



**SEMINARIO FINAL DE GRADUACIÓN
DE LA CARRERA DE ABOGACÍA**

“¿Son abusivas las cláusulas contractuales mediante las cuales se exime de responsabilidad al fiduciario?”

Jesica Daniela Spamer.

2014



AGRADECIMIENTOS

A todos los profesores que de una u otra manera colaboraron en este trabajo. En especial, a mi familia, mi novio y amigos por brindarme su apoyo incondicional y por alentarme durante todos estos años tan importantes y trascendentes de mi vida.



Resumen.

El Fideicomiso es una vieja institución que viene del derecho romano. Vélez Sarsfield la incorporó al Código Civil como dominio fiduciario y recién en el año 1994 se dictó la ley 24.441 que regula el contrato de fideicomiso como un instrumento necesario para diversos emprendimientos económicos. La ley, deficientemente regulada trata el tema en muy pocos artículos. Y digo deficientemente regulada porque considero, que al ser una figura tan compleja por la cantidad de relaciones obligacionales que contiene, faltaría en ella desmenuzar su contenido para que pueda ser entendida, comprendida y aplicada tanto por los profesionales de la ley como los que no lo son, como por ejemplo la ley de Sociedades Comerciales N° 19550 y sus modificaciones, entre otras. Esta obra está orientada a revisar si son abusivas o no, las cláusulas que limitan la responsabilidad del fiduciario en el contrato de fideicomiso. Para ello fue necesario conocer la institución -tratar sus antecedentes- especialmente el trust inglés; el dominio fiduciario, el contrato, sus caracteres, sus elementos esenciales, las partes intervinientes, los efectos entre ellas, es decir sus derechos y deberes y luego los efectos frente a los terceros, su extinción, las clases de fideicomisos, entre otros. En la difícil tarea de hablar de la responsabilidad del fiduciario, primero, trataré la responsabilidad en general para luego desentrañar la que le corresponde particularmente al fiduciario. Cuestión que ha traído innumerables problemas como por ejemplo la limitación de la responsabilidad del fiduciario en las relaciones de consumo, la inseguridad que genera esta limitación entre las partes intervinientes y los terceros interesados, hacer valorar derechos de los beneficiarios y los terceros que se



consideran afectados por los daños provenientes de su actuar ilícito del fiduciario, entre otros. Las partes al contratar suelen colocar cláusulas que limitan su responsabilidad. Cláusulas que terminan siendo abusivas. En el ámbito de la responsabilidad del fiduciario tiene muchas veces relevancia la Ley de Defensa del Consumidor, especialmente luego de la última reforma que amplió el número de legitimados para invocarla. En definitiva esta figura se basa, como su nombre lo indica, en la confianza que otorga al fiduciario, exigiéndole que ejerza sus funciones como un “buen hombre de negocios”. Es por ello que cuando en los contratos se limita en forma excesiva su responsabilidad, crea cierta desconfianza en el negocio jurídico y en el fiduciario que como resultado invierte la naturaleza jurídica del fideicomiso.



Abstract

The Trust is an old institution that comes from Roman law. Velez Sarsfield's joined the Civil Code as a trust domain and only in 1994 the 24,441 law regulating the trust agreement as a necessary instrument for various economic ventures was issued. The law is poorly regulated the issue in a few items. I say poorly regulated because I consider that to be such a complex figure by the amount of obligational relations containing, missing her shred its contents so that it can be read, understood and applied by both law enforcement professionals and those who do not are such as the Commercial Companies law No. 19,550 and its amendments, among others. This work is oriented to check if they are abusive or not, clauses limiting the liability of the trustee in the trust agreement. It was necessary to know the institution-trying their antecedents especially English trust; the trust domain, the contract, its characters, its essential elements, the parties, including the effects, ie their rights and duties and then the effects in relation to third parties, their extinction, the kinds of trusts, among others. In the difficult task of speaking of fiduciary responsibility, first, I will discuss the overall responsibility then unravel which is particularly applicable to the trustee. Issue that has brought many problems such as the limitation of liability of the trustee in consumer relations, insecurity generated by this constraint between the parties and third parties, do assess rights of beneficiaries and third parties who consider themselves affected for damage from the illicit act of the trustee, among others. The parties to the contract usually placed clauses limiting liability. Clauses that end up being abusive. In the area of responsibility of the trustee is often the relevance Consumer Protection Act,



especially after the last reform that expanded the number of standing to invoke. In short this figure is based, as its name suggests, the confidence given to the trustee, demanding that he performs his duties as a "good man". That is why when contracts excessively limited liability creates some distrust in the legal business and as a result the trustee invests the legal nature of the trust.



INDICE

Capítulo I.....	9
Introducción.....	9
Planteo del tema	10
Antecedentes	12
Delimitación del Problema	17
Justificación e importancia del Problema	17
Objetivos:	18
El tipo de estudio o investigación	19
Estrategia metodológica	19
Estructura del Trabajo	20
Capítulo II.....	21
Fideicomiso.....	22
Etimología de la palabra fideicomiso:	22
Definiciones:	22
Conceptualización doctrinaria:	23
Diferencias entre el Código Civil y la ley 24441.	26
Sujetos:	28
Objeto	30
Causa	31
Forma	31
Extinción	32
Tipos de fideicomiso	33
Capítulo III.....	34
Responsabilidad. Responsabilidad del fiduciario.....	35
Etimología de la palabra responsabilidad	35
Conceptualización	35
Principios	36
Responsabilidad civil contractual y extracontractual	37
Responsabilidad del Fiduciario	40
¿Las obligaciones del fiduciario, son obligaciones de medios o de resultado?	48
Capítulo IV.....	56
Fideicomiso. Cláusulas Abusivas. Derecho del Consumidor.....	56
Conceptualización	57
Fideicomiso. Cláusulas abusivas	60
Reforma del Código Civil Argentino	63
Capítulo V.....	66
Consideraciones Finales.....	66
CONCLUSIÓN.....	67
Bibliografía.....	72
Bibliografía.....	73



Anexo	76
Ley N° 24.441	77
Voces: responsabilidad objetiva - contratos civiles y comerciales - compraventa - fideicomiso - dominio fiduciario - fiduciario - vicios redhibitorios - vicios ocultos - protección del consumidor - fideicomiso inmobiliario - fideicomiso de garantía - daños y perjuicios - indemnización	125
Autos: Montenovi, Yolanda Nilda c. Biella S.A. y otro. Daños y perjuicios	164
Fideicomiso - construcción de inmuebles - incumplimiento contractual. responsabilidad del fiduciario por los daños sufridos por terceros:	177
R. 436686 - "Baredes, Guido Matias c/ Torres De Libertador 8.000 S.A y otros s/ Daños y Perjuicios" - CNCIV - SALA H - Octubre/2006	178
Las cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria por: CARLOS A. - ESBORRAZ HERNÁNDEZ 2006	202

Capítulo I

Introducción



Planteo del tema

El fideicomiso se consolidó en la Argentina luego de la crisis del 2002 debido a que se muestra como alternativa de financiamiento, aunque ya contábamos con una ley que lo regula, la 24.441 de 1995. Es muy utilizado en nuestros días por ser versátil adaptándose al negocio específico en que se lo quiere aplicar y una de su principal ventaja es que actúa como una campana protectora que permite aislar los activos involucrados.

