMEZ LEO, Osvaldo R., *Tratado Teórico Práctico de Derecho Comercial*, Lexis Nexis, Depalma, 2004, Buenos Aires, tomo IV, p. 289; KIPER, Claudio M. y LISOPRAWSKI, Silvio V., *Tratado de fideicomiso*, cit., tomo II, pp. 676 y 677.

3.2 Caracteres. El contrato a favor de terceros

3.2.1 Típico y nominado

El fideicomiso en nuestro derecho es un contrato típico, desde que tiene su regulación en una ley, que lo precisa y le otorga una disciplina normativa en cuanto a su contenido, sus efectos e incluso sus requisitos formales⁹⁷.

El art. 970 del Código Civil y Comercial utiliza el término “nominado” para indicar que se trata de contratos a los que la ley los regula especialmente. Si bien considero más adecuada la calificación de “típicos”, generalmente el hecho de que un contrato tenga un nombre se haya indisolublemente unido a la existencia de una regulación propia. Por tratarse de un contrato regulado, resulta intrascendente la denominación que las partes le otorguen, ya que la relación contractual solo será juzgada como fideicomiso si reúne los requisitos para ser tal (arg. art. 1127, Código Civil y Comercial)⁹⁸.

⁹⁷ Con anterioridad a la sanción de la ley 24441, cuyo capítulo I ha sido derogado, se sostuvo que la figura tenía tipicidad incipiente en el art. 2662 del Código Civil derogado (CARREGAL, Mario A., *El fideicomiso. Regulación jurídica y posibilidades prácticas*, cit., pp. 41 y ss.). Conf. FREIRE, Betina V., *El fideicomiso. Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios*, cit., p. 55; GUASTAVINO, Elías P., *La propiedad participada y sus fideicomisos*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1994, p. 58. Contra: LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Fideicomiso. Leasing. Letras hipotecarias. Ejecución hipotecaria. Contratos de consumición*, cit., p. 98: “No negamos que el viejo art. 2662 tenía una preceptiva harto lacónica, pero pensamos que ello no autorizaba a trasladar lo incipiente de la ‘tipificación’ del derecho real a la tipificación del contrato. Nosotros pensamos que para ese dominio servían y siguen sirviendo los contratos típicos ya existentes...”.

⁹⁸ El Proyecto de 1998 incluía un precepto con vocación expansiva acerca de irrelevancia del *nomen iuris* impuesto por las partes de un contrato, que es predicable con el texto del Código Civil y Comercial. Me

3.2.2 Consensual

El contrato de fideicomiso queda perfeccionado por el solo consentimiento de las partes, a partir del cual estas quedan obligadas (v. gr., el fiduciante a la entrega de los bienes y el fiduciario al manejo de ellos conforme los fines establecidos en el contrato constitutivo). El contrato existe desde la celebración, ya sea que los bienes se transmitan en ese acto o bien con posterioridad a él. Es un contrato que no requiere la tradición de la cosa, pues la entrega es una obligación que puede cumplirse con posterioridad a la celebración del contrato⁹⁹.

estoy refiriendo al art. 1029 de esa iniciativa: “*Denominación del contrato*. La denominación asignada al contrato por las partes no determina por sí sola su índole, sin perjuicio de lo que pueda sugerir conforme a las circunstancias”.

⁹⁹ Conf. LISOPRAWSKI, Silvio V., “Fideicomiso en el Código Civil y Comercial”, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015 (abril), 21/04/2015, 510; Online: AR/DOC/1073/2015. Bajo la legislación derogada la generalidad de la doctrina opinaba que era consensual: GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “Fideicomiso. Apreciaciones sobre las nuevas normas”, La Ley, 1995–E, p. 1227; LISOPRAWSKI, Silvio V. y KIPER, Claudio M., *Fideicomiso. Dominio fiduciario. Securitización*, cit., p. 300; GIRALDI, Pedro M., *Fideicomiso*, Depalma, Buenos Aires, 1998, pp. 47 y 48; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Fideicomiso. Leasing. Letras hipotecarias. Ejecución hipotecaria. Contratos de consumición*, cit., pp. 55 y 56; LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, cit., tomo III, p. 313. Contra: MANTILLA, Fernando R., “Una introducción al fideicomiso”, La Ley, 1995–B, p. 789: “es un contrato real en el sentido que es necesaria la efectiva transferencia de los bienes fideicomitados del fiduciante al fiduciario (art. 1º)”; AZPIRI, Jorge O. y REQUEJO, Oscar, “El fideicomiso y el derecho sucesorio”, La Ley, 1995–D, p. 1128, adhiriendo a la opinión de Mantilla; VANASCO, Carlos A., “Fideicomiso y sociedad”, en FAVIER DUBOIS, Eduardo (h) (Director) *Negocios Parasocietarios*, 2ª edición, Ad Hoc, Buenos Aires, p.

Corroborar tal conclusión lo normado por el art. 1667, inc. a), del Código Civil y Comercial, que establece como requisito esencial de contenido del contrato la individualización de los bienes que constituyen su objeto. Lo mismo surge del art. 1669.

En ese sentido, es imperiosa la distinción entre la celebración y el perfeccionamiento del contrato de fideicomiso y la constitución de la propiedad fiduciaria derivada de la transferencia de bienes, las que pueden o no coincidir en idéntico momento.

3.2.3 Bilateral

3.2.3.1 *Quid* de la bilateralidad

El fideicomiso es un contrato bilateral porque las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra (art. 966, Código Civil y Comercial).

No obstante existir cuatro posiciones jurídicas, solo son partes en el contrato el fiduciante y el fiduciario. El beneficiario y el fideicomisario son simples terceros interesados alcanzados por los efectos del contrato, por lo cual no resulta necesario su consentimiento a los fines de la conclusión del negocio. En el caso de que tales posiciones jurídicas estén ocupadas por sujetos distintos al fiduciante, resultará aplicable en términos generales la doctrina elaborada en torno a la figura del contrato a favor de terceros (art. 1027, Código Civil y Comercial)¹⁰⁰, con las

254: “Se trataría de un contrato real, porque las obligaciones de las partes comienzan cuando una de ellas, el fiduciante, hace entrega de los bienes fideicomitidos al fiduciario”.

¹⁰⁰ Conf. SOLER, Osvaldo H. y CARRICA, Enrique D., “El fideicomiso y el fraude”, *La Ley*, 2000-A, p. 193; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Fideicomiso. Leasing. Letras hipotecarias. Ejecución hipotecaria. Contratos de consumición*, cit., p. 105; GIRALDI, Pedro M., *Fideicomiso*, cit., p. 46.

particularidades previstas para el supuesto del fideicomiso, especialmente por los arts. 1671 y 1681 del Código Civil y Comercial.

3.2.3.2 Posición jurídica del beneficiario

3.2.3.2.1 El fideicomiso como contrato a favor de terceros

El contrato a favor de terceros es “aquel en que una de las partes (llamada “estipulante” o “promisario”) conviene, en su propio nombre, que la contraparte (designada con el nombre de “promitente”) queda obligada hacia un tercero, adquiriendo este el correlativo derecho a exigir la prestación”¹⁰¹.

Bajo el Código Civil de Vélez, la figura de la estipulación a favor de terceros fue receptada en el art. 504¹⁰². Más aun, muchos años antes de que se regulara el contrato de fideicomiso en nuestro país, en doctrina se sostuvo que las adquisiciones de inmuebles originadas o efectuadas a través de una estipulación en favor de terceros daban origen a un caso claro y típico de dominio fiduciario¹⁰³.

Tanto la ley 24441 como el Código Civil y Comercial al regular el contrato de fideicomiso le otorgaron la estructura típica de las

¹⁰¹ DASSEN, Julio, *Contratos a favor de terceros*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960, pp. 10 y 11.

¹⁰² Conf. ORELLE, José M. R., *Compra de inmuebles por y para terceros*, cit., p. 48: “Adherimos sin vacilación a quienes entienden que esta institución fue legislada especialmente por Vélez Sarsfield en el art. 504 del Cód. Civ. Obviamente debemos reconocer que sería preferible una regulación más amplia de la figura, tal cual sucede en las legislaciones más modernas”.

¹⁰³ ORELLE, José M. R., *Compra de inmuebles por y para terceros*, cit., p. 48. Comp. más adelante en el tiempo CARREGAL, Mario A., *El fideicomiso. Regulación jurídica y posibilidades prácticas*, cit., p. 4.

estipulaciones a favor de terceros. La posición jurídica del beneficiario —al igual que la del fideicomisario— es la de un tercero a cuyo favor el fiduciante (estipulante) y el fiduciario (promitente) estipulan ejercer el “fideicomiso”, es decir, de un tercero interesado¹⁰⁴.

Ergo, el título causal del derecho al beneficio es una estipulación a favor de terceros, por lo que resulta aplicable lo normado por el art. 1027 del Código Civil y Comercial y su doctrina de conformidad con las particularidades del fideicomiso que se analizan a continuación.

3.2.3.2.2 Aceptación por el beneficiario

El beneficiario debe aceptar la estipulación hecha en su favor para recibir las prestaciones prometidas. El art. 1681 del Código Civil y Comercial efectúa una aplicación particular de lo normado en el art. 1027 respecto de la estipulación a favor de terceros.

De aquella norma surge que la estipulación hecha a favor del beneficiario puede ser aceptada en forma expresa o tácita. La aceptación expresa puede darse en el mismo momento de celebración del contrato mediante su firma —hipótesis muy habitual en la práctica—, o bien posteriormente a través de instrumentos de adhesión. Por otra parte, la ley establece que supuestos que en rigor son casos de aceptación tácita constituyen presunciones de aceptación. Estos se presentan cuando el beneficiario —según el caso— interviene en el contrato de fideicomiso, o cuando realiza actos que inequívocamente suponen esa intervención (v. gr. si ceden sus derechos, arg. art. 1681, último

¹⁰⁴ Conf. LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, cit., tomo III, p. 309; SOLER, Osvaldo H. y CARRICA, Enrique D., “El fideicomiso y el fraude”, op. y loc. cit.; VANASCO, Carlos A., “Fideicomiso y sociedad”, cit., p. 254; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Fideicomiso. Leasing. Letras hipotecarias. Ejecución hipotecaria. Contratos de consumición*, cit., p. 105; GIRALDI, Pedro M., *Fideicomiso*, cit., p. 99.

párrafo del Código Civil y Comercial), o en los fideicomisos financieros, si es titular de certificados de participación o de títulos de deuda. El Código establece que se trata de una presunción que admite prueba en contrario.

Si no se obtiene la aceptación en los términos referidos, se autoriza y regula la intimación de la aceptación cursada por el fiduciario al beneficiario extrajudicialmente, pero mediante acto auténtico y por un plazo prudencial. La extensión adecuada del plazo otorgado para la aceptación estará determinada por la naturaleza del encargo fiduciario y las implicancias de la aceptación del beneficio (v. gr. variará según sea gratuito u oneroso, requiera o no intervención personal del beneficiario, etc.). Se trata de una solución que ante la ausencia de regulación bajo la legislación derogada había sido propuesta a nivel doctrinario¹⁰⁵. La regulación de los medios tendientes a obtener la aceptación es relevante, pues en el fideicomiso una tardanza irrazonable puede afectar el régimen de sustituciones legales o convencionales y de esta forma los derechos de los llamados a suceder.

Ahora bien, en caso de que la citada intimación extrajudicial no tenga respuesta, el fiduciario debe solicitar judicialmente la aceptación del beneficio. El procedimiento es el siguiente. El fiduciario se presenta y solicita ante el juez —con fundamento en el contrato de fideicomiso— que se curse intimación al beneficiario a los fines de su aceptación. El juez sin sustanciación ordena la notificación por el medio que resulte más adecuado a las circunstancias.

¹⁰⁵ Conf. GIRALDI, Pedro M., *Fideicomiso*, cit., p. 100: “... no debe admitirse indefinición al respecto y no cabe permitir la aceptación en cualquier momento, aún con posterioridad a la muerte de estipulante y promitente, como sería dable hacerlo en una estipulación común a favor de tercero”.

El último párrafo del art. 1671 del Código Civil y Comercial expresamente establece que el derecho del beneficiario, aunque no haya aceptado, puede transmitirse por actos entre vivos o por causa de muerte, excepto disposición en contrario del fiduciante. En caso de transmisión por actos entre vivos se está frente a un supuesto que inequívocamente supondrá la aceptación del beneficio (arg. art. 1681, Código Civil y Comercial).

Otra nota propia del fideicomiso es que el derecho a la revocación antes del conocimiento de la aceptación por el fiduciante no es facultad exclusiva de este. La designación del beneficiario es una cláusula contractual y, por tanto, su revocación unilateral sería cuestionable (arg. arts. 1666, 1697, inc. b], Código Civil y Comercial). Es decir, en materia de fideicomiso es regla lo que en el art. 1027 del Código Civil y Comercial es solo una excepción¹⁰⁶.

Es preciso señalar que el hecho de que se haya estipulado un beneficio a favor de un tercero no debe llevar a identificarlo como un sujeto que necesariamente recibirá una liberalidad. Es perfectamente factible que se haya estipulado una prestación, que lógicamente –y según los casos– solo resultará exigible una vez que la promesa haya sido aceptada.

La figura del beneficiario es esencial porque la finalidad del instituto es la administración de un patrimonio a favor de alguien. El art. 1671 del Código Civil y Comercial solo exige que el beneficiario sea una persona humana o jurídica, determinada y que se halle individualizada, o bien que sea determinable, siempre que consten los datos necesarios para su individualización. Tienen capacidad para ser beneficiarios tanto las personas humanas como las jurídicas de existencia actual o futura (v. gr., personas por

¹⁰⁶ Art. 1027 del Código Civil y Comercial: “...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...”.

nacer). Si bien de la letra de la ley surge que no se admite el fideicomiso impersonal (expresamente autorizado en el Código Civil de Québec), resultaría posible la individualización del beneficiario haciendo referencia a una función, cargo, posición, en tanto suponen datos que permitirán su individualización.

3.2.3.2.3 Régimen de sustituciones legales

Una manifestación de la esencialidad de la posición jurídica de “beneficiario” está dada por el régimen de sustituciones no imperativo previsto por el art. 1671 del Código Civil y Comercial. Este régimen opera solo cuando el beneficiario designado o su sustituto –si se lo designó– no llega a existir, no acepta, renuncia o muere. En este caso, será beneficiario el fideicomisario. Si tampoco el fideicomisario llega a existir o acepta, o bien renuncia o muere, el beneficiario es el fiduciante.

Ahora bien, en el supuesto de que se haya pactado el carácter *intuitu personae* del sujeto nominado como beneficiario o de alguno de sus sustitutos convencionalmente designados, su muerte, inexistencia, falta de aceptación o renuncia serán causas de extinción del fideicomiso.

3.2.3.2.4 Transmisión de la posición jurídica beneficiario

El art. 1671 del Código Civil y Comercial se aparta de la regulación general de la estipulación a favor de un tercero (art. 1027 del Código Civil y Comercial) y establece que, excepto pacto en contrario, la posición jurídica de beneficiario es libremente transmisible aun antes de su aceptación expresa o tácita. De haberse previsto la revocación por el fiduciante de la designación del beneficiario, la aceptación del beneficio importará siempre el límite temporal de aquella.

La posición de beneficiario es transmisible tanto por actos entre vivos como por disposición de última voluntad.

3.2.3.2.5 Pluralidad de beneficiarios

El art. 1671 autoriza que una pluralidad de sujetos integre la posición jurídica de beneficiario y dispone que salvo disposición en contrario se benefician por igual.

Asimismo, y como novedad respecto del régimen derogado de la ley 24441, prevé expresamente que en caso de pluralidad de beneficiarios, si alguno de ellos no acepta, renuncia, muere o no llega a existir, se puede pactar –el art. 1671 alude a “establecer”– el derecho de acrecer de los demás o designar sustitutos.

3.2.3.2.6 Coincidencia de roles

El art. 1671 del Código Civil y Comercial regla en su primer párrafo *in fine* que “pueden ser beneficiarios el fiduciante, el fiduciario o el fideicomisario”. Tal solución es luego ratificada en el tercer párrafo del art. 1673, cuando se regula la figura del fiduciario, en los siguientes términos: “El fiduciario puede ser beneficiario. En tal caso, debe evitar cualquier conflicto de intereses y obrar privilegiando los de los restantes sujetos intervinientes en el contrato”. Finalmente, el art. 1672 dispone: “El fideicomisario es la persona a quien se transmite la propiedad al concluir el fideicomiso. Puede ser el fiduciante, el beneficiario, o una persona distinta de ellos. No puede ser fideicomisario el fiduciario”¹⁰⁷.

¹⁰⁷ De este modo, el Código Civil y Comercial se aparta del Proyecto de 1998, que en su art. 1459 *in fine* establece: “El fiduciario no puede ser beneficiario ni fideicomisario ...”, y luego solo hace una excepción en materia de fideicomisos en garantía y siempre que el fiduciario sea una entidad financiera, diciendo en el art. 1466: “Si el fiduciario es una entidad financiera, puede ser también beneficiaria. En este caso, puede aplicar al pago de los créditos garantizados las sumas de dinero que ingresen al patrimonio fiduciario, incluso por cobro judicial o extrajudicial de los créditos o derechos fideicomitados. Respecto de otros bienes, para ser aplicados a la garantía deben seguirse los procedimientos previstos por los artículos referidos a la ejecución extrajudicial de la hipoteca y de la prenda

El Código admite expresamente que el o los sujetos fiduciantes puedan ocupar, además, las posiciones jurídicas de beneficiario y fideicomisario¹⁰⁸, del mismo modo que lo hacía la legislación derogada (arg. art. 2.º, párr. 3.º, ley 24441).

Analizo la cuestión de la coincidencia de las posiciones del fiduciario y del beneficiario en el Capítulo II, a donde envío al lector.

3.2.3.3 Posición jurídica del fideicomisario

3.2.3.3.1 Generalidades

Esta cuarta posición jurídica es esencial en la estructura del fideicomiso. El fideicomisario no es parte en el contrato; es un tercero interesado, y, por tanto, la causa y los alcances de su derecho se encuentran regulados en el art. 1027 del Código Civil y Comercial con las modificaciones impuestas por los arts. 1671, 1672, 1681 y concordantes.

Esta posición jurídica es una innovación de la ley argentina, que instituyó al “fideicomisario” como destinatario final de los bienes. La generalidad de las legislaciones del Derecho comparado que regulan el fideicomiso consideran solo tres posiciones jurídicas y, en su mayoría, se refieren al destinatario final de los bienes con el aditamento de “residual”, utilizando como sinónimos los términos beneficiario y fideicomisario. En nuestro derecho, para evitar equívocos, se deben delimitar perfectamente las posiciones jurídicas de uno y otro. Mientras el fideicomiso se ejerce a favor del

con desplazamiento, salvo conformidad expresa del fiduciante contemporáneamente a la aplicación o adjudicación”.

¹⁰⁸ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, *Contratos Bancarios*, Felabán, 2ª ed., Bogotá, 1977, p. 625. Al analizar el fideicomiso en Latinoamérica, concluye: “...el fideicomisario puede ser el mismo fiduciante y (...) pueden ser varios”.

beneficiario, los bienes existentes cuando el respectivo contrato de fideicomiso se extingue, se destinan al fideicomisario.

El Código Civil y Comercial regula la figura del fideicomisario fundamentalmente en base a remisiones a la posición jurídica de beneficiario. Del envío que efectúa el art. 1672 a “los párrafos primero, segundo y tercero del artículo 1671” surge que puede ser fideicomisario cualquier persona humana o jurídica. Solo se exige que sea persona determinada y que se halle individualizada, o bien que sea determinable, siempre que consten los datos necesarios para su individualización. Tienen capacidad para ser fideicomisarios tanto las personas humanas como las jurídicas de existencia actual o futura. Al igual que en el caso del beneficiario, si bien de la letra de la ley surge que no se admite el fideicomiso impersonal, resultaría posible la individualización del fideicomisario haciendo referencia a una función, cargo, posición, en tanto que esos datos permitirán su individualización.

Puede ser fideicomisario un tercero, el fiduciante o el beneficiario, pero no el fiduciario¹⁰⁹.

3.2.3.3.2 Aceptación por el fideicomisario

Las reglas que analicé para la aceptación del beneficiario son aplicables a la aceptación por el fideicomisario, pues el Código Civil y Comercial regula ambas situaciones conjuntamente en el art. 1681.

3.2.3.3.3 Régimen de sustituciones legales

Respecto del fideicomisario, se aplica el régimen de sustituciones no imperativo previsto por el art. 1672 del Código Civil y Comercial. Asimismo, a partir de la remisión al tercer párrafo del art. 1671 del Código Civil y Comercial se aplica *mutatis*

¹⁰⁹ Véase el Capítulo II.

mutandi lo dispuesto respecto del régimen de sustitución del beneficiario.

Estos regímenes operan solo en los supuestos de que exista un fideicomisario designado en el contrato, pues si no lo hubiera regiría el art. 1668, última parte, del Código Civil y Comercial.

Si el fideicomisario o los fideicomisarios designados (si no se pactó el derecho de acrecer) son terceros y no llegan a existir, no aceptan, renuncian o mueren, en el supuesto de no haberse designado fideicomisarios sustitutos, o bien habiéndose designado, cuando ninguno de ellos llega a existir, acepta, o todos renuncian o mueren, será fideicomisario el beneficiario (arg. art. 1671, Código Civil y Comercial). Si el fideicomisario es el beneficiario o los beneficiarios y estos no llegan a existir, no aceptan, renuncian o mueren, el fideicomisario es el fiduciante (quien, por definición, siendo este contrato bilateral, nunca podrá faltar).

También se puede establecer el carácter *intuitu personae* del sujeto nominado como fideicomisario o de alguno de sus sustitutos convencionalmente designados, en cuyo caso su muerte, inexistencia, falta de aceptación o renuncia serían causas de extinción del fideicomiso.

3.2.3.3.4 Transmisión de la posición jurídica fideicomisario

Resulta inexplicable que el art. 1672 del Código Civil y Comercial, al remitir al art. 1671, no haga referencia al cuarto párrafo, que es aquel que, apartándose de la regulación general de la estipulación a favor de un tercero (art. 1027, Código Civil y Comercial), establece que, excepto pacto en contrario, la posición jurídica del beneficiario es libremente transmisible aun antes de su aceptación expresa o tácita.

Sin perjuicio de ello, y siempre que no se haya establecido el carácter *intuitu personae* del fideicomisario, su derecho es transmisible tanto por actos entre vivos como por disposición de última voluntad. La transmisión implicará la aceptación de la

estipulación efectuada a su favor (arg. art. 1681, Código Civil y Comercial).

3.2.3.3.5 Pluralidad de fideicomisarios

A partir del segundo párrafo del art. 1671 del Código Civil y Comercial, al que remite el art. 1672, se autoriza que una pluralidad de sujetos integre la posición jurídica de fideicomisario y se dispone que salvo disposición en contrario se benefician por igual.

Asimismo, y como novedad respecto de la derogada ley 24441, establece para el caso de pluralidad de fideicomisarios, si alguno de ellos no acepta, renuncia, muere o no llega a existir, que se pueda pactar el derecho de acrecer de los demás o designar sustitutos.

3.2.4 Se presume oneroso

La presunción de onerosidad surge de lo normado por el art. 1677, que dispone: “Excepto estipulación en contrario, el fiduciario tiene derecho (...) a una retribución”¹¹⁰.

La onerosidad o gratuidad del contrato se determina según el fiduciario reciba o no retribución por el desempeño de sus funciones. A esos efectos no corresponde tener en cuenta la transferencia de la propiedad fiduciaria ni las relaciones subyacentes entre las restantes posiciones jurídicas. Esos aspectos se analizan en el capítulo II al estudiar las acciones de fraude.

¹¹⁰ El art. 8.º, ley 24441, disponía la misma presunción y respecto de tal calificación era conteste la doctrina. Entre otros, GIRALDI, Pedro M., *Fideicomiso*, cit., p. 47 y n. 11; LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, cit., tomo III, p. 313; BRESSAN, Pablo, “Negocio fiduciario. Sus aspectos obligacionales”, en MAURY DE GONZÁLEZ, Beatriz (Directora) *Tratado Teórico-Práctico de Fideicomiso*, 2ª edición, Ad-hoc, Buenos Aires, 1999, p. 69; MALUMIÁN, Nicolás, DIPLOTTI, Adrián G. y GUTIÉRREZ, Pablo A., *Fideicomiso y securitización, análisis legal, fiscal y contable*, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 89.

3.2.5 De ejecución inmediata o diferida

Las obligaciones para el fiduciante y el fiduciario se hacen exigibles desde la celebración del contrato (ejecución inmediata), mientras que las relativas al beneficiario y el fideicomisario en su carácter de terceros interesados son de ejecución diferida en tanto –generalmente– media un lapso entre la celebración del contrato a su favor y la manifestación de su aceptación (cumplimiento).

3.2.6 De ejecución continuada o tracto sucesivo

Los efectos del contrato perduran en el tiempo; son fluyentes, no se agotan en un solo acto de ejecución. Esto es así, al menos y en todos los casos, para el fiduciario y el beneficiario.

3.2.7 *Intuitu personae*

La directriz fundamental del fideicomiso es la administración de un patrimonio en beneficio de otra persona confiada al fiduciario. Por ello, las especiales cualidades y características de este resultarán determinantes tanto al momento de contratar (arg. arts. 1674 y 1676, Código Civil y Comercial), como durante el funcionamiento de la figura, a punto tal que su desaparición acarreará su cesación (arg. art. 1678 incs. a], b], c], d], Código Civil y Comercial) y su consiguiente reemplazo (art. 1679, Código Civil y Comercial).

3.2.8 No formal

En función de las particularidades de este rasgo, lo analizo separadamente al final de este capítulo.

3.3 Contenido

3.3.1 Planteamiento

En este apartado me referiré a las cláusulas cuya previsión por las partes resulta primordial y que según el Código Civil y

Comercial son definitivas de la tipología de la figura jurídica bajo análisis.

Para una recta interpretación del tema se requiere hacer una serie de precisiones con carácter previo. Por un lado, si bien existe una estrecha relación entre la tipicidad y la esencialidad de los elementos (sujetos, objeto y forma) y del contenido, ambos pueden no coincidir desde que la ley contiene normas supletorias. Por el otro, 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, pero siempre existirá el límite de las disposiciones imperativas de la ley, v. gr.: inexcusabilidad de la culpa en que pudiere incurrir el fiduciario, obligación de rendir cuentas (art. 1676, Código Civil y Comercial).

Aunque de la letra de la ley pareciera surgir que se daría cumplimiento al contenido esencial y típico del contrato incluyendo todas las previsiones de los arts. 1667 y 1671 del Código Civil y Comercial, corresponde considerarlas separadamente, pues presentan ciertas peculiaridades que aconsejan un tratamiento detenido.

3.3.2 Individualización de los bienes

El art. 1667, inc. a), del Código Civil y Comercial establece que el contrato debe contener “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 estar la descripción de los requisitos y características que deben reunir los bienes”.

El carácter consensual del contrato fundamenta la presente solución legislativa. Es esencial que en el contrato se haga alguna referencia al objeto, pero no sucede lo mismo con la individualización de los bienes que lo integran. Esto pues, el Código prevé, al igual que lo hacía la ley 24441, que en caso de no ser

posible hacerla, basta con que conste “la descripción de los requisitos y características” de aquellos¹¹¹.

La necesidad de la descripción de los requisitos y características que deberán reunir se refiere al tipo de bienes, titularidad, gravámenes, desmembraciones, y todo otro dato atinente a su situación jurídica.

3.3.3 Determinación del modo en que otros bienes pueden ser incorporados al fideicomiso, según el caso

La propia naturaleza del fideicomiso y su finalidad, esto es, el resultado que se persigue con su constitución, hacen que sea connatural al instituto la mutación patrimonial que de conformidad a sus fines (art. 1688, Código Civil y Comercial) y comportándose con la diligencia del buen hombre de negocios que actúa en base a la confianza depositada en él (art. 1674, Código Civil y Comercial) derive de la actividad del fiduciario.

Además, existen otras causas que podrán hacer variar el patrimonio. Por un lado, la provisión de fondos por parte del beneficiario, del fiduciante o de ambos prevista en el art. 1687 del Código Civil y Comercial en caso de insuficiencia patrimonial. Por el otro, el aporte de nuevos bienes por el mismo fiduciante o por terceros, que en este caso y en virtud del aporte hecho podrán adquirir el carácter de fiduciantes.

No obstante tratarse de supuestos perfectamente diferenciables, el inc. b) del art. 1667 del Código Civil y Comercial preceptúa en forma genérica que el contrato deberá contener una cláusula que exprese la “determinación del modo en que otros bienes pueden ser incorporados al fideicomiso, según el caso”. Esta

¹¹¹ Conf. FREIRE, Betina V., *El fideicomiso. Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios*, cit., p. 65: “Esto significa que el sustrato obligacional del negocio puede recaer sobre bienes determinados o determinables”.

exigencia es inadecuada para la hipótesis contemplada en el art. 1687 del Código Civil y Comercial y de variación patrimonial ínsita en la vida del fideicomiso, desde que una previsión en tal sentido podría conllevar el fracaso de la finalidad perseguida y, en su caso, a la extinción del fideicomiso si con el transcurso de los años las vías contempladas, en orden al dinamismo del derecho, no resultaran las más favorables¹¹². Por tal razón, la única situación que considero encuadrable en el art. 1667, inc. b), sería la aportación de nuevos bienes —por el propio fiduciante o por terceros—. Empero, pese a la imperatividad del término “debe” utilizado por el legislador, no se trata de una cláusula esencial desde que su ausencia no afecta la naturaleza del contrato.

3.3.4 El plazo o condición a que se sujeta la propiedad fiduciaria

La determinación de la duración de la propiedad fiduciaria es un dato constante en la legislación comparada¹¹³, pues la temporalidad es esencial en la figura

El inc. c) del art. 1667 del Código Civil y Comercial hace referencia al plazo o condición a que se sujeta la propiedad fiduciaria. No obstante, de la norma que trata específicamente la

¹¹² Conf. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Fideicomiso. Leasing. Letras hipotecarias. Ejecución hipotecaria. Contratos de consumición*, cit., p. 121, aunque dando una solución diversa a la aquí propiciada, dice: “...podría convertir en cuasidiabólica la conclusión de un fideicomiso. Pensamos que el inc. b debe ser leído, dando por sobreentendido que ello será ‘en su caso’, es decir cuando las partes contratantes entiendan apartarse de los principios generales que implícitamente se entienden asumidos”.

¹¹³ V.gr.: Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de México, art. 392 inc. III; Código de Comercio de Colombia, art. 1230; Ley de Fideicomiso de Venezuela, art. 9; Código Civil de Québec, art. 1272.

duración del fideicomiso se extrae que ese plazo o condición se debe contar desde la celebración del contrato (art. 1668 del Código Civil y Comercial), que puede o no coincidir con el momento de transferencia y consecuente constitución de la propiedad fiduciaria.

3.3.5 Identificación del beneficiario o la manera de determinarlo conforme con el art. 1671 del Código Civil y Comercial

El inc. d) del art. 1667 del Código Civil y Comercial otorga carácter esencial a la identificación del beneficiario o a la manera de determinarlo desde que prevé que el contrato “debe” contener “la identificación del beneficiario, o la manera de determinarlo conforme con el artículo 1671”. Por su parte, el art. 1671 del Código Civil y Comercial dispone: “Si ningún beneficiario acepta, todos renuncian o no llegan a existir, se entiende que el beneficiario es el fideicomisario. Si también el fideicomisario renuncia o no acepta, o si no llega a existir, el beneficiario debe ser el fiduciante”.

De una interpretación textual de las normas transcriptas, pareciera surgir la esencialidad de este elemento personal del contrato (arg. “debe”). Sin embargo, el régimen de sustituciones previsto por la ley demuestra la compatibilidad entre la exigencia legal de la presencia de un beneficiario con el silencio del contrato¹¹⁴, pues confirma la posibilidad de que el sujeto que ocupa

¹¹⁴ Conf. LISOPRAWski, Silvio V., “Fideicomiso en el Código Civil y Comercial”, op. y loc. cit.: “En caso de ausencia de Beneficiario y de Fideicomisario —debida a la no aceptación, renuncia o inexistencia— el citado artículo deja claro que el Beneficiario será el Fiduciante, salvo convención en contrario. Entendemos que en caso de revocación (art. 1697, inc. b), Código Civil y Comercial), si nada hubiera sido previsto convencionalmente, es el Fiduciante el que readquiere los bienes”. Bajo las normas derogadas de la ley 24441 que traían idéntica solución se sostenía la misma interpretación. GIRALDI, Pedro M., *Fideicomiso*, cit., p. 51: “No obstante a que la existencia de un beneficiario es rasgo típico...las

la posición jurídica de fiduciante, que necesariamente existirá al momento de la celebración del contrato, sea al mismo tiempo beneficiario. De allí que tal previsión contractual resulte ser una cláusula no esencial, sin perjuicio de que lo esencial para la tipificación del contrato de fideicomiso sea la existencia de la posición jurídica de beneficiario.

3.3.6 Destino final de los bienes a la finalización del fideicomiso, con la indicación del fideicomisario a quien deben transmitirse o la manera de determinarlo conforme con el art. 1672

La ley argentina presenta al fideicomisario como un elemento esencial del contrato. En tal sentido, se establece como contenido del contrato la designación de la persona a quien se transmitirá la propiedad al concluir el fideicomiso (fideicomisario), o bien la manera de determinarlo conforme el art. 1672 (art. 1667 inc. e), Código Civil y Comercial).

No obstante, su falta de designación en el contrato no desvirtúa el carácter de fideicomiso del acuerdo, pues el último párrafo del art. 1668 del Código Civil y Comercial dispone que 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. Y, a falta de estipulación, deben transmitirse al fiduciante o a sus herederos.

circunstancias de que una misma persona pueda ser simultáneamente fiduciante, beneficiario y fideicomisario, y que la ley indique cómo ha de superarse la frustración... demuestra la compatibilidad entre la exigencia legal (...) con el silencio del contrato ...”.

3.3.7 Derechos y obligaciones del fiduciario, y el modo de sustituirlo si cesa

Si bien este requisito de contenido se encuentra establecido en el inc. f) del art. 1667 del Código Civil y Comercial, en orden a las normas relativas a los derechos y obligaciones del fiduciario (arts. 1674, 1675, 1676, 1677, 1689, Código Civil y Comercial, etc.), como a la sustitución en caso de cesación (arts. 1678 y 1679, Código Civil y Comercial), no cabe sino concluir que no se trata de una especificación esencial. Ello se ve corroborado en el supuesto en que no se hubieran pactado tales cláusulas, pues se aplicarán las normas indisponibles (v. gr.: art. 1688, Código Civil y Comercial) y supletorias (v. gr.: art. 1677, Código Civil y Comercial) de la ley en lo concerniente a los derechos y obligaciones del fiduciario, y en caso de cesación, el juez designará a una de las entidades autorizadas en los términos del art. 1690 del Código Civil y Comercial.

El contenido del contrato de fideicomiso denominado “común” u “ordinario” difiere parcialmente del contenido del contrato de fideicomiso financiero. Para delimitar correctamente al contenido de aquel, refiero a continuación al contenido del contrato de fideicomiso financiero.

3.3.8 Contenido del contrato de fideicomiso financiero

El art. 1692 del Código Civil y Comercial dispone cuál es el contenido del contrato de fideicomiso financiero. Establece que este contrato debe observar los requisitos del art. 1667 del Código Civil y Comercial, los términos y condiciones de emisión de los títulos valores, las reglas para la adopción de decisiones por parte de los beneficiarios, incluyendo previsiones para el caso de insuficiencia o insolvencia del patrimonio fideicomitado, y la denominación o identificación particular del fideicomiso financiero.

En caso de que se trate de un fideicomiso financiero que hace oferta pública de sus títulos valores, además debe cumplirse con los requisitos que establece la reglamentación del organismo de

contralor (normas CNV, texto ordenado 2013); debe incluirse, entre otras cosas, el prospecto de emisión.

El prospecto, además de los recaudos que detalladamente impone la normativa CNV, debe contener una sección relativa a las consideraciones de riesgo para la inversión, advirtiendo al público en caracteres destacados la necesidad de su lectura. Dicha sección deberá ser redactada en un lenguaje fácilmente comprensible para la generalidad de los lectores y no deberá ser genérica, sino detallada y apropiada a los riesgos específicos de la estructura del respectivo fideicomiso. La Comisión podrá exigir que se incluya en el prospecto cuanta información adicional, advertencia y consideración estime necesaria, así como que se aporte la documentación complementaria que entienda conveniente¹¹⁵.

¹¹⁵ El art. 1692 del Código Civil y Comercial, según la ley 27440, en su segundo párrafo establece que la inscripción de los fideicomisos financieros con oferta pública (conf. art. 1691) exigida por el art. 1668 (para oponibilidad a terceros) se cumple con la autorización de oferta pública. Asimismo, dispone que el organismo de contralor de los mercados de valores (actualmente la Comisión Nacional de Valores o CNV) deberá establecer el procedimiento a esos fines.

Por resolución general 760/2018 la CNV modificó las Normas (t.o. 2013) y reguló el procedimiento para la inscripción del contrato de fideicomiso financiero con oferta pública. En el art. 5, Secc. XXII, Tít. V, Cap. IV, se dispone que a los fines de la publicidad y oponibilidad del contrato en los términos del art. 1692, una vez autorizada la oferta pública de los valores fiduciarios correspondientes, se deberá publicar el contrato de fideicomiso con identificación de los firmantes y fecha cierta de celebración. Esa publicación se debe llevar a cabo en el sitio web de la CNV, a través de la Autopista de la Información Financiera, en la sección Fideicomisos Financieros, apartado “Contrato de Fideicomiso Suscripto”. La publicación

3.4 Duración

3.4.1 Plazo máximo y condición. Excepción

Esta cuestión es afrontada por el art. 1668 del Código Civil y Comercial que establece: “*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”.

El plazo es un elemento esencial del fideicomiso por tratarse de un aspecto definitorio del tipo, al igual que la condición resolutoria.

El establecimiento de un plazo legal máximo (treinta años) se fundamenta en el interés público de no mantener una propiedad “imperfecta” indefinidamente, esto es, propender a que luego de un plazo no demasiado largo la propiedad vuelva a su condición originaria de “perfecta”¹¹⁶. En doctrina¹¹⁷ se señala que el acierto de tal solución variará de conformidad con la naturaleza de los bienes

deberá efectuarse en un plazo que no podrá exceder de un (1) día hábil desde su fecha de suscripción.

¹¹⁶ Véase LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Tratado de los contratos*, La Ley, Buenos Aires, 2017, tomo VI, núm. 2460, p. 387: “El plazo máximo legal resulta imperativo y como tal indisponible para las partes”.

¹¹⁷ GIRALDI, Pedro M., *Fideicomiso*, cit., p. 55.

—solución que puede resultar justificada en caso de tratarse de inmuebles— y según las particularidades del caso¹¹⁸.

La única excepción general al plazo máximo es el supuesto de beneficiario incapaz —o con capacidad restringida—, caso en el que puede durar hasta su muerte o la cesación de su incapacidad o de la restricción a su capacidad.

El Código no resuelve el problema que se puede presentar en el caso de que sean varios los beneficiarios y solo alguno o algunos de ellos sean incapaces o tengan la capacidad restringida. Entiendo que, según sea el objeto y la finalidad del fideicomiso, y la posibilidad jurídica y fáctica de extinguirlo para unos y de continuar el contrato con los otros beneficiarios incapaces, variará la solución. Por ejemplo, si se tratara de un contrato de fideicomiso que tiene por finalidad la explotación de un emprendimiento inmobiliario —alquiler de oficinas en un edificio— en favor de determinado sujeto incapaz hasta su muerte o cesación de la incapacidad por otra causa y, además, se designan otros beneficiarios no incapaces; para el sujeto incapaz no regiría el plazo máximo legal de treinta años, pero ese plazo sí resultaría aplicable a los restantes beneficiarios. Una vez extinguido el vínculo de los beneficiarios capaces el beneficiario incapaz podrá acrecer su beneficio. En cambio, por ejemplo, si en un contrato de fideicomiso cuya finalidad es la construcción de un edificio con los aportes realizados por los fiduciantes-beneficiarios uno de ellos fuera incapaz, el contrato se extinguirá para todos una vez cumplido el objeto, pues en este supuesto la finalidad del contrato no es la de beneficiar a un incapaz.

Tampoco se asistirá a una duración del contrato mayor a los treinta años si un beneficiario originalmente capaz deviene en incapaz sin que se haya previsto la posible incapacidad

¹¹⁸ Conf. LISOPRAWski, Silvio V. y KIPER, Claudio M., *Fideicomiso. Dominio fiduciario. Securitización*, cit., p. 404: “La bondad de su extensión dependerá en definitiva del negocio de que se trate”.

sobreviniente; como en esta hipótesis el objeto y la finalidad del fideicomiso no están determinados por esa incapacidad, el fideicomiso se extinguirá en el plazo máximo legal.

3.4.2 Modo de cómputo del plazo o la condición

El art. 1668 establece que el fideicomiso no puede durar más de treinta años desde la celebración del contrato y hace referencia al cumplimiento de la condición o al paso de treinta años desde la celebración del contrato sin haberse cumplido la citada condición¹¹⁹.

El inc. c) del art. 1667 del Código Civil y Comercial por un error de redacción hace referencia como contenido del contrato al plazo o condición a que se sujeta la propiedad fiduciaria. En rigor, estas modalidades lo son del contrato, pues la propiedad fiduciaria a tenor del carácter consensual del acuerdo puede constituirse en el momento de la celebración del contrato, o posteriormente, o bien en diversas oportunidades. Corrobora tal conclusión el hecho de que una interpretación diversa conduciría a una fragmentación de

¹¹⁹ Idéntica era la interpretación (AICEGA, María Valentina, *El patrimonio en el contrato de fideicomiso*, cit., p. 48) que propugné durante la vigencia de ley 24441, ahora derogada. Conf. LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, cit., tomo III, p. 317, quien destaca que esta es la solución brindada por el Proyecto de 1998 (art. 1454): “fija un plazo máximo desde la celebración del contrato”; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Fideicomiso. Leasing. Letras hipotecarias. Ejecución hipotecaria. Contratos de consumición*, cit., p. 123; GIRALDI, Pedro M., *Fideicomiso*, cit., p. 55. Contra: MARIANI DE VIDAL, Marina, *Curso de Derechos reales*, II, Zavallía, Buenos Aires, 1999, p. 88: “el plazo o condición a que se sujeta el ‘dominio’ (debió decir ‘propiedad’) fiduciario nunca podrá durar más de treinta (30) años desde su constitución ...”; FREIRE, Betina V., *El fideicomiso. Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios*, cit., p. 103: “Esta norma fija como tope para la duración de la propiedad fiduciaria treinta años desde su constitución”.

duraciones cuando el momento adquisitivo de las distintas clases de bienes fuera distinto¹²⁰.

3.4.3 Plazo máximo especial en fideicomisos financieros con oferta pública cuyo activo subyacente sean créditos hipotecarios o instrumentos asimilables

El art. 1692 del Código Civil y Comercial, según la redacción de ley 27440, exceptiona del plazo máximo de treinta años de duración establecido en el art. 1668 a los fideicomisos financieros con oferta pública cuyo activo subyacente objeto de titulación sean créditos hipotecarios o instrumentos asimilables, y delega su reglamentación en el organismo de contralor de los mercados de valores (actualmente la CNV).

Esta excepción se explica por la naturaleza de los créditos hipotecarios e instrumentos asimilables que son activos subyacentes de la titulación.

La CNV reglamentó esta disposición e incorporó a las Normas (t.o. 2013) el art. 55 –Sección XXI, Capítulo IV del Título V– que establece: “A los efectos de lo dispuesto en el artículo 1692 del Código Civil y Comercial de la Nación, el plazo de vigencia de los fideicomisos financieros que cuenten con oferta pública de sus títulos valores que tenga por objeto la titulación de créditos hipotecarios y/o instrumentos asimilables podrá ser aquel que se corresponda con los términos y condiciones del activo subyacente. Al respecto se entenderá por instrumentos asimilables a aquellos destinados a la financiación de largo plazo en la adquisición,

¹²⁰ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Fideicomiso. Leasing. Letras hipotecarias. Ejecución hipotecaria. Contratos de consumición*, cit., p. 123. Este autor en el marco de la legislación derogada apoya su tesis en la terminología del Código Civil, diciendo: “en textos como el art. 2812 a cuyo tenor el usufructo se constituye por contrato oneroso o gratuito, mentando como de constitución al título de adquisición” (p. 123).

construcción y/o ampliación de inmuebles en la República Argentina”.

3.4.4 Plazo superior al máximo legal

De haberse fijado un plazo mayor al legal se reducirá al plazo máximo permitido sin afectar la validez del fideicomiso. Esta es la solución que recepta el art. 1668 del Código Civil y Comercial, y que a falta de norma expresa propugnaba la doctrina bajo la derogada ley 24441¹²¹. Tratándose de una condición se la tendrá por fracasada una vez cumplidos los treinta años.

3.4.5 Efectos del cumplimiento del plazo o condición. Extinción del contrato

El cumplimiento del plazo o de la condición antes de los treinta años, o la falta de cumplimiento pasado ese tiempo a contar desde la celebración del contrato, tiene como efecto la extinción del contrato y el deber del fiduciario de entregar la propiedad plena de los bienes al fideicomisario. En defecto de designación del fideicomisario, la obligación de entregar deberá concretarse con respecto al fiduciante o a sus herederos.

Si se admitiera que el art. 1706 del Código Civil y Comercial¹²² regula una suerte de *constituto posesorio* de pleno derecho en el

¹²¹ Comp. FREIRE, Betina V., *El fideicomiso. Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios*, cit., p. 104: “Esta disposición sería nula, de nulidad absoluta (...) de carácter parcial y no perjudicaría a las otras disposiciones (...) siempre que fueran separables (arg. art. 1039 del Código Civil) (...) al vencimiento del plazo máximo legal se produciría su extinción, conforme lo prescripto por el art. 4 inc. c”.

¹²² Art. 1706 del Código Civil y Comercial: “*Readquisición del dominio perfecto*. Producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario de una cosa queda inmediatamente constituido en poseedor a nombre del dueño perfecto. Si la cosa es registrable y el modo suficiente consiste en la

ámbito del dominio fiduciario, ello sería discordante con la aserción del último párrafo del art. 1668 cuando prevé que “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...”. Esto es así por cuanto de acuerdo con el art. 1706 esa “transmisión” ya se habría operado de pleno de derecho al tiempo de la extinción del contrato de fideicomiso¹²³.

3.5 Bienes objeto del contrato. El caso de las universalidades

La esencialidad del objeto del contrato de fideicomiso surge con claridad de los arts. 1666 y 1667, inc. a), del Código Civil y Comercial. Si no existieran bienes fideicomitidos, jamás podría existir contrato de fideicomiso.

El Capítulo 30 del Título IV del Libro III del Código Civil y Comercial no especifica el alcance del término “bienes” que aparece en gran parte de su articulado. Empero, mientras el art. 1683 del Código Civil y Comercial habla genéricamente de bienes y de la propiedad fiduciaria, de la regulación del dominio fiduciario (Capítulo 31) que solo recae sobre cosas, se extrae la distinción de los bienes que son cosas de los que no lo son, por lo que no corresponde sino concluir que pueden ser fideicomitidas las cosas muebles, sean registrables o no, incluso fungibles y consumibles, las

inscripción constitutiva, se requiere inscribir la readquisición; si la inscripción no es constitutiva, se requiere a efecto de su oponibilidad”.

¹²³ Véase la opinión de ALTERINI, Ignacio E., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, 3ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2019, tomo VII, p. 1115.

inmuebles, y los objetos inmateriales susceptibles de valor, o sea los derechos¹²⁴.

Puede tratarse de bienes determinados o determinables. En este último supuesto deben constar los requisitos y características que deberán reunir (art. 1667, inc. a), Código Civil y Comercial), razón por la cual considero que pueden ser objeto del contrato las cosas futuras y ajenas (arts. 1131 y 1132, Código Civil y Comercial)¹²⁵.

Por la naturaleza y la finalidad del fideicomiso –esto es, el resultado que se procura alcanzar con su constitución– es connatural a la figura la mutación patrimonial que derive de la actuación del fiduciario conforme a los fines del fideicomiso (art. 1688, Código Civil y Comercial).

Por otra parte, tal mutación patrimonial podrá tener lugar vía provisión de fondos por parte del beneficiario o del fiduciante prevista en el art. 1687 del Código Civil y Comercial para el caso de insuficiencia patrimonial, o bien, a través del aporte de nuevos

¹²⁴ Entre otros, en el marco del Capítulo I derogado de la ley 24441: GUASTAVINO, Elías P., “Fideicomisos, *leasings*, letras hipotecarias y otros aspectos de la ley 24441”, *La Ley*, 1995–B, pp. 1066 y 1067; MARIANI DE VIDAL, Marina, *Curso de Derechos reales*, cit., p. 90; LISOPRAWSKI, Silvio V. y KIPER, Claudio M., *Fideicomiso. Dominio fiduciario. Securitización*, cit., p. 304; FREIRE, Betina V., *El fideicomiso. Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios*, cit., p. 64; GIRALDI, Pedro M., *Fideicomiso*, cit., p. 105; MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “Contrato de fideicomiso”, *Revista del Notariado*, número extraordinario, 1995, p. 67; ACQUARONE, María, “Trust o fideicomiso de garantía”, *La Ley*, 1995–B, p. 1002; CIURÓ DE CASTELLO, Norma E. y CASAS, René C., “Leasing financiero, operacional e inmobiliario. Fideicomiso. Fideicomiso financiero”, *Revista Notarial*, N° 923, p. 45.

¹²⁵ Conf. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Tratado de los contratos*, *La Ley*, Buenos Aires, 2017, tomo VI, núm. 2459, p. 383.

bienes por el mismo fiduciante o por terceros, quienes en virtud del aporte hecho podrán exhibir el carácter de fiduciantes¹²⁶.

El Código Civil y Comercial admite que sean objeto del fideicomiso las universalidades, no solo las de hecho, sino también las de derecho.

La universalidad es jurídica cuando el tratamiento unitario de la pluralidad de los elementos que la componen está impuesto por la ley¹²⁷. Por ejemplo, el patrimonio de una persona o los patrimonios especiales y separado del fideicomiso. La noción de universalidad jurídica comprende a los derechos que se ejercen respecto de otros “bienes”¹²⁸. Asimismo, las universalidades de derecho tienen un fundamento teleológico, en tanto unidad de derechos que tiene una finalidad propia y específica¹²⁹.

En las universalidades de hecho no están presentes los elementos destacados respecto de la *universitas iuris*, pues son

¹²⁶ Conf. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Fideicomiso. Leasing. Letras hipotecarias. Ejecución hipotecaria. Contratos de consumición*, cit., p. 139, quien luego de decir que se trata de una figura paralela a la incorporación de socios a una sociedad, aclara: “Ello se da cuando quien aporta nuevos bienes al patrimonio separado es un tercero que quiere asumir la posición de fiduciante. El contrato de fideicomiso toma la configuración de un contrato ‘abierto’”.

¹²⁷ Conf. SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Parte General*, 10ª edición actualizada por Víctor N. Romero del Prado, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954, tomo II, p. 13; LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte General*, 15ª edición, Perrot, Buenos Aires, 1993, tomo II, p. 198.

¹²⁸ Conf. SALERNO, Marcelo U., *El patrimonio del deudor y los derechos del acreedor*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1974, p. 61.

¹²⁹ FERRARA, Francesco, *Trattato de diritto civile italiano*, Athenaeum, Roma, 1921, tomo I, núm. 184, p. 876.

configuradas por mera voluntad de partes y, por ende, el derecho real, la posesión y la tradición para adquirir las cosas que la componen estarán vinculados a cada una de las cosas que la integran, y no al conjunto (art. 1927, Código Civil y Comercial)¹³⁰.

No obstante admitirse que las universalidades de derecho sean objeto del fideicomiso, se prohíbe expresamente que se fideicomita la herencia futura (art. 1670, Código Civil y Comercial).

Concordantemente, el art. 1010 del Código Civil y Comercial reitera que no puede ser objeto de los contratos la herencia futura ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares, sin perjuicio de las excepciones legales que se prevén. En esa línea se enmarcan los preceptos de los arts. 2286 y 2449 del Código Civil y Comercial.

¹³⁰ Si bien para la adquisición de la relación real el Código Civil y Comercial exige que se haga por cada una de las partes de la universalidad de hecho, luego en materia de acciones de despojo y reivindicatoria se lo puede hacer en conjunto (arts. 2241 y 2252, Código Civil y Comercial). Repárese en que al ejercerse estas acciones lo que se procura es “readquirir” la relación real.

4 LA SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS EN EL FIDEICOMISO

4.1 El patrimonio como garantía común de los acreedores¹³¹: nociones generales¹³²

Los derechos patrimoniales sirven para la satisfacción de las necesidades económicas de una persona y por ello se pueden apreciar en dinero. El conjunto de esos derechos constituye el patrimonio de una persona¹³³.

Quedan fuera de ese patrimonio los derechos inherentes a la personalidad (tales como el derecho al honor, a la vida, a la libertad) y los de familia (como los que nacen entre cónyuges, la responsabilidad parental, tutela, curatela, etc.), aunque a veces tienen repercusión económica¹³⁴. Tampoco forman parte del

¹³¹ La referencia a que el patrimonio es la “garantía común de los acreedores” no es nada más que una imagen despojada de tecnicismo, pues no configura una verdadera garantía del crédito que por definición importa incrementar el poder de agresión del acreedor respecto de los bienes del deudor (Conf. DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1979, tomo I, p. 571).

¹³² Véase AICEGA, María Valentina, *El patrimonio en el contrato de fideicomiso*, cit., pp. 98 y ss.

¹³³ Véase ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin, *Tratado de derecho civil*, 13ª revisión por Hans Carl Nipperdey, trad. de la 39 ed. alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas Pérez González y José Alguer, Bosch, Barcelona, 1947, tomo 1, Parte General por Ludwig Enneccerus, p. 607.

¹³⁴ BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, 11ª edición, Abeledo Perrot, 1996, Buenos Aires, tomo II, p. 9.

patrimonio algunos *hechos* económicamente valiosos, como son la fuerza de trabajo de una persona¹³⁵.

Un sector de la doctrina¹³⁶ estima que el patrimonio no solo está formado por derechos, sino también por las deudas. Es decir, las obligaciones en sentido amplio, en las que quedan comprendidas todas las que son correlativas a los créditos, las pretensiones y las expectativas de otro.

Otros¹³⁷ entienden que, en rigor, las obligaciones no se deben considerar como parte del patrimonio, sino que el patrimonio está

¹³⁵ ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin, *Tratado de derecho civil*, cit., tomo I, p. 608; FERRARA, Francesco, *Trattato de diritto civile italiano*, cit., tomo I, núm. 183, p. 867.

¹³⁶ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Tratado práctico de derecho civil francés*, trad. por Mario Díaz Cruz con la colaboración del Dr. Le Riverand Brusone, Cultural S.A., La Habana, Cuba, 1946, tomo III, p. 23: “Se llama patrimonio al conjunto de los derechos y obligaciones de una persona apreciable en dinero...”.

Véase en nuestra doctrina: SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Parte General*, cit., tomo II, núm. 1304, p. 7; LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte General*, cit., tomo II, p. 193; ALTERINI, Jorge H., en LLAMBÍAS, Jorge J., y ALTERINI, Jorge H., *Código Civil Anotado*, Abeledo Perrot, 3ª Reimpresión, Buenos Aires, 1993, tomo IV-A, p. 16.

¹³⁷ Véase VON TUHR, Andrea, *Derecho civil. Teoría general del Derecho Civil Alemán*, trad. por Tito Rava, Depalma, Buenos Aires, 1946, tomo I, p. 385; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin, *Tratado de derecho civil*, cit., tomo I, p. 609. Esta es la opinión sustentada por la mayoría de la doctrina alemana: Jaeger, Binder, Windscheid-Kipp, Dernburg, Hellwig, Eherenzwig cits. por ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin, *Tratado de derecho civil*, cit., tomo I, p. 609, nota 10.

“gravado” con ellas, esto es, deben cumplirse con ese patrimonio¹³⁸. La verdad que encierra esta última afirmación se evidencia a poco que se considere que el patrimonio es “la garantía o prenda común de los acreedores”.

El Código Civil derogado no había incorporado de manera explícita el principio de que el patrimonio es la garantía común de los acreedores, pero surgía tácitamente por el juego de los arts. 546, 961, 3474 y encontraba fundamento legal en los preceptos contenidos en los arts. 505 inc. 3.º, 2312 y 3922¹³⁹.

En doctrina se consideró que el patrimonio concebido como un conjunto de derechos y deudas era una noción oscura, falsa y, desde luego, inútil¹⁴⁰. No obstante, como de acuerdo con lo normado en el art. 3263 del Código Civil derogado resultaba válida la asimilación de la herencia de una persona con el patrimonio en sentido estricto¹⁴¹, a partir de la letra del art. 3279 del Código Civil derogado, se concluía que en el derecho positivo argentino el patrimonio estaba compuesto de un activo y un pasivo. Ocurre que Vélez Sarsfield se enroló en la doctrina de Aubry y Rau, quienes

¹³⁸ Véase BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, cit., tomo II, p.10.

¹³⁹ Véase SALERNO, Marcelo U., *El patrimonio del deudor y los derechos del acreedor*, cit., pp. 109 y 110.

¹⁴⁰ BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, cit., tomo II, p. 10: “Supone contrariar el sentido idiomático y vulgar de aquella palabra, que, según el *Diccionario* de la Real Academia, significa el conjunto de bienes, la hacienda de una persona. Es verdad que el significado gramatical de una palabra puede diferir del jurídico; pero ello es una contingencia indeseable, que conviene evitar para impedir equívocos y en la cual no debe caerse si, como en nuestro caso, no hay razón alguna que lo justifique”.

¹⁴¹ Véase: SALERNO, Marcelo U., *El patrimonio del deudor y los derechos del acreedor*, cit., p. 66.

concebían el patrimonio como una universalidad de derecho formada por bienes y deudas.

El Código Civil y Comercial, siguiendo al Proyecto de 1998, establece expresamente la función de garantía del patrimonio. Se destina a esos fines el Capítulo 2 del Libro Primero, específicamente el art. 242, que en su primera oración establece que todos los bienes del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores, con excepción de aquellos que el Código o leyes especiales declaran inembargables o inejecutables.

Los arts. 743 y 744 reiteran la regla antedicha, aunque especifican que tanto los bienes presentes y futuros del deudor constituyen la garantía común de sus acreedores¹⁴². El acreedor puede exigir la venta judicial de los bienes del deudor, pero solo en la medida necesaria para satisfacer su crédito. Todos los acreedores pueden ejecutar estos bienes en posición igualitaria, excepto que exista una causa legal de preferencia. Luego se enumeran los bienes excluidos, entre los cuales cabe destacar, por su relevancia, las indemnizaciones que correspondan al deudor por daño moral y por daño material derivado de lesiones a su integridad psicofísica, y las indemnizaciones por homicidio, lo necesario para alimentos del cónyuge, del conviviente y de los hijos con derecho alimentario.

En los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de 2012 se hace hincapié en que la solución propuesta respeta adecuadamente el carácter unitario que debe tener la regulación de la garantía patrimonial del deudor, de los bienes que la comprenden y sus exclusiones, que no deberían razonablemente mutar por el carácter individual o colectivo que tenga el proceso de ejecución. Si en una hipótesis de máxima gravedad, como es la ejecución colectiva de los bienes del deudor, opera la mentada

¹⁴² Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de 2012.

exclusión, la solución no puede ser diferente en un supuesto de menor gravedad, como es la ejecución individual.

Sin embargo, la denominada como función de “garantía” del patrimonio no debe llevar a pensar que se asiste a una garantía en sentido estricto, pues el aseguramiento para ser tal debe fortalecer la facultad ordinaria de agresión del acreedor y de lo que se trata aquí es de exteriorizar cuál es la facultad ordinaria del acreedor¹⁴³.

El patrimonio constituye una universalidad jurídica. Es una “universalidad” porque los bienes que lo constituyen forman una masa abstracta, independiente y distinta de cada uno de sus componentes. Es “jurídica” porque es la propia ley la que confiere al conjunto de sus componentes el carácter de universalidad¹⁴⁴.

En síntesis, el patrimonio es el conjunto de derechos de una persona susceptibles de apreciación pecuniaria¹⁴⁵. Esta noción denota que el patrimonio no está formado por las cosas, sino por los

¹⁴³ Conf. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, cit., p. 571: “... no puede ser considerada (...) como garantía en sentido propio la responsabilidad patrimonial del deudor o el poder que los acreedores tienen para ejecutar sobre los bienes del deudor su derecho de crédito. La responsabilidad del patrimonio del deudor no constituye, en rigor, ningún contenido especial del crédito, ni tampoco ninguna forma especial de refuerzo, sino que es algo inherente al crédito mismo, al que nada añade”.

¹⁴⁴ SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Parte General*, cit., tomo II, p. 13. Véase también ALTERINI, Jorge H., en LLAMBÍAS, Jorge J., y ALTERINI, Jorge H., *Código Civil Anotado*, cit., tomo IV-A, p. 16; SALERNO, Marcelo U., *El patrimonio del deudor y los derechos del acreedor*, cit., pp. 61 y ss., entre otros. Contra: BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, cit., tomo II, p. 13.

¹⁴⁵ LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte General*, 15ª edición, Perrot, Buenos Aires, 1993, tomo II, p. 193.

derechos que se tienen sobre las cosas u otros derechos, o con relación a las personas.

4.2 Diversas teorías del patrimonio

4.2.1.1 Teoría subjetiva

4.2.1.1.1 Exposición

La primera teoría desarrollada en el tiempo que intenta explicar la naturaleza del patrimonio es la *subjetiva*. Esta teoría está inspirada en Zachariae y alcanzó durante varias décadas una supremacía total en virtud de las enseñanzas de Aubry y Rau.

Según estos autores la idea de patrimonio se deduce directamente de la de personalidad¹⁴⁶. El patrimonio es la emanación de la personalidad y la expresión de la potestad jurídica de que está investida una persona. De esta premisa mayor, Aubry y Rau infieren las siguientes consecuencias: i) toda persona tiene necesariamente un patrimonio;¹⁴⁷ ii) toda persona no puede tener más que un solo patrimonio¹⁴⁸; iii) el patrimonio es único e indivisible, no siendo susceptible de ser fraccionado en masas

¹⁴⁶ AUBRY, Charles y RAU, Charles F., *Cours de Droit Civil Francais*, según la obra alemana de C.S. Zacharie, 3ª ed., París, 1857, tomo V, p. 2, inc.2.

¹⁴⁷ AUBRY, Charles y RAU, Charles F., *Cours de Droit Civil Francais*, cit., pp. 4 y 5.

¹⁴⁸ AUBRY, Charles y RAU, Charles F., *Cours de Droit Civil Francais*, cit., p. 2.

separadas¹⁴⁹; y iv) no se puede disponer de la totalidad de un patrimonio por actos entre vivos¹⁵⁰.

El codificador argentino del año 1871 se inspiró en la clásica teoría subjetivista al brindar la noción de patrimonio¹⁵¹.

4.2.1.1.2 Críticas a la teoría subjetiva

La teoría subjetiva que trata al patrimonio como atributo de la personalidad ha sufrido duros embates a punto tal que se la ha tildado de artificial, abstracta y abusivamente lógica. Con tal orientación, se ha expuesto que esa concepción clásica exagera el lazo que existe entre la noción del patrimonio y la de la personalidad hasta el punto de confundir las dos nociones y de reducir en definitiva el patrimonio a la aptitud para poseer¹⁵².

Con diversos matices y extensión esta teoría fue centro de duras críticas por parte de la doctrina moderna. Mientras existen quienes consideran que es falso concebir al patrimonio como un atributo de la personalidad y sostener que toda persona debe necesariamente

¹⁴⁹ AUBRY, Charles y RAU, Charles F., *Cours de Droit Civil Francais*, cit., p. 4.

¹⁵⁰ AUBRY, Charles y RAU, Charles F., *Cours de Droit Civil Francais*, cit., p. 6.

¹⁵¹ Contra: BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, cit., tomo II, p. 11, quien considera que Vélez Sarsfield: “había adoptado en el artículo 2312 una definición realista del patrimonio”, para aclarar luego, haciendo referencia a la teoría subjetiva, que: “al tratar de las sucesiones adhiere decididamente a esta concepción”; LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte General*, cit., tomo II, p. 197: “No obstante la autoridad de Aubry y Rau habituales mentores del codificador, no hay nada en el articulado del Código que obligue a adoptar en nuestro derecho la teoría de aquellos”.

¹⁵² PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Tratado práctico de derecho civil francés*, cit., tomo III, p.25.

poseer uno porque la vida demuestra que existen numerosísimas personas que carecen de todo patrimonio¹⁵³. Otros, no obstante considerar incorrectas ciertas premisas¹⁵⁴, afirman que resulta exacta la idea de necesidad del patrimonio, dado que no es imaginable un ser tan indigente que carezca de toda clase de medios¹⁵⁵.

También se aprecia que es falso e inútil concebir al patrimonio como una universalidad de derecho, es decir, como una unidad abstracta con existencia propia e independiente de cada uno de los objetos que lo componen¹⁵⁶. Igualmente se puntualiza que la idea del patrimonio personalidad es una abstracción que obedece a haber perdido de vista que no tiene sentido ni alcance fuera de su consideración como simple conjunto de los derechos de una persona. Un patrimonio sin contenido por estar concebido a través de la abstracción de la unidad del sujeto es una idea sin sentido ni realidad¹⁵⁷.

¹⁵³ COVIELLO, Nicolás, *Doctrina general del Derecho Civil*, México, p. 273, cit. por BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, cit., tomo II, p. 13.

¹⁵⁴ LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte General*, cit., tomo II, pp. 194 y 195.

¹⁵⁵ LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte General*, cit., tomo II, p. 195: "...ya que si así fuera moriría. Aún el mendigo más desvalido es dueño de los alimentos que ingiere".

¹⁵⁶ BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, cit., tomo II, p. 13.

¹⁵⁷ PÉREZ GONZÁLEZ, Blas y ALGUER José, en comentario a ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin, *Tratado de derecho civil*, cit., tomo I, p. 613.

Asimismo, se refuta a la doctrina clásica¹⁵⁸ al decir que tampoco es exacto que el patrimonio sea inalienable puesto que la enajenación de bienes supone la de una parte de aquel, siendo inclusive posible la alienación total¹⁵⁹.

Ahora bien, la premisa en la que todas las críticas confluyen es en aquella que afirma que el patrimonio es único e indivisible.

En la doctrina francesa se precisa que la relación establecida por la doctrina clásica entre el patrimonio y la personalidad, si bien descansa sobre la idea justa de que los bienes exteriores son considerados por el derecho en su relación con los fines perseguidos por el hombre¹⁶⁰, presenta el inconveniente de desconocer que siendo múltiples los fines una teoría unitaria del patrimonio no sería exacta.

Con idéntico sentido, se destaca que no es rigurosa la idea de unidad del patrimonio¹⁶¹, ya que, si los bienes exteriores están al servicio del hombre como medios ordenados a los fines de este, no se ve por qué para el mejor desempeño de esa función no pueden

¹⁵⁸ BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, cit., tomo II, p. 13.

¹⁵⁹ Contra: SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Parte General*, cit., tomo II, p. 13: “Mientras una persona vive, como antes hemos visto, su patrimonio no puede ser transmitido”; SALERNO, Marcelo U., *El patrimonio del deudor y los derechos del acreedor*, cit., p. 59.

¹⁶⁰ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Tratado práctico de derecho civil francés*, cit., tomo III, p. 25.

¹⁶¹ LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte General*, cit., tomo II, p. 195. Este autor ejemplifica diciendo: “Así como es compatible la coexistencia del domicilio general, atributo de la persona, con ciertos domicilios especiales para fines determinados, debe serlo el patrimonio general que igualmente reviste aquel carácter, con ciertos patrimonios especiales segregados de aquel”.

segregarse alguno de ellos para afectarlos a un fin determinado y especial¹⁶².

4.2.1.2 Teoría objetiva

4.2.1.2.1 Generalidades

Las críticas a la teoría subjetiva son las bases sobre las que se delineó la teoría objetiva. Esta teoría no niega la existencia de un patrimonio general, pero admite junto a él la coexistencia de patrimonios especiales.

Estas postulaciones que se originaron en el derecho alemán no encuentran su fundamento en la persona del titular, sino en los fines que es posible alcanzar con los bienes. El patrimonio general está formado por la masa de bienes de que dispone el titular para obtener cualesquiera fines que se proponga, mientras los patrimonios especiales son bienes afectados a un fin determinado¹⁶³.

La unidad se pierde cuando un conjunto de derechos cuyos elementos posiblemente son mutables está regido por normas especiales¹⁶⁴. Es decir, que en el ámbito del patrimonio existe una esfera jurídica más restringida delimitada por criterios determinados y susceptibles de desarrollo económico propio de la misma manera que aquel¹⁶⁵.

¹⁶² Véase PÉREZ GONZÁLEZ, Blas y ALGUER José, en comentario a ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin, *Tratado de derecho civil*, cit., tomo I, p. 613.

¹⁶³ Véase VON TUHR, Andrea, *Derecho civil. Teoría general del Derecho Civil Alemán*, cit., tomo I, p.386.

¹⁶⁴ VON TUHR, Andrea, *Derecho civil. Teoría general del Derecho Civil Alemán*, cit., tomo I, p. 406.

¹⁶⁵ VON TUHR, Andrea, *Derecho civil. Teoría general del Derecho Civil Alemán*, cit., tomo I, p. 406: “Háblese en este caso de patrimonio especial o de bien especial”.

El primer desarrollo doctrinario sobre el patrimonio especial es atribuido a Brinz en Alemania. Como se analiza en el siguiente punto, en la tesis de este jurista el patrimonio especial carecía de titular. Esta tesis se distingue de la teoría del patrimonio autónomo (con sujeto titular) desarrollada en el derecho italiano por Francisco Ferrara.

4.2.1.2.2 Teoría del patrimonio de afectación¹⁶⁶

Para Brinz la esencia del patrimonio consiste en el tener o en el pertenecer en una relación jurídica invisible entre bienes y personas, o en una relación o ligazón entre fines y bienes, subrogándose a la persona un cierto fin. En ese esquema es posible concebir que el patrimonio pertenezca no solo *a alguno*, sino también a *alguna cosa (für Etwas)*. Del hecho de que el patrimonio carezca de dueño no se debe deducir que no es objeto de derecho, puesto que puede ser protegido por el orden jurídico del mismo modo que si perteneciese a alguien y la razón de tal protección consiste en el fin para el cual subsiste el patrimonio.

El *Zweckvermögen* se concibe como un patrimonio que no pertenece a nadie, pero que pertenece a alguna cosa. La prueba de esto –explica su autor– está más que en otra cosa en una necesidad lógica. Como no hay una persona a la cual pertenezca el patrimonio, y, sin embargo, debe haber una cosa a la cual pertenezca, pertenece a un fin. Existe un patrimonio impersonal a favor de un fin¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Sigo la exposición de tal teoría efectuada por FERRARA, Francisco, *Teoría de las personas jurídicas*, trad. de la 2ª edición revisada italiana por Eduardo Ovejero y Maury, Reus, Madrid, 1929, pp. 142 y ss.

¹⁶⁷ BRINZ, Alois, *Lehrbuch der Pandekten*, Verlag von Andreas Deichert, Erlangen, 1860, §226, pp. 979 y ss. Con similar lineamiento, BEKKER, Ernst I., *System des Heutigen Pandektenrechts*, Hermann Böhlau, Weimar, 1886, §42, pp. 141 y ss.

Para encuadrar jurídicamente el patrimonio al fin –estima Brinz– no es necesario crear nuevos conceptos, sino únicamente adaptar los conceptos comunes a esta especie de patrimonio. Los derechos activos no serían otra cosa que los mismos poderes o facultades, con la diferencia de que el que los posee no los posee *para sí* sino *para el fin*. Por su parte, las obligaciones y las deudas serían una *responsabilidad* del patrimonio. De allí que la conclusión de negocios o la interposición de acciones se haría no en la propia ventaja sino en la representación del fin para el cual existe el patrimonio¹⁶⁸.

4.2.1.3 Teoría intermedia

Así como la teoría subjetiva exageró el lazo entre el patrimonio y la personalidad al omitir considerar una realidad como la de los patrimonios especiales, la teoría objetiva al separar tajantemente la noción de patrimonio de la de personalidad incurrió en un error que consiste en desconocer la importancia de la autonomía de la voluntad en cuanto a la creación de patrimonios¹⁶⁹. Por ello, a partir de la observación de algunas de sus deficiencias se desarrollaron las teorías intermedias. Tal es la elaboración de Francisco Ferrara en el derecho italiano.

4.2.1.4 Teoría del patrimonio autónomo o separado

La figura del patrimonio separado nace de la consideración de que las personas pueden ser titulares de varias masas patrimoniales con un tratamiento y una finalidad jurídica propias. El patrimonio separado es el patrimonio jurídicamente distinto del restante de la persona, apto para generar relaciones y deudas

¹⁶⁸ Véase FERRARA, Francisco, *Teoría de las personas jurídicas*, cit., p. 144.

¹⁶⁹ SALERNO, Marcelo U., *El patrimonio del deudor y los derechos del acreedor*, cit., p. 57.

propias. Es completamente ajeno a las fluctuaciones y vicisitudes que gravan al patrimonio vecino o al patrimonio en cuyo seno existe.

En tal sentido, el patrimonio es un centro autónomo que la única relación que tiene con el patrimonio vecino es la liga extrínseca de tener al mismo sujeto. Es decir, los dos patrimonios tienen vida propia diferente y solamente tienen un sujeto común. El patrimonio no es una persona jurídica. Si bien la autonomía es una consecuencia de la personalidad, dicha autonomía no presupone inversamente la existencia de sujetos diferentes.

Francisco Ferrara considera al patrimonio separado un patrimonio destinado a un fin al que la ley eleva a la categoría de universalidad jurídica que comprende derechos y obligaciones; o sea, como una masa única que permanece idéntica no obstante el cambio de los elementos y que además tiene una vida jurídica propia¹⁷⁰.

El único criterio seguro para reconocer la existencia del patrimonio autónomo es el relativo a la responsabilidad por deudas propias¹⁷¹. El patrimonio autónomo es aquel que tiene deudas, en el que se localizan las obligaciones y las responsabilidades que de él nacen y que no resisten los efectos de las obligaciones diferentes que gravan el resto del patrimonio del sujeto. En las manos de un mismo titular se tienen dos esferas jurídicas separadas; a saber: el patrimonio general de la persona, y otro centro patrimonial que tiene sus propios derechos y obligaciones.

¹⁷⁰ FERRARA, Francesco, *Trattato de diritto civile italiano*, cit., tomo I, p. 876: "Para que el patrimonio forme un todo unitario no basta una especial destinación".

¹⁷¹ FERRARA, Francesco, *Trattato de diritto civile italiano*, cit., tomo I, p. 877.

4.2.2 La cuestión en el derecho positivo argentino

Nuestro codificador del año 1871 concibió al patrimonio como el conjunto de los bienes de una persona y aclaró en su glosa al art. 2312 del Código Civil derogado que se trata de una universalidad jurídica¹⁷² de sus derechos reales y de sus derechos personales, bajo la relación de un valor pecuniario. Dicho concepto precede la enfática afirmación de que el patrimonio es la personalidad misma del hombre puesta en relación con los diferentes objetos de sus derechos; expresión tomada literalmente de Aubry y Rau¹⁷³.

Se señaló¹⁷⁴ que no obstante la autoridad de Aubry y Rau, no había nada en el articulado del Código Civil derogado que obligara al intérprete a adoptar en nuestro derecho la teoría de aquellos¹⁷⁵.

Es decir, incluso antes de la derogación del Código Civil se consideraba que era admisible que una persona fuera titular de un

¹⁷² El codificador en este punto reproduce las ideas de ZACHARIE, *Le droit civil francais*, t II.

¹⁷³ Véase SALERNO, Marcelo U., *El patrimonio del deudor y los derechos del acreedor*, cit., p. 65.

¹⁷⁴ LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte General*, cit., tomo II, p.197.

¹⁷⁵ Véase KIPER, Claudio M. y LISOPRAWski, Silvio V., *Tratado de fideicomiso*, cit., tomo I, pp. 58 a 60; GAMES, Luis M., y ESPARZA, Gustavo A., *Fideicomiso y concursos*, Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 33. En contra: CARREGAL, Mario A., *El fideicomiso. Regulación jurídica y posibilidades prácticas*, cit., p. 109: "A nuestro juicio, esta concepción se opone a nuestras costumbres jurídicas, a nuestra tradición romanista, y a la arquitectura de nuestro ordenamiento legal". Comp. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Fideicomiso. Leasing. Letras hipotecarias. Ejecución hipotecaria. Contratos de consumición*, cit., p. 74: "Esto entra dentro de las posibilidades del legislador y a esta altura de la evolución jurídica no podría decirse que entre en conflicto con el sistema jurídico".

único patrimonio general y varios patrimonios especiales¹⁷⁶, dado que se entendía que entre esas universalidades había necesariamente una amplia o residual, cuyo único objetivo consistía en responder al pago de deudas contraídas indiscriminadamente y sin atender a negocios preestablecidos.

Sin embargo, hasta la sanción en el año 1995 de la ley 24441 de “Financiamiento de la vivienda y la construcción”, no encontraban recepción legislativa el patrimonio de afectación ni la separación de patrimonios.

Ello sin perjuicio de que parte de la doctrina nacional¹⁷⁷ entendía que era posible calificar como supuestos de separación patrimonial a los siguientes casos: i) la aceptación de la herencia con beneficio de inventario; ii) el caso del heredero del ausente con presunción de fallecimiento; iii) el supuesto del deudor desapoderado de sus bienes por el concurso o quiebra; iv) el tratamiento de los bienes propios y los gananciales de los cónyuges; v) el fondo de comercio¹⁷⁸. Por el contrario, otros consideraban¹⁷⁹ que

¹⁷⁶ Véase SALERNO, Marcelo U., *El patrimonio del deudor y los derechos del acreedor*, cit., p. 88.

¹⁷⁷ LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte General*, cit., tomo II, p.197; RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho civil, Parte General*, Abeledo-Perrot, 1995, tomo II, pp. 419 a 421; GAMES, Luis M., y ESPARZA, Gustavo A., *Fideicomiso y concursos*, cit., pp. 34 y 35.

¹⁷⁸ En el derecho Alemán VON TUHR, Andrea, *Derecho civil. Teoría general del Derecho Civil Alemán*, cit., tomo I, p. 407, dice que los ejemplos fundamentales son el patrimonio especial del infante, los bienes reservados de la mujer, la masa concursal, la herencia cuando ha sido separado el patrimonio personal del heredero y la aceptada bajo beneficio de inventario.

¹⁷⁹ Véase CARREGAL, Mario A., *El fideicomiso. Regulación jurídica y posibilidades prácticas*, cit., p.109: “Del mismo modo que los bienes que la ley declara inembargables no constituyen un patrimonio especial, sino por

analizados los casos en profundidad se advertía que no se trataba de una dualidad patrimonial, sino de bienes que por razones particulares habían merecido un tratamiento especial dentro del patrimonio¹⁸⁰.

El rasgo común que tienen las teorías objetiva e intermedia es la idea del destino dado a determinados bienes en relación a un fin jurídico. Ese destino¹⁸¹ debe surgir siempre de la ley¹⁸², pues la sola

razones particulares han sido excluidos de la acción de los acreedores sin perder su condición de integrantes del patrimonio general del deudor”.

¹⁸⁰ Comp. SALERNO, Marcelo U., *El patrimonio del deudor y los derechos del acreedor*, cit., pp. 92 y ss. Este autor expone, p. 93: “En el derecho argentino el llamado fondo de comercio ‘no es una masa separada y distinta de la masa que compone el patrimonio general de su propietario”.

¹⁸¹ PÉREZ GONZÁLEZ, Blas y ALGUER José, en comentario a ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin, *Tratado de derecho civil*, cit., tomo I, p. 614; LLAMBIAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte General*, cit., tomo II, p. 198; SALERNO, Marcelo U., *El patrimonio del deudor y los derechos del acreedor*, cit., p. 90; MALUMIÁN, Nicolás, DIPLOTTI, Adrián G. y GUTIÉRREZ, Pablo A., *Fideicomiso y securitización, análisis legal, fiscal y contable*, cit., p. 76; HAYSUZ, Jorge, *Fideicomiso*, 1ª Reimpresión, Astrea, 2001, pp. 13 y 14; ORELLE, José M., ARMELLA, Cristina y CAUSSE, Jorge R., *Financiamiento de la vivienda y de la construcción. Ley 24441*, Ad-hoc, Buenos Aires, 1995, p. 156; FREIRE, Betina V., *El fideicomiso. Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios*, cit., p. 75; GIRALDI, Pedro M., *Fideicomiso*, cit., pp. 17 y 107; KIPER, Claudio M. y LISOPRAWSKI, Silvio V., *Tratado de fideicomiso*, cit., tomo I, pp. 66 y 67; entre otros.

¹⁸² FERRARA, Francesco, *Trattato de diritto civile italiano*, cit., tomo I, p. 876: “En la integración de ciertos elementos patrimoniales, el orden jurídico los mueve a un fin especial, sujetando dicho acervo patrimonial a un tratamiento unitario. El patrimonio separado es un patrimonio destinado a un fin”.

voluntad de las partes es impotente para crear un patrimonio especial si aquella no lo autoriza.

Es decir, resulta necesaria una ley que considere a determinado núcleo patrimonial como objeto de una disciplina jurídica particular¹⁸³, ya que nadie puede por su sola voluntad limitar su responsabilidad frente a terceros sustrayendo bienes de la garantía general para establecer que los acreedores de un patrimonio separado solo dispondrán como garantía los bienes que lo integran. De allí que los supuestos permitidos sean limitados y se encuentren previstos taxativamente por la ley. La doctrina entiende que esa disposición legal se debe complementar con medios adecuados de publicidad a fin de resguardar legítimos intereses de terceros¹⁸⁴.

Luego, será la ley la que preverá el grado de separación o autonomía de un patrimonio al disponer la afectación a un fin¹⁸⁵, o la separación de patrimonios a tenor de la finalidad perseguida con los bienes¹⁸⁶.

El Código Civil y Comercial recepta expresamente en su articulado los postulados de las doctrinas intermedias y objetivas del patrimonio al reconocer en el art. 242 que junto al patrimonio general de una persona¹⁸⁷ se encuentran los patrimonios especiales

¹⁸³ Véase GRISOLI, Angelo, *Las sociedades con un solo socio*, trad. por Antonio González Iborra, Revista de Derecho Privado, Editoriales de derecho reunidas, Madrid, 1976, p. 31.

¹⁸⁴ Véase SALERNO, Marcelo U., *El patrimonio del deudor y los derechos del acreedor*, cit., p. 90.

¹⁸⁵ Tal como sucede en el Cód. Civ. de Québec de 1992, arts. 915 y 1261.

¹⁸⁶ Como se verá seguidamente esta es la solución adoptada en la ley 24441 y luego en el Código Civil y Comercial.

¹⁸⁷ Art. 242, primera parte, del Código Civil y Comercial: “*Garantía común*. Todos los bienes del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores, con

autorizados por la ley, que solo tienen por garantía los bienes que los integran.

5 FUNDAMENTO DE LA SEPARACIÓN PATRIMONIAL

5.1 Planteamiento

El particular origen del fideicomiso dejó su impronta en la legislación de muchos países de la región que lo regularon¹⁸⁸, pues que los bienes fideicomitidos no se confundan con el patrimonio del fiduciante ni del fiduciario ni de los restantes sujetos intervinientes es indispensable para su funcionamiento. La seguridad y la protección de esos bienes tanto respecto del fiduciario como de terceros, la relación con los demás bienes del fiduciario, así como su destino, hacen a la esencia y a la utilidad de la figura.

5.2 Orígenes, utilización de la figura e iniciativas legislativas

En México, cuna legislativa del fideicomiso tal como se conoce en el derecho positivo vigente¹⁸⁹, la mayoría de la doctrina¹⁹⁰ es

excepción de aquellos que este Código o leyes especiales declaran inembargables o inejecutables...”.

¹⁸⁸ Véase AICEGA, María Valentina, *El patrimonio en el contrato de fideicomiso*, cit., pp. 82 a 96.

¹⁸⁹ Téngase presente que el Proyecto panameño de Alfaro (1920), sancionado como ley en 1925 y luego en Puerto Rico (1928), no concebía al fideicomiso como una afectación patrimonial, sino como un mandato irrevocable. Fue recién en 1984 cuando la Ley 1 de 1984, modificatoria de la ley 17 de 1941 que derogó la ley de 1925, suplantó la idea de mandato por la de transferencia de dominio (art. 1) y dispuso expresamente que los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado (art. 15).

¹⁹⁰ BAUCHE GARCÍA DIEGO, Mario, *Operaciones bancarias. Activas, pasivas y complementarias*, 3ª edición, Porrúa, México, 1978, p. 342; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, cit., tomo II,

conteste en señalar que “históricamente” el fideicomiso deriva del *trust* anglosajón. Si bien el fideicomiso mexicano no tiene relación directa de filiación con el *trust*¹⁹¹, fue la expansión económica de los Estados Unidos desde fines del siglo XIX la que hizo necesario y conveniente contar con instrumentos similares al *trust* en el campo de los negocios.

Los inversores anglosajones pretendían utilizar el *trust* en sus negocios en el exterior¹⁹² por las ventajas que tenía esa figura hasta entonces prácticamente desconocida en los países de sistema continental.

Al iniciarse el siglo XX se utilizó la institución del *trust* en los arreglos de la deuda pública exterior de México, especialmente en la emisión de obligaciones para la consolidación de la deuda de los ferrocarriles nacionales¹⁹³.

El *trust* fue utilizado en una de sus variedades¹⁹⁴ como instrumento de garantía en emisiones de bonos. La base legal se halló en el Código Civil mexicano de 1884, vigente entonces y en la

p. 112, VILLAGORDOA LOZANO, José M., *Doctrina general del fideicomiso*, cit., pp. 7 y 44; DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge A., *El Fideicomiso*, cit., p.139.

¹⁹¹ BATIZA, Rodolfo, *El fideicomiso. Teoría y práctica*, cit., pp. 18 y 126.

¹⁹² Véase GOLDSCHMIDT, Roberto, “*Trust*, fiducia y simulación”, cit., p. 779, quien si bien no limita su comentario a los países de latinoamérica, expone: “...la creciente influencia económica y financiera de los Estados Unidos en los países de derecho continental (...) conduce no solo al mejor conocimiento de las instituciones jurídicas norteamericanas (...) también plantea el problema de su introducción (...) dado que los anglosajones tienen el deseo de emplear, hasta en el exterior, las formas jurídicas que les son familiares”.

¹⁹³ Véase VILLAGORDOA LOZANO, José M., *Doctrina general del fideicomiso*, cit., p. 44.

¹⁹⁴ *Trust deed*.

ley sobre ferrocarriles del 29 de abril de 1899. Esas legislaciones posibilitaron que el *trust* otorgado en los Estados Unidos surtiera efectos jurídicos conforme a las leyes mexicanas¹⁹⁵. En esa época nació la idea de “importar”, o mejor de “reemplazar”, el conocido *trust*.

La incorporación del *trust* en los ordenamientos jurídicos de los países de sistema romano —como es el caso del nuestro— presentaba un obstáculo insalvable que hace a la esencia y, por ende, a la existencia de la figura; a saber: el desdoblamiento del derecho de propiedad en legal (*legal ownership*) y equitativa (*equitable ownership*).

El primer intento legislativo para adaptar el *trust* y las *trusts companies* a un sistema de tradición romana¹⁹⁶ se encuentra en el Proyecto Limantour del 21 de noviembre de 1905 redactado por Jorge Vera Estañol.

La explicación que precedía al Proyecto¹⁹⁷ indicaba que las relaciones cada vez más estrechas entre la vida comercial mexicana y la de los Estados Unidos de América, la afluencia de capitales de ese país para desarrollar toda clase de empresas, así como el adelanto y perfeccionamiento del sistema de transacciones en la actividad general, habían hecho sentir al poder público la necesidad de incorporar en la legislación una figura que tan favorables

¹⁹⁵ Véase BATIZA, Rodolfo, *El fideicomiso. Teoría y práctica*, cit., p. 91: “Considerábase que esta variedad de *trust*, descompuesto en sus varios elementos, correspondía a los contratos de préstamo, mandato e hipoteca (Véase VELASCO, Emilio, ‘Los instrumentos de trust y los Ferrocarriles Nacionales’, *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*, T. III, México, 1932)”.

¹⁹⁶ Los dos únicos estudios que cronológicamente le preceden, el de Van Hall y el de Preston, carecían de un proyecto de regulación legal.

¹⁹⁷ Especie de Exposición de Motivos.

resultados y tan innumerables servicios prestaba en los Estados Unidos y en otros países, a saber: el *trust*.

Si bien el Diputado Carlos Limantour presentó el proyecto, no llegó siquiera a ser examinado por considerarse que reviviría las sustituciones fideicomisarias. Una vez superada la oposición que había suscitado el proyecto y la conmoción que sobrevino con la Revolución de 1910, renació el movimiento legislativo en México con la presentación en la Convención Bancaria de 1924 del Proyecto Creel, sobre *trusts and savings banks*. Si bien este Proyecto no fue sancionado, sentó otro precedente y sus disposiciones influyeron sobre la legislación posterior¹⁹⁸.

Luego se sancionaron la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios en 1924, y la Ley de Bancos de Fideicomiso, y la Ley de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios en 1926 (en adelante, LICEB). Las leyes de 1926 siguieron fundamentalmente las ideas planteadas por el jurista Alfaro y regularon al fideicomiso como un mandato irrevocable¹⁹⁹. La única diferencia apreciable entre estas leyes y el proyecto Alfaro es que los citados artículos establecen que los bienes se entregan, mientras que el jurista panameño dice que se transmiten²⁰⁰.

¹⁹⁸ BATIZA, Rodolfo, *El fideicomiso. Teoría y práctica*, cit., p. 95.

¹⁹⁹ El art. 6.º de la Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926 y la Ley de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926 que la incorporó, disponen: “el fideicomiso propiamente dicho es un mandato irrevocable en virtud del cual se entrega al banco, con carácter de fiduciario, determinados bienes, para que disponga de ellos o de sus productos según la voluntad del que los entrega llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero, llamado fideicomisario o beneficiario”.

²⁰⁰ Véase VILLAGORDOA LOZANO, José M., *Doctrina general del fideicomiso*, cit., p. 46.

Fue recién la Ley de Instituciones de Crédito del 28 de junio de 1932 la que abrogó la LICEB y delineó en su exposición de motivos la orientación que seguiría la legislación aún vigente en México — Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (en adelante, LGTOC)—, al indicar que el fideicomiso quedaría concebido como una afectación patrimonial a un fin confiado a las gestiones de un fiduciario. Así quedó determinada la naturaleza y los efectos de un instituto que la ley por entonces en vigor concebía oscuramente como un mandato irrevocable²⁰¹.

La LGTOC, sancionada el día 26 de agosto de 1932, si bien reconoce como fuentes a las leyes de 1926, trae un concepto de fideicomiso que está inspirado en las ideas del jurista francés Pierre Lepaulle²⁰² sobre la afectación patrimonial²⁰³. Esta concepción surge en forma palmaria de los arts. 346 y 351 de esa ley. En efecto,

²⁰¹ Véase BATIZA, Rodolfo, *Principios básicos del fideicomiso y de la administración fiduciaria*, cit., p. 18: “En su exposición de motivos indicaba que aquella (en realidad desde 1924) había introducido en México, rompiendo la tradición, la institución jurídica del fideicomiso que podía ser de muy grande utilidad para la actividad económica del país y estaba destinada probablemente a un gran desarrollo; pero que, por desgracia dicha ley no precisaba el carácter sustantivo de la institución y dejaba gran vaguedad de conceptos en torno de ella, por lo que su definición sería materia de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito”.

²⁰² En su obra, intitulada “*De la nature du trust*” en el derecho francés, publicada en el *Journal du Droit International*, 54 e *Anné, Juillet–Octobre*, 1927, trad. por Pablo Macedo (“La naturaleza del *trust*”, *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*, III, México, 1932).

²⁰³ Efectúo tal afirmación considerando los antecedentes de tal disposición sin ánimo de emitir opinión acerca de su naturaleza jurídica, cuestión muy discutida en el derecho mexicano.

mientras que el art. 346 (actual art. 381²⁰⁴) dispone: “En virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria”; el art. 351 (actual art. 386²⁰⁵) de la LGTOC, en su segundo párrafo establece: “...Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin que se destinan y, en consecuencia, solo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros...”.

La titularidad de los bienes fue un tema muy discutido en México a tenor de la frase “afectos a un fin” que la norma citada contiene. La doctrina en aquel país llegó a la conclusión de que los bienes son de propiedad de la institución fiduciaria, ya que ella es titular de todos los derechos y acciones que se requieren para el cumplimiento del fideicomiso (arg. art. 356, actual 391²⁰⁶, LGTOC.)²⁰⁷.

5.3 La regulación del fideicomiso en Latinoamérica

El fideicomiso, si bien con diferencias que van desde su ámbito de aplicación hasta la denominación²⁰⁸, se encuentra actualmente

²⁰⁴ Reforma del 13/06/2003.

²⁰⁵ Reforma del 13/06/2003.

²⁰⁶ Reforma del 23/05/2000.

²⁰⁷ Véase VILLAGORDOA LOZANO, José M., *Doctrina general del fideicomiso*, cit., pp. 196 y ss.

²⁰⁸ V.gr: Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de México (en adelante indistintamente México o LGTOC): fideicomitente, fiduciario y

legislado en varios países de Latinoamérica y Centroamérica, v. gr.: Chile²⁰⁹, Colombia²¹⁰, Bolivia²¹¹, Costa Rica²¹², Puerto Rico²¹³, Venezuela²¹⁴, Honduras²¹⁵, Ecuador²¹⁶, Paraguay²¹⁷, Uruguay²¹⁸,

fideicomisario; la ley de fideicomiso de Panamá –1 de 1984 mod. por ley 21 de 2017– (en adelante, indistintamente Panamá): fideicomitente, fiduciario y beneficiario–solo se emplea como sinónimo una vez el término “fideicomisario”–; el Código de Comercio de Colombia (en adelante, indistintamente Colombia): fiduciante o fideicomitente, fiduciario y beneficiario o fideicomisario –como sinónimos–; el Código Civil de Québec (en adelante, indistintamente Québec): *constituant (settlor)*, *fiduciaire (trustee)* y *beneficiare (beneficiary)*; Ley de fideicomiso de Venezuela del 23 de Julio de 1956 (en adelante, indistintamente Venezuela): fideicomitente, fiduciario y beneficiario; Código Civil de Chile (en adelante, indistintamente Chile): constituyente, fiduciario y fideicomisario; Código de comercio de Bolivia (en adelante, indistintamente Bolivia): fideicomitente, fiduciario y beneficiario.

²⁰⁹ Código Civil de la República de Chile.

²¹⁰ Código de Comercio de Colombia.

²¹¹ Código de Comercio de Bolivia.

²¹² Código de Comercio de Costa Rica.

²¹³ Ley de fideicomiso nro. 219 de 2012.

²¹⁴ Ley de Fideicomiso (23/7/1956).

²¹⁵ Código de Comercio de Honduras.

²¹⁶ Libro II “Ley de Mercado de valores” del Código orgánico monetario y financiero.

²¹⁷ Ley de Fideicomiso 921 (1996).

²¹⁸ Ley de Fideicomiso 17703 (2003).

Panamá²¹⁹, República Dominicana²²⁰, Perú²²¹. Es especialmente interesante la ley panameña en tanto recoge la experiencia de años de utilización de la figura en aquel país²²², así como, el Código Civil francés modificado en el año 2007²²³.

También la figura fue legislada en Québec —única provincia de Canadá cuya legislación no se adscribe al sistema anglosajón²²⁴ — en su Código Civil de 1992 (arts. 1260 a 1298). Ese ordenamiento concibe al fideicomiso como patrimonio de afectación a un fin en sentido estricto.

En 1879 se había legislado en Québec el *trust* por medio de una ley especial incorporada como art. 981 al por entonces vigente Código Civil de extracción románica. No obstante, la aplicación de aquella figura resultó muy dificultosa. La doctrina²²⁵ explica que la

²¹⁹ Ley 1 de Fideicomiso de 1984 modificada por la ley 21 de 2017.

²²⁰ Ley 189 de 2011.

²²¹ Ley 26702, Subcapítulo II “Fideicomiso” del Capítulo II de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

²²² Hasta entonces había regido en Panamá la ley 17 de 1941 modificatoria de la ley de 1925.

²²³ Introducido luego de un largo proceso de reflexiones y discusiones al Código Civil Francés por la ley 211/2007 del 19 de febrero de 2007, la Ley de Modernización de la Economía (2008–776 del 4/8/2008), la ordenanza 2009–112 del 30 de enero de 2009 y la ley 2009–526 del 12 de mayo de 2009.

²²⁴ La provincia de Québec se rigió por el antiguo derecho francés (*coutume* de Paris) hasta el año 1863 en que se sancionó el Código Civil de raigambre romanista.

²²⁵ GOLDSCHMIDT, Roberto, “*Trust*, fiducia y simulación”, cit., p. 779, con cita de FARIBAULT, M., *Traité théorique et pratique de la fiducie ou trust en droit civil de la province de Québec*, p. 7.

jurisprudencia de la Suprema Corte²²⁶ para resolver conflictos surgidos en torno a esa figura tuvo que acudir a los principios de derecho angloamericano y no a los del derecho continental para fijar la posición del fiduciario y la irrevocabilidad de la fiducia con prescindencia de la conducta del beneficiario.