La ley despacha una institución tan importante en los tiempos que corren en solo 26 artículos. Como consecuencia de ello los problemas interpretativos de la norma han sido muchos, por lo que existe una profusa doctrina sobre el tema y en especial sobre lo que se refiere a la responsabilidad del fiduciario.

El fiduciario, sujeto protagónico del contrato de fideicomiso, ya sea persona física o jurídica, tiene facultades y derechos; pero también tiene obligaciones y en consecuencia responsabilidades, que fueron tratadas deficientemente en la norma y digo deficientemente porque en lo que respecta a la responsabilidad del fiduciario, nada se dice sobre las consecuencias de su actuar doloso, entre otras.

Suele ocurrir que en los contratos se coloquen cláusulas que limitan la responsabilidad como por ejemplo en los contratos de adhesión, lo alarmante es que en el fideicomiso se encuentra establecido en la propia ley que rige y crea el marco jurídico del contrato (Ley 24441, Art. 14). Lo que nos lleva a reflexionar si la misma es por sí, a priori abusiva.



El tema de la responsabilidad del fiduciario no es un tema menor, se trata de saber con certeza qué tipo de responsabilidad tiene, qué hacer cuando en un contrato se limita su responsabilidad mediante cláusulas abusivas y sobre que patrimonio recae el deber de reparar los daños ocasionados.

En este trabajo se intentara abordar el contenido y alcance del artículo 14 de la ley 24.441 y la temática de las demas cláusulas limitativas de la responsabilidad, que se introducen por las partes en los contratos que le dan forma al fideicomiso, para poder arribar a la conclusión si las misma son abusivas o no. El fideicomiso como ya dijimos es una gran institución, la cual tiene la posibilidad de tomar la forma y el contenido que las partes necesiten o le sean más convenientes. En algunas de esas aristas las más conocidas y las más usadas por la sociedad pueden verse de la optica de la relacion de consumo, es decir, cuando se le agregan al contrato cláusulas tipificadas en la ley 24240 como leoninas o que van detrimento del consumidor definido en el art. 1 de la citada ley.

Este trabajo se dividirá en dos grandes líneas: en los dos primeros capítulos se hara un aproximacion al tema, definiendo , sus partes, efectos y alcances, así como también el marco normativo (ley 24441).

Por otro lado, en los capitulos tres y cuatro abordaremos el tema de la responsabilidad en general para luego adentrarnos en la responsabilidad del fiduciario; nos referiremos a las cláusulas abusivas que eximen de responsabilidad al fiduciarion son abusivas o no.



Antecedentes

Es importante hacer una breve reseña del origen del instituto del Fideicomiso para llegar a la comprensión acabada del tema en la actualidad.

Los primeros antecedentes que se registran del fideicomiso emanan del Derecho Romano, concretamente en dos formas fundamentales que los negocios de confianza tenían; el fideicomissum y el pactum fiduciae - fideicomiso testamentario y el por actos entre vivos- (Rodríguez Azuero, 1970)

“La institución del fideicomiso correspondía al Derecho Sucesorio. Se trataba del acto por el cual una persona (disponente) encargaba a otra (fiduciario) la transmisión de toda su herencia o de una cuota parte de ella o de un bien determinado de la misma a una tercera persona (fideicomisario)” (Caramès, F; 1953, p.670).

El encargo se trataba en la buena fe del fiduciario, sin que existiera acción que permitiera reclamar su ejecución. Sin embargo, los abusos a que dio origen esta situación alarmaron a la opinión pública. Y por disposición del emperador Augusto, los pactos quedaron sujetos a la intervención de los cónsules y luego de un pretor especial, el praetor fideicommissarium. Una de las causas por la cual se difundió el fideicomiso testamentario consistió en la diversidad de incapacidades que consagraba el derecho romano para heredar. Cuando el testador deseaba beneficiar mortis causa a quien carecía de capacidad hereditaria, acudía a esta figura para imponer su voluntad (Bonfante; 1965, p.674 y ss.).



La fiducia es un acto entre vivos, por el cual la persona que transmitía a otra por mancipatio la propiedad de una cosa, agregaba al acto un convenio por el cual el mancipio accipiens se comprometía a volverla a transmitir al mancipio dans o emplearla en cierto destino cuando se produjera determinada circunstancia prevista por las partes. (Carames Ferro; ob cit, p.275)

En el Derecho Romano se daba la presencia de tres sujetos determinados, aun cuando una de las partes intervinientes podían desempeñar un doble papel. Cuando el accipiens o fiduciario tenía el encargo de devolver la cosa al fiduciante, éste reunía también la condición de fideicomisario. Las formas características que revestía el pacto de fiducia eran la fiducia en garantía (fiducia cum creditore contracta) y encargo en confianza (fiducia cum amico contracta). (Carregal, M.A. 2008)

Se distingue fundamentalmente del pactum fiduciae cum creditore porque, a diferencia de éste, se constituía en interés del fiduciante y no del fiduciario. Quien tuviera la necesidad de confiar a otro la administración de un bien propio, especialmente cuando se emprendían largos viajes, prefería transferirle el dominio para permitir que sus facultades con relación al bien fueran lo más amplias posibles, lo que podría conferir, a la postre, una mejor defensa de los intereses en juego. Frente a los terceros, el fiduciario era el propietario de la cosa y como tal actuaba. El elemento de confianza que caracterizaba al pacto era entonces muy sólido, puesto que al permanecer oculta la convención que limitaba las atribuciones del fiduciario consentía la comisión de abusos que los contratantes de buena fe no estaban en condiciones de advertir. La administración, el comodato y el depósito, entre



otras figuras, podían concretarse por este medio. Se ha dicho, que estos negocios fiduciarios en el Derecho Romano son los más interesantes por su proyección social, los más oscuros dogmáticamente y tal vez los más antiguos (Carregal, M.A; 2008, p 40 y ss.).