5.4 La regulación del fideicomiso en el derecho argentino

5.4.1 Evolución

Con anterioridad a la sanción de la ley 24441 el renacimiento de la fiducia romana fue propugnado por parte de la doctrina²²⁷ que consideraba que el fideicomiso tenía tipicidad incipiente en el Código Civil derogado, pues si bien no había sido desarrollado, podía detectarse a partir de la redacción del art. 2662²²⁸. Se entendía que pese a ubicarse la norma dentro de los derechos reales era indudable que ella poseía los elementos propios de los derechos personales. A saber: la condición y el plazo, la necesaria entrega de la cosa a favor de un tercero, y la transferencia de propiedad a título fiduciario²²⁹. Por otra parte, la tipicidad del dominio fiduciario como

²²⁶ *Curran vs. David* del 25 de abril de 1933, *Canadá Law Reports*, 1933, pp. 283 y ss.

²²⁷ CARREGAL, Mario A., *El fideicomiso. Regulación jurídica y posibilidades prácticas*, cit., p. 4.

Comp.: ORELLE, José M. R., *Compra de inmuebles por y para terceros*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 48

²²⁸ Este artículo con anterioridad a la sanción de la ley 24441, se refería al dominio fiduciario, diciendo que es: “el que se adquiere en 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”.

²²⁹ CARREGAL, Mario A., *El fideicomiso. Regulación jurídica y posibilidades prácticas*, cit., pp. 41 y 42. Véase también GUASTAVINO, Elías

especie de los negocios fiduciarios fue reconocida en las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1983 celebradas en Mar del Plata

P, *La propiedad participada y sus fideicomisos*, cit., p. 58; FREIRE, Betina V., *El fideicomiso. Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios*, cit., p. 55. Contra: LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Fideicomiso. Leasing. Letras hipotecarias. Ejecución hipotecaria. Contratos de consumición*, cit., p. 98.

²³⁰. No obstante, el fideicomiso tuvo escasa aplicación hasta la sanción de la ley 24441²³¹ .

²³⁰ “Comisión nro. 4: Régimen del dominio imperfecto y en especial del dominio fiduciario... III. Dominio fiduciario. 16º) Debe distinguirse el dominio fiduciario de los negocios fiduciarios en general, pues en estos últimos el pacto de fiducia sólo tiene alcances obligacionales sin trascendencia real. 17º) La tipicidad del dominio fiduciario en el Código Civil argentino impide que coincidan total o parcialmente las calidades de fideicomitente (constituyente), de fiduciario (titular del dominio imperfecto) y de fideicomisario (beneficiario final). 18º) El dominio fiduciario puede estar subordinado únicamente a condiciones resolutorias (explícitas) o a plazos resolutorios explícitos. 19º) El dominio fiduciario puede recaer sobre cosas muebles o inmuebles. 20º) El dominio fiduciario únicamente puede constituirse por voluntad de los particulares expresada en actos entre vivos a título oneroso o gratuito o en disposiciones de última voluntad. 21º) En ningún caso están permitidas las sustituciones fideicomisarias. 22º) El dueño fiduciario tiene las facultades materiales y jurídicas propias del dueño, salvo la prohibición de constituir usufructos o acaso usos y habitaciones, pero el ejercicio de esas facultades queda expuesto a los efectos de la revocación -arg. arts. 2670 a 2672 del Código Civil-. 23º) En materia de cosas inmuebles sólo es exigible la exteriorización registral de la existencia del dominio fiduciario, de su extinción, o de la aceptación del fideicomisario, con respecto a los terceros interesados de buena fe. Carecen de buena fe quienes conocían o debían conocer la realidad extra registral por los necesarios estudios de títulos que deben remontarse a un plazo no menor al de veinte años de la prescripción adquisitiva larga. Para proceder a la publicidad registral de la extinción del dominio fiduciario o de la aceptación del fideicomisario, es menester que esas situaciones jurídicas consten en algún documento inscribible. 24º) En materia de cosas muebles no registrables la imperfección del dominio fiduciario es inoponible a los terceros interesados de buena fe; de tratarse de subadquirentes se requiere además que la adquisición haya sido a título oneroso (arg. arts. 2671, 2767 y 2778 del

La ley 24441 regulaba al fideicomiso en el Capítulo I (arts. 1.º a 26).

Esa regulación fue derogada por la ley 26994 y actualmente el contrato de fideicomiso se encuentra legislado en el Capítulo 30, del Título IV “Contratos en particular”, Libro Tercero, del Código Civil y Comercial. A ello se agregan las regulaciones particulares, como la Normativa de la Comisión Nacional de Valores para los fideicomisos financieros con oferta pública.

Con el propósito de proteger los bienes fideicomitidos para alcanzar el cumplimiento de la finalidad del negocio, la ley 24441 dispuso que sobre estos se constituye un “patrimonio separado”. En una primera aproximación sería posible afirmar que el legislador de 1995 se apartó de los principios provenientes del derecho romano y del derecho francés relativos a la exclusividad e indivisibilidad del patrimonio.

C.C.). 25º) El fideicomisario está legitimado para la promoción de acciones reales. 26º) La adquisición del dominio por el fideicomisario se configura a través de su aceptación acompañada por la tradición traslativa del dominio”.

²³¹ Hasta la promulgación de esta ley se habían sucedido diversos proyectos: 1) 1967, primera versión; 1969, versión definitiva: Proyecto Michelson, elaborado por la Comisión de Reformas a la Legislación Comercial, integrada por los Dres. Guillermo Michelson, Gervasio R. Colombres, Carlos Roberto Zannoni, Carlos C. Malagarriga, Héctor Alegría, Francisco Quintana Ferreyra, Héctor Cámara, Rodolfo O. Fontanarrosa. 2) 1984, Anteproyecto del PEN: H.Duncan Parodi; 3)1984, Proyecto del Senador Velásquez Brasesco, Napoli y Falsote; 4)1985, Anteproyecto Notarios delegados del Tucumán, López de Zavalía; 5)1986: Proyecto Silva; 6) 1989: Proyecto Storani-Terrile; 7) 1991: Proyecto Iribarne; 8) Proyecto de unificación Civil y Comercial de 1992.

El Código Civil y Comercial en su art. 1685 mantiene la constitución de un patrimonio separado como un efecto de la celebración del fideicomiso.

5.4.2 Caracteres de la separación patrimonial

5.4.2.1 El sentido de la búsqueda

Para lograr captar la verdadera naturaleza del patrimonio fiduciario en la escena del derecho argentino es necesario precisar las diversas características que presenta la institución jurídica del “patrimonio separado” en el fideicomiso (art. 1685, Código Civil y Comercial).

5.4.2.2 Es una universalidad jurídica

El patrimonio separado del fideicomiso constituye una universalidad jurídica dado que la unidad de la pluralidad de los elementos que lo componen está impuesta por la ley²³². Basta con observar que el art. 1685 del Código Civil y Comercial, al igual que lo hacía el derogado art. 14 de la ley 24441, estatuye la constitución de un patrimonio separado y establece que los bienes fideicomitidos no pertenecen a la garantía común de los acreedores del fiduciante, del fiduciario, del beneficiario, ni del fideicomisario (arts. 1685, 1686 y 1687, Código Civil y Comercial).

Como toda universalidad jurídica el patrimonio separado del fideicomiso comprende derechos que se ejercen sobre cosas u otros derechos, o con relación a personas²³³. Tiene, además, una finalidad

²³² Véase SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Parte General*, cit., tomo II, p. 13; LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte General*, cit., tomo II, p. 198.

²³³ Véase SALERNO, Marcelo U., *El patrimonio del deudor y los derechos del acreedor*, cit., p. 61.

propia y específica²³⁴ (arg. arts. 1666, 1667 inc. e], y 1698, Código Civil y Comercial).

Para que se conforme el patrimonio separado es necesario que exista una transmisión fiduciaria de bienes, pues de lo contrario faltará la base jurídica de ese patrimonio²³⁵.

5.4.2.3 Es voluntario

La configuración del patrimonio fiduciario no es de fuente legal. La constitución del patrimonio separado por acto entre vivos tiene como fuente un contrato. Por su parte, la constitución del patrimonio por disposición de última voluntad tiene como fuente un testamento.

En el primer caso, la naturaleza del título causal surge de lo dispuesto por el art. 1666 del Código Civil y Comercial, así como de lo normado por los arts. 1667, 1674, 1676, 1677, 1678, 1679, 1684, 1688, y 1690 del Código Civil y Comercial.

En el fideicomiso testamentario, la naturaleza del título causal surge de lo reglado por el art. 1699 del Código Civil y Comercial, que establece que el fideicomiso constituido por testamento debe extenderse en una de las formas previstas por el Código, reenviando en lo concerniente al contenido y a la designación del fiduciario a lo normado para el fideicomiso contractual.

5.4.2.4 Es de titularidad del fiduciario

Una particularidad que distingue al patrimonio fideicomitado de otros casos de separación o afectación patrimonial está dada por la titularidad fiduciaria de los bienes por el fiduciario. Como el

²³⁴ FERRARA, Francesco, *Trattato de diritto civile italiano*, cit., tomo I, núm. 184, p. 876.

²³⁵ ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin, *Tratado de derecho civil*, cit., tomo I, p. 618.

fideicomiso carece de personalidad jurídica²³⁶, ese patrimonio separado –o más precisamente los bienes que lo integran– tiene que ser de titularidad de algún sujeto, en el caso el fiduciario²³⁷.

5.4.2.5 Otras características

Los restantes rasgos que ponen de manifiesto que se trata de un patrimonio separado son los siguientes: i) no es único (arg. arts. 242 y 1685, Código Civil y Comercial); ii) es de existencia transitoria (arg. arts. 1687, 2ª parte, 1697 y concs. Código Civil y Comercial); iii) es independiente del patrimonio general (arts. 1685, 1686, 1687, Código Civil y Comercial); iv) responde por deudas propias (art. 1687, primera parte, Código Civil y Comercial); v) los bienes se destinan a una finalidad (arts. 1666 y 1698, Código Civil y Comercial); vi) rige a su respecto el principio de subrogación real con las particularidades que impone el legislador (art. 1684, segunda parte, Código Civil y Comercial).

6 RELACIONES ENTRE EL PATRIMONIO SEPARADO Y EL GENERAL (O RESIDUAL) DEL FIDUCIARIO

6.1 Relaciones que se establecen

Con cada fideicomiso se constituye un patrimonio separado del patrimonio personal del fiduciario. En consecuencia, el fiduciario tiene tantos patrimonios separados como fideicomisos celebrados.

²³⁶ La carencia de personalidad jurídica del fideicomiso es una nota característica de todas las legislaciones latinoamericanas que han regulado el fideicomiso, a excepción de la Ley de Mercado de Valores de Ecuador, que fuera incorporada como Libro II (“Ley de Mercado de valores”) al Código orgánico monetario y financiero.

²³⁷ Abordaré la cuestión de la titularidad del patrimonio fiduciario en el Capítulo II.

El patrimonio general y los patrimonios separados tienen vida autonómica; no tienen mutuas relaciones jurídicas y poseen únicamente un sujeto común²³⁸: el fiduciario.

En el análisis de las relaciones entre el patrimonio general y el separado, es central tener en cuenta que el patrimonio separado tiene su activo y su pasivo propios, en tanto universalidad jurídica²³⁹. Por ello, para reconocer la existencia de esta clase de masa patrimonial es preciso indagar si los bienes que la componen responden por las deudas contraídas con motivo de su gestión²⁴⁰. Respecto del fideicomiso esta característica surge de lo normado por el tercer párrafo del art. 1687 del Código Civil y Comercial, que hace referencia a las deudas contraídas con motivo de la ejecución del fideicomiso.

Como la separación patrimonial proyecta trascendentes efectos respecto de los derechos de terceros (arts. 1685, 1686 y 1687, Código Civil y Comercial), la ley debe prever medios adecuados de publicidad en la formación de esta universalidad especializada para resguardar los legítimos intereses de aquellos²⁴¹. Este aspecto, que había sido previsto en forma deficiente por la ley de financiamiento de la vivienda y la construcción (art. 12, ley 24441, derogado), fue

²³⁸ Véase FERRARA, Francesco, *Trattato de diritto civile italiano*, cit., tomo I, p. 875.

²³⁹ Conf.: PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Tratado práctico de derecho civil francés*, cit., tomo III, p. 28.

²⁴⁰ Véase FERRARA, Francesco, *Trattato de diritto civile italiano*, cit., tomo I, p. 877: “el único criterio seguro para reconocer la existencia del patrimonio autónomo es el relativo a la responsabilidad por las deudas propias”.

²⁴¹ Véase SALERNO, Marcelo U., *El patrimonio del deudor y los derechos del acreedor*, cit., p. 90.

mejorado por la nueva regulación contenida en el Código Civil y Comercial (arts. 1669 y 1684).

A diferencia de lo que sucede con el patrimonio general, el patrimonio separado deja de existir cuando se agota su base jurídica²⁴², es decir, cuando desaparecen los bienes que se destinaron a un fin determinado.

En materia de fideicomiso, la transitoriedad del patrimonio separado —que lo distingue del general— puede derivar de dos vías; a saber: i) por la extinción de la propiedad fiduciaria, lo que determinará la extinción del contrato por falta de objeto (arg. arts. 1687, 3er párrafo y 1698, Código Civil y Comercial); y ii) como consecuencia de la extinción del contrato de fideicomiso que da causa a la propiedad fiduciaria bajo la forma de patrimonio separado.

6.2 Bienes que integran el patrimonio separado

La cuestión atinente a qué bienes pertenecen al patrimonio especial y cuáles al general se regula en los casos singulares por disposición legal²⁴³.

Las reglas generales, sin consideración específica del fideicomiso, son las siguientes. Los provechos de los bienes se imputan en principio a dichos bienes²⁴⁴. Es decir, en defecto de regulación legal los frutos y los productos no consumidos de los

²⁴² ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin, *Tratado de derecho civil*, cit., tomo I, p. 618.

²⁴³ Véase ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin, *Tratado de derecho civil*, cit., tomo I, p. 616.

²⁴⁴ ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin, *Tratado de derecho civil*, cit., tomo I, p. 616.

bienes que lo integran ingresan a él²⁴⁵. Los bienes adquiridos con el producto de otros pertenecientes al patrimonio separado ingresan a este por efecto de la llamada subrogación real, salvo que la ley lo regule diversamente²⁴⁶.

En el fideicomiso regulado por el Código Civil y Comercial el derecho principal que asiste al beneficiario consiste en la entrega de los frutos o productos durante la ejecución del contrato (arts. 1666 y 1671, Código Civil y Comercial). Ahora bien, tal derecho deberá apreciarse a tenor de lo pactado dentro del campo de la autonomía de la voluntad por las partes, la finalidad específica del contrato (arg. art. 1688, Código Civil y Comercial), y el principio de subrogación real establecido en el art. 1684, tercer párrafo, del Código Civil y Comercial, que dispone: “Excepto estipulación en contrario del contrato, el fiduciario adquiere la propiedad fiduciaria de los frutos y productos de los bienes fideicomitidos y de los bienes que adquiera con esos frutos y productos o por subrogación real respecto de todos esos bienes, debiéndose dejar constancia de ello en el título para la adquisición y en los registros pertinentes”.

En el art. 1684 se recepta expresamente el principio de subrogación real, de modo que, salvo pacto en contrario, los bienes que sustituyan a otros existentes, adquieren naturaleza fiduciaria.

²⁴⁵ Véase BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, cit., tomo II, p. 15.

²⁴⁶ BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, cit., tomo II, p. 15.

6.3 Oponibilidad a terceros de la existencia del contrato de fideicomiso y del patrimonio separado²⁴⁷

6.3.1 Introducción

La ley 24441 no contenía una norma que exigiera una adecuada publicidad del contrato de fideicomiso en su constitución²⁴⁸. Esa deficiencia fue destacada por parte de la doctrina como uno de los aspectos más criticables de esa legislación²⁴⁹, ya que el fiduciante podía disponer de una porción de su patrimonio sin posibilidad — como principio— de que los acreedores pudieran oponerse a ese desmembramiento²⁵⁰.

²⁴⁷ Sigo los lineamientos que expuse en AICEGA, María Valentina y GÓMEZ LEO, Osvaldo R., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, 3ª edición, La Ley, Buenos Aires, tomo VII, pp. 1116 y ss.

²⁴⁸ Véase KIPER, Claudio M. y LISOPRAWski, Silvio V., *Tratado de fideicomiso*, cit., tomo I, p. 116; GAMES, Luis M., y ESPARZA, Gustavo A., *Fideicomiso y concursos*, cit., p. 7; HIGHTON, Elena I., en BUERES, Alberto J. (Director) y HIGHTON, Elena I. (Coordinador), *Código Civil y normas complementarias, Derechos Reales*, 2ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, tomo 5 A, p. 789.

²⁴⁹ GAMES, Luis M., y ESPARZA, Gustavo A., *Fideicomiso y concursos*, cit., p. 7, consideran: “Quizá el aspecto o uno de los aspectos más criticables de la ley de fideicomisos es la ausencia de una adecuada publicidad en su constitución”.

²⁵⁰ Véase HIGHTON, Elena I., en BUERES, Alberto J. (Director) y HIGHTON, Elena I. (Coordinador), *Código Civil y normas complementarias*, cit., tomo 5 A, p. 789.

En ese contexto, el Código Civil y Comercial incorpora una innovación en el derecho nacional reclamada por varios autores²⁵¹, que no encuentra antecedente en el Anteproyecto de 2012, ni en el Proyecto de 1998: la registración del contrato de fideicomiso en el Registro Público que corresponda, tal como dice el art. 1669.

Es importante delimitar la registración que se ordena en el Registro Público respecto de todos los contratos de fideicomiso a efectos de la oponibilidad de la existencia del contrato frente a terceros, de la forma del contrato que se utilice en cada caso para su perfeccionamiento. Asimismo, corresponde distinguirla de la inscripción que corresponde si su objeto son inmuebles o muebles registrables, a fin de que la transferencia fiduciaria de los bienes sea oponible a terceros y, en su caso, de ser un registro constitutivo, eficaz también entre las partes.

6.3.2 Forma

El Código Civil y Comercial no establece que el contrato deba revestir alguna forma en especial²⁵². Como es lógico, se hace mención en el caso del fideicomiso testamentario a la necesidad de

²⁵¹ KIPER, Claudio M., y LISOPRAWski, Silvio V., *Tratado de Fideicomiso*, 3ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, tomo I, p. 105; BRESSAN, Pablo, “Negocio fiduciario. Sus aspectos obligacionales”, cit., p. 77; JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Bases para una reforma del régimen del Fideicomiso. A propósito de la necesidad de su inscripción”, *La Ley*, 2007–C, p. 782.

²⁵² En la legislación comparada la forma de los contratos ha sido regulada diversamente. Véase RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, *Contratos Bancarios*, 2ª edición, Felabán, Bogotá, 1977, p. 622: “... oscila entre la perfección del contrato por simple manifestación verbal hasta la exigencia de requisitos solemnes (...) la tendencia es que el negocio se celebre por escrito, dotado de autenticidad”.

observar las formas del testamento (art. 1699, Código Civil y Comercial).

Sin embargo, no debe interpretarse que rige el principio de libertad de formas a ultranza (arts. 284 y 1015, Código Civil y Comercial) porque el propio art. 1667 del Código Civil y Comercial exige que el contrato contenga determinadas cláusulas. De ello se infiere la exigencia de que el acto se otorgue por escrito. Asimismo, se debe tener presente que el art. 286 del Código Civil y Comercial dispone que la expresión escrita puede tener lugar en instrumentos públicos, o en instrumentos particulares firmados (instrumentos privados) o no firmados, excepto en los casos en que determinada instrumentación sea impuesta²⁵³ (arts. 286 a 288, Código Civil y Comercial).

El primer supuesto que contempla el art. 1669 del Código Civil y Comercial es aquel en el que los bienes que los fiduciantes transmiten –o se obligan a transmitir– no son inmuebles ni muebles registrables. Para tales casos se establece que su constitución se podrá efectuar por instrumento público o por instrumento privado. Si el acto se otorga por instrumento privado se debe cumplir con los requisitos inherentes a esa categoría y es recomendable la certificación de firmas a los fines de respaldar su autenticidad y de conferirle fecha cierta (arts. 314 y 317, Código Civil y Comercial), lo que posee especial relevancia en virtud de lo normado por el art. 1667 del Código Civil y Comercial.

El segundo supuesto es aquel en el que se transfieren bienes cuya transmisión debe ser efectuada por instrumento público, respecto del cual hay que distinguir dos casos. Si los bienes se

²⁵³ El art. 287 del Código Civil y Comercial dispone que la categoría de los instrumentos particulares no firmados comprende todo escrito no firmado, entre otros, los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información.

transfieren en el mismo acto constitutivo, cuando no se cumple dicha formalidad, el contrato vale como promesa de otorgarlo (art. 1669, Código Civil y Comercial, concordante con los arts. 285 y 1018, Código Civil y Comercial). En cambio, si se transfieren estos bienes cuya transmisión requiere instrumento público con posterioridad al acto constitutivo, basta con que se cumpla con las formalidades en esa oportunidad. Ahora bien, el Código establece que en tal caso se deberá transcribir en el citado acto el contrato de fideicomiso. Se requiere la transcripción íntegra del convenio.

A este respecto, se debe tener presente que el inc. a) del art. 1017 del Código Civil y Comercial establece que los contratos que tengan por objetivo la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles deben ser celebrados en escritura pública.

6.3.3 Registración de contratos de fideicomiso en el Registro público

6.3.3.1 La regulación en el Código Civil y Comercial

El art. 1669 del Código Civil y Comercial exige en todos los casos la registración del contrato ante el Registro Público que corresponda. Adopta así la misma solución que la ley uruguaya de fideicomiso del año 2003 con sus decs. regls. 516/2003 y 46/2004, la más reciente ley francesa de fideicomiso del año 2007 modificatoria del Código Civil francés, las leyes de Puerto Rico²⁵⁴, República Dominicana²⁵⁵ y Perú²⁵⁶.

El fundamento es la protección de los terceros interesados; esto es, los acreedores del fiduciante y quienes luego contraten con el

²⁵⁴ Ley de Fideicomisos de Puerto Rico, Nro 219-2012, art. 5.º.

²⁵⁵ Ley Nro. 189-11 de la República Dominicana, art. 17.

²⁵⁶ Ley Peruana de Fideicomiso Nro. 26702, art. 246.

fiduciario del fideicomiso, siempre que sean de buena fe (arg. art. 1893, Código Civil y Comercial).

La protección de los terceros acreedores del fiduciante tiende a evitar el ocultamiento de la disminución de su garantía producto de la transferencia de la propiedad y de la creación de un patrimonio separado. A su respecto, la registración del contrato de fideicomiso ha sido impuesta para establecer medios adecuados de publicidad a tenor de los cuales los terceros puedan defender sus intereses legítimos y, en su caso, ejercer las acciones de fraude, simulación, etc. Por su parte, para los terceros contratantes con el fiduciario del fideicomiso, tal registración tiene por principal fundamento la oponibilidad del carácter fiduciario de la propiedad.

Bajo la regulación de la ley 24441, que no exigía la registración de los contratos, parte de la doctrina²⁵⁷ bregaba por el establecimiento de un registro de fideicomisos y señalaba los efectos positivos que tendría tal inscripción; entre otros: i) el tercero no podría escudarse en su buena fe ni en el desconocimiento del contrato de fideicomiso, dada la inscripción y publicidad del contrato; ii) el contrato de fideicomiso (aun el celebrado en instrumento privado) tiene valor de fecha cierta.

Del escueto art. 1669 se extrae que corresponde la inscripción de todos los contratos de fideicomiso (ordinarios y financieros)²⁵⁸.

Si bien el Código no especifica cuál es el Registro Público al que hace referencia, mientras que una ley especial no derogue o modifique las leyes regulatorias del Registro Público de Comercio

²⁵⁷ JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Bases para una reforma del régimen del Fideicomiso. A propósito de la necesidad de su inscripción”, *La Ley*, 2007-C, p. 782.

²⁵⁸ En caso de que se reglamente el art. 1669 del Código Civil y Comercial —pese a que la norma no lo aclara— se deberán excluir de este registro los fideicomisos financieros con oferta pública regulados por las normas de la Comisión Nacional de Valores.

(v. gr., 21.768 —t.o. ley 22.280—, 22.315 y 22.316), el organismo encargado de llevar la registración será este último. Es decir, la vigencia de esas leyes hace inferir que la eliminación de los términos “de Comercio” de la expresión “Registro Público de Comercio” solo es una consecuencia de la unificación de los Códigos Civil y de Comercio, que carece de un propósito reformador del sistema registral²⁵⁹.

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, Código Civil y Comercial), mientras que su oponibilidad respecto de terceros estará determinada por la registración del contrato.

La registración del contrato de fideicomiso que establece el Código Civil y Comercial no se debe confundir con la que la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) ha instituido (Resolución General 3312/2012 modificada por 3538/2013) respecto de los sujetos que actúen como fiduciarios de fideicomisos constituidos en el país —financieros y no financieros—. Estos deben inscribir obligatoriamente la constitución inicial de fideicomisos, los ingresos y egresos de fiduciantes y/o beneficiarios que se produzcan con posterioridad al inicio, las transferencias o cesiones gratuitas u onerosas de participaciones o derechos en fideicomisos, las entregas de bienes efectuadas a fideicomisos con posterioridad a su constitución, las modificaciones al contrato inicial, la asignación de beneficios y la extinción de contratos de fideicomisos. Es decir, se trata de un registro con fines puramente fiscales, y claramente no genera oponibilidad a terceros²⁶⁰.

²⁵⁹ Conf. Considerandos de la resolución IGJ 6/2016 modificatoria de la resolución 7/2015.

²⁶⁰ KEES, Milton H., Sup. Act., La Ley del 10/3/2015, La Ley Online.

6.3.3.2 Fideicomisos ordinarios y financieros sin oferta pública: reglamentaciones de la Inspección General de Justicia, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Dirección General de Inspección de Personas Jurídicas de la Provincia de Córdoba y de la Dirección Provincial de Personas Jurídicas de la Provincia de Buenos Aires

6.3.3.2.1 Nociones introductorias

No se dictó, como hubiera sido deseable, una norma reglamentaria general que establezca con precisión los alcances de la inscripción del contrato de fideicomiso, su extensión, ámbito de aplicación ni el Registro Público al que se refiere (art. 1669, Código Civil y Comercial).

Empero, quienes se consideran “Registro Público” dictaron su propia reglamentación.

Consideraré la situación en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Provincia de Córdoba y la Provincia de Buenos Aires, por ser algunas de las primeras reglamentaciones dictadas.

6.3.3.2.2 Resolución General de la Inspección General de Justicia (IGJ) 7/2015, modificada por las resoluciones generales 9/2015, 6/2016 y 33/2020.

La primera regulación en el tiempo fue la de la Inspección General de Justicia (IGJ) mediante la Resolución General 7/2015²⁶¹. Esta resolución luego fue modificada por las Resoluciones generales 9/2015²⁶², 6/2016²⁶³ y 33/2020²⁶⁴.

²⁶¹ Dictada el 28/7/2015, publicada en el Boletín Oficial el 31/7/2015.

²⁶² Dictada el 22/10/2015, publicada en el Boletín Oficial el 28/10/2015.

²⁶³ Dictada el 10/3/2016, publicada en el Boletín Oficial el 11/3/2016.

²⁶⁴ Dictada el 31/7/2020, publicada en el Boletín Oficial el 6/8/2020.

En el art. 284 de la versión original de la resolución general 7/2015, la Inspección General de Justicia estableció que se debían registrar los contratos de fideicomiso ante dicha inspección “...1. cuando al menos uno o más de los fiduciarios designados posea domicilio real o especial en jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y; 2. cuando acciones de una sociedad inscripta ante este Organismo formen parte de los bienes objeto del contrato de fideicomiso...”.

Incluía en su ámbito de aplicación solo los fideicomisos denominados “ordinarios” o “comunes”, y dejaba fuera de la misma todos los fideicomisos financieros sin efectuar distinciones.

Mientras la exclusión de los fideicomisos financieros con oferta pública resultaba lógica y fundada, ya que esos fideicomisos están reglamentados por la CNV —que los autoriza—, la de los fideicomisos financieros que no hacen oferta pública era inexplicable. No obstante, advirtiendo el error, la IGJ enmendó la omisión a través de la resolución general 9/2015 e incluyó en su ámbito de aplicación a los fideicomisos financieros que no hagan oferta pública²⁶⁵.

Antes de la reforma introducida por la resolución general 6/2016 se podía afirmar que la IGJ se había excedido en la reglamentación no solo por autoproclamarse la autoridad competente para llevar el Registro de Fideicomisos en todo el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, sino también por las exigencias y

²⁶⁵ Art. 284, resol. IGJ 7/2015 mod. por resol 9/2015, último párrafo: “...Se exceptúa de la competencia de este organismo la inscripción de los contratos de fideicomisos financieros que hacen oferta pública a tenor de lo dispuesto en los artículos 1690 y 1691 del Código Civil y Comercial de la Nación”.

extensión de esa reglamentación. En el sentido indicado la doctrina²⁶⁶ criticó que se hubiera arrogado “facultades legislativas” y calificó a la misma como excesiva de su competencia, precisando que: i) confundía el contrato de fideicomiso con una persona jurídica; ii) establecía exigencias no requeridas por la ley de fondo; iii) condicionaba la inscripción de bienes registrables a la previa registración ante la IGJ del contrato (v. gr. violaba la ley 17801); iv) imponía un registro de fiduciarios no previsto en el Código Civil y Comercial; v) invadía aspectos de reserva de los contratantes.

La resolución general IGJ 6/2016 derogó todo lo que excedía la competencia de ese organismo. Concretamente bajo su vigencia: i) se registraban en el Registro Público a cargo de la Inspección General de Justicia únicamente los contratos de fideicomiso y sus modificaciones, cuyos objetos incluyan acciones y/o cuotas sociales de sociedades inscriptas en ese Organismo (art. 284); ii) se eliminaron las obligaciones impuestas respecto de la contabilidad, el registro de fiduciarios, y el condicionamiento de la inscripción de bienes registrables a la previa registración del contrato.

No obstante, la mayoría de esas eliminaciones fueron restauradas²⁶⁷ por la resolución general IGJ 33/2020. Además, esta norma fijó los alcances del control de la IGJ respecto de toda inscripción relativa a fideicomisos. La autoridad “verificará, previo a practicarla, el efectivo cumplimiento de los requisitos de fondo y de forma impuestos por el Código Civil y Comercial de la Nación” (art. 3.º, resolución general IGJ 33/2020).

El régimen vigente es el siguiente:

²⁶⁶ KIPER, Claudio M. y LISOPRAWski, Silvio V., “Supresión del Registro de Contratos de Fideicomiso en la IGJ. La Res. Gral. 6/2016 es un ejemplo de sometimiento a la ley”, *La Ley*, 2016-B, p. 845.

²⁶⁷ Se amplió la competencia (arts. 1.º y 2.º), se condicionó nuevamente la inscripción en los registros de bienes muebles e inmuebles, se estableció el requisito de inscripción de estados contables.

I. *Competencia*²⁶⁸. Es competente la IGJ para la inscripción de los contratos de fideicomiso y sus modificaciones, incluido cualquier cambio de las partes intervinientes, cuando se configure cualquiera de los siguientes supuestos:

i) Al menos uno o más de los fiduciarios designados posea domicilio real o especial en jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

ii) Cuando acciones, incluidas las de Sociedades por Acciones Simplificadas, o cuotas sociales de una sociedad inscrita ante IGJ, o establecimientos industriales o comerciales ubicados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires cuya transmisión se rija por la Ley N° 11.867, formen parte de los bienes objeto del contrato de fideicomiso; o,

iii) Cuando existan bienes muebles o inmuebles que formen parte de los bienes objeto del contrato de fideicomiso ubicados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Se exceptúa de la competencia de ese Organismo la inscripción de los fideicomisos financieros que hacen oferta pública a tenor de lo dispuesto por los arts. 1690 y 1691 del Código Civil y Comercial.

II. *Inscripción previa a la transferencia*²⁶⁹. La inscripción en IGJ es de cumplimiento previo a la transmisión fiduciaria de bienes registrables en los registros que correspondan de conformidad con los arts. 1683 y 1684 del Código Civil y Comercial.

III. *Legitimación*²⁷⁰. El encargado de la inscripción es el fiduciario. De no solicitarla dentro del plazo de veinte días corridos de celebrado el contrato de fideicomiso o sus modificaciones, la inscripción podrá solicitarla indistintamente el fiduciante, el beneficiario o el fideicomisario.

²⁶⁸ Artículo 284.

²⁶⁹ Artículo 284.

²⁷⁰ Artículo 284.

IV. *Requisitos de inscripción.* Se establecen en el art. 285²⁷¹.

²⁷¹ “Artículo 285— A los fines de la registración de los contratos de fideicomiso y de sus modificaciones referidos en el artículo anterior, deberá presentarse ante este Organismo: 1. Primer testimonio de la escritura pública o instrumento privado original mediante el cual se formaliza el contrato y/o sus modificaciones, conforme las previsiones del artículo 1669 del Código Civil y Comercial de la Nación. 2. Dictamen precalificadorio emitido por escribano público o abogado, según la forma instrumental del contrato, que incluya: a. Datos del fiduciante, del fiduciario, del beneficiario y del fideicomisario, incluyéndose, según el caso, nombre y apellido, domicilio real o legal, documento de identidad o número de pasaporte si se trata de persona humana de nacionalidad extranjera; denominación social, datos de inscripción registral y sede social. Deberá dictaminarse su clave única de identificación tributaria (“C.U.I.T.”) o la clave única de identificación laboral (“C.U.I.L.”) o, en caso de que el fiduciario sea una persona humana de nacionalidad extranjera, deberá dictaminarse su clave de identificación (“C.D.I.”), otorgadas por la Administración Federal de Ingresos Públicos o por la Administración Nacional de la Seguridad Social en el caso del C.U.I.L. b. La identificación del beneficiario de conformidad con lo dispuesto por los artículos 1667, inciso d. y 1671 del Código Civil y Comercial de la Nación y por el artículo 50, inciso d. de la Resolución General I.G.J. N° 7/2015. c. La existencia de restricciones, limitaciones o condiciones al fiduciario para ejercer su facultad de disponer o gravar los bienes objeto del fideicomiso u obligarse en su carácter de tal frente a terceros. d. La aceptación del beneficiario y del fideicomisario para recibir las prestaciones del fideicomiso, en caso de que surja del instrumento mediante el cual se formaliza el contrato o de instrumento complementario al mismo. Si la aceptación se formaliza con posterioridad a la inscripción del contrato, deberá efectuarse la inscripción del instrumento de aceptación pertinente. e. En caso de que el fiduciario sea una persona jurídica local que posee domicilio fuera de la jurisdicción de la Inspección General de Justicia, deberá dictaminarse si se encuentra inscripta ante el Registro Público que corresponda según su domicilio.

V. *Ámbito de aplicación*. Se inscriben los contratos, las modificaciones contractuales, el cese y la sustitución del fiduciario, y la extinción del contrato²⁷².

VI. *Inscripción de resoluciones sociales*. Se regula la inscripción de resoluciones sociales en las cuales hayan participado titulares fiduciarios de acciones o de cuotas sociales ejerciendo derechos de voto²⁷³.

f. En caso de que el fiduciario sea una persona jurídica constituida en el extranjero, deberá dictaminarse si se encuentra inscripta en los términos de los artículos 118 o 123 de la ley N° 19550, individualizando los datos de registro. g. Nómina de los miembros del órgano de administración y de fiscalización, en su caso, de la sociedad fiduciaria. 3. Declaraciones juradas exigidas por los artículos 511 y 518 de la Resolución General I.G.J. N° 7/15, modificada por la Resolución General I.G.J. N° 9/15, como también la declaración jurada incluida como modelo en el Anexo XXVII de las Normas de la Inspección General de Justicia (artículo sustituido por Resolución General No 6/2016 de la Inspección General de Justicia, B.O. 11/03/2016)". (Artículo sustituido por Resolución General N° 6/2016 de la Inspección General de Justicia, B.O. 11/3/2016).

²⁷² "Artículo 287— Los requisitos del artículo 285 anterior se aplican en lo pertinente a la inscripción de modificaciones contractuales, la inscripción del cese del fiduciario por cualquiera de las causales del artículo 1678 del Código Civil y Comercial de la Nación y su sustitución, la extinción y toda otra inscripción que proceda".

²⁷³ "Artículo 288— Para la inscripción en este Registro Público de las resoluciones de asambleas de sociedades por acciones o de reuniones de socios de sociedades de responsabilidad limitada, inscriptas ante este Organismo, en las cuales hayan participado ejerciendo derechos de voto titulares fiduciarios de acciones o de cuotas sociales, respectivamente, deberá verificarse la previa inscripción del contrato de fideicomiso ante este Organismo y requerirse en los dictámenes de precalificación que deban emitirse, además de los requisitos que surgen de las previsiones

específicas contempladas en las Normas de la Inspección General de Justicia, que el profesional se expida sobre: a. Fecha y datos de registración del contrato de fideicomiso en este Organismo. b. Cantidad total de acciones y/o de cuotas sociales fideicomitidas y sus características. c. En el caso de las sociedades por acciones, fecha de la inscripción de la transmisión fiduciaria en el registro de acciones, aclarándose si dicha transmisión consta expresamente asentada en tal carácter. En el caso de las sociedades de responsabilidad limitada, el dictamen deberá expedirse sobre los datos de inscripción del trámite de cesión de cuotas que corresponda a dicha transmisión fiduciaria. d. En su caso, cantidad de acciones adquiridas conforme al artículo 1684 del Código Civil y Comercial de la Nación —incluidas acciones liberadas y de suscripción o acrecimiento posteriores—, características de las mismas y fecha de su inscripción en el registro de acciones, con la aclaración referida en el subinciso c. anterior acerca del carácter de dicha inscripción. En su caso, cantidad de cuotas sociales adquiridas en los mismos términos, con los datos de inscripción de su cesión conforme se requiere en el subinciso c. anterior. e. Si el fiduciante, fiduciario, beneficiario y, de existir, el fideicomisario son todos o alguno de ellos sociedad controlante, controlada o vinculada a la sociedad emisora de las acciones o de las cuotas sociales. f. Si el fiduciante, fiduciario, beneficiario y, de existir, el fideicomisario, es o son todos o alguno de ellos director, gerente, administrador, apoderado o empleado de la emisora o de sociedad controlante, controlada o vinculada a la sociedad emisora de las acciones o de las cuotas sociales. g. Si constan inscriptas o surgen del contrato restricciones, limitaciones o condiciones al fiduciario para ejercer facultades de disponer o gravar las acciones o las cuotas sociales, o para el ejercicio de determinados derechos de voto, reseñándose en caso afirmativo el contenido de las mismas. h. En caso de que se trate de un fideicomiso de garantía: a) Si el acreedor garantizado, o uno de ellos en caso de pluralidad, es fiduciario; b) Si el acreedor garantizado y/o el fiduciario son sociedad controlante, controlada o vinculada a la sociedad emisora”.

VII. *Régimen de contabilidad y publicidad del patrimonio fiduciario*²⁷⁴. Para el caso en que el contrato establezca “la obligación de emitir estados contables anuales como modo de rendición de cuentas del fiduciario”, se aplica en lo pertinente lo establecido con relación a las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, en el libro IV de las Normas de IGJ. También se establece que si la rendición de cuentas implica una modificación de la composición del patrimonio fiduciario deberá presentarse a inscripción el documento que lo refleje, conformado por el fiduciante, el beneficiario y/o el fideicomisario, según corresponda, o en su defecto la declaración jurada del fiduciario de haber mediado aprobación tácita de la rendición de cuentas con la que se relacione el documento por inscribir.

VIII. *Extinción*. Se establece y regula la inscripción de la extinción del fideicomiso registrado ante ese Registro Público²⁷⁵.

6.3.3.2.3 El “Registro Público de Contratos de Fideicomiso” en el ámbito de la Ciudad Autónoma

²⁷⁴ Artículo 289.

²⁷⁵ “Artículo 291— La extinción del fideicomiso registrado ante este Registro Público conforme las causales expresadas en el artículo 1697 del Código Civil y Comercial de la Nación, incluyendo cualquier otra causal prevista en el contrato, deberá registrarse en este Registro Público. A tal fin deberá presentarse: 1. Declaración jurada del fiduciario elevada a escritura pública o instrumento privado original con su firma certificada ante escribano público, informando la extinción del fideicomiso y su causa. 2. Dictamen pre-calificatorio emitido por escribano público o abogado, según la forma instrumental de la declaración jurada requerida en el inciso anterior, mediante el cual se deberá dictaminar si el fiduciario: a. entregó los bienes fideicomitados al fideicomisario o a sus sucesores; b. otorgó los instrumentos necesarios; y c. procedió con las inscripciones registrales que correspondían a los fines del subinciso a. precedente”.

de Buenos Aires. Decreto 300/15. El Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires creó el Registro Público de Contratos de Fideicomiso mediante el decreto 300/15²⁷⁶, el primero destinado con exclusividad a la registración de estos acuerdos. En su apoyo citó las facultades que le otorga la Constitución Nacional²⁷⁷ y la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires²⁷⁸. Se designó en ese decreto a la Secretaría Legal y Técnica como el organismo facultado para dictar normas reglamentarias y suscribir acuerdos para su implementación. Por su parte, la Secretaría Legal y Técnica mediante la resolución N° 566/SECLYT/1²⁷⁹ implementó el Registro Público de Contratos de Fideicomiso a través de un registro electrónico.

El 14 de octubre de 2015 se firmó un convenio de cooperación entre la Secretaría Legal y Técnica, y el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires²⁸⁰. Se establecen allí las pautas básicas operativas del registro creado. Se delegó la carga de documentos, datos e información en el Registro Público de Contratos de Fideicomiso a los escribanos en ejercicio de la función notarial en el

²⁷⁶ Publicado en el Boletín Oficial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el 14/10/2015.

²⁷⁷ Artículo 129.

²⁷⁸ Artículo 1.º.

²⁷⁹ Publicada en el Boletín Oficial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el 14/10/2015.

²⁸⁰ https://www.colegio-escribanos.org.ar/noticias/2015_10_14-CABA-Convenio-SECLYT-2015.pdf.

ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires matriculados en el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires²⁸¹.

Es observable que haya sido un decreto de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el que haya creado ese Registro. Sin embargo, se ha hecho notar²⁸² que la delegación de la función registral en el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires es un comienzo auspicioso.

6.3.3.2.4 Provincia de Córdoba: opinión del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Córdoba. Resolución 149 y posterior reglamentación de la inscripción de contratos de fideicomiso por resolución general 1/2017

El criterio adoptado en primer término por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Córdoba sobre la registración del contrato de fideicomiso quedó plasmado en la resolución 149 del 6 de octubre de 2015²⁸³. La ministra, al considerar las adaptaciones necesarias para la normativa de la Dirección General de Inspección de Personas Jurídicas en virtud de la modificación del Código Civil y Comercial, entendió que no sería este el organismo competente para registrar los contratos de fideicomiso.

En tal sentido, sostuvo que: i) no puede reglamentar dicho Ministerio sobre la creación del registro de contratos de fideicomiso,

²⁸¹ ZORZI LO RE, Andrés, “La reglamentación de la registración del contrato de fideicomiso”, *Revista Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios*, núm. 15, mayo 2016, 16/5/2016, IJ-XCVIII-288.

²⁸² KIPER, Claudio M. y LISOPRAWKI, Silvio V., “Supresión del Registro de Contratos de Fideicomiso en la IGJ. La Res. Gral. 6/2016 es un ejemplo de sometimiento a la ley”, op. y loc. cit.

²⁸³ Publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba el 7/10/2015.

ya que tal accionar sería atribuirse facultades legislativas que no le son propias; ii) al no crearse una persona jurídica mediante el contrato de fideicomiso, no es competencia de la Dirección de Inspección de Personas Jurídicas la registración de dichos contratos; iii) en tanto no es competente la Dirección de Inspección de Personas Jurídicas, lo será el Registro General de la Provincia u otro registro que deberá ser creado por ley.

También emitió opinión respecto a la reglamentación efectuada por la Inspección General de Justicia y manifestó que las decisiones adoptadas por dicho organismo no son vinculantes debido a que la competencia registral es de carácter jurisdiccional y corresponde a cada Provincia²⁸⁴.

Por último, concluyó, de manera elogiabile²⁸⁵, que al no ser competente la Dirección de Inspección de Personas Jurídicas, lo será el Registro General de la Provincia u otro registro que deberá ser creado por ley.

Posteriormente, con fecha 1/2/2017, se modificó el criterio a través de la resolución 1/2017 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Córdoba, y se estableció la competencia de la Dirección General de Inspección de Personas Jurídicas. Concretamente, la resolución en sus considerandos establece que corresponde a la Dirección General de Inspección de Personas Jurídicas el registro de los contratos de fideicomiso en el ámbito de la Provincia de Córdoba, con excepción de los fideicomisos financieros que hacen oferta pública a tenor de lo dispuesto por los arts. 1690 y 1691 del Código Civil y Comercial. La resolución 1/2017

²⁸⁴ ZORZI LO RE, Andrés, “La reglamentación de la registración del contrato de fideicomiso”, *Revista Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios*, op. y loc. cit.

²⁸⁵ Conf. KIPER, Claudio M. y LISOPRAWSKI, Silvio V., “Registración del contrato de fideicomiso. Registros de la IGJ y del GCBA”, *La Ley*, 2016-A, p. 1190.

regula todos los aspectos relativos a la registración del contrato de fideicomiso.

6.3.3.2.5 Provincia de Buenos Aires. Disposición N° 13/2016 de la Dirección Provincial de Personas Jurídicas de la Provincia de Buenos Aires

La Dirección Provincial de Personas Jurídicas de la Provincia de Buenos Aires con fecha 13/5/2016 por medio de la disposición 13/2016 denominada “Registración de los contratos de fideicomiso y sus modificaciones” reglamentó la registración del contrato de fideicomiso en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires. La disposición 13/2016 fue publicada en el B.O. el 24/6/2016.

Quedan comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la disposición 13, los contratos de fideicomiso regulados por el Capítulo 30 del Libro Tercero – Derechos Personales, Título IV – Contratos en particular del Código Civil y Comercial, que: i) se hayan celebrado con posterioridad al 1/8/2015 y ii) queden comprendidos en los siguientes supuestos: a) su objeto incluya acciones y/o cuotas sociales y/o partes de interés de sociedades inscriptas ante esta Dirección Provincial de Personas Jurídicas; o b) los bienes objeto del fideicomiso se encuentren en jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires; o, c) al menos uno de los fiduciarios designados posea domicilio en la Provincia de Buenos Aires; con excepción de los fideicomisos financieros que hacen oferta pública a tenor de lo dispuesto por los arts. 1690 y 1691 del Código Civil y Comercial. También se abarcan las modificaciones a los contratos de fideicomiso establecidas en el art. 7.º de la disposición 13/2016²⁸⁶.

²⁸⁶ Art. 7.º, Disposición 13/2016: “Deberán inscribirse ante esta Dirección Provincial de Personas Jurídicas -de conformidad con la presente -, las siguientes modificaciones: 7.1. La cesación del Fiduciario por alguna de las causales enumeradas en el artículo 1678 del Código Civil y Comercial de la Nación, o incluidas en el Contrato de Fideicomiso y su sustitución. Las causales de cesación se acreditarán de la siguiente forma:

En cuanto a la regulación específica, es interesante señalar que la inscripción del contrato de fideicomiso y sus modificaciones, deberá ser solicitada por el fiduciario y/o por los autorizados a tal

Las previstas en los incisos a) y d) del artículo 1678 Código Civil y Comercial de la Nación mediante oficio judicial dirigido a la Dirección Provincial de Personas Jurídicas. b) La prevista en el inciso b) del artículo 1678 Código Civil y Comercial de la Nación mediante certificado de defunción o sentencia judicial que declara la incapacidad, respectivamente. c) La prevista en el inciso c) del artículo 1678 Código Civil y Comercial de la Nación mediante acto administrativo expedido por autoridad competente. d) La prevista en el inciso e) del artículo 1678 Código Civil y Comercial de la Nación mediante nota con firma del fiduciario debidamente certificada. 7.2. Las adendas al contrato de fideicomiso -que no impliquen cesión de la posición contractual, adhesiones al contrato de fideicomiso posteriores a la inscripción y/o incorporación de nuevos bienes fideicomitados-, deberán registrarse ante esta Dirección Provincial de Personas Jurídicas mediante la presentación del instrumento público o privado con firma certificada por el que se formaliza la adenda al Contrato de Fideicomiso, en original y copia certificada, adecuado a la legislación de fondo, a las disposiciones vigentes ante esta Dirección Provincial de Personas Jurídicas y a las contenidas en la presente. 7.3. Las adhesiones al contrato de fideicomiso posteriores a la inscripción, cesiones de posición contractual, y/o incorporación de nuevos bienes fideicomitados al fideicomiso, serán registradas mediante declaración jurada que deberá presentar el fiduciario, según el formulario previsto a tal efecto, dentro de los treinta (30) días de acaecidos los supuestos antes mencionados. 7.4. Cuando se requiera registración de modificaciones a Contratos de Fideicomiso celebrados con anterioridad al 1ero de agosto de 2015, deberá registrarse el contrato de fideicomiso original dando cumplimiento con lo establecido en los artículos 2 y 3 de la presente disposición”.

efecto. De no solicitarla dentro del plazo de treinta días corridos de celebrado el contrato de fideicomiso y/o sus modificaciones, la inscripción podrá también ser solicitada, indistintamente, por el fiduciante, el beneficiario o el fideicomisario (art. 2.º).

Se establecen en el art. 3.º los requisitos de la registración. Por su parte, los arts. 4.º y 6.º imponen una obligación adicional a quien adquiera participaciones sociales con fondos provenientes de frutos de bienes fideicomitados o con el producto de actos de disposición y en los supuestos de cesión de cuotas, partes de interés, capital comanditado y comanditario. Se regula la inscripción de resoluciones sociales de asambleas de sociedades por acciones o de reuniones de socios (art. 5.º), de las modificaciones al contrato (art. 7.º) y de la extinción del contrato (art. 8.º).

6.4 Oponibilidad a terceros de la transferencia de bienes

Debe distinguirse la oponibilidad frente a terceros del “contrato” de fideicomiso de la calidad fiduciaria de la “propiedad”.

El carácter fiduciario de la propiedad (conf. art. 1683, Código Civil y Comercial) tiene efectos frente a terceros desde el momento en que se cumplen los requisitos exigidos de acuerdo con la naturaleza de los bienes respectivos (v. gr.: muebles, fungibles o no, consumibles o no consumibles, registrables o no, inmuebles, y los bienes u objetos inmateriales susceptibles de valor).

Es decir, las exigencias varían según sean las formalidades que la naturaleza de los bienes imponga. En este sentido, el art. 1684 del Código Civil y Comercial establece que cuando se trate de bienes registrables los registros correspondientes deben tomar razón de la transferencia fiduciaria de la propiedad a nombre del fiduciario.

Así, de ser los bienes fideicomitados inmuebles o muebles registrables bastará con su transmisión efectuada de conformidad con las normas del Código Civil y Comercial o ley complementaria de este último o la ley especial de que se trate, según sea el caso, y

de su inscripción constitutiva o declarativa en el registro que corresponda²⁸⁷.

Respecto de los inmuebles es útil recordar que la adquisición de derechos reales se concreta fuera del registro, pero ella no será oponible a terceros interesados y de buena fe hasta que se concrete un supuesto de publicidad suficiente (art. 1893, Código Civil y Comercial).

Cuando los bienes fideicomitidos sean créditos bastará para la oponibilidad a terceros la cesión y la notificación al deudor cedido (arts. 1618, 1619 y 1620, Código Civil y Comercial), teniendo en cuenta, en su caso, lo normado por los arts. 70 a 72, ley 24441. Si se trata de acciones, cuotas y partes de interés, será suficiente el contrato de cesión, la notificación a la sociedad (con efecto *inter partes*), y la registración en el Registro Público para su oponibilidad a terceros (arts. 152 y 215, ley 19550). Si fueran otros títulos valores (a la orden, al portador o nominativos, endosables o no), corresponderá observar las formalidades exigidas por su respectiva ley de circulación.

En todo caso se debe hacer constar no solo la transferencia de la propiedad, sino también su calidad fiduciaria para que tenga lugar la oponibilidad a terceros interesados²⁸⁸.

Este requisito surge claramente del art. 1684 del Código Civil y Comercial que, al referirse a la necesidad de registración, establece

²⁸⁷ Véase MAURY DE GONZÁLEZ, Beatriz, en MAURY DE GONZÁLEZ, Beatriz (Directora) *Tratado Teórico-Práctico de Fideicomiso*, cit., p. 136: “El art. 13 no distingue por lo que quedan comprendidos tanto los bienes sujetos a inscripción declarativa (inmuebles) como constitutiva (automotores)”.

²⁸⁸ Véase HIGHTON, Elena I., en BUERES, Alberto J. (Director) y HIGHTON, Elena I. (Coordinador), *Código Civil y normas complementarias*, cit., tomo 5 A, p. 773. Cabe destacar que esta autora trata en forma específica el caso de transmisión de inmuebles.

que “...deben tomar razón de la transferencia fiduciaria”, y luego al tratar la subrogación real, agrega: “...adquiere la propiedad fiduciaria (...) debiéndose dejar constancia de ello en el acto de adquisición y en los registros pertinentes”. Concordantemente, el decreto 780/95 del Poder Ejecutivo Nacional dispone que tanto en las anotaciones registrales como en los balances, se deberá hacer constar la condición de propiedad fiduciaria con la indicación “en fideicomiso”.

Bajo la legislación derogada parte de la doctrina sostenía²⁸⁹ que la expresión de que se deberá dejar tal constancia de la calidad fiduciaria en el “acto de adquisición” es poco feliz, pues presume la necesidad de un contrato escrito y circunstanciado en todas las compraventas y cesiones, exigencia que carece de sentido en múltiples supuestos (operaciones bursátiles, inversiones inmobiliarias, etc.). La situación se complica aún más cuando se trata de títulos al portador, o de dinero en efectivo, ya que la sola tradición bastará.

El art. 1684 del Código Civil y Comercial recepta el principio de subrogación real. Por ello, luego de mencionar que “excepto estipulación en contrario del contrato, el fiduciario adquiere la propiedad fiduciaria de los frutos y productos de los bienes fideicomitidos”, preceptúa que tal incorporación al patrimonio fideicomitado se extiende a “los bienes que adquiera con esos frutos y productos o por subrogación real respecto de todos esos bienes”. En esos supuestos también habrá que hacer constar el carácter fiduciario de la propiedad en los registros que correspondan a la naturaleza de los bienes.

²⁸⁹ GIRALDI, Pedro M., *Fideicomiso*, cit., p. 111.

CAPÍTULO II

POSICIÓN JURÍDICA DEL FIDUCIARIO. CALIFICACIONES Y RELACIONES

1 PLAN

En el Capítulo I analicé los aspectos que en mi visión constituyen los fundamentos del deber de responder del fiduciario con la mirada puesta en el fideicomiso en sí mismo. Lo hice con abstracción de las particularidades que puede asumir la posición jurídica del fiduciario con el objetivo de captar los rasgos que son comunes a todos los fideicomisos contractuales y “ordinarios” o “comunes”.

Ahora afrontaré la temática de la calificación del fiduciario, para advertir sus distintos encuadramientos y allanar el camino a efectos de denotar sus proyecciones en el ámbito del deber de responder¹. Incluso, ponderaré cuándo el fiduciario califica como proveedor en el marco de una relación de consumo, en virtud de las importantes consecuencias que podrían derivarse.

Además, me ocuparé de la cuestión de las “coincidencias” del fiduciario con otras posiciones jurídicas para establecer cuáles identidades están vedadas y valorar especialmente la concurrencia subjetiva permitida, esto es, que la persona del fiduciario sea, a la vez, beneficiario del fideicomiso.

¹ Véase Capítulo IV.

Luego abordaré la vinculación de la titularidad del patrimonio separado con ciertas vicisitudes que puede atravesar el fiduciario con el objetivo de que se advierta que la separación patrimonial que hace a la esencia de la figura no está dispuesta especialmente en tutela de él, sino de las restantes posiciones jurídicas y aun de otros terceros. Como en el Capítulo I realicé un análisis eminentemente “estático” del patrimonio separado, aquí concretaré el dinamismo que revela la universalidad jurídica afectada.

2 POSICIÓN JURÍDICA DEL FIDUCIARIO

2.1 Generalidades

El fiduciario ocupa la posición jurídica central del contrato de fideicomiso, porque a él se le transmiten fiduciariamente los bienes que conforman el patrimonio especial fiduciario. Es un elemento esencial del contrato tanto en su génesis como en su funcionamiento.

El Código Civil y Comercial, al igual que lo hacía la derogada ley 24441, distingue los supuestos en que se requiere la existencia de un fiduciario profesional –o especializado– de aquellos en los que tal calidad no es exigible, como acontece en todos los fideicomisos “ordinarios” o “comunes” en los que puede ser fiduciario cualquier persona humana o jurídica.

De este modo, nuestra legislación se aparta del modelo adoptado por la LGTOC mexicana que desde 1932 establece el requisito de especialización del fiduciario. En esa legislación solo pueden ser instituciones fiduciarias las expresamente autorizadas para ello conforme a la ley².

² Art. 385, LGTOC: “Solo pueden ser instituciones fiduciarias las expresamente autorizadas para ello conforme a la ley. En el fideicomiso podrán intervenir varias instituciones fiduciarias para que conjunta o

En el mismo sentido solo permiten que este rol esté desempeñado por sujetos que cumplan determinados estándares, por ejemplo, la ley de Venezuela³, la ley de Panamá según modificación por ley 21 del 2017⁴, el Código de Comercio de Colombia⁵, la ley de República Dominicana⁶, el Código de

sucesivamente desempeñen el cargo de fiduciario, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de substituirse. Salvo lo que se prevea en el fideicomiso, cuando por renuncia o remoción la institución fiduciaria concluya el desempeño de su cargo, deberá designarse a otra institución fiduciaria que la substituya. Si no fuere posible esta substitución, el fideicomiso se dará por extinguido”.

³ Art. 12, ley de fideicomiso de Venezuela: “Solo podrán ser fiduciarios las instituciones bancarias y las empresas de seguros constituidas en el país, a las cuales conceda autorización para ello el Ejecutivo Nacional, por Resolución del Ministerio de Hacienda o de Fomento, respectivamente...”.

⁴ El art. 12, ley 21/2017 de Panamá, establece que solo podrán actuar como fiduciarios las personas naturales o jurídicas, que hayan obtenido licencia ante la Superintendencia de Bancos de Panamá, salvo las excepciones que específicamente establece la ley. Todo aquel que, antes de entrar en vigencia la ley, se encuentre actuando como fiduciario, tendrá 6 meses para solicitar una licencia, cumpliendo los requisitos respectivos.

⁵ Art. 1226, Código de Comercio de Colombia: “...Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios”.

⁶ Art. 25, ley 189/2011 de República Dominicana: “Personas jurídicas facultadas a fungir como fiduciarios. Sólo podrán fungir como fiduciarios y realizar el negocio de fideicomiso las personas jurídicas constituidas de conformidad con las leyes de la República Dominicana, cuyo fin exclusivo sea actuar como tales, las administradoras de fondos de inversión, los

Comercio de Bolivia⁷, el Código de Comercio de Honduras⁸, y el Libro II –Ley de Mercado de valores– del Código orgánico monetario y financiero de Ecuador⁹.

intermediarios de valores, los bancos múltiples, las asociaciones de ahorros y préstamos, y otras entidades de intermediación financiera previamente autorizadas a esos fines por la Junta Monetaria. Párrafo I.- Las administradoras de fondos de inversión establecidas de conformidad con la Ley sobre Mercado de Valores, su reglamento y normas complementarias, fungirán como fiduciarias únicamente respecto de los fondos de inversión que estén bajo su administración, guardando para ello el manejo separado de los patrimonios que administren. Párrafo II.- Los intermediarios de valores establecidos de conformidad con la Ley sobre Mercado de Valores, su reglamento y normas complementarias, podrán fungir como fiduciarios únicamente respecto de las carteras que administren en los casos en que tales carteras se constituyan en fideicomisos. Párrafo III.- Las personas jurídicas constituidas en la forma de sociedades de conformidad con las leyes de la República Dominicana, cuyo fin exclusivo sea fungir como fiduciarios, deberán registrarse en la Dirección General de Impuestos Internos, informar sobre el inicio de sus operaciones y cumplir con todas las disposiciones establecidas en el presente Capítulo, así como las que sean establecidas en el reglamento y normas complementarias que en un plazo no mayor de sesenta (60) días calendarios deberá adoptar la Dirección General de Impuestos Internos para estos fines, correspondiendo a ese organismo la supervisión de esos fideicomisos, sin perjuicio de la supervisión que corresponda al tipo de entidad de que se trate. Párrafo IV.- En el caso de que el uso del fideicomiso esté asociado a actividades vinculadas a oferta pública de valores y productos, la supervisión estará a cargo de la Superintendencia de Valores, acorde a lo establecido en el Párrafo I del Artículo 60 de la presente ley”.

⁷ Art. 1409, Código de Comercio de Bolivia: “Por el fideicomiso una persona, llamada fideicomitente, transmite uno o más bienes a un Banco,

Sin perjuicio de que el Código Civil y Comercial adopta un modelo amplio en los fideicomisos “ordinarios” o “comunes”, existen hipótesis en las que esta nota se configura en orden a las peculiaridades de determinados contratos en los que se “elige” como fiduciario, por ejemplo, a una entidad financiera o a un profesional cuya especialización coincide con el objeto de ese contrato de fideicomiso (v.gr., un arquitecto en un fideicomiso inmobiliario, un empresario de cobranzas en un fideicomiso de administración para esos fines, un ingeniero agrónomo en un fideicomiso que tiene por objeto una explotación agropecuaria, etc.).

En estos casos, son aplicables las reglas elaboradas por la doctrina para la responsabilidad profesional, ya que concurren sus requisitos: condición de experto en una determinada área del

llamado fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada en provecho de aquél o de un tercero llamado beneficiario”.

⁸ Art. 1040, Código de Comercio de Honduras: “Solo podrán ser fiduciarios los establecimientos bancarios expresamente autorizados para ello”.

⁹ Art. 97, Libro II de la “Ley de Mercado de valores” integrante del Código orgánico monetario y financiero de Ecuador: “Del objeto y constitución.- Las administradoras de fondos y fideicomisos deben constituirse bajo la especie de compañías o sociedades anónimas. Su objeto social está limitado a: a) Administrar fondos de inversión; b) Administrar negocios fiduciarios, definidos en esta Ley; c) Actuar como emisores de procesos de titularización; y, d) Representar fondos internacionales de inversión. Para ejercer la actividad de administradora de negocios fiduciarios y actuar como emisora en procesos de titularización, deberán sujetarse a las disposiciones relativas a fideicomiso mercantil y titularización que constan en esta Ley”,

saber humano con fundamentos científicos, técnicos o prácticos¹⁰, la habitualidad, la reglamentación de la actividad, el requisito de habilitación, y la presunción de onerosidad. Ahora bien, corresponderá analizar en cada caso concreto si media superioridad del fiduciario y el carácter de profano en las restantes posiciones jurídicas intervinientes en el fideicomiso¹¹, especialmente, en la del fiduciante.

Por otra parte, cuando el fiduciario actúe en una relación de consumo, se le aplicarán las normas específicas sobre responsabilidad del estatuto del consumidor. De allí que sea inexorable un encuadramiento de esta temática.

Me ocuparé sucesivamente de las calificaciones del fiduciario como “no profesional”, como “profesional” y, por último, de las particularidades que adquiere su actuación en el marco de las relaciones de consumo.

2.2 Fiduciario no profesional

La regla general es que pueden ser fiduciarios las personas humanas y las personas jurídicas con capacidad para ejercer sus funciones que, en orden a la naturaleza de su gestión, será la capacidad plena para contratar (art. 1673, Código Civil y Comercial). Esta regla general aplica a los denominados fideicomisos “comunes” u “ordinarios”. Quedan excluidos los fideicomisos financieros, hagan o no oferta pública.

No obstante, el supuesto de los fideicomisos financieros sin oferta pública requiere que se efectúen algunas precisiones, pues

¹⁰ 5ª Jornadas Rioplatenses de Derecho Civil desarrolladas en San Isidro (Provincia de Buenos Aires) los días 15 al 17 de junio de 1989. Agregado a la Rec. 2 de la Com. I de Richetti y Rochtein, con la adhesión de Taiah, A. A. Alterini, López Cabana, Laplacette y Cabrera.

¹¹ Conf. CARREGAL, Mario A., *Fideicomiso. Teoría y aplicación a los negocios*, cit., p. 181.

el requisito legal de especialización del fiduciario en estos casos fue eliminado por la ley de financiamiento productivo N° 27440, que modificó en este aspecto el art. 1673 del Código Civil y Comercial.

Desde la entrada en vigor de esa ley, se podría entender que solo se exige profesionalidad en el fiduciario financiero cuando se trate de fideicomisos financieros que hagan oferta pública, pues la norma citada textualmente dice: “Solo podrán actuar como fiduciarios en fideicomisos financieros que cuenten con autorización de oferta pública de sus títulos valores las entidades financieras o aquellas sociedades que se encuentren inscriptas en el registro de fiduciarios financieros del organismo de contralor del mercado de valores”.

Empero, el nuevo texto se contrapone con lo dispuesto por el art. 1690 del Código Civil y Comercial que exige la existencia de un fiduciario especializado tanto para los fideicomisos financieros con oferta pública como para aquellos fideicomisos financieros que no hacen oferta pública: “Fideicomiso financiero es el contrato de fideicomiso sujeto a las reglas precedentes, en el cual el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por el organismo de contralor de los mercados de valores para actuar como fiduciario financiero, y beneficiarios son los titulares de los títulos valores garantizados con los bienes transmitidos”.

Hasta tanto se subsane legislativamente la contradicción señalada, entiendo que se deberá priorizar la norma especialmente destinada a la regulación de los fideicomisos financieros (art. 1690), que exige la especialización del fiduciario tanto para el fideicomiso financiero con oferta pública como para aquel que no la tiene (arg. art. 963, Código Civil y Comercial). Esta interpretación también es coherente con las competencias y conocimientos especiales que requiere la actividad que debe llevar a cabo un fiduciario financiero, sea que emita o no los títulos valores con oferta pública.

Por otra parte, a partir de la ley de financiamiento productivo N° 27440 tampoco se exigen requisitos especiales para aquellos fiduciarios que hagan oferta al público de sus servicios. La norma citada modificó el art. 1673 del Código Civil y Comercial que establecía que solo podían ofrecerse al público para actuar como fiduciarios las entidades financieras autorizadas a funcionar como tales sujetas a las disposiciones de la ley respectiva y las personas jurídicas que autorice el organismo de contralor de los mercados de valores. Es decir, ante el nuevo texto del art. 1673 no existe fundamento legal para exigir de modo general a los fiduciarios que hagan oferta al público de sus servicios la especialización a esos fines (v.gr., como sucedió con los Registros de Fiduciarios Ordinarios Públicos de la CNV).

Sin perjuicio de los requisitos legales expuestos, en cada fideicomiso en particular se podrá presentar la existencia de un fiduciario profesional, como se analiza seguidamente.

2.3 Fiduciario profesional

2.3.1 Planteamiento

La profesionalidad del fiduciario se debe abordar desde dos ópticas.

Por un lado, debe ponderarse la capacidad exigida por la ley para ser fiduciario de un fideicomiso financiero. Por el otro, en los fideicomisos no financieros, en los que puede ser fiduciario cualquier persona humana o jurídica, corresponde en cada fideicomiso concreto considerar el grado de especialización del fiduciario de acuerdo con el objeto y la finalidad del fideicomiso.

2.3.2 En el fideicomiso financiero

Solo puede ser fiduciario de un fideicomiso financiero una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por el organismo de contralor de los mercados de valores para actuar

como fiduciario financiero, que en la actualidad está conformado por la Comisión Nacional de Valores (CNV).

El art. 1690 del Código Civil y Comercial impone este requisito tanto para los fideicomisos que hacen oferta pública, como para aquellos que no.

Ahora bien, al tratar el caso de los fiduciarios no profesionales, adelanté que el art. 1673 según ley 27440 solo impone el requisito de especialización del fiduciario para los fideicomisos financieros que hacen oferta pública (art. 1691, Código Civil y Comercial). No obstante, teniendo en cuenta que la norma específica que regula los fideicomisos financieros (art. 1690, Código Civil y Comercial) exige esta especialización del fiduciario en todos los casos, debe prevalecer la ley especial.

En idéntico sentido, de acuerdo con las normas de la CNV, según texto ordenado de 2013 (art. 6º, Secc. III, Cap. IV, Tít. V) que regula los fideicomisos financieros con oferta pública, solo pueden actuar como fiduciarios financieros las entidades financieras autorizadas a actuar como tales en los términos de la ley 21526 y las sociedades anónimas constituidas en el país. Estas sociedades deben cumplir los requisitos que impone el organismo de contralor para ser inscriptas por la CNV en el Registro de Fiduciarios Financieros (art. 7º, Secc. IV, Cap. IV, Tít. V, Normas CNV).

2.3.3 En el fideicomiso común

En los fideicomisos no financieros, aunque no existe prescripción legal, se puede asistir a hipótesis de fiduciarios profesionales en aquellos fideicomisos en los que se los haya designado teniendo en cuenta la especialidad del objeto y de la finalidad del contrato.

Así, pueden existir fideicomisos con objeto inmobiliario en los que el fiduciario sea un arquitecto, una constructora, un desarrollista; fideicomisos agropecuarios en los que el fiduciario

sea un ingeniero agrónomo o una empresa especializada en esos temas; fideicomisos de administración y cobro o de recupero de carteras de créditos en los que el fiduciario sea una entidad financiera, una empresa especializada, un contador, un abogado, entre otros. En estos casos, también tendrá incidencia la especial idoneidad de los sujetos en orden a la finalidad del fideicomiso.

2.4 Fiduciario en la relación de consumo

2.4.1 Concepto de relación de consumo

El art. 42 de la Constitución Nacional, a partir de la reforma de 1994, establece: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno...”.

La “relación de consumo” es el eje de la norma constitucional en torno a la cual se reconocen los derechos específicos de los consumidores¹². Es decir, la noción a partir de la cual se delimita el ámbito de aplicación de la normativa de consumo.

La definición de relación de consumo fue incorporada por la reforma del año 2008 introducida por la ley 26361 al art. 3.º de la ley 24240 y con idéntica extensión luego fue receptada en el art. 1092 del Código Civil y Comercial que dice: “Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor”¹³.

¹² Véase GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 4ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2013, pp. 580 y ss., esp. pp. 583 y 584; QUIROGA LAVIÉ, Humberto, BENEDETTI, Miguel A. y CENICACELAYA, M^a de las Nieves, *Derecho Constitucional argentino*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, tomo I, p. 311.

¹³ El Código introduce tal noción inexplicablemente en el Título III del Libro III denominado “Contratos de consumo”, específicamente en su

Cuando la ley define a la “relación de consumo” como el “vínculo jurídico” adopta una posición sobre su naturaleza jurídica, pues “vínculo jurídico” es una expresión lingüística equivalente a “relación jurídica”¹⁴.

Se trata de una relación jurídica o vínculo jurídico –como lo definen los arts. 3.º, ley 24240, y 1094, Código Civil y Comercial–, lo que “implica una unión entre personas ‘respecto’ de un objeto”¹⁵ a quienes el ordenamiento jurídico les reconoce facultades para satisfacer sus intereses.

Los elementos de la relación jurídica de consumo son los sujetos, que se denominan como consumidor y proveedor –arts. 1.º, 2.º y 3.º, ley 24240, y arts. 1092, 1093 y 1094, Código Civil y Comercial–, y el objeto o prestación –arts. 725 y 865, Código Civil y Comercial–¹⁶.

capítulo I “Relación de consumo”. No hay duda de que no solo el contrato puede ser fuente de la relación jurídica de consumo.

¹⁴ Conf. ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, Francisco J., *Tratado de las obligaciones*, La Ley, Buenos Aires, 2020, tomo I, p. 134; LAFAILLE, Héctor, en LAFAILLE, Héctor, BUERES, Alberto J. y MAYO, Jorge A., *Tratado de las obligaciones*, 2ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, tomo I, p. 19; TRIGO REPRESAS, Félix A., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo IV, p. 11.

¹⁵ ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, Francisco J., *Tratado de las obligaciones*, cit., tomo I, p. 47. Véase también GATTI, Edmundo, *Derechos subjetivos y relaciones jurídicas*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 132.

¹⁶ Conf. ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, Francisco J., *Tratado de las obligaciones*, cit., tomo I, p. 54. Comp. LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 4ª edición actualizada por Patricio Benegas, Perrot, Buenos Aires, 1983, tomo I, pp. 18 y ss., quien considera

Parte de la doctrina¹⁷ que entiende que la fuente también constituye un elemento de la obligación considera que la relación de consumo es una definición normativa que se determina a partir de los elementos que la componen: sujetos, objeto y fuente.

Otros autores¹⁸ apuntan que “habrá relación de consumo siempre que exista un sujeto que encuadre su situación en los arts. 1.º, LDC, o 1092, CCyCN, como consumidor y que, de alguna manera y por cualquier causa, tenga derechos o pueda exigir el cumplimiento de obligaciones a otro sujeto que, a su vez, sea un proveedor en los términos del art. 1, LDC”.

Con similar orientación, se la ha definido como “la relación jurídica que se integra entre aquel que asume un deber jurídico frente al que ostenta un derecho subjetivo”¹⁹, poniendo de relieve

elementos de la obligación a los sujetos, el objeto y la fuente. En idéntico sentido, COLMO, Alfredo, *De las obligaciones en general*, 3ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961, pp. 6 y 7, quien los divide en subjetivos y objetivos. BUERES, Alberto J., *Objeto del negocio jurídico*, Hammurabi, Buenos Aires, 1986, pp. 32 y ss., divide entre elementos de la estructura interna de la obligación –sujetos, objeto y vínculo– y elementos de la estructura externa –fuente–.

¹⁷ LORENZETTI, Ricardo L., “La relación de consumo. Ámbito de aplicación de la ley de defensa del estatuto del consumidor”, en LORENZETTI, Ricardo L. y SCHOTZ, Gustavo (Coordinadores), *Defensa del consumidor*, Ábaco, Buenos Aires, 2003, p. 65.

¹⁸ CHAMATRÓPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto del consumidor comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2016, tomo I, p. 199.

¹⁹ RINESSI, Antonio J., *Relación de consumo y derechos del consumidor*, Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 3: “No hay dudas de que la consabida relación prescinde de su fuente, por cuanto ella está aprehendiendo el contenido, independientemente del hecho generador que le ha dado nacimiento”.

que la fuente no integra los elementos de la relación jurídica de consumo.

Por mi parte, entiendo que la fuente –que es la que da nacimiento a la relación jurídica– no puede ser un elemento de ella²⁰. Por ello, caracterizo a la relación de consumo como el vínculo jurídico que se configura cuando se presentan todos sus elementos: los sujetos –consumidor y proveedor– y su objeto –la prestación–.

2.4.2 El contrato como fuente de la relación de consumo

Unas de las fuentes de la relación de consumo son los actos jurídicos bilaterales o plurilaterales. El contrato, en tanto acto jurídico bilateral o plurilateral, es fuente de la relación de consumo (art. 957, Código Civil y Comercial).

La ley 24240 ni el Código Civil y Comercial establecen una categoría de contratos de consumo, sino que caracterizan a la contratación con algunas exigencias o requisitos a fin de tutelar al consumidor.

²⁰ Conf. ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, Francisco J., *Tratado de las obligaciones*, cit., tomo I, p. 53: “Nada externo al ‘ser’ puede considerarse como elemento; en esa línea de ideas, la fuente u origen de la obligación hace a su nacimiento, pero de ninguna manera a su conformación”.

Esta imposibilidad fáctica de que la fuente que da origen a una relación jurídica sea a su vez parte integrante o elemento de la misma, ha sido reflejada de algún modo por parte de la doctrina que refiere a la misma como la estructura externa de la obligación por oposición a la estructura interna –sujetos, objeto y vínculo– (BOFFI BOGGERO, Luis M., “Obligaciones (concepto general)”, en *Enciclopedia jurídica Omeba*, Tomo XX, §23), y a elementos esenciales internos –sujetos, objeto y vínculo– y externos –fuente– (BUERES, Alberto J., *Objeto del negocio jurídico*, cit., pp. 32 y ss.).

Los contratos de consumo no son una especie de contrato típico, al lado de la compraventa u otros, sino una categoría general que comprende una pluralidad de figuras²¹.

Similar temperamento se adopta en el derecho brasileiro²², pionero en la materia. La doctrina²³ de ese país considera que a partir de lo normado por los arts. 2.º y 3.º del Código de defensa del consumidor se establece un nuevo régimen legal para todas las especies de contratos (excluidos los de trabajo), que incluye a los consumidores y proveedores de bienes, no importando si existe ley específica que los regule (como el contrato de locación), pues las normas de orden público (art. 1.º) establecen parámetros mínimos de buena fe y transparencia a ser seguidos obligatoriamente en el mercado brasileiro.

En virtud de tal orientación en doctrina²⁴ se distingue entre contratos de consumo y contratos de contenido predispuesto, de adhesión, o sujetos a condiciones generales, y los contratos paritarios y discrecionales.

²¹ Conf. MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Contratos en general en el proyecto de reformas al Código Civil Argentino del 1998”, JA, 2000-II-786.

²² Conf. FERNÁNDEZ, Raymundo L., GÓMEZ LEO, Osvaldo R., y AICEGA, M^a Valentina, *Tratado teórico práctico de derecho comercial*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, tomo II-B, “El Mercado. Derecho del consumidor y del usuario”, p. 803.

²³ LIMA MARQUES, Claudia, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*, 5º ed., Instituto brasileiro de política e direito do consumidor, Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2006, p. 426.

²⁴ LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, Rubinzal Culzoni, Santa fe, 1999, tomo I, p. 145.

El contrato de consumo podrá configurarse en el caso de contratos bilaterales, pero también en contratos que nacen como bilaterales, pero devienen en plurilaterales. Este es el caso del fideicomiso que a tenor de la pluralidad de vínculos podrá ser fuente de una relación de consumo para todos o algunos de los fiduciantes–beneficiarios–fideicomisarios respecto del proveedor–fiduciario.

2.4.3 Las relaciones de consumo en el contrato de fideicomiso

2.4.3.1 Encuadramiento

El contrato de fideicomiso en cuanto tal no puede ser calificado como contrato de consumo, pues el fiduciario en ningún caso adquiere los bienes como destinatario final en los términos de los arts. 1.º, ley 24240 y 1092, Código Civil y Comercial, sino que, por el contrario, lo hace como propietario fiduciario de bienes que integran un patrimonio separado que no lo enriquece personalmente. Él “administra” ese patrimonio para el cumplimiento de una finalidad; v.gr. la construcción de un edificio con financiamiento externo, o financiando la obra con los “aportes” de los fiduciantes. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, en los fideicomisos con objeto inmobiliario²⁵ que, además, pueden tener distintas configuraciones²⁶.

²⁵ Véase, entre otros, CARREGAL, Mario A., *Fideicomiso*, Heliasta, Buenos Aires, 2011, pp. 377 a 380; LISOPRAWSKI, Silvio V., “Fideicomisos de construcción ‘al costo’”, *La Ley*, 2011–F, p. 1055; MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “La protección jurídica del adquirente de unidades funcionales y el fideicomiso inmobiliario”, *La Ley*, 2007–E, p. 1288; RONDINA, Homero y RONDINA, Gerardo, *El fideicomiso en la construcción. Manual teórico–práctico*, Valletta ediciones, Florida, 2007; ETCHEGARAY, Natalio P., *Boleto de compraventa*, 3ª edición, Buenos Aires, Astrea, 2002, pp. 277 a 293; LISOPRAWSKI, Silvio V., “Fideicomisos inmobiliarios. Oferta pública

En cambio, a partir de la constitución de un contrato de fideicomiso se pueden establecer relaciones de consumo en las que el fiduciario revista el carácter de proveedor y las personas que integran las posiciones jurídicas de beneficiario y de fideicomisario califiquen como consumidores. Solo para facilitar la exposición se denominará en algún caso al contrato como de consumo.

La configuración del carácter de consumidor se puede presentar en las relaciones internas entre las distintas posiciones jurídicas, o bien en las relaciones externas que establezca el fiduciario con terceros como titular fiduciario de los bienes fideicomitidos. Se admite tanto a nivel jurisprudencial²⁷ como

de fideicomisos ‘no financieros’”, La Ley, 2007–D, p. 911, ver punto II; PAPA, Rodolfo G., “Validez del fideicomiso inmobiliario ‘al costo’”, La Ley, 2019–B, p. 1243, en particular punto II; BORETTO, Mauricio, “El fideicomiso inmobiliario operando en la práctica”, LLGran Cuyo2013 (diciembre), p. 1164.

²⁶ Véase, en otros: CNCiv., sala G, 06/03/2009, “Alegre, Guillermo Walter y otro c. Compañía Argentina de Servicios Hipotecarios S.A. Cash y otro”, AR/JUR/3927/2009, STJ Jujuy, 22/03/2007, “Llina, Gustavo A. v. Banco Hipotecario S.A.”, Cita Online: 70064995; CNCiv., sala J, 20/09/2012, “Cons. de Prop. Avenida Garay n° v. TGR Hipotecaria S.A. y otro”, RDCO 2013–A–843, AP/JUR/3908/2012; CNCom., sala F, “Brozzoni, Gabriela Isabel c. Eidicoop S.A. (Emprendimientos Inm. de Int. Coop. S.A.) s/ ordinario”, AR/JUR/78858/2014; CNCiv., sala L, 03/11/2018, “B., M. B. c. Nouvel Sociedad Fiduciaria SRL y otro s/ cumplimiento de contrato”, LA LEY 18/03/2019, 3, AR/JUR/79981/2018.

²⁷ CNCont. Adm. Fed., sala II, 14/06/2005, “Banco Hipotecario S.A. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, SJA 3/5/2006; JA 2006–II–342, Cita Online: 35002028; CNCiv., sala H, 19/10/2006, “Baredes, Guido M. c. Torres de Libertador 8000 S.A. y otro”, La Ley Online, Cita Online: AR/JUR/16231/2006; CCiv. Com. y Contenciosoadministrativo RioCuarto 1aNom), 22/12/2016, “Milloch, Hugo Jorge c. Seidl, Lilia Alfonsina

doctrinario²⁸ la aplicación de la normativa del derecho de consumo respecto de los contratos de fideicomiso y sus derivaciones.

Luego, para calificar el contrato de fideicomiso –en rigor a algunas relaciones– como de consumo corresponderá observar las distintas posiciones jurídicas y cuál es la relación subyacente entre: i) el fiduciante y el beneficiario; ii) el beneficiario y el fiduciario; iii) el fiduciante y el fideicomisario; y iv) el fiduciario y el fideicomisario. Esto es así porque la posición del proveedor (arts. 2.º, ley 24240, y 1093, Código Civil y Comercial) estará ocupada por el fiduciario del fideicomiso. Empero, puede suceder –y es lo habitual– que el contrato de fideicomiso tenga pluralidad de fiduciantes, beneficiarios o fideicomisarios, y que existan algunas relaciones jurídicas de consumo y otras que no lo sean. En estos casos, habrá que calificar cada uno de los vínculos jurídicos existentes por separado.

En consideración de lo expuesto, me ocuparé de analizar los vínculos jurídicos que se pueden establecer en el contrato de fideicomiso y que son susceptibles de configurar una relación de consumo para que se pueda comprender en qué contexto tiene relevancia que el fiduciario califique como proveedor.

2.4.3.2 Concepto de consumidor

2.4.3.2.1 Consumidor directo

Viviana y Otros *s/ ordinario*”, La Ley Online; AR/JUR/102881/2016; CApel. Comodoro Rivadavia, sala B, 02/09/2015, “C., Ch. R. y otra c. A. J. A. M. y S. y otras *s/ daños y perjuicios*”, LLPatagonia 2016 (febrero), 17/02/2016, 76, AR/JUR/47816/2015; C6a Apel. Civ. y Com. Córdoba, 14/04/2016, “Ahumada, Mariela Florencia c. Oliver Group S.A. y Otro *s/ ordinario – otros – recurso de apelación*”, AR/JUR/16938/2016.

²⁸ MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “La protección jurídica del adquirente de unidades funcionales y el fideicomiso inmobiliario”, *op. y loc. cit.*

Para los arts. 1.º, ley 24240, y 1092, Código Civil y Comercial, “consumidor es toda persona humana o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social” y “queda equiparado al consumidor 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”.

Esta noción amplia comprende tanto al consumidor “directo”, que es quien realiza el acto de adquisición, como al consumidor “indirecto”, que es quien utiliza el bien²⁹.

Para ser calificado como consumidor directo cualquier persona humana o jurídica tiene que llevar a cabo actos de consumo. En ese aspecto, la ley 24240 es parangonable al Código de Comercio derogado por cuanto calificaba al comerciante a partir de la realización de actos de comercio con habitualidad³⁰. Lógicamente esa calificación, por su naturaleza, era diametralmente opuesta a la de consumidor.

Tanto la ley 24240 en su art. 1.º como el art. 1092 del Código Civil y Comercial admiten indistintamente que los consumidores sean personas humanas o jurídicas. Lo mismo sucede en la legislación latinoamericana en general; v.gr.: en el Código de

²⁹ Conf. FERNÁNDEZ GIMENO, José P., “Los consumidores y usuarios como sujetos afectos a una especial tutela jurídica”, en REYES LÓPEZ, María José (Coordinador), *Derecho privado de consumo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, p. 98.

³⁰ Art. 1.º: “La ley declara comerciantes a todos los individuos que, teniendo capacidad legal para contratar, ejercen de cuenta propia actos de comercio, haciendo de ello profesión habitual”.

defensa del consumidor brasileiro³¹; en la ley 17250 de Uruguay denominada “Ley de relaciones de consumo. Defensa del consumidor” (en adelante e indistintamente, ley uruguaya de consumidor)³²; en la ley 1334/98 y sus modificaciones de Paraguay denominada “De defensa del consumidor y del usuario” (en adelante e indistintamente, ley paraguaya de consumidor)³³; en la “Ley general de los derechos de las usuarias y los usuarios y de las consumidoras y los consumidores” de Bolivia de fecha 6 de diciembre de 2013 (en adelante e indistintamente, ley boliviana de consumidor)³⁴; en la ley federal de protección del consumidor de México (en adelante e indistintamente, ley mexicana de consumidor)³⁵; en la ley de defensa del consumidor de Colombia (en adelante e indistintamente, ley colombiana de consumidor)³⁶.

³¹ Art. 2.º: “Consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final”.

³² Art. 2.º: “Consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella. No se considera consumidor o usuario a aquel que, sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación o comercialización”.

³³ Art. 4.º: “...a) Consumidor y usuario: a toda persona física o jurídica, nacional o extranjera que adquiera, utilice o disfrute como destinatario final de bienes o servicios de cualquier naturaleza”.

³⁴ Art. 5.º: “1. Usuarias y Usuarios, Consumidoras y Consumidores. Son las personas naturales o jurídicas que adquieran, utilizan o disfrutan productos o servicios, como destinatarios finales”.

³⁵ Art. 2.º: “Consumidor: la persona física o moral que adquiere, realiza o disfruta como destinatario final bienes, productos o servicios. Se entiende también por consumidor a la persona física o moral que adquiera, almacene, utilice o consuma bienes o servicios con objeto de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o

En nuestro ordenamiento jurídico, al igual que en las restantes leyes mencionadas, al establecerse la viabilidad de las personas jurídicas como consumidores, no se diferencia según la clase de persona jurídica de que se trate. Así, pueden revestir tal condición tanto las personas privadas, con o sin fines de lucro, como las personas públicas³⁷.

Tal reconocimiento indiscriminado puede suponer un desequilibrio inverso. Por ello, en doctrina se entiende que de *lege ferenda* hubiera sido deseable establecer qué circunstancias debe reunir una persona jurídica para ser calificada como consumidor³⁸.

Entiendo que el *quid* de la cuestión no radica en determinar únicamente *a priori* si una clase determinada de persona jurídica puede ser considerada consumidor, sino en verificar cuál es el destino asignado a los bienes contratados por esa persona³⁹.

prestación de servicios a terceros, únicamente para los casos a que se refieren los artículos 99 y 117 de esta ley.

³⁶ Art. 5.º: "...3. Consumidor o usuario. Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario...".

³⁷ Conf. FERNÁNDEZ, Raymundo L., GÓMEZ LEO, Osvaldo R., y AICEGA, M^a Valentina, *Tratado teórico práctico de derecho comercial*, cit., tomo II-B, p. 796.

³⁸ Conf. FERNÁNDEZ GIMENO, José P., "Los consumidores y usuarios como sujetos afectos a una especial tutela jurídica", cit., p. 117.

³⁹ Conf. FERNÁNDEZ, Raymundo L., GÓMEZ LEO, Osvaldo R., y AICEGA, M^a Valentina, *Tratado teórico práctico de derecho comercial*, cit., tomo II-B, p. 798.

El “acto de consumo” –como surge de los arts. 1.º, ley 24240, y 1092, Código Civil y Comercial– es el acto jurídico a título oneroso o gratuito de adquisición de bienes para destino final.

En ese sentido, se puede decir que el “acto de consumo” es la contracara de los otrora regulados “actos objetivos de comercio” dentro de los cuales el Código de Comercio derogado incluía en su art. 8, inc. 1) “toda adquisición a título oneroso de una cosa mueble o de un derecho sobre ella, para lucrar con su enajenación, bien sea en el mismo estado que se adquirió o después de darle otra forma de mayor o menor valor”⁴⁰.

Ambos conceptos poseen dos notas principales comunes, aunque situados en polos opuestos.

Por un lado, tanto la noción de consumidor como la de comerciante reflejan un concepto económico. Así, mientras el consumidor que realiza actos de consumo en nuestro derecho positivo se estructura sobre la concepción económica del “destinatario final” de bienes adquiridos para un fin privado,

⁴⁰ Véase CASTILLO, Ramón S., *Curso de derecho comercial*, 3ª edición, Ariel, Buenos Aires, 1935, tomo I, pp. 61 y ss.; MALAGARRIGA, Carlos C., *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, 3ª edición, TEA, Buenos Aires, 1963, tomo I, pp. 55 y ss.; ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos J., *Código de Comercio y leyes complementarias*, cit., tomo I, pp. 40 y ss.; ANAYA, Jaime L. y PODETTI, Humberto A., *Código de comercio y leyes complementarias. Comentados y concordados*, Omeba, Buenos Aires, 1965, pp. 258 y ss.

Por su parte el art. 450 del Código de Comercio derogado preceptuaba: “La compra-venta mercantil es un contrato por el cual una persona, sea o no propietaria o poseedora de la cosa objeto de la convención, se obliga a entregarla o a hacerla adquirir en propiedad a otra persona, que se obliga por su parte, a pagar un precio convenido, y la compra para revenderla o alquilar su uso”.

familiar o social⁴¹, la noción de comerciante lo hacía sobre la noción económica de interposición en los cambios⁴².

Por el otro, tanto el “acto de consumo” como el “acto de comercio” responden a una calificación objetiva, aun cuando respecto del acto de consumo el requisito de que se efectúe ese acto para beneficio propio o del grupo familiar o social le imparte un cariz subjetivo.

Es interesante precisar que nuestra legislación se inscribe dentro de la corriente de la legislación latinoamericana que delimita la noción de consumidor a partir de la exigencia de que se configure una adquisición con “destino final”. Así, el Código de defensa del consumidor brasileño⁴³, la ley uruguaya de consumidor⁴⁴, la ley paraguaya de consumidor⁴⁵, la ley boliviana

⁴¹ FRUSTAGLI, Sandra A. y HERNÁNDEZ, Carlos A., “El concepto de consumidor. Proyecciones actuales en el Derecho argentino”, *La Ley*, 2011-E, p. 992.

⁴² Véase LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 3ª edición, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 55 y ss.

⁴³ Art. 2.º: “Consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final”.

⁴⁴ Art. 2.º: “Consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella. No se considera consumidor o usuario a aquel que, sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación o comercialización”.

⁴⁵ Art. 4.º: “...a) Consumidor y usuario: a toda persona física o jurídica, nacional o extranjera que adquiriera, utilice o disfrute como destinatario final de bienes o servicios de cualquier naturaleza”.

de consumidor⁴⁶, la ley mexicana de consumidor⁴⁷, la ley colombiana de consumidor⁴⁸, utilizan la locución “destinatario final” o “destinatarios finales”. Lo propio sucede en la normativa del Mercosur (Mercosur/GMC/RES. N° 34/11)⁴⁹.

En cambio, en las legislaciones europeas que siguen las Directivas de la Unión Europea⁵⁰, el “consumidor” se define a

⁴⁶ Art. 5.º: “1. Usuarías y Usuarios, Consumidoras y Consumidores. Son las personas naturales o jurídicas que adquieran, utilizan o disfrutan productos o servicios, como destinatarios finales”.

⁴⁷ Art. 1.º: “Consumidor: la persona física o moral que adquiere, realiza o disfruta como destinatario final bienes, productos o servicios. Se entiende también por consumidor a la persona física o moral que adquiera, almacene, utilice o consuma bienes o servicios con objeto de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios a terceros, únicamente para los casos a que se refieren los artículos 99 y 117 de esta ley”.

⁴⁸ Art. 5.º: “...3. Consumidor o usuario. Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario...”.

⁴⁹ “Consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en una relación de consumo o como consecuencia o en función de ella. No se considera consumidor aquel que sin constituirse en destinatario final adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos como insumo directo a otros productos o servicios en proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”.

⁵⁰ Directiva 85/577 (ventas fuera de establecimiento, art. 2), Directiva 93/13 (cláusulas abusivas, art. 2.b), Directiva 97/7 (contratos a distancia,

partir de una nota negativa, como es “la actuación con un propósito ajeno a su actividad profesional”. Así, el art. 3.º del Código de consumo italiano (decreto legislativo 206/2005) califica al consumidor como la “persona física que actúa con fines diferentes a la actividad empresarial, comercial, artesana o profesional eventualmente desarrollada”; la ley española en su art. 3.º pone el acento en la actuación “con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”⁵¹; y el Código de consumidor francés en su artículo introductorio⁵² alude

art. 2.2) y la Directiva 99/44 (garantías en las ventas de consumo, art. 1.2.a).

⁵¹ Art. 3.º, Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias: “Conceptos de consumidor y usuario y de persona consumidora vulnerable.1. A efectos de esta ley, y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”.

⁵² *Partie législative nouvelle. Article lumineux. Pour l'application du présent code, on entend par :- “consommateur : toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ;- non-professionnel : toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles ;- professionnel : toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel”.*

a “fines no profesionales” y de no integración al ámbito de su actividad⁵³.

Un caso particular lo constituye el Código de protección y defensa del consumidor peruano⁵⁴, por cuanto contiene una doble pauta en tanto exige que las personas sean “destinatarios finales” “actuando así en un ámbito ajeno” a su actividad.

Similar criterio observó el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de 2012 elevado al Poder Ejecutivo que decía: “Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, siempre que no tenga vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional”. De este modo, buscaba limitar la noción de

⁵³ La teoría receptada en el “*Code de la consommation*” se corresponde con las reflexiones vertidas en nuestro medio por François CHABÁS en su aporte “La noción del consumidor. El derecho francés frente al derecho comunitario” en *Protección jurídica del consumidor*, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie: II-obras-número 34, Buenos Aires, 2009, esp. p. 87.

⁵⁴ Art. IV: “Consumidores o usuarios. 1.1 Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor. 1.2 Los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio. 1.3 En caso de duda sobre el destino final de determinado producto o servicio, se califica como consumidor a quien lo adquiere, usa o disfruta”.

consumidor⁵⁵ excluyendo a la generalidad de las personas jurídicas. No obstante, la iniciativa fue modificada en ese aspecto por el Poder Ejecutivo⁵⁶.

En síntesis, nuestro ordenamiento jurídico –al igual que la generalidad de la restante legislación latinoamericana– alude al consumidor como destinatario final de bienes (definición finalista positiva) y así se diferencia de aquellas legislaciones que estructuran su concepto sobre la base de la actuación no profesional (definición finalista negativa)⁵⁷.

⁵⁵ Conf. HERNÁNDEZ, Carlos A. y FRUSTAGLI, Sandra A., “Aspectos relevantes de la relación de consumo en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012. Proyecciones del sistema sobre el régimen estatutario de reparación de daños al consumidor”, en JA, 2012-IV-807; ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., “La relación, el contrato de consumo y el concepto de consumidor a partir del Código Civil y Comercial”, RDCO 272, 30/06/2015, p. 539.

⁵⁶ Véase STIGLITZ, Rubén S., “Nuevos temas incorporados a la teoría general del contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos 2015 (febrero), 25/02/2015, 1: “Hasta la observación del Poder Ejecutivo Nacional, se incluía, como novedad, una razonable limitación al concepto legal de consumidor de modo tal que la adquisición o utilización de bienes como destinatario final no debía hallarse vinculada con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional. Si por el contrario lo estaba, el acto no era de consumo y, por tanto, quien se procurara bienes o servicios en el ámbito de su actividad profesional, no se hallaba amparado por las normas de protección”.

⁵⁷ FERNÁNDEZ, Raymundo L., GÓMEZ LEO, Osvaldo R., y AICEGA, M^a Valentina, *Tratado teórico práctico de derecho comercial*, cit., tomo II-B, p. 790.

A partir de lo expuesto surge claro que lo central para calificar en distintos supuestos al consumidor es fijar el alcance de la locución “destinatario final” en nuestro ordenamiento jurídico.

La mayoría de la doctrina –con diversos matices y extensión– sostiene que en nuestro derecho positivo se adoptó la teoría teleológica o finalista⁵⁸, mientras que otros autores consideran que se receptó una corriente maximalista⁵⁹ –que se verá luego

⁵⁸ Aunque en muchos casos sin expedirse expresamente, parecieran participar: CHAMATRÓPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto del consumidor comentado*, cit., tomo I, p. 52; LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, 2ª edición, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 86; TAMBUSI, Carlos E., “Régimen de defensa del consumidor (II): Instituciones del derecho de consumidores y usuarios”, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (Director) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (Coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial*, 2ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2018, tomo II, p. 908; WANJTRAUB, Javier, “Contratos de consumo”, en LORENZETTI, Ricardo L. (Director), y LORENZETTI, Pablo y DE LORENZO, Miguel F. (Coordinadores), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, tomo VI, p. 230; FRUSTAGLI, Sandra A. y HERNÁNDEZ, Carlos A., “El concepto de consumidor. Proyecciones actuales en el Derecho argentino”, op. y loc. cit.; VÍTOLO, Daniel R., *Defensa del consumidor y del usuario*, Colección leyes nacionales, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2015, p. 72; TINTI, Guillermo P. y CALDERÓN, Maximiliano R., *Derecho del consumidor, Ley 24240 de defensa del consumidor comentada*, 4ª edición, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2020, p. 28; entre otros.