Los antecedentes en el Derecho Germánico se centran en tres institutos: la prenda inmobiliaria, el manusfidelis y el Salman o treuhand. En el esquema germánico, el poder atribuido al fiduciario (treuhand) es limitado en función de su finalidad. En el negocio fiduciario germánico la transmisión se hace bajo condición resolutoria, estableciéndose una propiedad limitada en virtud de la retracción automática a que queda sujeto el bien a favor del fiduciante, que restablece su primitiva condición de titular del derecho, lo que le permite, reivindicar el bien de cualquier tercero que lo detente. Es un claro ejemplo de lo que se denomina “patrimonio de destino” o “afecto”. En la estructura de la fiducia de tipo germánico conduce a una división de derechos que convierte al fiduciario en propietario o acreedor formal o legal, mientras que la propiedad o el derecho de crédito material corresponden al fiduciante. Se fracciona el derecho de propiedad en dominium legitimum y dominium material. Esta concepción de tipo feudal, pasó al derecho inglés, y más precisamente al trust (Kiper, C.M, Lisoprawski, S.V; 2012.p 3).

El antecedente remoto del trust ha sido, según lo señala la mayoría de la doctrina, el use, que consistía en la transmisión de inmuebles a un tercero para que los destinara a beneficio del propio transmitente o de otra persona. La transmisión podía operarse por acto de última voluntad o entre vivos, y en algunos casos tenía por finalidad lograr objetivos



lícitos no previstos en las leyes, pero en otros podía perseguir propósitos fraudulentos, como eludir la acción de los acreedores o frustrar demandas reivindicatorias.

Desde la aparición del use hasta la vigencia del trust, pueden darse cuatro períodos: El primero de ellos comienza con la adopción de los primeros usos y se extiende hasta principios del siglo XV; el siguiente llega hasta la promulgación de la ley de usos en el siglo XVI; el tercero alcanza la segunda mitad del siglo XVII, cuando ya aparece el trust; y la última abarca el desarrollo moderno de la institución (Batiza; Rodríguez Azuero, cit. P 37 y ss.; p. 20 y 21). En esta lenta evolución se aprecia como el use, cuyo cumplimiento quedaba supeditado solamente a un deber de conciencia, fue recibiendo protección, al punto que se consideró al beneficiario como verdadero propietario. Se creó el statute of uses, de cuya norma fueron sustraídas importantes formas de uses, especialmente aquellas de naturaleza activa. Se trataba de los casos en que el feoffee to use debía realizar actos positivos tendientes a la conservación de la cosa, o bien percibir los frutos o realizar inversiones, y recibieron el nombre de trust. Por este camino, en 1893 se dictó la Trusts Act, que constituía una recopilación de las decisiones de los tribunales en esta materia y representa una riquísima fuente de consulta sobre la evolución de esta interesante institución (Carregal, M.A; 2008, p. 43 y 44).

El trustee es distinguido como el propietario legal y el beneficiario, el propietario en equidad, desde que éste último goza de la protección de sus derechos frente a los adquirentes que conocen la existencia del trust o frente a los herederos del trustee. Esta dualidad reconoce su origen en la actitud asumida por los cancilleres en los casos que se



sometían a su decisión. Solamente un criterio más realista y práctico –equitativo en la última instancia- que lógico jurídico, pudo conducir a ésta creación. (Carregal, M.A; ob.cit, p. 44).

El trust constituye una relación de naturaleza fiduciaria referida a ciertos bienes que genera obligaciones personales y de equidad en cabeza del fiduciario o trustee emergentes del encargo de manejar esos bienes en beneficio de otro. Justamente la existencia de un derecho de propiedad del trustee sobre los bienes que conforman el objeto del encargo, distingue a esta figura de otras con las que tiene algunos puntos de semejanza, especialmente del depósito o el mandato (Carregal, M.A; ob.cit p 44). Los sujetos intervinientes son: el sujeto que pone en marcha el trust es el constituyente o settlor, al destinatario de la propiedad del bien que se transfiere o trustee. (Es quien inspira la confianza que requiere la operación) Y el beneficiario o cestui que trust es el destinatario final de los bienes afectados o de los frutos que con ellos se obtengan.

Y finalmente su objeto es el conjunto de bienes (específicos) afectados a un fin determinado por el settlor y transmitidos al trustee. (Ejemplos: los bienes muebles e inmuebles, corporales o inmateriales, que estén en el comercio; Los bienes raíces y las acciones emitidas por sociedades, etc.) (Carregal, M.A; 2008).



Delimitación del Problema

A partir de estas delimitaciones, se propone el siguiente problema de investigación:

“¿Son abusivas las cláusulas contractuales mediante las cuales se exime de responsabilidad al fiduciario?”

Justificación e importancia del Problema

El motivo de estudio, en primer lugar es un tema profusamente tratado, es complejo, presente, y en constante discusión; digo esto porque no es una figura fácil de entender ni aplicar ya sea para los profesionales del derecho como para los que no lo son y además porque en la actualidad es muy utilizado para abarcar muchos de los negocios jurídicos. Por ejemplo en lo que se refiere al Fideicomiso Inmobiliario ya que es de público y notorio que por el “boom de la construcción” que se produjo en los últimos años fue junto con la formación de Sociedades Civiles los más elegidos para formalizar los acuerdos.

En segundo lugar, es un tema relevante, ya que el fideicomiso es una institución sumamente utilizada por la comunidad, importante para el desarrollo económico y la inversión, es una figura o herramienta jurídica que se puede utilizar para las más diversas clases de negocios. Tiene varias ventajas, como por ejemplo: el régimen del patrimonio separado, riesgos acotados, administración en manos de una persona especializada en la mayoría de los casos por ser un “buen hombre de negocios”.

En tercer lugar, y lo que me impulsó a realizar esta investigación fue centrarme en la figura del fiduciario y en la limitación de su responsabilidad. No tanto en los beneficios y



ventajas de esta institución si no en las desventajas y perjuicios, principalmente los daños que se les puede ocasionar a las partes, los beneficiarios o terceros interesados con la limitación de la responsabilidad plasmada en la ley 24441. Eludiendo el deber genérico que dice, “el que causa un daño, tiene la obligación de repararlo”.

Objetivos:

Para dar cuenta de esta problemática, se proponen en este trabajo, como objetivos:

Objetivos Generales:

- Analizar las particularidades de la responsabilidad objetiva del fiduciario en el marco de la ley 24441.
- Analizar bajo qué condiciones pueden ser consideradas abusivas las cláusulas que limitan la responsabilidad del fiduciario.

Objetivos Específicos:

- Explicar qué se entiende por fideicomiso
- Explicar origen y evolución
- Determinar las partes intervinientes en el fideicomiso
- Abordar el tema de la responsabilidad del fiduciario en el deslinde patrimonial
- Distinguir responsabilidad objetiva de subjetiva
- Determinar que tipo de responsabilidad recepta el art. 16 de la ley 24441
- Definir cláusulas abusivas según la ley de defensa al consumidor
- Determinar la validez de las cláusulas limitativas de responsabilidad del fiduciario.