⁵⁹ ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., “El empresario consumidor”, La Ley, 2014-D, p. 611.

también es finalista—. Incluso hay quienes entienden que se acogió una teoría subjetiva relacional⁶⁰.

En la corriente finalista o teleológica se considera como consumidor a la parte vulnerable que contrata en el mercado para su “destino final” —conf. el art. 2.º, Código de defensa del consumidor brasileiro y art. 1.º, ley 24240—, y se efectúa una interpretación estricta de ese “destino final”. En el derecho brasileiro se expone⁶¹ que en la mentada concepción teleológica estricta, destinatario final será aquel destinatario fáctico y económico de bienes, sea una persona humana o jurídica. El destinatario económico del bien, se explica, es aquel que no lo adquiere para revenderlo, ni para uso profesional, pues si así fuera el bien sería nuevamente un instrumento de producción cuyo precio sería incluido en el precio final del profesional que lo adquirió.

No obstante, esa concepción restrictiva —tanto en el derecho brasileiro como en el derecho nacional— evolucionó y junto a ella se gestó una vertiente más flexible. En Brasil la citada concepción finalista o teleológica, partiendo de una posición inicial muy restringida, por influencia de la doctrina francesa y belga, evolucionó hacia una posición más blanda. Así, se reconoció como consumidor a la pequeña empresa y a un profesional que adquiere, por ejemplo, un producto fuera del campo de su especialidad para proteger al más débil en la relación de consumo y conceder la

⁶⁰ RUSCONI, Dante D., “Nociones fundamentales”, en RUSCONI, Dante D. (Director), *Manual de derecho del consumidor*, 2ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 183.

⁶¹ LIMA MARQUES, Claudia, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*, cit., p. 304.

aplicación de normas especiales del Código de defensa del consumidor analógicamente también a estos profesionales⁶².

Por su parte, el “maximalismo” es una teoría que se delineó en el derecho brasileiro y luego fue “adaptada” a nuestro ordenamiento jurídico por autores nacionales⁶³. En Brasil se señala⁶⁴ que aquellos que sostienen una posición maximalista ven en las normas del Código de defensa del consumidor una nueva regulación del mercado de consumo brasileiro, y no normas orientadas para proteger solamente al consumidor final. En otros términos, se ve en ese cuerpo normativo un Código General sobre el consumo, un Código para la sociedad de consumo, que instituye normas y principios para todos los agentes del mercado, los que pueden asumir el papel de proveedores o bien de consumidores. De allí que, para esa corriente, la definición del art. 2.º del Código de defensa del consumidor de Brasil deba ser interpretada lo más extensamente posible para que las normas del citado Código puedan ser aplicadas a un número cada vez mayor de relaciones del mercado. Para esa línea el “destinatario final” será el destinatario fáctico del bien, aquel que lo retira del mercado y lo utiliza, o consume, por ejemplo, la fábrica de toallas que compra algodón para transformarlo, la fábrica de celulosa que compra carros para el transporte de los visitantes o el abogado que compra una máquina de escribir para su escritorio.

⁶² LIMA MARQUES, Claudia, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relacoes contratuais*, cit., p. 304.

⁶³ Véase ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., “El empresario consumidor”, op. y loc. citis.

⁶⁴ LIMA MARQUES, Claudia, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relacoes contratuais*, cit., pp. 304 y 305.

Desde siempre pensé que el maximalismo es una teoría finalista extensa⁶⁵, por lo que considero más adecuado y elocuente denominarla como teoría teleológica o finalista amplia. Téngase presente que en el Diccionario de la Real Academia española la palabra “maximalismo” significa: “Posición extrema o radical, especialmente en política”. Es evidente que la titulación habitual nada le adelanta al intérprete acerca de cuál es su contenido.

En nuestro ordenamiento jurídico se ha acrecentado la admisión de una posición finalista o teleológica amplia, sobre todo a partir de la reforma introducida por la ley 26361. En ese sentido, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial es tendencia la admisión del empresario como consumidor siempre que este no integre los bienes adquiridos directamente a su proceso productivo o de comercialización. El tema se analizará en detalle al estudiar el caso del empresario como consumidor.

⁶⁵ Véase ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., “El empresario consumidor”, op. y loc. cit.: “Ahora, si bien la teoría finalista hace eje en la vulnerabilidad, coincide con la maximalista, en que ambas centran la procedencia de la figura en el ‘destino final’. Y aquí surgen una vez más divergencias en cuanto a la extensión y carácter del concepto. Es que una primera corriente, amplia, invoca el carácter de destinatario final ‘físico’ o ‘fáctico’, entendiendo por tal a quien adquiere el bien, bastando que no reubique el bien físicamente en el mercado para que haya relación de consumo. En tanto, otra, restricta, pregona el concepto de Destinatario final ‘económico’, afirmando que solo habrá relación de consumo, si no se incorpora el costo del producto en el precio final. Si se lo hace, no se podrá alegar el carácter de destinatario final. Esta postura la entendemos como demasiado extrema, por cuanto dejaría fuera del mercado toda compra efectuada por un comerciante, dado que de manera directa o indirecta, los costos terminan trasladándose a los precios”.

Por otra parte, hay autores⁶⁶ que consideran que para la calificación de consumidor lo central es la vulnerabilidad del sujeto –se califica a estas teorías como subjetivas o mixtas relacionales–. Considero que esta teoría confunde el fundamento del derecho del consumidor que reside en la vulnerabilidad del sujeto tutelado en el mercado, con la calificación de consumidor que –presuponiendo esa vulnerabilidad– exige para su configuración que exista “destino final”⁶⁷.

Si bien los alcances del destino final que exige la ley 24240 se estudiarán al analizar el supuesto del empresario como consumidor resulta relevante hacer notar dos cuestiones.

En primer lugar, que los fines que tiene en cuenta la norma son fines “causalizados”, esto es, comunicados a la otra parte o que surgen objetivamente del negocio⁶⁸.

Además, que la finalidad a tenor de la cual se establece la existencia o no del destino final es la inmediata (art. 281, Código Civil y Comercial); es decir, la determinante de la voluntad al momento de contratar. Con esa orientación, se ha señalado que la expresión “para” (su consumo final o beneficio propio) que utiliza el art. 1.º evidencia que lo que la ley tiene en cuenta es la intención del adquirente al momento de contratar de acuerdo con

⁶⁶ RUSCONI, Dante D., “Nociones fundamentales”, cit., p. 183.

⁶⁷ Comp. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “El consumidor. Concepto. Modificaciones introducidas por la ley 26.361”, en *Protección jurídica del consumidor*, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie: II–obras–número 34, Buenos Aires, 2009, esp. p. 62.

⁶⁸ LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 109.

la naturaleza del bien o del servicio, las características y las demás circunstancias que rodean la contratación⁶⁹.

2.4.3.2.2 Consumidor indirecto

El consumidor indirecto, también denominado fáctico, material o “extra-relación de consumo”, al que el art. 1.º de la ley 24240 y el art. 1092 del Código Civil y Comercial denominan “equiparado”, es quien utiliza el bien –a título oneroso o gratuito– sin ser parte del acto de consumo que se configura a partir de la adquisición de ese bien.

Las normas citadas textualmente dicen: “Queda equiparado al consumidor 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”.

Esa definición legal de “consumidor indirecto” resulta objetable desde dos planos. Por un lado, porque emplea equívocamente los términos “adquiere o utiliza”. Por el otro, porque define al consumidor equiparado como un sujeto que no es parte de una relación de consumo; la norma textualmente dice “quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella”. En rigor, si bien es cierto que el consumidor indirecto no es parte de la relación de consumo a partir de la cual se genera su derecho a utilizar el bien, no es menos cierto que sí lo es de la relación de consumo que deriva del hecho jurídico consistente en la utilización de ese bien.

Partiendo de tales premisas corresponde definir al consumidor indirecto, fáctico o material como toda persona humana o jurídica que sin ser parte del acto de consumo utiliza como destinatario final –en beneficio propio o del grupo familiar o social–, los bienes

⁶⁹ FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 55.

adquiridos por otro sujeto, generándose a partir de esa utilización –hecho jurídico– una relación de consumo entre el proveedor de los bienes y el consumidor indirecto.

En ese sentido, entiendo más adecuada la definición de consumidor equiparado que trae el art. 2.º del Anteproyecto de ley de defensa del consumidor del año 2018, idéntica a la del art. 2.º de los Proyectos de Código de 2020⁷⁰, que dice: “Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo originaria, como consecuencia o en ocasión de ella utiliza bienes o servicios, de manera gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”.

En la norma proyectada se ha eliminado correctamente el vocablo “adquiere” limitando el accionar del consumidor equiparado a la utilización de los bienes y se ha establecido que este sujeto no es parte de la “relación de consumo originaria” presuponiendo que sí lo es de otra. No obstante, subsisten algunas imprecisiones.

En efecto, la alusión a “relación de consumo originaria” da a entender que existe otra “derivada” de aquella en la que interviene el consumidor equiparado, lo que no es así en todos los casos. El consumidor equiparado podrá ser cesionario de los derechos emergentes del acto de consumo “originario” o bien simplemente utilizar los bienes⁷¹. Por otra parte, la norma proyectada continúa

⁷⁰ Expedientes 3143-D-2020 y 5156-D-2020, Cámara de Diputados.

⁷¹ FRUSTAGLI, Sandra A., “La categoría de consumidor en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor”, en Sup. Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC, 27/03/2019, p. 28: “Con esa solución, se extiende la protección legal a sujetos que, sin haber sido partícipes de un vínculo contractual, ostentan la condición de beneficiarios fácticos de los efectos de dicho negocio. La fórmula comprende tanto a los meros usuarios materiales del producto o servicio que no se han vinculado directamente con el proveedor, como también a

haciendo alusión a la utilización “de manera gratuita u onerosa” cuando técnicamente esa utilización de bienes será “a título gratuito u oneroso”.

2.4.3.2.3 Consumidor expuesto

En la versión original de la ley 24240 no se reconocía legalmente la calificación del consumidor expuesto. El silencio del legislador, sin embargo, no obstó a que un sector de la doctrina identificara supuestos en los que se presentaba esta categoría⁷² y hasta se había acuñado el concepto a nivel jurisprudencial⁷³. La

los terceros beneficiarios de algún derecho comprendido en la relación de consumo celebrada por otro (v.gr.: seguro de vida). En ambos supuestos se trata de sujetos que habitualmente tendrán alguna relación familiar o socialmente con el adquirente”.

⁷² Conf. FERNÁNDEZ, Raymundo L., GÓMEZ LEO, Osvaldo R., y AICEGA, M^a Valentina, *Tratado teórico práctico de derecho comercial*, cit., tomo II-B, p. 821: “En efecto, dentro de los casos de los sujetos equiparados a los consumidores que establecía la ley 24240 se podía considerar, en los términos del art. 40, LDC., el caso de la víctima de un daño causado por un producto o un servicio, o el caso del sujeto afectado o expuesto a prácticas comerciales, como la publicidad abusiva, engañosa, fraudulenta (arts. 7 y 8 , ley 24240 y 42 , CN. [LA 1995-A-26]), y, más genéricamente, la legitimación para la defensa de bienes colectivos, donde no hay un contrato ni puede haberlo, ya que los bienes colectivos no admiten derechos subjetivos sobre ellos (arts. 52, 53 y 55 , ley 24240)”.

⁷³ CSJN, “Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros”, 6/3/2007, sostuvo que “la seguridad debe ser garantizada en el período precontractual y en las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes. Cada norma debe ser interpretada conforme a su época, y en este sentido, cuando ocurre un evento dañoso en un espectáculo masivo, en un aeropuerto, o en un supermercado, será difícil discriminar entre quienes

ley 26361 modificó el art. 1.º de la ley 24240 e incluyó también como consumidor a quien sin ser parte de una relación de consumo de cualquier manera está expuesto a ella. De tal forma amplió considerablemente el ámbito personal de la ley, superando así las interpretaciones doctrinarias y las disposiciones que en el derecho comparado establece el Código de defensa del consumidor brasilero (arts. 17, 36 a 38, 39 a 41, 42 y 43 a 45).

La ley 26994 que sancionó el Código Civil y Comercial y modificó la ley 24240 en un giro acertado, a la par que eliminó de la noción de consumidor al expuesto del art. 1.º como elemento determinante del ámbito de aplicación de la ley, lo incorporó limitadamente en el ámbito de las prácticas abusivas, información y publicidad.

En los fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de 2012 se explica claramente que la figura del “consumidor expuesto” incluido en la ley especial dentro de la definición general de consumidor fue una traslación inadecuada del Código de Defensa del Consumidor de Brasil (art. 29) que contempla esta noción con relación a las prácticas comerciales, pero no como noción general. En efecto, la redacción de la ley 26361 carecía de restricciones por lo que la interpretación literal de su texto había logrado una protección carente de sustancialidad y de límites por su amplitud⁷⁴.

compraron y quiénes no lo hicieron, o entre quienes estaban adentro del lugar, en la entrada, o en los pasos previos. Por esta razón es que el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales, o bilaterales” (en el considerando 8, del voto impersonal de la mayoría), JA, 2007-II-483.

⁷⁴ Conf. STIGLITZ, Rubén S., “Nuevos temas incorporados a la teoría general del contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación”, op. y loc. cit.: “En efecto, el texto que el Código ha propuesto derogado, ha sido el resultado legislativo (ley 26.361) de un acto tan impulsivo como

En la legislación vigente, al igual que en el Código de defensa del consumidor brasileño⁷⁵, el art. 1096 del Código Civil y Comercial equipara al consumidor a “todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no” a los efectos de la aplicación de las normas sobre prácticas de mercado, información y publicidad.

Aunque desde el plano de los efectos no hace mella que la figura esté dispersa en el plexo normativo, acaso lo más correcto desde el plano metodológico hubiera sido que la caracterización obrara en las normas que se refieren al concepto de consumidor y que allí se limitaran las consecuencias del encuadramiento.

Con la mirada puesta en la regulación nacional, es posible afirmar que existe un íntimo ligamen entre la categoría de consumidor expuesto con dos fuentes clásicas de la relación de consumo, esto es, la declaración unilateral de voluntad y los actos ilícitos. Ello por cuanto la vía de acceso a la figura son las prácticas de mercado, la información y la publicidad, incluso cuando son antijurídicas.

Como cierre de esta unidad temática puede señalarse que la teleología que moviliza al consumidor expuesto está enderezada a reconocer que existen personas, determinadas o indeterminadas, que pueden ser perjudicadas por los actos del proveedor en las

enajenado, producto de una visión tan desordenada como exaltada y que tanto daño causa a la diafanidad del Derecho del Consumidor que no necesita de textos exacerbados para un (su) firme desenvolvimiento y desarrollo”.

⁷⁵ En efecto, el art. 17 de la ley brasileña establece que para los efectos de la secc. II, “De la responsabilidad por el producto o servicio”, consumidores son todas las víctimas del hecho dañoso. Por su parte, el art. 29 dispone que para los fines de ese cap. V (“De las prácticas comerciales”) y del siguiente, se equiparan a consumidores todas las personas determinables o no, expuestas a las prácticas allí previstas.

distintas relaciones de consumo que entabla y, por esa razón, deban ser tutelados a través de su incorporación al régimen tuitivo del consumidor.

2.4.3.2.4 El empresario como consumidor directo o indirecto

a) Encuadramiento

En el derecho europeo, en el que se capta al consumidor a partir de una nota negativa como es la “no profesionalidad” o la actuación “con fines ajenos” a la actividad comercial, algunas legislaciones definen al profesional y otras al empresario.

En ese sentido, el Código de consumo francés establece en su artículo introductorio que profesional es “toda persona física o jurídica, pública o privada, que actúe con fines comprendidos en su actividad comercial, industrial, artesanal, liberal o agrícola, incluso cuando lo haga en nombre o en representación de otro profesional”, y para el Código de consumo italiano (art. 3.º) “es la persona física o jurídica que actúa en el ejercicio de su actividad empresarial, comercial, artesanal o profesional, o un intermediario”. Por su parte, la Ley española⁷⁶ en su art. 4 define al empresario como “toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”.

Si bien es cierto que las leyes no deben definir realidades ontológicas pre-legales como es la de “empresa” si lo que se pretende es abarcar la totalidad de lo definido⁷⁷, considero que las

⁷⁶ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

⁷⁷ ALEGRÍA, Héctor, *Reglas y principios del derecho comercial*, La Ley, Buenos Aires, 2008, pp. 213 y 214: “El riesgo de una definición es definir

nociones específicas dadas por la legislación europea son útiles como puntapié inicial para el análisis del empresario como consumidor. Estas definiciones reflejan el concepto genérico del empresario como toda persona humana o jurídica que realiza una actividad económica organizada destinada al mercado⁷⁸.

En ese aspecto la noción de empresario tiene puntos de contacto con la noción de proveedor contenida en la ley 24240 y en el Código Civil y Comercial. El art. 2.º de la ley 24240 lo define como toda persona humana o jurídica que desarrolla de manera profesional –aun ocasionalmente– actividades de “producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios”.

En el ordenamiento jurídico argentino la determinación del empresario –persona humana o jurídica– actuando como consumidor vendrá determinada por la existencia o no de una adquisición o una utilización de bienes con destino final para beneficio propio o del grupo familiar o social.

b) Alcance del destino final

b.1. Encuadramiento

La ley 24240, al igual que el Código Civil y Comercial, al establecer la noción de consumidor tiene en consideración la finalidad del acto jurídico. El destino final es la nota tipificante del acto de consumo.

mal, porque no todo lo que es una empresa en la realidad podría caer en su intención en una regulación específica”.

⁷⁸ Véase FAVIER DUBOIS (H), Eduardo M., “La empresa en el nuevo derecho comercial. Importancia, delimitación e implicancias legales y fiscales”, La Ley, 2015–F, p. 1122.

Concretamente, lo que tipifica a la noción de consumidor es la “adquisición” (consumidor directo) y la “utilización” (consumidor indirecto) como “destinatario final para beneficio propio o de su grupo familiar o social”.

Enunciado en sentido negativo, no es empresario consumidor quien adquiere para un destino ajeno al final, integrándolo directa y plenamente en un proceso de producción o comercialización de bienes o prestación de servicios. Ergo, sí puede serlo en casos que adquiera para destino final sin integrar los bienes a su actividad empresaria.

Ahora bien, no existe consenso sobre si reviste la categoría de empresario consumidor aquel que efectúa una integración indirecta o parcial.

Al respecto parte de la doctrina entiende que la reforma introducida por la ley 26361 al art. 2.º que suprimió el párrafo segundo fue un verdadero hito, pues este decía: “No tendrán el carácter de consumidores o usuarios, quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”. A la par, el art 2.º del dec. 1798/1994 que lo reglamentaba –y que no fue derogado– dice “se entiende que los bienes o servicios son integrados en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros cuando se relacionan con dichos procesos, sea de manera genérica o específica”. De allí se ha concluido que cualquier adquisición que efectúe el empresario puede ser calificada como de consumo, siempre que exista destino final⁷⁹.

Asimismo, se considera que respecto de la persona jurídica el carácter de destinatario final se entenderá configurado si la

⁷⁹ ÁLVAREZ LARRONDO, Federico, “El impacto procesal y de fondo de la nueva ley 26.361 en el Derecho del Consumo”, Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor 2008 (abril), p. 30.

operación realizada se sitúa fuera del ámbito de su actividad profesional específica, apreciado ello en función del objeto de la actividad económica junto a otras circunstancias relevantes del caso (v.gr., naturaleza de la relación de consumo, grado de vulnerabilidad, situación monopólica del proveedor, etc.)⁸⁰.

La normativa del Mercosur (GMC/RES. N° 34/11) y cierta legislación latinoamericana admiten *a contrario sensu* la figura del empresario consumidor cuando “no hay integración directa” de los bienes al proceso productivo⁸¹ o cuando los bienes “normalmente no son destinados para los fines de su actividad” por el proveedor⁸². También existen leyes, como la colombiana (art. 5.3)

⁸⁰ HERNÁNDEZ, Carlos A. y FRUSTAGLI, Sandra A., “Aspectos relevantes de la relación de consumo en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012...”, op. y loc. citis.

⁸¹ Resolución Mercosur 34/11, Art. 1.º: “...No se considera consumidor aquel que sin constituirse en destinatario final adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos como insumo directo a otros productos o servicios en proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”.

⁸² Código de Protección y defensa del consumidor de Perú, Artículo IV: “Definiciones. Para los efectos del presente Código, se entiende por: 1. Consumidores o usuarios. 1.1 Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor. 1.2 Los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio. 1.3 En caso de duda sobre

que expresamente admiten la figura del consumidor empresario “como toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad (...) empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica”.

Entiendo que el empresario, sea persona humana o jurídica, puede en algunos casos, cuando sea destinatario final de bienes, revestir el carácter de consumidor. Como lo definatorio es la determinación de la existencia –o no– de destino final es útil realizar un análisis que contemple la casuística del empresario como consumidor⁸³.

Por cuestiones didácticas partiré de ciertas pautas elaboradas a nivel doctrinario⁸⁴, aunque realizaré algunas rectificaciones respecto de la terminología utilizada y los alcances de cada categoría.

b.2. Integración directa y total⁸⁵ en el proceso productivo: exclusión del empresario como consumidor

el destino final de determinado producto o servicio, se califica como consumidor a quien lo adquiere, usa o disfruta”.

⁸³ Aun antes de la reforma introducida por la ley 26361, la jurisprudencia admitió al empresario como consumidor. CNCom., sala A, 21/11/2000, “Artemis Construcciones S.A. v. Diyón S.A. y otro”, LALEY 2001-B-839; CCiv. y Com. Común Concepción, LLNOA 2005-42, con nota de D. Moeremans, LLNOA 2004-296, DJ 2005-1-245; CCiv. y Com. Minas Paz y Trib. Mendoza, 5ª, 30/10/2005, “Sellanes, E. v. Frávega S.A.”, LNOL 1/70023902-1; C1ª Civ. y Com. La Plata, sala 3ª, 29/3/2007, “Hernández, D. O. v. Ancona S.A. y otro”, JA 2007-III-237.

⁸⁴ LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, cit., pp. 92 y ss.

⁸⁵ Se utiliza el adjetivo “directa” en lugar de “inmediata” –empleado por Lorenzetti en su clasificación– para calificar a la integración al

Cuando el empresario contrata bienes para destinarlos al proceso de producción de manera directa y total es claro que no hay destino final, sino una total coincidencia entre la actividad del empresario y la finalidad de la adquisición o uso de los bienes. Ergo, no se configura el supuesto del empresario actuando como consumidor.

A nivel jurisprudencial, este fundamento se ha utilizado para considerar que no queda comprendido en el ámbito de aplicación de la ley el contrato de locación que tuvo por objeto un inmueble en el cual se instaló una de las seis bocas de expendio de productos elaborados en la planta procesadora de propiedad de la locataria⁸⁶; la contratación general de seguros que son esenciales para el desempeño de la actividad empresarial de un sujeto determinado⁸⁷; la toma de un crédito hipotecario para refinanciar deuda comercial anterior⁸⁸; etc.

proceso productivo, pues mientras para el diccionario de la RAE “inmediata” es lo “contiguo o muy cercano a algo o alguien” o bien en su segunda y última acepción lo “que sucede enseguida, sin tardanza”, el adjetivo “directa” en su tercera acepción es aquello “que se encamina derechamente a una mira u objeto”.

⁸⁶ CApel. Civ., Com. y ContAdm. 1a Nominación de Río Cuarto, 15/12/2010, “Romanini, Élida E. v. Gallasti y Sutil, Dora”, La Ley Online.

⁸⁷ CNCom., sala F, 29/5/2014, “Agropecuaria Litoral SRL c. R., A. M. s/ejecutivo”, LA LEY, 2014-D, 611. El ejecutado no puede ser considerado consumidor a los fines de la procedencia de la excepción de incompetencia que interpuso dado que el objeto de la sociedad ejecutante era la prestación de servicios de protección contra incendio en los procesos de extracción de madera, entre otras actividades, lo que hacía concluir que la actividad no permitía invocar la protección de las normas consumeriles. CNCom., sala D, 21/2/2017, “Martínez, Ricardo E. c. Provincia Seguros SA s/ordinario”, LA LEY, 2017-D, 319. Se excluyó la aplicación de las normas de defensa del consumidor a un seguro

b.3. Integración indirecta: configuración de “destino final”

El empresario adquiere o utiliza un bien que no integra directamente a su proceso de producción; lo hace solo de manera indirecta⁸⁹.

Para el Diccionario de la Real Academia Española “indirecto” es lo que “no va rectamente a un fin, aunque se encamine a él”. Eso es lo que sucede con la adquisición de bienes por un empresario que no los destina directamente a producir ni los integra directamente a sus procesos de producción o de comercialización⁹⁰, aunque su adquisición de algún modo facilite ese proceso.

En esos supuestos el empresario podrá ser calificado como consumidor siempre que realice un acto de consumo adquiriendo bienes a título oneroso o gratuito como destinatario final en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

contratado para otorgar cobertura a un camión y a una hidrogrúa que se utilizaban para llevar adelante una actividad empresarial.

⁸⁸ CCiv. y Com. 2ª Paraná, 3/11/2016, “Nuevo Banco de Entre Ríos SA c. Sucesores de Guido Victor Airaldi SA s/ejecución hipotecaria”, La Ley Online, AR/JUR/76229/2016.

⁸⁹ En la clasificación de Lorenzetti se hace referencia a la integración “mediata”, y así ha sido receptado por la generalidad de la doctrina. Ahora bien, en un renovado análisis se advierte que ese adjetivo no refleja la realidad que se intenta captar al analizar si con esta integración se puede configurar un supuesto de adquisición con destino final. “Mediato” para la RAE es aquello “Que en tiempo, lugar o grado está próximo a una cosa, mediando otra entre las dos, como el nieto respecto del abuelo”.

⁹⁰ Conf. FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, cit., p. 59.

El empresario puede ser tanto una persona humana como una persona jurídica. Como la ley no efectúa distinciones cualquier persona jurídica podrá ser consumidor, incluso las sociedades de la ley 19550.

El análisis de la actuación de las sociedades es útil para dilucidar respecto de qué actos los empresarios podrán ser calificados como destinatarios finales. Con esa orientación, se ha razonado que como las sociedades son sujetos de derecho que “no pueden” –so pena de inimputabilidad– actuar fuera de su objeto social (art. 58, ley 19550) que es esencialmente empresarial (art. 1.º, ley 19550), forzoso es concluir que el legislador ha implícitamente admitido la categoría del “consumidor empresario” y, con ella, también la posibilidad de que haya acto de consumo en la adquisición de un bien a ser destinado a la gestión empresarial cuando como –en cualquier otro caso– se configure un destino final⁹¹.

⁹¹ Voto de la Dra. Julia Villanueva en la causa “Familia Amaya S.R.L. c/ Alra S.A. y otro s/ordinario” del 19.05.2020 (CNCom., sala C, 19/05/2020, “Familia Amaya S.R.L. c. Alra S.A. y otro s/ ordinario”, LA LEY 01/06/2020, 10; SJA 24/06/2020, 83; JA 2020-II) y “Gestar Asistencia SRL c/ Energit electrónica de potencia S.A. s/ sumarísimo”, expte. 618/19 del 20/05/2021.

Otra solución adopta la ley chilena (Ley 3 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley n° 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, publicada el 31/5/2021) que en su art. 1.º dice: “En ningún caso podrán ser considerados consumidores los que de acuerdo al número siguiente deban entenderse como proveedores. 2.- Proveedores: las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa”.

En el ámbito del empresario el destino final que tipifica al acto de consumo se opone a la intermediación que es la que califica al acto de comercio del art. 8.º, inc. 1) del derogado Código Comercio, del que ya se ha hecho mérito. Luego, para que se configure el destino final no debe existir una adquisición de bienes para lucrar con su enajenación, bien sea en el mismo estado que fueron adquiridos o después de darle otra forma de mayor o menor valor.

Por ejemplo, en materia inmobiliaria es viable considerar como integración indirecta en el proceso de producción o comercialización de bienes, casos tales como la adquisición de una vivienda prefabricada por parte de una empresa dedicada a la producción de papas fritas envasadas que la destina a vivienda de sus empleados⁹², o la locación de inmuebles para que sean usados por los empleados de una empresa constructora.

Por otra parte, en este supuesto de integración indirecta encuadra la situación de muchos seguros contratados por los empresarios en la medida en que no sean esenciales u obligatorios para la actividad del empresario⁹³; por ejemplo, el seguro contra incendio que cubre el inmueble en el que funciona un establecimiento comercial. Sin embargo, no faltan voces que afirman que no serán contratos de consumo aquellos seguros sobre bienes de los empresarios que están integrados a procesos de producción, comercialización o prestación de servicios a terceros⁹⁴.

⁹² CCiv. y Com., Mar del Plata, Sala II, 4/11/2008, “Mc Cain Argentina S.A. c/Constructora S.R.L. s/daños y perjuicios”.

⁹³ Conf. CHAMATRÓPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto del consumidor comentado*, cit., tomo I, p. 61.

⁹⁴ Conf. COMPIANI, Fabiana, “El contrato de seguro y la protección del consumidor”, en PICASSO, Sebastián y VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (Directores), *Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, tomo II, pp. 438 y ss. En igual sentido: STIGLITZ, Rubén S., “Comentario a los arts. 1092 y 1093”, en HERRERA, Marisa,

b.4. Integración parcial: distintos supuestos

En esta hipótesis el empresario adquiere bienes para una finalidad mixta. Así, los integra al proceso productivo y además los destina a otras finalidades, v.gr., compra o loca un inmueble que se utiliza en parte para la actividad empresarial de una sociedad anónima y en parte para uso particular de un socio, o recibe en leasing un inmueble con finalidad mixta.

Estas finalidades mixtas se darán más en la pequeña y mediana empresa, en la que se adquieren bienes para ser utilizados tanto para fines personales, familiares o domésticos como para integrarlos a procesos de producción y comercialización.

Frente a la complejidad de la temática se plantearon diversos criterios de calificación⁹⁵.

Uno de los criterios –denominado “subjetivo *ex ante*”– tiene en cuenta la actividad habitual para determinar, a partir de una presunción, la calificación del sujeto como consumidor o empresario no consumidor. Con esa orientación en el derecho español se ejemplifica diciendo que si un empresario dedicado a la compraventa de automóviles usados los utiliza también para su uso privado, debe presumirse que los adquiere para utilizarlos en el proceso de comercialización y no actuando como consumidor. Pero si el mismo sujeto compra una radio que utiliza tanto en su establecimiento como en su domicilio, la presunción será a la inversa⁹⁶.

CARAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián (Directores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Infojus, Buenos Aires, 2015, tomo III, p. 494.

⁹⁵ LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, cit., pp. 93 y 94.

⁹⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 129.

En el ordenamiento jurídico argentino el criterio de presunciones basado en la actividad habitual se ha utilizado en numerosos casos jurisprudenciales⁹⁷. No obstante, aisladamente considerado creo que no puede ser determinante para calificar al acto mixto.

La otra pauta que se señala en doctrina⁹⁸ es una objetiva “*ex post*” que considera la actividad del empresario con posterioridad a la adquisición para determinar el destino principal de la adquisición.

Para ponderar ese criterio se debe considerar que la finalidad que tipifica a los actos de consumo es la inmediata (art. 281, Código Civil y Comercial); es decir, la determinante de la voluntad al momento de contratar. Ahora bien, en algún caso excepcional, si se probara que aconteció algo distinto durante la ejecución del contrato podría variar la resolución del caso. Un apoyo para la salvedad podría encontrarse en la solución similar que contenía el art. 453 del Código de Comercio derogado –que convivió durante 22 años con la ley de defensa del consumidor– para calificar la compra mercantil. Allí se establecía: “No se consideran mercantiles: (...) 5.º La reventa que hace cualquiera persona del resto de los acopios que hizo para su consumo particular. Sin embargo, si fuere mayor cantidad la que vende que la que hubiese

⁹⁷ Por sus efectos, es pertinente recordar que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial el día 29/6/2011 se autoconvocó a plenario y resolvió por mayoría que “En las ejecuciones de títulos cambiarios dirigidas contra deudores residentes fuera de la jurisdicción del tribunal: 1. Cabe inferir de la sola calidad de las partes que subyace una relación de consumo en los términos previstos en la ley 24240 de Defensa del Consumidor, prescindiendo de la naturaleza cambiaria del título en ejecución...”.

⁹⁸ LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, cit., pp. 93 y 94.

consumido, se presume que obró en la compra con ánimo de vender y se reputan mercantiles la compra y la venta”.

Finalmente, en opinión que no comparto se agrega como pauta al ánimo de lucro⁹⁹. Si el empresario actúa con ánimo de lucro no se puede configurar una relación de consumo. Pienso que esa directiva no es válida para todos los casos, pues lo que califica al consumidor en nuestro derecho es la existencia de destino final y no la inexistencia de ánimo de lucro, como sí sucede en alguna legislación comparada¹⁰⁰. Piénsese en el caso del inversor–consumidor de servicios financieros o bursátiles¹⁰¹.

A la inversa, la inexistencia de ánimo de lucro no es suficiente para considerar aplicable la ley 24240, como sucede con las fundaciones y las asociaciones civiles¹⁰².

En caso de duda sobre si el destino principal es final o para integrar en un proceso de producción, corresponde aplicar el principio de interpretación a favor del consumidor y considerar al sujeto incluido dentro del ámbito de aplicación de la ley¹⁰³. Un

⁹⁹ LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, cit., pp. 93 y 94.

¹⁰⁰ Ley Española (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias), art. 3.º: “...Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial...”.

¹⁰¹ Conf. CHAMATRÓPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto del consumidor comentado*, cit., tomo I, p. 96.

¹⁰² RINESSI, Antonio J., *Relación de consumo y derechos del consumidor*, cit., p. 46.

¹⁰³ CHAMATRÓPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto del consumidor comentado*, cit., tomo I, p. 50; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. y ROMERA,

importante argumento corroborante es lo preceptuado por el art. 1194 *in fine* del Código Civil y Comercial en materia de locación, que prevé que “si el destino es mixto se aplican las normas correspondientes al habitacional”.

A nivel jurisprudencial se ha considerado que las personas jurídicas adquirentes de bienes para consumo final se encuentran alcanzadas por las previsiones de la ley 24240 si integran dichos bienes al proceso productivo solo parcialmente, utilizándolos además para otras finalidades¹⁰⁴.

También se ha analizado cuál era la finalidad principal que se le daba a la cosa para aplicar la ley 24240¹⁰⁵. En algún precedente se resolvió que cuando la compra fue hecha por la sociedad y no a título personal de los directivos, cabe presumir que la actividad habitual que se le pensaba dar era un uso para la empresa¹⁰⁶.

b.5. No integración al proceso productivo

Oscar E., *Protección y defensa del consumidor*, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 6; MOEREMANS, Daniel E., “Contrato de obra y de servicios en el Código Civil y Comercial”, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular, 2015 (abril), p. 94.

¹⁰⁴ CNCom., sala B, “Saur S.A. y otro c. Renault Argentina S.A. y otro”, 29/11/2010, LA LEY 2011-B, 54; DJ 24/08/2011, 25. En el mismo sentido, CCiv. y Com. 1a San Isidro, sala I, 1/12/2011, “Tartaglino, María Julieta y otra c. Andecam SA y otro s/daños y perjuicios”, LLBA, 2012 (febrero), p. 111.

¹⁰⁵ CNCom., sala B, 29/12/2005, “Rosalino Cándido Medina González c. Peugeot Citroën Argentina SA y otro”, La Ley Online, AR/JUR/8222/2005.

¹⁰⁶ C5a Apel. Civ. y Com. de Córdoba, “Asturiana de Instrumentación Argentina S.A. c. Centro Motor S.A. y otro s/ abreviado – otros – recurso de apelación”, 24/02/2014, LLC 2014 (agosto), 810.

Será empresario consumidor quien adquiera bienes sin que medie ningún tipo de integración al proceso productivo o de comercialización de bienes.

Tales supuestos se configuran más a menudo cuando se trata de una persona humana que desarrolla actividad empresarial. Sin embargo, también pueden darse respecto de personas jurídicas. Se ejemplifica con el supuesto de la compra de obsequios de fin de año por parte de una compañía para sus empleados¹⁰⁷.

La jurisprudencia ha sostenido que la persona jurídica puede ser considerada como consumidor cuando, pese a adquirir bienes dentro del ámbito de la actividad de su empresa, tales adquisiciones no se relacionan directa o indirectamente con el objeto propio de aquella. Asimismo, bajo el texto del art. 2.º, segundo párrafo, de la ley 24240 en su versión originaria, se admitió como consumidor al empresario cuando pese a adquirir bienes dentro del ámbito de su empresa, éstos no se relacionan con el proceso de producción en que consiste la actividad empresarial¹⁰⁸.

Para finalizar el análisis del empresario como consumidor considero importante efectuar algunas precisiones adicionales.

¹⁰⁷ CHAMATRÓPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto del consumidor comentado*, cit., tomo I, p. 54. Comp. FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, cit., pp. 59 y 60. Este autor sostiene que ciertas adquisiciones encuadran en una relación de consumo tutelada por la ley, v. gr., la compra de comida para el personal de la empresa, ya que de suprimirse el proceso de fabricación o comercialización no debería verse impedido. En ese sentido, se especifica que tal adquisición no cuadraría dentro de la relación “genérica o específica” al proceso de producción a la que alude el art. 2.º, decreto 1798/1994.

¹⁰⁸ CApel. Civ. y Com. Común de Concepción, 10/06/2003, “Demos S.R.L. c. Hyundai Motor Argentina y otro”, DJ 2005-1, 1104; LLNOA 2005 (abril), 542 LLNOA 2004 (diciembre), 296; DJ 2005-1, 245.

b.6. Precisiones adicionales

El proyecto originario de reforma del año 2008 consideraba como consumidor al pequeño y mediano empresario, pero esta disposición no fue incorporada por la ley 26361 finalmente sancionada.

Pese a que el empresario puede actuar como consumidor, con criterio de realidad correspondería distinguir supuestos como el de la gran empresa consumidora que actúa frente al proveedor pequeño empresario; v.gr. la empresa multinacional de construcción que compra bidones de agua para consumo de sus empleados. Claramente en estos casos no se da el fundamento de la legislación de consumo que no es otro que equilibrar la posición estructural del consumidor en el mercado en tanto sujeto vulnerable desde lo técnico, económico, jurídico, informativo, negocial.

Parte de la doctrina¹⁰⁹ señala que los empresarios para ser calificados como consumidores deberán demostrar no solo que la cosa no se encuentra destinada a ser incorporada a su actividad comercial o productiva, sino también que la adquisición del bien se realizó fuera de su ámbito de actividad profesional¹¹⁰. Pues, de lo contrario se podría desvirtuar el sistema legal por extender el amparo a supuestos a los que no está destinada la tutela.

En ese sentido, la hiposuficiencia del consumidor no solo se considera el fundamento del sistema legal especial, sino que también ha sido vista como un elemento constitutivo de la

¹⁰⁹ RUSCONI, Dante D., “Nociones fundamentales”, cit., p. 209.

¹¹⁰ RUSCONI, Dante D., “Nociones fundamentales”, cit., p. 209: “Esta afirmación no eximirá del cuidadoso análisis de las circunstancias del caso, tarea necesaria a los efectos de no desvirtuar el sistema, generalizando su aplicación extensiva a supuestos que puedan contrariar su esencia basada en el axioma del *favor debilis*”.

categoría¹¹¹. Por ello, aunque las definiciones legales de consumidor no la mencionen de manera explícita, constituye un presupuesto ínsito en el mismo principio protectorio de raigambre constitucional¹¹².

Si bien de la letra de ley no se advierte que se exija la nota de vulnerabilidad en el pretense consumidor en la relación jurídica entre empresarios, lo cierto es que si no se presentara se podrían desvirtuar los basamentos de la disciplina. El régimen del consumidor es un ordenamiento destinado a establecer la igualdad en la relación jurídica que se gestó con desequilibrio.

Luego, cuando media vínculo entre empresarios es necesario que quien adquiere el bien revista una debilidad jurídica en comparación con la contraparte, además de configurarse el requisito de “destino final”.

2.4.4 Beneficiario consumidor

2.4.4.1 Encuadramiento

En el contrato de fideicomiso los sujetos que ocupan la posición jurídica de beneficiario son los que reciben los bienes durante la vigencia del contrato. Por ejemplo, en un fideicomiso inmobiliario “desde el pozo”, “al costo” o “a precio fijo” esta posición

¹¹¹ FRUSTAGLI, Sandra A., “La categoría de consumidor en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor”, op. y loc. cit.

¹¹² La Comisión Interdisciplinaria de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, 2011), al debatir sobre la “Categoría jurídica de consumidor”, concluyó por unanimidad que “1) La categoría jurídica de consumidor se construye a partir de la existencia de dos elementos estructurales: a) la vulnerabilidad o debilidad, y b) el destino final de los bienes incorporados, para beneficio propio o de su grupo familiar o social. Dichos elementos justifican la especial tutela protectoria que le confiere el ordenamiento jurídico argentino”.

jurídica está integrada por los sujetos que reciben los inmuebles luego de la ejecución de la obra por el fiduciario.

Esta posición del beneficiario como consumidor se puede gestar de varias maneras que se analizan a continuación.

2.4.4.2 Fiduciante–beneficiario como consumidor directo

En este caso la persona humana o jurídica –fiduciante– transmite fiduciariamente bienes al fiduciario –por ejemplo, de un fideicomiso con objeto inmobiliario– para que al cabo del desarrollo este le entregue los beneficios (v. gr., unidades funcionales de propiedad horizontal) como beneficiario.

Aunque en apariencia esta persona humana o jurídica pareciera ser un inversor del fideicomiso inmobiliario, habría que considerar la finalidad de su contratación y el destino del “aporte” de los bienes para determinar si califica como consumidor final. Si el fiduciante–beneficiario adquiriera como destinatario final calificaría como “consumidor directo” del primer párrafo de los arts. 1.º, ley 24240, y 1092, Código Civil y Comercial.

La oportunidad en la que corresponde calificar al beneficiario como consumidor es la de la concertación del contrato de fideicomiso o la de la “incorporación” del fiduciante al contrato mediante su “adhesión” (arg. arts. 281 y 1092, Código Civil y Comercial). Dicho de otro modo, cuando hay coincidencia subjetiva en los roles de fiduciante y beneficiario, el momento de aceptación del beneficio tendrá lugar cuando el fiduciante se obligue a transmitir bienes, lo que acontecerá al tiempo de la constitución del contrato si es fiduciante originario o con posterioridad si es fiduciante adherente.

2.4.4.3 Beneficiario como consumidor directo

Otra configuración posible se presentará cuando el fiduciante transfiera fiduciariamente bienes designando en el contrato de fideicomiso como beneficiario a un tercero. Aquí habrá que

analizar la relación subyacente entre el fiduciante y el beneficiario para determinar si ese acto de adquisición por el tercero es a título gratuito oneroso o gratuito. Ahora bien, el beneficiario adquirirá el inmueble –v.gr. la unidad funcional– del fiduciario quien se lo entregará en cumplimiento de la instrucción dada por el fiduciante en el contrato. A partir del análisis de esos actos jurídicos conexos corresponderá determinar si el beneficiario recibe el inmueble para destino final y encuadra en la noción de consumidor. Si así fuera, también se tratará de un consumidor directo.

El destino habrá que analizarlo en el momento que el beneficiario acepta el beneficio estipulado a su favor a efectos de determinar la calidad de beneficiario–consumidor.

2.4.4.4 Cesionario del beneficiario, siempre que sea destinatario final

Asimismo, es posible que se presente otro caso de beneficiario–consumidor en los supuestos de cesión de esa posición contractual.

El art. 1671 del Código Civil y Comercial, apartándose de la regulación general de la estipulación a favor de un tercero (art. 1027, Código Civil y Comercial), establece que la posición jurídica de beneficiario es libremente transmisible tanto por actos entre vivos como por disposición de última voluntad, excepto pacto en contrario. Ergo, el beneficiario original del contrato de fideicomiso puede ceder su posición jurídica, salvo que medie una prohibición contractual.

En este caso corresponderá calificar al cesionario de la posición contractual como nuevo beneficiario (art. 1636, Código Civil y Comercial). Ahora bien, considero que lo que no puede cederse es la “calificación de consumidor”, ni los derechos que

emergen de esa calificación¹¹³. Piénsese que el acto de consumo se tipifica como tal cuando existe un “destinatario final”. Es decir, la finalidad es inherente a la persona del cedente y, por tanto, no puede ser cedida (arg. art. 1616, Código Civil y Comercial).

Sostener lo contrario, como lo ha hecho parte de la doctrina¹¹⁴, podría llevar a la inconsistencia de aplicar la normativa tuitiva del consumidor a un empresario cesionario que adquiere un bien para integrarlo directamente a su proceso productivo. Por ejemplo, se presentaría tal caso cuando un empresario dedicado a la comercialización de inmuebles es cesionario de la posición contractual de beneficiario para comercializar *a posteriori* el inmueble que se le adjudique¹¹⁵. En ese sentido, la noción legal de

¹¹³ En ese sentido, en la obra FERNÁNDEZ, Raymundo L., GÓMEZ LEO, Osvaldo R., y AICEGA, M^a Valentina, *Tratado teórico práctico de derecho comercial*, cit., tomo II-B, p. 790, nota 28, aclaré que se admitía la cesibilidad de la posición contractual de consumidor porque se presuponía que se configuraba el “destino final”, diciendo: “Estimamos que la “cesión de posición contractual” implica el mantenimiento del “destino final” que exige el art. 1, LDC”.

¹¹⁴ LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, cit., pp. 87 y 88.

¹¹⁵ Comp. CHAMATRÓPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto del consumidor comentado*, cit., tomo I, p. 99. Este autor, luego de citar doctrina que considera que el cesionario del consumidor debe ser considerado como consumidor, dice: “La cuestión, sin embargo, podría generar dudas en algunos supuestos en los cuales compañías o estudios jurídicos se dediquen (como actividad empresarial específica) a ‘comprar’, masiva o individualmente, derechos litigiosos de consumidores para obtener un lucro en caso de victoria judicial o de un acuerdo transaccional favorable con el proveedor demandado. Si bien desde el punto de vista estrictamente formal, pareciera forzoso permitirle a esos ‘ingeniosos’ empresarios invocar las normas consumeriles, lo cierto es que es una solución que entraría en pugna con su verdadero espíritu”.

consumidor indirecto exige que este sujeto para calificar como tal “utilice” los bienes como destinatario final.

2.4.4.5 *Quid* de las personas humanas o jurídicas como consumidores indirectos

Finalmente, pueden presentarse casos de consumidores indirectos en los términos de los arts. 1.º, ley 24240, y 1092, Código Civil y Comercial. Se trataría de los supuestos en los que una persona humana o jurídica sin ser parte del acto de consumo realizado por un beneficiario de un fideicomiso utiliza como destinatario final –en beneficio propio o del grupo familiar o social–, el bien adquirido por este último sujeto. A partir de esa utilización –hecho jurídico– se genera una relación de consumo entre el proveedor–fiduciario y el consumidor indirecto. Es importante aclarar que estos sujetos no serán beneficiarios del fideicomiso.

2.4.5 Fideicomisario como consumidor

2.4.5.1 Encuadramiento

El fideicomisario podrá ser calificado como consumidor cuando adquiera bienes como destinatario final (arts. 1.º, ley, 24240, y 1092, Código Civil y Comercial).

Así, por ejemplo, en un fideicomiso mediante el que se estructura un desarrollo inmobiliario donde existe un fiduciante “originante” que transmite la propiedad fiduciaria de un inmueble al fiduciario para que este desarrolle un barrio cerrado con el encargo de financiar parte de la construcción con los “aportes” de cien nuevos fiduciantes que al efecto suscribirán contratos de adhesión y luego “recibirán” unidades funcionales, se configurarán las siguientes posiciones jurídicas: i) cien fiduciantes adherentes junto al “originante”; ii) cien beneficiarios –que coincidirán con los cien fiduciantes adherentes– y recibirán en tal carácter una unidad funcional cada uno de ellos, iii) un fideicomisario –que

normalmente coincidirá con el fiduciante “originante”– que recibirá el remanente que quedó en el patrimonio separado del fideicomiso a su extinción.

El fideicomisario puede ser cualquier persona humana o jurídica: un tercero, el fiduciante o el beneficiario. Así se pueden presentar en el supuesto del fideicomisario las mismas hipótesis que en el caso del beneficiario, a excepción de la coincidencia con el fiduciario.

2.4.5.2 Fiduciante–fideicomisario como consumidor directo

Es habitual en los fideicomisos que la persona humana o jurídica que ocupe el rol del denominado fiduciante originario (el “dueño” del negocio) sea quien reciba los bienes existentes en el patrimonio separado al momento de la extinción del contrato de fideicomiso (art. 1672, Código Civil y Comercial). El vínculo del fideicomisario será calificado como de consumo siempre que este reciba los bienes para destino final en beneficio propio o del grupo familiar o social. En este caso, será un consumidor directo porque a partir de su “aporte” como fiduciante recibirá luego los bienes como fideicomisario para su destino final.

Como hay coincidencia con el rol del fiduciante, al momento de la celebración del contrato este estará aceptando la posición jurídica de fideicomisario.

2.4.5.3 Fideicomisario como consumidor directo

Este supuesto se presentará cuando el fiduciante – normalmente el originario– transfiera fiduciariamente bienes designando en el contrato de fideicomiso como fideicomisario a un tercero para que el fiduciario le entregue el remanente de los bienes existentes en el patrimonio separado al momento de su extinción.

Para determinar si la adquisición del tercero es a título oneroso o gratuito habrá que analizar la relación subyacente entre

el fiduciante y el fideicomisario. No obstante, debe quedar claro que el fideicomisario adquirirá esos bienes del fiduciario, quien se los entregará en cumplimiento de la manda contractual que así lo establezca. Lógicamente, para que se configure la figura de fideicomisario consumidor será necesario que este haya aceptado su calidad de fideicomisario y que en ese momento “adquiera” para destino final.

2.4.5.4 Cesionario del fideicomisario, siempre que sea destinatario final

Se puede dar el supuesto de que el fideicomisario designado originariamente ceda su posición contractual a un tercero, quien ocupará su lugar. Como se expuso al analizar el caso del beneficiario, el cesionario solo podrá ser consumidor si posicionado como fideicomisario adquiere los bienes como destinatario final para beneficio propio o del grupo familiar o social.

2.4.5.5 *Quid* de las personas humanas o jurídicas consumidores indirectos

También podría presentarse el caso en que una persona humana o jurídica sin ser parte del acto de consumo realizado por un fideicomisario de un fideicomiso utilice como destinatario final –en beneficio propio o del grupo familiar o social– el bien adquirido por aquel sujeto en su calidad de fideicomisario. A partir de esa utilización –hecho jurídico– nace una relación de consumo entre el proveedor–fiduciario y el consumidor indirecto. No obstante, este último sujeto no ocupará la posición jurídica de fideicomisario, sino que solo “utilizará” el bien que él “adquirió”.

2.4.6 El fiduciario como proveedor

Además de la calidad de consumidor del beneficiario o del fideicomisario, para que se configure una relación de consumo será preciso que el fiduciario revista el carácter de proveedor (arts. 2.º, ley 24240, y 1093, Código Civil y Comercial).

Los proveedores pueden ser personas humanas o jurídicas, de naturaleza privada o pública. De modo que a *priori* cualquier fiduciario podrá calificar como proveedor.

Para que el fiduciario pueda ser considerado proveedor debe actuar como fiduciario “de manera profesional, aun ocasionalmente” (art. 2.º, ley 24240) administrando en su calidad de propietario fiduciario esos bienes según la finalidad que le haya instruido el fiduciante: v.gr. construyendo inmuebles destinados a consumidores, ya sea que se trate de beneficiarios o fideicomisarios, o bien de terceros (“extra – fideicomiso”). Así, quedan incluidos como fiduciarios proveedores quienes ofrecen y vuelcan bienes y servicios al mercado no solo con “habitualidad” sino también “ocasionalmente” en determinada oportunidad sin hacer de ello su profesión habitual¹¹⁶. En otros términos, haciendo de ello su profesión “ocasional”¹¹⁷. Piénsese que la profesionalidad que exige la norma es el conocimiento del negocio¹¹⁸.

Esta idea, que siempre estuvo correctamente enunciada en el art. 2.º de la ley 24240, sufrió fisuras con el art. 1093 del Código Civil y Comercial por cuanto al tiempo de ocuparse del proveedor establece que es tal quien “actúe profesional u ocasionalmente”. La utilización de la conjunción disyuntiva “u” podría llevar a pensar que bastaría que la persona realice una actividad esporádica y no profesional destinada al consumo para calificar como proveedor. Creo que tal hermenéutica no sería correcta, pues estaría

¹¹⁶ Cfr. FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, cit., p. 110. “...una asociación de beneficencia que organice un espectáculo o una feria para reunir fondos”.

¹¹⁷ Cfr. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Fideicomiso Leasing. Letras hipotecarias. Ejecución hipotecaria. Contratos de consumición*, cit., p. 473.

¹¹⁸ CHAMATRÓPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto del consumidor comentado*, cit., tomo I, p. 144.

seriamente reñida con los basamentos que inspiraron a esta disciplina, esto es, la tutela especial de quien no tiene conocimientos especiales (consumidor) frente a quien sí los tiene (proveedor)¹¹⁹.

Por otra parte, se debe tratar de una oferta para el consumo, pues la ley exige que esos bienes o servicios sean “destinados a consumidores o usuarios”, excluyendo por ende la oferta que se hace al sector empresario.

Los proveedores pueden ser personas humanas o jurídicas, de naturaleza privada o pública, v.gr.: Estados nacional o provincial, municipalidades, entidades autárquicas, empresas, sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria. Ergo, *a priori* cualquier fiduciario (profesional o no) podrá calificar como proveedor. Esto sin perjuicio del caso especial de los profesionales liberales que se analiza más adelante.

El art. 2.º de la ley 24240 efectúa una enumeración meramente enunciativa de las actividades que puede llevar a cabo el proveedor para ser calificado como tal: producción, montaje,

¹¹⁹ También me resulta objetable la incorporación de la “empresa productora de bienes o prestadora de servicios” como proveedor (art. 1093, Código Civil y Comercial), ya que si se quiso mentar a la persona titular de la actividad organizada debió referirse al “empresario” y, en ese sentido, este ya estaba incluido bajo la designación de “persona humana o jurídica”. En cambio, si se pensó en flexibilizar la noción para captar modernas realidades económicas como las que envuelven los contratos asociativos, no debe olvidarse que las partes de tales acuerdos son los titulares de la empresa y frente a los terceros (consumidores) actúan a través de sus representantes (arts. 1457 a 1459, 1465, 1476, 1477, Código Civil y Comercial), o a través de un gestor que se obliga personalmente con los terceros (consumidores). No hay empresa, sin empresario.

creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios.

Finalmente es importante precisar que el art. 2.º de la ley 24240 excluye de su ámbito de aplicación como proveedores a los profesionales liberales “que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello”. Empero, queda incluida la publicidad que se haga de su ofrecimiento y se impone un deber de información sobre la autoridad de aplicación de la ley de defensa del consumidor cuando se presentaren denuncias que no se relacionen con la publicidad de los servicios. En esos casos la autoridad de aplicación debe informar al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación.

3 COINCIDENCIA DE ROLES

3.1 Prohibición de coincidencia de fiduciante–fiduciario

No pueden coincidir en idénticas personas las posiciones jurídicas de fiduciante y fiduciario¹²⁰, ya que ello supondría admitir la existencia de un autocontrato, que desnaturalizaría la esencia misma de la institución. Además, ello es incompatible con

¹²⁰ Conf. GUASTAVINO, Elías P., “Fideicomisos, *leasings*, letras hipotecarias y otros aspectos de la ley 24441”, op. y loc. cit.; GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “Fideicomiso. Apreciaciones sobre las nuevas normas”, op. y loc. cit.; CARREGAL, Mario A., *El fideicomiso. Regulación jurídica y posibilidades prácticas*, cit., pp. 88 y 89; FREIRE, Betina V., *El fideicomiso. Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios*, cit., p. 114; KIPER, Claudio M. y LISOPRAWski, Silvio V., *Teoría y práctica del fideicomiso*, cit., pp. 69 y ss.

lo preceptuado por el art. 1666 del Código Civil y Comercial, que exige que los bienes deben ser entregados a “otra persona”.

3.2 Coincidencia de fiduciario—beneficiario

3.2.1 Admisión en el Código Civil y Comercial

La compatibilidad de la reunión en una misma persona de la calidad de fiduciario y de beneficiario, es un tema que, bajo la ley 24441 —que no la regulaba expresamente— había generado una gran discusión a nivel doctrinario y jurisprudencial.

Los arts. 1671 y 1673 del Código Civil y Comercial se enrolan en la postura amplia y admiten la coincidencia en un mismo sujeto de los roles de fiduciario y beneficiario en toda clase de fideicomisos.

A continuación, analizaré los fundamentos de la postura amplia adoptada por el legislador, con la mirada puesta especialmente en el fiduciario en fideicomiso de garantía.

3.2.1.1.I. Inexistencia de abuso de la posición por el fiduciario—acreedor

Se considera que la concurrencia de roles no está ni siquiera potencialmente reñida con la ética, buena fe o buenas costumbres. Esa inexistencia de abuso se encuentra patentizada en otros negocios frecuentes de garantía, como la prenda con desplazamiento y la cesión de derechos con ese fin en los que se admite sin controversia que el acreedor —sin distingos personales— sea a la vez poseedor de la cosa (en el primer caso) o su titular del derecho a título de confianza (en el segundo), para disponer la enajenación del objeto respectivo en caso de mora¹²¹.

¹²¹ Conf. CARREGAL, Mario A., “Fideicomisos de garantía”, en *Derecho empresario actual*, Cuadernos de la Universidad Austral, 1, Buenos Aires, 1996, p. 257. Este autor partiendo de lo expresado en páginas

3.2.1.2II. No se configura la adquisición de los bienes fideicomitidos para sí, que se encuentra prohibida

En el marco de la ley 24441 se observaba que el beneficiario no es aquel a quien se transfiere la propiedad plena de determinados bienes fideicomitidos existentes al momento de la extinción del contrato; es decir, el fideicomisario respecto de quien siempre estuvo prohibida la adquisición para sí (derogado art. 7.º, ley 24441¹²²; y art. 1676, Código Civil y Comercial). El beneficiario es el acreedor de lo que se denomina “un interés beneficiario” en el fideicomiso. Con ese fundamento se sostuvo que no existían impedimentos legales ni conflictos de intereses que obstaran la constitución de fideicomisos de garantía en los que el fiduciario designado sea al mismo tiempo el acreedor garantizado, mientras este no sea a su vez fideicomisario¹²³.

anteriores, al recordar que se ha dicho, p. 241: “...que permitir que el fiduciario sea a su vez beneficiario, es como poner al zorro a cuidar el gallinero”, concluye, p. 257: “Si en los casos citados ‘se ha puesto al zorro a cuidar el gallinero’, no cabe presumir que el zorro-acreedor es bueno cuando cuida una cosa prendada o un derecho cedido, pero se convierte en malo solo cuando el gallinero a cuidar está constituido por bienes fideicomitidos”.

¹²² FREIRE, Betina V., *El fideicomiso. Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios*, cit., p. 151: “...por el art. 7 (...) el fiduciario no podría quedarse por sí y ante sí con el bien fideicomitado”; CARREGAL, Mario A., “Fideicomisos de garantía”, cit., pp. 245 y 246: “...la variante de la adjudicación directa no procede (...), pues el fiduciario no podrá quedarse directamente con los bienes fideicomitados porque tal facultad está vedada por el art. 7...”.

¹²³ CARREGAL, Mario A., *Fideicomiso: Teoría y aplicación a los negocios*, cit., p. 235.

3.2.1.3III. Conveniencia económica de la concurrencia en una sola persona de las posiciones jurídicas de fiduciario y beneficiario

La consideración que sirve de título a este apartado se orienta a poner de relieve un dato de la realidad consistente en la reducción de costos a través de la eliminación de las comisiones que debería percibir un fiduciario ajeno a la relación crediticia¹²⁴. Esa reducción representa una ventaja para el deudor.

Carregal, en un trabajo posterior al citado en el desarrollo de este apartado¹²⁵, agrega que el fiduciario en todos los contratos de fideicomiso es en alguna medida beneficiario del fideicomiso. Esa calidad deriva de su facultad de cobrar los gastos incurridos en el cumplimiento del fideicomiso y las comisiones pactadas por el desempeño de sus funciones respecto de los bienes fideicomitidos.

3.2.1.4IV. Posibilidad de introducción de mecanismos contractuales de prevención

Los abusos del fiduciario—beneficiario se pueden prevenir en el mismo contrato si se adoptan las estipulaciones necesarias a los efectos de acotar la discrecionalidad del fiduciario¹²⁶.

¹²⁴ Conf. CARREGAL, Mario A., “Fideicomisos de garantía”, cit., pp. 239 y 240; FREIRE, Betina V., *El fideicomiso. Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios*, cit., p. 150; MÁRQUEZ, Fernando J., “Notas sobre el fideicomiso con fines de garantía”, JA, 2000–IV–1229. Este último autor, aunque desaconseja tal constitución por el peligro de las impugnaciones judiciales, estima que: “...esta modalidad del fideicomiso puede constituir aún un medio más económico que la designación de un tercero fiduciario”.

¹²⁵ CARREGAL, Mario A., “Fideicomiso de garantía: Lícito y necesario”, La Ley, 2000–E, p. 952.

¹²⁶ ÁLVAREZ, Georgina I., “Algunas notas sobre un tipo de garantía autónoma: el fideicomiso en garantía”, DJ, 2003–1–295.

En línea con lo indicado, el art. 1673 del Código Civil y Comercial establece que en caso de coincidencia de roles de fiduciario y beneficiario, el fiduciario debe evitar cualquier conflicto de intereses y obrar privilegiando los de los restantes sujetos intervinientes en el contrato.

3.2.2 La cuestión en la jurisprudencia nacional anterior al Código Civil y Comercial

A nivel jurisprudencial merece especial mención un precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, donde al resolver otra cuestión relacionada, se admitió la superposición de roles de fiduciario y de beneficiario, con apoyo en la fuerza vinculante de la autonomía de la voluntad y las eventuales herramientas de defensa que tendría el damnificado¹²⁷. En la línea indicada, se ha precisado que “la circunstancia de que en el fideicomiso de garantía, exista identidad subjetiva entre el fiduciario y el beneficiario del fideicomiso, no impide considerarlo válido en tanto no existe óbice legal alguno al respecto porque la ley 24441 no impide que ello ocurra, y la única limitación legal que se aprecia radica en la prohibición de que el fiduciario adquiera para sí los bienes fideicomitados”¹²⁸.

3.2.3 La cuestión en el derecho comparado

Las soluciones en el derecho comparado son disímiles. Algunas exponen la tesis negatoria de la coincidencia de roles de beneficiario–fiduciario, mientras que otras —las menos— la tesis afirmativa, y finalmente existen soluciones intermedias.

¹²⁷ CSJN, 4/11/2003, “E.C.G. S.A. c. Banco Hipotecario”, La Ley Online.

¹²⁸ CNCiv., sala B, 5/9/2006, “Donolo, Darío Domingo c. Banco Hipotecario S.A.”, La Ley Online.

En la primera línea negatoria se enrolan, con distinta extensión, las legislaciones de Paraguay¹²⁹, Bolivia¹³⁰, Costa Rica¹³¹, Ecuador¹³², y Venezuela¹³³.

En una posición intermedia, solo admiten la coincidencia de roles de acreedor fiduciario y beneficiario en los fideicomisos de

¹²⁹ Art. 8º, ley 921 de Negocios Fiduciarios: “Nulidad del negocio fiduciario: Serán nulos los negocios fiduciarios en los siguientes casos: 1. Cuando en un mismo negocio fiduciario se reúna la calidad de fideicomitente y de fiduciario o de fiduciario y beneficiario...”.

¹³⁰ Art. 1424 del Código de Comercio de Bolivia: “No son aceptables en una misma persona las calidades de fiduciario y de beneficiario. Si tal cosa sucediera, no podrá ser acreedor de los beneficios del fideicomiso mientras subsista la confusión”.

¹³¹ El art. 656 del Código de Comercio de Costa Rica (ley 3284, del 24/4/1964) dispone: “El fiduciario no podrá ser fideicomisario. De llegar a coincidir tales calidades, el fiduciario no podrá recibir los beneficios del fideicomiso en tanto la coincidencia subsista”. En la legislación citada el fideicomisario es quien recibe los beneficios durante la vigencia del contrato y los bienes a su finalización.

¹³² El art. 116, tercer párrafo, del Libro II “Ley de Mercado de valores” del Código orgánico monetario y financiero de Ecuador: “Queda expresamente prohibido la constitución de un fideicomiso mercantil en el que se designe como beneficiario principal o sustituto al propio fiduciario, sus administradores, representantes legales, o sus empresas vinculadas...”.

¹³³ Art. 23 de la Ley de Fideicomisos de Venezuela del 23 de julio de 1956 (Gaceta Oficial núm. 496 extraordinario de 17 de agosto de 1956): “El fideicomiso puede ser constituido en favor de uno o varios beneficiarios. El fideicomitente puede constituirlo en favor de sí mismo. El fiduciario no podrá ser beneficiario”.

garantía las legislaciones de México¹³⁴ y de Uruguay¹³⁵. Otras legislaciones admiten la coincidencia de roles siempre que el beneficiario–acreedor no sea el único fiduciario; v.gr.: las

¹³⁴ Art. 396 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC) de México, en su redacción actual: “Las instituciones y sociedades mencionadas en el artículo anterior, podrán reunir la calidad de fiduciarias y fideicomisarias, tratándose de fideicomisos cuyo fin sea garantizar obligaciones a su favor. En este supuesto, las partes deberán convenir los términos y condiciones para dirimir posibles conflictos de intereses”. Por su parte, el art. 395, dice: “Solo podrán actuar como fiduciarias de los fideicomisos que tengan como fin garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, previstos en esta Sección Segunda, las instituciones y sociedades siguientes: I. Instituciones de crédito; II. Instituciones de seguros; III. Instituciones de fianzas; IV. Casas de bolsa; V. Sociedades Financieras de Objeto Múltiple que cuenten con un registro vigente ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros; VI. Almacenes generales de depósito; VII. Uniones de crédito, y VIII. Sociedades operadoras de fondos de inversión que cumplan con los requisitos previstos por la Ley de Fondos de Inversión. Las instituciones fiduciarias a que se refieren las fracciones II a IV y VI de este artículo, se sujetarán a lo que dispone el art. 85 Bis de la Ley de Instituciones de Crédito”. En la legislación citada el fideicomisario es quien recibe los beneficios durante la vigencia del contrato y los bienes a su finalización.

¹³⁵ Art. 9, inc. b), Ley uruguaya de fideicomiso 17.703 del año 2003: “Prohibiciones. Quedan prohibidos, siendo absolutamente nulos: (...) El fideicomiso en el cual se designe beneficiario al fiduciario salvo en los casos de fideicomiso en garantía constituidos a favor de una entidad de intermediación financiera”.

legislaciones de Québec¹³⁶, Panamá¹³⁷, Chile¹³⁸, Puerto Rico¹³⁹. Mención aparte merece el caso de Colombia, pues tal legislación establece que el beneficiario solo puede ser el fideicomitente o un tercero y luego dispone una prohibición similar a la contenida en el art. 1676 del Código Civil y Comercial respecto de la adquisición para sí de los bienes fideicomitados por el fiduciario¹⁴⁰.

¹³⁶ Art. 1275 del Código Civil de Québec: “El constituyente o el beneficiario puede ser fiduciario, pero debe actuar conjuntamente con un fiduciario que no sea ni constituyente ni beneficiario”.

¹³⁷ Art. 33, inc. 5 de la Ley 1 del año 1984 —mod. por ley 21 de 2017— de Panamá: “El fideicomiso se extingue por: (...) 5) Por confundirse en una sola persona la calidad de único beneficiario con la de único fiduciario...”.

¹³⁸ Art. 763, inc. 6, Código Civil de Chile: “El fideicomiso se extingue: (...) 6. Por confundirse la calidad de único fideicomisario con la de único fiduciario”. En la legislación citada el fideicomisario es quien recibe los beneficios durante la vigencia del contrato y los bienes a su finalización.

¹³⁹ Arts. 36 y 61, ley de fideicomiso de Puerto Rico. El art. 36 establece: “...El fiduciario puede ser fideicomisario siempre que él no sea el único fideicomisario o que, siéndolo, el fideicomiso designe por lo menos otro fiduciario...” y el art. 61 dispone como una de las causales de extinción del fideicomiso, la “confusión del carácter de único fideicomisario con el de único fiduciario”.

¹⁴⁰ Art. 1226 Código de Comercio de Colombia dispone que el fideicomiso es “un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o mas bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de este o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario”. Luego, el art. 1244 del Código de Comercio, establece que “será ineficaz toda estipulación que disponga que el fiduciario adquirirá definitivamente, por causa del negocio fiduciario, el dominio de los bienes fideicomitados”.

En la postura que considera admisible sin cortapisa la coincidencia de roles de beneficiario y fiduciario, se encuentra el Código Civil francés, donde se introdujo la figura de la *Fiducié* a partir de la reforma por ley 211/2007 del 19 de febrero de 2007, la que a su vez fue modificada por la Ley de Modernización de la Economía (2008-776 del 4/8/2008), la ordenanza 2009-112 del 30 de enero de 2009 y la ley 2009-526 del 12 de mayo de 2009. El art. 2016 dispone que “*le constituant ou le fiduciaire peut être le bénéficiaire ou l’un des bénéficiaires du contrat de fiducie*”¹⁴¹.

3.2.4 El caso del fideicomiso financiero con oferta pública

En oposición con lo dispuesto por el Código Civil y Comercial, las normas CNV prohíben la coincidencia de fiduciario y beneficiario para el caso del fideicomiso financiero con oferta pública.

Esa solución fue incorporada a la normativa citada por la Resolución General CNV N° 530/2008, que dispone: “No podrán constituirse —en ninguna forma— fideicomisos por acto unilateral, entendiéndose por tales aquellos en los que coincidan las personas del fiduciante y del fiduciario, ni podrán reunirse en un único sujeto las condiciones de fiduciario y beneficiario (...) deberán encontrarse claramente diferenciadas las posiciones del fiduciario y del fiduciante como partes esenciales del contrato, de la que pueda corresponder a los beneficiarios”.

3.2.5 Pautas de conducta en caso de coincidencia de roles

El Código Civil y Comercial establece que en caso de coincidencia en un mismo sujeto de las posiciones jurídicas de fiduciario y beneficiario, aquel debe evitar cualquier conflicto de intereses. Si existiera o fuera inevitable dicho conflicto de

¹⁴¹ “El fiduciante y el fiduciario podrán ser el beneficiario o uno de los beneficiarios del contrato de fideicomiso”.

intereses entre beneficiario –que coincida con el fiduciario– y fiduciante y/o fideicomisario, debe siempre actuar privilegiando los intereses de los restantes sujetos.

Con el establecimiento de esta pauta de conducta se tiende a evitar que se planteen los inconvenientes que la generalidad de la doctrina había destacado al oponerse a la viabilidad de la superposición de roles; a saber, entre otros:

I. *Contradicción con la naturaleza del fideicomiso*¹⁴². Se sostenía que habría una contradicción conceptual inadmisibile si el fiduciario pudiera beneficiarse con los actos de administración o de disposición de los que ha sido encargado en cumplimiento de la finalidad prevista por el fiduciante, ya que el fideicomiso carecería de razón de ser.

II. *Prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos*. Se consideraba que tampoco era posible la concurrencia de fiduciario y beneficiario en los frutos o en el destino final del patrimonio del fideicomiso, principio receptado en el derogado art. 7.º de la ley 24441 y reiterado en el art. 1676 del Código Civil y Comercial. Los bienes fideicomitidos no podrían quedar nunca en manos (dominio pleno) del acreedor–beneficiario en caso de que este ocupe el rol de fiduciario, por lo que en este marco de situación habría que negar la posibilidad de que el acreedor–beneficiario sea a la vez fiduciario en el contrato de fideicomiso¹⁴³.

¹⁴² LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Fideicomiso. Leasing. Letras hipotecarias. Ejecución hipotecaria. Contratos de consumición*, cit., pp. 19 y 71.

¹⁴³ En este sentido, GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “Fideicomiso. Apreciaciones sobre las nuevas normas”, op. y loc. cit.; SOLER, Osvaldo H., NIETO BLANC, Ernesto E. y MORENO GURREA, José, “Fideicomiso común u ordinario”, La Ley, IMP, 1996–B–2542; TON, Walter, “La medida de no innovar en el fideicomiso de garantía” en *Las medidas*

III. *Imposibilidad de la rendición de cuentas.* Se entendía en esta tesitura que tal confusión de personas haría perder sentido a la rendición de cuentas prevista en la ley, en tanto mecanismo de control.

IV. *Deber de lealtad del fiduciario.* El fiduciario debe actuar como buen hombre de negocios de acuerdo con la confianza depositada en él, y ejercer el “fideicomiso” en beneficio e interés de los beneficiarios. Admitir la coincidencia de roles confrontaría con las directrices de neutralidad, independencia o lealtad que deben guiar su actuación¹⁴⁴.

V. *Conflicto de intereses y abusos por parte del fiduciario.* Se consideraba que configuraría un claro conflicto de intereses y abusos por parte del fiduciario, ya que —por ejemplo— en el fideicomiso de garantía el fiduciario es acreedor del deudor fiduciante y a su vez tiene en la calidad de propietario fiduciario los bienes dados en garantía para satisfacer sus propias acreencias en calidad de beneficiario¹⁴⁵. Así, podría abusar de su posición perjudicando al deudor¹⁴⁶.

cautelares en las sociedades y los concursos, ARECHA, Martín (dir.) y FILIPPI, Laura L, (vice), Instituto Argentino de Derecho Comercial, 2ª ed., Buenos Aires, Legis Argentina, 2008, p. 187.

¹⁴⁴ KIPER, Claudio M., “El fideicomiso de garantía y las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, JA/LexisNexis, 2007–IV, fascículo 7, 14/11/2007. En igual sentido, FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h.), “La sustentabilidad legal del fideicomiso. Cuestiones generales y el caso del fideicomiso de garantía frente al concurso”, ED, Año XLVI, núm. 12.081, 2/9/2008; tampoco admitían bajo la legislación derogada la coincidencia de roles HIGHTON, Elena I., MOSSET ITURRASPE, Jorge, PAOLANTONIO, Martín E. y RIVERA, Julio César, *Reformas al derecho privado, ley 24441*, Rubinzal–Culzoni, Santa Fe, 1995, p. 36.

¹⁴⁵ CAMERINI, Marcelo A., “La verificación de crédito como mecanismo de desnaturalización del fideicomiso de garantía”, La Ley, 2008–E, p.

3.3 Prohibición de coincidencia fiduciario-fideicomisario

Se prohíbe expresamente que el fideicomisario en tanto destinatario final de los bienes sea fiduciario (arts. 1672 y 1673, Código Civil y Comercial). Fundamenta tal solución legislativa algunos de los argumentos esgrimidos por los autores que así se pronunciaban bajo la ley de fideicomiso derogada (Cap. I, ley 24441) que no contenía esa solución de forma expresa; a saber:

I. *Prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos*. Se sostiene que no es posible la concurrencia de fiduciario y fideicomisario en el destino final del patrimonio del fideicomiso¹⁴⁷, principio que receptaba el derogado art. 7.º de la ley 24441 y lo sigue haciendo el actual art. 1676 del Código Civil y Comercial.

155, nota a fallo “Cía. de Serv. Hipotecarios (CASH) s/concurso preventivo” CNCom., sala E, 03/04/2008; MEDICI, Rubén A., “Cesión de créditos en garantía, prenda de títulos y fideicomiso en garantía. Diferencias y su tratamiento concursal”, ponencia presentada en el VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Iberoamericano de la insolvencia, Rosario, 27, 28 y 29 de septiembre de 2006, Zeus, Colección Jurisprudencial, 2007, Tº 103, D–107.

¹⁴⁶ Conf. MARTORELL, Ernesto Eduardo y CÚNEO LIBARONA, Mariano (h), “Disparen sobre el fideicomiso: Perplejidades comerciales y penales que exhibe la figura”, en CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo (Director) y DE REINA TARTIERE, Gabriel (Coordinador), *Fideicomiso de garantía, Análisis integral. Función y Régimen*, Heliasta, Buenos Aires, 2008, p. 259.

¹⁴⁷ GIRALDI, Pedro M., *Fideicomiso*, cit., p. 72. No obstante, este autor considera que cabría admitir lo contrario “...en caso de sucesión universal si el fiduciario concurre con otras personas. Pero de ser único heredero del beneficiario el fideicomiso se acabaría”.

II. *Imposibilidad de la rendición de cuentas.* Se señala que el fiduciario no se podría rendir cuentas a sí mismo y se obstaría el cumplimiento de esta obligación de orden público.

III. *Ejercicio de la propiedad fiduciaria en beneficio de otro.* El fiduciario está obligado a ejercer la propiedad fiduciaria en beneficio de otra persona distinta de sí mismo, puesto que es necesariamente un contrato a favor de terceros (gestión patrimonial en interés ajeno)¹⁴⁸.

IV. *Conflicto de intereses y deber de lealtad.* El conflicto de intereses sería evidente si el fiduciario se debiera entregar los bienes existentes en el patrimonio separado al momento de la extinción del contrato. Así, ello también colisionaría con su deber de lealtad.

4 DIVERSOS TIPOS DE FIDEICOMISO. PECULIARIDADES

El Código Civil y Comercial regula dos tipos de fideicomisos: el “común” u “ordinario” (arts. 1666 a 1689 y 1697 a 1700) y el financiero (arts. 1690 a 1696).

No legisla separadamente las diversas aplicaciones que puede concretar el fideicomiso común u ordinario, aunque destina una norma a la regulación de las particularidades que plantea una de ellas: el fideicomiso de garantía.

Por medio de una regulación general se evita recortar las posibilidades prácticas de aplicación de la figura. Pienso que la función primordial de una modalidad contractual determinada no desplaza las obligaciones y facultades centrales del fiduciario de conservar los bienes fideicomitados y administrarlos de conformidad con los fines para los cuales fue concertado el negocio.

¹⁴⁸ Conf. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Fideicomiso. Leasing. Letras hipotecarias. Ejecución hipotecaria. Contratos de consumición*, cit., p. 113.

Sin perjuicio de lo expuesto, la doctrina ha recogido de la experiencia práctica las aplicaciones o manifestaciones más usuales del fideicomiso “común” u “ordinario” regidas todas por las disposiciones generales del Código Civil y Comercial en materia de fideicomiso; a saber: el fideicomiso de administración, de garantía y de inversión¹⁴⁹.

Por otra parte, del Código surge que el título causal, acto o negocio jurídico que da origen al fideicomiso puede ser tanto un acto entre vivos como una disposición de última voluntad.

5 QUID DE LA PLURALIDAD DE FIDUCIARIOS

Se admite expresamente la existencia de varios fiduciarios. En ese caso, se constituye una copropiedad o condominio fiduciario entre ellos, según la naturaleza de los bienes (arts. 1674 y 1688, Código Civil y Comercial).

Independientemente de este encuadramiento, lo cierto es que aunque se trate de una copropiedad en sentido técnico, serán aplicables las normas previstas para el derecho real de condominio, pues esta preceptiva se aplica en subsidio “a todo supuesto de comunión de derechos reales o de otros bienes” (art. 1984, Código Civil y Comercial).

Las soluciones o reglas particulares que se dan en el caso son: i) ningún fiduciario puede accionar por partición mientras dure el fideicomiso, pues existe una indivisión forzosa hasta ese momento (art. 1688, Código Civil y Comercial); ii) en caso de designación de más de un fiduciario para que actúen simultáneamente, sea en forma conjunta o indistinta, su responsabilidad es mancomunada solidaria por el cumplimiento de las obligaciones resultantes del fideicomiso (art. 1674, Código

¹⁴⁹ VILLAGORDOA LOZANO, José M., *Doctrina general del fideicomiso*, cit., p. 225.

Civil y Comercial); iii) en principio, como en todo condominio (art. 1990, Código Civil y Comercial), los actos de disposición deben ser otorgados conjuntamente, pero se admite que exista pacto en contrario (art. 1688, Código Civil y Comercial); iv) respecto de los actos de administración rigen los arts. 1993 y 1994 del Código Civil y Comercial. Así, mediando oposición, decidirá la mayoría.

Sin perjuicio de la aplicación de las reglas antedichas, resulta claro que en la práctica las complicaciones serán notables, sobre todo porque es una figura concebida en sus regulaciones particulares partiendo de la consideración del fideicomiso con un fiduciario único.

6 VICISITUDES DE LA TITULARIDAD DEL PATRIMONIO FIDUCIARIO

6.1 Encuadramiento

La titularidad del patrimonio es la que distingue a los casos de separación de aquellos en los que existe una afectación patrimonial sin sujeto¹⁵⁰.

Si bien es indiscutible que el fiduciario ostenta la titularidad del patrimonio separado, el estudio de las facultades y deberes que se le reconocen al “propietario fiduciario” bajo la vigencia del régimen abrogado –idéntico al actual–, derivó en discrepancias

¹⁵⁰ Véanse los desarrollos efectuados en el Capítulo I.

Conf. FERRARA, Francisco, *Teoría de las personas jurídicas*, cit., pp. 142 y ss.; BRINZ, Alois, *Lehrbuch der Pandekten*, Verlag von Andreas Deichert, Erlangen, 1860, §226, pp. 979 y ss. Con similar lineamiento, BEKKER, Ernst I., *System des Heutigen Pandektenrechts*, Hermann Böhlau, Weimar, 1886, §42, pp. 141 y ss.

doctrinarias en torno a la naturaleza del título que debe reconocérsele a este sujeto esencial del fideicomiso¹⁵¹.

En el art. 1682 del Código Civil y Comercial se establece que sobre los bienes fideicomitidos se constituye una propiedad fiduciaria que se rige por lo dispuesto en el Capítulo 30 –del Título IV, Libro Tercero– y por las normas que correspondan a la naturaleza de los bienes. Así se aplicarán las normas del dominio fiduciario cuando se trate de cosas o las que correspondieren a la naturaleza de los bienes cuando éstos no sean cosas.

El legislador conservó la posición mixta de la derogada ley de fideicomiso: la constitución de una propiedad fiduciaria y un patrimonio separado. Ello, pese a haber tenido como fuente al Código Civil de Québec que establece expresamente que el fiduciario no adquiere ningún derecho real (art. 1261).

Las facultades del titular de la propiedad fiduciaria son casi las mismas que las del propietario perfecto. La diferencia principal es la perpetuidad de este último frente a la temporalidad del primero. El fiduciario es titular de una propiedad imperfecta, pero propiedad al fin, con la importante novedad que introdujo el Código Civil y Comercial al admitir la cláusula de no enajenar o gravar (arts. 1703 y 1688, Código Civil y Comercial).

Los límites a las facultades del fiduciario, así como las obligaciones que se le imponen, hallan adecuada respuesta en un razonamiento tendiente a respetar la realidad económica subyacente que requiere un análisis que supere el mero *status* formal¹⁵².

¹⁵¹ Véase un estado de la cuestión en AICEGA, María Valentina, *El patrimonio en el contrato de fideicomiso*, cit., pp. 114 a 127.

¹⁵² FREIRE, Betina V., *El fideicomiso. Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios*, cit., p. 76.

La idea central de esta teoría a la que adhiero es la existencia de una titularidad formal que no enriquece en forma personal al fiduciario, aunque es el único titular de los bienes fideicomitidos. De las diversas normas de carácter obligacional del Código Civil y Comercial se extrae que el fiduciario, si bien es titular de una propiedad imperfecta, no es el dueño de la riqueza que esos bienes representan¹⁵³.

A partir de la transmisión fiduciaria de los bienes se constituye un patrimonio especial (art. 242, Código Civil y Comercial). El titular fiduciario de los bienes que integran ese patrimonio es el fiduciario y es su único titular.

Gráficamente se ha dicho que como el patrimonio separado no tiene personalidad jurídica, necesita de un sostén; ese sostén jurídico se ejerce por el fiduciario¹⁵⁴. No obstante, el valor patrimonial no le aprovecha al fiduciario en forma personal. Para él y solo para él esa propiedad está despojada de valor, ya que transitoriamente esa riqueza está a buen resguardo bajo una campana que se denomina patrimonio separado¹⁵⁵.

En síntesis, el fiduciario en el Código Civil y Comercial, y desde la óptica del derecho real, es titular de un derecho real de dominio imperfecto destinado a durar hasta el cumplimiento de un plazo o de una condición resolutorios, con las peculiaridades que le

¹⁵³ FREIRE, Betina V., *El fideicomiso. Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios*, cit., pp. 76 y ss.

¹⁵⁴ FREIRE, Betina V., *El fideicomiso. Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios*, cit., p. 77: “Mientras existe el fideicomiso. ¿Dónde se ubica la riqueza o valor económico de los bienes? Pues, la encontramos instalada dentro del patrimonio separado; en definitiva este conjunto de bienes es el que crece o decrece, se valoriza o desvaloriza”.

¹⁵⁵ FREIRE, Betina V., *El fideicomiso. Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios*, cit., p. 77.

imprimen los arts. 1701 y ss. En cambio, en el plano obligacional, los límites a sus facultades, así como las obligaciones que se le imponen, se explican a tenor de la finalidad de la transmisión fiduciaria que no lo enriquece en forma personal.

6.2 Extinción del contrato y cese del fiduciario

Si bien la “posición jurídica” del fiduciario es un elemento esencial del contrato tanto al momento de su celebración como en su funcionamiento, tal esencialidad no se advierte en la “persona” que ocupa ese rol.

Por ello, la cesación en la función no produce la extinción del contrato de fideicomiso, sino la sustitución de un fiduciario por otro, y su consiguiente reemplazo conforme lo establecido en el art. 1679 del Código Civil y Comercial.

Las causas de extinción del contrato reguladas en el art. 1697 del Código Civil y Comercial¹⁵⁶ carecen de relación con la cesación del fiduciario. Lo propio sucede con las causales genéricas de extinción de los contratos que surgen del articulado del Código, las que de un modo u otro se hallan relacionadas con el cumplimiento de la finalidad buscada con la constitución del fideicomiso o con la imposibilidad de alcanzarla, v.gr.: por falta de causa, destrucción total de los bienes, etc.

¹⁵⁶ Art. 1697 del Código Civil y Comercial: “*Causales*. El fideicomiso se extingue por: a) el cumplimiento del plazo o la condición a que se ha sometido, o el vencimiento del plazo máximo legal; b) la revocación del fiduciante, si se ha reservado expresamente esa facultad; la revocación no tiene efecto retroactivo; la revocación es ineficaz en los fideicomisos financieros después de haberse iniciado la oferta pública de los certificados de participación o de los títulos de deuda; c) cualquier otra causal prevista en el contrato”.

6.3 Causas de extinción del contrato

6.3.1 El cumplimiento del plazo o la condición acordados o vencimiento del plazo máximo legal (art. 1697 inc. a), Código Civil y Comercial)

El plazo al igual que la condición resolutoria es un elemento esencial del fideicomiso.

El fideicomiso no puede durar más de treinta años desde la celebración del contrato, salvo que se haya constituido en favor de una persona incapaz o con capacidad restringida en cuyo caso puede durar hasta la cesación de la incapacidad o de la restricción de la capacidad. El cumplimiento del plazo o el vencimiento del plazo máximo legal de treinta años, o bien el cumplimiento de la condición antes de los treinta años o su falta de cumplimiento tras pasados los treinta años a contar desde la celebración del contrato, tiene como efecto la extinción del contrato y la transmisión por el fiduciario de la propiedad plena de los bienes al fideicomisario. Si el fideicomisario no está designado, la entrega se debe hacer al fiduciante o a sus herederos.

6.3.2 Revocación del fiduciante si se ha reservado expresamente esa facultad. Efecto. Supuesto de ineficacia (art. 1697 inc. b), Código Civil y Comercial)

Los alcances de esta cláusula dependerán de lo pactado por las partes, aunque está claro que no necesita ser causada.

La revocación no tiene efecto retroactivo y quedan firmes los actos de disposición que el fiduciario hubiera realizado de conformidad con lo previsto en la ley y el contrato (arts. 1697, inc. b), 1688, y 1079, inc. a), Código Civil y Comercial).

Con buen criterio se establece la ineficacia de la revocación en los fideicomisos financieros después de haberse iniciado la oferta pública de los certificados de participación o de los títulos de deuda.

6.3.3 Otras causas previstas en el contrato (art. 1697 inc. c], Código Civil y Comercial)

La ley deja amplio margen al juego de la autonomía de la voluntad de las partes para incluir otras causales de extinción del contrato. Ello es así, siempre que se respeten los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres (art. 958, Código Civil y Comercial).

6.3.4 Consentimiento de “partes”

Como consecuencia de lo dispuesto por el art. 1076 del Código Civil y Comercial, las partes por mutuo disenso pueden extinguir el contrato.

Algunos de los países que han legislado esta figura jurídica establecen la posibilidad de extinción por acuerdo entre fiduciante y beneficiario, siempre que este haya aceptado el beneficio estipulado en su favor, v. gr: México, art. 392, inc. 5º, LGTOC. Este distracto, prescindiendo de la voluntad del fiduciario, no resulta admisible en nuestro derecho en virtud de lo dispuesto por el art. 1076, excepto que se haya pactado lo contrario. Empero, será procedente este acuerdo como causal de extinción en caso de que presten su voluntad todos los sujetos interesados, a saber: fiduciante, fiduciario, beneficiario y fideicomisario.

6.3.5 Por la extinción de la propiedad fiduciaria

La extinción de la propiedad fiduciaria derivará en la extinción del contrato de fideicomiso por carencia de objeto. Es aquí donde encuadra la liquidación por insuficiencia de los bienes fideicomitidos.

6.4 Cese del fiduciario

6.4.1 Diversas causales

El art. 1678 del Código Civil y Comercial¹⁵⁷ establece las causales de cesación del fiduciario a la luz del carácter *intuitu personae* de la encomienda y propendiendo al aseguramiento de la consecución de los fines del fideicomiso del caso.

6.4.2 Remoción por incumplimiento de sus obligaciones e imposibilidad material o jurídica de actuar (art. 1678 inc. a), Código Civil y Comercial)

El incumplimiento de sus obligaciones por el fiduciario es causal de remoción. También lo es la imposibilidad material o jurídica de actuar, aun cuando no le sea imputable¹⁵⁸, lo que resuelve situaciones tales como la ocultación o la ausencia —sin

¹⁵⁷ Art. 1678 del Código Civil y Comercial: “*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; b) incapacidad, inhabilitación y capacidad restringida judicialmente declaradas, y muerte, si es una persona humana; c) disolución, si es una persona jurídica; esta causal no se aplica en casos de fusión o absorción, sin perjuicio de la aplicación del inciso a), en su caso; d) quiebra o liquidación; e) renuncia, si en el contrato se la autoriza expresamente, o en caso de causa grave o imposibilidad material o jurídica de desempeño de la función; la renuncia tiene efecto después de la transferencia del patrimonio objeto del fideicomiso al fiduciario sustituto”.

¹⁵⁸ Conf. GIRALDI, Pedro M., *Fideicomiso*, cit., p. 73: “... podrá haberse visto impedido (...) por circunstancias externas, fuera de su control”.

dejar representantes—, problemas de salud, conflicto de interés insalvable, etcétera¹⁵⁹.

La remoción requiere la intervención judicial a los fines de la apreciación de los fundamentos invocados. Puede ser instada por el fiduciante, el beneficiario o el fideicomisario, con citación, en los dos últimos casos, del fiduciante.

6.4.3 Incapacidad, inhabilitación y capacidad restringida judicialmente declarada, y muerte, si es una persona humana (art. 1678 inc. b), Código Civil y Comercial)

Teniendo en cuenta el carácter *intuitu personae* del encargo, se establece que el fiduciario cesa en el cargo por muerte, incapacidad, capacidad restringida e inhabilitación judicialmente declarada si se tratara de una persona humana.

6.4.4 Disolución, si es una persona jurídica; esta causal no se aplica en casos de fusión o absorción (art. 1678 inc. c), Código Civil y Comercial)

El Código Civil y Comercial mantiene la causal de disolución si el fiduciario es una persona jurídica, pero teniendo en cuenta las particularidades que plantea la disolución por fusión o absorción las excluye, salvo que se configure la imposibilidad de cumplimiento que se establece en el inc. a) del art. 1678.

La exclusión de los supuestos de disolución por fusión o absorción, se funda en el hecho de que el patrimonio de esas sociedades se incorpora a una nueva o a la absorbente sin producirse la liquidación subsiguiente. Así, un criterio realista

¹⁵⁹ LISOPRAWSKI, Silvio V., “Fideicomiso en el Código Civil y Comercial”, op. y loc. cits.

impone evaluar previamente si el fiduciario se encuentra posibilitado de cumplir con el encargo¹⁶⁰.

6.4.5 Quiebra o liquidación (art. 1678 inc. d], Código Civil y Comercial)

El Código Civil y Comercial mantiene las causales de cesación que preveía el derogado art. 9.º, inc. d), de la ley 24441, al incluir a su quiebra o liquidación, y no incorpora el supuesto del concurso preventivo.

6.4.6 Renuncia si está expresamente autorizada, o en caso de causa grave o imposibilidad material o jurídica de desempeño (art. 1678 inc. e], Código Civil y Comercial)

El principio general es la irrenunciabilidad del fiduciario en orden a que a este se le han transferidos los bienes en virtud de sus especiales características. No obstante, tal principio general sufre dos excepciones.

La primera de ellas, prevista en el texto de la ley, se presenta cuando en el contrato se hubiere autorizado expresamente esta causa. Se debe destacar que “expresamente” no quiere decir “sacramentalmente”. Un contrato que previera la existencia de sustituto para el caso de renuncia estaría autorizando la renuncia¹⁶¹.

¹⁶⁰ Conf. LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, cit., tomo III, p. 330: “Si por consecuencia de la fusión o absorción no se continúa, es un supuesto de imposibilidad ...”.

¹⁶¹ Conf. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Fideicomiso. Leasing. Letras hipotecarias. Ejecución hipotecaria. Contratos de consumición*, cit., p. 131.

La segunda se puede dar si existiera justa causa. El inc. e) del art. 1678 alude a causa grave o imposibilidad material o jurídica de desempeño. Entiendo que en tales supuestos la falta de renuncia por el fiduciario podría hacerlo incurrir en culpa en los términos del art. 1674 del Código Civil y Comercial.

La ley prevé que la renuncia no tendrá efectos hasta que se haya efectivizado la transferencia del patrimonio separado al fiduciario sustituto. No obstante, puede suceder que no estando autorizado el fiduciario renuncie, que haga abandono de sus funciones, o bien que no cumpla con el deber impuesto por la ley y no aguarde la designación de un nuevo fiduciario. En tales casos, sin perjuicio de las responsabilidades en que podría incurrir el fiduciario, podrá el fiduciante, el beneficiario, el fideicomisario o el acreedor del patrimonio separado, solicitar judicialmente la designación de un fiduciario judicial provisorio, o el dictado de medidas de protección del patrimonio, si hay peligro en la demora (art. 1679, tercer párrafo, última parte, Código Civil y Comercial).

Por último, cabe puntualizar que la citada facultad de renunciar debe ser ejercida en forma tempestiva, esto es, con aviso previo. Tal exigencia es derivación de lo dispuesto en la parte final del inc. e) del art. 1678 del Código Civil y Comercial en cuanto dice “la renuncia tiene efecto después de la transferencia del patrimonio objeto del fideicomiso al fiduciario sustituto”.

6.4.7 Otras causales

La *ratio legis* del art. 1678 del Código Civil y Comercial es el aseguramiento de la consecución de los fines del fideicomiso en cada caso, a tenor de la naturaleza *intuitu personae* del encargo. Ello lleva necesariamente a concluir que su enumeración es meramente enunciativa. En efecto, nada obsta a que se prevean en el contrato otras causales de cesación del fiduciario.

6.5 Reemplazo

6.5.1 Mecanismos de designación

Se establecen tres mecanismos para designar un nuevo fiduciario (art. 1679, Código Civil y Comercial)¹⁶².

En primer término, la previsión en el contrato de un fiduciario sustituto. Luego, el establecimiento en el contrato de un procedimiento a los fines de nominar un reemplazante, el que puede exigir o no la citación de los beneficiarios como sucede en el fideicomiso financiero (arg. arts. 1695 y 1696, Código Civil y

¹⁶² Art. 1679 del Código Civil y Comercial: “*Sustitución del fiduciario.* Producida una causa de cese del fiduciario, lo reemplaza el sustituto indicado en el contrato o el designado de acuerdo al procedimiento previsto por él. Si no lo hay o no acepta, el juez debe designar como fiduciario a una de las entidades autorizadas de acuerdo a lo previsto en el artículo 1690. En caso de muerte del fiduciario, los interesados pueden prescindir de la intervención judicial, otorgando los actos necesarios para la transferencia de bienes. En los restantes casos de los incisos b), c) y d) del artículo 1678, cualquier interesado puede solicitar al juez la comprobación del acaecimiento de la causal y la indicación del sustituto o el procedimiento para su designación, conforme con el contrato o la ley, por el procedimiento más breve previsto por la ley procesal local. En todos los supuestos del artículo 1678 el juez puede, a pedido del fiduciante, del beneficiario, del fideicomisario o de un acreedor del patrimonio separado, designar un fiduciario judicial provisorio o dictar medidas de protección del patrimonio, si hay peligro en la demora. Si la designación del nuevo fiduciario se realiza con intervención judicial, debe ser oído el fiduciante. 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 también puede ser rogada por el nuevo fiduciario”.

Comercial). Por último, para el supuesto de no existir previsión contractual alguna o de no aceptar los fiduciarios designados, se establece la designación judicial de una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por el organismo de contralor del mercado de valores para actuar como fiduciario financiero (art. 1690, Código Civil y Comercial).

Parte de la doctrina destaca que estas entidades no podrían negarse a aceptar el encargo¹⁶³. Bajo el derogado art. 10 de la ley 24441 la solución era casi idéntica y algunos pensaban que la aceptación no resultaba obligatoria¹⁶⁴.

¹⁶³ Conf. LISOPRAWski, Silvio V., “Fideicomiso en el Código Civil y Comercial”, op. y loc. cit.

¹⁶⁴ Conf. FREIRE, Betina V., *El fideicomiso. Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios*, cit., p. 106: “... podría suceder que ninguna de las entidades del art. 19 acepten ser fiduciarios por no ser un fideicomiso que les resulte conveniente”; GIRALDI, Pedro M., *Fideicomiso*, cit., p. 77. Contra: LISOPRAWski, Silvio V. y KIPER, Claudio M., *Fideicomiso. Dominio fiduciario. Securitización*, cit., p. 226: “Puede visualizarse aquí un caso de transmisión fiduciaria por ministerio de la ley (...)”; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Fideicomiso. Leasing. Letras hipotecarias. Ejecución hipotecaria. Contratos de consumición*, cit., p. 133: “Estimamos —que salvo que hubiera justas causas— la respuesta negativa se impone”.

Con la relación a la pretendida “transmisión fiduciaria por ministerio de la ley” se le replicó que con fundamento en el art. 1894 del Código Civil y Comercial “la imposición de un procedimiento para alcanzar la designación del fiduciario, que puede imponer la intervención judicial asumiendo el magistrado la designación del fiduciario, descarta el ministerio de la ley y acaso tenga algún paralelo con la constitución de un derecho por sentencia, como una de las excepciones a la norma prohibitiva que como regla vierte el art. 1896 del Código Civil y Comercial” (Véase ALTERINI, Jorge H., ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI,

Considero que, a la par que el Código no establece expresamente la obligatoriedad de la aceptación, no se advierte claramente el fundamento de tal disposición que acota el espectro de posibles fiduciarios a las mencionadas entidades. Si bien se puede entender que su designación en estos casos se funda en la solvencia técnica y económica de estas entidades especializadas, lo cierto es que puede tratarse de fideicomisos sin relación con su objeto específico y, por esta misma razón, no querer esas entidades aceptar la designación.

Excepcionalmente, de no existir previsión contractual alguna en lo atinente a la designación de sustituto o no haber este aceptado, y rehusarse una de las entidades del art. 1690 del Código Civil y Comercial a tal institución, se producirá la extinción del contrato por falta de uno de sus elementos esenciales.

Si bien se mantienen los mismos sustitutos que establecía el derogado art. 10 de la ley 24441, el art. 1679 del Código Civil y Comercial plantea varias soluciones a los interrogantes y vacíos que traía la legislación derogada: i) la constatación y operatividad de las diversas causales de cesación; ii) la designación judicial del sustituto y su procedimiento; iii) el medio idóneo a los fines del traspaso de los bienes; iv) la administración del patrimonio en el período que transcurra entre la cesación y el reemplazo. Seguidamente analizaré estos aspectos.

6.5.2 La constatación y operatividad de las diversas causales de cesación

Si se trata del caso de muerte del fiduciario, los interesados pueden prescindir de la intervención judicial y otorgar los actos necesarios para la transferencia de los bienes. Debe entenderse

Ma Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, con la colaboración especial de Francisco J. Alterini, La Ley, Buenos Aires, 2018, tomo II, §1076, pp. 98-99).

que los interesados son, en principio, los fiduciantes, los beneficiarios y los fideicomisarios.

En cambio, en los supuestos de incapacidad, inhabilitación, capacidad restringida judicialmente declaradas, si fuera persona humana; de disolución —que no sea por fusión o absorción—, si fuera una persona jurídica; o de quiebra o liquidación, cualquier interesado puede solicitar al juez la comprobación de la ocurrencia de la causal.

Tal petición se debe efectuar por el procedimiento más breve previsto por la ley procesal local. Cualquier interesado está legitimado para efectuar esa solicitud, por lo que entiendo que pueden hacerlo el fiduciante, el beneficiario, el fideicomisario y también un acreedor del patrimonio separado del fideicomiso.

6.5.3 Designación judicial: procedimiento

Cuando la designación del nuevo fiduciario se realiza con intervención judicial, cualquiera sea el sujeto interesado que la haya solicitado, debe ser oído el fiduciante. Este recaudo es de toda lógica dado que el fiduciante es el constituyente y quien —teóricamente— eligió el fiduciario con el que concertó el contrato de fideicomiso¹⁶⁵.

6.5.4 El medio idóneo a los fines del traspaso de los bienes

La cesación y consiguiente reemplazo del fiduciario presupone la transmisión de la titularidad fiduciaria de los bienes que componen el patrimonio. Para ello, habrá que atender a los recaudos que establezca el ordenamiento jurídico para las distintas calidades de derechos. Así, la transmisión de derechos reales que se ejercen por la posesión requiere de la concurrencia de

¹⁶⁵ Conf. LISOPRAWski, Silvio V., “Fideicomiso en el Código Civil y Comercial”, op. y loc. cit.

título y modo suficientes (art. 1892, Código Civil y Comercial). La regla es que el modo suficiente estará dado por la tradición, es decir por la entrega de la cosa (art. 1924, Código Civil y Comercial), pero excepcionalmente el modo suficiente puede ser la registración tal como acontece con los automotores.

Con respecto al título registrable, el art. 1679 del Código Civil y Comercial dispone que si son bienes 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 también puede ser rogada por el nuevo fiduciario.

6.5.5 La administración del patrimonio en el período que transcurra entre la cesación y el reemplazo. Medidas cautelares

En todos los supuestos de cesación del fiduciario el juez puede a pedido del fiduciante, del beneficiario, del fideicomisario o de un acreedor del patrimonio separado, designar un fiduciario judicial provisorio o dictar medidas de protección del patrimonio, si no existe sustituto y hay peligro en la demora. No obstante, en caso de muerte del fiduciario, los interesados pueden prescindir de la intervención judicial, otorgando los actos necesarios para la transferencia de bienes.

7 SEPARACIÓN PATRIMONIAL

7.1 La regulación en el ordenamiento jurídico argentino

El derogado Capítulo I de la ley 24441 con el propósito de proteger los bienes fideicomitidos y alcanzar de este modo el cumplimiento de la finalidad del negocio estableció que sobre los bienes fideicomitidos se constituía un patrimonio separado

(derogado art. 14¹⁶⁶, ley 24441). Estos bienes quedan exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario, del fiduciante —salvo la acción de fraude—, y los acreedores de los beneficiarios únicamente pueden ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitidos y subrogarse en sus derechos (derogado art. 15¹⁶⁷, ley 24441). A mayor abundamiento, agregaba que únicamente respondían por las obligaciones contraídas en ejecución del fideicomiso los bienes fideicomitidos (derogado art. 16¹⁶⁸, ley 24441).

Idéntico criterio fue receptado por el Código Civil y Comercial, que de modo general y junto al patrimonio general de las personas, reconoce la existencia de los patrimonios especiales autorizados por la ley que solo tienen por garantía los bienes que los integran (art. 242, Código Civil y Comercial).

Como ya analicé¹⁶⁹ el patrimonio del fideicomiso es una universalidad jurídica con una finalidad propia y específica (arg. arts. 1666, 1667, 1688, 1697, Código Civil y Comercial). Esa finalidad se identifica con el cumplimiento de un objetivo determinado dispuesto por el fiduciante. Con esa orientación la ley

¹⁶⁶ Derogado art. 14, ley 24441: “Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante”.

¹⁶⁷ Derogado art. 15, ley 24441: “Los bienes fideicomitidos quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. Tampoco podrán agredir los bienes fideicomitidos los acreedores del fiduciante, quedando a salvo la acción de fraude. Los acreedores del beneficiario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitidos y subrogarse en sus derechos”.

¹⁶⁸ Derogado art. 16, ley 24441: “Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que solo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos”.

¹⁶⁹ Véase el Capítulo I.

dispone que los bienes fideicomitidos no pertenecen a la garantía común de los acreedores del fiduciante, del fiduciario ni del beneficiario (arts. 1685, 1686 y 1687, Código Civil y Comercial).

Este patrimonio especial es de existencia transitoria (arg. arts. 1687, 2ª parte, 1697 y concordantes, Código Civil y Comercial), independiente del patrimonio general de todos los sujetos intervinientes y responde únicamente por deudas propias (art. 1687, primera parte, Código Civil y Comercial). Además, rige a su respecto el principio de subrogación real (art. 1684, segunda parte, Código Civil y Comercial).

Asimismo, como el fideicomiso carece de personalidad jurídica los bienes que lo integran tienen que ser de titularidad de algún sujeto; en el caso, del fiduciario.

7.2 Efectos frente a las posiciones jurídicas del contrato y los terceros

7.2.1 Calificación de terceros

Los terceros extraños al contrato de fideicomiso se pueden calificar desde dos puntos de vista.

Por un lado, teniendo en cuenta el ámbito de las relaciones externas establecidas por el fiduciario del fideicomiso. En este supuesto son terceros todas las personas humanas o jurídicas que hayan contratado o establecido relaciones jurídicas con el fiduciario de un fideicomiso determinado en virtud de otras fuentes, incluso por haber sufrido daños.

Para que las relaciones queden configuradas entre el fiduciario de un fideicomiso determinado y los terceros, les tiene que resultar oponible el carácter de fiduciario de la propiedad de los bienes y de su titular. El contrato debe estar inscripto en el “Registro Público que corresponda” (art. 1669, Código Civil y Comercial) y, si se trata de bienes registrables, éstos deben estar inscriptos en el registro que atañe a la naturaleza de los bienes

(art. 1683, Código Civil y Comercial). Esas inscripciones son determinantes para evaluar si los terceros interesados son (o no son) de buena fe¹⁷⁰.

Por el otro, son también terceros los acreedores personales de cada una de las posiciones jurídicas de fiduciante, de fiduciario, de beneficiario y de fideicomisario. Respecto de ellos, corresponderá analizar la oponibilidad del contrato¹⁷¹.

7.2.2 Efectos respecto de las posiciones jurídicas y los terceros en el ámbito de las relaciones externas

7.2.2.1 Principios generales

Las obligaciones contraídas en ejecución del fideicomiso únicamente son satisfechas con los bienes fideicomitidos (art. 1687, Código Civil y Comercial). Por ende, el fiduciario no responde con sus bienes personales en orden a la satisfacción de aquellas.

Excepto pacto expreso, tampoco responden con sus bienes por las deudas del fideicomiso el fiduciante, el beneficiario ni el fideicomisario.

Lógicamente la separación patrimonial y la exención de los bienes personales del fiduciario del pago de las deudas contraídas en ejecución del fideicomiso, no implica eximir de responsabilidad al fiduciario por aplicación de los principios generales, en caso de que corresponda; v.gr, si no actuó como un buen hombre de negocios en base a la confianza depositada en él y generó un daño al patrimonio separado.

¹⁷⁰ Véase el Capítulo I.

¹⁷¹ Véase el Capítulo I.

7.2.2.2 Caso de la liquidación por insuficiencia de bienes

7.2.2.2.1 Encuadramiento

Se regula en el art. 1687, último párrafo, del Código Civil y Comercial¹⁷² la insolvencia del patrimonio fideicomitado y la consiguiente liquidación, que a su vez es causa de extinción del contrato de fideicomiso por falta de objeto, que constituye uno de sus elementos esenciales.

7.2.2.2.2 *Quid* de la concursabilidad del fideicomiso

Pienso que la voluntad del legislador ha sido excluir de los “sujetos” legitimados para pedir su concurso preventivo al patrimonio separado conformado por los bienes fideicomitados¹⁷³.

¹⁷² Art. 1687, último párrafo, del Código Civil y Comercial: “La insuficiencia de los bienes fideicomitados para atender a esas obligaciones, no da lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procede su liquidación, la que está a cargo del juez competente, quien debe fijar el procedimiento sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras, en lo que sea pertinente”.

¹⁷³ Conf. Entre otros, BOQUIN, Gabriela F. y CERATTI, José L., ponencia en las XIX Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina, Rosario, 28 y 29 de junio de 2012; LISOPRAWSKI, Silvio V., “Fideicomiso en el Código Civil y Comercial de la Nación”, op. y loc. cit.

Contra: TRUFFAT, Daniel, Informe sobre “El fideicomiso frente al concurso. La conflictiva relación entre el fideicomiso y la cesación de pagos”, en el VII Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, México, 17 al 19 de mayo de 2012; LORENTE, Javier A., “Los fideicomisos de patrimonios dinámicos sí son susceptibles de concurso preventivo y de acuerdo preventivo extrajudicial”, Derecho concursal. Perspectivas

En efecto, la Ley de Concursos y Quiebras N° 24522, dentro de su ámbito subjetivo de aplicación incluye a ciertos patrimonios especiales (v.gr.: el patrimonio del fallecido mientras se mantenga separado del patrimonio de sus sucesores), por lo que tal solución hubiera sido viable en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, no incluye ese supuesto.

El art. 1687 del Código Civil y Comercial reitera la solución que traía el derogado art. 16 de la ley 24441 y solo menciona expresamente la exclusión de la quiebra¹⁷⁴. Nada dice del concurso

actuales, Tomo I: instituciones y principios concursales, XI congreso argentino de derecho concursal, IX congreso iberoamericano de la insolvencia del 18 al 22 de octubre del 2021 /UNS /Bahía Blanca, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Departamento de Derecho, 2021, DyD ediciones, Innovación jurídica, p. 121 y ss.; JUNYENT BAS, Francisco, “La concursabilidad del fideicomiso”, Derecho concursal. Perspectivas actuales, Tomo I: instituciones y principios concursales, XI congreso argentino de derecho concursal, IX congreso iberoamericano de la insolvencia del 18 al 22 de octubre del 2021 /UNS /Bahía Blanca, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Departamento de Derecho, 2021, DyD ediciones, Innovación jurídica, p.132 y ss.

¹⁷⁴ Comp. LORENTE, Javier A., “Los fideicomisos sí quiebran”, Derecho concursal. Perspectivas actuales, Tomo I: instituciones y principios concursales, XI congreso argentino de derecho concursal, IX congreso iberoamericano de la insolvencia del 18 al 22 de octubre del 2021 /UNS /Bahía Blanca, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Departamento de Derecho, 2021, DyD ediciones, Innovación jurídica, p. 131: “En conclusión, y por las razones expuestas, ponemos a consideración la siguiente ponencia: “A pesar de la literalidad del tercer párrafo del art. 1687 del CCyC, se postula que una interpretación integral del régimen de liquidación de un fideicomiso es, en lo esencial, una quiebra, y se le deben, por tanto, aplicar

preventivo. No obstante, a poco que se considere que el concurso preventivo puede derivar en determinados supuestos en un decreto de quiebra indirecta, se impone idéntica solución negativa¹⁷⁵. Esta es, también, la tendencia jurisprudencial imperante¹⁷⁶.

A continuación, ponderaré los argumentos a favor y en contra de la concursabilidad del “fideicomiso”.

Ciertos autores bajo la vigencia del Código Civil y Comercial modificaron su criterio respecto de la no concursabilidad del fideicomiso¹⁷⁷. Entienden ahora que el hecho de que el Código Civil y Comercial aluda a “liquidación” no excluye la posibilidad de que el patrimonio fideicomitado se concurse preventivamente. En esa línea se destaca que si bien el fideicomiso no está entre los

todas las reglas sustanciales y procesales de la LCQ, excepto que fueren manifiestamente contrarias al régimen legal del fideicomiso.”

¹⁷⁵ Conf. KIPER, Claudio M. y LISOPRAWSKI, Silvio V., *Tratado de Fideicomiso*, cit., tomo I, pp. 443 y ss. En contra y en una posición minoritaria, GAMES, Luis M. y ESPARZA, Gustavo A., *Fideicomiso y Concursos*, cit., pp. 36 y ss. Más aún, estos autores consideran que lo prohibido es solo la petición de declaración de quiebra por pedido de un tercero pero que no obsta a que la quiebra la pida el propio fiduciario.

¹⁷⁶ CNCom., sala A, 3/4/2009, “Fideicomiso South Link Logistics s/Pedido de Quiebra por Embal System SRL”: “no puede soslayarse que la ley específica que regula esta materia establece con absoluta claridad que el patrimonio fideicomitado no se halla sujeto al régimen de la ley concursal, siendo insusceptible de falencia, se trate de un fideicomiso común o financiero”; CNCom., sala E, “Fideicomiso Ordinario Fidag s/Liquidación Judicial”, La Ley, 12/5/2011; CNCom., sala A, 26/8/2013, “Fideicomiso Ordinario de Construcción Homes 2 s/Pedido de Quiebra”.

¹⁷⁷ MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “La liquidación del patrimonio fideicomitado en el nuevo Código”, La Ley, 2015-D, p. 1212.

“sujetos” mencionados en el art. 2.º de la ley 24522, y que el ordenamiento le impide “quebrar” (art. 1687, Código Civil y Comercial), no veda otros mecanismos liquidativos. A su vez, el art. 5.º de la ley 24522 admite el concurso de las personas “en liquidación”. Empero, sería un concurso en el que el incumplimiento del acuerdo (o los otros supuestos del art. 77, inc. 1.º, ley 24522 y también el art. 43, ley 24522) no importaría la declaración de quiebra, pero sí un mecanismo liquidativo judicial muy parecido a la quiebra en el que el tribunal, según su razonable criterio, debería aplicar el régimen falencial en lo pertinente.

Se ha señalado también que si bien la ley concursal no incluyó como sujetos concursables algunos supuestos como el de las mutuales, éstos luego fueron admitidos por la legislación especial (art. 37, ley 20321)¹⁷⁸.

Con similar orientación, luego de reconocer que la no concursabilidad del fideicomiso es la tendencia jurisprudencial y doctrinaria muy mayoritaria, “se postula que un fideicomiso sobre un patrimonio de afectación dinámico (una empresa) sí es susceptible de ser sometido a un concurso preventivo de acreedores y/o solicitar respecto del mismo la homologación de un acuerdo preventivo extrajudicial”¹⁷⁹.

Esa doctrina apoya tal conclusión en ocho razones¹⁸⁰: i) que no está prohibido por la ley; ii) que el legislador de la ley 24522 pudo

¹⁷⁸ JUNYENT BAS, Francisco, La concursabilidad del fideicomiso, op. cit., p. 132.

¹⁷⁹ LORENTE, Javier A., “Los fideicomisos de patrimonios dinámicos sí son susceptibles de concurso preventivo y de acuerdo preventivo extrajudicial”, cit., p. 124.

¹⁸⁰ LORENTE, Javier A., “Los fideicomisos de patrimonios dinámicos sí son susceptibles de concurso preventivo y de acuerdo preventivo extrajudicial”, cit., pp. 121 a 124.

haber excluirlo este supuesto en el párrafo final del art. 2.º de la ley citada y no lo hizo; iii) que es irrelevante que el fideicomiso no sea sujeto de derecho, ya que hay patrimonios concursables; iv) a todo evento, que también podría concursarse el fiduciario, aunque solo respecto del patrimonio fideicomitado; v) si un patrimonio dinámico, aunque no sea un sujeto, se manifiesta impotente para hacer frente por medios normales a las obligaciones que lo gravan, debería poder recurrir al concurso preventivo y al APE; vi) un mismo “sujeto” puede tener abierto y en trámite más de un proceso concursal de modo simultáneo, siempre que lo sea respecto de patrimonios de afectación diferentes (arts. 107, 234 y 236, ley 24522); vii) en lo sustancial, no es posible distinguir —de modo relevante— la liquidación judicial universal y forzosa de un fideicomiso de su quiebra; y viii) la concursabilidad del fideicomiso que vehiculiza una empresa es la solución de muchos regímenes comparados.

Considero que en los términos de la legislación vigente, el criterio de la no concursabilidad del fideicomiso que anticipé es el que se impone, por los siguientes argumentos:

i) El “fideicomiso” o el “fiduciario de un fideicomiso” no está expresamente incluido entre los sujetos concursables de los arts. 2.º y 5.º de ley 24522, que es posterior a la 24441. Es decir, pudiendo la legislación concursal incorporar este supuesto, no lo hizo.

ii) La ley 24441 ni el Código Civil y Comercial establecieron la posibilidad del concursamiento del fideicomiso, como sí lo hizo alguna otra legislación especial (v.gr. la ley 20321 para las mutuales).

iii) Es claro el art. 1687 del Código Civil y Comercial en cuanto dispone que, en el supuesto de insuficiencia de los bienes para atender las obligaciones contraídas en ejecución del fideicomiso y a falta de otros recursos, no tendrá lugar la declaración de quiebra y solo procederá la liquidación del fideicomiso. Como el sucedáneo de

un concurso preventivo no exitoso es el decreto de quiebra, es claro que no se puede admitir el concursamiento.

iv) Carece de relevancia que la ley concursal no tenga una exclusión expresa respecto del fideicomiso, pues las exclusiones que contiene el art. 2.º, ley 24522, están orientadas a precisar las excepciones al principio general de que todas las “personas” pueden concursarse, y el contrato de fideicomiso no es persona. Más aun, la alusión a algún patrimonio especial que efectúa la norma se consigna por separado porque no cuadra dentro del principio general al no ser persona¹⁸¹.

v) El patrimonio fiduciario no es sujeto de derecho; no tiene personalidad jurídica. Por ende, no se puede entender comprendido dentro del concepto de “personas jurídicas privadas” que trae el art. 148 del Código Civil y Comercial, y que a partir de la reforma integran con esa calificación el ámbito subjetivo de aplicación del art. 2.º de la 24522¹⁸².

vi) Al mantener el Código Civil y Comercial la solución legislativa de la derogada ley 24441 siguen siendo aplicables los

¹⁸¹ Art. 2.º, ley 24522: “*Sujetos comprendidos*. Pueden ser declaradas en concurso las personas de existencia visible, las de existencia ideal de carácter privado y aquellas sociedades en las que el Estado Nacional, Provincial o Municipal sea parte, cualquiera sea el porcentaje de su participación. Se consideran comprendidos: 1) El patrimonio del fallecido, mientras se mantenga separado del patrimonio de los sucesores. 2) Los deudores domiciliados en el extranjero respecto de bienes existentes en el país. No son susceptibles de ser declaradas en concurso, las personas reguladas por Leyes Nros. 20.091, 20.321 y 24.241, así como las excluidas por leyes especiales”.

¹⁸² Conf. LISOPRAWski, Silvio V., “Concurso preventivo del patrimonio fiduciario”, *La Ley*, 2015–E, p. 1205.

criterios jurisprudenciales que rechazaron pedidos de concursamiento de un fideicomiso¹⁸³.

¹⁸³ Así CNCom., sala A, “Fideicomiso Catalinas Blancas I s/Concurso Preventivo”, de fecha 6 de marzo de 2014, Expte. 15972/2013. A continuación, reproduzco algunos de los fundamentos del fallo: “Resulta un evidente y grueso error conceptual sostener que cuando el artículo 2, inciso 2), LCQ se refiere a la posibilidad de concursar a un deudor domiciliado en el extranjero ‘respecto de bienes existentes en el país’ haya consagrado un ‘patrimonio de afectación’, separado de la persona del deudor, cuando es claro que solo se trata allí de acotar, con un alcance puramente territorial, el ámbito de eficacia jurisdiccional de la actuación de los tribunales argentinos, limitando la posibilidad del concursamiento a un deudor de esa condición (con domicilio foráneo) o de declarar su falencia, límite que en algún fallo incluso, se ha ampliado con diversos fundamentos (...). Resulta erróneo obviar que en el artículo 2, inciso 1º, lo que el legislador permite es autorizar que los herederos de un deudor fallecido puedan solicitar el concurso particular del patrimonio del causante cuando aún permanece como sucesión indivisa antes de la partición, autorización que también se extiende a los acreedores y herederos para peticionar la quiebra, en su caso, en el mismo íter temporal y sin ahondar en la naturaleza de esa peculiar situación, no cabe ignorar sin embargo, que se trata de una manifestación ultraactiva de la persona del deudor que, aún fallecido, sigue respondiendo por sus obligaciones con su patrimonio aún indiviso, en tanto este subsiste con esa calidad, como atributo que no se ha independizado aún de la persona del causante deudor (artículo 3279 y ctes. Código Civil) (...). La *quaestio voluntatis* del legislador con relación a la ley 24441: 16 ha sido, sin duda, excluir expresamente de los sujetos pasibles de ser declarados en quiebra el caso peculiar del solo patrimonio de afectación separado conformado por los bienes fideicomitados. Ello así, en el caso, la posición del recurrente en punto a que el fracaso del remedio preventivo no necesariamente debería conducir a la quiebra, sino que podría llevar a la liquidación judicial no puede ser admitida. Recuérdese que en esta

vii) También entiendo que no podría ser sujeto de un acuerdo preventivo extrajudicial en los términos del art. 69 de la ley 24522, pues cuando ese acuerdo es homologado alcanza los mismos efectos que el acuerdo preventivo y su incumplimiento también dará lugar a la declaración de quiebra.

Sin perjuicio de lo expuesto, la práctica enseña que la liquidación por insuficiencia como única alternativa conspira contra los intereses de todas las partes del contrato y de los terceros acreedores. En ese sentido, considero que sería conveniente que se admita alguna alternativa que permita superar la insolvencia con el “fideicomiso en marcha”.

7.2.2.2.3 Sistema de liquidación judicial

El Código Civil y Comercial introdujo una importante modificación, pues cambió el sistema extrajudicial por el de la liquidación judicial. Así se solucionó uno de los aspectos más criticables del derogado art. 16 de la ley 24441 que establecía un procedimiento liquidatorio extrajudicial, que además estaba a cargo del fiduciario.

Esa ley dejaba en manos del sujeto responsable de la insuficiencia la liquidación del patrimonio, la consiguiente enajenación de los bienes y la entrega de su producido conforme el orden de privilegios previstos para la quiebra. Repárese en que en la mayoría de los casos el fiduciario no exhibía conocimientos

materia se encuentra involucrado el denominado orden público concursal, en virtud del cual se reconoce tal calidad a las disposiciones de la ley de concursos y quiebras de modo que ningún acreedor, ni el deudor o el Tribunal, pueden apartar al proceso de alguna de sus normas, siendo nulo el acto o resolución que a ellas contradiga o derogue. Es que esta característica encuentra su fundamento en que, en la generalidad de sus normas, subyace el interés colectivo comprometido en la seguridad del tráfico jurídico mercantil que trasciende un mero interés particular...”.

específicos en el tema y mantenía intereses encontrados con los acreedores, el beneficiario y el destinatario final de los bienes en virtud de su derecho al reembolso de gastos y remuneración. Ello era así, aunque considero que en el régimen derogado era válido el pacto en contrario, pues no se trataba de una función que hiciera a la naturaleza del encargo fiduciario¹⁸⁴.

El mayor problema se presentaba cuando el contrato no preveía algo distinto y el causante de la cesación de pagos no renunciaba, sea porque no había una cláusula que lo autorizara a hacerlo, o bien porque no quería hacerlo por la eventual responsabilidad que se le podía imputar. En tal caso, solo quedaba al fiduciante, al beneficiario y al fideicomisario solicitar la remoción del fiduciario, pero hasta que se llegara a la sentencia y esta se ejecutara, la liquidación seguía en manos del fiduciario.

En la jurisprudencia se observaba la tendencia a admitir la judicialización de la liquidación que fue finalmente incorporada en el Código Civil y Comercial.

En el caso “Fideicomiso South Logistics” la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial se limitó a decir que el fideicomiso no es susceptible de falencia y luego rechazó la pretensión de reencausar el proceso en la “liquidación del fideicomiso” por haberse optado previamente por la quiebra¹⁸⁵. Posteriormente, la sala E de esa misma Cámara en el caso “Fideicomiso Ordinario Fidag” ante la falta de previsiones sobre la forma en que se debía llevar a cabo la liquidación consideró que no mediaba óbice para que el fiduciario solicitara que el

¹⁸⁴ Conf. LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, cit., tomo III, p. 334: “... las partes pueden celebrar un convenio de liquidación, que contenga (...) c) encargado de realizarla ...”.

¹⁸⁵ CNCom., sala A, 03/04/2009, “Fideicomiso South Link Logistics I s/ped. de quiebra promovido por: Embal System S.R.L.”, La Ley Online. TR LALEY AR/JUR/12009/2009

procedimiento se lleve a cabo judicialmente. Es más, precisó que de esta forma se brindaba una tutela adicional a los acreedores, encomendando al magistrado que establezca las pautas y la normativa aplicable al proceso¹⁸⁶.

Profundizando la línea indicada, el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 17, en autos “Fideicomiso Calle Chile 2286/94/96”, luego de admitir la liquidación judicial, aplicó las normas de la ley de sociedades y de concursos y quiebras por entender que son las que mejor se adecuan a la naturaleza del instituto del fideicomiso. Así, dispuso la liquidación con arreglo a lo dispuesto en los arts. 101 y ss. de la ley 19550, fijó un plazo a fin de que concurran los acreedores al domicilio del liquidador para hacer valer su condición de tales, y además: i) nombró un co-liquidador; ii) decretó la “inhibición general de bienes del fideicomiso”; iii) estableció una especie de proceso de verificación adecuado a las circunstancias; iv) ordenó realizar inventario de los bienes y notificaciones y publicaciones¹⁸⁷.

7.2.2.2.4 Competencia y liquidador

Respecto de la competencia en razón de la materia, nada dice el art. 1687 del Código Civil y Comercial. Ahora bien, lo cierto es que el juez a cargo de la liquidación “debe fijar el procedimiento sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras, en lo que sea pertinente”. Ello implica que debe conocer y saber aplicar esa normativa.

De allí que, independientemente del objeto del contrato de fideicomiso, la competencia en razón de la materia la debe tener un juez comercial. A idéntica solución se arriba en el ámbito de la

¹⁸⁶ CNCom., sala E, 15/12/2010, “Fideicomiso Ordinario Fidag”, La Ley, 2011-C, p. 211.

¹⁸⁷ JNCom. N° 17, 12/09/2011, “Fideicomiso Calle Chile 2286/94/96 s/liquidación judicial”, La Ley, 2012-A, p. 339.

Capital Federal por aplicación del art. 43 bis del dec.-ley 1285/1958.

En lo atinente a la competencia en razón del territorio, se aplicarán las normas procesales correspondientes (art. 3.º, ley 24522). El domicilio a considerar será el constituido por el fiduciario del fideicomiso en su carácter de tal en tanto coincida con el lugar de la sede de la administración de los negocios del fideicomiso, o, en su defecto, el lugar del establecimiento o explotación principal del fideicomiso (art. 3.º incs. 1 y 2, ley 24522). Esto es así, pues el contrato de fideicomiso en cuanto tal no tiene ni puede tener un domicilio, por más que en la práctica se denomine de ese modo al domicilio del fiduciario del fideicomiso¹⁸⁸.

Ahora bien, más difícil es establecer quién será el liquidador que es una suerte de síndico que tendrá que designar el juez. Lo más sencillo será recurrir al procedimiento del art. 253 de la ley 24522 para la designación del síndico concursal. Ahora bien, en determinados supuestos puede resultar más adecuado designar un sujeto especializado en los negocios canalizados a través del fideicomiso, para que pueda entender las causas de la insuficiencia, intervenir en la verificación de créditos, acciones de recomposición patrimonial, etc.

Parece claro que no será recomendable que este rol lo desempeñe el fiduciario, pues el liquidador tendrá que analizar las causas de la insuficiencia o insolvencia, donde el papel del fiduciario ha sido determinante. Es más, el fiduciario podría ser responsable (arg. art. 1687, 2.º párrafo, Código Civil y Comercial).

7.2.2.2.5 Significado de la locución “insuficiencia de los bienes para atender a esas obligaciones”

¹⁸⁸ Además, los fideicomisos se inscriben en AFIP, tienen CUIT, domicilio fiscal y están inscriptos en distintos tributos.

El presupuesto objetivo de la liquidación es la “insuficiencia de los bienes para atender a esas obligaciones” contraídas en ejecución del fideicomiso. En virtud de la deficiencia terminológica que exhibe el art. 1687 del Código Civil y Comercial es necesario delimitar sus alcances¹⁸⁹.

Alguna doctrina entiende que el aspecto a tener en cuenta es la falta de recursos líquidos¹⁹⁰. Otros han criticado¹⁹¹ el apartamiento del principio general, presupuesto objetivo de los concursos, “estado de cesación de pagos”, y señalado que se ha introducido una idea no suficientemente definida. La ley parece hacer referencia a un aspecto estático, puntual, matemático y numérico sin brindar siquiera pautas de cotejo, y sin contemplar el fenómeno del crédito en materia comercial¹⁹².

Entiendo que se trata de un presupuesto que deberá apreciarse a la luz de los desarrollos efectuados en torno al concepto de estado de cesación de pagos, es decir, como el estado económico permanente y generalizado de impotencia patrimonial

¹⁸⁹ Idéntica era la expresión utilizada en el derogado art. 16 de la ley 24441.

¹⁹⁰ HAYSUZ, Jorge R., *Fideicomiso*, cit., 2001, p. 176: “... el patrimonio fideicomitado —computado como excedente de activos sobre deudas— puede de hecho ser más que ‘suficiente’, pero padecer de iliquidez debido a la inmovilización de activos...o a otras consecuencias de mercado”.

¹⁹¹ GAMES, Luis M. y ESPARZA, Gustavo A., *Fideicomiso y concursos*, cit., pp. 134 y ss.

¹⁹² GAMES, Luis M. y ESPARZA, Gustavo A., *Fideicomiso y concursos*, cit., p. 137: “Tampoco se especifica (...) cómo se valúa esa insuficiencia (...). En fin, interrogantes que podrían multiplicarse”.

que impide hacer frente a las deudas exigibles que lo gravan por medios normales¹⁹³.

La jurisprudencia ha considerado asimilable la “insuficiencia de los bienes” al presupuesto objetivo “estado de cesación de pagos” establecido en los arts. 1.º, 78 y 115 a 117 de la ley 24522¹⁹⁴. En ese sentido, se precisó que la locución “insuficiencia de bienes” podía equipararse al estado de cesación de pagos consistente en la imposibilidad de atender de manera regular a las obligaciones contraídas¹⁹⁵. Sin embargo, se señaló que la interpretación literal de la norma hace referencia a un aspecto estático de un pasivo superior a un activo. En algún caso, los jueces luego de analizar si se configuraba un “estado de cesación de pagos”, comprobaron si el pasivo era superior al activo para así confirmar la existencia¹⁹⁶ o la inexistencia¹⁹⁷.

¹⁹³ FERNÁNDEZ, Raymundo L., *Tratado teórico-práctico de la quiebra. Fundamentos de la quiebra*, Compañía Impresora Argentina, Buenos Aires, 1937, p. 294. Este autor más adelante agrega: “La cesación de pagos no es otra cosa que el estado económico de insolvencia o de quiebra, que torna indispensable el proceso colectivo de liquidación, en beneficio de los acreedores, de la economía general y del deudor mismo”.

¹⁹⁴ JNCom. N° 28, Sec. N° 55, 28/09/2018, “Fideicomiso Cándida le pide la quiebra Altur Financial SA”.

¹⁹⁵ CNCom., sala D, 13/06/2017, “Fideicomiso Erre s/ liquidación judicial”, JA 2017-III, 527. En este caso se rechazó la liquidación solicitada por entender que no se configuraba la “insuficiencia de bienes” ni en el sentido financiero asimilable a la cesación de pagos ni en el aspecto económico de un pasivo superior a un activo.

¹⁹⁶ JNCom. N° 23, Sec. N° 46, 05/07/2018, “Hilchenbach, Heriberto Guillermo y otros c. Fideicomiso Oil Trust s/ liquidación judicial”.

¹⁹⁷ CNCom., sala D, 13/06/2017, “Fideicomiso Erre s/ liquidación judicial”, JA 2017-III, 527.

7.2.2.2.6 Provisión de fondos por parte del fiduciante o del beneficiario

En el contrato se puede prever la obligación de provisión de fondos por parte del fiduciante, del beneficiario o del fideicomisario¹⁹⁸ ante un supuesto de “insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender las obligaciones” contraídas en ejecución del fideicomiso.

Los procedimientos establecidos en la ley no se pueden apreciar rígidamente¹⁹⁹, pues en los hechos las posibles soluciones son múltiples; v.gr.: refinanciaciones con los acreedores obtenidas con garantías prestadas por el beneficiario.

Incluso, parte de la doctrina entiende que existe la posibilidad de liquidar el fideicomiso extrajudicialmente por acuerdo entre todas las partes del contrato y la totalidad de los acreedores de la naturaleza que fueren²⁰⁰. Empero, el procedimiento de liquidación convencional extrajudicial —por insolvencia— no sería oponible *erga omnes* y, por ende, no podría imponerse a quienes no fueron parte del contrato, pero tienen un interés legítimo en la liquidación del patrimonio y no prestaron su consentimiento.

Piénsese que el art. 1687 del Código Civil y Comercial es de orden público, pues al modificar el art. 16 de la ley 24441 el legislador tuvo en consideración específicamente la problemática

¹⁹⁸ En rigor, la norma no menciona a este último sujeto, pero es de toda lógica asimilar su caso.

¹⁹⁹ Conf. ORELLE, José M., ARMELLA, Cristina y CAUSSE, Jorge R., *Financiamiento de la vivienda y de la construcción. Ley 24441*, cit., p. 159: “Como en cualquier otro contrato debió haberse dejado librado primero a la instancia privada la búsqueda de soluciones, y solo en caso de imposibilidad, recurrir a la liquidación”.

²⁰⁰ LISOPRAWSKI, Silvio V., “Fideicomiso en el Código Civil y Comercial”, op. y loc. cits.

que se suscitaba alrededor de la liquidación del patrimonio fideicomitado en cabeza del fiduciario, y decidió poner este proceso en cabeza del juez competente²⁰¹. Ratifica esta posición el modo de expresión utilizado por el art. 1687 citado y su contenido, ya que establece que la liquidación “está a cargo del juez competente, quien debe fijar el procedimiento” (arg. art. 962, Código Civil y Comercial).

7.2.2.2.7 Legitimación

Están legitimados para pedir la liquidación judicial del fideicomiso el fiduciario y los terceros acreedores²⁰². En caso de que el fiduciario no ejerza sus obligaciones y omita petitionar la liquidación judicial, las restantes partes podrán solicitar autorización al juez a fin de ejercer las acciones en sustitución de aquél (art. 1689, Código Civil y Comercial)²⁰³.

Comparto la opinión de quienes²⁰⁴ entienden que si se refiere a la promoción de una acción de liquidación judicial no hay identidad

²⁰¹ Conf. BUSTAMANTE, Eduardo, “La liquidación del patrimonio fideicomitado. Del texto legal a las soluciones jurisprudenciales”, RDCO 299, 02/12/2019, 1477, AR/DOC/3444/2019. Este autor explica que ello es “en aras de proteger el interés general, y específicamente el interés particular de los acreedores”.

²⁰² JNCom. N° 9, Sec. N° 17, 11/05/2015, “Fideicomiso Holmberg 3924 s/ pedido de quiebra”; JNCom. N° 7, Sec. N° 14, “Fideicomiso Marine & Oil s/ Pedido de quiebra promovido por Chichello Quiros, Carlos Fernando”; JNCom. N° 20, Sec. N° 40, 22/03/2018, “Fideicomiso Jujuy 1875 (fiduciario Avati, Pablo Gustavo) le pide la quiebra Otero, Martín”.

²⁰³ LISOPRAWKI, Silvio, “El fideicomiso en crisis. Insuficiencia del patrimonio fiduciario”, La Ley, 2010–D, p. 1189.

²⁰⁴ LISOPRAWKI, Silvio V., “Fideicomiso en el Código Civil y Comercial”, op. y loc. cit.: “Entendemos que procede la aplicación del recurso de reposición (art. 94, LCQ) a pedido del fiduciario, cuando la

de presupuestos o de rigor exigibles al fiduciario —frente al tribunal— con los exigibles y que deberían exhibir las restantes partes del contrato (fiduciante, beneficiario y fideicomisario) y aun los terceros acreedores que pretenden la liquidación. Lo mismo ocurre entre estos últimos y los beneficiarios o los fideicomisarios. Por razones lógicas las exigencias para los beneficiarios o fideicomisarios, y los acreedores deberían ser mayores a las del fiduciario —comparativamente hablando— porque aun siendo interesados no tienen el lugar central que ocupa el fiduciario como principal protagonista y responsable que además —se supone— cuenta con los elementos de juicio necesarios para exhibir ante el juez²⁰⁵.

Sin perjuicio de lo expuesto es usual que en los contratos de fideicomiso se prevea como requisito previo la existencia de una reunión o asamblea de todas las partes del contrato para resolver la liquidación o no del patrimonio fiduciario.

Ahora bien, si se configurara el presupuesto objetivo “insuficiencia de los bienes” no se podría obstar la procedencia del pedido de liquidación judicial por el fiduciario con fundamento en la inexistencia de conformidad de todas las partes del contrato en reunión o asamblea. Ello, en orden al carácter de orden público del art. 1687 del Código Civil y Comercial. Diverso sería el caso en el que la reunión o asamblea dispusiera medidas alternativas como la provisión de fondos por los fiduciantes, beneficiarios, fideicomisarios o terceros para superar esa insuficiencia de bienes.

liquidación se hubiere decretado a instancia de un acreedor, o de beneficiario y/o fideicomisario, fundado en la inexistencia del estado de insuficiencia o bien porque no se agotaron las vías contractuales previstas para superarlo (v.gr. aportes de los beneficiarios). También procede el recurso de incompetencia (arts. 94, 100 y 101, LCQ”).

²⁰⁵ LISOPRAWSKI, Silvio V., “Fideicomiso en el Código Civil y Comercial”, op. y loc. cits.

Pues, en esos supuestos se asistiría a hipótesis asimilables a la de los recursos “provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales” contemplada como paso previo a la liquidación por el propio Código Civil y Comercial.

Por otra parte, como el fideicomiso no goza de personalidad jurídica, no podría aplicarse analógicamente el art. 6.º, ley 24522, que establece el requisito de ratificación por el “órgano de gobierno que corresponda” de la presentación en concurso preventivo realizada por el “representante legal” de las personas jurídicas²⁰⁶.

7.2.2.2.8 Alcances de la aplicación de la ley de concursos y quiebras

Entiendo que no debería aplicarse íntegramente la ley 24522 porque se violaría la voluntad del legislador que fue la de excluir al patrimonio fideicomitado de los sujetos concursables. De modo general, considero que si bien la pertinencia o no de la aplicación de determinadas normas vendrá determinada por las particularidades de cada fideicomiso, existen preceptos que será adecuado hacer valer en todas las hipótesis.

La pauta la otorga el art. 159 de la ley 24522, que establece: “En las relaciones patrimoniales no contempladas expresamente, el juez debe decidir aplicando las normas de las que sean análogas, atendiendo a la debida protección del crédito, la integridad del patrimonio del deudor y de su empresa, el estado de concurso y el interés general”.

Así corresponderá aplicar los principios generales de la legislación concursal a la liquidación judicial del patrimonio fiduciario, las normas relativas a la verificación de créditos adaptadas a las circunstancias del caso; la de presentación de los informes individual y general, respectivamente; los criterios sobre

²⁰⁶ Conf. JNCom. N° 12, Sec. N° 24, 24/11/2017, “Fideicomiso Estrella del Sur s/ liquidación judicial de aseguradoras”.

admisibilidad y verificación de créditos imperantes, observaciones, sentencia verficatoria, revisión de créditos (arts. 35, 36, y 37, ley 24522); algunos de los efectos de la declaración de liquidación (v.gr., inhibición general de bienes, caducidad de plazos, fuero de atracción); el régimen de contratos con prestaciones recíprocas pendientes.

En síntesis, será el juez quien fije el procedimiento y las normas que resulten pertinentes en cada caso.

7.3 Efectos frente a terceros vinculados con las posiciones jurídicas del fideicomiso

7.3.1 Acreedores del fiduciante

Al quedar los bienes fideicomitados —vía transmisión fiduciaria— separados del patrimonio general del fiduciante, ellos quedan exentos de la acción de los acreedores del fiduciante, excepto el derecho que a estos les asiste de accionar por fraude en el caso de que se configuren los presupuestos requeridos a tal fin (art. 1686, Código Civil y Comercial). Se trata de una aplicación del principio general establecido en los arts. 338 a 342 del Código Civil y Comercial, es decir, de la acción de fraude, revocatoria o pauliana.

Asimismo, quedan a salvo las acciones de ineficacia concursal, sea que el fideicomiso se haya constituido en el período de sospecha (arts. 118 y 119, ley 24522) o con anterioridad a este (art. 120, ley 24522)²⁰⁷.

Cuando el fiduciante fallido haya constituido el fideicomiso en el período de sospecha, el acto puede ser declarado ineficaz en los términos de los arts. 118 a 120 de la ley 24522, si se demuestra el perjuicio para los acreedores, tanto en caso de tratarse de actos a

²⁰⁷ Conf. GAMES, Luis M. F. y ESPARZA, Gustavo A., *Fideicomiso y concursos*, cit., pp. 93 y ss.

título gratuito o bien por conocimiento del estado de cesación de pagos²⁰⁸.

Corresponde efectuar aquí un breve análisis de los aspectos particulares que habrá que tener en cuenta para ejercer la acción revocatoria y de sus efectos, los que serán diversos según se trate de un acto a título oneroso o gratuito:

i) *Gratuidad u onerosidad para tener en cuenta en el ejercicio de la acción revocatoria*. La transferencia “fiduciaria” en el marco de la ley argentina no reviste carácter oneroso ni gratuito porque es un medio empleado por el legislador a los fines de que el fiduciario cumpla con la encomienda. Por ello, no debe apreciarse la naturaleza del acto en cuestión²⁰⁹.

Tampoco deberá tenerse en cuenta la gratuidad u onerosidad del contrato, pues tal calificación depende de la percepción de remuneración por parte del fiduciario. Téngase presente que la

²⁰⁸ Conf. MIGUENS, Héctor J., *Fideicomiso y concursos*, Derecho concursal, Universidad Austral, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 367.

²⁰⁹ CARREGAL, Mario A., *El fideicomiso. Regulación jurídica y posibilidades prácticas*, cit., p. 104: “... el fideicomiso sería solamente el puente necesariamente intermedio, utilizado para dar al bien un destino predeterminado. Si ese destino es, por ejemplo, la venta de un bien a un tercero a través del fiduciario para entregar los fondos obtenidos al propio fiduciante nos encontraremos en definitiva frente a un acto de disposición a título oneroso ...”.

Contra: SOLER, Osvaldo H. y CARRICA, Enrique D., “El fideicomiso y el fraude”, op. y loc. cit.: “... la transmisión fiduciaria no se efectúa a título oneroso —único supuesto en el que se exige la complicidad del adquirente—, para que prospere la acción de fraude ante una transferencia fiduciaria (...) (basta) al acreedor que se cumplan los requisitos establecidos por el art. 962 del Código Civil ...”.

esencia del contrato de fideicomiso reside en el cumplimiento de un encargo.

A fin de determinar la onerosidad o gratuidad del acto habrá que tener en cuenta la relación subyacente fiduciante–beneficiario o fideicomisario, que serán los sujetos a los que los bienes serán transmitidos durante la vigencia y a la finalización del contrato, respectivamente.

ii) *Irrelevancia, como principio, del conocimiento que el fiduciario tenga de la insolvencia del fiduciante, a tenor de lo hasta aquí expuesto.*

iii) *Inoponibilidad del acto.* De modo general, corresponde resaltar que de prosperar tal acción el acto resultará inoponible a los acreedores demandantes, y por tanto el límite estará dado por el importe del crédito del acreedor que hubiere intentado la acción (art. 338, Código Civil y Comercial). Es que su efecto no es hacer reingresar los bienes al patrimonio del deudor, sino dejar expedita la vía para que los acreedores puedan cobrarse sus créditos²¹⁰.

Además, el fideicomiso, en tanto acto jurídico, podrá ser atacado por las restantes vías que establece el ordenamiento jurídico, v.gr.: en caso de otros vicios del acto como la simulación. No obstante, estas acciones producirán un efecto distinto al de la revocatoria común y de las acciones de ineficacia concursal, dado que no determinarán la inoponibilidad del acto, sino su nulidad.

²¹⁰ FERNÁNDEZ, Raymundo L., *Tratado Teórico Práctico de la Quiebra*. cit., p. 939, con meridiana claridad refiriéndose a la acción de fraude en un proceso colectivo, dice: “La revocación, en las transferencias, no produce el efecto de hacer salir el bien del patrimonio del tercero y reincorporarlo al del fallido, sino simplemente el de permitir que la masa haga efectivo su derecho creditorio, como si el acto no hubiera existido. Por lo demás, esta acción opera *in personam* y no *in rem*”.

7.3.2 Acreedores personales del fiduciario

Como consecuencia de la constitución de un patrimonio separado como vía necesaria para mantener indemnes los bienes fideicomitidos, estos quedarán exentos de la acción singular y colectiva de los acreedores del fiduciario. De allí, también, que la quiebra del fiduciario (art. 1678, inc. d], Código Civil y Comercial) solo produzca su cesación y consiguiente reemplazo (art. 1679, Código Civil y Comercial), y no la extinción del fideicomiso (art. 1697, Código Civil y Comercial; *a contrario sensu*).

En función de ello, se concluye que el fiduciario es responsable personalmente por la pérdida de los bienes fideicomitidos o la disminución de su valor por su culpa o por insolvencia fraudulenta²¹¹.

7.3.3 Acreedores del beneficiario y del fideicomisario

El Código Civil y Comercial solo reconoce un derecho personal al beneficiario y al fideicomisario. La naturaleza de su derecho surge del art. 1686 en tanto establece que “los acreedores del beneficiario y del fideicomisario pueden subrogarse en los derechos de su deudor”.

A tenor de la estructura de contrato a favor de tercero que presenta el fideicomiso (arts. 1666, 1671 y 1672, Código Civil y Comercial), el beneficiario y el fideicomisario quedan incorporados al contrato cuando manifiestan su aceptación, sea en forma expresa o tácita. Recién en aquel momento nace un crédito — derecho en expectativa— dentro de su patrimonio (art. 1681, Código Civil y Comercial).

El derecho a la subrogación por parte de los acreedores diferirá según sea la oportunidad en que lo ejerzan.

²¹¹ MIGUENS, Héctor J., “Fideicomiso y concursos”, cit., p. 369.

Si se tratara de frutos cuya transferencia resulta exigible por el beneficiario —según lo estipulado en el contrato—, los acreedores podrán iniciar acción subrogatoria a fin de hacer ingresar los bienes a su patrimonio y ejecutarlos; caso contrario, solo podrán ejercer por tal vía medidas conservatorias, v.gr.: embargo preventivo.

Tales precisiones se deberán tener en cuenta *mutatis mutandis* para el caso de concurso o quiebra del beneficiario. Los acreedores del beneficiario no pueden estar en peores ni en mejores condiciones que su propio deudor. Por ende, pueden ejercitar las acciones singulares o concursales que correspondan según que los derechos estén destinados a ingresar el patrimonio del beneficiario²¹².

Por su parte, el fideicomisario tiene un derecho de crédito a la transmisión de los bienes existentes al cumplimiento del plazo o condición resolutorios, o al vencimiento del plazo máximo legal²¹³. Luego, sus acreedores no pueden agredir los bienes fideicomitidos que constituyen el patrimonio separado de titularidad del fiduciario hasta el momento de la extinción. Antes de la extinción, solo podrán accionar por vía subrogatoria en virtud de los derechos creditorios que se le reconocen, v.gr.: acciones destinadas a la defensa de los bienes fideicomitidos (arg. art. 1689, Código Civil y Comercial).

²¹² MIGUENS, Héctor J., “Fideicomiso y concursos”, cit., pp. 372 y 373.

²¹³ Conf. ORELLE, José M., ARMELLA, Cristina y CAUSSE, Jorge R., *Financiamiento de la vivienda y de la construcción. Ley 24441*, cit., p. 145.

CAPÍTULO III
FACULTADES, DEBERES Y CARGA DEL FIDUCIARIO.
ACTUACIÓN POR TERCEROS

1 PLAN

Habiendo transitado el camino de los fundamentos del deber de responder del fiduciario y de las calificaciones y relaciones de esa posición jurídica, es el momento oportuno para avanzar con el ejercicio de la titularidad fiduciaria.

A ese respecto, iniciaré el análisis con el estudio del contenido del derecho del fiduciario desde un doble enfoque. En primer lugar, respecto de los bienes fideicomitidos para comprender los verdaderos alcances de las facultades integrativas de su titularidad, que se modelizan con límites legales especiales y contractuales. Luego, con relación a las restantes posiciones del fideicomiso.

Agotada la temática de qué es lo que puede hacer el fiduciario, me concentraré en lo que debe concretar, es decir, en los deberes que pesan sobre él, los que pueden adquirir el cariz de obligaciones o tratarse de deberes genéricos. Encasillaré a las obligaciones del fiduciario de acuerdo con los criterios de la fuente, de la naturaleza de la ley que las impone, de las características de las prestaciones y su conexión con el interés del acreedor, y de que deriven de una relación de consumo o no.

Una vez efectuada esa clasificación, analizaré cada una de las obligaciones legales con especial foco en su naturaleza de resultado o de medios por las implicancias de la categoría en el plano del deber de responder del fiduciario.

Por ese motivo, también se analizan separadamente las obligaciones del fiduciario cuando media una relación de consumo.

Además, me ocuparé de la única carga que puede tener el fiduciario: la erráticamente llamada “obligación” de contabilidad.

Finalizaré este sector temático con el examen de la actuación del fiduciario con relación a otros. No lo haré en la faz del comportamiento “para” otros como acontece en su vínculo con las restantes posiciones jurídicas del fideicomiso, sino “por” otros que extienden su esfera de incumbencia.

2 FACULTADES

2.1 Generalidades

Las facultades del fiduciario son amplias, pero encuentran límites legales acordes a la naturaleza de la figura y a su finalidad: el fiduciario debe actuar de acuerdo con los fines del fideicomiso.

Afirmar que el fiduciario debe actuar de conformidad con los fines del fideicomiso, no es más que decir que debe actuar de manera tal que se cumpla la voluntad del constituyente, pues el cumplimiento de tal finalidad ha motivado su designación.

El fiduciante puede haber realizado reserva de derechos (arg. art. 1697 inc. b), Código Civil y Comercial), como podrían ser la autorización previa para la adopción de decisiones determinadas y el establecimiento de pautas específicas fijadas en el contrato. También estas reservas se pueden haber efectuado a favor de los beneficiarios y los fideicomisarios. Cuando las distintas posiciones jurídicas están integradas por varios sujetos es de uso que se disponga que esas autorizaciones o conformidades sean adoptadas

en reuniones o asambleas de acuerdo con un régimen de mayorías determinado.

No obstante, esa reserva de derechos no podrá desnaturalizar la función del fiduciario, pues en su carácter de titular de los bienes puede llevar a cabo toda clase de actos siempre que se ajusten a la finalidad del fideicomiso. En efecto, la administración de los bienes fideicomitidos debe hacerse de conformidad con las instrucciones si las hay, y caso contrario, tener siempre en cuenta la voluntad expresa y presunta del constituyente¹.

La ley establece que el fiduciario deberá actuar con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él (art. 1674, Código Civil y Comercial), norma que dispone un patrón de conducta que será analizado al tratar la responsabilidad del fiduciario.

¹ Conf. FREIRE, Betina V., *El fideicomiso. Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios*, cit., p. 118. Esta autora sigue en sus desarrollos a RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, *Contratos bancarios*, cit., p. 633, quien opina: “La administración de estos bienes (...) debe hacerse de conformidad con las instrucciones si las hay, y en caso contrario acomodándose siempre a la interpretación finalista del contrato, o sea, teniendo en cuenta la voluntad del constituyente...”.

2.2 Con relación a los bienes

2.2.1 Advertencia

No efectuaré este análisis sobre la base del distingo habitual de actos de administración y actos de disposición², por cuanto en ocasiones esa presentación puede aportar poca claridad³.

Por ejemplo, si el fiduciario transfiriera el uso y goce de una cosa fideicomitada a través de una locación, tal transmisión de

² Así lo hacen, entre otros, BATIZA, Rodolfo, *El fideicomiso. Teoría y práctica*, cit., pp. 335 y ss.; CIMA, Eduardo, *Responsabilidad civil del fiduciario frente a los demás intervinientes en el contrato de fideicomiso*, Lerner, Córdoba, 2013, pp. 166 y ss.; KIPER, Claudio M. y LISOPRAWski, Silvio V., *Tratado de fideicomiso*, cit., tomo I, p. 297; MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *El fideicomiso en la dinámica mercantil*, 3ª edición, BdeF, Buenos Aires, 2013, pp. 259 y 260; BONO, Gustavo A., *Fideicomiso de garantía*, Astrea, Buenos Aires, 2018, p. 130.

³ Una valiosa aproximación del distingo entre acto de disposición y acto de administración es la que efectúa ORGAZ, Alfredo, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, Zavalía, Buenos Aires, 1963, pp. 80-82: "... deben entenderse los que disminuyen o modifican sustancialmente los elementos que forman el capital del patrimonio o que, sin estos caracteres, comprometen su porvenir por largo tiempo (...). El acto de administración es el que tiene por objeto hacer producir a los bienes los beneficios que normalmente pueden obtenerse de ellos, respetando su naturaleza y su destino (...). Es importante advertir que el acto de disposición no se identifica puramente con el de enajenación, como suele afirmarse erróneamente. Para que la enajenación tenga ese carácter, es preciso que se refiera a bienes que integran el capital del patrimonio. La de los 'frutos', en efecto, es, al contrario, ordinariamente de administración (...). Aún más, a veces la enajenación constituye solo un acto conservatorio, si se trata de cosas de difícil conservación o fácil pérdida: la enajenación es aquí la única manera de conservar los valores patrimoniales en peligro".

derecho personal importaría el ejercicio del derecho de disposición jurídica, pero –según los casos– supondrá un acto de administración o bien uno de disposición. Esto último acontece ante locaciones de plazo extendido (arg. arts. 375 inc. k] y 1191, Código Civil y Comercial).

De allí que abordaré esta temática desde las facultades integrativas del derecho del fiduciario sobre los bienes; estas son: el uso, el goce y la disposición.

2.2.2 Derecho de usar

La facultad de usar consiste en el “empleo” de los bienes o en “servirse” de ellos.

Tal facultad del propietario fiduciario es amplia y el límite genérico está dado por el respeto de los fines del fideicomiso, lo que determina que el fiduciario no pueda usar libremente el objeto respectivo.

Un aspecto que integra la facultad de usar está dado por la destinación económica del objeto⁴. Es aquí donde impacta el límite legal de los fines del fideicomiso, pues el fiduciario a diferencia del

⁴ Véase ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel y VODANOVIC H., Antonio, *Tratado de los derechos reales*, 6ª edición, Temis e Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001, p. 52: “La facultad de uso se traduce en aplicar la cosa misma a todos los servicios que es capaz de proporcionar (...). Como las atribuciones del propietario son de gran magnitud, puede usar la cosa de su dominio, en principio, con cualquier fin, aun cuando contraríe el destino natural de ella (...). El dueño de un palacete, por ejemplo, puede emplearlo como bodega de mercaderías. No sucede lo mismo con los titulares de otros derechos...”.

propietario perfecto no “es el árbitro único de su aplicación”⁵, sino que deberá someterse a la teleología que inspiró al contrato.

2.2.3 Derecho de gozar

El derecho de goce importa la facultad de obtener todos los provechos y ventajas que el objeto sobre el cual se ejerce es capaz de brindar, por lo cual desborda a la mera percepción fructuaria.

La facultad de realizar ciertas mejoras es también una derivación del ejercicio del goce, ya que mediante la realización de ellas los beneficios consecuentes pueden ser mayores⁶.

En su carácter de propietario de los bienes el fiduciario tiene derecho de goce respecto de ellos. Este derecho incluye el derecho a percibir los frutos y los productos, y a gozar de otras ventajas.

La percepción de los frutos lógicamente variará de acuerdo con la naturaleza de los bienes (v. gr. si son acciones serán los dividendos, las reservas capitalizadas; si son bienes inmuebles destinados a la producción agropecuaria, las cosechas que se alcancen). Lo propio sucede con las mejoras; v. gr. si son acciones el fiduciario tendrá derecho a la suscripción preferente en un aumento de capital; si son inmuebles tendrá derecho a las mejoras que puede haber realizado el inquilino. A igual situación se asiste en materia de productos; la naturaleza del objeto determinará sus alcances.

Los bienes que se incorporen como frutos o productos al patrimonio fiduciario revisten esa naturaleza. Salvo pacto en contrario, rige el principio de subrogación real y los bienes que sustituyan a otros existentes, se incorporan al patrimonio fiduciario

⁵ LAFAILLE, Héctor, en LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., *Tratado de los derechos reales*, 2ª edición, La Ley y Ediar, Buenos Aires, 2010, tomo II, núm. 478, p. 47.

⁶ Véase ALTERINI, Francisco J., “Estructura del usufructo sobre acciones”, La Ley, 2018-A, p. 1058.

y adquieren tal naturaleza. Se trata de la solución establecida al respecto por el art. 1684, segundo párrafo, del Código Civil y Comercial: “Excepto estipulación en contrario del contrato, el fiduciario adquiere la propiedad fiduciaria de los frutos y productos de los bienes fideicomitidos y de los bienes que adquiera con esos frutos y productos o por subrogación real respecto de todos esos bienes, debiéndose dejar constancia de ello en el título para la adquisición y en los registros pertinentes”.

Por disposición en contrario se puede establecer que esos frutos o productos no ingresen al patrimonio fiduciario y que sean entregados a los beneficiarios de acuerdo con la finalidad del fideicomiso y lo dispuesto en ese sentido por el constituyente del negocio.

Respecto de las mejoras, ya artificiales, ya naturales, rige el principio de accesión en el sentido de que las alteraciones materiales que pueda experimentar un objeto con el correlativo aumento del valor de él (art. 751, Código Civil y Comercial) van a tener la misma naturaleza que el objeto respectivo.

2.2.4 Derecho de disponer

2.2.4.1.1 Principio general

El derecho de disposición jurídica del propietario perfecto comprende el derecho de enajenar, abandonar o renunciar, constituir derechos reales o personales respecto de los bienes fideicomitidos. Estos derechos tienen ribetes y límites especiales en el caso del propietario fiduciario.

El primer párrafo del art. 1688 del Código Civil y Comercial, dispone: “El fiduciario podrá disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que para ello sea necesario el consentimiento del fiduciante, del beneficiario o del fideicomisario. El contrato puede prever limitaciones a estas facultades, incluso la prohibición de enajenar, las que, en su caso, deben ser inscriptas en los registros

correspondientes a cosas registrables. Dichas limitaciones no son oponibles a terceros interesados de buena fe, sin perjuicio de los derechos respecto del fiduciario...”.

Es decir, el principio general es que el fiduciario podrá disponer los bienes fideicomitidos siempre el acto respectivo sea acorde a los fines del fideicomiso. El límite legal está dado por el respeto a los “fines del fideicomiso”.

Esa directiva se explica por la naturaleza y la duración del contrato y de la propiedad fiduciaria: el fiduciario es un adquirente a título de confianza y es el “continente jurídico” de tal propiedad al solo efecto de que cumpla el encargo.

No obstante, la ley también autoriza otros límites contractuales a esas facultades de disposición, como el requisito de autorización previa. También se prevé en algún caso la prohibición de enajenar (art. 1676, Código Civil y Comercial) y se habilita su pacto por acuerdo de partes.

La referencia del art. 1688 del Código Civil y Comercial a “disponer o gravar” es reiterativa, pues el “gravar” no es más que uno de los capítulos de la disposición jurídica, la que alcanza tanto la constitución de derechos reales como de derechos personales.

2.2.4.1.2 Límites legales

El límite legal básico que se establece a la facultad de disponer del fiduciario es su realización de acuerdo con los fines del fideicomiso⁷; v. gr. en un fideicomiso que tiene por objeto la construcción de un edificio y la transmisión de unidades funcionales

⁷ Véase MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *El fideicomiso en la dinámica mercantil*, cit., p. 261: “Pensamos que la expresión fines del fideicomiso debe interpretarse con cierta flexibilidad atento a que la no disposición de los bienes fideicomitidos constituye una excepción al régimen general”.

a los beneficiarios, no será acorde a los fines del fideicomiso que se hipoteque el inmueble en el que se desarrolla la construcción.

Por su parte, el art. 1676 del Código Civil y Comercial, al igual que el derogado art. 7.º de la ley 24441, establece que el fiduciario no puede adquirir para sí los bienes fideicomitidos. Es decir, impone al fiduciario un nuevo límite a su derecho de disponer los bienes fideicomitidos de acuerdo con los fines del fideicomiso⁸.

Este límite alcanza a los frutos naturales, civiles e industriales y al producido de los actos de disposición de dichos bienes. La única excepción es el derecho a remuneración y al reembolso de los gastos (art. 1677, Código Civil y Comercial) con los alcances que se analizarán.

La generalidad de la doctrina trata a lo dispuesto por el art. 1676 como una prohibición que pesa sobre el fiduciario⁹, pero en rigor su naturaleza es la de un límite legal a su derecho de disponer cuyo fundamento estriba en la necesidad de asegurar la independencia e imparcialidad del fiduciario y, por ende, el correcto funcionamiento del fideicomiso en atención a su naturaleza.

Por otra parte, se debe concordar lo establecido en el art. 1676 del Código Civil y Comercial, con la norma general que trae el art. 1674 del Código que exige al fiduciario cumplir sus obligaciones con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él, desde que tal norma explicita la causa determinante de su elección, esto es, la confianza.

Este límite legal es indisponible, como expresamente establece el art. 1676 del Código Civil y Comercial.

⁸ Véase ALTERINI, Jorge H., ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, Ma Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, cit., tomo II, p. 105.

⁹ Véase por todos, KIPER, Claudio M. y LISOPRAWSKI, Silvio V., *Tratado de fideicomiso*, cit., tomo I, p. 316.

Otro límite de singular trascendencia se incluye en materia de cofiduciarios y está dado por la circunstancia de que “ninguno de ellos puede ejercer la acción de partición mientras dure el fideicomiso” (art. 1688, Código Civil y Comercial), lo que determina una indivisión forzosa temporaria.

2.2.4.1.3 Límites contractuales

El contrato puede establecer límites a las facultades de disposición que le asisten al fiduciario conforme a los fines del fideicomiso, o bien establecer la necesidad del consentimiento previo de algunas de las posiciones jurídicas intervinientes.

Además, el Código Civil y Comercial autoriza el pacto de “no enajenar”, como excepción al régimen general prohibitivo establecido en el art. 1972 del Código Civil y Comercial¹⁰.

Los límites a las facultades de disposición respecto de bienes registrables deben ser inscriptos en los registros correspondientes. Esa inscripción determinará la oponibilidad incluso a terceros interesados y de buena fe. Esto, claro está, es sin perjuicio de los

¹⁰ Art. 1972 del Código Civil y Comercial: “*Cláusulas de inenajenabilidad.* En los actos a título oneroso es nula la cláusula de no transmitir a persona alguna el dominio de una cosa determinada o de no constituir sobre ella otros derechos reales. Estas cláusulas son válidas si se refieren a persona o personas determinadas. En los actos a título gratuito todas las cláusulas señaladas en el primer párrafo son válidas si su plazo no excede de diez años. Si la convención no fija plazo, o establece un plazo incierto o superior a diez años, se considera celebrada por ese tiempo. Es renovable de manera expresa por un lapso que no exceda de diez años contados desde que se estableció. En los actos por causa de muerte son nulas las cláusulas que afectan las porciones legítimas, o implican una sustitución fideicomisaria”.

derechos de las restantes posiciones jurídicas respecto del fiduciario.

Cuando los bienes no son registrables, y siempre que exista Registro Público de fideicomisos en la jurisdicción correspondiente, la oponibilidad de los límites podrá obtenerse a partir de la referida publicidad (arg. art. 1669, Código Civil y Comercial).

2.2.4.1.4 Violación a los límites

Si el titular fiduciario ejerce su facultad de disposición en violación a los límites legales o contractuales (v. gr. contrariando los fines del fideicomiso o realizados sin contar con la autorización previa requerida), esos actos son nulos, mientras que “quedan a salvo los actos de disposición realizados por el fiduciario de conformidad con lo previsto en esta norma” (art. 1688, Código Civil y Comercial).

Las distintas alternativas que se pueden plantear, han sido descriptas de la siguiente manera: “a) los actos de disposición del fiduciario ajustados a los fines del fideicomiso y a los límites previstos en el contrato son válidos; b) los actos de disposición notoriamente extraños a los fines del fideicomiso o a los límites pactados están prohibidos y de realizarse son inválidos; c) los actos de disposición del fiduciario ajustados a los fines del fideicomiso y a los límites previstos, si se pactó la necesidad de la aquiescencia del fiduciante, del beneficiario o del fideicomisario, y se la satisfizo, son válidos; d) los actos de disposición del fiduciario ajustados a los fines del fideicomiso y a los límites previstos, si se pactó la necesidad de la conformidad del fiduciante, del beneficiario o del fideicomisario, y no se la obtuvo, son inválidos”¹¹.

A su turno, el art. 1681 del Código Civil y Comercial establece: “El beneficiario y el fideicomisario pueden, en la medida de su

¹¹ ALTERINI, Jorge H., ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, Ma Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, cit., tomo II, p. 104.

interés, reclamar por el debido cumplimiento del contrato y la revocación de los actos realizados por el fiduciario en fraude de sus intereses, sin perjuicio de los derechos de los terceros interesados de buena fe”.

Es decir, solo quedan firmes una vez extinguido el contrato los actos de disposición realizados por el fiduciario dentro de las facultades conferidas en la convención, de acuerdo con los fines del fideicomiso y demás límites legales. De ello se extrae que el fiduciario no solo no “debe”, sino que no “puede” disponer violando los límites del caso y que si lo hace dicho acto carece de efectos. La consecuencia es que los bienes deben volver al patrimonio separado y los gravámenes deben ser levantados. Lo expuesto es sin perjuicio de los derechos de los terceros adquirentes de buena fe, de la responsabilidad civil, y, en su caso, penal del fiduciario¹².

El énfasis que pone la ley en los límites al derecho de disponer es tal que su violación podría hacerlo incurrir en el delito tipificado en el art. 173, inc. 12, del Código Penal, agregado por el art. 82, ley 24441, en caso de que se defrauden los derechos de los cocontratantes¹³.

¹² El derogado art. 74 de la ley 24441 que había agregado un último párrafo al también derogado art. 2670 del Código Civil, decía: “Revocándose el dominio con efecto retroactivo, el antiguo propietario está autorizado a tomar el inmueble libre de todas las cargas, servidumbres o hipotecas con que lo hubiese gravado el propietario desposeído, o el tercero poseedor; pero está obligado a respetar los actos administrativos del propietario desposeído, como los alquileres o arrendamientos que hubiese hecho. Quedan a salvo los actos de disposición realizados por el fiduciario de conformidad con lo previsto en la legislación especial”.

¹³ Art. 172 del Código Penal: “Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier

2.2.4.2 *Quid* de la constitución de ciertos derechos reales o personales

La facultad de disposición jurídica del fiduciario es generosa, pero debe ajustarse a los límites impuestos por la finalidad del fideicomiso u otros límites establecidos en el contrato. De allí que no sea descartable, por regla, que le esté vedado al fiduciario constituir un derecho en particular, ya real, ya personal.

De acuerdo con ese análisis, es obvio que si el fideicomiso fue constituido para llevar adelante un edificio sobre un inmueble que fue transmitido al fiduciario, este no podrá constituir, por ejemplo, un derecho de disfrute –como el usufructo, uso y habitación–, pues tal constitución implicaría el traspaso de la posesión efectiva de la cosa y, por tanto, el fiduciario no podría llevar adelante la construcción encomendada.

2.2.5 Disposición material

El derecho de disposición material del titular fiduciario debe ser distinguido de su derecho de gozar. Como la disposición material refiere al consumo de la cosa, a su destrucción, lo usual será que esta facultad esté limitada de conformidad a los fines del fideicomiso.

Ahora bien, es posible que en un contrato de fideicomiso se faculte expresa o tácitamente al titular fiduciario a realizar un determinado acto de disposición material, como es habitual en los

otro ardid o engaño”. Art. 173 del Código Penal: “Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece: (...) 12. El titular fiduciario, el administrador de fondos comunes de inversión o el dador de un contrato de leasing, que en beneficio propio o de un tercero dispusiere, gravare o perjudicare los bienes y de esta manera defraudare los derechos de los cocontratantes” (inciso incorporado por art. 82 de la ley 24441).

contratos de fideicomiso con fines inmobiliarios en los que previo a la construcción es necesaria la demolición de algún edificio.

2.3 Con relación a las otras posiciones contractuales

2.3.1 Derecho a cobrar retribución

En principio, la función del fiduciario es remunerada. Sin embargo, no debe descartarse que su intención sea efectuar una liberalidad, por lo cual en la ley se permite estipulación en contrario. El pago o no de una remuneración al fiduciario por el ejercicio de sus funciones, es lo que otorga naturaleza onerosa o gratuita al contrato.

El Código establece que se encuentra obligado al pago quien o quienes se estipulen en el contrato. Si nada se hubiera establecido al efecto, entiendo que tal obligación pesa sobre el patrimonio separado del fideicomiso.

La cuantía de la remuneración se debe pactar en el contrato. Caso contrario, la fija el juez teniendo en cuenta la índole de la encomienda, la importancia de los deberes a cumplir, la eficacia de la gestión cumplida y las demás circunstancias en que actúa el fiduciario (art. 1677, Código Civil y Comercial).

La ley no especifica si el pago de la remuneración del fiduciario debe ser en dinero o en especie, por lo que cualquiera de estas alternativas es posible¹⁴. Será el constituyente del contrato de fideicomiso quien decida al respecto.

Más aun, se podría establecer en el contrato el pago de la retribución del fiduciario con la entrega de bienes integrantes del patrimonio fiduciario (v. gr. transfiriendo la propiedad de alguna unidad funcional en un fideicomiso en construcción). Esa

¹⁴ Conf. CALDERÓN, Maximiliano, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (Director) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (Coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial*, cit., tomo V, p. 1163.

disposición contractual no resultaría violatoria de la prohibición del fiduciario de adquirir para sí los bienes fideicomitidos (art. 1676, Código Civil y Comercial), pues el fiduciario no estaría disponiendo de los bienes para sí, sino que los estaría recibiendo en retribución por las tareas realizadas¹⁵ de acuerdo con lo instruido por el fiduciante en el contrato de fideicomiso. La solución contraria estaría en abierta contradicción con la regla del art. 1673 del Código Civil y Comercial, en cuanto permite en todos los fideicomisos que el fiduciario sea a su vez beneficiario y, por ende, que en tal carácter reciba bienes fideicomitidos durante la vigencia del contrato¹⁶.

¹⁵ Conf. CARREGAL, Mario A., “El contrato de fideicomiso en particular”, GOTLIB, Gabriel, CARREGAL, Mario A., y VAQUERO, Fernando M. (Directores), *Tratado de Fideicomiso*, cit., p. 42.

¹⁶ Parte de la doctrina considera que ello estaría vedado por el art. 1676 del Código Civil y Comercial que establece la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos y cita en su apoyo el art. 1673 del Código Civil y Comercial que prohíbe que el fiduciario sea fideicomisario. Creemos que esa opinión no tiene en cuenta que el art. 1673 admite expresamente la coincidencia de las posiciones jurídicas del fiduciario y del beneficiario, y olvida que, por ejemplo, en el marco de un fideicomiso inmobiliario los beneficios que se esperan de la actuación del fiduciario no son otros que las unidades funcionales proyectadas. Por otra parte, la transmisión de una o varias unidades funcionales al fiduciario-beneficiario no implica una adquisición por sí de los bienes fideicomitidos, sino antes bien una disposición de la voluntad de los fiduciantes para retribuirlo de esa manera. Acaso, esa confusión resida en las particularidades que tiene el régimen argentino debido al distingo que se efectúa entre las posiciones jurídicas del “beneficiario” y del “fideicomisario”. El primero de ellos es quien recibe los beneficios durante la ejecución del contrato, mientras que el fideicomisario adquiere los bienes que subsistan en el patrimonio especial al tiempo de la extinción del contrato de fideicomiso.

El derecho del fiduciario a percibir la remuneración es de tal trascendencia que en un buen número de países la falta de pago es justa causa de renuncia¹⁷.

Véase la opinión de ALTERINI, Ignacio E. y AICEGA, M^a Valentina, en ALTERINI, Ignacio E. y AICEGA, M^a Valentina, *Derecho de consumo inmobiliario*, La Ley, Buenos Aires, 2021, Tomo I, Capítulo VII, p. 301.

¹⁷ Por ejemplo: Art. 1418, Código de Comercio de Bolivia: “El fiduciario solo puede renunciar a la gestión asumida por los motivos expresamente señalados en el contrato. A falta de estipulación se presumen como causas justificadas para hacerlo, las siguientes: (...) 2) Si el fideicomitente, sus herederos o el beneficiario, en su caso, se niegan a pagar dichas remuneraciones...”; Art. 1047, Código de Comercio de Honduras: “El fiduciario designado por el fideicomitente o por el juez, está obligado a aceptar el cargo, y solo puede negarse a ello o renunciarlo por causa grave, a juicio del Juez de Letras de lo Civil del lugar de su domicilio. Sólo se estimarán como causas graves: (...) b) Que el fideicomitente, sus causahabientes o el fideicomisario, en su caso, se nieguen a pagar las compensaciones estipuladas a favor de la institución fiduciaria...”; Art. 35 Ley 189 de 2011 de República Dominicana: “Régimen de remuneración (...) Párrafo II.- La falta de pago de las remuneraciones adeudadas por su actuación como fiduciario constituirá causa justificada para la renuncia del o de los fiduciarios, sin perjuicio del derecho que les asiste de cobrarse o reembolsarse de los fondos del fideicomiso, conforme las reglas establecidas precedentemente...”; Art. 29, Ley 921 de Paraguay: “El fiduciario podrá solicitar al Superintendente de Bancos autorización para renunciar o excusarse del cumplimiento de la gestión encomendada por las causas estipuladas contractualmente. A falta de estipulación contractual, se presumen causas justificadas de renuncia las siguientes (...). Que los bienes fideicomitados no rindan productos suficientes para cubrir las compensaciones estipuladas a favor del fiduciario; y Que el fideicomitente, sus causahabientes o el beneficiario, en su caso, se niegan a pagar dichas compensaciones”.

2.3.2 Derecho a reembolso de gastos

El fiduciario tiene derecho al reembolso de los gastos en que hubiere incurrido en el cumplimiento de la manda o encargo fiduciario, salvo estipulación en contrario. Tal reembolso de gastos estará a cargo de quien o quienes se designen en el contrato (art. 1677, Código Civil y Comercial). En caso de silencio, entiendo que el reembolso será una carga del patrimonio separado, del mismo modo que sucede con la remuneración.

2.3.3 Derecho a renunciar

El fiduciario tiene derecho a renunciar siempre que tal posibilidad esté expresamente autorizada en el contrato, medie imposibilidad material o jurídica de desempeño, u otras causas graves. De este derecho me ocupé en el Capítulo II, al hacer tema con las causales de cesación del fiduciario, a donde remito.

3 DEBERES

3.1 Principio general

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

Además, se impone el deber de evitar cualquier conflicto de intereses y el de obrar privilegiando los de los restantes sujetos que intervienen en el contrato, cuando el fiduciario fuere el beneficiario (art. 1673, Código Civil y Comercial).

Correlativamente, el beneficiario y el fideicomisario pueden, en la medida de su interés, reclamar por el debido cumplimiento del contrato y la revocación de los actos realizados por el fiduciario en fraude de sus intereses, sin perjuicio de los derechos de los terceros interesados de buena fe (art. 1681, Código Civil y Comercial)

De estas cuestiones me ocuparé en profundidad en el Capítulo IV.

3.2 Deberes obligacionales

3.2.1 Criterios clasificatorios

3.2.1.1 Según su fuente: legal o contractual

Los deberes del fiduciario se pueden clasificar según su fuente en legales o contractuales, si nacen de la ley o del contrato, respectivamente.

La ley impone al fiduciario los deberes de recibir los bienes fideicomitidos (art. 1666, Código Civil y Comercial); proceder o colaborar en las inscripciones registrales (art. 1669, 1683 y 1684, Código Civil y Comercial); ejercer el contrato a favor de otra posición jurídica y entregar los bienes (arts. 1666, 1671 y conchs., Código Civil y Comercial); rendir cuentas (art. 1675, Código Civil y Comercial); ejercer las acciones necesarias en defensa de los bienes fideicomitidos (art. 1689, Código Civil y Comercial); entregar los bienes a la extinción del contrato a los fideicomisarios (arts. 1666 y 1698, Código Civil y Comercial); contratar el seguro de responsabilidad civil (art. 1685, Código Civil y Comercial).

También el contrato puede ser fuente de obligaciones, como pueden ser el dar a los frutos el destino previsto en el contrato (arg. art. 1684, segundo párrafo, Código Civil y Comercial); realizar inventario; constituir garantías; exigir a las otras posiciones jurídicas la provisión de fondos para evitar la liquidación (arg. art. 1687, Código Civil y Comercial); obtener el consentimiento del fiduciante, del beneficiario y del fideicomisario para disponer de los bienes fideicomitidos (art. 1688, Código Civil y Comercial); vender los bienes en el fideicomiso de garantía (art. 1680, Código Civil y Comercial).

Es muy amplio el ámbito para la autonomía de la voluntad en el contrato de fideicomiso, pues el Código Civil y Comercial, al igual

que la regulación que traía la ley 24441 y la legislación latinoamericana en la materia, regula una figura apta para canalizar a través de ella las más variadas finalidades lícitas. Ergo, las obligaciones de fuente contractual que pesen sobre el fiduciario nacerán como consecuencia de las particularidades de cada contrato; v. gr. negocio inmobiliario, agropecuario, de planificación patrimonial.

3.2.1.2 Según sean disponibles o no

Las obligaciones de fuente legal del fiduciario se pueden clasificar en disponibles o indisponibles por la voluntad de las partes.

Para poder aprehender los conceptos involucrados es importante precisar que el Código Civil y Comercial utiliza distintos vocablos para designar a las clases de leyes. En ocasiones alude con alcances sinónimos a ley “imperativa”¹⁸ y a la ley “indisponible”¹⁹, y también refiere por oposición a la ley “supletoria”²⁰ que es equivalente a ley “disponible”.

Se ha dicho que: “Una ley es supletoria porque ‘suple’ la voluntad de los particulares para el caso de que no hayan previsto una solución distinta a ella; de allí que la ley supletoria sea ‘disponible’. En tanto que lo dispuesto imperativamente por la ley es indisponible para los particulares”²¹.

¹⁸ Arts. 12, 150 inc. a), 177 inc. a), 1121 inc. b), 1743, 2533, 2599, 2561 incs. e) y f), del Código Civil y Comercial.

¹⁹ Arts. 962, 963 inc. a), 969 inc. a), 1709 inc. a), del Código Civil y Comercial.

²⁰ Arts. 7.º, 150 inc. c), 186, 962, 963 incs. c) y d), 964 inc. b), 988 inc. b), 1709 incs. c) y d), del Código Civil y Comercial.

²¹ Conf. ALTERINI, Ignacio E., opinión al comentario al art. 12, en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E.

No son disponibles por la voluntad de las partes aquellas obligaciones establecidas por normas imperativas sean o no de orden público²². Pues, las normas imperativas son el género y las de orden público una especie de ellas²³.

Con relación a las normas imperativas de orden público, el art. 12 del Código Civil y Comercial es claro en cuanto establece: “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público...”.

El concepto de orden público es inasible, impreciso, equívoco, de contenido elástico por cuanto es mutable en el tiempo y en el

(Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo I, pp. 126 y 127.

²² Conf. TOBIAS, José W., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo I, p. 125.

Comp. FIGUEROLA, Melchor, “El orden público y el Código Civil y Comercial”, en ESPARZA, Gustavo, FIGUEROLA, Melchor y MONTENEGRO, Gustavo, *El orden público en el derecho privado*, Editorial Martín, Mar del Plata, 2018. Este autor considera que todas las normas imperativas son de orden público. En p. 117 se lee: “Recordemos que la principal característica de la norma imperativa (o indisponible) es que no puede ser dejada de lado por la voluntad de las partes en una previsión contractual o en la instrumentación de cualquier acto jurídico, ello, porque, precisamente, su carácter de tal obedece a superiores razones de orden público”.

²³ Conf. ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., opinión al comentario al art. 12, en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo I, p. 126.

espacio²⁴. Tan es así, que hasta se ha considerado que es casi imposible definirlo²⁵.

La noción está vinculada al conjunto de principios eminentes – religiosos, morales, políticos y económicos– a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social establecida²⁶. Esa noción de orden público comprende los casos en que aun protegiéndose intereses individuales (muy generalizados), ellos tienen para el medio social una especial trascendencia hasta un punto que los eleva también a la categoría de principios que constituyen la base de la organización social²⁷.

Por ello, el carácter de orden público de una norma depende de “su naturaleza en razón de las causas que determinaron su sanción y los fines que se ha procurado obtener con ellas”²⁸.

Ahora bien, las normas indisponibles pueden no ser de orden público.

²⁴ Véase LLAMBIÁS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, 16^a edición, Perrot, Buenos Aires, 1995, tomo I, pp. 163 y 164.

²⁵ BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Parte general*, 14^a edición, actualizado por Guillermo J. Borda, La Ley, Buenos Aires, 2013, tomo I, p. 65.

²⁶ Conf. LLAMBIÁS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, cit., tomo I, p. 158.

²⁷ PIÑÓN, Benjamín P., “Orden público”, JA, 1995-III-812; NICOLAU, Noemí L., *Fundamentos de derecho contractual*, La Ley, Buenos Aires, 2009, tomo I, pp. 245 y 246.

²⁸ CSJN, “Martín y Cía. Ltda. c. Erazo, José S.”, LA LEY, 48, pp. 332 y ss., el párrafo citado aparece en la p. 333. Conf. ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., opinión al comentario al art. 12, en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo I, p. 126.

Estas normas son aquellas dictadas sobre la base de un interés predominantemente particular, cuya infracción genera una nulidad relativa y, por tanto, susceptible de confirmación; v. gr. las relacionadas con la restricción a la capacidad de ejercicio²⁹.

En materia contractual, el art. 962 del Código Civil y Comercial establece como directiva general el carácter supletorio de las normas legales, excepto que “de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto” surja que se trata de una disposición imperativa.

No obstante, respecto del contrato de fideicomiso, precisamente en lo relativo a las obligaciones del fiduciario, se da una situación especial que es el reflejo de la particularidad de la figura. Por un lado, las obligaciones legales que se establecen a cargo del fiduciario hacen a la esencia del contrato, ya que la regulación del fideicomiso se centra en una estructura básica a través de la cual se pueden encauzar los más diversos fines. Por el otro, esas obligaciones legales que hacen a la esencia de la figura son en su inmensa mayoría imperativas; es lógico que así sea, pues uno de los rasgos tipificantes del fideicomiso es la actuación del fiduciario “en confianza” para beneficiar a otro.

Así, son indisponibles por voluntad de las partes los siguientes deberes: i) cumplir las obligaciones como un buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él (art. 1674, Código Civil y Comercial); ii) rendir cuentas (art. 1676 del Código Civil y Comercial); iii) colaborar en la inscripción de los bienes registrables; iv) entregar los bienes durante la vigencia del contrato (art. 1666, Código Civil y Comercial); v) entregar los bienes a la extinción del contrato de fideicomiso (arts. 1668 y 1671, Código

²⁹ Conf. TOBIAS, José W., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo I, p. 125.

Civil y Comercial)³⁰; vi) ejercer las acciones en defensa de los bienes fideicomitidos (art. 1688, Código Civil y Comercial); vi) contratar el seguro de responsabilidad civil (art. 1685, Código Civil y Comercial); vii) inscribir el contrato de fideicomiso (art. 1669, Código Civil y Comercial).

3.2.1.3 Según sean de resultado o de medios

En orden a la relevancia de este criterio clasificatorio, en torno al cual se edifica toda la teoría del cumplimiento y del incumplimiento obligacional³¹, se analiza el tema por separado.

3.2.1.4 Según deriven de una relación de consumo o no

En el Capítulo II sostuve que a partir de la constitución de un contrato de fideicomiso se pueden establecer relaciones de consumo, en las que el fiduciario reviste el carácter de proveedor y las personas que integran las posiciones jurídicas de beneficiario y de fideicomisario califican como consumidores. También se estudió la posibilidad legal de que se reúnan en un mismo sujeto la calidad de fiduciante y beneficiario y fideicomisario (arts. 1671 y 1672, Código Civil y Comercial).

Cuando se presenta esta situación, a partir de lo dispuesto en la ley 24240 y de los arts. 1094 a 1121 del Código Civil y Comercial, se modulan los deberes del fiduciario establecidos en materia de fideicomiso y se agregan otros.

³⁰ Conf. KIPER, Claudio M. y LISOPRAWSKI, Silvio V., *Tratado de fideicomiso*, cit., tomo I, p. 379.

³¹ Conf. OSSOLA, Federico A., en RIVERA, Julio C. y MEDINA, Graciela (Directores), *Derecho civil y comercial. Obligaciones*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017, p. 417.

3.2.2 Análisis de las obligaciones legales

3.2.2.1 Encuadre conceptual: obligaciones de resultado y de medios

3.2.2.1.1 Delimitación. Planteamiento clásico

Para poder caracterizar los deberes obligacionales fiduciarios bajo uno u otro criterio resulta central encuadrar conceptualmente a las obligaciones de resultado y de medios.

La clasificación de las obligaciones como de resultado o de medios es atribuida a René Demogue³² en el derecho francés³³. Se destaca que si bien se podría admitir la existencia de vestigios sobre esta caracterización antes de Demogue, las teorías jurídicas deben ser atribuidas no a quienes tímidamente se atreven a enhebrar algunas solitarias consideraciones, sino a aquellos que con base conceptual definida nutren al mundo del Derecho con exposiciones sistemáticas y orgánicas³⁴.

En el planteo originario de Demogue, las definiciones de las obligaciones de medios reconocen como propiedades³⁵: tomar ciertas medidas que normalmente son capaces de llegar a un resultado, sin prometer este último; adoptar precauciones; consistir en una

³² DEMOGUE, René, *Traité des obligations en general, I-Sources des Obligations*, tomo V, pp. 538 y 539.

³³ AZAR, Aldo M., *Obligaciones de medios y de resultado*, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 3.

³⁴ ALTERINI, Jorge H., “Obligaciones de resultado y de medios”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo XX, p. 702.

³⁵ AZAR, Aldo M., *Obligaciones de medios y de resultado*, cit., p. 3.

promesa de un medio, concebido este como un servicio, un cuidado, una diligencia³⁶.

³⁶ En similares términos conceptualizan a las obligaciones de medios: THOMAS, “La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat”, PCLJ, 1937-640: “En la obligación de medios, al contrario, el deudor no está obligado más que a aportar sus cuidados a la realización de lo que ha prometido”; ESMEIN, “Le fondement de la responsabilité contractuelle”, RTDCiv., 1933, p. 658: “En las primeras, aunque un resultado conocido por él sea buscado por el acreedor, el cual se compromete a contribuir, no se obliga a conseguirlo, sino se obliga solamente a proveer ciertos servicios en vista de procurarlo. No es entonces responsable si, estando esos servicios procurados, el resultado no ha sido obtenido”; RIPERT-BOULANGER, *Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol*, p. 464: “En otros contratos, el deudor está obligado solamente a usar ciertos medios que procurarán al acreedor el resultado buscado”; VINEY, *Traté de droit civil-Les obligations-Le responsabilité condition*, p. 629; LE TORNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, p. 829; SÉRIAUX, *Droit des obligations*, p. 163; RÉMY, “La responsabilité contractuelle: histoire d un faux concept”, RTDCiv, 1997-323; VISINTINI, *Trattato breve de la responsabilita civile*, p. 178; BIANCA, *Diritto civile-4-L obbligatione*, p. 71; ALBALADEJO, *Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, vol. I, p. 37; GALLI, “Obligaciones de resultado y de medios”, Rev. Jur. Bs. As., 1958-9; ALSINA ATIENZA, “La carga de la prueba en la responsabilidad del médico. Obligaciones de medio y obligaciones de resultado”, JA, 1958-III-587; BOFFI BOGGERO, *Tratado de las obligaciones*, tomo 2, p. 211; ALTERINI, Jorge H., “Obligaciones de medios y de resultado”, p. 701; cits. por AZAR, Aldo M., *Obligaciones de medios y de resultado*, cit., pp. 3 a 5.

Por su parte, las notas características del concepto de obligaciones de resultado dado por Demogue son³⁷ la promesa de un resultado y la obtención de ese resultado³⁸.

Esta clasificación exhibe consecuencias prácticas en el ámbito probatorio. Se resalta que “en el supuesto de las obligaciones de resultado le basta al acreedor probar la existencia de la obligación sin estar constreñido a probar la culpa del deudor”, mientras que “en las de medios debe acreditar la falta de diligencia del deudor, debe probar su culpa, tanto en las contractuales como en las extracontractuales”³⁹.

Algunos autores hacen foco en otros rasgos caracterizantes de las obligaciones de medios como la mera actividad o esfuerzo, con

³⁷ Conf. AZAR, Aldo M., *Obligaciones de medios y de resultado*, cit., p. 5.

³⁸ De manera semejante conceptualizan a las obligaciones de resultado: ESMEIN, “Le fondement de la responsabilité contractuelle”, RTDCiv., 1933, p. 658; RIPERT-BOULANGER, *Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol*, p. 464; VINEY, *Traté de droit civil-Les obligations-Le responsabilité conditions*, p. 629; SÉRIAUX, *Droit des obligations*, p. 163; VISINTINI, *Trattato breve de la responsabilita civile*, p. 179; ALBALADEJO, *Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, vol. I, p. 37; GALLI, “Obligaciones de resultado y de medios”, Rev. Jur. Bs. As., 1958-9; ALSINA ATIENZA, “La carga de la prueba en la responsabilidad del médico. Obligaciones de medio y obligaciones de resultado”, JA, 1958-III-587; ALTERINI, Jorge, *Obligaciones de medios y de resultado*, p. 701; cits. por AZAR, Aldo M., *Obligaciones de medios y de resultado*, cit., pp. 6 a 8.

³⁹ ALTERINI, Jorge H., “Obligaciones de resultado y de medios”, cit., p. 702: “Con Demogue, como se advertirá, queda claro que el problema de la prueba, paralelo de la presunción de la culpa, no se condiciona por la fuente contractual o extracontractual de la obligación sino por su naturaleza, ya de resultado, ya de medios”.

los caracteres de previsión, evitación o evitabilidad⁴⁰, o la aptitud e idoneidad⁴¹ de la conducta, sin que se asegure un resultado.

Lo propio sucede con las obligaciones de resultado, respecto de las cuales se destaca que la prestación coincide con la realización del resultado⁴² o la plena satisfacción del interés del acreedor⁴³, con prescindencia de los recaudos de evitación⁴⁴.

No obstante, para su calificación corresponde tomar como punto de partida el objeto de la obligación y poner el foco en la existencia o inexistencia de alea en la prestación del deudor.

Cuando la satisfacción del interés del acreedor depende de factores extraños a la conducta comprometida por el deudor, o sea son azarosos, este cumplirá la prestación desplegando un comportamiento diligente y la obligación será de medios. En cambio, cuando la producción del interés del acreedor apunta exclusivamente a una actividad del deudor, la obligación será de resultado⁴⁵.

⁴⁰ BUERES, Alberto J., *Objeto del negocio jurídico*, cit., pp. 155 y 156.

⁴¹ TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MEZA, Marcelo J., *Tratado de la responsabilidad civil*, La Ley, Buenos Aires, 2004, tomo I, p. 746.

⁴² BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Prueba de la culpa”, *La Ley*, 99, p. 886, esp. en p. 891; ALTERINI, Atilio A., AMEAL, Oscar J. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de las obligaciones*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, pp. 498 y 499

⁴³ COMPAGNUCCI DE CASO, Ruben H., “Responsabilidad contractual. Obligaciones de medios y de resultado”, *La Ley*, 1990-E, p. 533, esp. en p. 534.

⁴⁴ BUERES, Alberto J., *Objeto del negocio jurídico*, cit., pp. 155 y 156.

⁴⁵ ALTERINI, Ignacio E., “Límites del deber de responder del escribano. Lo verdadero y lo falso”, *La Ley*, 2014-D, p. 1131.

En otros términos, si conforme a la naturaleza de la obligación y a la regla de la buena fe, la obtención del interés primario del acreedor depende para su concreción de un factor aleatorio, que va más allá de la conducta comprometida por el deudor y que no es asumido por este, la obligación será de medios; en caso contrario, estaremos frente a una obligación de resultado⁴⁶.

Asimismo, como el objeto de la obligación es un plan de conducta del deudor para satisfacer un interés del acreedor, la distinción entre obligaciones de resultado o de medios se puede efectuar observando la importancia de cada uno de los dos componentes: conducta del deudor o satisfacción del acreedor⁴⁷.

En la obligación de medios adquiere mayor relevancia el comportamiento del deudor, mientras en la obligación de resultado la satisfacción del interés del acreedor.

3.2.2.1.2 Su recepción en el Código Civil y Comercial

En el Código Civil de Vélez ni en sus modificaciones posteriores tuvo recepción expresa la clasificación de obligaciones de resultado y de medios.

No obstante, se admitió a nivel jurisprudencial el distingo partiendo de las diferencias entre los contratos de obra y servicios, el principio de buena fe emergente del art. 1198 del Código Civil derogado, la responsabilidad objetiva y subjetiva a la luz del objeto de la obligación. Como quedó expuesto, lo propio ocurrió a nivel doctrinario.

⁴⁶ PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, tomo II, p. 596.

⁴⁷ BUERES, Alberto J., *Objeto del negocio jurídico*, cit., pp. 154 y ss.; OSSOLA, Federico A., en RIVERA, Julio C. y MEDINA, Graciela (Directores), *Derecho civil y comercial. Obligaciones*, cit., pp. 419 y ss.