El tipo de estudio o investigación

El tipo de estudio es el llamado “descriptivo” el que “apunta a hacer una descripción del fenómeno bajo estudio, mediante la caracterización de sus rasgos generales” (Yuni y Urbano, 2003, pág. 47). Por medio de dicho método se busca analizar la información recopilada para así dar sustento a los objetivos planteados en la investigación y obtener una idea acabada y clara en lo atinente a la responsabilidad del fiduciario, el alcance de la misma, sus efectos, para una vez tratado esto poder determinar si las cláusulas que limitan la responsabilidad son abusivas o no.

Estrategia metodológica

Se utilizará la estrategia “cualitativa”, este tipo de estrategia según Stake (1999), se caracteriza por la pregunta de investigación a casos o fenómenos y buscan modelos de relaciones inesperadas o previstas. Por otra parte, Buendía et Altri (1998) definen tres objetivos de la investigación cualitativa: conocer las características del lenguaje, descubrir regularidades en la experiencia humana, y comprender el significado de un texto o una acción. De acuerdo con estos autores la metodología cualitativa es aplicable a diversos contextos y circunstancias. Este método nos permitirá, a partir de información general, avanzar sobre las particularidades del fideicomiso y el alcance de la responsabilidad del fiduciario y cómo la ley de defensa al consumidor tiene como no convenientes las cláusulas que limitan la responsabilidad tildando a estas de abusivas.



Estructura del Trabajo

El informe final que sintetiza este trabajo se encuentra organizado en cinco capítulos.

Este **primero**, en el que se expone la introducción del estudio, esto es, tema, problema, justificación, objetivos, metodología. El **segundo** orientado en conceptuar; la institución del Fideicomiso, los sujetos intervinientes, los tipos de fideicomiso. El **tercero**, en analizar el régimen general de la responsabilidad y en particular la del fiduciario. El **cuarto**; estudiar las cláusulas abusivas del artículo 37 de la Ley de Defensa del Consumidor y la relación con el fideicomiso. El **quinto**; llegar a las conclusiones y respuestas de este Trabajo Final de Graduación y finalmente se presenta un anexo que contiene la Ley de Contrato de Fideicomiso (24441), ley de Defensa del Consumidor (24440), Jurisprudencia.



Capítulo II

Fideicomiso



Fideicomiso

Etimología de la palabra fideicomiso:

Etimológicamente la palabra Fideicomiso emerge de la fusión de los vocablos “fides” que expresa fe o confianza, y “comittere” que significa comisionar. En este caso un fideicomiso sería alguien o algo en quien uno deposita su confianza.¹

Definiciones:

Vélez Sarsfield en el Título VII del Libro Tercero define el dominio imperfecto en el artículo 2661 del Código Civil como: “El derecho real revocable o fiduciario de una sola persona sobre una cosa propia, mueble o inmueble...” y en el artículo 2662 del Código Civil dice que: “Dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutive, o hasta el vencimiento de un plazo resolutive para el efecto de restituir la cosa a un tercero”. La ley 24441 en el artículo 73 lo sustituye por el siguiente: “El dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley.”

Queda claro que el Código Civil solo legisla sobre el dominio fiduciario, mientras que el contrato de fideicomiso es regulado por la ley 24441 (Ley de Fideicomiso). Como

¹ Fuente: Página web Wikipedia. Enciclopedia libre: <http://es.wikipedia.org/wiki/Fideicomiso>



puede advertirse con facilidad, no existe contradicción ni incompatibilidades entre uno y otro régimen. Ambos se complementan.

La ley de Fideicomiso, en su Artículo 1 lo define: “Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario”

Conceptualización doctrinaria:

Para Gustavino (1968, p 365), se consideran actos o negocios fiduciarios los que determinan una modificación subjetiva de la relación jurídica preexistente y el surgimiento simultáneo de una nueva relación. La modificación subjetiva en la relación preexistente consiste en la transmisión plena del dominio, efectuada con fines de administración, facilitación de encargo o garantía, que por sí mismos no exigirán la transmisión; y la nueva relación que surge simultáneamente con aquella transmisión consiste en la obligación que incumbe al adquirente de restituir el derecho al transmitente o de transferirlo a una tercera persona una vez realizada la finalidad, todo por la confianza que el transmitente dispensa al adquirente.



Carregal (1982) lo definió como el contrato por el cual una persona recibe de otra un encargo respecto de un bien determinado cuya propiedad se le transfiere a título de confianza, para que al cumplimiento de un plazo o condición le dé el destino convenido.

Giraldi (1998) lo considera como un negocio jurídico que consiste en la afectación de un patrimonio a un fin determinado en beneficio de alguien y en el encargo a un sujeto ajeno a la finalidad de realizar los actos tendientes a su cumplimiento.

Lorenzetti (1999) no da una definición, trata sus elementos:

- 1- Una parte obligacional activa que es el sujeto que constituye el fideicomiso.
- 2- Una parte obligacional pasiva que es el sujeto obligado a administrar el fideicomiso y que se denomina fiduciario.
- 3- La obligación de transmitir al fiduciario el dominio de los bienes sujetos a plazo o condición.
- 4- Un bien o una pluralidad de ellos, individualizados a la fecha de celebración, sobre los que se constituye el fideicomiso. El objeto puede ser determinable, haciéndose constar la descripción de los requisitos y características que deben reunir los bienes, o bien estableciéndose un procedimiento para la incorporación de otros bienes.
- 5- Un beneficiario de las ganancias que surgen de la administración del fideicomiso.
- 6- Una obligación a cargo de del fiduciario de transmitir el dominio del bien luego del cumplimiento de una condición o un plazo.
- 7- Un destinatario final de los bienes, que es el fideicomisario.



- 8- Un plazo máximo de duración del contrato de treinta años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuere un incapaz, caso en el que podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad.

La ley 24441(Ley de Fideicomiso), en su artículo 4° establece: “el contrato también deberá contener:

- a) La individualización de los bienes objeto del contrato. En caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de la celebración del fideicomiso, constará la descripción de los requisitos y características que deberán reunir los bienes.
- b) La determinación del modo en que otros bienes podrán ser incorporados al fideicomiso.
- c) El plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario, el que nunca podrá durar más de 30 años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuere un incapaz, caso en el que podrá durar hasta la muerte o el cese de su incapacidad.
- d) El destino de los bienes a la finalización del fideicomiso.
- e) Los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo si cesare.”

“La finalidad típica del contrato de fideicomiso es la transmisión de una propiedad fiduciaria, que se caracteriza por constituir una excepción a la regla de la transmisión dominial definitiva” (Lorenzetti, 1999; p. 304). En esencia el fideicomiso no es un fin en sí mismo, sino que es un medio, o vehículo apto para otorgar seguridades y garantías a un negocio subyacente determinado (Freire Bettina, 1997; p. 43). Dichas seguridades permiten el efectivo cumplimiento de la finalidad del contrato, porque, se separa el patrimonio de la



agresión de los acreedores y por otro se aíslan las consecuencias del negocio jurídico, salvo culpa o dolo del fiduciario (Art. 7 de la ley 24441, Ley de Fideicomiso).

El fideicomiso es importante en cuanto a su constitución contenga un determinado fin, o se funda en beneficio de una determinada persona. Por ejemplo la construcción de una obra, la administración de un inmueble, o de otros activos, la garantía de una obligación, entre otros.

Una de las principales ventajas del fideicomiso consiste en concretar la más variada de actos jurídicos. Las partes del contrato tienen gran libertad para acomodarlo según sus necesidades. Como afirmamos en la introducción de este trabajo, la ley deja a los particulares un amplio margen para hacer uso de la autonomía de la voluntad y contractual (Art. 1198 del Código Civil).

Diferencias entre el Código Civil y la ley 24441.

Entre el sistema de Vélez y el de la ley 24.441 hay diferencias, habiéndose señalado las siguientes:

- A) En el dominio de Vélez la restitución es a un tercero, mientras que en la ley 24441, puede ser tanto a un tercero o al fiduciante.
- B) En el sistema de Vélez el fideicomiso es singular, mientras que en la ley, se abre el camino al fideicomiso universal.
- C) En el sistema de Vélez, el fiduciario hace suyo los frutos; aun cuando se cumpla la condición resolutoria y deba restituirse la cosa. En la ley, el fiduciario hace suyos



los frutos dentro del patrimonio separado y no para su patrimonio particular, por lo que cuando transfiera el patrimonio, pierde los frutos.

- D) En el sistema de Vélez, como en la ley 24441, el fiduciario puede enajenar y gravar la propiedad. Sin embargo, mientras en el primer caso está limitado por el tipo de dominio que recibe, no ocurre lo mismo en el segundo, donde el fiduciario puede transmitir el dominio perfecto y constituir derechos reales no sujetos al plazo o condición del dominio que ha recibido.
- E) En el sistema de Vélez si el fiduciario vende, el precio ingresa a su patrimonio, en cambio en la ley 24441, si vende, el precio no ingresa en el patrimonio del fiduciario, sino en el patrimonio separado.
- F) El dominio fiduciario de Vélez integra el patrimonio del fiduciario, mientras que en la ley 24441 está separado (López de Zavalía, 1996, ps. 64 a 67)

Es claro que la ley 24441 pretendió establecer un sistema distinto al que regirá en el Código de Vélez, siendo la principal diferencia basada en la noción de patrimonio separado y afectado a fines específicos.

Características particulares:

- a) Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado de los bienes del fiduciario y del fiduciante.
- b) Está exento de la acción de los acreedores, tanto del fiduciante como del fiduciario.
- c) Los acreedores del beneficiario podrán actuar únicamente sobre los frutos de los bienes fideicomitidos y subrogarse en sus derechos.



- d) En caso de que mediante el fideicomiso se hubiera afectado la legítima de los herederos del fiduciante, éstos tendrán disponible la acción de reducción o de colación.

Sujetos:

La doctrina no es uniforme cuando se habla de los sujetos intervinientes, para Mario Carregal, se advierte la presencia de tres sujetos (fiduciante, fiduciario y beneficiario), aun cuando puedan actuar solamente dos (fiduciante y fiduciario). Para Carlos Molina Sandoval, las “partes” son solo dos (fiduciante y fiduciario, pues sólo ellos se obligan en el contrato de fideicomiso), pero, que los sujetos estrechamente ligados al pacto fiduciario son cuatro. La ley 24441 establece la posibilidad de que existan cuatro partes distintas. En mi opinión sea cual fuere la forma que se le da al contrato podemos tomar como base la ley para enumerar los sujetos contractuales.

Ellos son:

Fiduciante: es parte en el contrato de fideicomiso y es quien transmite la propiedad fiduciaria de los bienes, debiendo tener capacidad para disponer de los mismos; es quien instruye al fiduciario sobre el cometido que deberá cumplir.

Fiduciario: es parte en el contrato, siendo quien recibe la titularidad del bien, obligándose a administrarlo y luego transmitirlo; es quien resulta depositario de la confianza, siendo, en la mayoría de los casos, un profesional experto. Se encarga de la administración de los bienes y como tal se asimila a un mandatario, con obligaciones de cumplir con las instrucciones recibidas y las correspondientes a un estándar profesional. El



artículo 5 de la ley 24441 (Ley de Fideicomiso) dice que...” podrá ser cualquier persona física o jurídica. Solo podrán 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 la Comisión Nacional de Valores quien establecerá los requisitos que deben cumplir”

El fiduciario no puede ser beneficiario ni fideicomisario.

La norma es clara al establecer la regla general: puede ser una persona física o jurídica. Se admite la pluralidad de fiduciarios, pero son solidariamente responsables. La oferta al público está limitada a las personas jurídicas que autorice la Comisión de Valores. Si se trata de sujetos sometidos a legislación especial, deberá estarse a lo que establezcan dichas reglas. (Fondos comunes de inversión, administradores de fondos de jubilaciones.)

En cuanto a la posibilidad de intercambio de roles, la ley lo prohíbe, a fin de evitar fraudes, no pudiendo el fiduciario ser beneficiario o fideicomisario, salvo el fideicomiso en garantía. El fiduciario podrá o no aceptar el cargo, pero el mismo luego de aceptado deviene irrenunciable, salvo cláusula en contra expresa (art. 9 de la ley 24441, Ley de Fideicomiso).

Beneficiario: no es parte en el contrato, sino beneficiario de la estipulación que se realiza en su favor.

La ley 24441 en su artículo 2º dice que: “El contrato deberá individualizar al beneficiario, quien podrá ser una persona física o jurídica, que puede o no existir al tiempo del otorgamiento del contrato; en este último caso, deberán constar los datos que permitan



su individualización futura”. El beneficiario debe ser determinado o determinable, siempre que se fijen los datos que permitan su individualización.

Fideicomisario: no es parte, sino el destinatario natural de los bienes fideicomitidos y un beneficiario eventual en el caso de que ningún beneficiario aceptare. En la ley 24441, solo se lo menciona como sujeto, pero no se define su rol. Esta figura puede coincidir con otras: el fideicomisario puede ser beneficiario; el fiduciante, el beneficiario u otra persona, pueden ser fideicomisarios (Lorenzetti, R.L, ob.cit. ps. 307 a 311)

Objeto

Como en todos los contratos uno de los elementos esenciales es el objeto. En este caso resulta ser variable gracias al principio consensualita. Y consiste en la transmisión fiduciaria de bienes para su ejercicio por el fiduciario en beneficio de otro sujeto. Siempre y cuando sea posible el objeto y no perjudique a terceros (Lorenzetti.R.L ob.cit)

En el ámbito de la ley de Fideicomiso (24441), pueden ser objeto del contrato los bienes determinados (art 1º) o determinables (art 4º), existentes o futuros determinándose el modo en que serán incorporados (art 4º), pudiendo ser títulos valores.