Por su parte, el Código Civil y Comercial ha receptado la distinción entre obligaciones de resultado y de medios, aun cuando no lo haya hecho de modo sistemático⁴⁸.

En este sentido en los Fundamentos del Anteproyecto de 2012 sus autores dicen: “en el plano normativo es claro si el deudor promete un resultado determinado y este no se obtiene, no puede eximirse demostrando su falta de culpa, siendo en tales casos la imputación necesariamente objetiva, lo que también es coherente con lo dispuesto en las obligaciones de hacer, en razón de la distinción entre obras y servicios”.

El Código Civil y Comercial aborda de modo aislado pero esencialmente congruente la diferenciación entre las obligaciones de resultado y de medios en los siguientes artículos: 725 (objeto de la obligación)⁴⁹; 1252 (contrato de obra y de servicios)⁵⁰; 1723 (factor

⁴⁸ En los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de 2012 los autores aclaran que no se ha utilizado este criterio para clasificar las obligaciones, por las controversias generadas a nivel doctrinario.

⁴⁹ Art. 725 del Código Civil y Comercial: “*Requisitos*. La prestación que constituye el objeto de la obligación debe ser material y jurídicamente posible, lícita, determinada o determinable, susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés patrimonial o extrapatrimonial del acreedor”.

⁵⁰ Art. 1252 del Código Civil y Comercial: “*Calificación del contrato*. Si hay duda sobre la calificación del contrato, se entiende que hay contrato de servicios cuando la obligación de hacer consiste en realizar cierta actividad independiente de su eficacia. Se considera que el contrato es de obra cuando se promete un resultado eficaz, reproducible o susceptible de entrega. Los servicios prestados en relación de dependencia se rigen por las normas del derecho laboral. Las disposiciones de este Capítulo se integran con las reglas específicas que resulten aplicables a servicios u obras especialmente regulados”.

de atribución objetivo en materia obligacional)⁵¹; 1722 (eximentes)⁵²; 1768 (sobre responsabilidades profesionales)⁵³.

El precepto central de la temática se encuentra emplazado dentro de la categoría de las obligaciones de hacer, en el art. 774 del Código Civil y Comercial, aunque ello no debe desmerecer el distinguo en las obligaciones de dar y de no hacer⁵⁴. La norma prevé: “*Prestación de un servicio*. La prestación de un servicio puede consistir: a) en realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito. Las cláusulas que comprometen a los buenos oficios, o a aplicar los mejores esfuerzos están comprendidas en este inciso; b) en procurar al acreedor cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia; c) en procurar al acreedor el resultado eficaz prometido. La cláusula llave en mano o producto en mano está comprendida en este inciso. Si el resultado

⁵¹ Art. 1723 del Código Civil y Comercial: “*Responsabilidad objetiva*. Cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva”.

⁵² Art. 1722 del Código Civil y Comercial: “*Factor objetivo*. El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario”.

⁵³ Art. 1768 del Código Civil y Comercial: “*Profesionales liberales*. La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto. Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la Sección 7a, de este Capítulo, excepto que causen un daño derivado de su vicio. La actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el artículo 1757”.

⁵⁴ Conf. PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Tratado de obligaciones*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, tomo I, núm. 739, p. 638.

de la actividad del deudor consiste en una cosa, para su entrega se aplican las reglas de las obligaciones de dar cosas ciertas para constituir derechos reales”⁵⁵.

A la presentación clásica del distinto, el Código Civil y Comercial le agrega una variante en las obligaciones de resultado, pues diferencia entre obligaciones de resultado “eficaz” y de resultado “sin eficacia”. De este modo, se distingue entre la producción de un resultado –que en todos los casos se tiene que configurar– y la eficacia de él.

⁵⁵ Una presentación similar a la efectuada por el art. 774 del Código Civil y Comercial puede hallarse en Betti, quien al aludir a los tipos de cooperación debida señala que la prestación puede consistir en el “desarrollo de una conducta”, en el “resultado de un obrar” o en la “asunción de una garantía por riesgos”. Véase BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, traducción y notas por José Luis de los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, tomo I, pp. 39 y ss.

Esta subclasificación⁵⁶ fue precisada en doctrina⁵⁷ hace más de cinco décadas y explicada con el siguiente ejemplo: “El empresario que se compromete a realizar obras tendientes a captar aguas subterráneas, ¿cumple su obligación si verificadas aquellas no resultan aptas para captar las aguas o lo hacen en un volumen escaso? El resultado —la obra—, se ha realizado pero fue ineficaz; nuevamente el pacto que ata a las partes dará la solución. Si el empresario garantizó el afloramiento de las aguas y con volumen suficiente, será responsable por la ineficacia de su resultado. Si solo aseguró la construcción de la obra, ese resultado deficiente le bastará para liberarse”⁵⁸.

⁵⁶ La conveniencia de esta distinción receptada en los arts. 774, 1251 y 1252 del Código Civil y Comercial, ha sido cuestionada por parte de la doctrina resaltando su equívocidad pues “el régimen del cumplimiento, incumplimiento y responsabilidad atribuidos a una obligación de resultado eficaz remiten necesariamente al régimen de las obligaciones de resultado o de las obligaciones de garantía, por lo cual se impone un factor objetivo de responsabilidad”, y porque la distinción “carece de toda consecuencia práctica, dado que ambas definen una misma modalidad de ejecución, incumplimiento y responsabilidad obligacional”. AZAR, Aldo M., “La gradación de las obligaciones de medios y de resultado en categorías intermedias. Cuando el razonamiento jurídico general y abstracto contradice a las razones y a los fines del derecho”, *La Ley*, 2014-E, p. 956; RCyS 2013-X, p. 20. Conf. OSSOLA, Federico A., en RIVERA, Julio C. y MEDINA, Graciela (Directores), *Derecho civil y comercial. Obligaciones*, cit., pp. 426 y 427; PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Tratado de obligaciones*, cit., tomo I, núm. 741 p. 642. Contra: ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, Francisco J., *Tratado de las obligaciones*, cit., tomo I, p. 194.

⁵⁷ ALTERINI, Jorge H., “Obligaciones de medios y de resultado”, cit., p. 702.

⁵⁸ ALTERINI, Jorge H., “Obligaciones de medios y de resultado”, cit., p. 702.

En suma, las obligaciones de resultado sin eficacia no se deben confundir con las de medios en las que la consecución de un resultado –con o sin eficacia– es irrelevante para su cumplimiento.

3.2.2.1.3 Rasgos distintivos

En las obligaciones de medios y de resultado sin eficacia el deudor se libera de la obligación cumpliendo con la prestación, ya sea que se trate del despliegue de una conducta diligente, o bien de alcanzar un resultado concreto. Pero si se asiste a una obligación de resultado eficaz, al deudor no le basta con desplegar el plan de conducta consistente en la prestación, sino que además debe satisfacer el interés del acreedor.

La distinción entre obligaciones de medios y de resultado se proyecta directamente en el factor de atribución: invariablemente será subjetivo en las obligaciones de medios y objetivo en las obligaciones de resultado, con o sin eficacia (arts. 1252, 1273, 1285, 1286, 1306, 1723, 1757 y 1768, Código Civil y Comercial).

Los eximentes de responsabilidad por incumplimiento, tanto respecto de las obligaciones de medios como de resultado, están relacionados con las causas de justificación (arts. 1717 a 1720, Código Civil y Comercial) y la ruptura del nexo causal que desplaza la autoría en el incumplimiento (arts. 1726 y ss., Código Civil y Comercial). En las de medios, además, el deudor podrá liberarse de responsabilidad si prueba que actuó diligentemente.

Por su parte, la prueba en las obligaciones de resultado se limitará a la demostración de la existencia de la obligación y el incumplimiento objetivo, por lo que el deudor solo podrá eximirse demostrando que no es autor. En cambio, en las obligaciones de medios, además se debe demostrar la culpa del deudor. La carga de la prueba pesa sobre quien la invoca, salvo que exista una presunción en contra o que se distribuya la carga según quien esté

en mejores condiciones de probarla (arts. 1734 y 1735, Código Civil y Comercial)⁵⁹.

3.2.2.2 Recibir los bienes fideicomitidos

Como el fideicomiso es un contrato consensual por medio del cual el fiduciante se obliga a transmitir la propiedad fiduciaria de bienes al fiduciario, es claro que este último tiene el deber de recibir los bienes, como contrapartida de la obligación del fiduciante de entregarlos. Se trata de una obligación de resultado eficaz (art. 774 inc. c], Código Civil y Comercial).

Ese deber secundario de conducta adquiere ribetes propios en materia de contrato de fideicomiso, pues de no integrar el fiduciario los bienes al patrimonio fideicomitado perjudicará a las restantes posiciones jurídicas, especialmente a aquellas a favor de las cuales se constituyó el contrato (beneficiarios y fideicomisarios).

3.2.2.3 *Quid* de la obligación de proceder o de colaborar en la inscripción registral de los bienes

La registración cuando es meramente declarativa es una carga para el otorgante del acto jurídico y una obligación para el autorizante del instrumento en el que aquél se plasmó⁶⁰. En la obligación está en juego un interés ajeno (el del acreedor), mientras que en la carga media un interés propio⁶¹.

⁵⁹ OSSOLA, Federico A., en RIVERA, Julio C. y MEDINA, Graciela (Directores), *Derecho civil y comercial. Obligaciones*, cit., p. 426. Véase, también, el análisis que efectúa AZAR, Aldo M., *Obligaciones de medios y de resultado*, cit., p. 718.

⁶⁰ ALTERINI, Jorge H., ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, M^a Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, cit., tomo I, p. 820.

⁶¹ ALTERINI, Jorge H., ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, M^a Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, cit., tomo I, p. 820.

La falta de inscripción de los actos jurídicos en los registros de efectos meramente declarativos (v. gr. la transmisión de dominio de inmuebles) no lesiona ni pone en juego ningún interés ajeno, sino que priva al otorgante del acto de sus efectos propios, pues el adquirente no estará legitimado desde el punto de vista registral al no satisfacerse el tracto sucesivo ordinario, y la transferencia será inoponible a los terceros interesados y de buena fe (art. 1893, Código Civil y Comercial). Es claro, entonces, que se trata de una carga, en tanto imperativo del propio interés.

En cambio, la obligatoriedad de la inscripción registral para el autorizante del acto surge de las leyes especiales⁶² que así lo imponen con fundamento en las normas de conducta propias de la función del escribano⁶³.

Ahora bien, distinto es el caso cuando el registro es constitutivo, pues en este supuesto la inscripción es necesaria para el perfeccionamiento del acto; v. gr. registro de la propiedad automotor.

La diferencia central entre los registros meramente declarativos y los constitutivos está dada porque mientras que en

⁶² Así, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, el art. 29 inc. i) prevé entre los deberes del escribano: “Presentar para su inscripción en los registros públicos las copias de las escrituras que requieren dicha formalidad dentro de los plazos legales y, a falta de éstos, dentro de los 60 días de su otorgamiento, salvo expresa exoneración por los interesados”.

⁶³ Para Bueres “...la omisión de los recaudos de que informa la legislación registral entraña la transgresión de un deber jurídico calificado como de *resultado*” y aprecia, con buen criterio, que ello es independiente del deber que pesa sobre el registrador por las eventuales deficiencias que puedan presentarse al tiempo de confeccionar el asiento registral. Véase BUERES, Alberto J., *Responsabilidad civil del escribano*, Hammurabi, Buenos Aires, 1984, pp. 90 y 91.

aquellos el derecho real se gesta “fuera” del registro, en los constitutivos nace “en él” registro.

Sin perjuicio de lo expuesto, la generalidad de la doctrina que aborda la cuestión del fideicomiso⁶⁴ trata a la inscripción o a la colaboración en la registración de los bienes –sin distinguir los registros meramente declarativos de los constitutivos– como una obligación.

Pienso que esa opinión respecto de las registraciones responde a una visión sesgada del tema, pues este se debe abordar tanto desde el punto de vista del derecho real como de los derechos personales.

Desde el punto de vista del derecho real, el carácter imperfecto de la propiedad fiduciaria no modifica la naturaleza de carga de la inscripción registral de los actos jurídicos de transferencia del fiduciario. En suma, la falta de inscripción determinará la inoponibilidad del acto a terceros interesados y de buena fe (art. 1893, Código Civil y Comercial), y no lo legitimará desde el punto de vista registral.

En cambio, desde el punto de vista de los derechos personales considero que la inscripción o la colaboración en la inscripción de los bienes registrables es una obligación para el fiduciario. Ello debido a que la naturaleza fiduciaria de la propiedad impone especiales deberes de conducta al fiduciario, quien debe actuar como un buen hombre de negocios que actúa en base a la confianza depositada en él y tiene un deber de diligencia agravado e indisponible (art. 1674, Código Civil y Comercial).

La trascendencia del cumplimiento de tal obligación queda patentizada en el art. 1682 del Código Civil y Comercial desde que su fecha será la que haga, en principio, oponible el carácter

⁶⁴ KIPER, Claudio M. y LISOPRAWSKI, Silvio V., *Tratado de fideicomiso*, cit., tomo I, p. 339.

fiduciario de los bienes a los terceros. Consiguientemente, la falta de inscripción podrá generar un daño patrimonial a las restantes posiciones jurídicas del contrato (fiduciantes, beneficiarios y fideicomisarios).

La necesidad de proceder o de colaborar en las inscripciones registrales de los bienes se podrá presentar en cualquier momento en que se incorporen bienes al patrimonio fiduciario por los fiduciantes; en los casos de subrogación real de bienes registrables; de venta de los bienes registrables o constitución de gravámenes; de sustitución del fiduciario; y de extinción del contrato.

En síntesis, la obligación de inscribir o de colaborar en la inscripción de los bienes registrables a cargo del fiduciario surge del juego armónico de los arts. 1674, 1679, 1683, 1684 y 1698 del Código Civil y Comercial. Se trata de una obligación de resultado eficaz (art. 774 inc. c], Código Civil y Comercial)⁶⁵.

3.2.2.4 *Quid* de la obligación de inscribir el contrato de fideicomiso

El fundamento de la inscripción del contrato de fideicomiso en el “registro público que corresponda” es la protección de los terceros interesados de buena fe (art. 1893, Código Civil y Comercial), entendiéndose por tales a los acreedores del fiduciante y quienes luego contraten con el fiduciario, que no conocían ni podían conocer la existencia del contrato sin este evento publicitario. Ese registro público es meramente declarativo⁶⁶.

Respecto de los terceros contratantes con el fiduciario, piénsese en el caso de falta de inscripción del contrato de fideicomiso y un fiduciario que contrata respecto de muebles no registrables con

⁶⁵ Conformes con que se trata de una obligación de resultado, aunque sin referir a la cuestión de la eficacia de él: KIPER, Claudio M. y LISOPRAWSKI, Silvio V., *Tratado de fideicomiso*, cit., tomo I, p. 379.

⁶⁶ Véase el Capítulo I.

terceros (v. gr. maquinarias para la construcción de alto costo). Si el contrato de fideicomiso no está inscripto, el fiduciario no aclara en qué carácter actúa y vende esas maquinarias en violación de la finalidad del fideicomiso y de las cláusulas del contrato, el tercero adquirente podrá ser de buena fe y a título oneroso. Luego, los fiduciantes, beneficiarios y fideicomisarios no tendrán éxito en una eventual acción de ineficacia, pues a ese tercero el contrato le será inoponible (arg. art. 1688 *in fine*, Código Civil y Comercial, *a contrario sensu*) y se afectará el patrimonio fideicomitado.

El deber del fiduciario respecto de proceder a esta inscripción surge claro a poco que se considere el interés de las restantes posiciones jurídicas en el cumplimiento de los fines del contrato con la consiguiente protección de los bienes. Se trata de una obligación de resultado eficaz (art. 774 inc. c], Código Civil y Comercial).

Mención aparte merece la relevancia que tiene el cumplimiento de esa obligación para los fiduciantes, beneficiarios y fideicomisarios, la que es captada por las regulaciones de los “registros de fideicomiso” al reconocerles legitimación para inscribir el contrato. En ese sentido, la resolución IGJ 7/2015 y sus modificatorias, que regulan la inscripción de contratos en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la IGJ en su art. 284 dice: “El encargado de la inscripción es el fiduciario. De no solicitarla dentro del plazo de veinte días corridos de celebrado el contrato de fideicomiso y/o sus modificaciones, la inscripción podrá solicitarla indistintamente el fiduciante, el beneficiario o el fideicomisario”. Lo propio sucede en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires donde la DPPJ que lleva el Registro de fideicomisos en ese ámbito, en la Disposición 13/2016 dispone que la inscripción del contrato de fideicomiso —y las modificaciones establecidas en el artículo séptimo de la disposición 13/2016—, deberá ser solicitada por el fiduciario y/o por los autorizados a tal efecto. De no solicitarla dentro del plazo de treinta días corridos de celebrado el contrato de fideicomiso y/o sus modificaciones, la inscripción podrá también ser

solicitada, indistintamente, por el fiduciante, el beneficiario o el fideicomisario (art. 2°).

3.2.2.5 Rendir cuentas

Como todo sujeto que actúa en interés ajeno (art. 860, Código Civil y Comercial), el fiduciario tiene la obligación de rendir cuentas (art. 1675, Código Civil y Comercial).

La rendición de cuentas es una obligación de resultado con eficacia⁶⁷, pues el interés del acreedor se satisface con la entrega de una explicación documentada —con los requisitos legales y, de existir, contractuales—, sobre los hechos y resultados relativos a la gestión del fiduciario⁶⁸ con un objetivo claramente informativo. Si este no rinde cuentas, o si lo hace defectuosamente porque no observa los requisitos correspondientes, no se habrá cumplido el resultado adeudado y el acreedor podrá incoar la acción de rendición de cuentas.

En la obligación de rendir cuentas es clara la mayor relevancia de la satisfacción del interés del acreedor por sobre la conducta del deudor, así como que su cumplimiento no queda librado a ningún alea, sino que depende exclusivamente de la conducta concreta asumida por el fiduciario.

⁶⁷ Conformes con que se trata de una obligación de resultado, aunque sin referir a la cuestión de la eficacia de él: KIPER, Claudio M. y LISOPRAWSKI, Silvio V., *Tratado de fideicomiso*, cit., tomo I, p. 379; BONO, Gustavo A., *Fideicomiso de garantía*, cit., p. 277.

⁶⁸ Comp. TRIGO REPRESAS, Félix A., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo IV, p. 425: “La rendición de cuentas es una obligación de hacer y de resultado (art. 774, inc. b)), siendo de aplicación —en caso de incumplimiento— el factor objetivo de responsabilidad civil (art. 1723)”.

El plazo de rendición podrá estipularse en el contrato, pero no podrá exceder de un año (art. 1675, Código Civil y Comercial). Se trata de una disposición legal imperativa y la imperatividad se advierte por el “techo” que temporal que impone. Claro está que esa norma imperativa suplirá el defecto de previsión contractual que pudiera existir.

En cuanto a cómo deben exteriorizarse las cuentas que deben rendirse, el Código Civil y Comercial –al igual que la ley de fideicomiso derogada– nada dice. Hubiera sido deseable el establecimiento de ciertas exigencias que en los hechos resultarán indispensables –y que surgen por aplicación de las normas generales– como llevar contabilidad separada, confeccionar balances, estados de resultados, etc., de manera tal que pueda presentar informaciones fidedignas de su actuación.

En caso de que el contrato nada prevea acerca del modo de rendición de cuentas, resultará aplicable lo normado por los arts. 858 a 864 del Código Civil y Comercial, que regulan la rendición de cuentas de modo general.

Téngase presente que todo el negocio se encamina a la realización de sus fines⁶⁹, por lo que será necesario establecer el detalle correspondiente de acuerdo con la naturaleza de la gestión encomendada al fiduciario, y procurar que se rindan de una manera descriptiva y documentada, que se incluyan las referencias y explicaciones razonablemente necesarias para su comprensión, con comprobantes y concordancias con los libros (arg. art. 859 del Código Civil y Comercial).

⁶⁹ Conf. RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, *Contratos Bancarios*, cit., p. 636: “Por esta circunstancia (...) el fiduciario tiene que rendir cumplida y oportuna cuenta de las gestiones que realiza”.

Se encuentran legitimados para exigir el cumplimiento de tal obligación el beneficiario, el fiduciante y el fideicomisario (art. 1675, Código Civil y Comercial).

El Código no contiene reglas especiales sobre la aprobación de la rendición de cuentas por parte del fiduciante, del beneficiario y del fideicomisario. Si las partes omitieran prever algo al respecto o tal previsión fuera insuficiente (arts. 962 y 964 del Código Civil y Comercial), el contrato se integrará con la normativa general contenida en el art. 862. De allí que la rendición de cuentas puede ser aprobada expresa o tácitamente.

En el caso, como no hay plazo legal, habrá aprobación tácita si no es observada en el plazo convenido o, en su defecto, en el de treinta días de presentadas en debida forma. Es decir, para impugnar o revisar cuestiones sustanciales regirá el plazo convenido o el de treinta días corridos desde su presentación (art. 6.º, Código Civil y Comercial).

Sin embargo, puede ser observada por errores de cálculo o de registración (cuestiones formales) dentro del plazo de caducidad de un año de recibida (art. 862, Código Civil y Comercial).

La obligación de rendir cuentas que pesa sobre el fiduciario es indisponible. El Código establece que el contrato no puede dispensar al fiduciario de la obligación de rendir cuentas. Durante el régimen de la legislación derogada (art. 7.º, ley 24441), se habían suscitado discrepancias respecto de su naturaleza; algunos la consideraban de orden público⁷⁰ y actualmente lo sostiene la generalidad de los

⁷⁰ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “Fideicomiso. Apreciaciones sobre las nuevas normas”, *La Ley*, 1995-E, p. 1227: “... esta obligación por ser de orden público no podrá serle dispensada”; PÉREZ CATÓN, Álvaro, “El fideicomiso de administración. Ley 24441”, en MAURY DE GONZÁLEZ, Beatriz (Directora), *Teórico-Práctico de Fideicomiso*, cit., p. 207; NICOLAU, Noemí L., *Fundamentos de derecho contractual*, cit., tomo II, p. 560; CIMA, Eduardo, *Responsabilidad civil del fiduciario frente a los demás*

autores⁷¹. Esta es la solución correcta a tenor de lo dispuesto por los arts. 12 y 13 del Código Civil y Comercial.

En efecto, si bien la regla es que la obligación de rendir cuentas en el Código Civil y Comercial es renunciable (arg. art. 860, Código Civil y Comercial: “excepto renuncia expresa del interesado”), lo cierto es que esa directiva varía en el ámbito del fideicomiso y la obligación adquiere el rango de orden público, acaso por razones análogas a las invocadas por Halperín durante la vigencia del Código de Comercio derogado: “La renuncia (..) es contraria a la naturaleza del comercio, ya que disfraza una liberalidad u otro negocio jurídico”⁷².

3.2.2.6 Ejercer acciones en protección de los bienes fideicomitidos

La suerte del patrimonio separado dependerá de la actividad del fiduciario.

intervinientes en el contrato de fideicomiso, cit., p. 182. Contra: MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *El fideicomiso en la dinámica mercantil*, cit., p. 112.

⁷¹ LISOPRAWSKI, Silvio V., “Fideicomiso en el Código Civil y Comercial”, op. y loc. cit.; KIPER, Claudio M. y LISOPRAWSKI, Silvio V., *Tratado de fideicomiso*, cit., tomo I, p. 379. Sostienen que se trata una obligación imperativa y por tanto “inderogable”, aunque sin precisar la clase de imperatividad: MÁRQUEZ, José Fernando, en LORENZETTI, Ricardo L. (Director) y LORENZETTI, Pablo y DE LORENZO, Miguel F. (Coordinadores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, cit., tomo VIII, p. 196; CALDERÓN, Maximiliano, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (Director) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (Coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial*, cit., tomo V, pp. 1169 y 1170; TINTI, Guillermo P., *Contrato de fideicomiso. Manual teórico-práctico*, Ábaco, Buenos Aires, 2022, p. 70.

⁷² HALPERÍN, Isaac, en HALPERÍN, Isaac y BUTTY, Enrique M., *Curso de derecho comercial*, 4ª edición, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 235.

La ley legitima al fiduciario para ejercer todas las acciones –entiéndase judiciales y administrativas– que correspondan para la defensa de los bienes fideicomitidos, tanto contra terceros como respecto del fiduciante, del beneficiario y del fideicomisario (art. 1689, Código Civil y Comercial).

Si el fiduciario no las ejerciera sin motivo suficiente, el juez podrá autorizar al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario a que accionen en sustitución de aquel⁷³. De la frase “sin motivo suficiente” surge con claridad que no se trata de una mera facultad que la ley le confiere al fiduciario, sino de una obligación y que, como tal, el juez apreciará a la luz de lo dispuesto en el art. 1674 del Código Civil y Comercial, teniendo en cuenta los fines del fideicomiso⁷⁴.

La obligación que pesa sobre el fiduciario de ejercer todas las acciones necesarias para la defensa de los bienes fideicomitidos es una obligación de resultado sin eficacia (art. 774 inc. b], Código Civil y Comercial), pues el interés del acreedor está dado por la suerte de las acciones y no únicamente por su interposición. Es obvio que no depende exclusivamente del fiduciario el éxito de las acciones.

⁷³ Véase BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, cit., tomo II, p. 372: “El acreedor que ejercita la acción subrogatoria debe demostrar que a su deudor pertenecía el derecho de actuar, y que él mismo está unido a su deudor por una relación obligacional que justifica la sustitución. Debe existir en este supuesto un interés para actuar justificado por la situación de hecho en que se encuentra la relación de la que él pretende, y afirma, ser titular”.

⁷⁴ AICEGA, Ma Valentina y GÓMEZ LEO, Osvaldo R., en ALTERINI, Jorge H. (Director) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo VII, pp. 1205 y 1206 Conf. KIPER, Claudio M. y LISOPRAWski, Silvio V., *Tratado de fideicomiso*, cit., tomo I, p. 335 y 336; MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *El fideicomiso en la dinámica mercantil*, cit., p. 274.

Por otra parte, a la acción subrogatoria que se confiere a las restantes posiciones jurídicas se le imprime como condición de admisibilidad que el juez previamente decida si ha mediado omisión incausada —“sin motivo suficiente”— para autorizar la sustitución.

Cuando el art. 1689 del Código Civil y Comercial alude a “todas las acciones” debe entenderse como dirigida no solo a las personales —y entre ellas las acciones posesorias—, sino también a las reales; claro está, siempre que la naturaleza de los bienes fideicomitidos armonice con las pretensiones respectivas.

3.2.2.7 Entregar los beneficios durante la vigencia del fideicomiso

La estructura típica del contrato de fideicomiso impone que la propiedad fiduciaria se ejerza en beneficio de quien se designe en el contrato, a quien la ley denomina beneficiario (art. 1666, Código Civil y Comercial). En tal sentido, constituye una obligación del fiduciario entregar los beneficios que existan durante la vigencia del fideicomiso. Se trata de una obligación de resultado eficaz. Además, debe otorgar todos los instrumentos y contribuir a las inscripciones registrales.

Ahora bien, esa obligación que hace a la tipicidad de la figura deberá ser determinada contractualmente, pues de lo contrario rige el art. 1684, segundo párrafo, del Código Civil y Comercial que establece: “Excepto estipulación en contrario del contrato, el fiduciario adquiere la propiedad fiduciaria de los frutos y productos de los bienes fideicomitidos y de los bienes que adquiriera con esos frutos y productos o por subrogación real respecto de todos esos bienes...”.

3.2.2.8 Entregar los bienes a su extinción

Una vez que se extingue el contrato de fideicomiso, la obligación principal que pesa sobre el fiduciario es la de entregar la propiedad plena de los bienes existentes a el o los fideicomisarios designados

o a sus sucesores (art. 1698, Código Civil y Comercial). Se trata de una obligación de resultado eficaz⁷⁵.

A esos fines el fiduciario está obligado a otorgar todos los instrumentos y a contribuir a las inscripciones registrales. La forma que deba observarse para la transferencia dependerá de la naturaleza de los bienes.

3.2.2.9 *Quid* de la contratación del seguro de responsabilidad civil

3.2.2.9.1 Naturaleza jurídica

El art. 1685, segundo párrafo, del Código Civil y Comercial, dispone: “Sin perjuicio de su responsabilidad, el fiduciario tiene la obligación de contratar un seguro contra la responsabilidad civil que cubra los daños causados por las cosas objeto del fideicomiso. Los riesgos y montos por los que debe contratar el seguro son los que establezca la reglamentación y, en defecto de esta, los que sean razonables. El fiduciario es responsable en los términos de los artículos 1757 y concordantes cuando no haya contratado seguro o cuando este resulte irrazonable en la cobertura de riesgos o montos”.

Parte de la doctrina⁷⁶ trata a la contratación del seguro como una obligación que pesa sobre el fiduciario sin efectuar ninguna consideración sobre su naturaleza. Esa es la letra del art. 1685,

⁷⁵ Conformes con que se trata de una obligación de resultado, aunque sin referir a la cuestión de la eficacia de él: KIPER, Claudio M. y LISOPRAWski, Silvio V., Tratado de fideicomiso, cit., tomo I, p. 379; BONO, Gustavo A., Fideicomiso de garantía, cit., p. 277.

⁷⁶ KIPER, Claudio M. y LISOPRAWski, Silvio V., Tratado de fideicomiso, cit., tomo I, pp. 422 y ss.; PAPA, Rodolfo G., “El tratamiento de la responsabilidad del fiduciario en la nueva codificación”, La Ley, 2017-A, p. 541.

Código Civil y Comercial que establece que se trata de una “obligación” del fiduciario.

En cambio, otros autores⁷⁷ analizan la cuestión precisando que “no se trata de una ‘obligación’ en sentido técnico, pese a la desviada literalidad del artículo, sino de una ‘carga’ de contratar un seguro razonable, porque no es susceptible de ejecución forzada y por tanto se descarta la idea de obligación. La regla es que si el fiduciario contrata un seguro razonable no será responsable. Si no contrata ningún seguro, o este no es razonable, sí será responsable. La comprensión correcta del texto del art. 1685 se facilita si se atiende a su fuente, el art. 1471 del Proyecto de 1998: *‘Patrimonio separado*. Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario, del fiduciante, del beneficiario y del fideicomisario. El fiduciario tiene la carga de contratar un seguro que cubra contra los riesgos ordinarios de responsabilidad civil que puedan causar los bienes objeto del fideicomiso. Los riesgos y montos por los que debe contratar el seguro serán los que establezca una reglamentación, o, en defecto de esta, los que sean razonables (...). El fiduciario será responsable en los términos del artículo 1606 únicamente en los casos que no haya contratado este seguro”⁷⁸.

⁷⁷ ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., comentario al art. 1685, en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo VII, p. 1190.

⁷⁸ Durante la vigencia de la ley 24441, también se expidió en el sentido de que la contratación del seguro configuraba una carga: PIZARRO, Ramón D., *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa*, La Ley, Buenos Aires, 2006, tomo I, §55, pp. 363 a 365. Contra: MÁRQUEZ, José F., *Fideicomiso*, cit., p. 109: “Considerar que el fiduciario no tiene la obligación de asegurarse crea una evidente desprotección para las víctimas, extremo que todas las interpretaciones tienden a sanear. Poner en cabeza del fiduciario la obligación de asegurar, provoca que este debe empeñar la

Entiendo que la literalidad de la norma no resulta determinante para establecer la naturaleza de obligación o de carga de la contratación del seguro por el fiduciario.

También pienso que la contratación del seguro no es susceptible de ejecución forzada. Es claro que ni los fiduciantes, ni los beneficiarios ni los fideicomisarios tienen acción para exigir la contratación, pues el efecto de la no contratación del seguro o de su contratación por riesgos o montos irrazonables es que el fiduciario sea responsable en los términos de los arts. 1757 y concordantes con su patrimonio general. Con ese enfoque aparece clara la naturaleza de carga de la contratación de seguro, pues si el fiduciario no la observa se puede afectar el patrimonio general de este sujeto y no habría perjuicio –al menos mediato– para los sujetos integrantes de las restantes posiciones jurídicas.

Desde otro punto de vista, parece incontrovertible que en los términos del art. 1685, segundo párrafo, del Código Civil y Comercial no se configura la estructura de una obligación. No existen estrictamente terceros acreedores (integrantes de las restantes posiciones jurídicas del contrato) cuyo interés patrimonial se satisfaga con la conducta (contratación del seguro) del deudor (fiduciario), pues la falta de contratación solo perjudica al fiduciario.

No obstante, no puede pasar inadvertida la especial naturaleza y estructura del contrato de fideicomiso, que impone al fiduciario la obligación de actuar como un buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él y con una diligencia agravada para alcanzar los fines establecidos por el constituyente del fideicomiso en beneficio de terceros (beneficiarios y fideicomisarios) que hace necesario –al menos– mantener incólume el patrimonio separado.

mayor diligencia en cumplirla, so pena de responder con sus propios bienes”.

Si el fiduciario no contrata el seguro o lo hace de un modo insuficiente, habrá actuado con negligencia y no como un buen hombre de negocios, pues la falta de contratación del seguro si se genera un daño a terceros afectará el patrimonio separado. No podrá oponerse a los terceros dañados limitación alguna respecto de los patrimonios (separado del fideicomiso y general del fiduciario) para reclamar el resarcimiento.

Del juego armónico de los arts. 1674, 1685 y 1686 del Código Civil y Comercial se extrae que la contratación del seguro de responsabilidad por el fiduciario constituye un deber funcional del fiduciario. Además, constituye una obligación de resultado eficaz (art. 774, inc. c], Código Civil y Comercial)⁷⁹, pues la ley exige que el seguro cubra los riesgos y alcance los montos que establezca la reglamentación. De no existir reglamentación, se exige que estos resulten razonables; el “resultado” es la contratación y su “eficacia” dependerá de la cobertura.

3.2.2.9.2 Supuestos comprendidos y alcances del seguro

Corresponde enfatizar que el art. 1685 del Código Civil y Comercial modifica la solución que imponía la legislación derogada (art. 14, ley 24441) y dispone la obligación de contratar seguro en todos los casos, y no solo —como decía el citado art. 14— cuando existiera posibilidad razonable de contratar seguro. La discusión ahora finca respecto de los riesgos y de los montos por los que se debe contratar.

⁷⁹ Conformes con que se trata de una obligación de resultado, aunque sin referir a la cuestión de la eficacia de él: KIPER, Claudio M. y LISOPRAWski, Silvio V., *Tratado de fideicomiso*, cit., tomo I, p. 379; BONO, Gustavo A., *Fideicomiso de garantía*, cit., p. 277. Pareciera inclinarse por que media una obligación medios, aunque no se expresa directamente: MÁRQUEZ, José F., *Fideicomiso*, cit., p. 109, quien alude a la “diligencia” y la “culpa” del fiduciario en el ámbito de contratación del seguro.

Consiguientemente, si no existe una norma que establezca los riesgos y montos asegurables, serán aquellos que resulten razonables. Se trata de una cuestión técnica, que habrá que apreciar a tenor de la naturaleza del fideicomiso y el encargo fiduciario.

No existe limitación cuantitativa de la responsabilidad en este aspecto, como sí la establecía el derogado art. 14 de la ley 24441. Esa norma disponía que si el fiduciario no pudo “razonablemente” contratar seguro, o bien cuando habiéndolo contratado la compañía aseguradora no cubre el siniestro –siempre que tal contratación se adecuara a la pauta de razonabilidad establecida en la norma–⁸⁰, la responsabilidad del fiduciario se limitaba al valor de la cosa causante del daño⁸¹.

⁸⁰ Conf. FREIRE, Betina V., *El fideicomiso. Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios*, Ábaco, Buenos Aires, 1997, pp. 91 y 92.

⁸¹ En efecto, la responsabilidad objetiva del fiduciario por riesgo o vicio de la cosa, en esos supuestos, se limitaba al “valor de la cosa fideicomitida cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño”, norma que fue cuestionada por la generalidad de la doctrina, y reeditaba la discusión entre partidarios y detractores de la limitación cuantitativa de la responsabilidad. Parte de la doctrina entendía que ante las derivaciones irrazonables e injustas a que podía conducir la modalidad elegida para fijar el límite de la responsabilidad, debía interpretarse la norma como haciendo referencia no solamente a la cosa que provocó el daño, sino a la totalidad de los bienes que integraban el patrimonio fideicomitido (Véase, entre otros, FREIRE, Betina V., *El fideicomiso. Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios*, cit., p. 99; GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “Fideicomiso. Apreciaciones sobre las nuevas normas”, op. y loc. cit.; MALUMIÁN, Nicolás, DIPLOTTI, Adrián G. y GUTIÉRREZ, Pablo A., *Fideicomiso y securitización, análisis legal, fiscal y contable*, cit. p. 110).

En tal sentido, se concluía que limitar la responsabilidad al valor de la cosa era una solución disvaliosa, que desprotegía, asimismo, al beneficiario y/o al fideicomisario ya que no se trataba de una obligación contraída en

3.2.2.9.3 Efectos del incumplimiento

Analizaré a continuación los efectos de la falta o defectuosa contratación del seguro de responsabilidad civil –por no adecuarse a lo establecido en la reglamentación o ser irrazonable en la cobertura de riesgos o montos–, tanto respecto de las restantes posiciones jurídicas del fideicomiso como de los terceros dañados.

La ley establece de modo general que en tales supuestos el fiduciario tendrá responsabilidad objetiva en los términos del art. 1757 y ss. del Código Civil y Comercial.

Los terceros dañados podrán reclamar tanto al fideicomiso (patrimonio separado), por no serle oponible el incumplimiento del fiduciario, como respecto del patrimonio general y personal del fiduciario.

En efecto, como la omisión o “errónea” contratación del seguro constituye un incumplimiento en los términos del art. 1674, el

ejecución del fideicomiso, sino que en la mayoría de los supuestos se trataría de un hecho ilícito (KIPER, Claudio M., “Responsabilidad del fiduciario por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas fideicomitidas”, JA, 1998-III, pp. 880 y ss.). Por otra parte, se debatía en doctrina la constitucionalidad de esta normativa con fundamento en: i) la violación del derecho a la igualdad (art. 16, CN) al diferenciarse a los potenciales dañados según padezcan perjuicios derivados de una cosa fideicomitada o no; y ii) el derecho de propiedad (art. 17, CN) entendido este en el sentido amplio que le otorga la Corte Suprema de Justicia de la Nación (KATZ, S., Barbier, E. y CUIÑAS Rodríguez, M., “El contrato de fideicomiso en la ley 24441 y en las VIII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal”, JA, 1997-I, p. 740).

Por lo expuesto, entiendo que resulta por demás plausible la eliminación de la limitación cuantitativa de la responsabilidad concretada por el Código Civil y Comercial.

fiduciario no puede invocar el principio de separación patrimonial establecido en los arts. 1686 y 1687 del Código Civil y Comercial.

El fiduciario, además, responderá frente al fiduciante, al beneficiario y al fideicomisario del contrato de fideicomiso, por no haber cumplido sus funciones como un buen hombre de negocios que actúa en base a la confianza depositada en él, pues al no contratar el seguro generó un daño al patrimonio separado consistente en la indemnización a la víctima.

3.2.2.10 *Quid* de la exigencia de provisión de fondos en caso de insuficiencia, si existe previsión contractual

El art. 1687, último párrafo, del Código Civil y Comercial establece que la “insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender las obligaciones” contraídas en ejecución del fideicomiso, no da lugar a la declaración de la quiebra. Seguidamente contempla como supuesto previo a la liquidación judicial la provisión de fondos por parte del fiduciante o del beneficiario para superar ese estado, siempre que esto se haya previsto en el contrato⁸².

De existir tal previsión contractual, el fiduciario estará obligado a exigir la provisión de fondos a los sujetos que así lo hayan comprometido en el contrato. Se trata de una obligación de resultado sin eficacia, pues la efectiva provisión de fondos por el fiduciante o el beneficiario depende de factores que le resultan extraños (art. 774 inc. b), Código Civil y Comercial).

Lo expuesto no impide que el refuerzo de garantía pueda ser efectivizado aun faltando previsión contractual por los sujetos interesados. Lo que ocurre es que, por pura lógica, en tal supuesto no asistirá acción de cumplimiento al fiduciario contra el fiduciante o el beneficiario, según sea el caso. Y, por ende, no constituirá una obligación para el fiduciario.

⁸² Véase el Capítulo II.

3.2.3 Implicancias de la relación de consumo en las obligaciones legales del fiduciario

3.2.3.1 Modulaciones de las obligaciones legales

3.2.3.1.1 A partir de la interpretación

Las obligaciones legales del fiduciario hasta aquí analizadas se modulan a partir del principio *indubio pro consumatore* expresamente receptado en la legislación de consumo.

Así, la interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor y cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa (arts. 37, ley 24240, y 1095, Código Civil y Comercial).

Además, las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser interpretadas y aplicadas conforme con el principio de protección del consumidor (art. 1094, Código Civil y Comercial).

3.2.3.1.2 A partir de la aplicación del régimen de cláusulas abusivas

a) Encuadramiento

En materia de derecho de consumo existe un régimen especial de cláusulas abusivas regulado en los arts. 37 a 39 de la ley 24240, y 985 a 988, 1117 y 1122 del Código Civil y Comercial, que, al limitar los derechos disponibles por el beneficiario y el fideicomisario, vigoriza las obligaciones del fiduciario⁸³.

El concepto de cláusula abusiva se establece en el art. 1119 del Código Civil y Comercial, que dispone: “Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, es abusiva la cláusula que, habiendo sido o

⁸³ Véase AICEGA, M^a Valentina, “Estatutos de las posiciones del beneficiario y del fideicomisario consumidores”, en ALTERINI, Ignacio E. y AICEGA, M^a Valentina, *Derecho de consumo inmobiliario*, La Ley, Buenos Aires, 2021, tomo I, pp. 834 y ss.

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”.

Los arts. 37 de la ley 24240, y 988 del Código Civil y Comercial contienen un listado meramente enunciativo de cláusulas abusivas; a saber: a) las que desnaturalicen las obligaciones (arts. 37 inc. a] primera parte, y 988, inc. a]); b) las que limiten la responsabilidad del proveedor por daños (arts. 37 inc. a] segunda parte); c) las que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte (art. 37, inc. b]) que resultan de normas supletorias (art. 988, inc. b]); d) las que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor (art. 37, inc. c]); e) las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles (art. 988, inc. c)]⁸⁴.

Esas cláusulas abusivas –de incluirse– se deben tener por no escritas (arts. 988, Código Civil y Comercial) o por no convenidas (arts. 37, ley 24240, y 1122, inc. b], Código Civil y Comercial). Es decir, la sanción que imponen las normas es una nulidad que opera de pleno derecho. Además, se regula la situación jurídica abusiva (art. 1120, Código Civil y Comercial).

b) Las limitaciones contractuales a los derechos disponibles del beneficiario y del fideicomisario consumidores

De conformidad con lo que vengo exponiendo, serán nulas las cláusulas que restrinjan los derechos del beneficiario y del fideicomisario establecidos por normas disponibles y también, claro está, por disposiciones imperativas (v. gr. solicitar rendición de cuentas; aprobar la rendición de cuentas; petitionar la liquidación

⁸⁴ A este respecto, téngase presente las resoluciones N° 26/2003 de la ex Secretaría de Coordinación Técnica del ex Ministerio de Economía y Producción, y N° 994/2021 de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo.

del patrimonio por insuficiencia; ejercer la acción de remoción del fiduciario; solicitar medidas cautelares de administración del patrimonio).

En la práctica de los fideicomisos es usual encontrar una figura no regulada en el Código Civil y Comercial que comúnmente se denomina reunión o asamblea de fiduciantes, beneficiarios o fideicomisarios. Se utiliza para la adopción de decisiones generalmente relativas a la gestión del fiduciario y que tienen incidencia sobre sus obligaciones; v. gr. para solicitar y para aprobar la rendición de cuentas; para petitionar la liquidación del patrimonio por insuficiencia; para ejercer la acción de remoción del fiduciario; para solicitar medidas cautelares respecto del patrimonio fideicomitado vacante.

El requisito de resolver en “asamblea” cuestiones que atañen al ejercicio de los derechos que sin limitación alguna reconoce el Código Civil y Comercial al beneficiario y al fideicomisario (aprobación de cuentas, remoción del fiduciario, petición de liquidación, etc.) deriva en una restricción de sus derechos que determinará la nulidad de estas cláusulas por abusivas en materia de derecho del consumo.

Mención aparte merece el derecho a que se rindan las cuentas, pues al haber sido reconocido imperativamente (arts. 1675 y 1676, Código Civil y Comercial), la cláusula que establezca su renuncia o lo restrinja será nula por mediar violación de una norma indisponible, tanto si se trata de un consumidor como de un sujeto que no reviste tal calidad.

Igual suerte correría una disposición de la voluntad tendiente a superar el plazo máximo de vida del contrato de fideicomiso (art. 1668, Código Civil y Comercial), pues el legislador cuando establece la duración lo hace con carácter imperativo

c) Cláusulas que no pueden ser declaradas abusivas

El art. 1121 del Código Civil y Comercial establece límites a la declaración de abusividad, al preceptuar: “No pueden ser

declaradas abusivas: a) las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado; b) las que reflejan disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas”.

La norma es clara en cuanto dispone que el precio no se puede declarar abusivo. Para determinar cuál es el precio pagado por el beneficiario y el fideicomisario consumidor habrá que analizar cada uno de los vínculos analizados en el Capítulo II.

Respecto de las cláusulas que reflejan soluciones establecidas en normas imperativas en el marco de los derechos del beneficiario y del fideicomisario consumidor, un ejemplo interesante para analizar –y que no descarta a otras hipótesis– es el del plazo mínimo de la rendición de cuentas establecido en el art. 1675 del Código Civil y Comercial.

Está aceptado que el derecho a la rendición de cuentas del fiduciante, del beneficiario y del fideicomisario es irrenunciable, y viene impuesto por una norma imperativa (art. 1676, Código Civil y Comercial). También se establece con carácter imperativo el plazo máximo de un año de periodicidad: “deben ser rendidas con una periodicidad no mayor a un año” (arg. arts. 1675 y 962, Código Civil y Comercial). De allí que el consumidor no pueda considerar abusiva una cláusula que disponga la rendición de cuentas una vez por año, pues se tratará de una disposición que refleja una norma imperativa.

3.2.3.1.3 Obligación de rendir cuentas

La obligación de rendir cuentas del fiduciario se modela especialmente cuando hay contrato de consumo a partir de los arts. 4.º de la ley 24240, y 1100 del Código Civil y Comercial.

Como se precisó, el plazo de rendición podrá estipularse en el contrato, pero no podrá exceder el término de un año (art. 1675, Código Civil y Comercial). Se podría pensar que en una relación de consumo un contrato que prevea la rendición de cuentas anual es

abusiva por fijar un plazo muy extenso en contradicción con los arts. 4.º de la ley 24240, y 1100 del Código Civil y Comercial.

No obstante, como el art. 1675 del Código Civil y Comercial es una disposición legal imperativa, una cláusula del contrato de fideicomiso que establezca el plazo de un año para la rendición de cuentas no podrá ser declarada abusiva (arg. arts. 962 y 1121, inc. b), Código Civil y Comercial). Además de observar los requisitos generales de la rendición de cuentas, el fiduciario tendrá que cumplir esta obligación a la luz de su deber de informar de forma cierta, detallada, clara y gratuita (arg. arts. 4.º, ley 24240 y 1100, Código Civil y Comercial). Más aun, la rendición se deberá proporcionar en soporte físico, con la claridad necesaria que permita su comprensión. Solo se podrá suplantar la comunicación en soporte físico si el consumidor optase de forma expresa por utilizar cualquier otro medio alternativo de comunicación que el proveedor ponga a disposición.

Será necesario prever contractualmente un régimen sobre aprobación de la rendición de cuentas, pues frente a un consumidor la inexistencia de pacto en ese sentido constituiría una violación del deber de información (arts. 4.º, ley 24240, y 1100, Código Civil y Comercial). Ergo, no se podrían tener por aprobadas tácitamente las cuentas en aplicación analógica del art. 862 del Código Civil y Comercial. En ese sentido, habría que observar lo dispuesto en el art. 10 de la ley 24240, por cuanto establece: “Cuando se incluyan cláusulas adicionales a las aquí indicadas o exigibles en virtud de lo previsto en esta ley, aquellas deberán ser escritas en letra destacada y suscritas por ambas partes”.

3.2.3.2 Obligaciones legales que se agregan

3.2.3.2.1 Exigencias de contenido y redacción de los contratos

En los casos en que durante la vigencia del contrato de fideicomiso se “incorporen” nuevos fiduciantes–beneficiarios–

fideicomisarios consumidores al contrato de fideicomiso, el fiduciario deberá observar *mutatis mutandis* los requisitos del “documento de venta” establecidos en el art. 10, ley 24240, cuyo fundamento es el cumplimiento del deber de información. La norma citada establece: “En el documento que se extienda por la venta de cosas muebles o inmuebles, sin perjuicio de la información exigida por otras leyes o normas, deberá constar: a) La descripción y especificación del bien; b) Nombre y domicilio del vendedor; c) Nombre y domicilio del fabricante, distribuidor o importador cuando correspondiere; d) La mención de las características de la garantía conforme a lo establecido en esta ley; e) Plazos y condiciones de entrega; f) El precio y condiciones de pago; g) Los costos adicionales, especificando precio final a pagar por el adquirente”.

La mayoría de esos requisitos serán observados de cumplirse con el elenco de exigencias dispuesto en el art. 1667 del Código Civil y Comercial. No obstante, merecen una mención especial la referencia a las garantías de acuerdo con lo establecido en la ley y el requisito de que consten “los costos adicionales, especificando precio final a pagar por el adquirente”, ya que en el caso del fideicomiso de consumo se deberán detallar todos los gastos que resulten necesarios para recibir el bien, por ejemplo, los gastos de escrituración de un inmueble (conf. arts. 4.º, ley 24240, y 1100, Código Civil y Comercial). De lo contrario, estos devendrían inexigibles⁸⁵.

El citado art. 10 de la ley 24240 exige también que la redacción sea hecha en idioma castellano, en forma completa, clara y fácilmente legible. Este precepto coincide con lo dispuesto por el art.

⁸⁵ CApel. Civ. y Com. Mar del Plata, sala III, “Fornillo, María Claudia y otro/a c. Marquinez, Juan Ignacio s/ daños y perjuicios”, RCyS2018-XII, p. 127 - RDCO 295, p. 451. Cita Online: AR/JUR/26604/2018.

985 del Código Civil y Comercial, que resulta aplicable por expreso reenvío del art. 1117 del Código citado.

No son admisibles los reenvíos a textos o documentos que no se entreguen previa o simultáneamente (arts. 10, ley 24240, y 985, Código Civil y Comercial), y de existir se tendrán por no convenidos.

Cuando se incluyan cláusulas adicionales a las aquí indicadas o exigibles en virtud de lo previsto en esta ley, aquellas deberán ser escritas en letra destacada y suscriptas por ambas partes.

Deben redactarse tantos ejemplares como partes integren el contrato y suscribirse a un solo efecto.

Si se trata de los denominados “documentos de adhesión al fideicomiso” por parte de los beneficiarios, se deberá entregar una copia firmada del contrato de fideicomiso original, y el documento de adhesión tendrá que cumplir los requisitos impuestos por el art. 10 de la ley 24240.

Además, las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles y autosuficientes (art. 985, Código Civil y Comercial).

3.2.3.2 Integración de los contenidos publicitarios al contrato

Frente a los consumidores –beneficiario y fideicomisario– el fiduciario tendrá la obligación de tener por integradas al contrato las precisiones efectuadas en la publicidad mediante anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión (arts. 1103, Código Civil y Comercial, y 8.º, ley 24240).

Así, por ejemplo, en un fideicomiso inmobiliario si al momento de publicitarse el emprendimiento mediante carteles colocados en la obra, folletos, anuncios en redes sociales, se precisó que el complejo tendría determinada cantidad de metros, canchas de tenis, piletas de natación, y luego al finalizarse la obra y entregarse los inmuebles comprometidos al beneficiario y al fideicomisario ello no respondiera a la realidad, los sujetos mencionados tendrían acción

para exigir su cumplimiento o alguna de las otras alternativas que plantea el art. 10 bis de la ley 24240.

Lógicamente habrá que ponderar si al momento de la suscripción del contrato se habían variación expresamente esas características publicitadas, siempre que esa modificación haya sido debidamente informada (arts. 4.º, ley 24240 y 1100, Código Civil y Comercial) para asegurar que el consumidor conocía plenamente ese cambio y que prestó su consentimiento en esos términos

Además, en materia publicitaria regirán las prohibiciones de la publicidad engañosa y prohibida. El art. 1101 del Código Civil y Comercial establece: “Está prohibida toda publicidad que: a) contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio; b) efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor; c) sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad”.

3.2.3.2.3 Obligación de informar el derecho a la revocación en la contratación a distancia o fuera de los establecimientos comerciales

Es posible que las “incorporaciones” a los contratos de fideicomiso de los fiduciantes–beneficiarios–fideicomisarios consumidores se realicen fuera del establecimiento –por ejemplo, concurriendo a un *showroom*–, o bien que se celebren a distancia –por ejemplo, por correo electrónico, aceptación en un sitio web– (arts. 32 y ss., ley 24240, y 1104, 1005 y 1106, Código Civil y Comercial). El contrato de fideicomiso es consensual, por lo que se lo puede celebrar y en un momento posterior concretarse la transmisión de bienes. Más aun, lo más usual en estos casos es que lo que se entregue sea dinero mediante una transferencia electrónica de los fondos.

El proveedor –fiduciario– “debe informar al consumidor sobre la facultad de revocación mediante su inclusión en caracteres destacados en todo documento que presenta al consumidor en la etapa de negociaciones o en el documento que instrumenta el contrato, ubicada como disposición inmediatamente anterior a la firma del consumidor. El derecho de revocación no se extingue si el consumidor no ha sido informado debidamente sobre su derecho” (art. 1111, Código Civil y Comercial)⁸⁶.

En estos supuestos, los consumidores tienen el derecho irrenunciable de revocar el contrato dentro de los diez días computados a partir de la celebración del contrato⁸⁷. Si el plazo vence en día inhábil, se prorroga hasta el primer día hábil siguiente (art. 1110, Código Civil y Comercial).

En rigor, como se tratará de un contrato plurilateral se revocará el vínculo fiduciante–fiduciario, pues por regla esa revocación no

⁸⁶ Por su parte, el art. 34 de la ley 24240, establece: “Revocación de aceptación. En los casos previstos en los artículos 32 y 33 de la presente ley, el consumidor tiene derecho a revocar la aceptación durante el plazo de DIEZ (10) días corridos contados a partir de la fecha en que se entregue el bien o se celebre el contrato, lo último que ocurra, sin responsabilidad alguna. Esta facultad no puede ser dispensada ni renunciada. El vendedor debe informar por escrito al consumidor de esta facultad de revocación en todo documento que con motivo de venta le sea presentado al consumidor. Tal información debe ser incluida en forma clara y notoria. El consumidor debe poner el bien a disposición del vendedor y los gastos de devolución son por cuenta de este último.”

Para las contrataciones electrónicas rige, además, la Resolución 424/2020 del día 05/10/2020 dictada por la Secretaría de Comercio Interior que regula el denominado “Botón de Arrepentimiento”.

⁸⁷ Como en el caso se trata de entrega de inmuebles como beneficios en un fideicomiso, es claro que la “entrega” del bien será posterior a la celebración del contrato.

afectará la subsistencia del contrato de fideicomiso. Los pactos aceptados por el consumidor durante este período que tengan por resultado obstaculizar o impedir el ejercicio del derecho de revocación se tienen por no escritos.

Además, el art. 1112 del Código Civil y Comercial dispone que “la revocación debe ser notificada al proveedor por escrito o medios electrónicos o similares, o mediante la devolución de la cosa dentro del plazo de diez días computados conforme a lo previsto en el artículo 1110”.

La revocación del contrato tiene efectos restitutorios recíprocos y simultáneos (art. 1113, Código Civil y Comercial). Luego, el fiduciario–proveedor deberá devolver los bienes transmitidos al fiduciante–beneficiario o fiduciante–fideicomisario consumidores y lo propio deberán hacer éstos últimos⁸⁸. Tales restituciones no deben implicar ningún gasto para los consumidores (art. 1115, Código Civil y Comercial)⁸⁹.

3.2.3.2.4 Información

⁸⁸ Art. 1114 del Código Civil y Comercial: “*Imposibilidad de devolución*. La imposibilidad de devolver la prestación objeto del contrato no priva al consumidor de su derecho a revocar. Si la imposibilidad le es imputable, debe pagar al proveedor el valor de mercado que la prestación tiene al momento del ejercicio del derecho a revocar, excepto que dicho valor sea superior al precio de adquisición, en cuyo caso la obligación queda limitada a este último”.

⁸⁹ Art. 1115 del Código Civil y Comercial: “*Gastos*. El ejercicio del derecho de revocación no debe implicar gasto alguno para el consumidor. En particular, el consumidor no tiene que reembolsar cantidad alguna por la disminución del valor de la cosa que sea consecuencia de su uso conforme a lo pactado o a su propia naturaleza, y tiene derecho al reembolso de los gastos necesarios y útiles que realizó en ella”.

Los arts. 4.º de la ley 24240, y 1100 del Código Civil y Comercial imponen genéricamente el deber de información que pesa sobre el proveedor antes, durante y luego de la ejecución del contrato; en el caso, el proveedor–fiduciario. Por ello, además del derecho específico a la información que emerge de la rendición de cuentas, el beneficiario y el fideicomisario consumidores tendrán derecho a que se les brinde esa información genérica.

Ese deber de información genérico respecto de “todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización” no podrá confundirse con la rendición de cuentas y por ende no se le podrán exigir los requisitos de documentación ni los mismos efectos. Tampoco, claro está, podrá ser ejercido abusivamente por los consumidores⁹⁰.

3.2.3.2.5 Condiciones de atención y trato equitativo y digno

Al igual que todo consumidor, el beneficiario y el fideicomisario que revistan esa calidad tienen derecho a condiciones de atención y trato digno y equitativo.

El imperativo de garantizar un trato digno y equitativo al consumidor que impone el art. 42 de la Constitución Nacional encuentra recepción tanto en el art. 8.º bis de la ley 24240, como en los arts. 1097 y 1098 del Código Civil y Comercial, y con mirada general en los arts. 51 y 52 del Código Civil y Comercial.

La idea de “trato” apunta a la relación entre el proveedor y el consumidor, es decir, a los comportamientos que se despliegan en la relación de consumo. Mientras que las referencias a lo “digno” y a lo “equitativo” están enderezadas a cómo debe ser ese trato.

⁹⁰ MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “La protección jurídica del adquirente de unidades funcionales y el fideicomiso inmobiliario”, *La Ley*, 2007-E, p. 1288.

El trato es digno cuando se respeta a la persona humana y tal consideración se ve agraviada cuando median degradaciones o menosprecios que ubican al consumidor en posiciones “vergonzantes, vejatorias o intimidatorias” (art. 8.º bis, ley 24240; art. 1097, Código Civil y Comercial), en tanto que el trato es equitativo cuando el proveedor no efectúa distinciones arbitrarias entre los consumidores (art. 8.º bis, ley 24240; art. 1098, Código Civil y Comercial).

El Código Civil y Comercial aborda esa última adjetivación del trato en el art. 1098, que dice: “*Trato equitativo y no discriminatorio*. Los proveedores deben dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio. No pueden establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la de la nacionalidad de los consumidores”.

En ese sentido, por ejemplo, si ante igual aporte de los fiduciantes–beneficiarios se “entregarán” inmuebles de mayor superficie y de mejor calidad a unos que a otros, se violaría el art. 1098 del Código Civil y Comercial.

3.2.3.2.6 Obligación de seguridad

Sobre el fiduciario proveedor en el marco de un contrato de consumo pesa la obligación de seguridad dispuesta en la ley 24240.

El art. 5.º de la ley 24240 establece la obligación de seguridad del proveedor y dispone que en todos los supuestos las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores.

Por su parte, el art. 6.º de la ley 24240 regula las hipótesis especiales de cosas y servicios riesgosos y preceptúa: “Las cosas y servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios, cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad

física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar su seguridad de los mismos. En tales casos debe entregarse un manual en idioma nacional sobre el uso, la instalación y mantenimiento de la cosa o servicio de que se trate y brindarle adecuado asesoramiento. Igual obligación regirá en todos los casos en que se trate de artículos importados, siendo los sujetos anunciados en el artículo 4 responsables del contenido de la traducción”.

3.3 Deberes no obligacionales

El fiduciario tiene el deber genérico de prevenir el daño o de no agravarlo respecto del patrimonio fiduciario (art. 1710, Código Civil y Comercial), el que adquiere un cariz especial ante su deber de actuar como un buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él (art. 1674, Código Civil y Comercial).

Por ello, aunque la ley no le impone al fiduciario (art. 1687, Código Civil y Comercial) la obligación de solicitar la liquidación judicial del fideicomiso, rige ese deber no obligacional para mitigar el daño o, al menos, no agravarlo. Desde otro punto de vista, se trataría de una de las acciones tendientes a la “defensa de los bienes fideicomitidos” (art. 1689, Código Civil y Comercial).

La jurisprudencia ha admitido invariablemente la legitimación del fiduciario a esos fines⁹¹.

⁹¹ Tanto bajo el derogado art. 16 de la ley 24441 como bajo el Código Civil y Comercial se ha admitido la legitimación del fiduciario para solicitar la liquidación judicial del patrimonio; v.gr.: CNCom., sala E, 15/12/2010, “Fideicomiso Ordinario Fidag”, La Ley, 2011-C, p. 211; JNCom. N° 17, 12/09/2011, “Fideicomiso Calle Chile 2286/94/96 s/liquidación judicial”, La Ley, 2012-A, p. 339; JNCiv. y Com. 33a Nom. Córdoba, 10/07/2017, “Fideicomiso ‘Montevideo I’ o ‘Toulouse I’ s/

Una cuestión diversa a la legitimación del fiduciario, pero que puede obstarla definitiva o temporalmente, se presenta cuando el contrato dispone que previamente a la liquidación corresponde exigir la provisión de fondos por el fiduciante y el beneficiario (arg. art. 1687, Código Civil y Comercial). En esos casos, y en otros similares que no impliquen desvirtuar la finalidad de la liquidación judicial del patrimonio, el fiduciario deberá agotar la “vía contractual”⁹².

4 CARGA

4.1 Concepto

Una carga consiste en una conducta establecida por una norma en protección de un interés propio. Por ello, el efecto de su inobservancia es la pérdida de un beneficio o el padecimiento de un daño⁹³. La obligación, en cambio, refiere a un “interés ajeno” pues su incumplimiento crea un derecho en favor del acreedor⁹⁴.

En otros términos, ante el incumplimiento de una obligación por el deudor nace el derecho del acreedor a exigir su cumplimiento. Por el contrario, la inobservancia de una carga trae aparejada la pérdida o la caducidad de un derecho propio.

Liquidación Judicial (Mutuales - Cias de Seguro)”, RCCyC 2017 (agosto), p. 156.

Véase el análisis que se efectúa en el Capítulo II.

⁹² Véase el Capítulo II.

⁹³ Conf. ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, Francisco J., *Tratado de las obligaciones*, cit., tomo I, p. 23.

⁹⁴ Conf. COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, Punto Lex - Thomson Reuters, Buenos Aires, 2010, §134, p. 192.

Son numerosos los supuestos de cargas establecidos en el Código Civil y Comercial⁹⁵, y en leyes especiales (v. gr. decreto ley-5965/63⁹⁶).

⁹⁵ ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, Francisco J., *Tratado de las obligaciones*, cit., tomo I, pp. 24 y 25, señalan numerosos supuestos de cargas establecidas en el Código Civil y Comercial: "el art. 1054 del Código Civil y Comercial, en materia del 'ejercicio de la responsabilidad por defectos ocultos'; (...) la erráticamente llamada obligación de 'llevar contabilidad' (art. 320); la presentación de la propuesta que regula los efectos del divorcio ante la petición de este (art. 438); la no observación dentro del plazo de diez días de la factura en virtud de una compraventa mobiliaria, contados desde la recepción de ella (art. 1145); la registración de la unión convivencial (art. 511); la declaración del pasajero al transportista acerca de que este lleva consigo objetos de valor extraordinario (art. 1294); la manifestación del viajero al hotelero mediante la cual le comunica que entre su equipaje existen cosas "de valor superior" al ordinario y la necesidad de que sean guardadas en las cajas de seguridad del hotel —claro está— si existieren (art. 1372); la notificación del factor o factoreado al deudor cedido (art. 1428); la comunicación del cuentacorrentista para hacer saber el embargo a la otra parte (art. 1437); la observación de los resúmenes la cuenta corriente dentro del plazo de diez días (art. 1438); el aviso al deudor principal por parte del fiador del pago realizado por este (art. 1593); la notificación de la cesión del derecho al deudor cedido (art. 1620) y la realizada por el cedido en la posición contractual del incumplimiento del cesionario (art. 1637); la contratación por parte del fiduciario del seguro contra la responsabilidad civil que cubra los daños causados por las cosas objeto del fideicomiso (art. 1685); la registración del instrumento que contenga el acto jurídico con finalidad adquisitiva, modificativa o extintiva de derechos reales inmobiliarios (art. 1893; también el art. 2º, ley 17.801); la necesidad de que la posesión sea ostensible para que ella importe un mecanismo de publicidad suficiente (arts. 1893 y 1900); la incorporación de la cesión de

A continuación, se analiza la carga de llevar contabilidad.

4.2 Contabilidad

No existe una norma específica que establezca que el fiduciario tiene la carga de llevar contabilidad, por lo que rigen las disposiciones de los arts. 320 a 331 del Código Civil y Comercial y es necesario que se configuren en un fideicomiso determinado los elementos subjetivos que determinan la aplicación de esas normas.

El art. 320 erróneamente refiere a la contabilidad como una obligación, pese a que técnicamente se trata de una carga que se impone a determinados sujetos⁹⁷. Su naturaleza de carga es clara pues su inobservancia o irregularidad determinan que se pierdan beneficios mayormente relacionados con la prueba de las operaciones (art. 330, Código Civil y Comercial)⁹⁸.

derechos hereditarios instrumentada en escritura pública al expediente sucesorio y la notificación de ella al deudor cedido (art. 2302, incs. b] y c])”.

⁹⁶ Así, entre otras, levantar protesto por falta de pago para el ejercicio de las acciones de regreso (arts. 48 y 47, decreto-ley 5965/63), de completar el pagaré con todos los requisitos extrínsecos antes de la presentación al pago para que el título no se perjudique (arts. 101 y 102, decreto-ley 5965/63), etc.

⁹⁷ Conf. FERNÁNDEZ, Raymundo y GÓMEZ LEO, Osvaldo, *Tratado teórico-práctico de derecho comercial*, Depalma, Buenos Aires, 1993, tomo II, pp. 1, 2 y 88, quienes calificaban de “impropia” la designación de obligación utilizada en el Código de Comercio respecto “De los libros de comercio”.

⁹⁸ Conf. TOBIAS, José W., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo II, p. 730.

Comp. HEREDIA, Pablo, en LORENZETTI, Ricardo L. (Director) y LORENZETTI, Pablo y DE LORENZO, Miguel F. (Coordinadores), *Código Civil*

Para que el fiduciario tenga la carga de llevar contabilidad deberá realizar una actividad económica organizada, o ser titular de una empresa o de un establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios⁹⁹.

No obstante, las personas humanas que no realicen alguna de las actividades descritas por la norma pueden llevar contabilidad si solicitan su inscripción y la habilitación de sus registros o la rúbrica de libros.

Sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales, esa carga no pesa “sobre las personas humanas que desarrollan profesiones liberales o actividades agropecuarias y conexas no ejecutadas u organizadas en forma de empresa. Se consideran conexas las actividades dirigidas a la transformación o a la enajenación de productos agropecuarios cuando están comprendidas en el ejercicio normal de tales actividades. También pueden ser eximidas de llevar contabilidad las actividades que, por el volumen de su giro, resulta inconveniente sujetar a tales deberes según determine cada jurisdicción local” (art. 320, Código Civil y Comercial).

y *Comercial de la Nación Comentado*, cit., tomo II, p. 244: “Sin embargo, existen sanciones indirectas [frente al incumplimiento] que justifican el carácter de ‘obligación’ impuesto por el Código, como, por ejemplo, la establecida en el artículo 330, tercer párrafo, según el cual cuando en litigio una parte no presenta contabilidad, la situación puede ser juzgada por la contabilidad del adversario llevada en regular forma. Aparte de ello, el incumplimiento a la obligación de llevar contabilidad en legal forma crea grave presunción de los negocios del sujeto”.

⁹⁹ Comp. MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *El fideicomiso en la dinámica mercantil*, cit., p. 462: “...no es discutible, al menos en una interpretación coherente con las resoluciones técnicas de los Consejos Profesionales de Ciencias Económicas, que el fideicomiso es un ente contable y que debe organizarse como tal”.

5 ACTUACIÓN A TRAVÉS DE TERCEROS

5.1 Planteo

Un tema de especial relevancia es el de la actuación del fiduciario a través de terceros. Las grandes cuestiones que al respecto se plantean son básicamente dos.

Por un lado, la posibilidad de que el fiduciario –sujeto elegido por sus especiales cualidades– pueda delegar en un tercero sus funciones, sea que esa delegación se realice de común acuerdo en el contrato constitutivo, tenga lugar posteriormente por instrucción de los fiduciantes, o bien resulte de la elección del fiduciario y dentro de esta opción, este deba seguir o no las pautas contractuales.

Por el otro, los alcances de la responsabilidad refleja del fiduciario por la actuación de los delegados en cada una de las configuraciones de delegación de funciones citadas.

5.2 Estado de la cuestión

5.2.1 Tesis de la no delegación de funciones, que admite excepciones

Parte de la doctrina¹⁰⁰ considera que el fiduciario no puede delegar sus funciones y califica a esa no delegación de funciones como una obligación del fiduciario¹⁰¹. Se considera que, si bien el Código no lo establece de forma expresa, esto surge del juego de sus normas.

I. Puntualizan que ninguna de las normas relativas al contrato de fideicomiso establece que la función sea delegable.

¹⁰⁰ KIPER, Claudio M. y LISOPRAWSKI, Silvio V., *Tratado de fideicomiso*, cit., tomo I, pp. 342 a 345.

¹⁰¹ La no delegación de funciones como una obligación del fiduciario es tratada en el derecho mexicano por BATIZA, Rodolfo, *El fideicomiso. Teoría y práctica*, cit., 313 a 315.

II. Dicen que quien se obliga es el fiduciario, quien debe actuar “sobre la base de la confianza depositada en él” (art. 1674, párr. 1º, Código Civil y Comercial), lo que revela que su figura es fundamental.

III. Precisan que al fiduciario se le transmite la propiedad de bienes, de modo que es el legitimado para realizar ciertos actos de disposición o de administración sobre ellos.

IV. Destacan que si el fiduciario cesa se lo debe reemplazar con un sustituto (arts. 1678 y 1679, Código Civil y Comercial), el que puede estar previsto en el contrato, y si no lo hubiere o no aceptare, revestirá tal carácter una de las entidades a las que se refiere el art. 1690 del Código Civil y Comercial.

V. Utilizan el argumento de que el contrato no puede dispensar al fiduciario de la culpa o dolo en que pudieren incurrir sus dependientes (art. 1676, Código Civil y Comercial). Y que esto diferencia al fideicomiso del mandato, donde la sustitución está autorizada expresamente (art. 1327, Código Civil y Comercial).

VI. Agregan que a diferencia de la ley mexicana la nuestra no incorporó la figura del delegado fiduciario, lo que implica que cada institución, al frente de cada fideicomiso, designe a un funcionario responsable que recibe ese nombre.

Estos autores entienden que esa solución se explica, en parte, porque en el derecho argentino además de instituciones financieras o sociedades especialmente autorizadas, puede ser fiduciario cualquier persona humana o jurídica. La limitación solo existe para el fideicomiso financiero. En el caso de la persona humana, la delegación es por regla inaceptable, ya que el constituyente lo eligió por la confianza en sus calidades morales, en su honorabilidad, más que en su idoneidad profesional.

Sin embargo, luego dicen que nada impide que se pueda valer del auxilio de otras personas para cumplir mejor su cometido (v. gr., si debe iniciar un juicio para reivindicar un inmueble necesitará el patrocinio de un abogado). Pero, la delegación de ciertas funciones,

o recurrir al auxilio de otras personas, no debe liberar al fiduciario de su responsabilidad, ya que debe obrar con suma prudencia en la elección del representante y, además, tiene que vigilar y controlar su actividad. Ese es el criterio adoptado por la Comisión Nacional de Valores en la res. gral. 555/2009 —actualmente incorporada en el texto de las Normas— y en los sumarios.

Además, consideran que para determinar la delegabilidad habrá que observar el tipo de negocio de que se trate, y la prudencia y diligencia empleadas. El art. 1674 del Código Civil y Comercial dispone que el fiduciario debe actuar con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios. Por tanto, habrá que determinar si para la realización de un negocio determinado a cargo del fiduciario es de práctica que los buenos hombres de negocios deleguen su realización en otras personas que reúnan ciertas habilidades. En cambio, una delegación indiscriminada de casi todas las facultades y deberes implica, como lo han entendido los tribunales ingleses, incumplimiento del contrato.

En el caso del fideicomiso financiero, o bien en la hipótesis de uno no financiero pero constituido en favor de una persona jurídica, forma parte del régimen general de responsabilidades de la fiduciaria velar porque funcionarios competentes tengan a su cargo la ejecución de las actividades, todo bajo la responsabilidad de aquélla. Esta responsabilidad no puede ser dispensada en el contrato (art. 1676, Código Civil y Comercial); si se lo estipulase, la cláusula carecería de validez. En las instituciones hay ciertos actos atinentes a la administración del fideicomiso que aquéllas no deben encomendar a sus empleados cuando son actos de importancia que implican decisiones discrecionales que se deben adoptar por los órganos directivos.

Finalmente, entienden que en los casos de delegación o de subcontratación, no se libera al fiduciario de su responsabilidad frente a las partes, dado que tales contratos les serían inoponibles

(art. 1021, Código Civil y Comercial). A lo sumo, tendrá derecho a repetir de quienes se obligaron con él.

5.2.2 Tesis que admite la delegación de funciones no esenciales

Otro sector de la doctrina¹⁰² considera que es indelegable la función del fiduciario que hace a la finalidad principal de todo fideicomiso, que es poner a buen recaudo los bienes transferidos al fiduciario y darles el destino previsto en la convención. Estos actos básicamente consisten en entregar los bienes a quien y cuando corresponda. El resto de las funciones serían delegables.

Tal admisibilidad se funda, en primer término¹⁰³, en la inexistencia de algún reparo de orden público o una afectación de la moral o las buenas costumbres que pueda ser invocada para invalidarla, quedando la cuestión en el ámbito de la autonomía de la voluntad.

También, en que nuestra legislación admite la delegación en instituciones sustancialmente análogas como es el contrato de mandato. Con esa orientación, aplica analógicamente la norma del mandato (art. 1924, Código Civil derogado, idéntico al actual art. 1327, Código Civil y Comercial) de la que surge que cuando el sustituto ha sido designado en el contrato no responde el mandatario por los hechos o actos ejecutados por aquel. Tampoco es exigible el deber de vigilancia si en el contrato de mandato se lo ha liberado de esa carga (art. 1925, Código Civil derogado).

¹⁰² CARREGAL, Mario A., *Fideicomiso: Teoría y aplicación a los negocios*, cit., pp. 181 a 187.

¹⁰³ CARREGAL, Mario A., *Fideicomiso: Teoría y aplicación a los negocios*, cit., p. 185.

Se concluye que sería posible la delegación parcial de facultades por parte del fiduciario y se plantean distintas hipótesis¹⁰⁴.

El primer supuesto es que la delegación no esté prevista en el contrato de fideicomiso, en cuyo caso el fiduciario que delega responde en principio por las consecuencias dañosas que se deriven para las demás partes por actos u omisiones imputables al sustituto.

Otra alternativa es que la delegación esté prevista contractualmente en determinadas materias y quede a criterio del fiduciario la elección del sustituto, en ese caso el fiduciario responderá por culpa *in eligendo* y culpa *in vigilando*, siempre que la elección no fuese la correcta o hubiese omitido con relación a las tareas delegadas los controles mínimos no delegados.

Una última hipótesis es aquella en la que se designa al delegado en el contrato y también a un tercero que lo debe controlar. En ese caso el fiduciario no responde por el delegado ni por quien lo controle ante las partes que lo hubieren conocido y aceptado.

5.3 Mi opinión

5.3.1.1 La cuestión terminológica y el sentido de las palabras en el Código Civil y Comercial

Las cuestiones que se plantean a nivel doctrinario en materia de delegación de funciones del fiduciario son de una complejidad más aparente que real.

Para enfocar correctamente el tema corresponde efectuar aclaraciones sobre la terminología y el concepto técnico jurídico del vocablo “delegación”, para distinguirlo del de “sustitución”.

Para la Real Academia Española el término delegación es “la acción y efecto de delegar”. Por su parte, “delegar” implica

¹⁰⁴ CARREGAL, Mario A., *Fideicomiso: Teoría y aplicación a los negocios*, cit., pp. 186 y 187.

“encomendar el ejercicio de competencias a otro órgano u otra persona u otra entidad”. Por ende, el fiduciario cuando delega sus funciones encomienda el ejercicio de las mismas a otra persona humana o jurídica.

Ni el vocablo “delegación” ni la locución “delegación de funciones” son utilizados en la regulación del contrato de fideicomiso por el Código Civil y Comercial, pero este cuerpo normativo sí emplea el término “delegación” al regular la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental (arts. 104, 106, 111, 611, 674, 1756, Código Civil y Comercial), la delegación de facultades del órgano de gobierno y de administración de las fundaciones en un comité ejecutivo (art. 205, Código Civil y Comercial), la indelegabilidad de la facultad de testar (art. 2465, Código Civil y Comercial), y la indelegabilidad por el albacea del encargo recibido (art. 2522, Código Civil y Comercial).

5.3.1.1.1 El vocablo delegación en el Código Civil y Comercial

Echará luz sobre los alcances del término delegación, analizar qué entiende el legislador en cada uno de esos casos (art. 1064, Código Civil y Comercial).

En materia de delegación del ejercicio de la responsabilidad parental en un pariente o en el progenitor afín (arts. 104, 106, 611, 674, Código Civil y Comercial), el Código es claro al considerar que los padres cuando delegan el ejercicio conservan la titularidad de la responsabilidad parental y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades (art. 643, Código Civil y Comercial). Los delegados en el ejercicio de la responsabilidad parental son responsables como los padres por los daños causados a las personas que están a su cargo (art. 1756, Código Civil y Comercial).

Cuando el Código regula las fundaciones, prevé la posibilidad de delegar las facultades de administración y gobierno en un comité

ejecutivo (art. 205, Código Civil y Comercial). Establece que el estatuto puede prever la delegación de facultades de administración y de gobierno a favor de un comité ejecutivo integrado por miembros del consejo de administración o por terceros, el cual debe ejercer sus funciones entre los períodos de reunión del consejo. Dispone que ese comité ejecutivo debe rendir cuentas a los órganos de administración o gobierno, según sea el caso. De modo que es claro que la delegación de facultades no implica el cese o reemplazo de los órganos de administración y gobierno. Puede también delegar facultades ejecutivas en una o más personas humanas, sean o no miembros del consejo de administración. Más aun, se establece que de acuerdo con la entidad de las labores encomendadas el estatuto puede prever alguna forma de retribución pecuniaria a favor de los miembros del comité ejecutivo.

En materia de sucesiones, se establece expresamente que la facultad de testar es indelegable (art. 2465, Código Civil y Comercial). Por otra parte, si bien no se admite que el albacea delegue el encargo recibido, se prevé que este no está obligado a actuar personalmente y que puede hacerlo por mandatarios que actúen a su cuenta y riesgo, aun cuando el testador haya designado albacea subsidiario. Es decir, en materia de sucesiones el Código se refiere, por un lado, a la indelegabilidad de la facultad de testar y, por el otro, a la indelegabilidad de la posición jurídica del albacea, pero admite la actuación por mandatarios (delegación de funciones) que actúen por su cuenta y riesgo.

Entonces el rasgo común que tiene en el Código las locuciones “delegación de facultades”, “delegación del ejercicio”, y la posibilidad de actuar a través de mandatarios, es que quien delega conserva su posición jurídica y su responsabilidad –titularidad de la responsabilidad por los padres, posición jurídica de los miembros del consejo de administración y gobierno, y posición jurídica del albacea– y los delegados responden ante quien delega y los terceros.

5.3.1.1.2 El vocablo sustitución en el Código Civil y Comercial

Es útil contrastar el vocablo delegación hasta aquí analizado con el término sustitución.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, “sustitución” es la “acción y efecto de sustituir”. Por su parte, “sustituir” significa “Dicho de una persona o cosa: ocupar el lugar de otra”.

El Código Civil y Comercial emplea el término “sustitución” en idéntico sentido que la Real Academia Española; es decir, cuando un objeto, persona, acto jurídico, garantía o deber, pasa a ocupar el lugar de otro objeto, persona, acto jurídico, garantía o deber, respectivamente.

Así, emplea el vocablo sustitución, sustituye, sustituir, para referir al cambio o reemplazo de un objeto por otro al disponer que hay subrogación real de la afectación a vivienda cuando hay sustitución de la vivienda adquirida (art. 248, Código Civil y Comercial)¹⁰⁵. También cuando refiere al reemplazo del inmueble afectado a vivienda por los importes recibidos (art. 249, Código Civil y Comercial)¹⁰⁶, cuando define a las cosas fungibles (art. 232, Código

¹⁰⁵ Art. 248 del Código Civil y Comercial: “*Subrogación real*. La afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada y a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio”.

¹⁰⁶ Art. 249 del Código Civil y Comercial: “*Efecto principal de la afectación*. La afectación es inoponible a los acreedores de causa anterior a esa afectación. La vivienda afectada no es susceptible de ejecución por deudas posteriores a su inscripción (...) Los acreedores sin derecho a requerir la ejecución no pueden cobrar sus créditos sobre el inmueble afectado, ni sobre los importes que la sustituyen en concepto de

Civil y Comercial)¹⁰⁷, y cuando contempla la posibilidad de reemplazar libros (art. 329, Código Civil y Comercial)¹⁰⁸. Además, se utiliza el término sustitución como cambio de un objeto por otro al regular la novación (art. 938, Código Civil y Comercial)¹⁰⁹, referir al cambio del precio en la compraventa (art. 1134, Código Civil y Comercial)¹¹⁰, a la sustitución de cosas cuando medió entrega

indemnización o precio, aunque sea obtenido en subasta judicial, sea esta ordenada en una ejecución individual o colectiva”.

¹⁰⁷ Art. 232 del Código Civil y Comercial: “*Cosas fungibles*. Son cosas fungibles aquellas en que todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie, y pueden sustituirse por otras de la misma calidad y en igual cantidad”.

¹⁰⁸ Art. 329 del Código Civil y Comercial: “*Actos sujetos a autorización*. El titular puede, previa autorización del Registro Público de su domicilio: a) sustituir uno o más libros, excepto el de Inventarios y Balances, o alguna de sus formalidades, por la utilización de ordenadores u otros medios mecánicos, magnéticos o electrónicos que permitan la individualización de las operaciones y de las correspondientes cuentas deudoras y acreedoras y su posterior verificación...”

¹⁰⁹ Art. 938 del Código Civil y Comercial: “*Circunstancias de la obligación anterior*. No hay novación, si la obligación anterior: a) está extinguida, o afectada de nulidad absoluta; cuando se trata de nulidad relativa, la novación vale, si al mismo tiempo se la confirma; b) estaba sujeta a condición suspensiva y, después de la novación, el hecho condicionante fracasa; o a condición resolutoria retroactiva, y el hecho condicionante se cumple; en estos casos, la nueva obligación produce los efectos que, como tal, le corresponden, pero no sustituye a la anterior”.

¹¹⁰ Art. 1134 del Código Civil y Comercial: “*Precio determinado por un tercero*. El precio puede ser determinado por un tercero designado en el contrato o después de su celebración. Si las partes no llegan a un acuerdo sobre su designación o sustitución, o si el tercero no quiere o no puede

anticipada de cosas no adecuadas al contrato (art. 1150, Código Civil y Comercial)¹¹¹, a la sustitución de títulos valores por deterioro (art. 1853, Código Civil y Comercial)¹¹², al pago de expensas por la sustitución de cosas y partes comunes o bienes del consorcio (art. 2048, Código Civil y Comercial)¹¹³. Asimismo, se utiliza el término

realizar la determinación, el precio lo fija el juez por el procedimiento más breve que prevea la ley local”.

¹¹¹ Art. 1150 del Código Civil y Comercial: “*Entrega anticipada de cosas no adecuadas al contrato*. En caso de entrega anticipada de cosas no adecuadas al contrato, sea en cantidad o calidad, el vendedor puede, hasta la fecha fijada: a) entregar la parte o cantidad que falte de las cosas; b) entregar otras cosas en sustitución de las dadas o subsanar cualquier falta de adecuación de las cosas entregadas a lo convenido, siempre que el ejercicio de ese derecho no ocasione al comprador inconvenientes ni gastos excesivos; no obstante, el comprador conserva el derecho de exigir la indemnización de los daños”.

¹¹² Art. 1853 del Código Civil y Comercial: “*Sustitución por deterioro*. El portador de un título valor deteriorado, pero identificable con certeza, tiene derecho a obtener del emisor un duplicado si restituye el original y reembolsa los gastos. Los firmantes del título valor original están obligados a reproducir su firma en el duplicado”.

¹¹³ Art. 2048 del Código Civil y Comercial: “*Gastos y contribuciones*. Cada propietario debe atender los gastos de conservación y reparación de su propia unidad funcional. Asimismo, debe pagar las expensas comunes ordinarias de administración y reparación o sustitución de las cosas y partes comunes o bienes del consorcio, necesarias para mantener en buen estado las condiciones de seguridad, comodidad y decoro del inmueble y las resultantes de las obligaciones impuestas al administrador por la ley, por el reglamento o por la asamblea. Igualmente son expensas comunes ordinarias las requeridas por las instalaciones necesarias para el acceso o circulación de personas con discapacidad, fijas o móviles, y para las vías de evacuación alternativas para casos de siniestros. Debe también pagar

sustitución como cambio de una cosa por otra al regular la subrogación real en materia de derechos reales de garantía (art. 2194, Código Civil y Comercial)¹¹⁴ y de privilegios (art. 2584, Código Civil y Comercial)¹¹⁵, y la indemnización sustitutiva del daño (art. 2250, Código Civil y Comercial)¹¹⁶.

Por otra parte, se emplea el término sustitución para referir al cambio de un sujeto por otro, sea que el reemplazo refiera al cambio en el ejercicio o en la posición jurídica. El reemplazo en el ejercicio está regulado en la sustitución de poder no indicada (art. 377, Código Civil y Comercial)¹¹⁷, la sustitución de mandato no indicada

las expensas comunes extraordinarias dispuestas por resolución de la asamblea. El certificado de deuda expedido por el administrador y aprobado por el consejo de propietarios, si este existe, es título ejecutivo para el cobro a los propietarios de las expensas y demás contribuciones”.

¹¹⁴ Art. 2194 del Código Civil y Comercial: “*Subrogación real*. La garantía se traslada de pleno derecho sobre los bienes que sustituyen a los gravados, sea por indemnización, precio o cualquier otro concepto que permite la subrogación real. En caso de extinción parcial del objeto, la garantía subsiste, además, sobre la parte material restante”.

¹¹⁵ Art. 2584 del Código Civil y Comercial: “*Subrogación real*. El privilegio especial se traslada de pleno derecho sobre los importes que sustituyen los bienes sobre los que recae, sea por indemnización, precio o cualquier otro concepto que permite la subrogación real”.

¹¹⁶ Art. 2250 del Código Civil y Comercial: “*Daño*. El actor puede optar por demandar el restablecimiento del derecho real u obtener la indemnización sustitutiva del daño. Si opta por el restablecimiento de su derecho, puede reclamar el resarcimiento complementario del daño”.

¹¹⁷ Art. 377 del Código Civil y Comercial: “*Sustitución*. El representante puede sustituir el poder en otro. Responde por el sustituto si incurre en culpa al elegir. El representado puede indicar la persona del sustituto, caso

(art. 1327, Código Civil y Comercial)¹¹⁸, y la subrogación con autorización judicial para que los fiduciantes, beneficiarios y fideicomisarios ejerzan las acciones en defensa de los bienes fideicomitidos en lugar del fiduciario (art. 1689, Código Civil y Comercial)¹¹⁹. Por su parte, la sustitución en la posición jurídica está contemplada en materia de rendición de cuentas al tutor sustituido (art. 116, Código Civil y Comercial)¹²⁰, y la sustitución de poder y de mandato indicada (arts. 377 y 1327, respectivamente)¹²¹.

en el cual el representante no responde por este. El representado puede prohibir la sustitución”.

¹¹⁸ Art. 1327 del Código Civil y Comercial: “*Sustitución del mandato no indicada*. El mandatario puede sustituir en otra persona la ejecución del mandato y es responsable de la elección del sustituto, excepto cuando lo haga por indicación del mandante. En caso de sustitución, el mandante tiene la acción directa contra el sustituto prevista en los artículos 736 y concordantes, pero no está obligado a pagarle retribución si la sustitución no era necesaria. El mandatario responde directamente por la actuación del sustituto cuando no fue autorizado a sustituir, o cuando la sustitución era innecesaria para la ejecución del mandato”.

¹¹⁹ Art. 1689 del Código Civil y Comercial: “*Acciones*. El fiduciario está legitimado para ejercer todas las acciones que correspondan para la defensa de los bienes fideicomitidos, contra terceros, el fiduciante, el beneficiario o el fideicomisario. El juez puede autorizar al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario, a ejercer acciones en sustitución del fiduciario, cuando este no lo haga sin motivo suficiente”.

¹²⁰ Art. 116 del Código Civil y Comercial: “*Rendición de cuentas*. Si el tutor sucede a alguno de los padres o a otro tutor anterior, debe pedir inmediatamente, al sustituido o a sus herederos, rendición judicial de cuentas y entrega de los bienes del tutelado”.

¹²¹ Art. 377 del Código Civil y Comercial: “*Sustitución*. El representante puede sustituir el poder en otro. Responde por el sustituto si incurre en culpa al elegir. El representado puede indicar la persona del sustituto, caso

En el *leasing* financiero cuando el dador sustituye al tomador en la compraventa del bien dado en *leasing* (art. 1231, Código Civil y Comercial)¹²², en el contenido del contrato del consorcio de cooperación en tanto se exige establecer la forma de sustitución de los miembros del consorcio¹²³, y en el fideicomiso al referir a la sustitución del fiduciario por cese del anterior (arts. 1667, inc. f],

en el cual el representante no responde por este. El representado puede prohibir la sustitución”.

Art. 1327 del Código Civil y Comercial: “El mandatario puede sustituir en otra persona la ejecución del mandato y es responsable de la elección del sustituto, excepto cuando lo haga por indicación del mandante. En caso de sustitución, el mandante tiene la acción directa contra el sustituto prevista en los artículos 736 y concordantes, pero no está obligado a pagarle retribución si la sustitución no era necesaria. El mandatario responde directamente por la actuación del sustituto cuando no fue autorizado a sustituir, o cuando la sustitución era innecesaria para la ejecución del mandato”.

¹²² Art. 1231 del Código Civil y Comercial: “*Modalidades en la elección del bien en materia de leasing*. El bien objeto del contrato puede: (...) c) comprarse por el dador, quien sustituye al tomador, al efecto, en un contrato de compraventa que este haya celebrado”.

¹²³ Art. 1474 del Código Civil y Comercial: “*Contenido*. El contrato debe contener (...) k) la determinación del número de representantes del consorcio, nombre, domicilio y demás datos personales, forma de elección y de sustitución, así como sus facultades, poderes y, en caso de que la representación sea plural, formas de actuación. En caso de renuncia, incapacidad o revocación de mandato, el nuevo representante se designa por mayoría absoluta de los miembros, excepto disposición en contrario del contrato. Igual mecanismo se debe requerir para autorizar la sustitución de poder”.

1679, Código Civil y Comercial)¹²⁴. También la sustitución en la posición jurídica se regula al disponer la nulidad de las cláusulas en los actos por causa de muerte que implican una sustitución fideicomisaria (art. 1972, Código Civil y Comercial)¹²⁵, cuando se establece en qué casos el consejo de propietarios sustituye al administrador (art. 2064, Código Civil y Comercial)¹²⁶, en la

¹²⁴ Art. 1667 del Código Civil y Comercial: “*Contenido*. El contrato debe contener (...) f) los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo, si cesa”.

Art. 1679 del Código Civil y Comercial: “*Sustitución del fiduciario*. Producida una causa de cese del fiduciario, lo reemplaza el sustituto indicado en el contrato o el designado de acuerdo al procedimiento previsto por él. Si no lo hay o no acepta, el juez debe designar como fiduciario a una de las entidades autorizadas de acuerdo a lo previsto en el artículo 1690”.

¹²⁵ Art. 1972 del Código Civil y Comercial: “*Cláusulas de inenajenabilidad*. En los actos a título oneroso es nula la cláusula de no transmitir a persona alguna el dominio de una cosa determinada o de no constituir sobre ella otros derechos reales. Estas cláusulas son válidas si se refieren a persona o personas determinadas. En los actos a título gratuito todas las cláusulas señaladas en el primer párrafo son válidas si su plazo no excede de diez años. Si la convención no fija plazo, o establece un plazo incierto o superior a diez años, se considera celebrada por ese tiempo. Es renovable de manera expresa por un lapso que no exceda de diez años contados desde que se estableció. En los actos por causa de muerte son nulas las cláusulas que afectan las porciones legítimas, o implican una sustitución fideicomisaria”.

¹²⁶ Art. 2064 del Código Civil y Comercial: “*Atribuciones*. La asamblea puede designar un consejo integrado por propietarios, con las siguientes atribuciones: a) convocar a la asamblea y redactar el orden del día si por cualquier causa el administrador omite hacerlo; b) controlar los aspectos económicos y financieros del consorcio; c) autorizar al administrador para disponer del fondo de reserva, ante gastos imprevistos y mayores que los

sustitución de herederos condicionales bajo condición resolutoria (art. 2366, Código Civil y Comercial)¹²⁷, y en la sustitución de la maternidad (art. 588, Código Civil y Comercial)¹²⁸. Por otra parte, se emplea el vocablo sustitución como cambio de un acto jurídico por otro, cuando se regula la integración del contrato (art. 964, Código Civil y Comercial), el caso del heredero o legatario sustituto (art. 2491, Código Civil y Comercial) y la sustitución de testamento como causa de indignidad (art. 2281 inc. h], Código Civil y Comercial).

Este significado de la sustitución como cambio de una cosa por otra también se observa en materia de garantías, cuando se dispone la sustitución de medidas cautelares por otras garantías para

ordinarios; d) ejercer la administración del consorcio en caso de vacancia o ausencia del administrador, y convocar a la asamblea si el cargo está vacante dentro de los treinta días de producida la vacancia. Excepto los casos indicados en este artículo, el consejo de propietarios no sustituye al administrador, ni puede cumplir sus obligaciones”.

¹²⁷ Art. 2366 del Código Civil y Comercial: “*Herederos condicionales*. Los herederos instituidos bajo condición suspensiva no pueden pedir la partición mientras la condición no está cumplida, pero pueden pedirla los coherederos, asegurando el derecho de los herederos condicionales. Los instituidos bajo condición resolutoria pueden pedir la partición, pero deben asegurar el derecho de quienes los sustituyen al cumplirse la condición”.

¹²⁸ Art. 588 del Código Civil y Comercial: “*Impugnación de la maternidad*. En los supuestos de determinación de la maternidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 565, el vínculo filial puede ser impugnado por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo. Esta acción de impugnación puede ser interpuesta por el hijo, la madre, el o la cónyuge y todo tercero que invoque un interés legítimo. La acción caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento o desde que se conoció la sustitución o incertidumbre sobre la identidad del hijo. El hijo puede iniciar la acción en cualquier tiempo”.

asegurar la obligación alimentaria (art. 550, Código Civil y Comercial), la sustitución de la prenda por otra garantía real (art. 2228, Código Civil y Comercial) y del derecho de retención por otra garantía suficiente (art. 2589, Código Civil y Comercial). Lo propio sucede con la sustitución de deberes (art. 2342, Código Civil y Comercial).

5.3.1.1.3 Conclusión: delegar es encomendar conservando la posición jurídica y la responsabilidad

Luego de haber analizado el significado del vocablo delegación de la Real Academia Española, así como el significado técnico jurídico específico que le da el Código Civil y Comercial, se concluye que con el vocablo delegación solo se puede estar haciendo referencia a la encomienda de todas, algunas o una de las facultades del fiduciario a otra persona, conservando el fiduciario su posición jurídica –que es *intuitu personae*– y su responsabilidad¹²⁹.

Esta conclusión es coherente, por oposición, con el significado técnico jurídico que confiere el Código Civil y Comercial al término

¹²⁹ Pizarro y Vallespinos distinguen al “colaborador” del “sustituto”, pues mientras el primero actuaría bajo el control y dirección del deudor, el sustituto suplantaría al deudor en la ejecución de la obligación. Y afirman: “La distinción entre colaboradores y sustitutos tiene importancia, no a los fines de la responsabilidad del deudor, *que es idéntica en uno y otro caso* (...) sino para calibrar la posibilidad o imposibilidad de utilizar legítimamente auxiliares en aquellas relaciones de carácter infungible, que no admiten ejecución por terceros distintos del deudor”. Véase PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Tratado de obligaciones*, cit., tomo I, núm. 143, p. 136.

“sustitución” del fiduciario concebido como reemplazo de la posición jurídica (arts. 1667, inc. f], 1679, Código Civil y Comercial)¹³⁰.

5.3.1.2 El principio de equiparación: la delegación de funciones como un supuesto de dependencia

El Código Civil y Comercial incorpora el principio de equiparación al establecer en su art. 732 que el incumplimiento de las personas de las que el deudor se sirve para la ejecución de la obligación se equipara al derivado del propio hecho del obligado.