Causa

Otro de los elementos estructurales de los contratos es la causa, que es la razón o motivo determinante de estos. Es decir el fin que las partes han tenido en miras al constituir el negocio. En el fideicomiso la causa de la atribución patrimonial fiduciaria es el contrato de fideicomiso. La causa por lo tanto no es única, dependerá de las características particulares y de las circunstancias de cada contrato. Por ejemplo será de administración, de garantía, inversión, de custodia, testamentario, (causa-fin) (Lorenzetti, R.L. ob cit)

Forma

Según el artículo 4 de la ley de Fideicomiso (24441): “El contrato deberá contener” indicaciones particulares con respecto a los bienes, a su duración y a los derechos y obligaciones de las partes; cabe deducir que debe celebrarse por escrito. Además deben cumplirse con los requisitos formales correspondientes a la naturaleza de los bienes transmitidos. El contrato es formal pudiendo adoptarse el instrumento público o privado; pero si se trata de inmuebles, el contrato es solemne absoluto, puesto que si no se respeta la forma es ineficaz y no se puede convertir. (Lorenzetti, R.L. ob cit)



Extinción

El artículo 25 de la ley de Fideicomiso (24441), hace una enumeración no taxativa y dispone que se pueda extinguir por las siguientes causas:

- a) El cumplimiento del plazo o la condición que se hubiera sometido o el vencimiento del plazo máximo legal.
- b) La revocación del fiduciante si se hubiere reservado expresamente esa facultad; la revocación no tendrá efecto retroactivo.
- c) Cualquier otra causal prevista en el contrato”

El artículo 26 de la misma ley dice: “Producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario está obligado a entregar los bienes fideicomitidos al fideicomisario o a sus sucesores, otorgando los instrumentos y contribuyendo a las inscripciones registrales que correspondan.”

Según Kiper (2012) puede que las partes del contrato hayan previsto el escenario de extinción, lo que en la práctica del fideicomiso común..., rara vez ocurre. De hecho, “el día después” de la extinción saca a la luz la cuestión de la responsabilidad del fiduciario en lo que respecta en su conducta de cara a la instancia terminal del contrato. Lo que ocurre es que, ya sea por la ley o por la naturaleza del contrato los bienes fideicomitidos continúan en cabeza del fiduciario, por un tiempo prolongado lo que genera cierta incertidumbre en cuanto a las facultades del mismo en esa etapa. El fiduciario queda expuesto a una responsabilidad mayor y que no depende únicamente de su actuar como “un buen hombre de negocio”. Esta situación de incertidumbre lo pone en una situación dual, si sigue



actuando como fiduciario corre el riesgo de que se lo castigue por actuar sin legitimación, pero sí en cambio lo abandona arriesga que se lo sancione por no cumplir con la finalidad del fideicomiso.

Tipos de fideicomiso

El fideicomiso es una institución o figura jurídica muy maleable, en consecuencia es prácticamente imposible enunciar taxativamente las combinaciones en la cuales el fideicomiso puede intervenir, es decir aquellos negocios en que la propiedad fiduciaria es el medio elegido para lograr la finalidad perseguida por las partes. Alguno de los fideicomisos más utilizados y con mayor transcendencia son: fideicomisos financieros, fideicomiso de administración o inversión, fideicomiso de garantía, fideicomiso testamentario, fideicomiso Estatal o Público, fideicomiso inmobiliario o fideicomiso de construcción, entre otros.



Capítulo III

Responsabilidad. Responsabilidad del fiduciario.-



Responsabilidad. Responsabilidad del fiduciario

Etimología de la palabra responsabilidad

El origen etimológico de la palabra “responsabilidad” se encuentra en las fórmulas sacramentales de la stipulatio romana, donde el cambio verbal más frecuente, “spondete-spondio”, valía para hacer surgir la obligación del interpelado, que respondía de modo abstracto de la causa. El sponsor era un deudor, siendo su figura vinculada con el responsor, es decir con la garantía que alguien asumía por la deuda de otro. La palabra “responder” importa, de tal modo, “la idea de constituirse en garante en el curso de acontecimientos por venir” (Villey, 1977). Sin embargo la expresión “responsabilidad” recién ha tenido su primera aplicación, con el sentido que modernamente se le asigna, a fines del siglo XVIII y su verdadera evolución no comienza sino en el siglo XX.²

Conceptualización

Según Pizarro y Vallespinos (1999) la responsabilidad civil es la obligación de resarcir todo daño injustamente causado a otro.

Para Bustamante Alsina (1997) es “el deber de dar cuenta a otro del daño que se ha causado”.

Siguiendo a los autores mencionados podemos decir que para que exista responsabilidad civil tiene que existir necesariamente el daño. Daño que es injusto y lo que le da fundamento a la víctima para reclamar el resarcimiento al responsable. El que puede prevenir de un hecho ilícito (que es lo más normal que ocurra) o excepcionalmente por

² Fuente: Página web Wikipedia. Enciclopedia libre: <http://es.wikipedia.org/wiki/Fideicomiso>



conductas lícitas. La responsabilidad puede ser subjetiva, si existe culpa de aquel que produce el daño o responsabilidad objetiva, es decir, sin que medie culpabilidad del autor.

Según Pizarro y Vallespinos (1999, p. 499) “La obligación de indemnizar el daño causado puede tener su origen en un hecho propio del responsable, o en razón de haber sido el menoscabo causado por el hecho de ciertas personas por las que se deba responder (arts. 43, 1113, parr.1º y conscs., Código Civil); o por el hecho de las cosas de las que se es propietario, dueño o guardián. (Art 1113, parr. 2º y conscs., Código Civil)”

Principios

Principios fundamentales de la responsabilidad por daños:

- “Naeminem laedere”; significa “no dañar a nadie”. Todo daño causado a otro se presume antijurídico, salvo que medie causa de justificación.
- Necesidad del factor de atribución; es indispensable la presencia de un factor de atribución subjetivo u objetivo para que opere la responsabilidad civil, lo cual presupone un parámetro axiológico que justifica que la obligación e resarcir sea atribuida al sindicado como responsable. Los factores de atribución subjetivos y objetivos tienen igual jerarquía, por lo que descartamos de plano que corresponda asignar a la culpa un rol protagónico.



- Principio de reserva; conforme al mismo no hay “deber ni transgresión sin norma que lo imponga” (Alterini, Ameal, López Cabana), tal principio surge del art. 19 de la Constitución Nacional y de los art. 53, 1066, 1074 y concc. Del Código Civil.
- Principio de prevención; se reconoce este nuevo principio, según el cual toda persona tiene el deber de adoptar, en cuanto de ella dependa, las medidas necesarias para evitar un daño no justificado o disminuir su magnitud y gravedad.
- Principio de la reparación plena e integral; supone la necesidad de una razonable equivalencia jurídica entre el daño y la reparación. Se plasma en cuatro reglas fundamentales: el daño debe ser fijado al momento de la decisión; la indemnización no debe ser inferior al perjuicio, la apreciación debe formularse en concreto y la reparación no debe ser superior al daño sufrido (Pizarro, R.D y Vallespinos, C.G, 1999, T. II. p 466 y 467)

Responsabilidad civil contractual y extracontractual

El Código Civil argentino, cuando habla de responsabilidad, estableció que existen dos tipos: la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual o aquiliana.

Al estudiar este tema, entendimos que la doctrina está dividida en cuanto a determinar el alcance de una u otra responsabilidad. Para Borda, Brebbia, Trigo Represas; la responsabilidad contractual se produce por el incumplimiento de una obligación que



surge de un contrato válido. Pero si no surge del incumplimiento de un contrato los demás casos estarían incluidos dentro de la responsabilidad extracontractual.

Sin embargo, Alterini, Bustamante Alsina, Llambias, Moisses Iturraspe, etc., amplían la responsabilidad contractual incluyendo otras posibles causas como por ejemplo las obligaciones legales. Por lo que para ellos sería mejor hablar de responsabilidad obligacional que de responsabilidad contractual.

Como dice Bustamante Alsina (1984) “lo que ubica a la responsabilidad en el ámbito reglado como contractual, o fuera de el en el ámbito extracontractual, delictual o aquiliano, no es la fuente de la obligación violada, sino el carácter de ella. Si el deber preexistente es específico y determinado en relación al objeto de la obligación y al sujeto obligado, cualquiera sea la fuente, la responsabilidad entra en el ámbito contractual. Si el deber es genérico de no dañar e indeterminado en cuanto a los sujetos pasivos de ese deber, la violación queda en el ámbito extracontractual o delictual, que es la regla en materia de responsabilidad civil. Cualquier hipótesis de responsabilidad por daño causado que no entre en el ámbito contractual, que es de excepción, cae en el ámbito delictual que es de derecho común”.

En definitiva nuestro Código Civil establece dos grandes órbitas de responsabilidad: una, de carácter específico, que regula el incumplimiento de una obligación preexistente, cualquiera sea su fuente. La otra, de carácter residual, derivada de



la violación al deber general de no dañar a otro: es la responsabilidad aquiliana o extra obligacional.

El marco jurídico de la responsabilidad contractual está regulada en el Código Civil desde el artículo 505 al 514, 519 a 522, desde el 616 a 624 (de las obligaciones de dar suma de dinero); artículo 901 y ss. Y 1066 y ss. (De los hechos ilícitos).

La responsabilidad civil ya sea contractual o extracontractual, para configurarse requiere la presencia de ciertos presupuestos comunes, que no vamos a desarrollar con profundidad porque no es el objeto de esta obra. Ellos son:

1. Antijuridicidad (sin perjuicio de los supuestos excepcionales de responsabilidad civil por actos lícitos).
2. Daño.
3. Factor de atribución. (Subjetivo u objetivo).
4. Relación de causalidad (Pizarro, R.D y Vallespinos, C.G, 1999)

Una de las diferencias más relevantes entre una responsabilidad y otra se vincula con la extensión del resarcimiento. En la responsabilidad contractual solo se responde por las consecuencias inmediatas y solo por las mediatas si el incumplimiento fue malicioso; en cambio en la extracontractual, abarca además de las consecuencias inmediatas, las mediatas y las casuales en los delitos, si el agente las previo y las quiso.



Responsabilidad del Fiduciario

Después de haber dado un pantallazo general de lo que significa la responsabilidad civil, nos introducimos finalmente en el tema que nos ocupa, que es la responsabilidad del fiduciario.

Se puede establecer que si el fiduciario - en el ejercicio de su función de administrar un patrimonio o cosas determinadas, que le son propias pero que debe hacerlo en interés ajeno- ocasiona un daño por su culpa o dolo está obligado a repararlo.

Para Mario A. Carregal (2008), “cuatro son las clases de responsabilidad que afronta el fiduciario durante su gestión. **Una de ellas**, la que corresponde a la naturaleza del fideicomiso, es que deberá responder con los bienes fideicomitidos como consecuencia de las deudas que contraiga o contratos que celebre en cumplimiento de la manda recibida. **La segunda** deriva del incumplimiento de las obligaciones asumidas en el contrato de fideicomiso como consecuencia de dolo o culpa que le sean imputables, cuyas consecuencias recaerán sobre el patrimonio propio del fiduciario. **La tercera** es la objetiva, proveniente de daños ocasionados con los bienes fideicomitidos. **Y la cuarta** es su responsabilidad penal por los delitos que cometa en el ejercicio de sus funciones...”

La primera clasificación de Carregal, aquella que corresponde a la responsabilidad que surge de la naturaleza del fideicomiso está contenida en los siguientes artículos de la ley 24441:



Artículo 14: “los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante...”

Artículo 15: “los bienes fideicomitidos quedaran 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.”

Artículo 16: “los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que solo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos. La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a estas obligaciones, no dará lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según visiones contractuales, procederá a su liquidación, la que estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregara el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra; si se tratase de fideicomiso financiero regirán en lo pertinente las normas del artículo 24.”

Teniendo en cuenta lo mencionado se observa claramente la separación del patrimonio personal del fiduciario respecto del que adquiere a causa del fideicomiso. El fiduciario resulta así titular de dos patrimonios, el que tiene como cualquier sujeto de derecho y el nuevo que adquiere en fideicomiso y que ninguno se confunde con el otro.



Todas las obligaciones que contrae el fiduciario con terceros pueden traer aparejado incumplimiento que en principio hará nacer su responsabilidad contractual hacia esos terceros, en forma independiente de la que le pueda corresponder frente a los que intervienen en el negocio fiduciario. En algunos casos, ambas pueden estar vinculadas, ya que si realizan contrataciones en forma negligente, además de obligarse frente a los contratantes, deberá responder ante los interesados por el perjuicio ocasionado al fideicomiso. (Carregal M.A; 2008)

Surge, entonces, que los bienes del fideicomiso solo responden ante determinados acreedores, los del fideicomiso, es decir, aquellos que tengan un crédito en virtud de obligaciones contraídas por el fiduciario “en la ejecución del fideicomiso”. Estos bienes no pueden ser agredidos por otros acreedores del fiduciario, cuyos créditos sean ajenos a la ejecución del fideicomiso. (Kiper C.M; Lisoprawski S.V, 2012)

En el supuesto de las “obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso”, los acreedores serán terceros que hayan contratado con el fiduciario alguna prestación necesaria para la obtención del fin del fideicomiso, aunque se podría dar la hipótesis de que coincidan con aquellos, pero de todos modos la causa de la obligación es diferente.