Aun cuando la norma parece acotar el principio de equiparación al aspecto patológico del incumplimiento de la obligación, es claro que se establece que el deudor responde por el accionar de sus “auxiliares” a través de los cuales amplía su esfera de acción.

Idéntica solución se reitera en el art. 1753 del Código Civil y Comercial, que dispone: “*Responsabilidad del principal por el hecho del dependiente*. El principal responde objetivamente por los daños que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas. La falta de discernimiento del dependiente no excusa al principal. La responsabilidad del principal es concurrente con la del dependiente”.

La norma transcripta al aludir a los sujetos que están “bajo su dependencia” o “las personas de las cuales se sirve para el

¹³⁰ Art. 1667 del Código Civil y Comercial: “*Contenido*. El contrato debe contener: (...) f) los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo, si cesa”.

Art. 1679 del Código Civil y Comercial: “*Sustitución del fiduciario*. Producida una causa de cese del fiduciario, lo reemplaza el sustituto indicado en el contrato o el designado de acuerdo al procedimiento previsto por él. Si no lo hay o no acepta, el juez debe designar como fiduciario a una de las entidades autorizadas de acuerdo a lo previsto en el artículo 1690”.

cumplimiento de sus obligaciones”, repite el concepto de auxiliares del art. 732 del Código Civil y Comercial.

Su recepción se adscribe en la tendencia que se impone desde hace décadas en la doctrina nacional¹³¹ y en el derecho extranjero¹³² consistente en la incorporación a la legislación de la noción de dependiente civil como un concepto más amplio y distinto del de subordinación laboral. La dependencia civil incluye todo supuesto en el que media una autorización para obrar proveniente del principal, a condición de que este detente un poder efectivo o virtual de impartir órdenes o instrucciones¹³³.

En efecto, para que haya dependencia es suficiente el hecho de actuar por cuenta de otro, aun sin mediar subordinación, pues hay dependencia siempre que se ejerce una actividad por cuenta y en interés de otro a cuyo favor va dirigido el resultado de la actividad misma, independientemente de la existencia de una verdadera y propia relación laboral o de subordinación¹³⁴. Lo determinante de la

¹³¹ Despacho unánime de las “Cuartas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal”, Junín 1990, y de las “Primeras Jornadas de Derecho Civil, Mercedes”, Buenos Aires, agosto de 1981.

¹³² MAZEUD - CHABAS, *Lecons de droit civil*, 8ª edición, Montchrestein, Paris, 1991, t. II, vol. I. “Obligations, Theorie generale”, núm. 477; JOURDAIN, Patrice, *Les principes de la responsabilité civile*, Dalloz, Paris, 1992, p. 100; cits. por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Daños causados por los dependientes*, Hammurabi, Buenos Aires, 1992, p. 64.

¹³³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Daños causados por los dependientes*, cit., p. 64.

¹³⁴ MAYO, Jorge A., “Dos aspectos de la responsabilidad por los hechos de los dependientes. La noción de dependencia y la naturaleza de la responsabilidad del dependiente”, en *Responsabilidad por daños, libro homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, Buenos Aires, 1990, tomo II, p. 879.

dependencia es la ampliación de la propia esfera de acción del principal¹³⁵.

Con ese alcance se debe leer el art. 1676 del Código Civil y Comercial cuando establece la nulidad de la dispensa por el fiduciario de la culpa o dolo propios o de sus “dependientes” (sic.), dando por supuesta la admisibilidad de su actuación a través de dependientes civiles o “auxiliares” (arts. 732 y 1753, Código Civil y Comercial)

A partir de todo lo analizado, concluyo que la delegación de funciones por parte del fiduciario se encuentra expresamente autorizada y no transgrede el carácter *intuitu personae* del encargo. Ello es así por cuanto la delegación –como se anticipó– consiste en la encomienda de facultades a un tercero dependiente por cuyos actos responde el fiduciario (arts. 732, 1676 y 1753, Código Civil y Comercial), sin que exista sustitución de su posición jurídica (arg. art. 1679, Código Civil y Comercial).

En ese sentido corresponde interpretar el primer párrafo del art. 1674 del Civil y Comercial que dispone que el fiduciario está obligado a actuar “sobre la base de la confianza depositada en él”. Es decir, el fiduciario tendrá que observar esta obligación cuando elija auxiliares o dependientes para llevar adelante sus funciones y responderá por la actuación de ellos, según los supuestos que señalo a continuación.

En primer lugar, puede suceder que en el contrato de fideicomiso se prevea expresamente la posibilidad de delegación de funciones –aunque sería sobreabundante en mi concepto– y se designe a los dependientes. En tal caso, y de observar el fiduciario las instrucciones, este no tendrá responsabilidad en la elección, pero

¹³⁵ MAYO, Jorge A., “Dos aspectos de la responsabilidad por los hechos de los dependientes”, cit., p. 879.

sí responderá por los actos que lleven adelante los dependientes (art. 1676, Código Civil y Comercial).

Ahora bien, es factible que el contrato le prohíba expresamente al fiduciario delegar sus funciones. Si este igualmente lo hiciera, incurriría en un incumplimiento contractual que justifica su remoción y lo haría pasible de acciones de responsabilidad por daños.

Por último, se puede presentar la hipótesis de que en el contrato de fideicomiso luego de preverse la posibilidad de delegación de funciones y designarse al dependiente, se estipule que el fiduciario no responde por la culpa o el dolo en que incurran los dependientes designados. Esa previsión carecerá de validez, pues estará violando la prohibición de dispensa del art. 1676 del Código Civil y Comercial¹³⁶.

La admisión de la delegación de funciones del fiduciario de ningún modo lo exime de su obligación de desempeñar el cargo de acuerdo con la confianza depositada en él (art. 1674, Código Civil y Comercial), de su responsabilidad en los términos de los arts. 732 y 1753 del Código Civil y Comercial, ni por ende de su obligación de control y vigilancia de las funciones encomendadas a los delegados.

5.3.1.3 Adecuación de la solución legal

La solución legal sobre los alcances de la noción de dependencia resulta adecuada a las necesidades que plantea la práctica en materia de fideicomisos, especialmente en aquellos destinados a canalizar negocios.

En esos casos la realidad indica que el fiduciario –persona humana o jurídica– habitualmente actúa a través de auxiliares –a los que se denomina delegados en el contrato– para llevar a cabo el encargo fiduciario. Así en los fideicomisos de construcción es propio

¹³⁶ Véase el Capítulo IV, donde se analizan estas cláusulas de limitación de la responsabilidad.

de su funcionamiento que se designe una empresa constructora que lleve adelante la obra, que a su vez esta tenga dependientes para ejecutarla, y hasta que se delegue en un tercero la comercialización de las unidades construidas. En un fideicomiso con fines agropecuarios es usual que el fiduciario delegue funciones, por ejemplo, en un operador que diseñe el programa de inversión, en una empresa acopiadora de cereales, en una comercializadora de granos y de hacienda, en ingenieros agrónomos, en transportistas. Lo propio ocurre, entre otras, en las áreas relativas a la contabilidad, los litigios, el asesoramiento jurídico.

5.3.1.4 Coherencia de la solución legal

La solución legal es coherente con la que trae el Código Civil y Comercial para el contrato de mandato y la representación.

El Código Civil y Comercial tanto al regular la “sustitución” del mandato como la “sustitución” del poder, distingue dos situaciones y las resuelve de modo diverso.

Por un lado, considera el supuesto de sustitución de mandato o de poder autorizadas. En esos casos como opera la sustitución de la posición jurídica del mandatario y del apoderado (arts. 1327 y 377, respectivamente)¹³⁷, los sujetos sustituidos no responden ante el

¹³⁷ Art. 377 del Código Civil y Comercial: “*Sustitución*. El representante puede sustituir el poder en otro. Responde por el sustituto si incurre en culpa al elegir. El representado puede indicar la persona del sustituto, caso en el cual el representante no responde por este. El representado puede prohibir la sustitución”.

Art. 1327 del Código Civil y Comercial: “*Sustitución del mandato*. El mandatario puede sustituir en otra persona la ejecución del mandato y es responsable de la elección del sustituto, excepto cuando lo haga por indicación del mandante. En caso de sustitución, el mandante tiene la acción directa contra el sustituto prevista en los artículos 736 y concordantes, pero no está obligado a pagarle retribución si la sustitución

mandante por el accionar del mandatario y del apoderado sustitutos.

El mandatario sustituto ocupa el lugar del mandatario sustituido. No es un sujeto al que el mandatario sustituido le encomienda la ejecución de determinados actos conservando su calidad de tal. La sustitución autorizada implica una cesión de la posición contractual¹³⁸.

Ese supuesto no se encuentra contemplado en materia de fideicomiso.

Por otro lado, se regula el supuesto de sustitución de mandato y de poder no autorizadas¹³⁹. Como ya se analizó, se trata en rigor de la sustitución del mandatario y del apoderado en el ejercicio del mandato y del poder, y no de un cambio de la posición jurídica (arts. 1327 y 377, Código Civil y Comercial). Es por ello que en tales casos el mandatario y el apoderado sustituidos en su ejercicio responden frente al mandante o poderdante por el accionar del mandatario y del apoderado sustitutos. Este supuesto en el que no media reemplazo en la posición jurídica sino en la ejecución de funciones es el que plantea la misma situación y solución legal que se da en materia de fideicomiso.

En efecto, el fiduciario no puede ceder su posición jurídica de fiduciario por el carácter *intuitu personae* del encargo (art. 1674,

no era necesaria. El mandatario responde directamente por la actuación del sustituto cuando no fue autorizado a sustituir, o cuando la sustitución era innecesaria para la ejecución del mandato”.

¹³⁸ Véase ESPER, Mariano, en RIVERA, Julio C. y MEDINA, Graciela (Directores), y ESPER, Mariano (Coordinador), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2014, tomo IV, pp. 143 y ss.

¹³⁹ Véanse distintas alternativas de sustitución en la órbita del mandato y el poder en SÁNCHEZ URITE, Ernesto A., *Mandato y representación*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969, pp. 88 a 91.

Código Civil y Comercial), pero puede encomendar el ejercicio de sus funciones en otra persona humana o jurídica, respondiendo él por los actos del delegado o dependiente frente a terceros y las otras posiciones del fideicomiso. Como se ve, el efecto de la solución legal es idéntico al establecido para la sustitución no autorizada de poder y de mandato¹⁴⁰.

En esta línea la Comisión Nacional de Valores en el año 2009 dictó la Resolución General N° 555 para los fideicomisos financieros que hacen oferta pública. Esa normativa autoriza la delegación de funciones de administración y cobro del fiduciario financiero y establece expresamente su responsabilidad. Si bien se podría considerar innecesaria esa regulación, lo relevante es que pone al descubierto la necesidad en algunos fideicomisos de que el fiduciario actúe a través de terceros y responda por su accionar a la luz del carácter *intuitu personae* de la encomienda.

Esa resolución es consecuencia de la experiencia negativa del caso del fideicomiso financiero “Bonesi” en el que el originante (fiduciante) –la empresa de electrodomésticos Bonesi S.A.– fue designado por el fiduciario financiero como administrador del fideicomiso, luego se concursó preventivamente y retuvo indebidamente los activos que se habían titulizado¹⁴¹.

¹⁴⁰ Comp. KIPER, Claudio M. y LISOPRAWski, Silvio V., *Tratado de fideicomiso*, cit., tomo I, p. 343: “...Por último, el contrato no lo puede dispensar de la culpa o dolo en que pudieren incurrir sus dependientes (art. 1676, Código Civil y Comercial). Esto diferencia al fideicomiso del mandato, donde la sustitución está expresamente autorizada”. Con diversa conclusión, pero equiparando la delegación de funciones del fiduciario a la sustitución de mandato: CARREGAL, Mario A., *Fideicomiso: Teoría y aplicación a los negocios*, cit., pp. 185 a 187.

¹⁴¹ CNCom., sala E, “Bonesi S.A. s/conc. prev. s/inc. de apel. por la concursada”, 09/10/2009, cita online: AR/JUR/39597/2009: “1 - Corresponde hacer lugar a la medida cautelar solicitada por el fiduciario a

fin de que se ordene al administrador del fideicomiso financiero, el cual se encuentra en concurso preventivo, depositar en la cuenta bancaria del fideicomiso las sumas percibidas por la cobranza de los créditos cedidos ya que, los fondos retenidos no integran su flujo de fondos, sino que integran el patrimonio de afectación excluido de los alcances de los acreedores del administrador, en los términos del art. 15 de la ley 24441. 2 - Visto que el administrador de los bienes fideicomitados pretende utilizar para su giro ordinario las sumas percibidas por la cobranza de los créditos cedidos, las cuales forman parte del patrimonio de afectación del fideicomiso, resulta procedente la medida cautelar peticionada a fin de que el administrador deposite dichos fondos en la cuenta bancaria del fideicomiso, ello ante el riesgo de que se torne imposible su posterior recuperación aun cuando medie sentencia de fondo favorable a la pretensión. 3 - Resulta inadmisibles el criterio sostenido por el fiduciante y administrador del fideicomiso, quien se encuentra en concurso preventivo, en el sentido de que el fideicomiso celebrado sería un acto simulado que perjudicó a los acreedores concursales porque habría posibilitado violar la regla de la igualdad de acreedores pues, tratándose de una simulación ilícita, su invocación estaría vedada a quien fue parte en el negocio”.

CNCom., sala E, “Bonesi S.A. s/conc. prev. s/ inc. de apel. por: Standard Bank Argentina S.A.”, 13/10/2009, cita online: AR/JUR/39598/2009: “1 - Resulta procedente el embargo solicitado por la entidad fiduciaria, sobre las cuentas bancarias de la firma administradora del fideicomiso, a fin de asegurar el cumplimiento de la medida cautelar que ordenó a esta depositar, en las cuentas de los fideicomisos, los fondos retenidos por cobranza de los créditos cedidos ya que, el incumplimiento de la aludida manda judicial es indicativo de que la medida cautelar, tal como fue ordenada, no logró ser efectivizada, y ello demuestra no solo la necesidad de sustituirla por el embargo peticionado, sino también que no resulta adecuado ejercer la prerrogativa prevista en el art. 204 del Cód. Procesal porque no se advierte la provocación de un perjuicio innecesario”.

La resolución de la Comisión Nacional de Valores estableció que las funciones inherentes al rol de fiduciario y específicamente la de administración del fideicomiso pueden ser delegadas en terceros, pero lo hizo de modo tal que esa delegación no exime al fiduciario de sus obligaciones de control y vigilancia, ni lógicamente de su responsabilidad por el accionar de los delegados¹⁴².

5.3.1.5 La cuestión en Colombia y en México¹⁴³

En Colombia el Código de Comercio establece que determinados deberes son indelegables por el fiduciario.

El art. 1234 dispone: “Son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes: 1. Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia; 2. Mantener los bienes objeto de la fiducia separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios; 3. Invertir los bienes provenientes del negocio fiduciario en la forma y con los requisitos previstos en el acto constitutivo, salvo que se le haya permitido obrar del modo que más conveniente le parezca...”.

Por su parte, la Ley 80 de 1993 en el art. 35 nro. 5 regla: “En ningún caso las entidades públicas fideicomitentes podrán delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública, ni pactar su remuneración con cargo a los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos se encuentren presupuestados. La selección de las sociedades fiduciarias a contratar, sea pública o privada, se hará

¹⁴² Véanse arts. 23 a 29, Sección XII del Capítulo IV de las Normas CNV, T.O. 2013.

¹⁴³ Se analiza la cuestión en Colombia y en México porque la doctrina nacional estudiada en el punto “Estado de la cuestión” fundamenta varias de sus conclusiones en las soluciones a las que los autores colombianos y mexicanos arriban en sus ordenamientos jurídicos.

con rigurosa observancia del procedimiento de licitación o concurso previsto en esta ley”.

Si bien la doctrina¹⁴⁴ resalta que la cuestión es diferente en el derecho anglosajón –donde se admite la delegación–, efectúa un repaso de las reflexiones que en aquel derecho se han formulado y de su jurisprudencia. También aborda el tema de la admisión de la delegación del mandato en Colombia (art. 1291, Código de Comercio) para concluir que: “...habría que decir que una cláusula contractual que autorizase una delegación de tareas administrativas sin renunciar el fiduciario a la toma de decisiones que digan con actos discrecionales o de disposición –para seguir la jurisprudencia inglesa– serían de recibo plenamente”.

Similar es la cuestión en el derecho mexicano, donde la doctrina afirma¹⁴⁵: “En cuanto a nuestro derecho, la situación no se previó en ninguna de las leyes, desde las de 1926 hasta las que están en vigor, pero a pesar de ello puede llegarse a la conclusión de que el cargo es indelegable (...). Sin embargo, resultaría tan excesivo como innecesario imponerles la obligación absoluta de ejecutar personalmente todos y cada uno de los actos derivados de la administración del fideicomiso (...). La Comisión Nacional Bancaria expidió la circular núm. 547 del 16 de noviembre de 1966 comunicando la interpretación que la Secretaría de Hacienda había hecho del art. 45, frac. IV de la ley bancaria (...). Expresaba que, aunque las instituciones fiduciarias no pueden delegar su cargo, que deben desempeñar a través de funcionarios especiales como son los delegados fiduciarios, sí podían emplear personas que auxilien a éstos en el desarrollo de sus funciones secundarias. Como criterio para determinar cuáles actos deben necesariamente realizarse por

¹⁴⁴ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*, cit., p. 281.

¹⁴⁵ BATIZA, Rodolfo, *El fideicomiso. Teoría y práctica*, cit., pp. 314 y 315.

los delegados fiduciarios y en cuáles podrían auxiliarse por dependientes, se adoptaba el de que los actos mediante los cuales se tomen resoluciones de carácter discrecional, indelegables, que implican voluntad de mando o decisión, deberán ser realizados por los delegados fiduciarios; las funciones secundarias o auxiliares que se reducen a formalidades o trámites podrán ser desempeñadas por dependientes”.

A partir de lo reseñado surge con claridad que en los ordenamientos jurídicos de Colombia y México existen normas e interpretaciones de organismos a tenor de las cuales pueden resultar adecuadas las conclusiones doctrinarias a las que se arriba. Sin embargo, su extrapolación a nuestro derecho resulta inadecuada, pues en él existen preceptos que resuelven expresamente la cuestión en otro sentido (arts. 732, 1674, 1676, 1753, Código Civil y Comercial) y corresponde traerlas al caso interpretándolas de un modo contextual (arg. arts. 2.º *in fine* y 1064, Código Civil y Comercial).

CAPÍTULO IV

LÍMITES, AGRAVAMIENTOS, PROPAGACIONES Y ATENUACIONES

1 PLAN

Las matrices expuestas en los desarrollos antecedentes constituyen el necesario punto de partida para concretar sistemáticamente el análisis del alcance del deber de responder del fiduciario.

En primer lugar, delinearé los difusos “límites” especiales de la responsabilidad del fiduciario derivados de la configuración del patrimonio separado tanto respecto de las restantes posiciones jurídicas del fideicomiso, como con relación a terceros. Todo ello con el objetivo de distinguir el régimen especial del común del responder civil.

Luego, estudiaré la pauta de conducta del buen hombre de negocios en el plano de los “agravamientos” de la responsabilidad del fiduciario y analizaré su incidencia en el factor de atribución y en la causalidad, sin perjuicio del tratamiento de otros supuestos en los que advierto una mayor intensidad del deber de responder del fiduciario.

Seguidamente, abordaré distintas situaciones en las que el fiduciario debe responder, aunque falle la autoría material en la causación del daño. Lo haré bajo la denominación de “propagaciones” con el propósito de precisar los supuestos en los que el deber de responder del fiduciario se elonga.

Por último, haré tema con distintos pactos y actuaciones del fiduciario que pueden llevar a que se produzcan verdaderas “atenuaciones” de su responsabilidad, es decir, aminoramientos en cuanto a la intensidad regular del deber de responder.

2 LÍMITES

2.1 Lineamientos del responder civil

2.1.1 Planteamiento

La justicia es el fundamento filosófico del deber de responder del fiduciario y se proyecta en las relaciones de “derecho interno” (frente a fiduciante, beneficiario y fideicomisario) y en las relaciones de “derecho externo” (frente a terceros) del fideicomiso

En doctrina se define¹ la responsabilidad civil como el conjunto de condiciones que determinan la “asunción”² de una obligación cuya finalidad es el resarcimiento, la prevención, la compensación o la punición de daños ciertos, inminentes o consumados, no justificados, producidos por una acción causada y atribuida a un sujeto que los ocasiona con su propio obrar o a través de otras personas cuyos hechos le son equiparados o imputados.

De la caracterización dada surgen claras las funciones resarcitoria, preventiva y punitiva de la responsabilidad civil³.

¹ AZAR, Aldo M. y OSSOLA, Federico, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (Director) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (Coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial*, cit., tomo III, p. 11.

² Repárese en que el vocablo “asunción” puede reemplazarse con ventaja por el de “nacimiento”.

³ A esos efectos consideraré especialmente el Código Civil y Comercial y la ley 24240, pues son los cuerpos normativos que se analizan en este trabajo al tratar la responsabilidad del fiduciario.

El Código Civil y Comercial desde lo literal se enroló en la teoría bipartita de las funciones de la responsabilidad civil, pues en su art. 1708 solo receptó expresamente las funciones preventiva y resarcitoria, previa supresión del texto del Anteproyecto⁴.

Las tres directivas básicas y necesarias para entender cómo funciona el sistema bipartito establecido por el art. 1708 son que prevención y reparación⁵: 1) no son incompatibles entre sí⁶; 2) ninguna prevalece sobre la otra⁷; y 3) rigen en la responsabilidad contractual y extracontractual⁸.

⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “El derecho de la responsabilidad civil y los nuevos paradigmas en el Código Civil y Comercial argentino: prevención, precaución y represión”, RCyS2019 - Edición Especial, p. 164; PICASSO, Sebastián, “Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación”, RCyS, N° 4, año XVII, abril 2015, p. 5; HERNÁNDEZ, Carlos, “Daños punitivos: ¿resarcimiento o sanción?”, Rev. Derecho de Daños 2017-3-473; ALFERILLO, Pascual E., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo VIII, p. 6, entre otros.

⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “El derecho de la responsabilidad civil y los nuevos paradigmas en el Código Civil y Comercial argentino: prevención, precaución y represión”, op. y loc. cit.

⁶ SANTOS BRIZ, Jaime, “Derecho de daños”, RDP, Madrid, 1963 p. 252, cit. por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “El derecho de la responsabilidad civil y los nuevos paradigmas en el Código Civil y Comercial argentino: prevención, precaución y represión”, op. y loc. cit.

⁷ SEGUÍ, Adela, “La prevención de los daños en el proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación”, JA 2012-IV-1471; de la misma autora, “Responsabilidad civil: la función preventiva”, en RIVERA, Julio C. (dir.), *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, La Ley, Buenos Aires, 2012. La autora se había referido a este tema con anterioridad en “Prevención de los daños y tutela inhibitoria en materia ambiental”, en LORENZETTI, Ricardo, *Derecho ambiental y daño*, La Ley,

2.1.2 Función resarcitoria: presupuesto del deber de resarcir

2.1.2.1 Introducción

El principio general que rige en materia de responsabilidad es que el responsable debe resarcir todo el daño que ha causado el acto ilícito, pues la indemnización se mide por el daño y no por la culpa⁹. Esto ha sido predicado inclusive bajo la vigencia del Código Civil de Vélez¹⁰.

Buenos Aires, 2009, p. 93. Al parecer, en contra, JUÁREZ FERRER, Martín, *El derecho constitucional a la reparación integral*, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, pp. 43 y 44: “Creo que esta discusión no es demasiado relevante en el tema que nos ocupa, puesto que nuestro análisis se centra exclusivamente en la tutela resarcitoria; basta con decir que la función preventiva del derecho de daños es de carácter marginal y accesorio a la función resarcitoria”, cit. por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “El derecho de la responsabilidad civil y los nuevos paradigmas en el Código Civil y Comercial argentino: prevención, precaución y represión”, op. y loc. citis.

⁸ Las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2017, celebradas en La Plata, declararon: “El deber de prevención del daño que requiere el art. 1710 del Código Civil y Comercial, es aplicable tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual de la responsabilidad” (Véase BORDA, Alejandro y FOSSACECA [h.], Carlos A., “Reflexiones sobre la unificación de la responsabilidad y la prevención contractual”, RCyS, N° 2, año XX, febrero 2018, p. 24. Compulsar también DI CHIAZZA, Iván G., “Pretensión preventiva contractual. Conflicto entre accionistas”, La Ley 2018-A, p. 291).

⁹ ORGAZ, Alfredo, *El daño resarcible*, Lerner, Córdoba, 1980, pp. 137 y 138.

¹⁰ ORGAZ, Alfredo, *El daño resarcible*, op. y loc. citis.

Ese principio de la reparación plena o integral está expresamente receptado en el art. 1740 del Código Civil y Comercial, y se canaliza a través de la clásica función de la responsabilidad que procura compensar los daños mediante la restitución del damnificado a la situación anterior al hecho generador del menoscabo, sea por el pago en dinero o en especie¹¹.

Tal relevancia otorga el Código Civil y Comercial unificado a la función resarcitoria de la responsabilidad que destina un apartado especial para el tratamiento del daño, especialmente en lo que atañe a la valoración y cuantificación del perjuicio, y las distintas situaciones de hecho que lo causan.

El Código Civil y Comercial en el Título V, Capítulo 1, Sección 3º, arts. 1716 y ss., trata la llamada “función resarcitoria” y, en sucesivos preceptos de manera orgánica contempla los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, a saber: antijuridicidad (arts. 1717 a 1720); factores de atribución (arts. 1721 a 1725); relación causal (arts. 1726 y ss.) y daño resarcible, cuya extensión ha merecido una Sección 4º especial y detenido tratamiento legal (arts. 1737 a 1748). Además, suprimió el art. 1107 del Código de Vélez, superando de tal manera la opción y cúmulo contractual que tantas opiniones significaran en épocas de su vigencia¹².

2.1.2.2 Unificación de la responsabilidad aquiliana y contractual

Como punto de partida del tratamiento de la función resarcitoria, debe tenerse presente que el Código Civil y Comercial

¹¹ ALFERILLO, Pascual E., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo VIII, p. 11.

¹² Conf. GAGLIARDO, Mariano, “Delimitación y contenido de la responsabilidad (civil)”, diario La Ley del 28/02/2020, cita online: AR/DOC/3602/2019.

unifica la responsabilidad civil aquiliana y contractual (art. 1716, Código Civil y Comercial).

Al respecto, existe una uniforme opinión doctrinal que ha sido expresada en distintos encuentros científicos. También los proyectos anteriores se inclinaron por la misma tesis. Por ejemplo, el art. 1581 del Proyecto de 1998 dispuso: “Las disposiciones de este Título son aplicables cualquiera que sea la fuente del deber jurídico de cumplir o de reparar el daño”.

La tesis que se adopta es la de la unidad del fenómeno de la ilicitud, aunque hay diferencias que subsisten¹³.

Al respecto, se señala —como síntesis— que debe quedar en claro que la “unificación no significa borrar toda frontera entre el incumplimiento de las obligaciones y el hecho ilícito *stricto sensu* —categorías estas que, por el contrario, siguen siendo consideradas como fuentes distintas de la responsabilidad—, sino simplemente someter —en principio— la responsabilidad resultante en ambos casos a la misma regulación. De todos modos, subsisten en el Código diferencias importantes entre ambas esferas, tendientes, fundamentalmente, a respetar ciertas singularidades de la responsabilidad ‘contractual’ (entendida como la que deriva del incumplimiento de cualquier obligación, tenga o no su fuente en un contrato) que hacen a la propia estructura de la obligación (o del contrato, en algún caso) y tornan imposible su total equiparación con la responsabilidad aquiliana”¹⁴.

¹³ ALFERILLO, Pascual E., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo VIII, p. 63.

¹⁴ PICASSO, Sebastián, “La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *Sup. Especial, Nuevo Código Civil y Comercial*, 2014 (noviembre), p. 151: “En puridad, las modificaciones más importantes que trae el nuevo régimen respecto del Código de Vélez consisten en: 1) la

2.1.2.3 La antijuridicidad como presupuesto del deber de responder

La acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica, a menos que esté justificada (art. 1717, Código Civil y Comercial)¹⁵. Debe ponerse el acento en que lo que debe ser contrario a derecho es el comportamiento, pues lo antijurídico es la acción o la omisión del hombre y no el daño en sí¹⁶.

Se explica que el Código Civil y Comercial “presume” que el comportamiento dañino infringe el mandato genérico contenido en

unificación de los plazos de prescripción liberatoria; 2) la estructuración de un régimen unificado para la extensión del resarcimiento (con la importante excepción de los contratos celebrados paritariamente); 3) la clarificación de que los intereses se deben —en todos los casos— a partir de que se produce cada perjuicio; 4) la unificación del régimen aplicable a los daños corporales —cualquiera que sea la órbita de la responsabilidad—, y la consiguiente desaparición de la obligación de seguridad del ámbito del derecho común; 5) la introducción en materia contractual de la distinción entre los damnificados directos e indirectos a los efectos de establecer la legitimación activa para la reparación del daño moral, y 6) la consagración de la regla de la solidaridad —a salvo los casos de obligaciones concurrentes— para la responsabilidad tanto de origen contractual como aquiliana. Pero en el resto de las materias se observa una neta tendencia del flamante código a prolongar y clarificar las diferencias de regulación que ya existían con anterioridad”.

¹⁵ Su fuente es el art. 1588 del Proyecto de 1998.

¹⁶ BUERES, Alberto J, *El acto ilícito*, Hammurabi, Buenos Aires, 1986, pp. 62 y 63.

el art. 19 de la Constitución Nacional, consistente en no dañar a otro (*alterum non laedere*)¹⁷.

La contrariedad que se predica en materia de antijuridicidad no lo es respecto de una norma en particular, sino que lo es respecto del ordenamiento jurídico considerado en su globalidad. Tanto es así que pueden concretarse actos contrarios a una ley, que no importen conductas antijurídicas por prevalecer otra regla contenida en el ordenamiento jurídico¹⁸.

Desde otro ángulo también corresponde precisar que la antijuridicidad está desvinculada de la culpabilidad (*dolo o culpa*). Se trata de dos presupuestos independientes. La antijuridicidad es la razón suficiente por la cual se justifica que el daño que ha sufrido una persona se traslade económicamente a otro¹⁹. En cambio, el factor de atribución (subjetivo) constituye el elemento axiológico o valorativo, en virtud del cual el ordenamiento jurídico dispone la imputación de las consecuencias dañosas del incumplimiento obligacional o de un hecho ilícito *stricto sensu* a una determinada persona²⁰.

La conducta para ser antijurídica en los términos del art. 1717 del Código Civil y Comercial debe haber causado un daño injusto.

¹⁷ ALFERILLO, Pascual E., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo VIII, p. 76.

¹⁸ Véase TRIGO REPRESAS, Félix A., “Los presupuestos de la responsabilidad civil”, Academia Nacional de Derecho, 2004 (agosto); RCyS, 2004, p. 249.

¹⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y PARELLADA, Carlos A., en MOSSET ITURRASPE, Jorge (Director) y KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (Coordinadora), *Responsabilidad civil*, cit., p. 141.

²⁰ PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, tomo 2, p. 575.

Existen dos clases de conductas ilícitas. Por un lado, aquellas que perjudican a terceros menoscabando la integridad de su patrimonio o su integridad psicofísica-social. Por el otro, aquellas que pueden ser antijurídicas, pero sin relevancia jurídica por no haber ocasionado perjuicio alguno; por ejemplo, cuando una persona cruza con el semáforo en rojo sin producir consecuencias²¹.

La antijuridicidad se predica en la conducta del sujeto, pero solo se califica como antijurídica —a los efectos de la responsabilidad civil— cuando se genera un daño.

Esa conducta del sujeto queda justificada cuando se trata del ejercicio regular de un derecho (art. 1718, inc. a), Código Civil y Comercial), cuando se actúa en legítima defensa (art. 1718, inc. b), Código Civil y Comercial), cuando con la conducta se evita un mal mayor que el que se causa (art. 1718, inc. c), Código Civil y Comercial).

El “consentimiento” libre e informado del damnificado libera de responsabilidad por los perjuicios derivados de la lesión de bienes disponibles (art. 1720, Código Civil y Comercial)²². Los límites son: a) que no contradiga disposiciones especiales que

²¹ ALFERILLO, Pascual E., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo VIII, p. 80.

²² Por el contrario, la asunción del riesgo no constituye causal de justificación del deber de resarcir (art. 1719, Código Civil y Comercial), salvo que pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe el nexo causal.

Ahora bien, la asunción voluntaria del riesgo o el sometimiento voluntario a una situación de peligro para salvar la persona o los bienes de otro genera el derecho al resarcimiento del daño derivado del acto de abnegación o, en su caso, del beneficio que obtuvo el tercero en la medida de su enriquecimiento.

prohíban otorgarlo; b) que sea informado; y c) que no sea emitido para cumplir con una cláusula abusiva.

2.1.2.4 Factor de atribución de responsabilidad como presupuesto del deber de responder

Luego de tratar la antijuridicidad como elemento constitutivo o presupuesto resarcitorio, se regula la atribución del daño que puede basarse en factores objetivos o subjetivos. El Código establece que, en ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa (art. 1721, Código Civil y Comercial), lo que supone el fundamento atributivo subsidiario; la válvula de cierre del sistema.

Un factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad, pero ello no obsta que se analice su conducta desde el enfoque del reproche subjetivo. Aunque la culpa pueda ser irrelevante por regla para atribuir responsabilidad, puede adquirir significación en otros escenarios. Solo la “causa ajena” libera al sindicado como responsable a título objetivo de su responsabilidad, excepto disposición legal en contrario (art. 1722, Código Civil y Comercial). La injerencia causal debe interrumpir el nexo entre la conducta del sindicado como responsable y el perjuicio producido²³.

El Código incluye la distinción entre las obligaciones de resultado y de medios, y las conecta en sus efectos con el factor de atribución (art. 1723, Código Civil y Comercial). Se dispone que cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva. Hay responsabilidad

²³ ALFERILLO, Pascual E., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo VIII, p. 116.

subjetiva cuando la obligación es de medios y responsabilidad objetiva cuando la obligación es de resultado²⁴.

Por su parte, los factores subjetivos de atribución están precisados: la culpa y el dolo (art. 1724, Código Civil y Comercial). La culpa, al igual que en tiempos de Vélez Sarsfield (art. 512, Código Civil derogado), consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Su concepto comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión.

Por su parte, el dolo como factor de atribución de responsabilidad subjetiva se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos²⁵.

Asimismo, se establecen pautas para la ponderación de la conducta que sirven para valorar la existencia de culpa –previsibilidad *in concreto*– y analizar la existencia de nexo de causalidad –previsibilidad *in abstracto*–. Se establece así que 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 (art. 1725, Código Civil y Comercial). Las cualidades especiales del sujeto

²⁴ Remito al análisis que efectué en el Capítulo III.

²⁵ ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., comentario al art. 1724, en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo VIII, p. 147: “Sin duda que el doloso y el culposo incurrir en mala fe, pero esta no es un factor independiente de ellos. En la mala fe mediará intencionalidad dañosa, indiferencia por los intereses de los demás o falta de la diligencia que correspondiere, es decir, ya bien, dolo, o ya bien culpa”.

pueden imponerle un deber más intenso enderezado a la prevención del daño²⁶.

En el marco de esta tesis en la que se analiza el deber de responder del fiduciario merecen especial mención las disposiciones existentes cuando media una confianza especial entre los contratantes (art. 1725, Código Civil y Comercial). Pues, solo en los contratos de confianza –entre los que se encuentra el fideicomiso– se debe tomar en cuenta la condición especial o la facultad intelectual de una persona determinada para valorar su conducta. Es decir, se estima la intensidad de la responsabilidad por la condición especial del agente. Además, se deben tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes.

2.1.2.5 Relación de causalidad como presupuesto del deber de responder

A partir del art. 1726 del Código Civil y Comercial se aborda la relación de causalidad como elemento constitutivo o presupuesto del deber de resarcir. En rigor, el art. 1726 regula dos aspectos diferenciados.

Por un lado, la determinación de la “autoría” material de quien generó el daño, al disponer que son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con “el hecho productor del daño”.

Por el otro, la “extensión del resarcimiento”, es decir, las consecuencias que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño por las que se responde. Solo se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles, excepto que haya una disposición legal en contrario.

²⁶ ALFERILLO, Pascual E., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo VIII, p. 149.

Las “consecuencias inmediatas” para el Código son aquellas que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas. Las “consecuencias mediatas” resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto. Y las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman “consecuencias casuales” (art. 1727, Código Civil y Comercial).

En materia de responsabilidad contractual se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración (art. 1728, Código Civil y Comercial). Es decir, se trata de las consecuencias previstas en el contrato o que pudieron haber previsto las partes al momento de su celebración, y también de las consecuencias no previstas pero vinculadas con el contrato. Estas últimas son las consecuencias naturales de ese incumplimiento o que se pueden deducir implícitamente de la naturaleza de la obligación, pero no estar previstas en el contrato²⁷.

²⁷ ALFERILLO, Pascual E., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo VIII, p. 168: “Verbigracia, en el caso de una compraventa se pudo no prever el interés aplicable (arts. 767 y 769) en caso de mora, en cuyo caso serán aplicables en forma subsidiaria los incs. b) y c) del art. 768, es decir, lo que dispongan las leyes especiales y en subsidio, por tasa que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central. De igual modo ocurre cuando se puede deducir implícitamente de la naturaleza de la obligación cuáles serían las consecuencias del incumplimiento como ocurre cuando se pacta, verbigracia, la elaboración de la torta para el cumpleaños de quince o el traje para una boda. En estos casos no se puede argumentar por el incumplidor que desconocía las posibles consecuencias de su accionar negativo, de su incumplimiento, como sería, por ejemplo: además de los perjuicios económicos, vulnerar el bienestar espiritual de la víctima justificando el resarcimiento del daño moral”.

Empero, cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento (art. 1728, Código Civil y Comercial).

Finalmente, en lo que respecta al nexo adecuado de causalidad, se regulan los factores eximentes: a) el caso fortuito (arts. 1730 y 1732, Código Civil y Comercial); b) el hecho del damnificado (arts. 1729 y 1719, Código Civil y Comercial); y c) el hecho de un tercero por el cual no se debe responder (art. 1731, Código Civil y Comercial).

2.1.2.6 El daño resarcible como presupuesto del deber de responder

De acuerdo con lo establecido en el art. 1737 del Código Civil y Comercial hay 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. Es preciso aclarar que resulta superfluo e innecesario que el Código aluda a lesión a un “derecho”, pues el vocablo “interés” es más amplio que el término “derecho”, al que inequívocamente comprende.

Son requisitos del daño para que proceda la indemnización (daño resarcible) que se trate de un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente (art. 1739, Código Civil y Comercial).

La reparación del daño resarcible debe ser plena o integral con los alcances establecidos en el Código (arts. 1740, 1727 y 1728, Código Civil y Comercial).

La reparación integral está dirigida a la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido

de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable (art. 1740, Código Civil y Comercial).

Se indemnizan no solo los daños presentes, sino también los daños futuros ciertos. El Código de modo meramente enunciativo establece cuáles son los rubros que comprende la indemnización: la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo con la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances (arts. 1738 y 1739, Código Civil y Comercial). Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida (art. 1738, Código Civil y Comercial)

En el concepto de daño no solo se captan a los detrimentos de naturaleza patrimonial, sino también a los que responden a rasgos extrapatrimoniales (arts. 1741 y 1738, segunda oración, Código Civil y Comercial).

2.1.3 Función preventiva

En nuestro ordenamiento jurídico el deber de prevención o evitación de los daños tiene una regulación orgánica, sustancial y procesal, con raigambre constitucional (art. 43, Constitución Nacional), y se proyecta en el Código Civil y Comercial (arts. 10, 52, 1032, 1710 a 1713, 1770, 1973, 2069, 2242), en normas de derecho público y también en ámbitos específicos (art. 252, ley 19550; art. 79, ley 11723; arts. 42, 4.º, 5.º, 6.º, 37 a 39 y conchs., 52 y 53, ley 24240; ley 22262 y el dec. 2284/2019, ley 23592, art. 1.º, ley

25675, arts. 75 y ss., ley 20744; ley 24557, arts. 53, 55 y concs., ley 23551), aunque con alcances y efectos no siempre coincidentes²⁸.

Más aun, bajo la vigencia del Código Civil derogado Aguiar aludía a la “justicia preventiva”²⁹, la que entendía que estaba receptada en el art. 1067 del Código de Vélez.

El Código Civil y Comercial consagró expresamente como una de las funciones de la responsabilidad civil –o mejor, del derecho de daños– a la prevención del daño en los arts. 1710 a 1713, y es ponderada como uno de los puntos salientes del Código vigente.

Su fundamento constitucional es el deber de no dañar a otro –*alterum non laedere*– y la buena fe (art. 1710 inc. b), Código Civil y Comercial). Es aplicable tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual de la responsabilidad, y procede tanto en la tutela de intereses individuales como en la tutela de intereses de incidencia colectiva³⁰.

El Código regula el deber de no causar un daño (art. 1710, Código Civil y Comercial), y el mecanismo idóneo para hacerlo efectivo es a través de la acción preventiva (arts. 1711 a 1713, Código Civil y Comercial)³¹.

²⁸ Conf. PIZARRO, Ramón D., “Función preventiva de la responsabilidad civil. Aspectos generales”, SJA 20/09/2017, 39, cita online: AR/DOC/3952/2017

²⁹ AGUIAR, Henocho D., *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, Buenos Aires, 1950, tomo II, pp. 70 a 77.

³⁰ Véase por todos, las conclusiones de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Plata, 2017, que se alcanzaron por unanimidad por unanimidad.

³¹ AZAR, Aldo M. y OSSOLA, Federico, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (Director) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (Coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial*, cit., tomo III, p. 439.

Respecto del deber jurídico de prevención, la norma citada establece que toda persona tiene el deber “en cuanto de ella dependa” de evitar la causación de un daño, disminuirlo o no agravarlo, dentro del marco de la buena fe.

Se trata de un deber jurídico que recae sobre todo aquel que tiene la aptitud de impedir un daño que se halla dentro de su esfera material o jurídica³².

De los fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial se extrae que, para los redactores de la ley, el deber de prevenir está en cabeza de quien “dependa” prevenir (siempre que se encuentre dentro de su esfera de control). Siendo un concepto tan impreciso será la doctrina y la jurisprudencia las que deberán brindar mayores precisiones para evitar que se convierta en una carga excesiva que afecte la libertad³³.

El sujeto obligado por la norma es el autor o responsable del daño, la propia víctima o un tercero, según los distintos casos.

En todos los supuestos, la exigencia es la de actuar mediante la adopción de medidas razonables, conforme a la buena fe y a las circunstancias del caso³⁴. No se exigen acciones heroicas, ni un peligro excesivo o injustificado para el principio de libertad que el art. 19 de la Constitución Nacional consagra. Es preciso que las

³² ALFERILLO, Pascual E., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo VIII, p. 24.

³³ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “La función preventiva de la responsabilidad civil. Antijuridicidad formal o material”, RCyS2016-VIII, 5 - DJ14/09/2016, 1.

³⁴ AZAR, Aldo M. y OSSOLA, Federico, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (Director) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (Coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial*, cit., tomo III, p. 442.

circunstancias concretas impongan al sujeto un deber inequívoco de actuar, sea expreso o tácito³⁵.

Ahora bien, si en tales casos no se actúa, esa omisión deviene en antijurídica.

El deber de prevención explicado se canaliza a través de la acción preventiva. Esta acción es de naturaleza sustancial y autónoma, y no se exige que no exista otra vía judicial más idónea para su procedencia. Ello sin perjuicio de que la prevención sea el fundamento de medidas cautelares o procesos no autónomos³⁶. Puede promoverse por vía de la acción de amparo, hábeas data o las medidas autosatisfactivas, observando, claro está, sus requisitos específicos de procedencia.

No es un remedio excepcional ni es de interpretación restrictiva, pues cualquier persona que vea amenazado un interés jurídico o haya comenzado a sufrir un daño, puede incoar la acción preventiva para evitar la ocurrencia del perjuicio o su agravamiento³⁷.

El art. 1711 del Código Civil y Comercial dispone: “*Acción preventiva*. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”.

³⁵ Véase el despacho unánime producido en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2017, Comisión nro. 4: Derecho de daños, Función preventiva y sancionatoria de la responsabilidad civil.

³⁶ AZAR, Aldo M. y OSSOLA, Federico, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (Director) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (Coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial*, cit., tomo III, p. 445.

³⁷ CALVO COSTA, Carlos A., “La prevención: la otra cara de la responsabilidad civil (¿o del Derecho de daños?)”, RCyS2018-III, p. 20.

Los presupuestos para la procedencia de la acción preventiva son³⁸: 1) una acción u omisión que origina un peligro de daño; 2) la antijuridicidad de la conducta riesgosa; 3) la previsibilidad del resultado nocivo; d) la lesión a un interés razonable del actor; 5) la posibilidad de detener el emprendimiento nocivo.

La antijuridicidad en la acción preventiva corresponde distinguirla según se trate, por un lado, de un supuesto de daño cierto, actual y producido (art. 1710, inc. c]) o comenzado pero no consumado (art. 1710, inc. b]); y, por el otro, de un supuesto de previsibilidad de causación de un daño (art. 1710, inc. a)]³⁹.

En el primer caso (daño cierto y actual, producido o comenzado pero no consumado), la antijuridicidad será material, pues se determinará considerando la ocurrencia de un daño no justificado. En el segundo supuesto (previsibilidad de causación de un daño), la antijuridicidad solo podrá predicarse de la conducta, que se erige como condición previsible. Es decir, se tratará de una antijuridicidad formal.

³⁸ Conf. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *La responsabilidad civil*, Córdoba, Alveroni, Córdoba, tomo I, 2015, p. 211; AZAR, Aldo M. y OSSOLA, Federico, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (Director) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (Coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial*, cit., tomo III, p. 446.

³⁹ Se comparte en ese sentido la tesis sostenida por AZAR, Aldo M. y OSSOLA, Federico, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (Director) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (Coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial*, cit., tomo III, p. 448; y esbozada por ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E. opinión al comentario al art. 1711, en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo VIII, p.34.

En doctrina se explica⁴⁰ que para que pueda hacerse valer la función preventiva ante la mera posibilidad de que se ocasione un daño, la antijuridicidad al ser calificativa de la conducta, deberá ser una antijuridicidad formal y no meramente material, pues no sería admisible una acción preventiva contra una conducta lícita por la mera posibilidad de que pueda ser generadora de un daño, aun cuando ese eventual daño puede configurar una violación al deber general de no dañar (*neminem laedere*). Dentro del concepto de conducta antijurídica se incluye la conducta abusiva en los términos del art. 10 del Código Civil y Comercial⁴¹.

⁴⁰ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “La función preventiva de la responsabilidad civil. Antijuridicidad formal o material”, op. y loc. citis. Es importante hacer notar que el autor citado, que explica con meridiana claridad el fundamento por el que corresponde tener en cuenta la antijuridicidad formal, no distingue los distintos supuestos de acción preventiva, tal como se efectúa en este trabajo.

⁴¹ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “La función preventiva de la responsabilidad civil. Antijuridicidad formal o material”, op. y loc. citis.: “No sería a nuestro juicio admisible una acción preventiva contra una conducta lícita por la mera posibilidad de que pueda ser generadora de un daño, aun cuando ese eventual daño puede configurar una violación al deber general de no dañar (*neminem laedere*). Insistimos, es la conducta potencialmente dañosa y considerada en sí misma la que debe ser contraria a una norma del ordenamiento jurídico cuando el daño aún no se ha ocasionado. Una conducta potencialmente dañosa, pero lícita no viabiliza la acción preventiva. Conducir un automotor, por más que pueda ser potencialmente causa de algún perjuicio, no justifica una acción preventiva. Dentro del concepto de conducta antijurídica incluimos la conducta abusiva en los términos del art. 10 del Código Civil y Comercial. Ejemplifiquemos. Todo automotor en circulación puede generar daños; es un dato de la realidad incontestable. En consecuencia, cualquier persona estaría legitimada para impedir la circulación de vehículos, por cuanto existe la posibilidad de que se ocasione un daño

Ahora bien, la calificación de la antijuridicidad como presupuesto de la acción preventiva no es pacífica en doctrina. Además de la tesis aquí propugnada, existen autores que sin distinguir los supuestos de procedencia de la acción preventiva consideran que se debe tratar de una antijuridicidad formal⁴², otros incluso de una antijuridicidad material⁴³, no faltando

antijurídico. Pero ello es absurdo, pues se paralizarían muchas actividades plenamente lícitas. De ahí que la conducta debe ser ilícita en sí misma considerada. Por ejemplo, demostrar previamente que estamos frente a una acción u omisión que vulnera una norma específica del ordenamiento (antijuridicidad formal). Siguiendo con la ejemplificación, podría iniciarse acción de prevención contra determinados vehículos que no reúnen las condiciones mínimas para la circulación conforme las leyes regulatorias (v.gr., Ley de Tránsito)”.

⁴² VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “La función preventiva de la responsabilidad civil. Antijuridicidad formal o material”, op. y loc. cit.; XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2017, Comisión nro. 4: Derecho de daños, Función preventiva y sancionatoria de la responsabilidad civil, despacho C, minoritario.

⁴³ PIZARRO, Ramón D., “Función preventiva de la responsabilidad civil. Aspectos generales”, op. y loc. cit.: “Nosotros creemos que lo que se requiere es que de manera clara e inequívoca exista un deber de actuar para prevenir el daño, emergente del ordenamiento jurídico integralmente considerado. Ella puede surgir no solo de lo que formalmente establezca una norma, sino también de todo un plexo que se integra con los valores y principios fundamentales que emergen de aquél. Se incluye aquí el abuso del derecho, el fraude a la ley, la regla moral, las buenas costumbres y el orden público”; AZAR, Aldo M. y OSSOLA, Federico, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (Director) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (Coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial*, cit., tomo III, p. 447; XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2017, Comisión nro. 4: Derecho de daños, Función preventiva y sancionatoria de la

quienes distinguen los casos según se trate de responsabilidad contractual (antijuridicidad en sentido formal) y extracontractual (antijuridicidad en sentido material)⁴⁴.

El Código también exige como presupuesto de la acción preventiva que la conducta haga previsible la producción de un daño. Lógicamente esa previsibilidad debe analizarse a tenor de las reglas de la causalidad adecuada. En rigor, se exige una relación de causalidad potencialmente adecuada entre la omisión del deber de prevención y el probable daño⁴⁵.

No se exige la existencia de factor de atribución, pues se trata de evitar la causación de un daño derivado de una conducta no

responsabilidad civil, despacho B, minoritario. En contradicción, en las citadas jornadas, al tratar los requisitos de la pretensión preventiva se exige que la conducta riesgosa debe ser materialmente antijurídica y resultó: “Aprobado por unanimidad”

⁴⁴ XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2017, Comisión nro. 4: Derecho de daños, Función preventiva y sancionatoria de la responsabilidad civil, aprobado por mayoría; BORDA, Alejandro y FOSSACECA (h.), Carlos A., “Reflexiones sobre la unificación de la responsabilidad y la prevención contractual”, op. y loc. cit.: “En el ámbito extracontractual, la antijuridicidad se configura por el incumplimiento del deber genérico de no dañar; por lo tanto, basta la amenaza de sufrir un daño para activar la acción preventiva que el propio Código prevé. En el ámbito contractual, en cambio, debe darse un incumplimiento específico, imputable a una de las partes. Con otras palabras, no basta la amenaza de sufrir un daño, sino que es necesario el incumplimiento específico de un mandato legal”; CALVO COSTA, Carlos A., “La prevención: la otra cara de la responsabilidad civil (¿o del Derecho de daños?)”, op. y loc. cit.

⁴⁵ XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2017, Comisión nro. 4: Derecho de daños, Función preventiva y sancionatoria de la responsabilidad civil, aprobado por unanimidad.

justificada, y no de resarcirlo. Es irrelevante de quien provenga la conducta, que se haya obrado con culpa o no (podría, incluso, tratarse de un inimputable), y que sea riesgoso dicho actuar o no lo sea⁴⁶.

La legitimación activa en la acción preventiva está regulada en el art. 1712 del Código Civil y Comercial que dispone que “están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño”. Es decir, puede accionar toda persona que acredite un interés razonable no contrario a derecho en la prevención del daño, sea el mismo patrimonial o extrapatrimonial, individual o colectivo⁴⁷. Se trata tanto de un interés jurídico como de un interés de hecho.

El Código Civil y Comercial también regula distintos aspectos que debe considerar la sentencia a dictar en la acción preventiva.

El art. 1713 del Código Civil y Comercial establece: “*Sentencia*. La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción

⁴⁶ AZAR, Aldo M. y OSSOLA, Federico, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (Director) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (Coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial*, cit., tomo III, pp. 449 y 450: “Empero, cabe advertir que, en la mayoría de los casos, se presentarán el *riesgo* o la *culpabilidad*, particularmente el primero, y, para quienes reconocen al abuso del derecho como causa de imputación, el ejercicio irregular. El *peligro de daño inminente es ‘riesgo’*. Pero, en rigor de verdad, son otras las razones axiológicas (que siempre las hay) para justificar la acción preventiva: la evitación de daños injustos por parte de quien puede hacerlo, obrando de buena fe, y en cuanto de él dependa”.

⁴⁷ XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2017, Comisión nro. 4: Derecho de daños, Función preventiva y sancionatoria de la responsabilidad civil, aprobado por unanimidad.

posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad”.

La norma es amplia y admite expresamente tanto el dictado de sentencia a pedido de parte como de oficio. En ese sentido, hay acuerdo en doctrina sobre las amplias facultades del juez a la hora de resolver fundada y razonablemente, sin estar compelido a seguir los planteos de las partes, lo cual es de toda lógica en orden a la admisión de su actuación de oficio⁴⁸.

Esas facultades que le confiere la norma al juez no pueden ser interpretadas como una violación del principio de congruencia, pues, como se ha señalado⁴⁹, este se diluye en parte debido a la existencia de un interés superior, como es el que reposa en el principio de prevención⁵⁰.

Como dice la norma, el juez debe resolver ponderando los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad. La idoneidad

⁴⁸ XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2017, Comisión nro. 4: Derecho de daños, Función preventiva y sancionatoria de la responsabilidad civil, aprobado por unanimidad.

⁴⁹ PIZARRO, Ramón D., “Función preventiva de la responsabilidad civil. Aspectos generales”, op. y loc. cit.: “No rige en esta materia el principio de congruencia. Finalidad perseguida: asegurar máxima eficacia en la obtención de la finalidad preventiva perseguida. Dado que esto último puede, muchas veces, afectar el derecho de defensa de las partes, el juez debe ser muy prudente a la hora de proceder de oficio, evitando que puedan generarse situaciones abusivas”; AZAR, Aldo M. y OSSOLA, Federico, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (Director) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (Coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial*, cit., tomo III, p. 451.

⁵⁰ AZAR, Aldo M. y OSSOLA, Federico, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (Director) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (Coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial*, cit., tomo III, p. 451.

del medio seleccionado se vincula no solo con el resultado final procurado, sino también con las técnicas procesales eficaces para asegurar su concreción⁵¹. Es una solución lógica. El conflicto puede involucrar derechos e intereses amparados por la Constitución Nacional y lo razonable es seguir un criterio que conduzca a la menor restricción posible de aquél que resulte alcanzado por la medida. Esta pauta de menor restricción posible es consistente con el anacrónico principio del *favor debitoris* que, en caso de duda, impone estar en favor de la liberación del deudor (arts. 727 y 1068, Código Civil y Comercial).

Las medidas, según el caso, podrán ser provisorias o definitivas, principales o accesorias, en un proceso ya iniciado o incoado a esos fines. También, según corresponda, la sentencia puede imponer obligaciones de dar, hacer o no hacer, desechando las tesituras que advirtieron que la decisión judicial no puede ser fuente de obligaciones⁵².

2.1.4 Función punitiva

El Código Civil y Comercial desde lo expresivo adoptó una postura bipartita de las funciones de la responsabilidad civil, consagrando expresamente en el art. 1708 a las funciones resarcitoria y preventiva.

Es interesante transcribir el art. 1714 del Anteproyecto de Código Civil y Comercial, que disponía: “*Sanción pecuniaria disuasiva*. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de

⁵¹ PIZARRO, Ramón D., “Función preventiva de la responsabilidad civil. Aspectos generales”, op. y loc. cit.; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *La responsabilidad civil*, cit., tomo I, p. 298.

⁵² Véase un estado de la cuestión en TRIGO REPRESAS, Félix A., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo IV, pp. 43 y 44.

parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada”. El art. 1715, por su parte, rezaba: “*Punición excesiva*. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en el artículo anterior. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida”.

La Comisión Bicameral eliminó a la sanción pecuniaria disuasiva en la instancia de su tratamiento como Proyecto, con el siguiente fundamento: “Se elimina el instituto de la sanción pecuniaria disuasiva del proyecto con el fin de que la autoridad de aplicación mantenga sus potestades, inhibiendo a la autoridad jurisdiccional de resolver estas cuestiones. Sin embargo, se mantiene el art. 1715 sobre punición excesiva, con su texto desdoblado, por entender que su campo de aplicación se extiende más allá de la supresión mencionada, pues en su ámbito quedan comprendidas otras sanciones civiles, como las conminatorias reguladas en el art. 804 y la especial en materia de daño punitivo contemplada en el art. 52 bis de la ley 24240”.

También se suprimió en la Comisión Bicameral la reforma al art. 52 bis la ley 24240, diciendo: “Se estima conveniente mantener la redacción del art. 52 bis del 24240 que limita las facultades de imponer multa civil a los jueces a favor del consumidor”.

En doctrina⁵³ se calificó a las razones dadas por la Comisión Bicameral como contradictorias, ininteligibles e insuficientes, pues la norma del Anteproyecto, al igual que el art. 52 bis de la ley de protección de los consumidores, no implicaba privar a la administración de sus potestades administrativas. Las multas por infracciones administrativas nada tienen que ver con los daños punitivos.

También se precisó que tal supresión es lamentable porque mantiene la inconsistencia del sistema: aceptar los daños punitivos por el mero incumplimiento si están en juego los derechos del consumidor y rechazarlos si hay serios ataques a los derechos colectivos del ambiente⁵⁴.

Ahora bien, aunque parecería que la función punitiva de la responsabilidad civil quedó confinada al ámbito de aplicación de los microsistemas de defensa del consumidor (art. 52 bis, ley 24240) y de defensa de la competencia (art. 64, ley 27442), esto no es así.

En el Código Civil y Comercial existen figuras especiales a través de las cuales se canaliza la función sancionatoria como son

⁵³ PICASSO, Sebastián, “Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación”, op. y loc. cit.

⁵⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “El derecho de la responsabilidad civil y los nuevos paradigmas en el Código Civil y Comercial argentino: prevención, precaución y represión”, op. y loc. cit.: “Por mi parte, atribuyo la sustitución de los textos a dos lobbies a los que no temo en calificar de ‘fundamentalistas’: el de los ‘administrativistas’, que defienden su feudo y rechazan cualquier ‘invasión’ del derecho civil, aunque sea por ignorancia, como ha sido en este caso, ya que creen que las sanciones pecuniarias disuasivas son algo distinto a los daños punitivos; y el de ciertos defensores del derecho del consumo, que nunca reconocieron los errores del texto incorporado en el 2008, y lo defienden como si fuera perfecto”.

la cláusula penal (art. 794)⁵⁵, los intereses punitivos (art. 769), las astreintes (art. 804)⁵⁶, así como la facultad que confiere al juez el art. 1714 del Código Civil y Comercial.

Por su ámbito de aplicación, resulta interesante efectuar algunas precisiones sobre los arts. 1714 y 1715, que respectivamente disponen: “*Punición excesiva*. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto”; y “*Facultades del juez*. En el supuesto previsto en el artículo 1714 el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida”.

Es indudable que esta facultad judicial no resulta solo aplicable a las sanciones punitivas de las leyes de defensa del consumidor o de defensa de la competencia, pues la norma es clara en cuanto a que se aplica a todas las “condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles”⁵⁷.

Partiendo de estas normas, y efectuando una adecuada reconstrucción armónica del sistema, es posible captar a la punición como una vertiente que emana de la función preventiva del Derecho de Daños que organiza el Código Civil y Comercial.

⁵⁵ AZAR, Aldo M. y OSSOLA, Federico, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (Director) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (Coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial*, cit., tomo III, p. 466.

⁵⁶ ALTERINI, Ignacio E., opinión al comentario al art. 1713, en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo IV, p. 50.

⁵⁷ Conf. AZAR, Aldo M. y OSSOLA, Federico, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (Director) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (Coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial*, cit., tomo III, p. 466.

2.2 La incidencia del patrimonio separado en la reparación de daños

2.2.1 Generalidades

En el Capítulo I se analizaron los fundamentos, la regulación, y los caracteres de la separación patrimonial en el contrato de fideicomiso. Asimismo, se estudiaron las relaciones entre el patrimonio separado del fiduciario y su patrimonio general, los efectos de su constitución y la oponibilidad frente a las restantes posiciones jurídicas del contrato y frente a terceros.

En esta parte del trabajo corresponde tratar los límites que impone en materia de daños la constitución del patrimonio separado.

2.2.2 Incidencia respecto de las restantes posiciones jurídicas

2.2.2.1 Principio general y delimitación

Respecto de las restantes posiciones jurídicas del contrato de fideicomiso (fiduciantes, beneficiarios y fideicomisarios), el principio general es que el fiduciario no responde con su patrimonio general por las obligaciones contraídas en ejecución del fideicomiso (art. 1687, Código Civil y Comercial), dentro de las que se encuentran las obligaciones derivadas de su responsabilidad por daños.

Estas obligaciones se deben atender exclusivamente con los bienes fideicomitidos que integran el patrimonio separado del fideicomiso de titularidad del fiduciario.

Ahora bien, este límite, que es el principio general en la materia, reconoce importantes excepciones que se pueden encuadrar genéricamente en la violación de su deber de obrar con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa en base a la confianza depositada en él (pauta de actuación que contiene el art. 1674, Código Civil y Comercial), y en la actuación

que exorbite la finalidad de la constitución del contrato de fideicomiso (arg. arts. 1687, tercer párrafo, primera oración, y 1688, primero y último párrafos).

En materia de responsabilidad del fiduciario esta actuación con violación de las pautas de conducta impuestas legalmente o con fines ajenos a los del contrato de fideicomiso del caso, sin duda configurará un supuesto de actuación culposa o dolosa.

Por ello, *a priori* se puede afirmar que en materia de responsabilidad subjetiva donde el factor de atribución es el dolo o la culpa (art. 1721, Código Civil y Comercial) ese principio general de limitación de la responsabilidad se verá afectado. Al importar un agravamiento del régimen general de responsabilidad del fiduciario, lo analizaré cuando haga mérito de los “Agravamientos”.

Diverso puede ser el caso si median factores de atribución objetivos de responsabilidad.

2.2.2.2 Factores objetivos de atribución

2.2.2.2.1 Encuadramiento

Cuando media un factor de atribución objetivo, en principio, no se pondera la conducta del fiduciario en términos de culpabilidad. La causa de imputación que justifica la responsabilidad puede ser el riesgo, la garantía, la seguridad, la equidad, la dependencia, la falta de servicio, la igualdad ante las cargas públicas, la peligrosidad de una actividad grupal, la potestad, entre otras⁵⁸.

Bajo esa cobertura conceptual, se caracteriza al factor objetivo como aquel que imputa la responsabilidad a quien es titular o está

⁵⁸ AZAR, Aldo M. y OSSOLA, Federico, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (Director) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (Coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial*, cit., tomo III, p. 410.

emplazado en una situación jurídica característica, definida con fundamentos de justicia distributiva, compensatoria o equitativa, que es condición causal de acciones o hechos productores de daños⁵⁹.

El fiduciario puede incurrir en responsabilidad por un factor objetivo de atribución, pese a haber actuado como un buen hombre de negocios en los términos del art. 1676 del Código Civil y Comercial.

También puede suceder que el hecho que causa un daño con fundamento en un factor de atribución objetivo tenga como antecedente la conducta negligente del fiduciario, o bien deje entrever la intención deliberada de dañar o su manifiesta indiferencia por los intereses ajenos. Y, si bien tales antecedentes van a resultar irrelevantes para la imputación de la consecuencia dañosa, sí lo serán para establecer que el fiduciario –por otra causa– actuó con culpa o con dolo y no podrá escudarse en la limitación patrimonial. Es decir, responderá frente a las otras posiciones jurídicas del fideicomiso con su patrimonio general.

La responsabilidad anclada en factores objetivos de atribución tiene como única eximente a la causa ajena (art. 1722, Código Civil y Comercial), es decir, la inexistencia de relación de causalidad entre la conducta del fiduciario y el daño.

2.2.2.2 Riesgo de las cosas y de las actividades

El supuesto de responsabilidad por riesgo de las cosas (art. 1757, Código Civil y Comercial)⁶⁰ y de las actividades se encuentra

⁵⁹ AZAR, Aldo M. y OSSOLA, Federico, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (Director) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (Coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial*, cit., tomo III, p. 410.

⁶⁰ El art. 1757, Código Civil y Comercial, alude al “riesgo o vicio de las cosas”, fraseología que introdujo al derecho argentino la ley 17.711 en el art. 1113 del Código Civil derogado. En rigor, el vicio, o sea el defecto,

expresamente previsto en materia de fideicomiso, como se analizó en el Capítulo III.

El fiduciario tiene la obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil. Los riesgos y montos serán los que establezca la reglamentación –al día de la fecha inexistente– y, en defecto de esta, los que resulten razonables (art. 1685, segundo párrafo, Código Civil y Comercial).

El art. 1685 establece que en caso de que el fiduciario no contrate seguro, o aun cuando haciéndolo este resulte insuficiente en la cobertura de riesgos o montos “es responsable en los términos de los arts. 1757 y concordantes”. La norma no especifica que se está aludiendo a la responsabilidad personal del fiduciario con su patrimonio general, pero así entiendo que se debe leer. La interpretación que propugno tutela debidamente los derechos de igualdad y propiedad de los sujetos dañados (arts. 16 y 17, Constitución Nacional). Además, armoniza con las reglas que rigen la responsabilidad civil del fiduciario, pues el fiduciario que no contrató seguro incurre en un incumplimiento contractual doloso o culposo que no resulta dispensable (arts. 1676 y 1685, Código Civil y Comercial), y por ende no podrá escudarse en la limitación patrimonial frente a terceros ni, lógicamente, frente a las restantes posiciones jurídicas.

Luego, las situaciones que se pueden presentar son varias.

En el caso en el que el fiduciario hubiera contratado un seguro razonable, los terceros podrán reclamar y ser indemnizados por la aseguradora y por el patrimonio especial del fiduciario del fideicomiso por lo que excede del límite de la cobertura como en

que pueda patentizarse en la cosa solo importará un factor objetivo, siempre que tal defecto tenga la aptitud de generar daños, o sea, que sea riesgosa. Por ese razonamiento, hubiera sido suficiente que el legislador hubiera referido únicamente al riesgo, pues el vicio no es más que una de sus especies.

cualquier otro supuesto en el que se hayan sufrido daños (art. 118, ley 17418).

En el supuesto en el que el fiduciario no hubiera contratado seguro, los terceros podrán reclamar y ser indemnizados por los patrimonios especial y general del fiduciario del fideicomiso; y, si existe seguro, pero este es irrazonable, por la aseguradora en los límites de la cobertura.

De configurarse tal supuesto, las restantes posiciones jurídicas podrán accionar contra el patrimonio general del fiduciario y repetir las sumas pagadas con el patrimonio especial para lograr su recomposición y resarcirse de los restantes daños que se hubieren causado.

Además, tal incumplimiento de contratación de seguro o la irrazonabilidad de la contratación, constituirá una causal de remoción del fiduciario (art. 1678 inc. a), Código Civil y Comercial).

El caso adquiere un matiz particular cuando se trata de un fideicomiso de consumo o bien el fiduciario contrata con terceros actuando como proveedor en contratos de consumo, pues en estos casos de responsabilidad por riesgo de la cosa o de las actividades riesgosas regirá el art. 40, ley 24240, que, además, extiende el deber de responder a toda la cadena de comercialización.

A idéntica solución, aunque por diversos fundamentos, se arribaría si se considerara que la contratación del seguro constituye una carga⁶¹ y no una obligación del fiduciario. Pues, si el fiduciario no hubiera contratado seguro teniendo la carga de hacerlo, no habrá actuado como un buen hombre de negocios que actúa en base a la confianza depositada en él y podrá ser removido por incumplimiento de sus obligaciones (art. 1678 inc. a), Código Civil y Comercial). Además, las restantes posiciones jurídicas

⁶¹ Véase el Capítulo III.

tendrán idénticas acciones contra el fiduciario para lograr la recomposición del patrimonio especial y los eventuales daños causados.

En síntesis, solo regirá la limitación patrimonial en los supuestos de daños causados por riesgo o vicio de las cosas, cuando el fiduciario haya contratado seguro y este sea razonable en la cobertura de riesgos y montos.

2.2.2.2.3 Otros factores

Respecto de los restantes factores de atribución objetivos no existe una disposición específica para el caso del fideicomiso. Por ende, se aplican las reglas generales, las que tendrán particular impacto en algunos supuestos.

El fiduciario responderá objetivamente por el hecho de los auxiliares (arts. 732 y 1753, Código Civil y Comercial), solución coherente con la específica que le prohíbe dispensarse del dolo o la culpa en que incurrieren sus dependientes (art. 1676, Código Civil y Comercial). El fundamento de este deber de responder es que el fiduciario debe garantizar los actos del auxiliar.

También existen casos en los que la garantía es factor atributivo de responsabilidad del fiduciario, entendida esta como la indemnidad o ausencia de daños ante la exposición, ocurrencia o actuación del agente con relación al sujeto protegido.

Interesa considerar los casos en los que el fiduciario haya asumido voluntariamente la garantía a través de un pacto de cumplimiento de la obligación sin que sean eximentes posibles el caso fortuito o la imposibilidad de pago (art. 1733, inc. a), Código Civil y Comercial); prometido el hecho de un tercero y garantizado su aceptación (art. 1026, segundo párrafo, Código Civil y Comercial); o bien que se trate de un fiduciario profesional que introdujo o utiliza cosas con vicios en el desarrollo y con fundamento en la garantía asume responsabilidad objetiva y de fuente legal frente al damnificado (art. 1768, Código Civil y Comercial).

Asimismo, el factor de atribución garantía está impuesto por la ley en la obligación de saneamiento (art. 1034, Código Civil y Comercial), que comprende a la garantía por evicción (art. 1044, Código Civil y Comercial) y por vicios ocultos (arts. 1051 y 1052, Código Civil y Comercial), en las que el fiduciario no se podrá liberar probando la inexistencia de culpabilidad.

También responderá por equidad en los supuestos de actos involuntarios (art. 1750, Código Civil y Comercial), daño necesario (art. 1718, inc. c], Código Civil y Comercial) y por el acto de abnegación (art. 1719, segundo párrafo, Código Civil y Comercial)⁶².

Lo propio sucederá con las obligaciones de resultado de fuente legal o contractual que asume el fiduciario, que se han analizado en el Capítulo III, y que le imponen una responsabilidad objetiva (arg. arts. 774, incs. b] y c], 1723 y 1768).

Especial análisis merece el supuesto de la obligación de seguridad del fiduciario, sea esta obligación de fuente contractual o legal⁶³, en tanto le impone mantener indemnes todos los bienes jurídicos que integran y emanan de aquella. Se trata de un deber tendiente a asegurar al acreedor que no sufrirá daños en su persona o en sus bienes que deriven de incumplimientos no

⁶² AZAR, Aldo M. y OSSOLA, Federico, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (Director) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (Coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial*, cit., tomo III, p. 418.

⁶³ Se controvierte acerca de la perdurabilidad de la obligación tácita de seguridad con el régimen del Código Civil y Comercial. Véase el debate producido entre PICASSO, Sebastián, “Réquiem para la obligación de seguridad en el derecho común”, *RCCyC* 2015 (julio), p. 146; y PIZARRO, Ramón D., “¿Réquiem para la obligación de seguridad en el Código Civil y Comercial?”, *La Ley*, 2015-E, p. 840.

comprendidos en la prestación obligacional⁶⁴. En principio, supone una obligación de resultado y, por tanto, proyecta un factor de atribución objetivo⁶⁵.

Existen obligaciones de seguridad de fuente legal que tienen relevancia particular en materia de responsabilidad del fiduciario como es el caso del art. 75 de la ley de contrato de trabajo⁶⁶. El

⁶⁴ GALDÓS, Jorge M. y VALICENTI, Ezequiel, “Vigencia y resistematización de la obligación tácita de seguridad en el Código Civil y Comercial”, diario La Ley, 09/06/2021, 1: “Constituye una traslación al ámbito contractual de la responsabilidad objetiva, con base en la buena fe, la garantía y ahora también en el riesgo (doctrina arts. 9,10, 774 incs. b) y c), 1289 inc. c), 1723, 1768, 1757 y 1758, Cód. Civ. y Com.)”.

⁶⁵ COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “Los alcances de la ‘obligación de seguridad’”, La Ley, 2018-B, p. 453. Comp. ALFERILLO, Pascual E., “Reflexiones sobre la obligación de seguridad en los contratos”, diario, La Ley, 22/02/2021, p. 8: “La naturaleza y finalidad de la cláusula tácita de seguridad inserta legalmente en el plexo contractual, impone el deber de no causar daño a la otra en la ejecución del convenio, configurando una obligación de resultado en los términos de los incs. b) y c) del art. 774, de donde surge una responsabilidad objetiva, de acuerdo con el texto del art. 1723, Cód. Civ. y Com.”.

⁶⁶ Art. 75 de la ley 20744: “*Deber de seguridad*. El empleador debe hacer observar las pautas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en la ley y demás normas reglamentarias, y adoptar las medidas que según el tipo de trabajo, la experiencia y la técnica sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores, debiendo evitar los efectos perniciosos de las tareas penosas, riesgosas o determinantes de vejez o agotamiento prematuro, así como también los derivados de ambientes insalubres o ruidosos. Está obligado a observar las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes sobre higiene y seguridad en el trabajo. El trabajador podrá rehusar la prestación de trabajo, sin que ello le ocasione pérdida o disminución de la remuneración, si el mismo le fuera exigido en

fiduciario respecto de sus dependientes en sentido estricto está obligado a observar las normas legales sobre higiene y seguridad en el trabajo, y a hacer observar las pausas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en el ordenamiento legal. Los daños que sufra el trabajador como consecuencia del incumplimiento de esas obligaciones se rigen por las normas que regulan la reparación de los daños provocados por accidentes en el trabajo y enfermedades profesionales.

Si el fiduciario ocupa la posición jurídica de transportista en un contrato de transporte de personas debe “garantizar su seguridad” al pasajero y, por ende, tiene responsabilidad objetiva (art. 1289, inc. c], Código Civil y Comercial).

Asimismo, el deber de seguridad del fiduciario emergerá en supuestos de actos peligrosos (art. 55, Código Civil y Comercial), de investigaciones en seres humanos cuando su eficacia o seguridad no están comprobadas científicamente (art. 58, Código Civil y Comercial), y de actividades riesgosas (arts. 1757 y 1758, Código Civil y Comercial). Ahora bien, en estos casos el factor de atribución de la responsabilidad será el riesgo.

Cuando el fiduciario califique como proveedor en el ámbito de una relación de consumo resultarán aplicables los arts. 5.º y 6.º de la ley 24240⁶⁷; resonancias del art. 42 de la Constitución Nacional.

El art. 5.º establece la obligación de seguridad del proveedor y dispone que en todos los casos las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en

transgresión a tales condiciones, siempre que exista peligro inminente de daño o se hubiera configurado el incumplimiento de la obligación, mediante constitución en mora, o si habiendo el organismo competente declarado la insalubridad del lugar, el empleador no realizara los trabajos o proporcionara los elementos que dicha autoridad establezca”.

⁶⁷ Véase el Capítulo III.

condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios. Por su parte, el art. 6.º regula los supuestos especiales de cosas y servicios riesgosos, al disponer: “Las cosas y servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios, cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos. En tales casos debe entregarse un manual en idioma nacional sobre el uso, la instalación y mantenimiento de la cosa o servicio de que se trate y brindarle adecuado asesoramiento. Igual obligación regirá en todos los casos en que se trate de artículos importados, siendo los sujetos anunciados en el artículo 4 responsables del contenido de la traducción”.

2.2.3 Efectos con relación a terceros

2.2.3.1 Planteamiento

Para analizar los límites de la responsabilidad del fiduciario frente a terceros resulta central delimitar los casos de daños ocasionados a partir de un incumplimiento obligacional (esfera contractual) de aquellos que tienen como causa la violación del deber general de no dañar a otro (esfera extracontractual). Recién a partir de esta distinción corresponderá analizar la incidencia que puede tener el factor de atribución de responsabilidad respecto de los límites de la responsabilidad del fiduciario.

En los supuestos de daños ocasionados en un incumplimiento obligacional corresponde analizar si es oponible la separación patrimonial a los terceros. Resultará determinante si el tercero es interesado o no lo es, o si es de buena fe o de mala fe (arg. art. 1893, Código Civil y Comercial).

Esta cuestión no se plantea en los supuestos de violación del deber genérico de no dañar por el fiduciario, pues es de toda obviedad que al tercero dañado no se lo podrá catalogar como de

buena o mala fe y que, por ende, resultará irrelevante si este conoció o debió conocer la existencia del contrato de fideicomiso (arg. art. 1893, Código Civil y Comercial). Por lo expuesto, en la esfera extracontractual y frente a terceros, el fiduciario responderá tanto con el patrimonio separado del fideicomiso como con su patrimonio general.

2.2.3.2 Conceptos centrales

En las hipótesis de daños causados a partir de un incumplimiento obligacional es necesario determinar si al sujeto que contrató con el fiduciario y resulta dañado le es oponible la separación patrimonial. En ese caso, solo puede resarcirse del patrimonio separado del fideicomiso.

La hipótesis que aquí interesa es la de un sujeto que contrató con el fiduciario, pero que es un tercero respecto del contrato de fideicomiso del que es parte su cocontratante, el fiduciario.

A priori se debe precisar que la noción de “tercero” según el Diccionario de la Real Academia Española es toda “persona que no es ninguna de dos o más de quienes se trata o que intervienen en un negocio de cualquier género”. Desde el punto de vista jurídico, estos terceros serían los terceros extraños (*penitus extranei*) o terceros absolutos, y no pueden ser afectados por las relaciones jurídicas celebradas por otros.

A esta categoría se refieren los arts. 1021 y 1022 del Código Civil y Comercial cuando aluden al efecto relativo de los contratos. En otros términos, se trata de los “terceros desinteresados”.

Quedan excluidos de esta noción aquellos que, aunque eran terceros al momento de la celebración del contrato de fideicomiso, han devenido en partes con posterioridad, sea como sucesores particulares o universales.

Por oposición, los “terceros interesados” son aquellos que, por una razón u otra, tienen algún derecho subjetivo o interés

relacionado⁶⁸ con el contrato de fideicomiso; v.gr. el acreedor de cualquiera de las posiciones jurídicas, el beneficiario o fideicomisario de ese contrato de fideicomiso antes de su aceptación (arg. arts. 881 y 1681, Código Civil y Comercial). En el supuesto considerado, el tercero que celebra actos jurídicos con el fiduciario respecto de bienes fideicomitidos –aun cuando este no invoque su calidad de tal– será un “tercero interesado” respecto del contrato de fideicomiso.

Esos “terceros interesados” por contar con un interés legítimo podrían invocar la inoponibilidad de la constitución de la propiedad fiduciaria y del patrimonio separado que son efecto de la celebración del contrato de fideicomiso y que no tuvieron publicidad suficiente⁶⁹.

La determinación de cuándo un tercero interesado es de buena fe en el ordenamiento jurídico argentino se extrae de lo dispuesto en el art. 1893 del Código Civil y Comercial.

La fuente inmediata de esta norma es el Proyecto de 1998 que receptó la concepción subjetiva de la buena fe del tercero en la modalidad suiza⁷⁰ triunfante en el Primer Congreso de Derecho

⁶⁸ Conf. SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (Director) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (Coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial*, cit., tomo IV, p. 533.

⁶⁹ Véase ALTERINI, Jorge H., ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, Ma Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, La Ley, Buenos Aires, 2018, tomo I, p. 781: “‘Terceros interesados’ son los que por contar con un interés legítimo podrían invocar la inoponibilidad del derecho real no publicitado: los sucesores particulares, los titulares de otros derechos reales, la masa del concurso, los acreedores privilegiados, retentores, simples quirografarios, o sea, en general, los titulares de derechos subjetivos”.

⁷⁰ “Así como la noción de connivencia fraudulenta, o sea de mala fe calificada, refleja la modalidad más rígida del criterio subjetivo, ‘el deber

de conocer' traduce la versión más elástica de ese criterio, en tanto conforma una buena fe calificada. Según el art. 974 del Código Civil suizo de 1907: 'Cuando un derecho real ha sido inscripto indebidamente, la inscripción no puede ser invocada por los terceros que han conocido o debido conocer los vicios. La inscripción es hecha indebidamente cuando ella ha sido operada sin derecho o en virtud de un acto jurídico no obligatorio. Aquél cuyos derechos reales han sido perjudicados puede invocar directamente contra terceros de mala fe la irregularidad de la inscripción'. Es posible entonces que se catalogue como tercero de mala fe a quien no conoce la realidad extrarregistral, pero que no desplegó la diligencia requerida por el ordenamiento suizo, con la imposición del deber de conocer, y por tanto la culpa es suficiente para impedir la buena fe. El criterio del Código Civil suizo fue el triunfante en el Primer Congreso Internacional de Derecho Registral de 1972. El texto propuesto por la Comisión Redactora Internacional, y que fue incorporado como apartado 17 de la 'Carta de Buenos Aires', aprobada por la totalidad de las 21 delegaciones, es el siguiente: 'La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conoció o debió conocer la inexactitud del registro'. La redacción se corresponde en parte con similar postulado del art. 34 de la Ley Hipotecaria española de 1944/46, desde que allí 'la buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conoció la inexactitud del Registro', pero adopta un criterio subjetivo distinto y más definido que el hispano, pues también la prueba del 'deber de conocer' la inexactitud del registro, a la manera del Código Suizo, desvanece la buena fe del tercero. Si bien es discutible el empleo del adverbio 'siempre', ya que era más compatible con un sistema que sentase la presunción de la buena fe del tercero con jerarquía *iuris et de iure*, o sea sin admitir prueba en contrario, y no con el régimen consagrado de una presunción *iuris tantum*; los integrantes de la Delegación Argentina en la Comisión Redactora Internacional, no formulamos mayores reparos, en tanto no se modificaba el sentido del pronunciamiento del Congreso" (ALTERINI, Jorge H., ALTERINI, Ignacio E.

Registral de 1972. En este sentido, el párrafo tercero del art. 1843 del Proyecto de 1998 establece: “No pueden prevalecerse de la falta de publicidad las partes y quienes conocían o hubieran de haber conocido la existencia del título del derecho real”.

Por su parte, el art. 1893 del Código Civil y Comercial, con idéntico sentido –aunque con un lenguaje observable– en su párrafo final dispone: “No pueden prevalecerse de la falta de publicidad quienes participaron en los actos ni aquellos que conocían o debían conocer la existencia del título del derecho real”.

Así, mientras el Proyecto de 1998 aludía a quienes “conocían o hubieran de haber conocido”, el Código Civil y Comercial refiere a quienes “conocían o debían conocer”.

No obstante, como es impropia la exigencia de que alguien “deba”, es claro que se está refiriendo al tercero interesado que conoció o que “hubo” de conocer en tanto hubiera desplegado la diligencia exigible de acuerdo con las circunstancias de personas, tiempo y lugar⁷¹.

2.2.3.3 Oponibilidad y bienes registrables

Si el contrato de fideicomiso tiene por objeto bienes registrables, el fiduciario tiene la obligación de proceder a su inscripción⁷². El carácter fiduciario de la propiedad (conf. art. 1683 del Código Civil y Comercial) tiene efectos frente a terceros desde ese momento.

Respecto de los bienes fideicomitidos inmuebles o muebles registrables será necesaria su transmisión de conformidad con las normas del Código Civil y Comercial, o ley complementaria de este

y ALTERINI, M^a Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, cit., tomo I, pp. 786 y 787).

⁷¹ ALTERINI, Jorge H., ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, M^a Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, cit., tomo I, p. 788.

⁷² Véase Capítulo III.

último o la ley especial de que se trate, según sea el caso, y su inscripción constitutiva o declarativa.

En todos los supuestos se debe hacer constar no solo la transferencia de la propiedad, sino también su calidad fiduciaria para que tenga lugar la oponibilidad a terceros interesados (art. 1684, Código Civil y Comercial), de conformidad con las exigencias de los registros que correspondan.

De cumplirse con la publicidad registral la separación patrimonial resultará oponible a los terceros interesados, quienes no podrán invocar su buena fe. Por su parte, el fiduciario verá limitada su responsabilidad al patrimonio separado del fideicomiso.

Ahora bien, la publicidad exigida para los bienes registrables a efectos de oponibilidad a terceros también podrá verse cumplida con la inscripción del contrato de fideicomiso en el Registro público que corresponde (art. 1669, Código Civil y Comercial).

2.2.3.4 Oponibilidad y bienes en general

En el Capítulo I se analizó el requisito de inscripción del contrato de fideicomiso para su oponibilidad a terceros según lo establecido en el art. 1669 del Código Civil y Comercial.

Si bien el contrato de fideicomiso queda perfeccionado entre partes desde su celebración, su publicidad es la que lo hará oponible a terceros.

En el supuesto de que se cumpla con la inscripción del contrato en los registros que corresponda –según la naturaleza de los bienes fideicomitados, el lugar en que se encuentren, el domicilio de la administración del fideicomiso o del fiduciario– esta registración será suficiente publicidad respecto de toda clase de bienes y derechos integrantes del patrimonio separado. Asimismo, alcanzará a los frutos o productos de los bienes fideicomitados, siempre que no se haya pactado otra cosa en el

contrato de fideicomiso (arg. arts. 230, 233, 1684, segundo párrafo, primera parte, 1945, Código Civil y Comercial)

Ahora bien, puede suceder que el contrato de fideicomiso haya sido modificado o que se hayan incorporado nuevos bienes sin modificación del instrumento y que no haya quedado constancia registral de tales variaciones. En tal caso, esas modificaciones no inscriptas o esas incorporaciones de nuevos bienes no serán oponibles a terceros interesados y de buena fe.

Mención aparte merecen los supuestos de subrogación real para los cuales el art. 1684, segundo párrafo, del Código Civil y Comercial establece un régimen específico. Esta norma luego de precisar que, excepto estipulación en contrario, el fiduciario adquiere la propiedad fiduciaria de los frutos y productos de los bienes fideicomitidos, trata el supuesto de subrogación real refiriendo “a los bienes que adquiera con esos frutos y productos o por subrogación real respecto de todos esos bienes”. Para este último caso el Código establece un régimen específico, pues exige que el fiduciario deje constancia de ello en el título de adquisición y en los registros pertinentes en contraste con lo dispuesto en los arts. 248 –para la afectación a la vivienda– y 2194 –en materia de derechos reales de garantía– del Código Civil y Comercial. De modo que para que esa subrogación real sea oponible a terceros será necesaria la publicidad en los términos expuestos.

En síntesis, los terceros interesados no podrán escudarse en su buena fe si el contrato de fideicomiso se encuentra inscripto y les resultará oponible la separación patrimonial no pudiendo pretender resarcirse de los daños causados con el patrimonio personal del fiduciario. Es importante dejar a salvo de la oponibilidad aquellas mutaciones operadas por modificaciones al contrato o por incorporaciones de bienes no inscriptas,

contemplando específicamente el supuesto de subrogación real aquí expuesto⁷³.

2.2.3.5 Invocabilidad

No debe confundirse la cuestión de la “oponibilidad” a los terceros con la “invocabilidad” por ellos. En efecto, los terceros interesados de buena fe podrían invocar contra su titular la adquisición, modificación o extinción de derechos integrantes del patrimonio separado, y la existencia del contrato o de modificaciones no inscritas contra el fiduciario, “aunque no se las haya inscripto” (art. 2157, Proyecto de 1998).

2.3 *Quid* de la trascendencia de la actuación del fiduciario conforme al consejo de un comité técnico

2.3.1 Planteamiento

La legislación mexicana que regula el fideicomiso (LGTOC, y en algunos aspectos particulares la Ley de Instituciones de crédito⁷⁴) estableció la posibilidad de que las partes en el contrato de fideicomiso constituyan un comité técnico cuyo dictamen, bajo determinadas condiciones, exime de responsabilidad a la institución fiduciaria.

Esta figura fue regulada por primera vez en el derecho mexicano en la Ley bancaria de 1941 que disponía que en el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas –con el consentimiento del fideicomisario– los fideicomitentes podían prever la formación de un comité técnico o de distribución de fondos, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades. Lo relevante es que se establecía que cuando la

⁷³ Véase LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Tratado de los contratos*, La Ley, Buenos Aires, 2017, tomo VI, núm. 2443, pp. 359 y ss.

⁷⁴ Última reforma DOF 27-03-2020.

institución fiduciaria obrara ajustándose a los dictámenes o acuerdos de ese comité, la mencionada institución estaría libre de toda responsabilidad (art. 45, frac. IV, últ. párr.).

Si bien se desconoce cuál fue el antecedente concreto de esta figura, la doctrina mexicana⁷⁵ considera que su regulación podría provenir del *trust committee* de las instituciones fiduciarias americanas.

La regulación del comité técnico de los fideicomisos incorporada por la derogada Ley bancaria de 1941 fue adoptada en la también derogada ley reglamentaria de 1984 (art. 61, últ. párr.), pero sin hacer referencia expresa al derecho del fideicomitente o del fideicomisario, ni a la frase “o de distribución de fondos”. A partir de allí y con esos alcances “llegó” a la Ley de instituciones de crédito de 1990.

Por su parte, la Ley de instituciones de crédito de 1990 a partir de la reforma de 2014 –siguiendo las precisiones efectuadas en doctrina⁷⁶– estableció expresamente que no existirá liberación de responsabilidad de la institución fiduciaria si esta última sigue los dictados de un comité que lo instruyó a obrar antijurídicamente o no se ajusta a los fines establecidos en el contrato de fideicomiso.

En el sentido indicado, el art. 80 de esa ley dispone: “En el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas, se podrá prever la formación de un comité técnico, las reglas para su funcionamiento y facultades del fiduciario. Cuando las instituciones de crédito obren ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este comité, estarán libres de toda responsabilidad,

⁷⁵ BATIZA, Rodolfo, *El fideicomiso. Teoría y práctica*, cit., pp. 227 y 279.

⁷⁶ KRIEGER, Emilio, *Manual del fideicomiso mexicano*, Banco Nacional de Obras y Servicios públicos S.A., México, DF, 1976, p. 116; RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, *La responsabilidad del fiduciario*, Biblioteca jurídica Diké, Medellín, 1997, p. 69.

siempre que en la ejecución o cumplimiento de tales dictámenes o acuerdos se cumpla con los fines establecidos en el contrato de fideicomiso y se ajusten a las disposiciones jurídicas aplicables”.

En el derecho nacional no existe una norma que establezca la posibilidad de constituir estos comités o figuras similares, cuyo dictamen libere de responsabilidad al fiduciario que actuó conforme a sus designios.

Ahora bien, nada impide que, dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad, las partes del contrato de fideicomiso resuelvan constituir un comité u otras figuras similares que asesoren al fiduciario para que este actúe conforme a ese consejo. No obstante, al no existir disposición legal al respecto, corresponderá evaluar la responsabilidad del fiduciario en esos casos de acuerdo con lo establecido en los arts. 1674 y 1676 del Código Civil y Comercial, y distinguir sus efectos entre todas las posiciones jurídicas del fideicomiso y los terceros.

2.3.2 Efectos entre todas las posiciones jurídicas del fideicomiso

El art. 1676 del Código Civil y Comercial dispone que el contrato no puede dispensar al fiduciario del dolo o culpa propios ni de sus dependientes, invalidando de este modo cualquier cláusula que tenga por efecto liberar de responsabilidad al fiduciario tanto por su obrar doloso como culposo frente a las restantes posiciones jurídicas del contrato.

Será inválida la cláusula que establezca que la actuación del fiduciario según el dictamen o consejo de un comité técnico u otra figura similar lo libera de responsabilidad por dolo o culpa por ese accionar.

Es decir, no existe óbice alguno para que en el contrato de fideicomiso se constituya un comité técnico u otra figura similar que tenga por función asesorar y dictaminar respecto de los actos que tiene que llevar a cabo el fiduciario. No obstante, su accionar

conforme a ese dictamen no lo liberará de responsabilidad si al adoptar tal consejo o en su ejecución incurre en dolo o culpa.

En la doctrina nacional las interpretaciones son disímiles. Existen autores⁷⁷ que consideran que el sometimiento del fiduciario a las instrucciones de un comité técnico o asesor – siempre que estas no sean antijurídicas o perjudiciales a los fines del fideicomiso– lo puede exonerar de responsabilidad frente a las restantes partes del negocio –quienes aceptaron su existencia–, pero será ineficaz frente a terceros que sufrieron un daño porque la convención les sería *res inter alios acta*. Ahora bien, tal tesitura ignora que la prohibición de la dispensa del dolo o la culpa del fiduciario y sus dependientes que establece el art. 1676 del Código Civil y Comercial está justamente referida a “el contrato”, por lo que el argumento de la aceptación de tal limitación por las partes es contrario a la letra de la ley⁷⁸.

⁷⁷ KIPER, Claudio M. y LISOPRAWSKI, Silvio V., *Tratado de fideicomiso*, cit., tomo I, p. 374.

⁷⁸ Luego estos autores (KIPER, Claudio M. y LISOPRAWSKI, Silvio V., *Tratado de fideicomiso*, cit., tomo I, p. 374) refieren que su conclusión merece ciertos reparos porque esos dictámenes son limitada o relativamente vinculantes para el fiduciario, a quien se le confió un encargo por sus dotes personales, por lo que debe él tomar la decisión y hacerse responsable. A mi criterio estos autores confunden –en contradicción con lo normado por los arts. 1674 y 1676, Código Civil y Comercial– la posibilidad de delegar funciones –no así el cargo– con la imposibilidad de limitar su responsabilidad por dolo o culpa a partir de esa delegación. En esa línea, aunque contradiciendo lo observado más arriba respecto de los terceros para los cuales el contrato es “res inter actio alias”, estos autores (p. 375) dicen: “Algunos contratos de fideicomiso contienen cláusulas de indemnidad conferidas a favor del fiduciario para los supuestos en que deba responder por daños ocasionados, siguiendo instrucciones del comité, a terceros o a los

Otros autores en nuestro derecho⁷⁹ entienden que la actuación del fiduciario según los dictámenes del comité –salvo que esas instrucciones violen la ley o perjudiquen abiertamente a terceros– lo libera de responsabilidad no solo frente a las partes del contrato sino también frente a terceros que lo hayan aceptado expresamente. Más aun esta doctrina desliza que nunca podría caberle responsabilidad en los casos de actuación según las instrucciones del comité pues “no serán obligaciones del fiduciario aquellas asignadas contractualmente al comité”⁸⁰.

Por mi parte considero que estas conclusiones contradicen la legislación vigente, pues en nuestro ordenamiento jurídico se establece una expresa prohibición de dispensa del dolo o de la culpa del fiduciario y de sus dependientes por el contrato (art. 1676, Código Civil y Comercial). El art. 1676 del Código Civil y Comercial es una norma imperativa que en tal carácter no puede ser dejada de lado por las partes (art. 963, Código Civil y Comercial). Su modo de expresión no ofrece lugar a dudas (art. 962 citado)⁸¹.

No existe ninguna disposición legal que excepcione esa prohibición cuando el fiduciario actúa siguiendo los dictados de un comité designado a esos efectos en el contrato. Es por ello que, en caso de que en el contrato de fideicomiso se haya constituido esta

beneficiarios y fideicomisarios. Esas indemnidades serán válidas en tanto y en cuanto no resulten una dispensa de la culpa disimulada”.

⁷⁹ CARREGAL, Mario A., *Fideicomiso. Teoría y aplicación a los negocios*, cit., p. 184.

⁸⁰ CARREGAL, Mario A., *Fideicomiso. Teoría y aplicación a los negocios*, cit., p. 184.

⁸¹ Art. 1676 del Código Civil y Comercial: “*Dispensas prohibidas*. El contrato no puede dispensar al fiduciario (...) de la culpa o dolo en que pudieran incurrir él o sus dependientes...”.

figura, y aun cuando el consejo o el dictamen sea vinculante para el fiduciario, este deberá apartarse si de adoptarlo incurriera en culpa o dolo. De otro modo estará obrando antijurídicamente por violar las pautas de actuación que el ordenamiento le impone; esto es, de acuerdo con la ley, el contrato, y como un buen hombre de negocios que actúa en base a la confianza depositada en él (art. 1674, Código Civil y Comercial).

La solución que se propicia es derivación razonada de lo establecido en una norma imperativa –como es el art. 1676, Código Civil y Comercial– que prohíbe la dispensa del dolo y de la culpa, y que debe prevalecer por sobre una disposición contractual (arg. art. 963, Código Civil y Comercial). Además, armoniza con la solución legal expresamente establecida para otros institutos jurídicos cuya esencia es la actuación en interés de un tercero y según sus instrucciones como son la representación (art. 372, inc. b), Código Civil y Comercial) y el mandato (art. 1324, inc. a), Código Civil y Comercial).

En otros términos, la cláusula que exonere de responsabilidad al fiduciario por dolo o culpa cuando actúe siguiendo los dictámenes del comité designado contractualmente será nula por violar una norma imperativa (arg. arts. 386, 389 y 1676, Código Civil y Comercial).

Si bien en todos los casos la nulidad será parcial (art. 389, Código Civil y Comercial), la naturaleza del contrato de fideicomiso –paritario o de consumo– determinará que esa nulidad sea relativa o absoluta.

El distingo no es menor. Si el contrato de fideicomiso no es de consumo, la nulidad de la cláusula que establezca la irresponsabilidad del fiduciario será relativa. El legislador al prohibir la dispensa del dolo y de la culpa del fiduciario por el contrato ha tenido en miras la protección del interés de ciertas personas –fiduciantes, beneficiarios y fideicomisarios–, no encontrándose involucradas cuestiones atinentes al orden público, la moral y las buenas costumbres.

La nulidad relativa es susceptible de confirmación por las personas en cuyo interés se ha establecido –fiduciantes, beneficiarios y fideicomisarios–, únicos legitimados para su planteo (art. 388, Código Civil y Comercial).

Esa confirmación podrá ser expresa o tácita. Si la confirmación es expresa su eficacia requiere determinados requisitos de forma y de fondo (art. 394, Código Civil y Comercial). Por un lado, el instrumento en el que se otorgue debe observar la misma forma utilizada en el contrato que contiene la cláusula nula (escritura pública, instrumento privado –principio de paralelismo de formas–). Por el otro, debe contener la mención precisa de la causa de la nulidad, de su desaparición y de la voluntad de confirmar el acto.

La confirmación tácita resultará de la omisión de accionar reclamando la indemnización de daños contra el fiduciario.

También la nulidad relativa puede sanearse por la prescripción de la acción (art. 388, Código Civil y Comercial) que opera a los dos años desde que el fiduciario siguiendo el dictamen del comité o consejo asesor ejecutó el acto generador de responsabilidad por dolo o culpa, aunque los daños se patenticen *a posteriori* (arg. arts. 2554 y 2562 inc. a), Código Civil y Comercial). Por su parte, la acción de responsabilidad civil prescribirá a los tres años desde que concurran los presupuestos del deber de responder (art. 2561, Código Civil y Comercial) y para la acción de cumplimiento contractual será aplicable el plazo genérico de cinco años (art. 2560, Código Civil y Comercial).

Impondrá un matiz diferencial que el contrato haya sido negociado o celebrado por adhesión. En este último caso la cláusula podrá ser calificada como abusiva y tenerse por no escrita⁸² (arts. 988, incs. a) y b), Código Civil y Comercial), y si

⁸² ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., opinión al comentario al art. 294, en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E.

bien la nulidad seguirá siendo relativa –porque se trata de una sanción impuesta en interés de sujetos determinados–, operará de pleno derecho por expresa disposición legal.

En ese sentido, el art. 988 dispone que “se deben tener por no escritas” las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente (inc. a]) y las que importan renuncia o restricción de los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias (inc. b]). Se trataría de una suerte de “testadura de pleno derecho”, que no requiere de declaración judicial.

Por su parte, si se trata de un contrato de fideicomiso de consumo, junto a las normas dispuestas en el Código Civil y Comercial para el contrato de fideicomiso se deberán aplicar las normas de la ley 24240 y del Código citado para los contratos de consumo (arts. 1092 a 1122). Ergo, la nulidad será absoluta y también operará de pleno derecho.

Es importante tener presente que un mismo contrato de fideicomiso podrá ser de consumo para todos los beneficiarios y fideicomisarios, o bien solo para algunos de éstos. En ese sentido, si hay coincidencia de roles entre los fiduciantes, los beneficiarios o los fideicomisarios, y éstos últimos son consumidores, el fideicomiso será de consumo para ellos.

Esto es así porque el contrato de fideicomiso es habitualmente un contrato de tipo abierto y plurilateral –al menos a partir de la aceptación de los beneficiarios y fideicomisarios–, y porque la calificación de un contrato como de consumo viene determinada por la existencia de un consumidor y proveedor en los términos de los arts. 1.º y 2.º de la ley 24240, y 1092 y 1093 del Código Civil y Comercial. En un contrato de fideicomiso determinado (v.gr. un fideicomiso “de construcción”) algunos fiduciantes–beneficiarios

(Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo II, p. 522.

podrán ser consumidores y otros no según “adquieran” bienes como destinatarios finales o no lo hagan. Esto, independientemente de que para todos los casos el fiduciario estará actuando como proveedor.

Respecto de los fideicomisos que califican como de consumo para todas o algunas de las posiciones jurídicas, rigen los arts. 37 de la ley 24240 y los arts. 1119 y 1122 del Código Civil y Comercial que establecen que se tienen “por no convenidas” las cláusulas abusivas (art. 1122, inc. b), Código Civil y Comercial, y art. 37, ley 24240). Esto es, aquellas cláusulas que habiendo sido o no negociadas individualmente, tienen por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor (art. 1119, Código Civil y Comercial).

Sin lugar a duda la cláusula contractual de un fideicomiso que establece la eximición de la responsabilidad por dolo o culpa del fiduciario proveedor derivada de la adopción de una decisión o la ejecución de un acto aconsejado por un comité técnico o una figura similar, es una cláusula que provoca un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones del fiduciario y los beneficiarios y fideicomisarios consumidores en perjuicio de estos últimos (arts. 1676 y 1119, Código Civil y Comercial). En términos de lo dispuesto por el art. 37 de la ley 24240, se trata de una cláusula que desnaturaliza las obligaciones del fiduciario proveedor y limita su responsabilidad por daños; y que, en ese sentido, importa la renuncia o restricción de los derechos del consumidor.

En este caso, la nulidad se particulariza desde dos puntos de vista. Por un lado, se trata de una nulidad absoluta, pues está impuesta por una ley de orden público (art. 65, ley 24240); en ese sentido, es inconfirmable, declarable de oficio e imprescriptible (art. 387, Código Civil y Comercial). Por el otro, al igual que en los contratos celebrados por adhesión, se trata de una nulidad que

opera de pleno derecho, ya que por expresa disposición legal se dispone que las cláusulas abusivas “se tienen por no convenidas”. Al igual que en los restantes casos se trata de una nulidad parcial.

2.3.3 Irrelevancia respecto de terceros

La actuación del fiduciario según consejo o dictamen de un comité técnico constituido por una disposición contractual carece de relevancia respecto de terceros.

Esa conclusión es aplicable tanto a los terceros que han contratado con el fiduciario en su carácter de tal, como a los terceros que han sufrido daños sin que medie ningún vínculo contractual (arts. 1021 y 1022, Código Civil y Comercial).

En este aspecto la generalidad de la doctrina nacional es coincidente⁸³, aunque existe algún autor que considera⁸⁴ que cuando el fiduciario obra de acuerdo con los dictámenes de un comité –salvo violación de la ley o perjuicio abierto a un tercero– se libera de responsabilidad frente a terceros que hayan aceptado expresamente esa actuación del comité.

2.4 *Quid* de la actuación del fiduciario conforme a lo resuelto en reunión de fiduciantes, beneficiarios o fideicomisarios

2.4.1 Reunión de fiduciantes, beneficiarios o fideicomisarios

2.4.1.1 Inexistencia de regulación legal

No existe previsión legal respecto de los fideicomisos “ordinarios” o “comunes” para las usualmente denominadas

⁸³ KIPER, Claudio M. y LISOPRAWski, Silvio V., *Tratado de fideicomiso*, cit., tomo I, p. 374.

⁸⁴ CARREGAL, Mario A., *Fideicomiso. Teoría y aplicación a los negocios*, cit., p. 184.

reuniones –también llamadas asambleas– de fiduciantes, beneficiarios o fideicomisarios, utilizadas para la adopción de decisiones generalmente relativas a la gestión del fiduciario.

El Código Civil y Comercial solo contiene una escueta regulación sobre estas reuniones para los fideicomisos financieros con oferta pública, y lo hace en subsidio de disposiciones contractuales o reglamentaciones del organismo de contralor de los mercados de valores.

En tal sentido, establece que las decisiones colectivas de los beneficiarios del fideicomiso financiero se deben adoptar por asamblea, a la que se aplican las reglas de convocatoria, quórum, funcionamiento y mayorías de las sociedades anónimas, excepto en el caso en que se trate la insuficiencia del patrimonio fideicomitado o la reestructuración de sus pagos a los beneficiarios. En este último supuesto, dispone, se aplican las reglas de las asambleas extraordinarias de sociedades anónimas, pero ninguna decisión es válida sin el voto favorable de tres cuartas partes de los títulos emitidos y en circulación (art. 1695, Código Civil y Comercial). También regula el modo de cómputo de las mayorías (art. 1696, Código Civil y Comercial).

Ahora bien, en la actualidad existe una regulación especial de los mercados de valores para los citados fideicomisos financieros con oferta pública (Normas CNV, Texto ordenado 2013, Capítulo IV, Título V, Sección XIX), que establece que las decisiones colectivas de los beneficiarios se adoptarán por asamblea, y se regirán por las disposiciones aplicables a las asambleas de sociedades anónimas (art. 47). También establece algunas normas particulares para los cambios en las condiciones esenciales del fideicomiso (art. 48) y para la insuficiencia del patrimonio fideicomitado (art. 49), y dispone en qué casos se podrá prescindir de la asamblea (art. 50).

No obstante, estas regulaciones no son aplicables a los fideicomisos “ordinarios” o “comunes”⁸⁵, a los que refiero en esta investigación.

2.4.1.2 Naturaleza jurídica y régimen aplicable

En primer lugar, corresponde dilucidar cuál es la naturaleza jurídica de estas reuniones o asambleas y, por ende, si las decisiones son o no vinculantes para el fiduciario. En segundo término, es menester establecer cuál es el régimen aplicable en defecto de pacto de partes al respecto.

Las denominadas asambleas o reuniones de fiduciantes, beneficiarios o fideicomisarios no pueden asimilarse a las asambleas de sociedades anónimas ni a las reuniones de socios de las sociedades de responsabilidad limitada, pues los fideicomisos son contratos que no generan un sujeto de derecho.

Se descarta de plano la idea de organicismo que campea en el derecho societario, en cuanto sistema que regula la expresión de voluntad de las sociedades, tanto en su ámbito interno como en su ámbito externo; o sea, el régimen de imputabilidad al orden jurídico especial denominado sociedad⁸⁶. Para que se pueda hablar de órganos se requiere estar frente a un ente dotado de personalidad⁸⁷; v.gr. sociedades, consorcio⁸⁸ (art. 2044, Código Civil y Comercial). Luego, se trata de una o varias cláusulas

⁸⁵ Conf. KIPER, Claudio M. y LISOPRAWSKI, Silvio V., *Tratado de fideicomiso*, cit., tomo I, p. 289.

⁸⁶ COLOMBRES, G., *Curso de Derecho Societario*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 143.

⁸⁷ GÓMEZ LEO, Osvaldo R. y BALBÍN, Sebastián, *Tratado de derecho comercial y empresario. Sociedades*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, tomo I, 2013, p. 307.

⁸⁸ ALTERINI, Jorge H., ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, M^a Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, cit., tomo II, pp. 336 y ss.

contractuales en las que las partes acuerdan respecto del modo de deliberación y adopción de decisiones. Como toda cláusula contractual es obligatoria para las partes, salvo que sea ineficaz.

Ahora sí cabe preguntarse cuál es el régimen legal aplicable cuando en un contrato de fideicomiso se prevé la adopción de decisiones por estas asambleas o reuniones para determinadas cuestiones, pero no se establecen disposiciones sobre el modo de adopción de las mismas o las previstas resultan insuficientes.

Como en estos casos entre los fiduciantes, los beneficiarios o los fideicomisarios existe una comunión de derechos, la solución debe encontrarse en el art. 1984 del Código Civil y Comercial, que dispone la aplicación de las normas sobre el condominio. Esta norma establece: “*Aplicaciones subsidiarias*. Las normas de este Título se aplican, en subsidio de disposición legal o convencional, a todo supuesto de comunión de derechos reales o de otros bienes. Las normas que regulan el dominio se aplican subsidiariamente a este Título”.

La disposición transcripta, además, contradice la solución propugnada por parte de la doctrina; a saber, la aplicabilidad en estos casos del régimen de las sociedades⁸⁹.

En síntesis, en caso de que no exista previsión contractual respecto de la forma de adopción de las resoluciones en asamblea, regirá –*mutatis mutandis*– el art. 1994 del Código Civil y Comercial⁹⁰.

⁸⁹ Véase KIPER, Claudio M. y LISOPRAWSKI, Silvio V., *Tratado de fideicomiso*, cit., tomo I, p. 289.

⁹⁰ Art. 1994 del Código Civil y Comercial: “*Asamblea*. Todos los condóminos deben ser informados de la finalidad de la convocatoria y citados a la asamblea en forma fehaciente y con anticipación razonable. La resolución de la mayoría absoluta de los condóminos computada según

Es decir, todos los fiduciantes, beneficiarios o fideicomisarios – según sea el caso– deben ser informados de la finalidad de la convocatoria y citados a la asamblea o reunión en forma fehaciente y con anticipación razonable. La resolución de la mayoría absoluta de sus miembros computada según el valor de los aportes y beneficios estipulados, aunque corresponda a uno solo, obliga a todos. En caso de empate, debe decidir la suerte.

2.4.2 Efectos entre todas las posiciones jurídicas del fideicomiso

La actuación del fiduciario conforme al consejo o dictamen adoptado por las asambleas o reuniones de fiduciantes, beneficiarios o fideicomisarios según las mayorías correspondientes –de acuerdo con lo pactado o, en su defecto, con lo dispuesto en el art. 1994, Código Civil y Comercial– no exime su responsabilidad respecto de los actos llevados a cabo en ejecución de ese consejo o dictamen. Es irrelevante a esos fines que se haya pactado que la instrucción sea vinculante para el fiduciario, pues su actuación dolosa o culposa es contraria a la ley y el fiduciario no puede quedar obligado a ejecutar una instrucción ilegítima.

Tal es la tésis de los arts. 372, inc. b), y 1320 del Código Civil y Comercial que respecto del representante y del mandatario con representación establecen que solo están obligados a ejecutar los actos encomendados que resulten legales⁹¹.

el valor de las partes indivisas aunque corresponda a uno solo, obliga a todos. En caso de empate, debe decidir la suerte”.

⁹¹ Art. 372 del Código Civil y Comercial: “*Obligaciones y deberes del representante*. El representante tiene las siguientes obligaciones y deberes: (...) b) de realización de la gestión encomendada, que exige la legalidad de su prestación, el cumplimiento de las instrucciones del representado, y el desarrollo de una conducta según los usos y prácticas del tráfico...”.

Es más, si el fiduciario ejecutara una instrucción ilegítima no estaría actuando con la prudencia y diligencia que le exige la ley.

Como ya se analizó en los puntos anteriores, se encuentra prohibida bajo pena de nulidad la dispensa contractual del dolo y de la culpa (art. 1676, Código Civil y Comercial) y, si se estableciera una cláusula que exime de responsabilidad al fiduciario en tales casos, la misma será nula por violar una norma imperativa (arg. arts. 386, 389 y 1676, Código Civil y Comercial).

Se tratará en todos los supuestos de una nulidad parcial (art. 389, Código Civil y Comercial), y según sea la naturaleza del contrato de fideicomiso paritario o de consumo, esa nulidad será relativa o absoluta, respectivamente. Además, cuando el contrato sea celebrado por adhesión a condiciones generales la nulidad operará de pleno derecho.

Sin embargo, los fiduciantes, beneficiarios o fideicomisarios que hayan adoptado la decisión –con algunas excepciones que se señalan al final del tratamiento de la cuestión– no estarán legitimados para reclamar la indemnización de daños derivada de la responsabilidad del fiduciario.

Su falta de legitimación deriva del principio de buena fe.

En primer lugar, los fiduciantes, beneficiarios o fideicomisarios que indicaron al fiduciario que debía actuar de ese modo –esto es, con dolo o culpa– si plantearan la responsabilidad del fiduciario derivada de ese accionar estarían actuando de mala fe.

Existe una máxima del derecho anglosajón que se expresa en el sistema de *equity*, que es compatible con nuestra tradición y denota con claridad la situación que pretendo delinear: “El que

Art. 1320 del Código Civil y Comercial: “*Representación*. Si el mandante confiere poder para ser representado, le son aplicables las disposiciones de los artículos 362 y siguientes...”.

acude a la jurisdicción de la equidad debe tener la conciencia limpia” (*He who comes into equity must come with clean hands*)⁹².

En ese sentido, es incuestionable que no se ampara el ejercicio abusivo de los derechos, entendido por tal aquel que excede los límites impuestos por la buena fe (arts. 9.º y 10, Código Civil y Comercial). Permitir que los fiduciantes, beneficiarios o fideicomisarios que instruyeron al fiduciario el obrar doloso o culposo responsabilicen por la ejecución de ese acto a este último es por lo menos amparar un ejercicio abusivo de los derechos.

En segundo término, del principio de buena fe deriva la máxima del derecho –con recepción legislativa– de que nadie puede invocar su propia torpeza (arg. arts. 387, 372, inc. b], 1799 inc. c], Código Civil y Comercial).

Resulta de particular interés en este caso recordar el art. 387 del Código Civil y Comercial, por cuanto dispone que la nulidad absoluta no puede ser alegada “por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho”. Pues, si esto se dispone respecto de la nulidad absoluta, es claro que con más razón aplica esta máxima de que “nadie puede invocar su propia torpeza” respecto de los casos de responsabilidad e indemnización de daños.

Así, los fiduciantes, beneficiarios o fideicomisarios que instruyeron según lo resuelto en asamblea a actuar de un modo culposo o doloso al fiduciario, no podrán accionar por responsabilidad y reclamar una indemnización al fiduciario. Ello debido a que en base a la propia torpeza estarían obteniendo un provecho.

En la línea conceptual indicada el art. 1799, inc. c), del Código Civil y Comercial excluye de los sujetos legitimados para repetir el pago indebido a aquellos que hayan actuado con torpeza.

⁹² CASTÁN TOBEÑAS, José, CASTÁN VÁZQUEZ, José M. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Sistemas jurídicos contemporáneos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2000, p. 116, máxima 10^a.

La tercera aplicación del principio de buena fe es la prohibición de contradecir sus propios actos. Esto fundamenta la falta de legitimación de los fiduciantes, beneficiarios o fideicomisarios para petitionar la indemnización de daños basados en la responsabilidad del fiduciario derivada de la ejecución de un acto que ellos decidieron en asamblea o reunión.

La doctrina de los propios actos ha sido receptada por el art. 1067 del Código Civil y Comercial al regular la protección de la confianza. En esta norma se dispone que es “...inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto”.

Este es el principio general. No obstante, existen excepciones a esa falta de legitimación para reclamar los daños derivados del accionar doloso o culposo del fiduciario.

En efecto, quienes no votaron favorablemente o estuvieron ausentes en esa asamblea o reunión que decidió instruir en determinado sentido al fiduciario podrán responsabilizarlo y reclamar la indemnización de los daños sufridos. Respecto de ellos no se podrá imputar un accionar de mala fe, un ejercicio abusivo de los derechos, una invocación de la propia torpeza, ni una contradicción con los propios actos.

2.4.3 Intrascendencia respecto de terceros

La actuación del fiduciario según consejo o dictamen de una asamblea o reunión de fiduciantes, beneficiarios o fideicomisarios prevista en el contrato de fideicomiso carece de relevancia respecto de terceros. *Mutatis mutandis* se aplican los fundamentos precisados al analizar la intrascendencia respecto de terceros de la actuación del fiduciario siguiendo el consejo del comité técnico.

3 AGRAVAMIENTOS

3.1 Culpabilidad del fiduciario

3.1.1 Generalidades

La limitación de la responsabilidad del fiduciario –por las obligaciones contraídas en ejecución del fideicomiso o los daños causados– cede cuando el factor de atribución involucrado es subjetivo, o sea, dolo o culpa.

Se configurará un factor subjetivo de atribución de responsabilidad por daños cuando el fiduciario con culpa o dolo (art. 1724, Código Civil y Comercial) incurra en un incumplimiento extracontractual o contractual. A su vez, el incumplimiento contractual puede ser del mismo contrato de fideicomiso o de un contrato celebrado con terceros en ejecución del contrato de fideicomiso, lo que implicará un supuesto de incumplimiento del contrato de fideicomiso porque el fiduciario no habrá obrado como un buen hombre de negocios en base a la confianza depositada en él (art. 1674, Código Civil y Comercial).

Como el fiduciario no se puede dispensar bajo pena de nulidad del dolo o de la culpa propia ni de la de sus dependientes –y en tales casos habrá violado la pauta de conducta que establece el art. 1674 del Código Civil y Comercial– no regirá el principio de separación patrimonial frente a las restantes posiciones jurídicas del contrato de fideicomiso y responderá con su patrimonio general.

Sin perjuicio de lo expuesto, en el acápite “atenuaciones” se analiza el efecto que podrían tener las cláusulas limitativas de la responsabilidad⁹³. Por otra parte, ya se ha analizado lo que ocurre con la actuación del fiduciario de acuerdo con el consejo de “un

⁹³ Véase *infra*.

comité técnico” y de lo resuelto por la asamblea de fiduciantes, beneficiarios o fideicomisarios⁹⁴.

Ahora bien, la calificación del incumplimiento del fiduciario como doloso o culposo, será diversa según se trate de un fiduciario no profesional, de un fiduciario profesional, o de un fiduciario proveedor en un contrato de fideicomiso de consumo⁹⁵.

3.1.2 El cartabón del buen hombre de negocios

3.1.2.1 Delimitación

Al analizar en el Capítulo I los fundamentos del deber de responder del fiduciario se estudió la naturaleza de negocio de fiducia del fideicomiso, a tenor de la cual se explica la singular confianza depositada en el fiduciario respecto del cumplimiento del contrato, la que lógicamente también fundamenta su elección (arg. arts. 1674, 1678, 1679, Código Civil y Comercial).

Partiendo de esta base, la ley dispone que el fiduciario debe conducirse como un buen hombre de negocios que actúa según la confianza depositada en él (art. 1674, Código Civil y Comercial).

El cartabón del buen hombre de negocios aplica a todos los fiduciarios –sean profesionales o no–, no solo porque es acorde a la naturaleza del contrato de fideicomiso, sino también porque el Código Civil y Comercial lo establece genéricamente sin efectuar distinción alguna. Como dice la máxima del derecho romano *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

En ese sentido, no comparto las distinciones que, *contra legem*, se efectúan en doctrina⁹⁶ al puntualizar que como cualquier

⁹⁴ Véase *supra*.

⁹⁵ Véase el Capítulo II donde se califican los distintos tipos de fiduciarios.

⁹⁶ KIPER, Claudio M. y LISOPRAWSKI, Silvio V., *Tratado de fideicomiso*, cit., tomo I, p. 372.

persona humana o jurídica puede ser fiduciario en nuestro derecho (art. 1673, Código Civil y Comercial), es válido sostener que, excepcionalmente, habrá que juzgar la culpa del fiduciario con el arquetipo del hombre medio y no del buen hombre de negocios⁹⁷.

En efecto, en principio la diligencia exigible al fiduciario –profesional o no– será mayor y deberá “obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas” (art. 1725, Código Civil y Comercial).

Es importante aclarar que la figura del “buen hombre de negocios” fiduciario del art. 1674 del Código Civil y Comercial no es idéntica a la del “buen hombre de negocios” administrador societario del art. 59 de la ley 19550.

Al administrador societario por definición –y con abstracción de la distinción entre el denominado “director de asiento” y “director con funciones ejecutivas”– se le exige capacidad técnica, experiencia y conocimiento que configura una auténtica responsabilidad profesional que se evalúa teniendo en cuenta la dimensión de la sociedad, su objeto, las funciones genéricas que le incumben como director y la específica que se le hubiere confiado, la circunstancia en que debió actuar (urgencia, acopio de datos, antecedentes e informaciones, etc.), y cómo cumplió su deber de diligencia⁹⁸. Además, como actúa en interés de otro, al

Conf. GRUSKIN, Carla María, “Responsabilidad del fiduciario”, en GOTLIB, Gabriel, CARREGAL, Mario A., y VAQUERO, Fernando M. (Directores), *Tratado de Fideicomiso*, cit., tomo I, p. 107.

⁹⁷ KIPER, Claudio M. y LISOPRAWski, Silvio V., *Tratado de fideicomiso*, cit., tomo I, p. 372: “...lo cual dependerá de las condiciones particulares del elegido como fiduciario, ya sea contractual o testamentario, los beneficios esperados por el constituyente, el carácter oneroso o gratuito de la gestión, y otras circunstancias particulares que presente cada caso”.

⁹⁸ HALPERIN, Isaac, en HALPERIN, Isaac y OTAEGUI, Julio C., *Sociedades anónimas*, 2ª edición, Lexis Nexis – Depalma, Buenos

administrador societario se le exige actuar con lealtad (art. 59, ley 19550).

Por su parte, al fiduciario se le exige que actúe como “buen hombre de negocios”, pero “en base a la confianza depositada en él”. El cartabón del buen hombre de negocios en materia de fideicomiso se especializa por la exigencia de actuación en confianza que le imprime la naturaleza del contrato. Este variará según sean los fines del fideicomiso, y no por una profesionalidad o conocimiento técnico que resguarde el interés social propio de una sociedad⁹⁹, salvo que se trate de un fiduciario profesional.

Aires, 1998 p. 453. Véase también GAGLIARDO, Mariano, *Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas*, 5ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, tomo II, pp. 870 y ss; LUCHINSKY, Rodrigo, *El sistema de gobierno societario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 70; VERÓN, Alberto V., *Tratado de las sociedades anónimas*, La Ley, Buenos Aires, 2008, tomo III, 536; ROITMAN, Horacio, *Ley de sociedades comerciales. Comentada y anotada*, 2ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2011, tomo V, p. 286. En sentido análogo, CNCom., Sala A, 07/11/2002, Errepar, "Doct. soc. y conc.", jun. 2004, p. 714, n° 193; íd., Sala B, 26/11/1998, Errepar, "Doct. soc. y conc.", mar. 2000, p. 808, n° 204; íd., Sala C, 04/06/2004, Errepar, "Doct. soc. y conc.", octubre 2004, p. 1272, n° 273; CNTrab., Sala V, 05/12/2005, "Martínez, Isabel c. Body Magic SA y otro", RSyC, n° 37, p. 193; CNCom., Sala B, 28/02/2005, Errepar, "Doct. soc. y conc.", noviembre 2005, p. 1446, n° 168; CNCom., Sala A, 29/12/2005, "De Matteis, Luis c. SIE y otro", RSyC, n° 37, noviembre-diciembre/2005.

⁹⁹ Téngase presente que el interés social es el interés común derivado del riesgo y de la vocación de soportar las pérdidas y de participar en las ganancias (art. 1.º, ley 19550). En cambio, en el fideicomiso los fines a cumplir con la actuación fiduciaria se traducen en el cumplimiento de la voluntad de los constituyentes (fiduciantes) que puede ser diversa (según el objeto del contrato), pero que se traduce en beneficiar a beneficiarios y

3.1.2.2 Fiduciario no profesional

3.1.2.2.1 Sistema de apreciación

El art. 1674 del Código Civil y Comercial establece un estándar de conducta a partir de dos pautas que el juez tendrá que ponderar en cada caso concreto para admitir o desestimar la responsabilidad subjetiva por daños del fiduciario; a saber: la actuación como un buen hombre de negocios y la actuación de acuerdo con la confianza depositada en el fiduciario.

Como se anticipó, la referencia legal genérica no es a un hombre de negocios profesional, con especiales conocimientos técnicos o específicos, sino a un buen hombre de negocios “normal” que puede cometer los errores propios e inevitables de una correcta actuación como fiduciario de un fideicomiso determinado.

Sabido es que la culpa consiste en “la omisión de la diligencia debida”, es decir, en un comportamiento negligente que, de acuerdo con lo establecido en el art. 1724 del Código Civil y Comercial, es equivalente a la impericia y a la imprudencia¹⁰⁰.

Bajo esa premisa se deberá analizar en cada caso concreto la diligencia de un buen hombre de negocios “según la naturaleza de la obligación” que vendrá determinada por el objeto del fideicomiso (no se podrá juzgar igual, v.gr., a un fiduciario de un fideicomiso testamentario, de uno agropecuario o de uno de construcción) y, además, corresponderá tener en cuenta “las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar” (art. 1724, Código Civil y Comercial).

fideicomisarios, los que pueden ser terceros (y representar un acto oneroso o gratuito), o coincidir con la persona del fiduciante.

¹⁰⁰ ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., opinión al comentario al art. 1724, en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., VIII, p. 143.

Es decir, corresponde evaluar la culpa del fiduciario conjugando los dos sistemas de apreciación de conductas.

“En abstracto”, bajo un cartabón de comportamiento que es el del buen hombre de negocios que actúa en base a la confianza depositada en él; se receipta así el denominado por parte de la doctrina “modelo mercantilista” que se encuentra ubicado entre el modelo de comportamiento corriente o profano, y el del profesional o artífice que se verá al analizar la figura del “fiduciario profesional”¹⁰¹.

“En concreto”, según la naturaleza de la obligación, y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Esta conmixtión de sistemas es aconsejable para solucionar los problemas y complejidades que plantea la apreciación de conductas¹⁰². Se hace una aplicación que focaliza en los hechos y circunstancias del caso, pero que los refiere a un estándar o pauta general de comparación para deslindar la cuestión de la relación existente entre lo que era exigible a ese agente y lo que este actuó¹⁰³.

En otros términos, el juicio de valoración si el factor de atribución de la responsabilidad es subjetivo debe ponderar la conducta del fiduciario a través de un criterio mixto que consiste en comparar lo que hizo el fiduciario con lo que debía hacer

¹⁰¹ Conf. LÓPEZ MEZA, Marcelo, “La apreciación de la culpa según la capacidad y circunstancias del agente”, SJA 26/11/2014, 19. Cita online: AR/DOC/5617/2014.

¹⁰² LÓPEZ MEZA, Marcelo, “La apreciación de la culpa según la capacidad y circunstancias del agente”, op. y loc. cit.

¹⁰³ LÓPEZ MEZA, Marcelo, “La apreciación de la culpa según la capacidad y circunstancias del agente”, op. y loc. cit.

actuando bajo el modelo de conducta que establece el art. 1674 del Código Civil y Comercial¹⁰⁴.

Dentro de la pauta de conducta del buen hombre de negocios fiduciario se inscriben las siguientes: i) no adquirir para sí los bienes fideicomitidos, bajo pena de nulidad (art. 1676, Código Civil y Comercial); ii) no dispensarse de la obligación de rendir cuentas, bajo pena de nulidad (art. 1676, Código Civil y Comercial); iii) en caso de coincidencia de fiduciario y beneficiario en un mismo sujeto, de evitar cualquier conflicto de intereses y obrar privilegiando los de los restantes sujetos intervinientes en el contrato (art. 1673, Código Civil y Comercial); y iv) no realizar actos de administración y disposición en contra de los fines del fideicomiso (arg. arts. 1666 y 1688, Código Civil y Comercial). También existen deberes implícitos como obrar privilegiando el interés de los restantes intervinientes en el contrato de fideicomiso en pos del cumplimiento de sus fines.

3.1.2.2.2 *Quid de la graduación de la culpa*

Al analizar la responsabilidad por culpa del fiduciario no profesional es importante considerar que si bien el art. 1724 del Código Civil y Comercial mantuvo el criterio de Vélez de rechazar la graduación de la culpa, parte de la doctrina entiende que cabe predicar la distinción entre culpa grave y culpa en general, aunque con un sentido diferente al tradicionalmente postulado.

No se trata aquí de "descubrir" culpas leves para eximir de responsabilidad (cuando el factor de atribución es subjetivo), sino, por el contrario, de que cuando se presenta la culpa

¹⁰⁴ Véase AZAR, Aldo M. y OSSOLA, Federico, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (Director) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (Coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial*, cit., tomo III, p. 404.

grave, exista una correlativa agravación de la responsabilidad civil, pues debe ser asimilada al dolo¹⁰⁵.

En el modelo de apreciación de la culpa para un fiduciario no profesional (buen hombre de negocios que actúa en base a la confianza depositada en él) cuando este haya tenido un comportamiento negligente grave, su conducta será pasible de un reproche cualitativamente superior al del accionar culposo y podrá ser calificado como doloso.

Este era el criterio que explícitamente receptaba el Proyecto de Código Civil de 1998 al establecer las reglas de apreciación de la diligencia¹⁰⁶, pero entiendo que tomando la calificación de dolo que trae el Código Civil y Comercial se arriba a idéntica solución.

El art. 1724 del Código Civil y Comercial establece que “el dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con la manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”. Se exige para su configuración la finalidad directa de afectar intereses ajenos o una despreocupación o indiferencia manifiesta respecto de ellos.

Desde un enfoque netamente objetivo, la conducta del dañador que trasluce una manifiesta despreocupación por los intereses de los terceros no revela diferencias con quien comete daños con excesiva negligencia, o sea, quien obra a título de culpa grave¹⁰⁷.

¹⁰⁵ AZAR, Aldo M. y OSSOLA, Federico, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (Director) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (Coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial*, cit., tomo III., p. 402.

¹⁰⁶ Art. 1604 del Proyecto de 1998: “*Apreciación de la diligencia*. Para la apreciación de la diligencia se aplican las siguientes reglas: (...) c) La falta extrema de diligencia configura culpa grave, que es asimilada al dolo”.

¹⁰⁷ Llambías, al hacer tema con la culpa grave en Roma, señala que ella se configuraba cuando se omitían “los cuidados más elementales” al

Las motivaciones subjetivas del autor de daño quedan en su esfera interna y no son susceptibles de ponderación por el intérprete.

Con esa orientación, se afirma que la equiparación de la culpa grave y el dolo en el Código Civil y Comercial es implícita, y que una interpretación contraria solo favorecería a aquellos que esconden sus acciones dolosas bajo la apariencia de groseras torpezas o debilidades¹⁰⁸.

Desde el aspecto práctico, es útil considerar que la responsabilidad derivada de la insatisfacción de las obligaciones de medios del fiduciario –que fueron analizadas en el Capítulo III– se sustenta en un factor de atribución subjetivo.

También es relevante tener presente dos cuestiones.

Por un lado, que idéntica solución se aplicará en los casos en los que el fiduciario responde por la culpa o dolo de sus delegados o dependientes (arts. 851, 1676, 1753, Código Civil y Comercial), cuestión que se analiza al estudiar los casos de propagaciones de responsabilidad del fiduciario.

Por el otro, que se encuentra prohibida la dispensa del dolo y de la culpa del fiduciario y de sus dependientes (art. 1676, Código Civil y Comercial).

3.1.2.3 Fiduciario profesional

El fiduciario designado en un fideicomiso puede ser un profesional.

obrar con “excesiva negligencia y no advertir lo que todos hubieran advertido”. Véase LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 4ª edición, Perrot, Buenos Aires, 1983, tomo I, §162, pp. 195-196.

¹⁰⁸ BUERES, Alberto J., “La asimilación de la culpa grave al dolo. Criterio de aplicación”, en *Responsabilidad Civil y Seguros*, 2015-VI, tapa, y en *La Ley Online*.

En algunos casos tal calidad está impuesta como un requisito legal de capacidad de derecho. Esto es lo que sucede en los fideicomisos financieros.

En otros casos, específicamente en los fideicomisos “ordinarios” o “comunes” en los que puede ser fiduciario cualquier persona humana o jurídica, la profesionalidad se presenta cuando la designación del fiduciario se efectúa considerando en concreto su especialización técnica de acuerdo con el objeto del fideicomiso (arg. art. 776, Código Civil y Comercial)¹⁰⁹.

En cualquiera de estos supuestos para apreciar la conducta del fiduciario también corresponderá aplicar el cartabón del buen hombre de negocios que actúa en base a la confianza depositada en él, pero considerando que se trata de un fiduciario profesional.

En doctrina se señala que el concepto de profesional adolece de imprecisiones propias de su vaguedad que complican la comprensión¹¹⁰.

No obstante, es una realidad que existe una evidente desigualdad en la relación entre un profesional y un profano, con

¹⁰⁹ Art. 776 del Código Civil y Comercial: “*Incorporación de terceros*. La prestación puede ser ejecutada por persona distinta del deudor, a no ser que de la convención, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias resulte que este fue elegido por sus cualidades para realizarla personalmente. Esta elección se presume en los contratos que suponen una confianza especial”.

¹¹⁰ ALTERINI, Atilio A. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., “Responsabilidad profesional: el experto frente al profano”, *La Ley*, 1989-E, p. 847; RCyS, 2014-XI, p. 285, con cita de CAS, Gérard y FERRIER, Didier, y MESTRE, Jacques.

especial implicancia en la responsabilidad, por lo que se ha intentado delinear la noción de “profesional”¹¹¹.

Se consideran notas distintivas de la actividad profesional la condición de experto en una determinada área del saber humano con fundamentos científicos, técnicos o prácticos¹¹², la habitualidad, la reglamentación de la actividad, el requisito de habilitación, y la presunción de onerosidad.

La noción de actividad profesional no queda confinada a la que realiza quien posee un título universitario¹¹³, aunque ciertas tareas, coincidentes en general con las propias del denominado clásicamente profesional liberal, presentan otras características específicas que se agregan a la nómina anterior: autonomía

¹¹¹ Véanse distintos encuentros jurídicos, entre otros, el 2º Encuentro de Abogados Civilistas, llevado a cabo en Santa Fe (Provincia de Santa Fe), del 30 de junio al 2 de julio de 1988; las 1-Jornadas de Estudiantes y Jóvenes Abogados sobre temas de Derecho Civil, que tuvieron lugar en la Universidad Nacional de Rosario (Provincia de Santa Fe) los días 6 y 7 de octubre de 1988; las 1ª Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho, organizadas por la Universidad Nacional de Lomas de Zamora (Provincia de Buenos Aires) entre el 24 y 26 de noviembre de 1988; las 5ª Jornadas Rioplatenses de Derecho Civil desarrolladas en San Isidro (Provincia de Buenos Aires) los días 15 al 17 de junio de 1989; las 1ª Jornadas Provinciales de Derecho Civil, realizadas en Mercedes (Provincia de Buenos Aires) del 6 al 8 de agosto de 1981.

¹¹² 5ª Jornadas Rioplatenses de Derecho Civil desarrolladas en San Isidro (Provincia de Buenos Aires) los días 15 al 17 de junio de 1989. Agregado a la Rec. 2 de la Com. I de Richetti y Rochtein, con la adhesión de Taiah, Alterini, López Cabana, Laplacette y Cabrera.

¹¹³ 5ª Jornadas Rioplatenses de Derecho Civil desarrolladas en San Isidro (Provincia de Buenos Aires) los días 15 al 17 de junio de 1989.

técnica, sujeción a colegiación, sumisión a normas éticas y sometimiento a potestades disciplinarias¹¹⁴.

Paralelamente, no existe entre nosotros una noción de culpa profesional. No obstante, es indiscutible que en el Código Civil y Comercial, al igual que en el Código Civil de Vélez derogado (art. 902), campea la máxima del art. 1725 que lleva a la obligación de extremar los recaudos a quien ostenta cualidad o conocimientos especiales, siendo el arquetipo un profesional universitario en el ejercicio de su profesión¹¹⁵.

En tal sentido, es lógico que no sean equiparables la culpa en la que incurre un fiduciario no profesional (art. 1674, Código Civil y Comercial), que un fiduciario profesional (v.gr. una entidad financiera, un ingeniero agrónomo, una empresa constructora) pues ha sido elegido por sus condiciones especiales de acuerdo con el objeto del contrato de fideicomiso.

La responsabilidad del profesional se basa en una culpa determinada por la omisión de la diligencia especial exigible por sus conocimientos técnicos¹¹⁶, exigencia que no puede confundirse con el cartabón del buen hombre de negocios fiduciario no profesional.

Corresponderá apreciar la culpa comparando lo que hizo el fiduciario con lo que debió haber hecho actuando como un buen hombre de negocios profesional que actúa en base a la confianza

¹¹⁴ Conf. ALTERINI, Atilio A. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., “Invalidez de las cláusulas limitativas en la responsabilidad profesional”, *La Ley*, 1989-D, p. 916; RCyS 2018-III, p. 283.

¹¹⁵ LÓPEZ MESA, Marcelo, “La apreciación de la culpa según la capacidad y circunstancias del agente”, *op. y loc. cit.*

¹¹⁶ LÓPEZ MESA, Marcelo, “La apreciación de la culpa según la capacidad y circunstancias del agente”, *op. y loc. cit.*

depositada en él. Es decir, por un sistema mixto de apreciación de la culpa.

Aquí el estándar de exigencia es más alto que en el supuesto de fiduciario no profesional, pues cuanto mayor es el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas que emerge de sus conocimientos técnicos, mayor es la diligencia exigible al agente. Además, al existir una confianza especial entre las partes, se estima el grado de responsabilidad por la condición especial del agente.

A partir de ese estándar de exigencia más alto se calificarán como culposas conductas que no lo serían para un fiduciario no profesional (v.gr. el ingeniero agrónomo que en un fideicomiso de administración agropecuaria decide utilizar un herbicida de menor calidad, lo que deriva en una merma en la producción aunque no sea de gran significación) y serán calificadas como altamente culposas y asimilables al dolo conductas que no lo serían para un fiduciario no profesional (v.gr. el ingeniero agrónomo que en un fideicomiso de administración agropecuaria no contrata los seguros por riesgos climáticos).

En tal sentido, se puede afirmar que cuando el fiduciario es profesional, pueden existir obligaciones legales implícitas por ser inherentes a las actividades respectivas o que incluso surjan de los usos, prácticas y costumbres (arts. 1.º, 964, Código Civil y Comercial)¹¹⁷, que no serían exigibles al fiduciario no profesional.

¹¹⁷ Véase ALTERINI, Jorge H., “Importancia del estudio de títulos”, Gaceta del Notariado N° 88, 1982. Cita online: AR/DOC/486/2012, quien al disertar sobre las obligaciones de los escribanos dijo: “Las obligaciones no tienen porqué ser expresas, pueden nacer implícitas de la ley, aún más, es paradójico que se sostenga la inexistencia de la obligación del estudio de títulos y paralelamente se reconozca que tal estudio configura un uso y costumbre repetido en la Argentina. Se olvida que en virtud del art. 17 del Cód. Civil, ante el silencio de la ley —si es que existiera en este caso— el uso o costumbre puede tener fuerza vinculante. Si el uso o

Las restantes precisiones respecto de los factores subjetivos de atribución en el caso del fiduciario no profesional resultan plenamente aplicables al caso.

3.1.2.4 Fiduciario en la relación de consumo

En el supuesto en el que el fiduciario actúe como proveedor en una relación de consumo, sea que el contrato sea calificado como tal –respecto de todos o algunos de los vínculos– o bien que este celebre contratos de consumo con terceros¹¹⁸, la apreciación de su culpa tendrá notas especiales, pues las obligaciones de un fiduciario que califica como proveedor en los términos de los arts. 2.º de la ley 24240, y 1093 del Código Civil y Comercial, serán no solo las que establezcan los arts. 1666 y ss. del Código Civil y Comercial y las que surjan de lo acordado en el contrato de fideicomiso, sino también las impuestas por las regulaciones relativas a los contratos de consumo.

Las modulaciones del derecho de consumo en la esfera del fiduciario proveedor importan que deba ser repensada la pauta de que debe obrar con la prudencia y diligencia de un “buen hombre de negocios” que actúa sobre la base de la confianza depositada en él.

Aunque ante el supuesto de incumplimiento del fiduciario ese cartabón de conducta supone un factor de atribución subjetivo de responsabilidad, la aplicación de las directivas de la ley 24240 variarán la naturaleza del fundamento del deber de responder por uno de carácter objetivo.

Ello surge claramente del art. 10 bis de la ley 24240 que establece que “el incumplimiento de la oferta o del contrato por el

costumbre es investigar títulos y la obligación de hacerlo no la encontramos en la ley ni expresa ni implícitamente, la alumbraría la costumbre”.

¹¹⁸ Véase Capítulo II.

proveedor, salvo caso fortuito o fuerza mayor, faculta al consumidor”¹¹⁹. Idéntico factor de atribución se dispone en el art. 40 de la ley 24240 para los casos de daños causados por riesgo o vicio de la cosa.

La responsabilidad objetiva del fiduciario proveedor, sin embargo, merece algunas precisiones adicionales.

La innecesariedad de que el damnificado acredite el dolo o la culpa del fiduciario al instar una reclamación de daños no implica que esté ausente tal carga subjetiva, ni que pierda toda importancia.

Pienso que si el damnificado pretendiera extender la responsabilidad al patrimonio general del fiduciario debería probar que medió un obrar contrario a la pauta de conducta que establece el art. 1674 del Código Civil y Comercial. Sin perjuicio de ello, el incumplimiento del que deriva su responsabilidad objetiva será indiciario de que detrás de la cobertura del deber de responder objetivo se halla una conducta, al menos, culposa y, por tanto, contraria a la directiva basilar del “buen hombre de negocios”.

3.1.3 Prohibición de dispensa de la culpa y del dolo

Entre las “dispensas prohibidas” reguladas por el art. 1676 del Código Civil y Comercial se invoca que “el contrato no puede

¹¹⁹ No debe acotarse el ámbito del art. 10 bis de la ley 24240 al incumplimiento de la “oferta o del contrato”, como expresamente señala la norma, sino que debe extenderse también a la insatisfacción de las obligaciones de fuente legal como, por ejemplo, la de informar (art. 4.º, ley 24240) y la de brindar seguridad (arts. 5.º y 6.º, ley 24240). Conf. PICASSO, Sebastián, en PICASSO, Sebastián y VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (Directores), *Ley de defensa del consumidor comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2009, tomo I, p. 156, en comentario al art. 10 bis.

dispensar al fiduciario (...) de la culpa o dolo en que puedan incurrir él o sus dependientes”.

Mientras la mención a *la prohibición de dispensa del dolo puede resultar superflua*, debido a que la directiva general es que son nulas las dispensas anticipadas de responsabilidad a título de dolo (art. 1743, Código Civil y Comercial), *la referida a la culpa puede parecer excesiva*, pues en el sistema general este es el único espacio para poder liberar apriorísticamente al deudor.

No obstante, tal rigurosidad se justifica si se tienen en cuenta las amplias facultades que se le confieren al fiduciario, la no subordinación de su función, y que el único control de su actividad por imperio de la ley está dado por la obligación de rendir cuentas a las restantes posiciones jurídicas: beneficiario, fiduciante y fideicomisario.

Asimismo, se establece en aplicación de lo normado por el art. 1753 del Código Civil y Comercial que el fiduciario responde por la culpa o dolo en que pudieren incurrir sus dependientes¹²⁰.

3.1.4 Renunciabilidad de la acción por daños

La prohibición de dispensar al fiduciario de su responsabilidad basada en factores de atribución subjetivos no debe confundirse con la posibilidad que tienen los terceros de renunciar a la acción contra el fiduciario tendiente a que el daño que sufrieron les sea reparado.

Lo vedado únicamente es la dispensa “anticipada” de la culpa o el dolo del fiduciario. En cambio, nada obsta a que los sujetos dañados dispensen al fiduciario *a posteriori* del daño por él cometido.

¹²⁰ AICEGA, M^a Valentina y GÓMEZ LEO, Osvaldo, en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo VII, p. 1150.

3.2 Causalidad

3.2.1 Incidencia de la pauta de actuación del fiduciario como “buen hombre de negocios”

En la oportunidad de analizar el cartabón del “buen hombre de negocios” ponderaré el impacto de las reglas del art. 1725 del Código Civil y Comercial en la valoración de la culpabilidad. Pero esa norma no agota su virtualidad en el ámbito del factor de atribución subjetivo de responsabilidad, sino que propaga sus derivaciones también en el plano de la causalidad.

Tanto la culpabilidad como la causalidad ponderan a la previsibilidad de las conductas del sindicado como responsable, pero la causalidad lo hace exclusivamente “en abstracto”, con base en la normalidad de las consecuencias de su conducta de acuerdo con la experiencia¹²¹.

En efecto, pienso que la pauta según la cual “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” (art. 1725, Código Civil y Comercial) es un parámetro eficaz tanto para valorar la culpabilidad como las derivaciones de la causalidad¹²².

El juicio de previsibilidad considerado en abstracto puede ser más severo en función de las calidades del agente por mediar conocimientos especiales¹²³ y es aquí donde ingresa la temática la

¹²¹ Véase ALTERINI, Atilio A., *Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970, §205, p. 160.

¹²² ALFERILLO, Pascual E., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo VIII, pp. 148 y 149.

¹²³ ORGAZ, Alfredo, “La relación de causalidad entre el acto ilícito y el daño”, *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales*, tomo II, p. 931.

necesidad de que el fiduciario se comporte como un “buen hombre de negocios” sobre la base de la confianza depositada en él.

Es evidente que la valoración de las consecuencias de los daños que cometa deberá ser más intensa que la del hombre común, pues la experiencia demuestra –o, al menos, la ley le impone– que cuenta con un grado de previsión superior a la media. Lo que será “imprevisible” para algunos, para él podrá ingresar en el terreno de lo “previsible”.

Esas ideas deben matizarse con las distintas alternativas conceptuales que analicé respecto a la profesionalidad o no del fiduciario¹²⁴, pues en mi visión solo puede predicarse una profesionalidad del fiduciario cuando los conocimientos especiales de la persona que integra esa posición jurídica son acordes al objeto del fideicomiso.

Estas particularidades se vinculan con una hipótesis especial que se presenta en el caso fortuito, o sea en el “hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado” (art. 1730, Código Civil y Comercial) y que, por tal razón, implica una causa ajena en virtud de la cual se fractura la causalidad adecuada.

Me estoy refiriendo al denominado caso fortuito “propio o interno” del que hace mérito el inc. e) del art. 1733 del Código Civil y Comercial, que prevé que el deudor no puede invocarlo “si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad”.

Por ejemplo, si en un fideicomiso agropecuario el fiduciario ingeniero agrónomo no pudiera entregar la cosecha comprometida en virtud de que ella fue destruida por un evento climático como el

¹²⁴ Véase el Capítulo II.

granizo, no podría escudarse en la invocación del *casus*, pues tal contingencia atañe a la propia actividad que desplegó.

3.2.2 Extensión del resarcimiento

La regla es que el fiduciario, sin importar la génesis de la responsabilidad, deberá indemnizar al damnificado las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles que provocó su conducta antijurídica (art. 1726 *in fine*, Código Civil y Comercial).

Esa directiva encuentra una matización en el deber de responder derivado de la inejecución de una obligación, esto es, en la clásica responsabilidad contractual, pues el art. 1728 del Código Civil y Comercial prevé un agravamiento en caso de que el incumplimiento lo sea a título de dolo.

Ese precepto establece: “*Previsibilidad contractual*. En los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento”.

La norma resuelve cuándo hay que efectuar el juicio de previsibilidad. Dispone, con buen criterio, que tal ponderación debe realizarse por regla al tiempo de la concertación del acuerdo, pues son las partes en esa oportunidad quienes diagraman los proyectos de conductas.

Pero para el caso del deudor doloso a esa directiva temporal del juicio de previsibilidad se le adiciona que “la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento”.

Un ejemplo colaborará para comprender la dinámica de la norma. Piénsese en un fideicomiso agropecuario cuyo objeto es la siembra y cosecha de soja para su posterior comercialización a terceros. La cadena de relaciones que pueden patentizarse son las siguientes: i) el fiduciario celebra un contrato de compraventa con

respecto a la cosecha futura; ii) a su vez, el comprador se compromete a vender la cosecha a un empresario productor de alimentos de soja; y iii) el empresario cuenta como único cliente a una cadena de supermercados, a quien le provee de manera exclusiva los productos de soja que elabora.

Si el fiduciario incumpliera el contrato de compraventa para perjudicar al titular de la cadena de supermercados, v.gr. entregándole la cosecha a otro comprador, su actuación dolosa determinará que las consecuencias se extiendan hasta el perjuicio que padecerá el titular de la cadena de supermercados, ya que la “previsibilidad” de su conducta debe juzgarse al tiempo de su “incumplimiento”.

3.3 Falta de contratación del seguro “obligatorio”

En el Capítulo III hice tema con la contratación del seguro que impone el art. 1685 del Código Civil y Comercial en cuanto deber del fiduciario, que se conecta íntimamente con la pauta de conducta del “buen hombre de negocios” que actúa sobre la base de la confianza depositada en él. Corresponde ahora efectuar algunas precisiones en orden a su impacto en el deber de responder del fiduciario.

La insatisfacción del deber de contratar el seguro por parte del fiduciario implica un renovado agravamiento de su responsabilidad, ya que tal inconducta impide que goce del beneficio de la separación patrimonial que hace a la esencia de esta figura.

En efecto, la ausencia de contratación del aseguramiento de responsabilidad civil, o su defectuosa concertación –por no adecuarse a lo establecido en la reglamentación respectiva, o no ser razonable en la cobertura de riesgos o montos– tanto respecto de las restantes posiciones jurídicas del fideicomiso, como de los terceros dañados importa que pueda soslayarse la separación patrimonial.

Los damnificados podrán accionar tanto contra el patrimonio especial por fideicomitido, como respecto del patrimonio general del fiduciario. Pero no se crea que en todas las hipótesis de ausencia de contratación de seguros ello será así, pues únicamente acontecerá cuando la responsabilidad involucrada sea objetiva debido al riesgo de acuerdo con lo preceptuado por el art. 1757 del Código Civil y Comercial.

Tal como ya lo adelanté¹²⁵, si bien la norma del art. 1685 solo se ocupa desde la literalidad de las “cosas”, creo que debe efectuarse una lectura correctora que armonice con la remisión legal que realiza, ya que el art. 1757 también menta a las “actividades” riesgosas. Debe entenderse, entonces, que la responsabilidad en cuestión puede provenir del riesgo de las “cosas” o de las “actividades” que se desarrollen con las cosas que fueron fideicomitidas.

Los alcances del deber de responder del fiduciario serán disimiles según quién sea el damnificado, pues si quien sufriera el daño fuese alguna de las otras posiciones jurídicas del contrato de fideicomiso la responsabilidad derivada será obligacional en virtud de que media un vínculo preexistente. En cambio, si el daño fuese un tercero al contrato podrían acontecer daños extraños a relaciones obligacionales y consistentes con la infracción al deber genérico de no dañar, lo que conectará la temática con la clásica responsabilidad extracontractual; piénsese, v.gr., en daños causados por vehículos utilizados para la construcción en inmuebles colindantes.

3.4 Incrementos en caso de mediar relación de consumo

Si el fiduciario calificara como proveedor en el marco de una relación de consumo (arts. 1093, Código Civil y Comercial, y 2.º, ley 24240) los deberes prestacionales se incrementarían tanto en sentido “cualitativo” como “cuantitativo”.

¹²⁵ Véase el Capítulo III.

Desde el enfoque “cualitativo”, las obligaciones impuestas al fiduciario por el régimen del derecho común y el correlativo deber de responder por la insatisfacción de aquellas se verían intensificados.

Ante todo, el principio protectorio del consumidor impone que la interpretación y la posterior aplicación del Derecho se efectúe en el sentido más favorable a la parte débil (arts. 1094, Código Civil y Comercial, y 3.º, ley 24240). Con esa mirada, al tratarse de una relación correspectiva, el designio del legislador de favorecer al consumidor implica un agravamiento de la posición del fiduciario proveedor.

Además, repárese que la eventual responsabilidad del fiduciario ante el incumplimiento de las obligaciones que pesan sobre él se objetivará en todos los casos por el juego de los arts. 10 *bis* y 40 de la ley 24240.

Por otra parte, desde el plano “cuantitativo” también la posición del fiduciario proveedor se ve agravada por un aumento en el número de obligaciones que deberá satisfacer.

Así, el fiduciario deberá: i) informar de manera cierta, clara, detallada y gratuita, en soporte físico o el que elija expresamente el consumidor (arts. 1100, Código Civil y Comercial; y 4.º, ley 24240), débito que proyecta su gravitación sobre las enunciaciones, forma y prueba de los contratos de consumo, y que modeliza a la obligación de rendir cuentas del fiduciario¹²⁶; ii) garantizar la seguridad de los consumidores (arts. 5.º, 6.º y 40, ley 24240); iii) cumplir con las obligaciones asumidas en los contenidos publicitarios (arts. 1103, Código Civil y Comercial; y 8.º, ley 24240); iv) tratar digna y equitativamente a los consumidores (arts. 1097 y 1098, Código Civil y Comercial; y 8.º bis, ley 24240); v) informar el derecho a la revocación ante contrataciones realizadas fuera del establecimiento o a distancia (arts. 1104 y ss.,

¹²⁶ Véase el Capítulo III.

Código Civil y Comercial; y 32 y ss., ley 24240); vi) otorgar las garantías poscontractuales especiales de origen legal (arts. 11 a 17, ley 24240); y vii) responder de manera más acentuada por los vicios ocultos (art. 18, ley 24240).

3.5 La función punitiva

3.5.1 En las relaciones de consumo

3.5.1.1 Generalidades

Los denominados daños punitivos –traducción literal de la expresión inglesa *punitive damages*– son las sumas de dinero que los tribunales mandan pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños efectivamente experimentados por el damnificado. Están destinados a punir hechos para evitar que conductas similares sucedan en el futuro¹²⁷.

En el derecho anglosajón se los presenta como un castigo al demandado por una conducta particularmente grave que cometió y se los otorga con el claro designio de desalentar ese comportamiento en lo sucesivo¹²⁸. Por su parte, el *Restatement of Contract 2nd* contempla los *punitive damages* para penar a una persona por su conducta ofensiva, y para disuadir a ella y a otros de obrar en forma similar en el futuro (§908, apart. 1).

Estos daños, con evidente propósito sancionatorio, hasta su introducción por la ley 26361 no se hallaban regulados en nuestro ordenamiento jurídico.

¹²⁷ Véase PIZARRO, Ramón D., “Daños punitivos”, en *Derecho de daños. Segunda parte*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1993, pp. 291 y 292.

¹²⁸ GLANNON, J. W., *The law of torts*, Ed. Little, Brown and Company, Boston, 1995, p. 242 y nota al pie.

La doctrina se hallaba dividida respecto de la conveniencia o inconveniencia de introducir en la legislación argentina un instituto nacido en el seno del *common law*.

Algunos consideraban que no hay nada de sancionatorio en nuestro derecho de daños y que en él rige la regla de oro que resulta ser exactamente extraña a los principios que informan los *punitive damages*: el responsable debe resarcir todo el perjuicio causado, pero solo el perjuicio causado¹²⁹. Otros estimaban deseable la incorporación de la faz punitiva del derecho de daños¹³⁰.

El Proyecto 1998 se hizo cargo de la polémica y en el art. 1587 optó por la tesitura que reclamaba la recepción del instituto, al preceptuar: “El tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquél obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta, y tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada”.

Asimismo, se ha propugnado su regulación en diversas Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Así, las XVII Jornadas de Derecho Civil de 1999 aconsejaron la “implementación de multas civiles, con carácter de penas privadas legales, para sancionar

¹²⁹ Así, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Los llamados ‘daños punitivos’ extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil”, La Ley 1994-B, p. 860; PICASSO, Sebastián A., “Sobre los denominados ‘daños punitivos’”, La Ley 2007-F, p. 1154.

¹³⁰ PIZARRO, Ramón D., “Daños punitivos” cit., p. 289; ALTERINI, Atilio A., AMEAL, Oscar A. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de las Obligaciones*, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, núm. 591 bis, p. 267; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, tomo IV, p. 573 y ss.

graves inconductas mediante la imposición al responsable de una suma de dinero”. La conveniencia de legislar un sistema de indemnizaciones punitivas ha integrado, asimismo, las conclusiones de las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

Quienes estimaban inconveniente la incorporación de los daños punitivos a nuestro Derecho enfatizaban en la imposibilidad de regularlos desde una perspectiva constitucional, por entender que, como los daños punitivos tienden a causar un mal al responsable del ilícito con fines de castigo y de prevención general¹³¹, deberían ser regulados por el derecho penal. Como este tipo de sanciones son extrañas al derecho privado, corresponde reservarlas exclusivamente a los ilícitos penales de carácter público, que tienen un régimen particular de estricta garantía en la administración de la justicia represiva¹³².

Por su parte, quienes consideraban que debían tener recepción legislativa señalaron que debía estar acompañada de una serie de requisitos, similares a los impuestos en la legislación comparada, a saber¹³³: i) grave reproche subjetivo en la conducta del dañador; ii) existencia de lesión o daño; y iii) en principio, inaplicabilidad en materia contractual.

3.5.1.2 La reforma de ley 24240 efectuada por la ley 26361

3.5.1.2.1 Planteamiento

La ley 26361 introdujo la noción de pena civil en el ordenamiento jurídico argentino a través de la incorporación del art. 52 *bis* a la ley 24240: “*Daño Punitivo*. Al proveedor que no

¹³¹ PICASSO, Sebastián A., “Sobre los denominados ‘daños punitivos’”, cit.

¹³² BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Los llamados ‘daños punitivos’ extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil”, cit.

¹³³ PIZARRO, Ramón D., “Daños punitivos” cit., pp. 297-301.

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”.

Una primera lectura de la norma parecería indicar que el único recaudo de procedencia es que el proveedor “no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el damnificado”. Sin embargo, a poco que se analiza el funcionamiento de la figura se descubren distintos requisitos.

3.5.1.2.2 Necesidad de que medie daño

El art. 52 bis de la ley 24240 no establece expresamente como requisito de procedencia de los daños punitivos que se haya ocasionado un daño, pero su exigencia se infiere desde que la norma dispone que se podrá aplicar la sanción “a instancia del damnificado”¹³⁴.

¹³⁴ Véase C1a Apel. Civ. y Com. Córdoba, “Navarro, Mauricio José c. Gilpin Nash, David Iván s/ abreviado. exp. N° 1745342/36”, 27/10/2011, La Ley Online. Comp.: CApel. Civ. y Com. Común de Tucumán, sala II, “Esteban, Noelia E. c. Cervecería y Maltería Quilmes S. A. I. C. A.G. s/ daños y perjuicios”, 27/07/2017, La Ley 2017-D, 554 - La Ley 2017-E, 127 - La Ley 2017-E, 165 - La Ley 2017-E, 369; CSJ Tucumán, sala civil y penal, “Esteban, Noelia E. c. Cervecería y Maltería Quilmes SAICAG s/ daños y perjuicios”, 25/04/2019, La Ley 2019-D, 48 - RCCyC 2019 (agosto), 185 - LLNOA 2019 (octubre), 6 - RCyS 2019-XII, 87 - LLNOA 2020 (febrero), 8.

La calificación de “damnificado” se debe efectuar teniendo en consideración la finalidad punitiva o sancionatoria de la multa civil, que es una vertiente de la función preventiva del derecho de daños que legisla el Código Civil y Comercial (arts. 1710 a 1715). Ante todo, será damnificado quien sufre un daño presente, pero también podría presentarse un caso en el que exista relación adecuada de causalidad entre el hecho de un proveedor y un daño con grado de certeza de ocurrencia en el futuro. En este último caso se configurará un daño futuro cierto y tomará especial virtualidad la función preventiva de la multa civil¹³⁵.

En cualquier supuesto, es irrelevante la cuantía del daño para su procedencia.

Por su parte, el art. 118 del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor de 2018 parece no exigir la existencia de un daño, pues establece que proceden los daños punitivos siempre que el proveedor haya actuado tan solo con “grave menosprecio hacia los derechos del consumidor”. Sin embargo, por mayoría se concluyó en las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2019 que: “La causación de un daño efectivo al consumidor sí constituye un requisito para la imposición de una condena por daños punitivos”.

3.5.1.2.3 Grave reproche subjetivo

Si lo que se procura es castigar al proveedor infractor y disuadir conductas semejantes en el futuro, es razonable que se exija que medie un factor de atribución consistente en la culpa

Conf.: Entre otros, VÍTOLO, Daniel R., *Defensa del consumidor y del usuario. Colección leyes nacionales*, cit., p. 186;

¹³⁵ Las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2019 concluyeron, por mayoría, que: “A los efectos del art. 52 bis. LDC, la expresión ‘damnificado’ debe entenderse en los términos del art. 1739 del CCyC”.

grave o el dolo¹³⁶. En ese entendimiento, la jurisprudencia mayoritaria ha requerido para que procedan los daños punitivos una actitud del proveedor temeraria, maliciosa, groseramente negligente con el propósito deliberado de obtener un rédito o beneficio, un accionar con grave menosprecio o indiferencia hacia el otro, abuso de poder, entre otras calificaciones similares¹³⁷.

Esta interpretación es coherente con el art. 8.º bis de la ley 24240 que establece la obligación de trato digno y equitativo del proveedor hacia el consumidor y, especialmente, dispone que los proveedores deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. En el mismo sentido, lo establecido en los arts. 51 y 52 del Código Civil y Comercial,

Lógicamente, la calificación en cada caso de la culpa como grave y del dolo dependerá de las condiciones especiales del proveedor en la relación de consumo (arg. 1725, Código Civil y

¹³⁶ Conf. CHAMATRÓPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto del consumidor*, cit., tomo II, p. 273.

Comp.: PICASSO, Sebastián, “Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor”, Suplemento especial La Ley, Reforma a la ley de defensa del consumidor, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 134.

¹³⁷ Véase CNCom., sala B, “Mourrut de Beauverger c. Forensa SA s/sumarísimo”, 21/02/2013, La Ley Online; CApel. Civ. y Com. Santa Fe, sala I, “Bossler, Edgardo Exequiel c. Nation S.A. s/ demanda ordinaria”, 15/06/2015, LLLitoral 2015 (diciembre), 1220; CNCiv., sala K, “F. E. y otro c. Urbanizaciones del Pilar S.A. s/ Cobro de sumas de dinero”, 18/03/2019, La Ley Online; CSJ Tucumán, sala civil y penal, “Esteban, Noelia E. c. Cervecería y Maltería Quilmes SAICAG s/ daños y perjuicios”, 25/04/2019, La Ley 2019-D, 48 - RCCyC 2019 (agosto), 185 - LLNOA 2019 (octubre), 6 - RCyS 2019-XII, 87 - LLNOA 2020 (febrero), 8; CApel. Civ. y Com. Gualeguaychú, sala I, “Sagripanti, Rigoberto José c. Telecom Argentina SA s/ sumarísimo”, 13/02/2020, RCyS 2020-VII, 199.

Comercial), y de su incidencia o relevancia social, siendo un elemento a tener especialmente en cuenta la gravedad del daño.

La línea hermenéutica propuesta es la que siguen explícitamente el art. 1587 del Proyecto de 1998 que establece como requisito la “indiferencia” y el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de 2012 que exige la actuación “con grave menosprecio”. Por su parte, el art. 118 del Anteproyecto de Ley de Defensa de Consumidor de 2018 hace referencia al “grave menosprecio hacia los derechos del consumidor”.

Estas ideas integran uno de los despachos mayoritarios de las conclusiones de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2019; a saber: “Sin perjuicio de las deficiencias técnicas de la norma vigente, debe interpretarse que consagra un factor subjetivo de atribución agravado, consistente en la culpa grave o dolo del proveedor”.

3.5.1.2.4 Legitimación. Graduación y destino

La aplicación de la sanción de multa civil procede a pedido del consumidor interesado en los casos de incumplimiento con derivaciones dañosas y a título de culpa grave o dolo, lo que descarta una aplicación de oficio¹³⁸. A tal fin, el art. 52 bis establece que “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”.

El precepto le confiere al juzgador que intervino a instancias del consumidor la facultad para establecer una multa civil teniendo en cuenta las circunstancias agravantes y atenuantes, ya que menta a la “gravedad del hecho y demás circunstancias del caso”. El juez, entonces, deberá tener en cuenta el perjuicio

¹³⁸ Conf. LÓPEZ HERRERA, Edgardo, “Sanción pecuniaria disuasiva”, en ALTERINI, Ignacio E. y AICEGA, M^a Valentina, *Derecho de consumo inmobiliario* (Directores), La Ley, Buenos Aires, 2021, tomo II, Cap. XXXI, p. 352.

resultante de la infracción para el consumidor, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho (arg. art. 49, ley 24240)¹³⁹.

En cuanto al destino de la multa, el art. 52 bis opta por hacerlo “a favor del consumidor”. Esta destinación es objetable por cuanto puede traducirse en un enriquecimiento injustificado del consumidor¹⁴⁰. Sobre el particular, en las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2019 se defendieron distintos criterios doctrinarios, tal como se advierten en las distintas conclusiones a las que se arribaron tanto de *lege lata*, como de *lege ferenda*. Estos son: “1.- Es adecuado que los daños punitivos sean destinados a favor del consumidor (mayoría). 2.- Debería modificarse el destino de los daños punitivos admitiendo soluciones que lo flexibilicen (primera minoría). 3.- La ley vigente permite el destino mixto de los daños punitivos (segunda minoría)”.

3.5.1.2.5 Monto

De acuerdo con la graduación que corresponde observar, la multa tendrá como límite el monto máximo de la sanción que establece el art. 47 de la ley 24240, esto es, \$ 5.000.000.

El establecimiento de límites cuantitativos de la responsabilidad es una cuestión de política legislativa. Ahora bien,

¹³⁹ Conf. CHAMATRÓPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto del consumidor*, cit., tomo II, p. 277.

¹⁴⁰ Conf. ALTERINI, Atilio A., “Las reformas a la ley de defensa del consumidor. Primera lectura, 20 años después”, Suplemento especial La Ley, Reforma a la ley de defensa del consumidor, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 18.

en el caso de las sanciones punitivas, cuya condena es preventiva y ejemplificadora, la fijación de topes puede derivar en los hechos en la desnaturalización de esas finalidades, pues los proveedores podrán hacer el cálculo del costo de la sanción frente al beneficio de actuar con grave menosprecio de los derechos del consumidor y optar por esto último¹⁴¹. A esto se agregan los usuales procesos inflacionarios que históricamente ocurren en nuestro país y licuan rápidamente los máximos establecidos cuando son en moneda de curso legal¹⁴².

Ante la clara letra del art. 52 bis de la ley 24240, en los supuestos en que la limitación cuantitativa derive en un cercenamiento de la función preventiva de la multa, pienso que corresponderá efectuar una interpretación sistemática.

Como estas multas civiles tienen una función preventiva o disuasoria, si de la aplicación de la letra del art. 52 bis deriva la aniquilación de esta teleología, el juez podrá aplicar las normas generales sobre función preventiva del derecho de daños que trae el Código Civil y Comercial, y de este modo no quedar limitado por el tope máximo de la ley 24240.

En caso de que el proveedor haya actuado con dolo, se podrá aplicar analógicamente a este supuesto de condena sancionatoria del art. 52 bis, la solución que trae el art. 1742 del Código Civil y Comercial para los casos de condena indemnizatoria, prohibiendo así la limitación o atenuación de la condena.

Asimismo, el juez en todos los casos deberá efectuar una ponderación razonable para evitar que un posible castigo excesivo resulte extremadamente perjudicial para el proveedor y finalice

¹⁴¹ Conf. CHAMATRÓPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto del consumidor*, cit., tomo II, pp. 293 y ss.

¹⁴² Conf. SHINA, Fernando, *Sistema legal para la defensa del consumidor. Leyes 24240, 26993 y 26994*, Astrea, Buenos Aires, 2016, p. 202.

perjudicando a la sociedad en general (arg. arts. 1714 y 1715, Código Civil y Comercial).

El art. 118 del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor de 2018 mantiene el tope máximo, aunque establece dos variantes para su fijación: i) monto fijo, ii) supresión del ilícito lucrativo, el que habrá que aplicar en caso de que resulte mayor.

A guisa de síntesis, el límite cuantitativo de \$ 5.000.000 que establece el art. 52 bis de la ley 24240 puede conspirar en algunos casos contra la finalidad preventiva de la multa civil, máxime teniendo en cuenta la usual pérdida del valor adquisitivo de nuestra moneda. Para esos supuestos se plantean las siguientes soluciones: 1) efectuar una interpretación sistemática con las normas generales del Código Civil y Comercial sobre la función preventiva de la responsabilidad, que no establecen límites cuantitativos a la facultad judicial de establecer la sanción; 2) en caso de dolo como factor de atribución, aplicar analógicamente el art. 1742 del Código Civil y Comercial que prohíbe la limitación o atenuación de las indemnizaciones en tal caso¹⁴³.

3.5.1.2.6 Pluralidad de responsables

El art. 52 bis, ley 24240, prevé la “solidaridad” ante el consumidor cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan entre ellos.

Creo, sin embargo, que deberá ponderarse si media una misma causa del deber de responder de los proveedores, o bien su responsabilidad deriva de causas diversas. De asistirse al primer escenario, es correcto predicar una responsabilidad mancomunada

¹⁴³ Véase AICEGA, M^a Valentina, “Clases de daño y algunas implicancias del factor subjetivo de atribución”, ponencia presentada ante las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2019, celebradas la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe.

solidaria; en el segundo caso, la responsabilidad es concurrente (arg. arts. 827, 850, 1751, Código Civil y Comercial).

3.5.1.2.7 *Quid* del aseguramiento

El aseguramiento podría desnaturalizar por completo la figura, pues no cumpliría su finalidad arquetípica consistente en punir, y con tal sanción, prevenir. Además, estaría reñido con elementales pautas éticas que informan al Derecho la posibilidad de asegurar conductas dolosas o concretadas con culpa grave, tal como se extrae del art. 114 de la ley 17418.

La cuestión se conecta, asimismo, con el límite cuantitativo que establece el legislador. Si, como creo, tal cortapisa debe ceder ante conductas dolosas, pues quien actúa con intención de dañar o grave menoscabo por los derechos ajenos no puede ver limitada su responsabilidad (arg. arts. 1724 y 1742, Código Civil y Comercial), la posibilidad del aseguramiento también encontraría valedores económicos. Es sabido que el recto funcionamiento de la técnica del seguro requiere de la elaboración de distintas ecuaciones económicas tendientes a captar al riesgo y la eventual respuesta de la aseguradora. Sin límite cuantitativo difícilmente se aseguren las sanciones pecuniarias disuasivas, más allá de los obstáculos jurídicos que menciono.

3.5.2 En las restantes relaciones

La ley 27442 de Defensa de la Competencia en su art. 64 también prevé a la función punitiva: “Las personas que incumplan las normas de la presente ley, a instancia del damnificado, serán pasibles de una multa civil a favor del damnificado que será determinada por el juez competente y que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan”.

Ahora bien, fuera de los esquemas de esas leyes regulatorias del mercado no se encuentran normativas expresas que den asidero a la facultad judicial de imponer este tipo de sanciones.

Sin embargo, si se coincidiera que la punición es una temática que involucra a la prevención, pues esta es una de las finalidades de la pena, el art. 1713 del Código brindaría suficiente apoyatura jurídica para sostener que el juez puede imponer multas civiles. Dicha norma establece que “la sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad”.

La facultad del juez para dar vida a obligaciones dinerarias para satisfacer pretensiones preventivas (art. 1710, Código Civil y Comercial) implica la posibilidad de alcanzar soluciones sucedáneas a las previstas para las multas civiles, incluso en ocasiones mejores, ya que no encuentra valladar en un límite máximo, ni es menester la ocurrencia de daño.

3.6 Fiduciario que celebró el acto jurídico sin aclarar el carácter en que actuaba

Puede suceder que el fiduciario haya celebrado un acto jurídico con terceros sin aclarar que actuaba en su carácter de fiduciario de un fideicomiso determinado. En tal caso, no queda duda de que él quedará obligado personalmente y responderá con su patrimonio general por los daños causados (arg. art. 366, última parte, Código Civil y Comercial). Es decir, en estas hipótesis no podrá limitar su responsabilidad¹⁴⁴.

Ahora bien, desde el punto de vista del tercero que celebró el acto con el fiduciario, la cuestión versa sobre la posibilidad de que

¹⁴⁴ Conf. con la conclusión a la que arribé, pero con distinta fundamentación, MÁRQUEZ, José F., *Fideicomiso*, cit., p. 114, pues invoca la doctrina del mandato oculto.

este invoque la calidad fideicomitida de los bienes o derechos objeto del contrato.

4 PROPAGACIONES

4.1 Ampliación de la legitimación pasiva en caso de responsabilidad indirecta

Una de las reglas sobre la que se edificó la clásica responsabilidad civil consistió en que una persona solo debía responder por las consecuencias dañosas que produzca, pero no por las que generen terceros.

La evolución de esta disciplina determinó que en ocasiones se deba responder por daños que otro cometió. Esto es lo sucede con los supuestos de responsabilidad indirecta o, como los denomina el Código Civil y Comercial, casos de responsabilidad por el hecho de terceros.

El hecho del tercero puede implicar la fractura del nexo causal, pero ello es allí siempre que no se deba responder por la actuación de él (art. 1731, Código Civil y Comercial).

La causalidad en materia de Derecho de daños satisface dos funciones de singular trascendencia: la determinación de la autoría del perjuicio y la extensión de las consecuencias resarcibles. En materia de autoría se distingue a la que se califica como “material”, que se conecta con las secuencias de las leyes de la física, de la “jurídica” que apunta, en última instancia, a quién debe responder por el daño efectivamente causado.

En ocasiones, tales manifestaciones de la autoría coinciden en la misma persona, pero en otras hipótesis existe una escisión conceptual. Así, en los supuestos de responsabilidades indirectas, v.gr. del principal por el hecho del dependiente, se asiste a una hipótesis en la que el autor material (dependiente) es distinto de uno de los autores jurídicos (principal).

En este sector me ocuparé específicamente de la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente, pues es

en esta hipótesis en donde se puede asistir a una propagación del deber de responder del fiduciario. La norma central de la temática es el art. 1753 del Código Civil y Comercial, que regla: “*Responsabilidad del principal por el hecho del dependiente*. El principal responde objetivamente por los daños que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas. La falta de discernimiento del dependiente no excusa al principal. La responsabilidad del principal es concurrente con la del dependiente”.

4.1.1 Recapitulación

En el Capítulo III abordé la cuestión de la actuación del fiduciario a través de terceros y afronté las tesis que descartan que esa posición jurídica pueda delegar sus funciones en razón del carácter *intuitu personae* de las prestaciones a su cargo.

Allí acoté el vocablo delegación a sus verdaderos alcances y concluí que nada obsta a que el fiduciario ejecute sus obligaciones mediante terceros que colaboren en el *iter* prestacional, sin perjuicio de la responsabilidad que puede engendrarse en la esfera de aquel por la insatisfacción de las conductas encargadas o por los daños que gesten los auxiliares en función o en ocasión de la manda.

4.1.2 Requisitos

La calificación del “dependiente” civil es amplia y encuadra en esa noción toda persona que amplía la esfera de actuación de otra que se denomina “principal”, aunque no medie vínculo obligacional entre ellas, título oneroso o se trate simplemente de un enlace ocasional¹⁴⁵.

¹⁴⁵ Véase el Capítulo III.

A los efectos de adjudicársele responsabilidad al principal por el hecho del tercero, a esa relación de dependencia debe sumársele i) que la acción u omisión del dependiente sea antijurídica y esté en relación causal suficiente con el daño, y que ii) el perjuicio se haya concretado en ejercicio o en ocasión de la función encomendada.

El primer recaudo para la propagación del deber de responder es de toda lógica. Si de lo que se trata es que el principal deba responder por los daños que cometa el dependiente, es evidente que si tales perjuicios no son resarcibles no se le podrá sindicar al auxiliar y, entonces, tampoco al principal.

Mayor dificultad interpretativa ofrece la temática del daño infligido en el ejercicio de la “función” o al menos como “ocasión” de ella, dualidad que desató una polémica durante la vigencia del Código Civil derogado ante la ausencia de un texto legal que brinde una solución clara al efecto.

Se han sistematizado los distintos perfiles que puede asumir la responsabilidad del principal por los daños del dependiente en ejercicio de la función encomendada de la siguiente manera: (i) *ejercicio propiamente dicho de la función*, al que se asistiría cuando el auxiliar realiza actos ilícitos dentro de la esfera de su incumbencia; (ii) *mala ejecución de la función*, que se concreta cuando el auxiliar efectúa el encargo, pero con menosprecio, olvido o violación de los lineamientos a que debía atenderse al ejecutar la función; y (iii) *ejercicio aparente de la función*, cuando el auxiliar parece que actúa dentro de la esfera de la incumbencia, pero en contradicción con la realidad oculta, sea por haberse contrariado expresas órdenes, o sin instrucciones especiales al respecto, o aun ejecutando la función para su beneficio particular y no en interés del principal¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Véase TRIGO REPRESAS, Félix A., “Ejercicio u ‘ocasión’ de las funciones, como requisito de la responsabilidad del principal por los hechos de sus dependientes”, La Ley 1982-B, p. 422.

En cambio, los perjuicios causados “con ocasión” de la función encomendada comprenden aquellas acciones u omisiones antijurídicas del auxiliar que desorbitan a esa función, pero que fueron llevadas a cabo en oportunidad de ese encargo. Los daños no se corresponden a un ejercicio de la función, ni siquiera aparente, sino que se producen en paralelo a ella¹⁴⁷.

Para visualizar correctamente la distinta connotación de daño causado en ejercicio de la función o con ocasión de ella, trazaremos un ejemplo clarificador. Así, si en un contrato de fideicomiso agropecuario el fiduciario delegara en un ingeniero agrónomo la siembra de un cultivo según lo instruido por los fiduciantes y el profesional auxiliar resolviera sembrar uno distinto, el incumplimiento habrá tenido lugar en ejercicio de sus funciones. En cambio, si el ingeniero agrónomo en trayecto hacia el campo se detiene en un establecimiento de productos agropecuarios con el objetivo de adquirir pesticidas y allí comienza una riña con otro cliente; aquí los daños producidos por el auxiliar no fueron causados “en ejercicio” de la función, sino “con ocasión” de ella.

4.1.3 Responsabilidad objetiva

El art. 1753 del Código Civil y Comercial, en seguimiento del art. 1657, Proyecto de 1998, resuelve la controversia suscitada en el régimen derogado acerca de la naturaleza de la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente y lo hace en el sentido de que el deber de responder es de carácter objetivo.

¹⁴⁷ Cierta sector de la doctrina propicia que los daños con ocasión de la función encomendada solo pueden extenderse al principal en la esfera aquiliana, pero no en la responsabilidad obligacional. Véase, a este respecto, SILVESTRE AIMO, Norma O. y MARINO, Abel E. “Responsabilidad por los hechos de los auxiliares obligacionales y de los dependientes”, RCyS 2015-IV, p. 155.

Ese encuadramiento descarta que el principal pueda liberarse de su responsabilidad a través de la acreditación de su diligencia, ya sea al tiempo de la elección del auxiliar (*culpa in eligendo*), o bien en la oportunidad de su control (*culpa in vigilando*).

La doctrina polemiza qué factor de atribución objetivo de responsabilidad es el que mejor explica esta manifestación de la responsabilidad indirecta. Algunos consideran que lo que estaría en juego sería el riesgo, en el sentido de que el principal incorporaría una potencialidad de daño en la sociedad al encomendarle una función al auxiliar (riesgo creado), e incluso hay quienes aprecian que ello es así por el beneficio que tal actuación le reporta al principal (riesgo provecho)¹⁴⁸.

Me inclino por pensar que el factor de atribución garantía es el que mejor explica el dinamismo de la figura. Es que no creo que pueda predicarse al auxiliar cual objeto riesgoso, ni que necesariamente la actividad que despliegue lleve a aumentar la potencialidad de daño. Es cierto que el principal se beneficia con su actuación, pero ello no es bastante para efectuar ese encuadramiento. En mi visión, de lo que se trata es de asegurar, cual obligación legal de garantía, la actuación de la persona de la que otro se vale para llevar a cabo sus tareas.

4.1.4 Responsabilidad concurrente

El legislador señala acertadamente que la responsabilidad del principal es concurrente con la del dependiente. El acierto del art. 1753 reside en destacar que las fuentes del deber de responder de uno y otro son distintas, pues el dependiente es responsable por un hecho propio, mientras que el principal lo es por un hecho de un tercero por el cual debe responder.

¹⁴⁸ Véase AZAR, Aldo M. y OSSOLA, Federico, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (Director) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (Coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial*, cit., tomo III, pp. 637 y ss.

La unidad o dualidad de fuentes del deber de responder es justamente el criterio que distingue a las obligaciones mancomunadas solidarias (art. 827, Código Civil y Comercial) de las obligaciones concurrentes (art. 850, Código Civil y Comercial), y que el Código correctamente distingue en el art. 1751: “*Pluralidad de responsables*. Si varias personas participan en la producción del daño que tiene una causa única, se aplican las reglas de las obligaciones solidarias. Si la pluralidad deriva de causas distintas, se aplican las reglas de las obligaciones concurrentes”.

Es cierto que todos los deudores (pluralidad de sujetos) en una y otra categoría deben responder por el todo de la deuda (identidad de objeto), pero la razón del débito es lo que determina el distingo (unidad o pluralidad de fuentes).

El art. 851 del Código Civil y Comercial disciplina las consecuencias de las obligaciones concurrentes y, dado el alcance de este trabajo, solo me limitaré a dos de ellas que considero de máxima importancia en el tratamiento comparativo con las obligaciones mancomunadas solidarias. Me estoy refiriendo a la cuestión de la mora y de la prescripción liberatoria.

Mientras que en las obligaciones mancomunadas solidarias la mora de uno de los deudores y los efectos de la prescripción liberatoria se propagan a los restantes (arts. 838, 839, 2540, 2549, Código Civil y Comercial), en las obligaciones concurrentes no se determina tal expansión de efectos (art. 851, inc. f] y e], Código Civil y Comercial).

4.1.5 Acciones de regreso

El inc. h) del art. 851 del Código Civil y Comercial prevé que “la acción de contribución del deudor que paga la deuda contra los otros obligados concurrentes se rige por las relaciones causales que originan la concurrencia”.

La expresión “relaciones causales que originan la concurrencia” es lo suficientemente abarcativa para captar dos planos distintos; uno atinente a la incidencia causal en el daño y otro a los pactos que puedan existir entre el principal y el auxiliar¹⁴⁹.

Ante el tercero damnificado el fiduciario principal responderá por todo del daño, pero luego podrá exigirle al auxiliar que fue el autor material del perjuicio que contribuya al pago de la deuda por haber sido su actuación la causa del perjuicio. Incluso, la relación de dependencia civil puede quedar consolidada en virtud de acuerdo y en este se puede prever la indemnidad del principal.

A todo evento, son compartibles las conclusiones vertidas por las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2019 acerca de que “...el deudor concurrente goza de la subrogación legal (...) en el caso que haya pagado la deuda en una proporción mayor a la causalidad por él aportada”.

4.2 Aseguramientos

Al hacer tema con los “agravamientos” del deber de responder del fiduciario, me ocupé de las implicancias que genera en la esfera de esa posición jurídica la no contratación del seguro contra la responsabilidad civil que “cubra los daños causados por las cosas objeto del fideicomiso” (art. 1685, Código Civil y Comercial).

No se piense que solo en ese supuesto el fiduciario debe contratar seguros, pues también se configuraría ese deber en determinados fideicomisos con relación a otros seguros, por ejemplo, en uno inmobiliario debería concertarse el seguro en la etapa de prehorizontalidad (art. 2071, Código Civil y Comercial).

También considero que de su deber de actuar conforme la directiva de un buen hombre de negocios en virtud de la confianza

¹⁴⁹ Véase ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, Francisco J., *Tratado de las obligaciones*, cit., tomo II, p. 255.

depositada en él puede imponerse en la praxis la necesidad de contratar otros seguros. Es evidente que si sobre el administrador de un consorcio de propiedad horizontal pesa el deber de contratar un seguro de responsabilidad “y demás riesgos de práctica” (art. 2067 inc. h], Código Civil y Comercial), con mayor razón debe predicarse esa pauta con relación al fiduciario.

La técnica del seguro en la gestión de los riesgos deriva en una propagación de responsabilidades, pues de ocurrir el evento previsto en el contrato de seguro la aseguradora deberá indemnizar al damnificado (art. 1.º, ley 17418), “hasta el monto de la suma asegurada, salvo que la ley o el contrato dispongan diversamente” (art. 61 *in fine*, ley 17418)¹⁵⁰.

Ante el tercero damnificado, la aseguradora responderá concurrentemente con el asegurado porque las causas del deber de responder de uno y otros son disímiles. Pero no se respetará ineludiblemente la pauta de la unidad de objeto de las obligaciones concurrentes (art. 850, Código Civil y Comercial), ya que la intensidad del débito de los codeudores puede ser distinta (arts. 61 y 118, ley 17418)¹⁵¹. En otras palabras, habría “identidad” de lo debido, pero no necesariamente “integridad”.

¹⁵⁰ Véase STIGLITZ, Rubén S. y COMPIANI, María Fabiana, “La suma asegurada como límite de la obligación del asegurador”, *La Ley*, 2015-F, p. 429: “...puede afirmarse que la obligación principal del asegurador se halla configurada por el pago de la suma asegurada hasta el límite acordado por las partes. En los seguros de daños patrimoniales el pago de la suma asegurada se hallará constituido por el daño patrimonial provocado en relación de causalidad adecuada por el siniestro en la medida o hasta el monto de la suma asegurada (art. 61-1 y 2, L.S.)”.

¹⁵¹ Véase SILVESTRE, Norma O. y MAGLIO, María Claudia, “Las obligaciones concurrentes como categoría jurídica autónoma”, *RCyS*, 2019-IX, p. 3.

4.3 Fiduciario aparente

4.3.1 Planteamiento

En la praxis negocial se advierten situaciones en las que una persona humana o jurídica actúa a la manera de fiduciario, cuando en rigor no lo es.

Así, en supuestos en los que la designación como tal hubiera cesado sin reflejo registral, o fuese nula por no haberse observado el procedimiento previsto contractualmente para su designación como sustituto. También cuando el fiduciario continuare obrando pese a haberse extinguido el fideicomiso sin expresión registral de ello. Desde otro plano, se presentará cuando el fiduciario fuese una persona jurídica societaria y adopte resoluciones en infracción al régimen plural de representación (art. 58, ley 19550). Incluso, pueden presentarse hipótesis de terceros que coadyuvan en la ejecución del fideicomiso, v.gr. a través del otorgamiento de financiamiento, que mediante actos publicitarios hacen creer a los terceros que son los titulares del patrimonio de afectación.

Igualmente, pueden presentarse circunstancias en las que el fiduciario verdadero obre en exceso de las facultades conferidas en el contrato de fideicomiso, ya sea en atención a la finalidad de este o bien por incluirse límites especiales (art. 1688, Código Civil y Comercial), o en violación a las mayorías necesarias en supuestos de cofiduciarios (arts. 1674, 1688, 1990, Código Civil y Comercial).

Ante casos como los reseñados la cuestión que debe resolverse en el plano del deber de responder es si los actos celebrados por tales fiduciarios aparentes obligarán a los fiduciarios “reales”, si los hubiere.

4.3.2 Concepto de apariencia

La significación del vocablo “apariencia” provista por el Diccionario de la Real Academia Española es muy cercana a la de sus alcances jurídicos, puesto que alude a la “cosa que parece y no es” (3ª acepción).

En efecto, el fiduciario aparente es tal porque actúa ante terceros como la persona designada sobre la base de la confianza de los fiduciantes, pero en rigor no lo es.

La apariencia despliega un papel preponderante en múltiples planos del Derecho como expresión de la faceta subjetiva atribuida al principio de la buena fe (art. 9.º, 729, 961, Código Civil y Comercial)¹⁵² y procura concretar la aspiración de la seguridad dinámica o del tráfico “...que exige que ningún beneficio adquirido en el patrimonio de un sujeto deba frustrarse por hechos o situaciones ajenas que no haya podido conocer”¹⁵³.

Son claras manifestaciones de la protección de la apariencia en el Código Civil y Comercial las preceptivas referidas al representante aparente (art. 367), al acreedor aparente (art. 883 inc. e)], al heredero aparente (arts. 2312 a 2315), a la tutela del adquirente (art. 45, 315) y del subadquirente de buena fe (arts. 337, 340, 392, 1894, 1895, 2260).

La seguridad dinámica que se alcanza al impulso de la tutela de la apariencia supone el sacrificio de la seguridad estática, es decir la clásica seguridad jurídica que conecta con los derechos

¹⁵² La relevancia de la apariencia jurídica ha llevado a algunos a categorizarlo como un principio jurídico autónomo y, por tanto, a aplicarla en situaciones no previstas por el derecho positivo. Véase, en este sentido, FALZEA, Angelo, “El principio jurídico de la apariencia”, Derecho PUCP, N° 59, pp. 177 y ss. Comp. TOBIÁS, José W., “Apariencia jurídica”, La Ley, 1994-D, p. 323.

¹⁵³ GARCÍA GARCÍA, Juan M., “La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 625, 1994, p. 2261. La seguridad dinámica es tributaria de los aportes germánicos, cuya denominación debe ser atribuida a Ehremberg, autor de la obra “Seguridad jurídica y seguridad del tráfico” en el año 1903. Véase la edición efectuada por el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2003.

adquiridos y, en general, con las situaciones jurídicas consolidadas.

Ese sacrificio debe ser justificado, de allí que se impongan ciertos requisitos para que proceda la tutela del tercero que creyó en la actuación del fiduciario aparente. Estos requisitos pueden extraerse de las normas especiales a las que me referiré.

4.3.3 Requisitos

Para que el “fideicomiso” deba responder por la actuación del fiduciario aparente deben concurrir tres recaudos: i) situación fáctica de entidad suficiente para que se cree la apariencia; ii) tolerancia –o negligencia– del fiduciario real, o de las restantes posiciones jurídicas, según los casos, ante la actuación del *falsus* fiduciario; y iii) confianza razonable del tercero en esa apariencia gestada.

La apariencia de fiduciario puede derivarse, por ejemplo, por la ejecución de actos publicitarios, sean éstos registrales o bien comerciales. La difusión de la calidad de tal, aunque en rigor no lo sea, puede hacer creer en los terceros que lo es.

Para que proceda la apariencia, además, es necesario que el *verus* titular del derecho haya concretado una acción o una omisión que haya posibilitado o al menos no impedido la actuación del *falsus* fiduciario. Sobre este respecto, son predicables *mutatis mutandis* las precisiones que efectúa Cariota Ferrara para la hipótesis de la representación aparente. Este autor dice: “Es necesario que el *dominus* haya realizado un comportamiento tal del que sea posible deducir (...) un hecho concluyente que puede considerarse como poder (tácito), basta incluso la inacción, y precisamente el tolerar y callar por parte de quien sabe que otros realizan negocios en su nombre...”¹⁵⁴. Para ejemplificar este requisito bastaría con aludir al caso en el cual el fiduciario advierte que quien está ofreciendo financiamiento a los

¹⁵⁴ CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, cit., p. 601.

fiduciantes–beneficiarios de un fideicomiso inmobiliario se hace pasar como el titular de los bienes fideicomitidos y no impide la creación de esa apariencia.

Por último, si lo que se trata de resguardar es la buena fe del tercero es necesario que este no conociera ni hubiera de haber conocido obrando con la debida diligencia que el fiduciario no era tal, o que siéndolo obraba en exceso de sus facultades (art. 1688, Código Civil y Comercial). Piénsese, por ejemplo, en el fiduciario al que se le imponen límites especiales a la disposición jurídica de los bienes fideicomitidos; tales cortapisas deben tener reflejo registral, pues de no tenerlo no serán oponibles a los terceros interesados y de buena fe (arts. 1688, Código Civil y Comercial).

Zavala Rodríguez previno acerca del rol de la apariencia en la dinámica económica. Señala que “en la empresa moderna la apariencia jurídica (...) ha acentuado su relevancia, al punto de que (...) debe fundarse en el ‘riesgo de la empresa’. La empresa que comercia (...) da ocasión a que los terceros que se ven obligados a contratar con ella, no pueden verificar aspectos formales”¹⁵⁵. Acaso, me pregunto: ¿puede predicarse un riesgo del fiduciario?

4.3.4 Efectos

La consecuencia de que concurren los requisitos que se analizaron es que los actos celebrados por el fiduciario aparente se atribuyan directamente al fiduciario real o, en su caso, al patrimonio de afectación.

Tal atribución implica una suerte de saneamiento del defecto de legitimación con el que obró el fiduciario aparente, pues este no

¹⁵⁵ ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos J., *Derecho de la empresa*, Depalma, Buenos Aires, 1971, §134, p. 209.

contaba con la aptitud específica para otorgar los actos que concretó¹⁵⁶.

El fiduciario real, entonces, debe responder por los actos que realizó el fiduciario aparente.

4.4 Fideicomisos conexos

4.4.1 Planteamiento

La dinámica negocial demuestra que en múltiples ocasiones se presentan negocios que se encuentran funcionalmente coligados y que a pesar de tal vinculación no pierden las individualidades que les son propias. Este fenómeno se denomina como “conexidad contractual” y el fideicomiso no está exento a sus virtualidades.

En una primera aproximación podría pensarse en distintos contratos coligados que el fiduciario celebra con terceros para cumplir la manda fiduciaria. No obstante, no presentaría ninguna particularidad respecto de cualquier otro supuesto de conexidad contractual.

Por ello, el *quid* de este análisis versa sobre la conexidad entre distintos contratos de fideicomiso que estén ligados por una teleología que exceda a la particular de cada uno de ellos.

Propongo el siguiente ejemplo para que sirva de idea fuerza del análisis que *a posteriori* se efectuará. Piénsese en tres contratos de fideicomiso: uno destinado a la explotación forestal para obtener insumos de casas prefabricadas; otro enderezado a la construcción de casas prefabricadas; y, por último, uno cuya finalidad esté encaminada a la comercialización de lotes en los que se adhieren las casas prefabricadas.

En ese entretejido contractual se pueden diferenciar las funciones económicas de cada uno de los fideicomisos, pero también se puede predicar una finalidad común a todos ellos:

¹⁵⁶ CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, cit., §158, p. 528.

transmitir derechos reales sobre inmuebles para que el Estado las conceda en calidad de viviendas sociales.

Bajo ese marco conceptual se puede predicar la conexidad, por ejemplo, cuando el fiduciario en la explotación forestal es fiduciante de la construcción de las casas prefabricadas y, a su vez, el fiduciario de este último contrato es fiduciante en el que está destinado a la comercialización de lotes con edificaciones adheridas. También podría tratarse de una misma persona integrando la posición de fiduciario de todos los fideicomisos.

4.4.2 Lineamientos de la conexidad contractual

4.4.2.1 Concepto y requisitos

El Código Civil y Comercial aporta una “definición” del contrato conexo en la primera oración del art. 1073, al establecer: “Hay conexidad cuando dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido”.

De la caracterización se advierte que para que existan contratos coligados es necesario que concurren: i) varios contratos autónomos; ii) que estén vinculados entre sí; y iii) y que tal nexo lo sea en virtud de una finalidad económica común.

La autonomía se refiere a que cada uno de los contratos coligados deben ostentar individualidad sustancial, pero ello no descarta a ninguna tipología contractual. Es más, no se requiere que medie identidad subjetiva, simultaneidad en la concertación, ni instrumentación única¹⁵⁷.

Con relación a la necesidad de que los contratos estén vinculados entre sí, se puede hacer mérito de la relación entre

¹⁵⁷ ARMELLA, Cristina N., “Contratos conexos”, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos 2015 (febrero), p. 203.

contrato y sistema, tal como se puntualizó en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1999; a saber: “El estudio de este tema debe partir de: 1) La distinción entre la estrategia negocial y los contratos que se utilizan para llevarla a cabo; 2) La distinción entre contrato y sistema. El sistema es un grupo de contratos individuales conectados por una operación económica diferente de cada uno de los vínculos individuales”.

Ese es el sentido del art. 1073 del Código Civil y Comercial cuando regla que “uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido”. El art. 1030 del Proyecto de 1998 refería a la vinculación de la pluralidad de contratos cuando apuntaba que ellos eran “celebrados en cumplimiento del programa de una operación económica global”.

Ese nexo vincular de orden funcional se explica por la existencia de una “finalidad económica común” que excede las individualidades de cada uno de los acuerdos coligados. Si bien tal teleología suele ser distinta a la que se asiste en cada una de las partes del sistema, nada obsta a que uno, alguno o todos los contratos que componen la red cuenten con la misma finalidad.

4.4.2.2 Fuentes e interpretación

El origen de la conexidad puede deberse a la ley o a la voluntad de las partes. Esta dualidad en cuanto a la fuente de la coligación fue analizada por Galgano al categorizar a los contratos conexos en típicos y atípicos, respectivamente¹⁵⁸.

¹⁵⁸ GALGANO, Francesco, *El negocio jurídico*, traducción realizada por Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pp. 115 y 116. “En ocasiones la conexión entre contratos diversos resulta establecida por la ley siendo, pues, típica: así contrato preliminar y contrato definitivo (...). En cambio, es conexión atípica aquella que se establece entre muchos contratos en virtud de la autonomía contractual (...). La causa que justifica la validez de esta

Cuando se presente a la ley como la fuente puede denominarse a la conexidad como “objetiva” debido a que la finalidad aglutinante está impuesta por el legislador, mientras que cuando esta se origina en la voluntad de las partes la conexidad es “subjctiva”. Ello, para trazar una suerte de símil con las finalidades objetiva y subjctiva que pueden predicar en los actos jurídicos en general (art. 281, Código Civil y Comercial)

A esa presentación clásica, el Código Civil y Comercial le parece adicionar otra fuente más: la “derivada de la interpretación”. Concretamente, la segunda oración del art. 1073, prevé que la finalidad común “puede ser establecida por la ley, expresamente pactada, o derivada de la interpretación, conforme con lo que se dispone en el artículo 1074”.

No creo que se pueda predicar a la “interpretación” como fuente autónoma de conexidad contractual, sino que tal directiva debe leerse con el alcance de que, frente a un conflicto que se somete a la jurisdicción de un magistrado, este tiene la incuestionable prerrogativa para descubrir cuál fue el sentido de la ley o de la voluntad de las partes, para concluir que medió conexidad o bien que esta no se concretó.

El art. 1074 del Código Civil y Comercial incluye una pauta hermenéutica que no es objetable en atención a su contenido, pero sí en cuanto a la reiteración vacua de conceptos que despliega. Esa norma dispone: “*Interpretación*. Los contratos conexos deben ser interpretados los unos por medio de los otros, atribuyéndoles el sentido apropiado que surge del grupo de contratos, su función económica y el resultado perseguido”.

Rige en esta materia la regla de la “interpretación contextual” y así “las cláusulas del contrato se interpretan las unas por medio de las otras, y atribuyéndoles el sentido apropiado al conjunto del

cláusula se encuentra (...) en la unidad de la operación económica que muchos contratos están llamados a realizar...”.

acto” (art. 1064, Código Civil y Comercial). Ahora, los contratos que integran la red “deben ser interpretados los unos por medio de los otros” (art. 1074, Código Civil y Comercial).

El “sentido apropiado” está dado por la finalidad económica común que conecta la pluralidad contractual y que el legislador presenta bajo las expresiones de “función económica” y de “resultado perseguido”, que no se tratan sino de fraseologías con alcances sinonímicos para el derecho y erráticamente unidas bajo la conjunción conjuntiva “y”.

4.4.3 Relaciones entre patrimonios separados

La conexidad contractual fractura uno de los pilares sobre los que se estructuró la teoría del contrato, esto es, el efecto relativo (art. 1021, Código Civil y Comercial); directiva según la cual los contratos solo despliegan sus efectos entre los contratantes, pero no frente a terceros al acto respectivo.

De ello se ocupa el art. 1075 del Código Civil y Comercial que establece: “*Efectos*. Según las circunstancias, probada la conexidad, un contratante puede oponer las excepciones de incumplimiento total, parcial o defectuoso, aún frente a la inejecución de obligaciones ajenas a su contrato. Atendiendo al principio de la conservación, la misma regla se aplica cuando la extinción de uno de los contratos produce la frustración de la finalidad económica común”.

La conexidad permite la comunicación de efectos entre contratos distintos, lo que habilita que las vicisitudes a las que se asista en el seno de uno de ellos puedan propagarse a los restantes integrantes de la red.

Me dejo guiar por la pureza conceptual de Cariota Ferrara, quien luego de afirmar que “tal ligamen o nexo se funde en la ley o se funde en la voluntad de las partes, puede dar lugar a una comunidad de destino entre un negocio y el otro”, aprecia que ello es así “hasta el punto de no poder tener lugar uno sin el otro, o no poder desplegar efectos sin él, o de poder derivar (...) de la nulidad

del uno la nulidad del otro, o, de cualquier manera, ejercer cualquier vicio o defecto del uno (...) en el otro”¹⁵⁹.

La expansión de las fronteras de uno de los contratos puede referirse a consecuencias como las del incumplimiento de uno de ellos, tal como hace referencia el art. 1075 del Código Civil y Comercial. Pero la cuestión no se agota allí, pues la “frustración de la finalidad económica común” es argumento bastante para irradiar la “extinción”, ya sea por una ineficacia originaria como la nulidad, o bien sobreviniente como la resolución, rescisión o revocación.

Enfocando la cuestión desde la mirada del deber de responder del fiduciario no sería descartable que el incumplimiento de él ante contratos de fideicomiso conexos deba ser soportado por los patrimonios de afectación de los otros fiduciarios debido a la conexidad. De allí que encasillemos esta temática en la órbita de la propagación del deber de responder del fiduciario.

Coincido con quienes afirman que la conexidad *per se*, tal como está regulada por el Código Civil y Comercial, no implica el deber de responder por los daños causados respecto de todos los que participaron en la cadena de contratos, sino que es menester evaluar en el caso concreto si concurren los presupuestos del deber de reparar¹⁶⁰.

¹⁵⁹ CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, cit., §77, p. 262.

¹⁶⁰ SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (Director) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (Coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial*, cit., tomo IV, p. 761. Comp. en un sentido restrictivo: NICOLAU, Noemí L., “Incumplimiento y responsabilidad en la conexidad contractual. La cuestión en el ahorro para fines determinados”, *LLGran Cuyo* 2021 (junio), p. 7. Comp. con un perfil expansivo: ALTERINI, Atilio A., *Contratos*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 195: “...quienes son parte en los contratos encadenados no resultan ‘verdaderos terceros’...”.

Ello es así por cuanto si bien el incumplimiento obligacional de uno puede extenderse a otros, de mediar contratos conexos, habrá que analizar si a esa antijuridicidad formal se le suma un daño resarcible que esté en relación causal adecuada y un factor de atribución.

Así, continuado con el ejemplo con el que inicié el análisis de esta temática, si el fiduciario comercializador de lotes no cumpliera en el plazo previsto con la entrega del inmueble al Estado, tal incumplimiento podría adjudicársele también al fiduciario forestal y al fiduciario constructor¹⁶¹.

Considero que en supuestos como en el del ejemplo la conexidad contractual tiene origen convencional, pues solo los fiduciantes pueden haber instruido al fiduciario para que en cumplimiento del objeto contractual y de la finalidad común transfiera bienes a otro fiduciario. Ergo, esa manifestación de voluntad es también la que determina que se califique a este último fiduciario como una persona de la cual el primero “se sirve para la ejecución de la obligación” (art. 732, Código Civil y Comercial). Por esa razón, pienso que *mutatis mutandis* regirá a su respecto la responsabilidad que dimana del art. 1753 del Código Civil y Comercial referida al deber de responder del principal por el hecho de sus dependientes.

¹⁶¹ Lorenzetti plantea que la conexidad contractual genera “la obligación de contribuir al sostenimiento del grupo”. Explica que “son contratos distintos, pero no pueden convivir uno sin el otro; no funciona si el sistema fracasa. De ello surge la obligación de contribuir al sostenimiento del grupo o del sistema de modo que no solo se asumen obligaciones bilaterales sino deberes secundarios de conducta con referencia al grupo” (LORENZETTI, Ricardo L., “¿Cuál es el cemento que une las redes de consumidores, de distribuidores o de paquetes de negocios?, La Ley, 1995-E, p. 1013).

4.5 Extensión del catálogo de responsables en caso de mediar relación de consumo

4.5.1 Planteamiento

Una vez más, de mediar una relación de consumo, los alcances del deber de responder del fiduciario se modulan al impulso del Derecho del consumo.

Si el fiduciario encuadrara bajo la noción de proveedor provista por los arts. 2.º de la ley 24240 y 1093 del Código Civil y Comercial, será responsable por los daños derivados del “vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio” aun cuando hubiera obrado conforme con la diligencia que le es exigible según la pauta del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él.

El art. 40, ley 24240, dispone: “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. Solo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”.

4.5.2 Fundamento del deber de responder

4.5.2.1 Introducción

El estatuto del consumidor impone una responsabilidad de nítido corte objetivo tanto para la que “resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio”, en atención a que en la última oración de la norma se menta que “solo” se liberarán los sujetos que allí se mencionan cuando demuestren una causa extraña que suprima la relación de causalidad.

Creo que deben distinguirse claramente los dos supuestos que prevé el art. 40, ley 24240: (i) responsabilidad por la cosa; y (ii) responsabilidad por la prestación del servicio.

4.5.2.2 Daños por “vicio o riesgo” de la cosa

Ante todo, prevengo de la inconveniencia de la utilización disyuntiva de los vocablos “vicio o riesgo”, pues este último es el género y aquél una de sus especies. Me explicaré.

El término “riesgo” apunta a la potencialidad de enhebrar un daño que tiene una cosa, ya sea por su propia naturaleza, por lo medios empleados en su utilización o por otras circunstancias (art. 1757, Código Civil y Comercial).

En efecto, una cosa puede llevar en sí misma el peligro o bien puede adquirir la calidad de peligrosa cuando se pone en acción¹⁶²; así cuando media un defecto en la cosa su utilización puede generar daños.

Por esa razón es que no deben predicarse diferencias, al menos desde el plano del deber de responder, entre el riesgo y el vicio, pues este último solo es relevante cuando revela una potencialidad de causar daños¹⁶³.

¹⁶² BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 5ª edición, Abeledo Perrot, 1987, §1045, pp. 360 y 361.

¹⁶³ PIZARRO, Ramón D., *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa*, cit., §89, p. 126: “Sin desconocer las marcadas diferencias conceptuales que pueden existir entre riesgo y vicio de la cosa, pensamos que ambas han sido reguladas bajo un principio único, que es el *riesgo creado*. La expresión ‘riesgo’ es comprensiva de cualquier circunstancia susceptible de generarlo, entre las que se incluye el vicio de la cosa”. Véase en el mismo sentido a TRIGO REPRESAS, Félix A., “Responsabilidad civil por riesgo o vicio de la cosa”, La Ley 1989-E, p. 8.

Una cosa califica como viciosa cuando presenta defectos en la fabricación, funcionamiento, conservación o información, que la tornan impropia para su destino¹⁶⁴.

Sin perjuicio de que el vicio de la cosa va a importar un factor de atribución objetivo de responsabilidad en tanto que implique la generación de un riesgo, prevengo de ciertas voces que encuentran matices que pueden resultar importantes en el ámbito del deber de responder del fiduciario.

En esta línea de pensamiento, Orgaz señala que en la responsabilidad por vicio de la cosa existe un trasfondo de un factor de atribución subjetivo¹⁶⁵. La idea es interesante y esencialmente compartible, ya que, sin desconocer que el sindicado como responsable deberá responder objetivamente, es cierto que la concreción de un defecto se puede deber –y regularmente es lo que sucede– a una falta de diligencia.

Esto último es importante en el ámbito del fideicomiso, pues si la negligencia fuese del fiduciario tal actuación obstaría a que se califique su accionar como el de un buen hombre de negocios. Luego, perdería el beneficio de la separación patrimonial.

¹⁶⁴ Comp. CHAMATRÓPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto del consumidor*, cit., tomo II, pp. 77 y 78. No creo que deban matizarse los conceptos de “fabricación” y de “construcción”, por cuanto el vocablo “fabricar” según el Diccionario de la Real Academia Española es lo suficientemente flexible para captar tanto a la acción de “producir objetos en serie, generalmente por medios mecánicos” (1ª acepción), como a la consistente en “construir un edificio, un dique, un muro o cosa análoga” (2ª acepción).

¹⁶⁵ ORGAZ, Alfredo, *La culpa (actos ilícitos)*, Lerner, Córdoba, 1970, §75, pp. 201 a 203.

4.5.2.3 Daños derivados de la prestación del servicio

El art. 40, ley 24240, no prevé que los daños resultantes de la prestación de servicios deban originarse en el riesgo que su ejecución conlleva. Sin embargo, hay quienes sostienen que si de la prestación del servicio se genera un daño ello es así porque él era riesgoso, trazando una suerte de ponderación del riesgo *ex post* del daño¹⁶⁶.

No creo que esa deba ser la interpretación. La ley se refiere a cualquier daño que sufra el consumidor por la prestación del servicio¹⁶⁷, sin matizaciones. Téngase presente que el riesgo debe ser valorado con anterioridad al daño y no luego de que él acontezca; de otra manera, toda actividad dañosa podría derivar responsabilidad con fundamento en el riesgo y esto no es sostenible.

Entonces, ¿cuál es el factor de atribución objetivo que está en juego en la prestación de servicios? Pienso que el fundamento del deber de responder está dado por la garantía¹⁶⁸, que es independiente de la peligrosidad del servicio.

4.5.3 Eximentes

Dado que se trata de una responsabilidad objetiva, al damnificado le basta con probar la existencia de un daño. Los legitimados pasivos, intervinientes en la cadena de

¹⁶⁶ LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 423.

¹⁶⁷ Véase FERNÁNDEZ, Raymundo L., GÓMEZ LEO, Osvaldo R., y AICEGA, M^a Valentina, *Tratado teórico práctico de derecho comercial*, cit., tomo II-B, “El Mercado. Derecho del consumidor y del usuario”, p. 1130.

¹⁶⁸ FERNÁNDEZ, Raymundo L., GÓMEZ LEO, Osvaldo R., y AICEGA, M^a Valentina, *Tratado teórico práctico de derecho comercial*, cit., tomo II-B, p. 1132. Conf. LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Manual de responsabilidad civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 609.

comercialización, para eximirse de responsabilidad deben demostrar la ruptura del nexo de causalidad a través de la acreditación de una causa ajena: hecho de la víctima, hecho de un tercero por el cual no se debe responder o caso fortuito.

Debe tenerse presente que el caso fortuito por vicio en la cosa solo será procedente cuando sea totalmente extraño a la actividad económica de que se trate, ya que si el vicio existe constituye el presupuesto del daño y no puede determinar la liberación de quien se le achaca responsabilidad.

4.5.4 Legitimados pasivos

El art. 40, ley 24240, establece como sujetos responsables al fabricante, el importador, el distribuidor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa. La enunciación es meramente ejemplificativa y debe entenderse en el sentido de que comprende a todos los integrantes de la cadena de fabricación, comercialización y distribución de la cosa, o sea, a todos los sujetos que se benefician económicamente.

Sin embargo, la norma no prevé expresamente a los sujetos responsables por la prestación de servicios, por lo que entiendo que deben considerarse comprendidos quienes hayan intervenido desde la gestación del servicio hasta su concreta ejecución¹⁶⁹.

La referencia que efectúa la ley a quien haya “puesto su marca en el producto” no dirige la mirada al titular del derecho de la marca, sino a quien crea la apariencia, pero tal circunstancia no implica la liberación de la responsabilidad de aquel. Por ejemplo, ante una licencia de marca.

Mención aparte merece el caso del transportista, pues su responsabilidad será únicamente “por los daños ocasionados a la

¹⁶⁹ Conf. RINESSI, Antonio J., *Relación de consumo*, cit., p. 322; WAJNTRAUB, Javier H., *Protección del consumidor*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, p. 226.

cosa con motivo o en ocasión del servicio”. La directiva refiere al supuesto de hecho de la norma consistente en el “riesgo o vicio de la cosa” que haya sido generado “con motivo o en ocasión” del transporte.

4.5.5 ¿Responsabilidad solidaria?

El art. 40, ley 24240, establece que la responsabilidad de los legitimados pasivos “es solidaria”. No creo que ello sea así, a pesar de la literalidad de la norma.

En el “listado” que se enuncia aparecen distintas fuentes del deber de responder por el daño al consumidor. No obstante, hace a la esencia de las obligaciones mancomunadas solidarias que la causa del deber de responder sea única (art. 827, Código Civil y Comercial).

La realidad impone que me decida por pensar que se asiste a una verdadera responsabilidad concurrente¹⁷⁰ (arts. 850 y ss., Código Civil y Comercial), pues el *nomen iuris* no debe sujetar al intérprete al tiempo de indagar acerca de cuál es la naturaleza jurídica de una situación (arg. art. 1127, Código Civil y Comercial).

La solución que propicio era la prevista por el art. 18 de la iniciativa de Ley de Defensa del Consumidor de autoría de los Dres. Atilio A. Alterini, Roberto M. López Cabana y Gabriel A. Stiglitz: “*Responsabilidad por daños*. Si del producto o del servicio resulta daño responderán el productor, el fabricante, el importador, el vendedor, el proveedor, y quien haya puesto su marca en el producto o servicio. La responsabilidad será concurrente, sin perjuicio de las acciones de regreso que correspondan”.

¹⁷⁰ Véase FERNÁNDEZ, Raymundo L., GÓMEZ LEO, Osvaldo R., y AICEGA, M^a Valentina, *Tratado teórico práctico de derecho comercial*, cit., tomo II-B, p. 1134.

Si bien el consumidor tanto ante una responsabilidad mancomunada solidaria como en una concurrente puede reclamar el todo de la deuda a uno, varios o todos los sindicados como responsables, el distingo no es meramente teórico, pues la adopción de uno u otro encuadramiento dispara consecuencias disímiles (véanse arts. 851 y 852, Código Civil y Comercial)

4.5.6 Intrascendencia de las técnicas de prevención. Remisión

Ante la responsabilidad objetiva que prevé el art. 40 de la ley 24240, debe señalarse que la realización de técnicas de prevención por parte de los proveedores en nada altera su responsabilidad ante el daño.

Mutatis mutandis es aplicable la directiva del art. 1757 del Código Civil y Comercial, que en el ámbito de la responsabilidad por riesgo preceptúa que no implica un eximente de responsabilidad la realización de técnicas de prevención.

Volveré sobre esta temática al analizar las “atenuaciones” del deber de responder del fiduciario.

5 ATENUACIONES

5.1 Cláusulas de irresponsabilidad

5.1.1 Generalidades

Las cláusulas de irresponsabilidad son aquellos pactos que tienden a excluir o limitar de manera anticipada la eventual responsabilidad derivada de incumplimientos obligacionales.

Bajo esa cobertura conceptual se cobijan dos supuestos diferenciados. Por un lado, las llamadas cláusulas “eximentes” de responsabilidad que tienden a evitar que se configure la obligación resarcitoria a través de la alteración del funcionamiento regular

de alguno de los presupuestos del deber de responder¹⁷¹. Y, por el otro, las denominadas cláusulas “limitativas” de responsabilidad en las que no se busca eliminar el nacimiento de la obligación de reparar, sino que se procura amortiguar su impacto mediante la introducción de límites a la cuantía de la indemnización¹⁷².

Esos pactos tienen un denominador común; implican una renuncia a derechos futuros del eventual damnificado y, por ese motivo, deben interpretarse estrictamente (art. 948, Código Civil y Comercial).

5.1.2 Límites ordinarios

La cuestión es abordada con perfiles genéricos en el art. 1743 del Código Civil y Comercial, bajo el epígrafe de “Dispensa anticipada de la responsabilidad”. La norma prevé: “Son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas. Son también inválidas si liberan anticipadamente, en forma total o parcial, del daño sufrido por dolo del deudor o de las personas por las cuales debe responder”.

¹⁷¹ Así, puede pensarse en disposiciones de la voluntad que restrinjan rubros de daños resarcibles; dispensa de incumplimiento a título de culpa; límites a la autoría jurídica, por ejemplo, en el supuesto del deber de responder del principal por el hecho de sus dependientes; calificaciones convencionales de lo que se comprenderá por caso fortuito; etc.

¹⁷² Un ejemplo de este tipo de cláusulas lo proporciona el legislador en materia de servicio de caja de seguridad. El art. 1414 del Código Civil y Comercial prevé: “*Límites*. La cláusula que exime de responsabilidad al prestador se tiene por no escrita. Es válida la cláusula de limitación de la responsabilidad del prestador hasta un monto máximo solo si el usuario es debidamente informado y el límite no importa una desnaturalización de las obligaciones del prestador”.

La mención a los “derechos indisponibles” debe leerse en el sentido de bienes de máxima importancia como la vida de la persona humana o su integridad. No pueden preverse, por ejemplo, límites cuantitativos para el caso de perjuicios a la salud de una persona.

Luego, las cláusulas deben observar elementales pautas éticas, tales como la “buena fe” y las “buenas costumbres”, y no consagrar soluciones “abusivas” como tutela de la equidad. Es que los pactos no escapan a la regla de la moral y deben generar la confianza en los involucrados acerca de que lo acordado se va a cumplir regularmente y ellos van a prestar la cooperación necesaria para la ejecución, sin que se desnaturalice el contrato respectivo¹⁷³.

Claro está que la autonomía de la voluntad no puede soslayar las disposiciones legales indisponibles (arts. 958 y 963, Código Civil y Comercial), o –como dice el art. 1743 del Código Civil y Comercial– “leyes imperativas”. Además de ciertos preceptos en ordenamientos especiales, existen diversos casos en el Código Civil y Comercial en los que se prohíbe la introducción de cláusulas de irresponsabilidad; así, los arts. 1276 en el contrato de obra¹⁷⁴, el art. 1292 para el transporte de personas¹⁷⁵, el art. 1374 respecto del depósito necesario¹⁷⁶.

¹⁷³ Véase BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “La cláusula limitativa de responsabilidad en la contratación predispuesta”, *La Ley*, 1997-A, p. 50.

¹⁷⁴ Art. 1276 del Código Civil y Comercial: “*Nulidad de la cláusula de exclusión o limitación de la responsabilidad*. Toda cláusula que dispensa o limita la responsabilidad prevista para los daños que comprometen la solidez de una obra realizada en inmueble destinada a larga duración o que la hacen impropia para su destino, se tiene por no escrita”.

¹⁷⁵ Art. 1292 del Código Civil y Comercial: “*Cláusulas limitativas de la responsabilidad*. Las cláusulas que limitan la responsabilidad del

Otro límite a estas estipulaciones está dado por la clásica prohibición de dispensar el dolo del deudor, que ya estaba reglada en el art. 507 del Código Civil derogado: “El dolo del deudor no podrá ser dispensado al contraerse la obligación”; y que replica el art. 1743 del Código vigente. El fundamento es obvio; si se permitiera la dispensa del dolo del deudor el vínculo obligacional se desnaturalizaría por completo¹⁷⁷, pues él ya no tendría la necesidad de cumplir, sino que podría optar por no hacerlo. Sería un absurdo antitético con la obligación en sí misma.

La directiva de la prohibición de dispensar el dolo del deudor alcanza al de sus auxiliares o dependientes, solución legal que coordina con el principio de equiparación reglado en el art. 732 del Código Civil y Comercial.

5.1.3 Límites más acentuados en el contrato de fideicomiso

A esos límites genéricos, se le suma otro en el caso del fiduciario consistente en la prohibición de dispensa de la actuación culposa, tanto de él como de sus dependientes (art. 1676, Código Civil y Comercial). Esta temática ya fue abordada en este Capítulo tanto desde la óptica del “límite”, como del “agravamiento” de la responsabilidad de fiduciario.

transportista de personas por muerte o daños corporales se tienen por no escritas”.

¹⁷⁶ Art. 1374 del Código Civil y Comercial: “*Cláusulas que reducen la responsabilidad*. Excepto lo dispuesto en los artículos 1372 y 1373, toda cláusula que excluya o limite la responsabilidad del hotelero se tiene por no escrita”.

¹⁷⁷ Véase KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y PARELLADA, Carlos, en MOSSET ITURRASPE, Jorge (Director) y KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (Coordinadora), *Responsabilidad civil*, cit., p. 184.

5.1.4 **Ámbito de operatividad**

Pienso que las cláusulas de irresponsabilidad cuentan con acotado ámbito de operatividad¹⁷⁸, ya que solo pueden producir sus efectos en la contratación paritaria que no sea de consumo y solo respecto de los contratantes, ya que ellas son inoponibles a quienes sean terceros al contrato (art. 1021, Código Civil y Comercial).

Descarto que puedan introducirse este tipo de pactos en contratos por adhesión o de consumo, ya que se trataría de cláusulas abusivas por implicar renunciaciones de los derechos del adherente o del consumidor, respectivamente (arts. 988 inc. b], 1117 y 1119, Código Civil y Comercial, y art. 37 incs. a] y b], ley 24240).

La operatividad de este tipo de cláusulas en el ámbito del contrato de fideicomiso solo puede desplegar efectos entre quienes ocupen “originariamente” las posiciones de fiduciante, beneficiario y fideicomisario, y el fiduciario al que se pretende eximir o limitar su responsabilidad.

5.1.5 **Algunos supuestos**

5.1.5.1 **Indemnidad**

En los contratos de fideicomiso se suele pactar que el fiduciario y sus auxiliares serán mantenidos indemnes por el fiduciante respecto de todos los reclamos, incluso por daños, que reciba el fiduciario o sus auxiliares que se relacionen con la celebración y ejecución del fideicomiso, a menos que ellos se

¹⁷⁸ Para OSSOLA, Federico A., en RIVERA, Julio C. y MEDINA, Graciela (Directores), *Derecho civil y comercial. Responsabilidad civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017, p. 217: “Todo parece indicar que en realidad el principio es el inverso al tradicionalmente postulado: las cláusulas limitativas de la responsabilidad no son válidas, salvo excepciones”.

refieran a incumplimientos atribuibles al fiduciario o sus auxiliares a título de dolo o de culpa, “calificados tales por sentencia firme y definitiva de tribunal competente”. La indemnidad incluye los honorarios y demás gastos, por ejemplo, en asesores legales.

De concurrir un incumplimiento atribuible subjetivamente al fiduciario o a sus auxiliares habrá ineludiblemente responsabilidad de aquél que se proyectará sobre su patrimonio general, por no actuar conforme a la pauta del buen hombre de negocios y por no ser dispensable el dolo o la culpa de él y de sus dependientes. Pero hasta que el juez lo determine, podrá beneficiarse de la indemnidad acordada y no afrontar los gastos que deriven de los reclamos respectivos.

5.1.5.2 *Quid* de la alteración del factor de atribución objetivo

Coincido con quienes piensan que no es posible renunciar anticipadamente a una responsabilidad de corte objetivo porque si se permitiera se asistiría a una situación similar a la que se veda para el caso del deudor doloso. Sin embargo, nada obsta a que se pueda variar el factor de atribución objetivo por uno subjetivo¹⁷⁹ siempre que se lo haga en el ámbito de la contratación paritaria que no involucre el Derecho de consumo y no verse sobre derechos indisponibles.

Es evidente que ello favorecería conductas diligentes del deudor respectivo, en previsión de su eventual liberación de responsabilidad por medio de la acreditación de que su actuar no fue culposo.

¿Puede aplicarse esa idea para la responsabilidad del fiduciario? Nada obsta a que así se lo haga, pero creo que ella

¹⁷⁹ Véase OSSOLA, Federico A., en RIVERA, Julio C. y MEDINA, Graciela (Directores), *Derecho civil y comercial. Responsabilidad civil*, cit., pp. 213 y 214.

carecería de sentido, pues por más que medie un factor de atribución objetivo si el fiduciario fue diligente según la pauta del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él, su patrimonio general quedará indemne.

5.1.6 Carácter de la ineficacia involucrada en las cláusulas antijurídicas

Ante cláusulas de irresponsabilidad antijurídicas la ineficacia involucrada es la nulidad, la que podrá ser absoluta cuando se vulnera el orden público, la moral o las buenas costumbres, o relativa en los demás supuestos (art. 386, Código Civil y Comercial)

La nulidad será de pleno derecho cuando medie un contrato de adhesión o de consumo (arg. arts. 988, Código Civil y Comercial. y 37, ley 24240), y deberá actuarse en el caso de que ella se produzca en el seno de un contrato paritario que no sea de consumo.

A todo evento, la nulidad será parcial, por lo que se deberá integrar el contrato con la solución supletoria que estableció el legislador para el caso respectivo (arg. art. 389, Código Civil y Comercial).

5.2 Dispensabilidad *a posteriori* del daño

Una cuestión distinta de la referida a las cláusulas de irresponsabilidad que están enderezadas a eximir o limitar la responsabilidad *a priori* de que ella acontezca, es la atinente a la renunciabilidad de la obligación de reparar una vez que ella nació.

La regla es que la obligación de resarcir es renunciable, siempre que no esté prohibida y solo afecte intereses privados (art. 944, Código Civil y Comercial), o sea que no verse sobre “derechos irrenunciables” (art. 1644, Código Civil y Comercial).

5.3 *Quid* de la compensación de beneficios

5.3.1 Planteamiento

El fiduciario debe responder por los daños derivados de su actuación que padezcan las restantes posiciones jurídicas del fideicomiso y también los terceros. Debe resarcir todos los perjuicios que estén en relación de causalidad con su comportamiento (arts. 1726 y 1740, Código Civil y Comercial), ya sea con el patrimonio de afectación, o bien con su patrimonio general, según los casos.

Ahora bien, puede ocurrir que el damnificado, a la vez de padecer un daño atribuible a la conducta del fiduciario, experimente un beneficio, lo que provoca una tensión en el sistema reparatorio. Si no se consideraran los beneficios que alcanzó el damnificado por el hecho ilícito dañoso al tiempo de fijar el *quantum* resarcitorio se estaría aceptando un enriquecimiento injustificado para la víctima y un correlativo empobrecimiento injustificado para el fiduciario.

De esta situación se ocupa la llamada *compensatio lucri cum damno*, que se dice aceptar para el fiduciario en el *common law*, pero no en el Derecho mexicano¹⁸⁰.

Mi opinión es que en nuestro derecho es plenamente aplicable por cuanto lo que se trata es de reparar todo el daño sufrido por la víctima, pero no más allá de él. En términos económicos, lo que hay que resarcir es el daño “neto” y no el perjuicio “bruto”.

¹⁸⁰ Véase BATIZA, Rodolfo, *El fideicomiso. Teoría y práctica*, cit., p. 394: “Nuestra legislación especial es omisa en este punto. El derecho común contiene una regla simple y estricta, que se aviene con la delicada función del fiduciario, al disponer que ‘el mandatario no puede compensar los perjuicios que cause con los provechos que por otro motivo haya procurado el mandante’ (art. 2567, Código Civil)”.

5.3.2 Requisitos

Para que opere la *compensatio lucri cum damno* es necesario que el beneficio experimentado por la víctima: i) provenga del mismo hecho que generó el daño; ii) sea gestado “por” ese hecho y no tan solo producido “en ocasión” de él; iii) sea una consecuencia inmediata o mediata previsible de ese único hecho; y iv) sea cierto.

La “identidad del hecho productor” es el punto de partida, pues se trata del recaudo fundamental para la operatividad del instituto¹⁸¹, cuya ausencia descarta obviamente cualquier análisis subsiguiente.

Pero no basta con esa “identidad”, sino que es menester que el hecho que causa el daño sea a la vez el que genera el beneficio y no tan solo la “ocasión” para la producción del lucro¹⁸², pues de otro modo no se cumpliría con las reglas de la causalidad.

Con relación a esto último, la pauta de que solo son resarcibles las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles (art. 1726, Código Civil y Comercial), y no las causales (o fortuitas) debe extenderse a la incidencia de los beneficios alcanzados por el damnificado en el camino de la captación del “daño neto”.

Los beneficios, al igual que los daños, pueden ser actuales o futuros, pero para que tengan gravitación en la ponderación de la

¹⁸¹ Conf. DE CUPIS, Adriano, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Santiago de Chile, Olejnik, 2020, p. 199.

¹⁸² Véase ORGAZ, Alfredo, *El daño resarcible*, 2ª edición, ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1960, pp. 202 y 203: “El daño indemnizable es el que resulta de una compensación de las desventajas y de las ventajas, pero no de todas ellas, sin discriminación alguna, sino tan solo de aquellas que puedan considerarse como producidas por el acto ilícito, que tienen en este su 'causa' y no la mera 'ocasión' en que se originan”.

cuenta indemnizatoria deben ser ciertos (art. 1739, Código Civil y Comercial).

5.3.3 Caso especial del fiduciario doloso

Pienso que el dolo del fiduciario obsta a que se “beneficie” con la *compensatio*, pues la actuación con intención de dañar o con grave desinterés por los derechos de terceros no puede ser mejorada¹⁸³; en otras palabras, el dolo “...excluye explícitamente cualquier medida de aminoración del montante indemnizatorio”¹⁸⁴.

La idea compatibiliza con la prohibición de dispensar el dolo (art. 1743, Código Civil y Comercial) y de no atenuar la responsabilidad ante tal actuación (art. 1742, Código Civil y Comercial). Es cierto que con este temperamento se provocaría un enriquecimiento de la víctima. Sin embargo, creo que es la solución deseable frente a la tensión dicotómica.

No se piense que estas ideas deben predicarse también ante la culpa del fiduciario que no es dispensable (art. 1676, Código Civil y Comercial). Evidentemente, no es lo mismo “atenuar” las consecuencias de la actuación dañosa en virtud de una negligencia que respecto a una conducta dolosa.

¹⁸³ Véase ALTERINI, Jorge H., “El dolo en la indemnización de daños. Incrementos. Limitaciones. Atenuaciones. Compensaciones”, *La Ley*, 2009-D, p. 1229: “La disyuntiva es clara, o se favorece al doloso con una herramienta liberatoria estimable (...) o se computan los perjuicios sufridos por la víctima con prescindencia de la variación del daño originariamente irrogado, o sea más allá de la circunstancia contingente de que además de las consecuencias dañosas del ilícito aquélla experimentó beneficios”.

¹⁸⁴ CAMACHO DE LOS RÍOS, Fermín “Compensatio lucri cum damno”, en *Estudios Jurídicos in memoriam del Profesor Alfredo Colange*, Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, Salamanca, 2002, volumen I, p. 167.

5.4 Aminoramiento de la reparación ante la prevención del daño

El art. 1710 del Código Civil y Comercial le impone a toda persona “en cuanto de ella dependa” evitar la causación de un daño, y de no ser posible, mitigarlo o, al menos, no agravarlo.

El fiduciario no está exento de esa directiva, pero la pregunta que subyace es la siguiente: ¿desplegar las técnicas de prevención que correspondan implicará que no deberá responder si igualmente el daño acontece?

La respuesta no es unívoca y se relaciona con los factores de atribución de responsabilidad.

Si el fundamento del deber de responder es objetivo –por ejemplo, el riesgo creado– la conducta preventiva del fiduciario no lo liberará de responder por los daños que otro experimentó. Pero tal actuación no le permitirá al damnificado desconocer la regla de la separación patrimonial y el fiduciario responderá tan solo con el patrimonio de afectación.

En cambio, si el factor de atribución fuese subjetivo el despliegue de la conducta preventiva podría implicar la liberación total por los daños ocasionados, ya que supondría una actuación diligente, o sea, no culposa.

Por último, para cerrar las posibilidades hermenéuticas, debe considerarse que si el fiduciario no cumple con el deber de prevención cabría entender que su conducta fue negligente y, en virtud de no cumplir con la pauta del buen hombre de negocios, deberá responder no solo con el patrimonio especial afectado al cumplimiento de la *fiducia*, sino también con el patrimonio general.

CONCLUSIONES

1 CONCLUSIÓN FINAL

El fiduciario del fideicomiso “ordinario” o “común” responde con su patrimonio general por los incumplimientos suyos o de sus auxiliares que deriven en daños a las restantes posiciones jurídicas del fideicomiso o a terceros. Frente a las demás posiciones jurídicas, solamente podrá acotar su responsabilidad al patrimonio separado cuando medie un factor de atribución objetivo sin que pueda predicarse un reproche subjetivo ponderado según la directiva del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él y las calidades que revista el fiduciario. Ante terceros, además, deberá resultar oponible la separación patrimonial.

2 APROXIMACIONES PARCIALES QUE SUSTENTAN LA TESIS QUE DEFIENDO

2.1 Fundamentos del deber de responder del fiduciario

I. Los negocios fiduciarios en general encuentran antecedentes relevantes en el derecho romano y en la actualidad exhiben como rasgos arquetípicos la presencia de dos sujetos y la dualidad de relaciones, aunque en el marco de un negocio único.

II. La dualidad del negocio fiduciario es tal por estar integrada por una relación externa de efectos reales consistente en una atribución de contenido patrimonial y otra interna de alcances meramente personales atinente al ejercicio del derecho adquirido,

que se afecta a un fin y que se motiva por la confianza que despierta el adquirente que coloca al transmitente en una situación de “peligro” ante actuaciones irregulares de aquél.

III. El negocio fiduciario se distingue del negocio indirecto por cuanto en este último no es necesario que se provoque una atribución de contenido patrimonial de efectos reales, ni es menester que su concertación se funde en la confianza.

IV. El negocio fiduciario y el negocio simulado se asemejan en que en ambos existe una ocultación, pero se alejan principalmente en que mientras que en aquél la traslación con efectos reales tiene efectos *erga omnes*, en el simulado los terceros engañados cuentan con acción para desbaratar el ocultamiento.

V. El denominado negocio fiduciario es calificado como impropio (*negoti di fiduci*) cuando quien confía en otro cuenta con tutela jurídica para hacer cumplir la prestación respectiva.

VI. El fideicomiso es un contrato que se celebra entre una parte que se denominada fiduciante que transmite o se obliga a transmitir a favor de la parte denominada fiduciario determinados bienes que forman el patrimonio separado y que este último debe ejercer en beneficio de terceros que se califican como beneficiario y fideicomisario. Se trata, en esencia, de un contrato a favor de terceros, pues el fiduciario se obliga a ejercer la titularidad fiduciaria en interés de otros (beneficiario y fideicomisario) quienes deben aceptar los beneficios respectivos.

VII. La manifestación de voluntad enderezada a la aceptación del beneficio puede ser expresa o tácita y, según los casos, puede producirse al tiempo de la celebración del contrato o durante su ejecución.

VIII. El fideicomiso reviste los siguientes caracteres: nominado, típico, consensual, regularmente de origen bilateral, se presume oneroso, de ejecución inmediata o diferida, de ejecución continuada o tracto sucesivo, *intuitu personae*, no formal, sujeto a

condición o plazos resolutorios que no pueden exceder –por regla– los treinta años computados desde su celebración.

IX. El particular origen del fideicomiso latinoamericano, que procuró regular un instituto que como el *trust* permitiera conseguir los más diversos fines asegurando la indemnidad de los bienes, dejó su impronta en el ordenamiento jurídico argentino a través de la conformación de un patrimonio especial que respeta el principio de unidad del patrimonio general como universalidad jurídica.

X. El patrimonio separado del fiduciario exhibe los siguientes rasgos: a) es una universalidad jurídica; b) es voluntario; c) es de titularidad del fiduciario; d) no es único; e) es de existencia transitoria; f) es independiente del patrimonio general del fiduciario; g) responde por las deudas gestadas por la ejecución del fideicomiso; h) está destinado al cumplimiento de la finalidad del fideicomiso; i) rige a su respecto el principio de subrogación real.

XI. La titularidad del patrimonio separado corresponde al fiduciario quien recibe los bienes en virtud de la transmisión fiduciaria efectuada por el fiduciante para conferirles la destinación final acordada en el contrato. La transmisión es “fiduciaria” ya que el fiduciante confía en que el fiduciario cumplirá el encargo.

XII. La transmisión, que no se efectúa con base en un título oneroso o gratuito, no es el “fin” en sí mismo del fideicomiso, sino que se concreta para dar origen al “medio” para llevar a cabo el encargo encomendado.

XIII. La particular naturaleza de la transmisión fiduciaria explica que el adquirente fiduciario cuente con límites más acentuados que un “propietario” perfecto, que se prohíban ciertas dispensas y que se le reconozca una remuneración (arts. 1675 a 1677, 1688, Código Civil y Comercial).

XIV. La necesidad de registrar el contrato de fideicomiso (art. 1669, Código Civil y Comercial) se funda en la protección de los

terceros interesados, entendiéndose por tales los terceros acreedores del fiduciante y quienes luego contraten con el fiduciario del fideicomiso, siempre que fuesen de buena fe.

XV. La registración del contrato de fideicomiso no se confunde con la inscripción registral de la transmisión fiduciaria que se impondrá para que ella sea oponible incluso a terceros interesados y de buena fe cuando los bienes fideicomitados sean objetos registrables, ya sea con carácter meramente declarativo, o bien constitutivo, según los casos.

2.2 Posición jurídica del fiduciario. Calificaciones y relaciones

XVI. La posición jurídica del fiduciario es sin duda la más relevante del fideicomiso y toda la preceptiva está enderezada a captar los alcances de su actuación. Sin embargo, la figura no encuentra su origen en la tutela del fiduciario, sino en la motivación de “aislar” un patrimonio que principia siendo de titularidad del fiduciante, que luego se transmite instrumentalmente al fiduciario y que concluirá transmitiéndose a los beneficiarios y fideicomisarios.

XVII. El ordenamiento jurídico argentino no exige –por regla– que la persona humana o jurídica revele aptitudes especiales para asumir el rol de fiduciario, tal como acontece en ciertas expresiones del derecho comparado latinoamericano. La excepción a esa permisión generalizada está dada por el fideicomiso financiero, pues en esta variante sí se exige aptitudes especiales en la persona que revista la calidad de fiduciario.

XVIII. El fiduciario puede calificarse como “no profesional” o “profesional”, y adquirirá matices diferenciales si además puede encasillarse como “proveedor” en el ámbito de una relación de consumo.

XIX. La profesionalidad del fiduciario puede analizarse desde ópticas distintas, ya que puede revestir una exigencia de capacidad jurídica como ocurre en el fideicomiso financiero o bien

estar determinada por el grado de especialización que tenga respecto del objeto del fideicomiso “ordinario” o “común” de que se trate.

XX. El contrato de fideicomiso en cuanto tal no puede calificarse como de consumo, pues el fiduciario en ningún caso adquiere los bienes como destinatario final de ellos. En cambio, pueden mediar relaciones de consumo entre el fiduciario y el beneficiario o el fideicomisario, siempre que aquél encuadre como “proveedor” y las contrapartes como “consumidores”.

XXI. La profesionalidad del fiduciario desde el análisis del derecho común modela la valoración de sus deberes y su correlativo deber de responder, mientras su captación por el derecho de consumo además le impone nuevos deberes.

XXII. La persona que asuma la posición jurídica de fiduciario no puede a la vez integrar las situaciones de fiduciante y de fideicomisario, pero sí revestir la calidad de beneficiario.

XXIII. El fiduciario que es a la vez beneficiario debe procurar evitar el conflicto de intereses con las restantes posiciones jurídicas y, de no ser posible, preferir los intereses de ellas. Esta pauta de conducta se incluyó en el Código Civil y Comercial con el claro designio de superar las objeciones que un sector del pensamiento efectuó durante la vigencia de la ley 24441.

XXIV. La posición de fiduciario puede ser de integración singular o plural. En este último supuesto, mediará una copropiedad que podrá adquirir la calidad del derecho real de condominio imperfecto por fiduciario en función de la naturaleza de los bienes fideicomitados. A las reglas especiales previstas por el legislador para la hipótesis de cofiduciarios deben sumárseles supletoriamente las provistas para el condominio, aunque no se asista a este derecho real.

XXV. La cesación de la calidad de fiduciario no provoca *per se* la extinción del contrato de fideicomiso, sino la necesidad de su sustitución por otro. Ello es demostrativo de que la titularidad de

los bienes que integran el patrimonio separado es meramente instrumental.

XXVI. La extinción del contrato de fideicomiso sobreviene cuando se cumpla el plazo o la condición resolutorios, por la decisión del fiduciante si así se hubiera pactado, o por otras causales que se prevean al efecto. Esas causales especiales de fenecimiento revelan, una vez más, el rol meramente instrumental del fiduciario.

2.3 Facultades, deberes y carga del fiduciario. Actuación por terceros

XXVII. El fiduciario cuenta con las facultades de usar, de gozar y de disponer jurídica y materialmente de los objetos fideicomitidos, dentro de los límites que se establecen.

XXVIII. Los límites, en cuanto expresión del contenido negativo del derecho, pueden provenir de la ley o del contrato de fideicomiso. Con respecto a los límites legales, uno muy relevante está dado por la circunstancia de que todo el contenido del derecho del fiduciario deber ser actuado de acuerdo con la finalidad del fideicomiso.

XXIX. Otros límites legales del derecho de fiduciario, pero solo respecto de los alcances de su facultad de disposición jurídica, están conformados por la prohibición de adquirir los bienes fideicomitidos para sí y por la indivisión forzosa impuesta en caso de cotitularidad fiduciaria.

XXX. Las prerrogativas que tiene el fiduciario en su relación con las restantes posiciones jurídicas son consistentes con su naturaleza de “medio”, a saber: los derechos a la retribución, al reembolso de gastos y a renunciar siempre que esté habilitado a hacerlo en el contrato o medie imposibilidad material o jurídica de actuar.

XXXI. Pesan sobre el fiduciario tanto deberes obligacionales, como genéricos.

XXXII. Ante todo, el fiduciario debe comportarse como un buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él, lo que conforma una obligación de medios.

XXXIII. Son deberes obligacionales de fuente legal: recibir los bienes fideicomitidos; inscribir el contrato de fideicomiso; proceder o colaborar a la inscripción registral de los bienes; rendir cuentas; ejercer acciones en protección de los bienes fideicomitidos; entregar los beneficios durante la vigencia del contrato; entregar los bienes a su extinción; contratar el seguro de responsabilidad civil; exigir la provisión de fondos en caso de insuficiencia, de existir previsión contractual.

XXXIV. Son obligaciones legales indisponibles por las partes y de resultado eficaz las que imponen que el fiduciario debe recibir los bienes fideicomitidos; inscribir el contrato de fideicomiso; proceder o colaborar a la inscripción registral de los bienes; rendir cuentas; entregar los beneficios durante la vigencia del contrato; entregar los bienes a su extinción; y contratar el seguro de responsabilidad civil.

XXXV. Son obligaciones legales indisponibles por las partes y de resultado sin compromiso de la eficacia las que imponen ejercer acciones en protección de los bienes fideicomitidos, y exigir la provisión de fondos en caso de insuficiencia, de existir previsión contractual.

XXXVI. Conforman deberes no obligacionales del fiduciario el despliegue de técnicas de prevención de daños y la articulación de la liquidación judicial por insuficiencia de los bienes fideicomitidos.

XXXVII. Si el fiduciario en cuanto tal desplegara una actividad económica organizada o fuera titular de una empresa o establecimiento tendría la carga de llevar contabilidad.

XXXVIII. En el marco del ordenamiento jurídico vigente la delegación de funciones del fiduciario se encuentra expresamente

autorizada y no transgrede el carácter *intuitu personae* del encargo.

XXXIX. La delegación de funciones por el fiduciario puede implicar la encomienda del ejercicio de todas, algunas o una de sus facultades a otra persona, conservando su posición jurídica y correlativa responsabilidad; esta solución armoniza con las previstas para las sustituciones del mandato o del poder no autorizadas por el mandante o el poderdante, respectivamente. Los delegados, por su parte, responden ante el fiduciario, las restantes posiciones jurídicas y los terceros.

XL. Los delegados no son más que auxiliares del fiduciario que hace las veces de principal, por lo que este deberá responder por los incumplimientos de aquéllos por la energía del principio de equiparación.

2.4 Límites, agravamientos, propagaciones y atenuaciones del deber de responder del fiduciario

2.4.1 Límites

XLI. El tríptico de funciones que se predica en el moderno derecho de daños, esto es, la preventiva, la resarcitoria y la punitiva despliegan sus proyecciones sobre el deber de responder del fiduciario.

XLII. La regla es que frente a las restantes posiciones jurídicas el fiduciario debe responder con su patrimonio separado por ejecución de las obligaciones a su cargo.

XLIII. El deber de responder del fiduciario frente a terceros adquiere distinta morfología según se trate de un incumplimiento obligacional o de una infracción al deber genérico de no dañar. La respuesta acerca del límite patrimonial debe hallarse en la oponibilidad del fideicomiso frente a terceros.

XLIV. Si el contrato de fideicomiso está inscripto o se exterioriza registralmente la transmisión fiduciaria, el fideicomiso y sus límites son oponibles, incluso, frente a terceros interesados y

de buena fe, y los reclamos de los acreedores “voluntarios” deberán acotarse al patrimonio separado, siempre que el fiduciario hubiese invocado que actuaba en esa calidad.

XLV. La publicidad de la separación patrimonial es intrascendente frente a reclamos de terceros que revistan la calidad de acreedores “involuntarios” en virtud de la violación del deber genérico de no dañar por parte del fiduciario, pues al no existir un vínculo previo entre ellos no se les puede oponer el beneficio de la separación patrimonial. En estos casos, el fiduciario deberá responder tanto con su patrimonio separado, como con su patrimonio general.

XLVI. La legislación argentina carece de previsión determinada respecto del “comité técnico”, a diferencia de la ley mexicana que sí la contiene. En este último ordenamiento, se libera al fiduciario de los daños que hubiera cometido si obrara conforme a lo dictaminado por ese comité, sin perjuicio de ciertas matizaciones normativas y opiniones disonantes.

XLVII. No se pueden importar las soluciones de la ley mexicana al escenario nacional, puesto que en nuestro sistema se veda con carácter imperativo la dispensa del dolo y de la culpa del fiduciario. Por ello, si el fiduciario actuara conforme a lo dictaminado por el comité técnico igualmente debería responder si concretara un actuar doloso o culposo, sin límite alguno, tanto frente a las demás posiciones jurídicas como ante terceros. Por esta derivación creemos que el fiduciario podría apartarse de lo aconsejado por el comité técnico si ello lo hiciera incurrir en su deber de responder.

XLVIII. La cláusula que exonere de responsabilidad al fiduciario si actuara conforme al comité técnico, aunque su proceder sea reprochable subjetivamente, es nula por contrariar a una norma imperativa. La nulidad será parcial y relativa –esto último siempre que no exista una relación de consumo–, y deberá

ser actuada por el interesado, a menos que medie una relación de consumo o una contratación por adhesión.

XLIX. La actuación del fiduciario en seguimiento de las instrucciones conferidas por las asambleas de fiduciantes, beneficiarios o fideicomisarios no lo liberan de responsabilidad frente a las restantes posiciones jurídicas si su actuación fuese reprochable a título de dolo o de culpa.

L. El reclamo que interpusieran quienes le permitieron obrar de manera subjetivamente reprochable no puede prosperar, pues implicaría un grave atentado al principio de buena fe y su actuación sería abusiva.

LI. Frente a terceros no serían oponibles las instrucciones dadas por las asambleas de fiduciantes, beneficiarios o fideicomisarios con el objetivo de liberar del deber de responder al fiduciario debido a que rige el principio de inmunidad de los terceros.

2.4.2 Agravamientos

LII. El incumplimiento doloso o culposo del fiduciario tiene como derivación la no limitación de su deber responder frente a las restantes posiciones jurídicas y terceros acreedores “voluntarios” con su patrimonio separado. En esta hipótesis el fiduciario responderá con sus dos patrimonios: el separado y el general.

LIII. La valoración de la culpabilidad del fiduciario debe realizarse de acuerdo con la pauta de conducta del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él, pero tal ponderación no se la debe efectuar tan solo en “abstracto”, sino que también es necesario tabularla “en concreto” en función de si se asiste a un fiduciario “no profesional” o “profesional”, e incluso si él califica como “proveedor” de una relación de consumo.

LIV. La exigencia que pesa sobre el fiduciario de comportarse como un buen hombre de negocios es distinta que la requerida para el administrador societario. El cartabón del buen hombre de negocios en materia de fideicomiso se especializa por la exigencia

de actuación en confianza que le imprime la naturaleza del contrato, que variará según sean los fines del fideicomiso, y no por una profesionalidad o conocimiento técnico que resguarde el interés social propio de una sociedad.

LV. La valoración de la culpabilidad del fiduciario es relevante incluso cuando median factores objetivos de responsabilidad, tales como los derivados de los incumplimientos de las obligaciones de resultado que debe satisfacer, como de su modulación por el derecho de consumo cuando califica como proveedor. La razón de ser de esta relevancia reside en que si medió dolo o culpa del fiduciario –aunque esté “escondida” en la responsabilidad objetiva– responderá tanto con el patrimonio separado, como con el general.

LVI. La prohibición de dispensar el dolo o la culpa del fiduciario en nada obsta a que los perjudicados por su actuar renuncien *a posteriori* a las acciones derivadas de su crédito a la indemnización.

LVII. Los juicios de culpabilidad y de causalidad ponderan la previsibilidad de las conductas, pero la ponderación de la relación causal se lo hace exclusivamente “en abstracto”.

LVIII. Lo “imprevisible” en abstracto para un hombre común puede ser “previsible” para un fiduciario por la pauta de conducta del buen hombre de negocios que debe actuar sobre la base de la confianza depositada en él. En el análisis de la previsibilidad causal del fiduciario, juegan nuevamente las distintas calificaciones que puede asumir con sus derivaciones agravantes en materia de previsibilidad contractual y actuación dolosa.

LIX. La inejecución total o parcial de la obligación de contratar el seguro de responsabilidad civil por riesgo por parte del fiduciario supone un incumplimiento que permite soslayar el límite de la agresión de las restantes posiciones jurídicas y de los acreedores “voluntarios” respecto del patrimonio separado y avanzar también con relación al patrimonio general.

LX. La calificación del fiduciario como “proveedor” en el marco del derecho de consumo agrava su deber de responder tanto desde un plano “cualitativo” al regir el principio protectorio del consumidor e imponer responsabilidades objetivas, como de uno “cuantitativo” al agregarle nuevas obligaciones a su cargo.

LXI. Las conductas concretadas con dolo o culpa grave del fiduciario pueden activar la función punitiva del derecho de daños en orden a la sanción de la conducta pasada y en prevención de perjuicios futuros.

2.4.3 Propagaciones

LXII. El fiduciario responde objetiva y concurrentemente con sus auxiliares por los hechos dañosos que padezcan tanto las restantes posiciones jurídicas, como los terceros, en el ejercicio de la función encomendada o con ocasión de ella.

LXIII. El fiduciario debe contratar los seguros de responsabilidad civil por riesgo, los restantes obligatorios según la actividad de que se trate y los de práctica de acuerdo con su elevado cartabón de diligencia. De acontecer el daño, se propagará la responsabilidad del fiduciario hacia la aseguradora, quien deberá responder dentro de los límites del contrato de seguro respectivo.

LXIV. También puede predicarse una propagación del deber de responder por la energía de la apariencia. Para que el fiduciario “real” responda por la actuación del fiduciario “aparente” deben concurrir i) una situación fáctica de entidad suficiente para que se cree la apariencia; ii) una actitud de tolerancia –o negligencia– del fiduciario real, o de las restantes posiciones jurídicas, según los casos, ante la actuación del *falsus* fiduciario; y iii) una confianza razonable del tercero en esa apariencia gestada.

LXV. Hay conexidad cuando distintos contratos de fideicomiso están ligados por una teleología común que exceda a la particular de cada uno de ellos. La conexidad de fideicomisos fracturaría el efecto relativo de los contratos conectados, por lo cual podría

extenderse la responsabilidad derivada de un fiduciario a los restantes fiduciarios conexos.

LXVI. La calificación del fiduciario como “proveedor” de una relación de consumo implicaría la responsabilidad objetiva y concurrente de él con todos quienes integran la cadena de fabricación, comercialización y distribución ante daños padecidos por el consumidor resultantes del “vicio o riesgo de la cosa, o de la prestación del servicio”.

LXVII. Si el fiduciario no invoca su calidad de tal frente a terceros no puede prevalecerse del beneficio de la separación patrimonial y quedará obligado personalmente.

2.4.4 Atenuaciones

LXVIII. Las cláusulas de irresponsabilidad que exoneran o limitan el deber de responder del fiduciario encuentran un limitado ámbito de operatividad, pues i) no pueden dispensar el dolo y la culpa del fiduciario o de sus dependientes; ii) deben concretarse en la contratación paritaria que no sea de consumo; iii) son inoponibles a quienes no sean parte del contrato; y iv) solo pueden desplegar efectos respecto de quienes ocupen “originariamente” las posiciones de fiduciante, beneficiario y fideicomisario.

LXIX. La ineficacia de las cláusulas antijurídicas de irresponsabilidad es la nulidad, que puede ser absoluta o relativa, según los casos. La nulidad debe ser actuada, a menos que se trate de un contrato por adhesión o de consumo en donde opera de pleno derecho.

LXX. La prohibición de dispensar el deber de responder del fiduciario por dolo o culpa suya o de sus dependientes solo juega cuando se plantea “antes” del daño, pues una vez que el deber de responder se activa por acontecer el daño, el legitimado al efecto puede renunciar a la acción respectiva.

LXXI. Los beneficios experimentados por quien padeció el daño de autoría del fiduciario deben descontarse del *quantum* indemnizatorio cuando i) provengan del mismo hecho que generó el daño; ii) sean gestados “por” ese hecho y no “en ocasión” de él; iii) se traten de consecuencias inmediatas o mediatas previsibles derivadas de ese hecho; iv) sean ciertos. La razón de ser de esa compensación es la evitación del enriquecimiento injustificado del damnificado, pero tiene un límite: el dolo del fiduciario.

LXXII. El despliegue de conductas preventivas por el fiduciario puede implicar la liberación de la responsabilidad por daños causados a las restantes posiciones jurídicas o terceros frente a hipótesis de responsabilidad subjetiva, pues podría suponer la acreditación de la diligencia que le es exigida.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACQUARONE, María, “Trust o fideicomiso de garantía”, *La Ley*, 1995-B, p. 1002.
- AGUIAR, Henoch D., *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, Buenos Aires, 1950.
- AICEGA, María Valentina, *El patrimonio en el contrato de fideicomiso*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007.
- “Estatutos de las posiciones del beneficiario y del fideicomisario consumidores”, en ALTERINI, Ignacio E. y AICEGA, M^a Valentina (Directores), *Derecho de consumo inmobiliario*, La Ley, Buenos Aires, 2021, tomo I, pp. 834 y ss.
 - “Clases de daño y algunas implicancias del factor subjetivo de atribución”, ponencia presentada ante las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2019, celebradas la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe.
- AICEGA, María Valentina y GÓMEZ LEO, Osvaldo R., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, 3^a edición, La Ley, Buenos Aires, tomo VII.

ALFERILLO, Pascual E., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, 3ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2019, tomo VIII.

- “Reflexiones sobre la obligación de seguridad en los contratos”, diario, La Ley, 22/02/2021, p. 8.

ALEGRÍA, Héctor, *Reglas y principios del derecho comercial*, La Ley, Buenos Aires, 2008.

- “Securitización”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni, 2005, Buenos Aires, pp. 293 y ss.

ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel y VODANOVIC H., Antonio, *Tratado de los derechos reales*, 6ª edición, Temis e Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001.

ALTERINI, Atilio A., *Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970.

- *Contratos*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.
- “Las reformas a la ley de defensa del consumidor. Primera lectura, 20 años después”, Suplemento especial La Ley, Reforma a la ley de defensa del consumidor, La Ley, Buenos Aires, 2008, pp. 3 y ss.

ALTERINI, Atilio A., AMEAL, Oscar J. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de las obligaciones*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.

ALTERINI, Atilio A. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., “Responsabilidad profesional: el experto frente al profano”, La Ley, 1989-E, p. 847; RCyS, 2014-XI, p. 285.

- “Invalidez de las cláusulas limitativas en la responsabilidad profesional”, La Ley, 1989-D, p. 916; RCyS 2018-III, p. 283.

- ALTERINI, Francisco J., “Estructura del usufructo sobre acciones”, *La Ley*, 2018-A, p. 1058.
- ALTERINI, Ignacio E., “Límites del deber de responder del escribano. Lo verdadero y lo falso”, *La Ley*, 2014-D, p. 1131.
- ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, Francisco J., *Tratado de las obligaciones*, La Ley, Buenos Aires, 2020.
- ALTERINI, Ignacio E. y AICEGA, M^a Valentina (Directores), *Derecho de consumo inmobiliario*, La Ley, Buenos Aires, 2021.
- ALTERINI, Jorge H., “Obligaciones de resultado y de medios”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo XX.
- “Importancia del estudio de títulos”, *Gaceta del Notariado* N° 88, 1982. Cita online: AR/DOC/486/2012.
 - “El dolo en la indemnización de daños. Incrementos. Limitaciones. Atenuaciones. Compensaciones”, *La Ley*, 2009-D, p. 1229.
 - en LLAMBÍAS, Jorge J. y ALTERINI, Jorge H., *Código Civil Anotado*, Abeledo Perrot, 3^a Reimpresión, Buenos Aires, 1993, tomo IV-A.
- ALTERINI, Jorge H., ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, M^a Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, con la colaboración especial de Francisco J. Alterini, La Ley, Buenos Aires, 2018.
- ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegetico*, 3^a edición, La Ley, Buenos Aires, 2019.
- ÁLVAREZ, Georgina I., “Algunas notas sobre un tipo de garantía autónoma: el fideicomiso en garantía”, *DJ*, 2003-1-295.
- ÁLVAREZ LARRONDO, Federico, “El impacto procesal y de fondo de la nueva ley 26.361 en el Derecho del Consumo”, *Sup. Esp.*

Reforma de la Ley de defensa del consumidor 2008 (abril), p. 30.

- “El empresario consumidor”, La Ley, 2014-D, p. 611.
- “La relación, el contrato de consumo y el concepto de consumidor a partir del Código Civil y Comercial”, RDCO 272, 30/06/2015, p. 539.

ANAYA, Jaime L. y PODETTI, Humberto A., *Código de comercio y leyes complementarias. Comentados y concordados*, Omeba, Buenos Aires, 1965.

ARMELLA, Cristina N., “Contratos conexos”, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos 2015 (febrero), p. 203.

AUBRY, Charles y RAU, Charles F., *Cours de Droit Civil Francais*, según la obra alemana de C.S. Zacharie, 3 ed., París, 1857, tomo V.

AZAR, Aldo M., *Obligaciones de medios y de resultado*, La Ley, Buenos Aires, 2012.

- “La gradación de las obligaciones de medios y de resultado en categorías intermedias. Cuando el razonamiento jurídico general y abstracto contradice a las razones y a los fines del derecho”, La Ley, 2014-E, p. 956.

AZAR, Aldo M. y OSSOLA, Federico, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (Director) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (Coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial*, 2ª edición, Buenos Aires, 2018, tomo III.

AZPIRI, Jorge O. y REQUELJO, Oscar, “El fideicomiso y el derecho sucesorio”, La Ley, 1995-D, p. 1128.

BARRERA GRAF, Jorge, *Los negocios fiduciarios*, Jus, Revista de Derecho y Ciencias Sociales, XXIV, Julio-Septiembre, 1950, n° 144, p. 442.

- BATIZA, Rodolfo, *Principios básicos del fideicomiso y de la administración fiduciaria*, 2ª edición, Porrúa, México, 1985.
- *El fideicomiso. Teoría y práctica*, 8ª edición, Ius, México, 2001.
- BAUCHE GARCÍA DIEGO, Mario, *Operaciones bancarias. Activas, pasivas y complementarias*, 3ª edición, Porrúa, México, 1978.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987.
- BEKKER, Ernst I., *System des Heutigen Pandektenrechts*, Hermann Böhlau, Weimar, 1886.
- BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, 1953.
- *Teoría general de las obligaciones*, traducción y notas por José Luis de los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.
- BOFFI BOGGERO, Luis M., “Obligaciones (concepto general)”, en *Enciclopedia jurídica Omeba*, Tomo XX.
- BONFANTE, Pietro, *Instituciones de derecho romano*, Reus, Madrid, 1922.
- BONO, Gustavo A., *Fideicomiso de garantía*, Astrea, Buenos Aires, 2018.
- BOQUIN, Gabriela F. y CERATTI, José L., ponencia en las XIX Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina, Rosario, 28 y 29 de junio de 2012.
- BORDA, Alejandro y FOSSACECA [h.], Carlos A., “Reflexiones sobre la unificación de la responsabilidad y la prevención contractual”, RCyS, N° 2, año XX, febrero 2018, p. 24.

- BORDA, Guillermo A., *Manual de derecho de las sucesiones*, 12ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994.
 - *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, 11ª edición, Abeledo Perrot, 1996, Buenos Aires, tomo II.
 - *Tratado de derecho civil. Parte general*, 14ª edición, actualizado por Guillermo J. Borda, La Ley, Buenos Aires, 2013, tomo I.
- BORETTO, Mauricio, “El fideicomiso inmobiliario operando en la práctica”, LLGran Cuyo2013 (diciembre), p. 1164.
- BRESSAN, Pablo, “Negocio fiduciario. Sus aspectos obligacionales”, en MAURY DE GONZÁLEZ, Beatriz (Directora) *Tratado Teórico-Práctico de Fideicomiso*, 2ª edición, Ad-hoc, Buenos Aires, 1999, p. 69.
- BRINZ, Alois, *Lehrbuch der Pandekten*, Verlag von Andreas Deichert, Erlangen, 1860.
- BUERES, Alberto J., *Responsabilidad civil del escribano, Hammurabi*, Buenos Aires, 1984.
- *Objeto del negocio jurídico*, Hammurabi, Buenos Aires, 1986.
 - *El acto ilícito*, Hammurabi, Buenos Aires, 1986.
 - “La asimilación de la culpa grave al dolo. Criterio de aplicación”, en Responsabilidad Civil y Seguros, 2015-VI, tapa, y en La Ley Online.
- BUSTAMANTE, Eduardo, “La liquidación del patrimonio fideicomitado. Del texto legal a las soluciones jurisprudenciales”, RDCO 299, 02/12/2019, 1477, AR/DOC/3444/2019.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 5ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987.

- “Prueba de la culpa”, *La Ley*, 99, p. 886.
- “Los llamados ‘daños punitivos’ extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil”, *LL* 1994-B-860.
- “La cláusula limitativa de responsabilidad en la contratación predispuesta”, *La Ley*, 1997-A, p. 50.

CALDERÓN, Maximiliano, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (Director) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (Coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial*, 2ª edición, Buenos Aires, 2018, tomo V.

CALVO COSTA, Carlos A., “La prevención: la otra cara de la responsabilidad civil (¿o del Derecho de daños?)”, *RCyS*2018-III, p. 20.

CAMACHO DE LOS RÍOS, Fermín “Compensatio lucri cum damno”, en *Estudios Jurídicos in memoriam del Profesor Alfredo Colange*, Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, Salamanca, 2002, volumen I, pp. 151 y ss.

CAMERINI, Marcelo A., “La verificación de crédito como mecanismo de desnaturalización del fideicomiso de garantía”, *La Ley*, 2008-E, p. 155.

CARAMES FERRO, José M., *Curso de derecho romano*, 10ª edición, Perrot, Buenos Aires, 1976.

CARIOTA FERRARA, Luigi., *I negozi fiduciari*, Cedam, Padua, 1933.

- *El negocio jurídico*, trad. por Manuel Abaladejo, Aguilar, Madrid, 1956.

CARREGAL, Mario A., *El fideicomiso. Regulación jurídica y posibilidades prácticas*, Universidad, Buenos Aires, 1982.

- *Fideicomiso. Teoría y aplicación a los negocios*, Heliasta, Buenos Aires, 2008.

- *Fideicomiso*, Heliasta, Buenos Aires, 2011.
 - “Fideicomisos de garantía”, en *Derecho empresario actual*, Cuadernos de la Universidad Austral, 1, Buenos Aires, 1996.
 - “Fideicomiso de garantía: Lícito y necesario”, *La Ley*, 2000-E, p. 952.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, CASTÁN VÁZQUEZ, José M. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Sistemas jurídicos contemporáneos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2000.
- CASTILLO, Ramón S., *Curso de derecho comercial*, 3ª edición, Ariel, Buenos Aires, 1935, tomo I.
- CHABÁS, François, “La noción del consumidor. El derecho francés frente al derecho comunitario”. en *Protección jurídica del consumidor*, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie: II-obras-número 34, Buenos Aires, 2009.
- CHAMATRÓPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto del consumidor comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2016.
- CIMA, Eduardo, *Responsabilidad civil del fiduciario frente a los demás intervinientes en el contrato de fideicomiso*, Lerner, Córdoba, 2013.
- CIURÓ DE CASTELLO, Norma E. y CASAS, René C., “Leasing financiero, operacional e inmobiliario. Fideicomiso. Fideicomiso financiero”, *Revista Notarial*, N° 923, p. 45.
- COLOMBRES, Gervasio, *Curso de Derecho Societario*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972
- COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “Responsabilidad contractual. Obligaciones de medios y de resultado”, *La Ley*, 1990-E, p. 533.

- “Los alcances de la ‘obligación de seguridad’”, *La Ley*, 2018-B, p. 453.
- COMPIANI, Fabiana, “El contrato de seguro y la protección del consumidor”, en PICASSO, Sebastián y VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (Directores), *Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, tomo II, pp. 438 y ss.
- COLMO, Alfredo, *De las obligaciones en general*, 3ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961.
- COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, Punto Lex - Thomson Reuters, Buenos Aires, 2010.
- DASSEN, Julio, *Contratos a favor de terceros*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960.
- DI CHIAZZA, Iván G., “Pretensión preventiva contractual. Conflicto entre accionistas”, *La Ley* 2018-A, p. 291.
- DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1979, tomo I.
- *Dictámenes jurídicos*, 1ª reimpresión, Civitas, Madrid, 1987.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge A., *El Fideicomiso*, 5ª edición, Porrúa, México, 1995.
- ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin, *Tratado de derecho civil*, 13ª revisión por Hans Carl Nipperdey, trad. de la 39 ed. alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas Pérez González y José Alguer, Bosch, Barcelona, 1947, tomo 1, Parte General por Ludwig Enneccerus.

- EHREMBERG, Victor, *Seguridad jurídica y seguridad del tráfico*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2003.
- ESPER, Mariano, en RIVERA, Julio C. y MEDINA, Graciela (Directores), y ESPER, Mariano (Coordinador), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2014, tomo IV.
- ETCHEGARAY, Natalio P., *Boleto de compraventa*, 3ª edición, Buenos Aires, Astrea, 2002.
- FALZEA, Angelo, “El principio jurídico de la apariencia”, *Derecho PUCP*, N° 59, pp. 177 y ss.
- FARINA, Juan M., *Contratos comerciales modernos*, Astrea, Buenos Aires, 1997.
- *Defensa del consumidor y del usuario*, Astrea, Buenos Aires, 2004.
- FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h.), “La sustentabilidad legal del fideicomiso. Cuestiones generales y el caso del fideicomiso de garantía frente al concurso”, *ED*, Año XLVI, núm. 12.081, 2/9/2008.
- “La empresa en el nuevo derecho comercial. Importancia, delimitación e implicancias legales y fiscales”, *La Ley*, 2015–F, p. 1122.
- FERNÁNDEZ, Raymundo L., *Tratado teórico-práctico de la quiebra. Fundamentos de la quiebra*, Compañía Impresora Argentina, Buenos Aires, 1937.
- FERNÁNDEZ, Raymundo L. y GÓMEZ LEO, Osvaldo, *Tratado teórico-práctico de derecho comercial*, Depalma, Buenos Aires, 1993, tomo II.
- *Tratado Teórico Práctico de Derecho Comercial*, Lexis Nexis, Depalma, Buenos Aires, 2004, tomo IV.

- FERNÁNDEZ, Raymundo L., GÓMEZ LEO, Osvaldo R., y AICEGA, M^a Valentina, *Tratado teórico práctico de derecho comercial*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, tomo II-B, “El Mercado. Derecho del consumidor y del usuario”.
- FERNÁNDEZ GIMENO, José P., “Los consumidores y usuarios como sujetos afectos a una especial tutela jurídica”, en REYES LÓPEZ, María José (Coordinador), *Derecho privado de consumo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, p. 98.
- FERRARA, Francesco, *Trattato de diritto civile italiano*, Athenaeum, Roma, 1921, tomo I.
- *La simulación de los negocios jurídicos*, trad. por Rafael Atard y Juan A. de La Puente, Reimpresión, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960.
 - *Teoría de las personas jurídicas*, trad. de la 2^a edición revisada italiana por Eduardo Ovejero y Maury, Reus, Madrid, 1929.
- FIGUEROLA, Melchor, “El orden público y el Código Civil y Comercial”, en ESPARZA, Gustavo, FIGUEROLA, Melchor y MONTENEGRO, Gustavo, *El orden público en el derecho privado*, Editorial Martin, Mar del Plata, 2018.
- FREIRE, Betina V., *El fideicomiso. Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios*, Ábaco, Buenos Aires, 1997.
- FRUSTAGLI, Sandra A., “La categoría de consumidor en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor”, en Sup. Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC, 27/03/2019, p. 28.
- FRUSTAGLI, Sandra A. y HERNÁNDEZ, Carlos A., “El concepto de consumidor. Proyecciones actuales en el Derecho argentino”, *La Ley*, 2011-E, p. 992.

- GAGLIARDO, Mariano, *Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas*, 5ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.
- “Delimitación y contenido de la responsabilidad (civil)”, diario La Ley del 28/02/2020, cita online: AR/DOC/3602/2019.
- GALDÓS, Jorge M. y VALICENTI, Ezequiel, “Vigencia y resistematización de la obligación tácita de seguridad en el Código Civil y Comercial”, diario La Ley, 09/06/2021, 1.
- GALGANO, Francesco, *El negocio jurídico*, traducción realizada por Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albertosa, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- GAMES, Luis M., y ESPARZA, Gustavo A., *Fideicomiso y concursos*, Depalma, Buenos Aires, 1997.
- GARCÍA GARCÍA, Juan M., “La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 625, 1994, p. 2261
- GARRIGUES-DÍAZ CAÑABATE, Joaquín, *Negocios fiduciarios en el derecho mercantil*, Civitas, Madrid, 1955.
- GATTI, Edmundo, *Derechos subjetivos y relaciones jurídicas*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992.
- GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 4ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2013.
- GIRALDI, Pedro M., *Fideicomiso*, Depalma, Buenos Aires, 1998.
- GIRALDI, Pedro M. y GÓMEZ LEO, Osvaldo R., *Introducción al estudio del fideicomiso*, Cuadernos de la Universidad Austral, I, Depalma, Buenos Aires, 1996.

- GLANNON, J. W., *The law of torts*, Ed. Little, Brown and Company, Boston, 1995.
- GOLDSCHMIDT, Roberto, “Trust, fiducia y simulación”, *La Ley*, 67, p. 781.
- GÓMEZ LEO, Osvaldo R. y BALBÍN, Sebastián, *Tratado de derecho comercial y empresario. Sociedades*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013.
- GOTLIB, Gabriel, CARREGAL, Mario A., y VAQUERO, Fernando M. (Directores), *Tratado de Fideicomiso*, La Ley, 2013.
- GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “Fideicomiso. Apreciaciones sobre las nuevas normas”, *La Ley*, 1995-E, p. 1227.
- “Las obligaciones del fiduciario”, *La Ley*, 2015-C, p. 1287.
- GRISOLI, Angelo, *Las sociedades con un solo socio*, trad. por Antonio González Iborra, *Revista de Derecho Privado*, Editoriales de derecho reunidas, Madrid, 1976.
- GUASTAVINO, Elías P., “Actos fiduciarios”, *Estudios de derecho civil en homenaje a Héctor Lafaille*, Depalma, Buenos Aires, 1968.
- “Venta forzada de la ‘res fiduciae’ por un acreedor del fiduciario”, *La Ley*, 1989-C, p. 236.
 - *La propiedad participada y sus fideicomisos*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1994.
 - “Fideicomisos, *leasings*, letras hipotecarias y otros aspectos de la ley 24441”, *La Ley*, 1995-B, p. 1066.
- HALPERIN, Isaac, en HALPERIN, Isaac y OTAEGUI, Julio C, *Sociedades anónimas*, 2ª edición, Lexis Nexis – Depalma, Buenos Aires, 1998.

- HAYSUZ, Jorge, *Fideicomiso*, 1ª Reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2001.
- HEREDIA, Pablo, en LORENZETTI, Ricardo L. (Director), y LORENZETTI, Pablo y DE LORENZO, Miguel F. (Coordinadores), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, tomo II.
- HERNÁNDEZ, Carlos, “Daños punitivos: ¿resarcimiento o sanción?”, *Rev. Derecho de Daños* 2017-3-473.
- HERNÁNDEZ, Carlos A. y FRUSTAGLI, Sandra A., “Aspectos relevantes de la relación de consumo en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012. Proyecciones del sistema sobre el régimen estatutario de reparación de daños al consumidor”, en *JA*, 2012-IV-807.
- HIGHTON, Elena I., en BUERES, Alberto J. (Director) y HIGHTON, Elena I. (Coordinador), *Código Civil y normas complementarias, Derechos Reales*, 2ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, tomo 5 A.
- HIGHTON, Elena I., MOSSET ITURRASPE, Jorge, PAOLANTONIO, Martín E. y RIVERA, Julio César, *Reformas al derecho privado, ley 24441*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995.
- JUNYENT BAS, Francisco, “La concursabilidad del fideicomiso”, *Derecho concursal. Perspectivas actuales*, Tomo I: instituciones y principios concursales, XI congreso argentino de derecho concursal, IX congreso iberoamericano de la insolvencia del 18 al 22 de octubre del 2021 /UNS /Bahía Blanca, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Departamento de Derecho, 2021, DyD ediciones, Innovación jurídica, pp. 132 y ss.
- JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Bases para una reforma del régimen del Fideicomiso. A propósito de la necesidad de su inscripción”, *La Ley*, 2007-C, p. 782.

- KATZ, S., Barbier, E. y CUIÑAS Rodríguez, M., “El contrato de fideicomiso en la ley 24441 y en las VIII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal”, JA, 1997-I, p. 740.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Daños causados por los dependientes*, Hammurabi, Buenos Aires, 1992.
- “El consumidor. Concepto. Modificaciones introducidas por la ley 26.361”, en *Protección jurídica del consumidor*, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie: II-obras-número 34, Buenos Aires, 2009.
 - “El derecho de la responsabilidad civil y los nuevos paradigmas en el Código Civil y Comercial argentino: prevención, precaución y represión”, RCyS2019 - Edición Especial, p. 164.
- KENNY, Mario O., *Titulización y fideicomiso financiero*, 2ª edición, Errepar, Buenos Aires, 2005.
- KIPER, Claudio M., *Régimen jurídico del dominio fiduciario*, La Ley, Buenos Aires, 1989.
- “El fideicomiso de garantía y las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, JA/LexisNexis, 2007-IV, fascículo 7, 14/11/2007.
 - “Responsabilidad del fiduciario por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas fideicomitidas”, JA, 1998-III, p. 880.
- KIPER, Claudio M. y LISOPRAWski, Silvio V., *Tratado de fideicomiso*, 4ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016.
- “Registración del contrato de fideicomiso. Registros de la IGJ y del GCBA”, La Ley, 2016-A, 1190.

- “Supresión del Registro de Contratos de Fideicomiso en la IGJ. La Res. Gral. 6/2016 es un ejemplo de sometimiento a la ley”, La Ley, 2016-B, p. 845.

KRIEGER, Emilio, *Manual del fideicomiso mexicano*, Banco Nacional de Obras y Servicios públicos S.A., México, DF, 1976.

LAFAILLE, Héctor, BUERES, Alberto J. y MAYO, Jorge A., *Tratado de las obligaciones*, 2ª edición, La Ley y Ediar, Buenos Aires, 2009.

LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., *Tratado de los derechos reales*, 2ª edición, La Ley y Ediar, Buenos Aires, 2010.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 3ª edición, Dykinson, Madrid, 2007.

LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Tratado de los contratos*, La Ley, Buenos Aires, 2017.

LEPAULLE, Pierre, “*De la nature du trust*” el derecho francés, publicada en el *Journal du Droit International*, 54 e *Anné, Julliet–Octobre*, 1927, trad. por Pablo Macedo (“La naturaleza del *trust*”, *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*, III, México, 1932).

LIMA MARQUES, Claudia, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relacoes contratuais*, 5º ed., Instituto brasileiro de política e direito do consumidor, Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2006.

LISOPRAWSKI, Silvio V., “Fideicomisos inmobiliarios. Oferta pública de fideicomisos ‘no financieros’”, La Ley, 2007-D, p. 911.

LISOPRAWSKI, Silvio, “El fideicomiso en crisis. Insuficiencia del patrimonio fiduciario”, La Ley, 2010-D, p. 1189.

- LISOPRAWSKI, Silvio V., “Fideicomisos de construcción ‘al costo’”, La Ley, 2011–F, p. 1055.
- LISOPRAWSKI, Silvio V., “Fideicomiso en el Código Civil y Comercial”, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015 (abril), 21/04/2015, 510; Online: AR/DOC/1073/2015.
- LISOPRAWSKI, Silvio V., “Concurso preventivo del patrimonio fiduciario”, La Ley, 2015–E, p. 1205.
- LISOPRAWSKI, Silvio V. y KIPER, Claudio M., *Fideicomiso. Dominio fiduciario. Securitización*, 2ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1996.
- LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, 16ª edición, Perrot, Buenos Aires, 1995, tomo I.
- *Tratado de derecho civil. Parte General*, 15ª edición, Perrot, Buenos Aires, 1993, tomo II.
 - *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 4ª edición actualizada por Patricio Benegas, Perrot, Buenos Aires, 1983, tomo I.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Fideicomiso. Leasing. Letras hipotecarias. Ejecución hipotecaria. Contratos de consumición*, Zavalía Editor, Buenos Aires, 1996.
- LORENTE, Javier A., “Los fideicomisos de patrimonios dinámicos sí son susceptibles de concurso preventivo y de acuerdo preventivo extrajudicial”, Derecho concursal. Perspectivas actuales, Tomo I: instituciones y principios concursales, XI congreso argentino de derecho concursal, IX congreso iberoamericano de la insolvencia del 18 al 22 de octubre del 2021 /UNS /Bahía Blanca, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Departamento de Derecho, 2021, DyD ediciones, Innovación jurídica, pp. 121 y ss.

- “Los fideicomisos sí quiebran”, Derecho concursal. Perspectivas actuales, Tomo I: instituciones y principios concursales, XI congreso argentino de derecho concursal, IX congreso iberoamericano de la insolvencia del 18 al 22 de octubre del 2021 /UNS /Bahía Blanca, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Departamento de Derecho, 2021, DyD ediciones, Innovación jurídica, p. 131.

LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, tomo I.

- *Tratado de los contratos*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2000, tomo III.
- *Consumidores*, 2ª edición, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009.
- “La relación de consumo. Ámbito de aplicación de la ley de defensa del estatuto del consumidor”, en LORENZETTI, Ricardo L. y SCHOTZ, Gustavo (Coordinadores), *Defensa del consumidor*, Ábaco, Buenos Aires, 2003, p. 65.
- “¿Cuál es el cemento que une las redes de consumidores, de distribuidores o de paquetes de negocios?, La Ley, 1995-E, p. 1013

LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Manual de responsabilidad civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

- “Sanción pecuniaria disuasiva”, en ALTERINI, Ignacio E. y AICEGA, M^a Valentina (Directores), *Derecho de consumo inmobiliario*, La Ley, Buenos Aires, 2021, tomo II.

LÓPEZ MEZA, Marcelo, “La apreciación de la culpa según la capacidad y circunstancias del agente”, SJA 26/11/2014, 19. Cita online: AR/DOC/5617/2014.

LUCHINSKY, Rodrigo, *El sistema de gobierno societario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.

- MALAGARRIGA, Carlos C., *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, 3ª edición, TEA, Buenos Aires, 1963, tomo I.
- MALUMIÁN, Nicolás, DIPLOTTI, Adrián G. y GUTIÉRREZ, Pablo A., *Fideicomiso y securitización, análisis legal, fiscal y contable*, La Ley, Buenos Aires, 2001.
- MANTILLA, Fernando R., “Una introducción al fideicomiso”, *La Ley*, 1995–B, p. 789.
- MARIANI DE VIDAL, Marina, *Curso de Derechos reales*, II, Zavallía, Buenos Aires, 1999.
- MÁRQUEZ, José F., *Fideicomiso*, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- “Notas sobre el fideicomiso con fines de garantía”, *JA*, 2000–IV–1229.
 - en LORENZETTI, Ricardo L. (Director) y LORENZETTI, Pablo y DE LORENZO, Miguel F. (Coordinadores), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, tomo VIII.
- MARTÍN SANTISTEBAN, Sonia, *El instituto del «trust» en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios de «civil law»*, Aranzadi, Navarra, 2005.
- MARTORELL, Ernesto Eduardo y CÚNEO LIBARONA, Mariano (h), “Disparen sobre el fideicomiso: Perplejidades comerciales y penales que exhibe la figura”, en CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo (Director) y DE REINA TARTIERE, Gabriel (Coordinador), *Fideicomiso de garantía, Análisis integral. Función y Régimen*, Heliasta, Buenos Aires, 2008.
- MAYO, Jorge A., “Dos aspectos de la responsabilidad por los hechos de los dependientes. La noción de dependencia y la naturaleza de la responsabilidad del dependiente”, en

Responsabilidad por daños, libro homenaje a Jorge Bustamante Alsina, Buenos Aires, 1990, tomo II, p. 879.

MESSINEO, Francesco, *Doctrina general del contrato*, trad. por R.O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra, notas de derecho argentino por Vittorio Neppi, Ejea, Buenos Aires, 1952.

- *Manual de derecho civil y comercial*, trad. por Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1954.

MIGUENS, Héctor J., *Fideicomiso y concursos*, Derecho concursal, Universidad Austral, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002.

MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *El fideicomiso en la dinámica mercantil*, 3ª edición, BdeF, Buenos Aires, 2013.

- “La protección jurídica del adquirente de unidades funcionales y el fideicomiso inmobiliario”, *La Ley*, 2007–E, p. 1288.
- “La liquidación del patrimonio fideicomitado en el nuevo Código”, *La Ley*, 2015–D, p. 1212.

MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “Contrato de fideicomiso”, *Revista del Notariado*, número extraordinario, 1995, p. 67.

MOEREMANS, Daniel E., “Contrato de obra y de servicios en el Código Civil y Comercial”, *Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular*, 2015 (abril), p. 94.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios*, Ediar, Buenos Aires, 1975.

- *Contratos simulados y fraudulentos*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001.
- “Contratos en general en el proyecto de reformas al Código Civil Argentino del 1998”, *JA*, 2000–II–786.

- NAVARRO MARTORELL, Mariano, *La propiedad fiduciaria*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1950.
- NICOLAU, Noemí L., *Fundamentos de derecho contractual*, La Ley, Buenos Aires, 2009, tomo I.
- “Incumplimiento y responsabilidad en la conexidad contractual. La cuestión en el ahorro para fines determinados”, LLGran Cuyo 2021 (junio), p. 7.
- ORELLE, José M. R., *Compra de inmuebles por y para terceros*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1977.
- ORELLE, José M. R., ARMELLA, Cristina y CAUSSE, Jorge R., *Financiamiento de la vivienda y de la construcción. Ley 24441*, Ad-hoc, Buenos Aires, 1995.
- ORGAZ, Alfredo, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, Zavalía, Buenos Aires, 1963.
- *La culpa (actos ilícitos)*, Lerner, Córdoba, 1970.
 - *El daño resarcible*, Lerner, Córdoba, 1980.
 - “La relación de causalidad entre el acto ilícito y el daño”, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, tomo II, p. 931.
- OSSOLA, Federico A., en RIVERA, Julio C. y MEDINA, Graciela (Directores), *Derecho civil y comercial. Obligaciones*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017.
- PAPA, Rodolfo G., “Validez del fideicomiso inmobiliario ‘al costo’”, La Ley, 2019-B, p. 1243.
- “El tratamiento de la responsabilidad del fiduciario en la nueva codificación”, La Ley, 2017-A, 541.
- PÉREZ CATÓN, Álvaro, “El fideicomiso de administración. Ley 24441”, en MAURY DE GONZÁLEZ, Beatriz (Directora) *Tratado*

Teórico-Práctico de Fideicomiso, 2ª edición, Ad-hoc, Buenos Aires, 1999, p. 207;

PIÑÓN, Benjamín P., “Orden público”, JA, 1995-III-812.

PICASSO, Sebastián A., “Sobre los denominados ‘daños punitivos’”, LL 2007-F-1154.

- “Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor”, Suplemento especial La Ley, Reforma a la ley de defensa del consumidor, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 134.
- “Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación”, RCyS, N° 4, año XVII, abril 2015, p. 5.
- “La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Sup. Especial, Nuevo Código Civil y Comercial, 2014 (noviembre), p. 151.
- “Réquiem para la obligación de seguridad en el derecho común”, RCCyC 2015 (julio), p. 146.
- en PICASSO, Sebastián y VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (Directores), *Ley de defensa del consumidor comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2009, tomo I.

PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

- *Tratado de obligaciones*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017.

PIZARRO, Ramón D., *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa*, La Ley, Buenos Aires, 2006.

- “Función preventiva de la responsabilidad civil. Aspectos generales”, SJA 20/09/2017, 39, cita online: AR/DOC/3952/2017.
- “¿Réquiem para la obligación de seguridad en el Código Civil y Comercial?”, La Ley, 2015-E, p. 840.
- “Daños punitivos”, en *Derecho de daños. Segunda parte*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1993.

PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Tratado práctico de derecho civil francés*, trad. por Mario Díaz Cruz con la colaboración del Dr. Le Riverand Brusone, Cultural S.A., La Habana, Cuba, 1946, tomo III.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto, BENEDETTI, Miguel A. y CENICACELAYA, M^a de las Nieves, *Derecho Constitucional argentino*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001.

RADBRUCH, Gustav, *Los fines del derecho*, UNAM, México DF, 1981.

RECASÉNS SICHES, Luis, “La seguridad como motivo radial de lo jurídico”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, N° 239.

RINESSI, Antonio J., *Relación de consumo y derechos del consumidor*, Astrea, Buenos Aires, 2006.

RIVERA, Julio C., “Acción de simulación”, ED, 60, p. 900.

- *Instituciones de derecho civil, Parte General*, Abeledo-Perrot, 1995.

RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, *Contratos Bancarios*, Felabán, 2^a ed., Bogotá, 1977.

- *La responsabilidad del fiduciario*, Biblioteca jurídica Díké, Medellín, 1997.

- *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*, Legis, 2005.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, 22ª edición, act. por José V. Rodríguez del Castillo, Porrúa, México, 1996.
- ROITMAN, Horacio, *Ley de sociedades comerciales. Comentada y anotada*, 2ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2011.
- RONDINA, Homero y RONDINA, Gerardo, *El fideicomiso en la construcción. Manual teórico-práctico*, Valletta ediciones, Florida, 2007.
- RUBINO, Doménico, *El negocio jurídico indirecto*, Revista de derecho privado, Madrid, 1953.
- RUSCONI, Dante D. (director), *Manual de derecho del consumidor*, 2ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015.
- SALERNO, Marcelo U., *El patrimonio del deudor y los derechos del acreedor*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1974.
- SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Parte General*, 10ª edición actualizada por Víctor N. Romero del Prado, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954, tomo II.
- SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, “Contratos. Parte general”, en Sánchez Herrero, Andrés (Director) y Sánchez Herrero, Pedro (Coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial*, 2ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2018, tomo IV.
- SÁNCHEZ URITE, Ernesto A., *Mandato y representación*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969.
- SEGUÍ, Adela, “La prevención de los daños en el proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación”, JA 2012-IV-1471.

- “Responsabilidad civil: la función preventiva”, en RIVERA, Julio C. (dir.), *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, La Ley, Buenos Aires, 2012.
- “Prevención de los daños y tutela inhibitoria en materia ambiental”, en LORENZETTI, Ricardo, *Derecho ambiental y daño*, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 93.

SHINA, Fernando, *Sistema legal para la defensa del consumidor. Leyes 24240, 26993 y 26994*, Astrea, Buenos Aires, 2016.

SILVESTRE AIMO, Norma O. y MARINO, Abel E. “Responsabilidad por los hechos de los auxiliares obligacionales y de los dependientes”, RCyS 2015-IV, 155.

SILVESTRE, Norma O. y MAGLIO, María Claudia, “Las obligaciones concurrentes como categoría jurídica autónoma”, RCyS, 2019-IX, p. 3.

SOLER, Osvaldo H. y CARRICA, Enrique D., “El fideicomiso y el fraude”, La Ley, 2000-A, p. 193.

SOLER, Osvaldo H., NIETO BLANC, Ernesto E. y MORENO GURREA, José, “Fideicomiso común u ordinario”, La Ley, IMP, 1996-B-2542.

SPOTA, Alberto G., “Negocio jurídico fiduciario: su distingo con el negocio jurídico simulado”, La Ley, 1975-C, p. 326.

STIGLITZ, Rubén S., “Nuevos temas incorporados a la teoría general del contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos 2015 (febrero), 25/02/2015, 1.

- “Comentario a los arts. 1092 y 1093”, en HERRERA, Marisa, CARAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián (Directores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Infojus, Buenos Aires, 2015, tomo III.

- STIGLITZ, Rubén S. y COMPIANI, María Fabiana, “La suma asegurada como límite de la obligación del asegurador”, *La Ley*, 2015-F, p. 429.
- TAMBUSSI, Carlos E., “Régimen de defensa del consumidor (II): Instituciones del derecho de consumidores y usuarios”, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (Director) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (Coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial*, 2ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2018, tomo II.
- TINTI, Guillermo P., *Contrato de fideicomiso. Manual teórico-práctico*, Ábaco, Buenos Aires, 2022.
- TINTI, Guillermo P. y CALDERÓN, Maximiliano R., *Derecho del consumidor, Ley 24240 de defensa del consumidor comentada*, 4ª edición, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2020.
- TOBIÁS, José W., “Apariencia jurídica”, *La Ley*, 1994-D, 323.
- en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, 3ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2019, tomo I.
- TON, Walter, “La medida de no innovar en el fideicomiso de garantía” en *Las medidas cautelares en las sociedades y los concursos*, ARECHA, Martín (dir.) y FILIPPI, Laura L. (vice), Instituto Argentino de Derecho Comercial, 2ª ed., Buenos Aires, Legis Argentina, 2008, p. 187.
- TRIGO REPRESAS, Félix A., “Ejercicio u ‘ocasión’ de las funciones, como requisito de la responsabilidad del principal por los hechos de sus dependientes”, *La Ley* 1982-B, 422
- “Los presupuestos de la responsabilidad civil”, Academia Nacional de Derecho, 2004 (agosto); RCyS, 2004, p. 249.
 - en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial*

Comentado. Tratado exegético, 3ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2019, tomo IV.

- TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MEZA, Marcelo J., *Tratado de la responsabilidad civil*, La Ley, Buenos Aires, 2005, tomo I.
- TRUFFAT, Daniel, Informe sobre “El fideicomiso frente al concurso. La conflictiva relación entre el fideicomiso y la cesación de pagos”, en el VII Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, México, 17 al 19 de mayo de 2012.
- TURRÍN, Daniel M., “Negocio jurídico fiduciario”, RDCO, año 22, N° 132, Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 863.
- VANASCO, Carlos A., “Fideicomiso y sociedad”, en FAVIER DUBOIS, Eduardo (h) (Director) *Negocios Parasocietarios*, 2ª edición, Ad Hoc, Buenos Aires, p. 254.
- VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “La función preventiva de la responsabilidad civil. Antijuridicidad formal o material”, RCyS2016-VIII, 5 - DJ14/09/2016, 1
- VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. y ROMERA, Oscar E., *Protección y defensa del consumidor*, Depalma, Buenos Aires, 1994.
- VERÓN, Alberto V., *Tratado de las sociedades anónimas*, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- VILLAGORDOA LOZANO, José M., *Doctrina general del fideicomiso*, Porrúa, México, 2003.
- VILLEY, Michel, *Compendio de filosofía del derecho*, EUNSA, Pamplona, 1979.
- VÍTOLO, Daniel R., *Defensa del consumidor y del usuario*, Colección leyes nacionales, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2015.
- VON TUHR, Andrea, *Derecho civil. Teoría general del Derecho Civil Alemán*, trad. por Tito Rava, Depalma, Buenos Aires, 1946.

WAJNTRAUB, Javier H., *Protección del consumidor*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004.

- “Contratos de consumo”, en LORENZETTI, Ricardo L. (Director), y LORENZETTI, Pablo y DE LORENZO, Miguel F. (Coordinadores), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, tomo VI.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, tomo IV.

- *La responsabilidad civil*, Córdoba, Alveroni, Córdoba, 2015.

ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos J., *Código de comercio y leyes complementarias. Comentado y concordado*, Depalma, Buenos Aires, 1967.

- *Derecho de la empresa*, Depalma, Buenos Aires, 1971.

ZORZI LO RE, Andrés, “La reglamentación de la registración del contrato de fideicomiso”, *Revista Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios*, núm. 15, mayo 2016, 16/5/2016, IJ-XCVIII-288.