El fiduciario tiene a su cargo una serie de obligaciones que debe cumplir con diligencia. En el desarrollo de su gestión, seguramente deberá asumir nuevas obligaciones, que son las contempladas en el artículo 16 de la ley de Fideicomiso (24441); se trata de contrataciones que se originan en el cumplimiento del fiduciario de los deberes a su cargo.



Se puede observar que de los artículos 14, 15 y 16 de la ley de Fideicomiso (24441), surge que hay dos clases de acreedores, uno del fiduciario, y otros del fideicomiso, aunque también el fiduciario sea su titular. El artículo 16 solo exime a los bienes del fiduciario de las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso; a contrario sensu, no se encuentran exentos de sus otras obligaciones. Además el artículo 7 le prohíbe al fiduciario adquirir para sí los bienes fideicomitidos, pero si estos respondieran ante las obligaciones resultantes de su obrar negligente, sería una forma indirecta de adquirir los bienes fideicomitidos y de mezclarlos con su patrimonio personal preexistente.

Lo que persigue la ley 24441 es preservar a los bienes fideicomitidos de las vicisitudes económicas que pueda sufrir el fiduciario. Si este es responsable de que se hayan producido perjuicios al patrimonio fideicomitado, es absurdo pensar en que afrontara la acción respectiva con apoyo en el patrimonio que el mismo se encargó de disminuir actuando con culpa o dolo.

En suma, el patrimonio separado conforma la garantía general de prenda de los acreedores. Cada vez que el fiduciario celebre un acto jurídico en cumplimiento de los fines del fideicomiso responderá con dicho patrimonio, por lo que es fundamental que indique a los acreedores en que carácter actúa. En aquellos supuestos en que el fiduciario se excediera en el ejercicio de sus facultades, y afecte los bienes fideicomitidos a finalidades distintas de las previstas, pero se obligue con terceros de buena fe, el patrimonio especial deberá responder por el cumplimiento de esas obligaciones, sin perjuicio de su



responsabilidad personal frente al fideicomitente, el beneficiario y el fideicomisario, según el caso, por los daños ocasionados, lo que deberá enfrentar con su patrimonio personal (Carregal M.A, 2008).

La **segunda** clasificación que mencionamos ut- supra es la que hace referencia el artículo 6 de la ley 24441 que dispone: “el fiduciario deberá cumplir las obligaciones impuestas por la ley o por la convención con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él”. A su vez el artículo 7 agrega que el contrato no podrá dispensar al fiduciario “de la culpa o dolo en que pudiera incurrir el o sus dependientes”.

La ley impone un estándar para medir la culpa, ya que establece que debe actuar con la prudencia y diligencia del “buen hombre de negocios”. También adopta un criterio concreto y subjetivo cuando alude a la “confianza depositada en él”, que se debe combinar con el estándar abstracto. Es un acto jurídico en el cual el elemento psicológico de la confianza adquiere un rango predominante, ya que en uno de los contratantes se presuponen cualidades peculiares en virtud de las cuales la otra parte lo escoge o lo admite. De esta especial relación de confianza emerge para el fiduciario el deber de obrar con lealtad, pauta que es regla de todos los contratos al ser un complemento de la buena fe (art. 1198), y que debe ser valorada especialmente a los efectos de juzgar su responsabilidad (Carregal,M.A; 2008).



Generalmente la responsabilidad del fiduciario por el indebido cumplimiento de su función es de índole contractual, pues deriva del incumplimiento de obligaciones emergentes de un contrato. Basta pensar que el contrato es la fuente principal del fideicomiso, del cual surge el derecho del fiduciario a cobrar una retribución por su servicio. Esta responsabilidad la tiene frente al constituyente, y también ante el beneficiario o el fideicomisario, según las circunstancias.

Según Kiper (2012) “La regla consiste en que el fiduciario es responsable de todo daño causado al fiduciante, al fideicomisario, o al beneficiario, derivado de la no ejecución total o parcial de las obligaciones emergentes del fideicomiso, salvo el que se deba acaso fortuito o fuerza mayor.”

Muchos autores se preguntan si el beneficiario y el fideicomisario, tienen derecho a reclamarle al fiduciario daños y perjuicios por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales. La mayoría de la doctrina cree que acá también el fiduciario tiene responsabilidad contractual ya que a pesar de ser un convenio celebrado entre dos partes posee estipulaciones en relación a terceros. (En el caso los verdaderos beneficiarios de la operación). Acá opino como Pizarro y Vallespinos (1999) cuando hablan de incumplimiento obligacional y no contractual, puesto que los terceros no son parte en el contrato y sin embargo la ley les reconoce importantes derechos, es decir son terceros con interés legítimo.



Por lo tanto, el fiduciario, será responsable cuando el daño sea el resultado de su actuar culpable, esto es, con negligencia, ligereza o ignorancia de las cosas que debe conocer necesariamente. Además su obrar antijurídico puede resultar tanto de una acción como de una omisión. Cada vez que un fiduciario incurra en la omisión de las diligencias correspondientes a la naturaleza de su pretensión, ya sea por impericia, imprudencia, negligencia, faltara a su obligación y será culpable.

La responsabilidad del fiduciario por acción implica que actúa en exceso de sus facultades, esto es, que su conducta no se ajusta a los términos del contrato o testamento. Cuando la ley o el acto constitutivo obligan al fiduciario a que haga algo y se abstiene de hacerlo, también comete un hecho ilícito que hace nacer su responsabilidad. Obviamente, para que resulte obligado a indemnizar, es menester también la existencia de un daño imputable en virtud de un factor de atribución.

La violación al deber de lealtad se configura cuando el fiduciario se aprovecha de los conocimientos e informaciones de su función para procurar un beneficio directo o indirecto para sí o para otro, en desmedro del fideicomiso.

Según Kiper (2012) “El fiduciario debe conocer las reglas, costumbres, prácticas y métodos propios del tipo de negocio que se comprometió realizar; de lo contrario habrá impericia.” Sin embargo también debe actuar con previsión y diligencia; al tomar decisiones puede incurrir en mala praxis. “El fiduciario es responsable siempre que comete un error objetivamente injustificable para un experto de su clase. En cambio, si el supuesto



error es opinable, pues se trata de un tema sobre el que existen diversas opiniones y posturas, lo que hace que deba ser apreciado subjetivamente, el error es excusable y no genera responsabilidad.”

Rodríguez Azuero (1997) señala que, visto en forma dinámica, supone la realización en forma diligente y cauta de todos los actos necesarios para la debida consecución de la finalidad del fideicomiso, teniendo en cuenta su condición de gestor profesional.

Puede ocurrir que el fiduciario sea responsable por dolo, cuando realice una actividad en forma dolosa o maliciosa. Por ejemplo que no ejecute el encargo, tenga la intención de apropiarse de los bienes fideicomitidos, enajene inmuebles a terceros que luego no puedan ser recuperados, o que secuestre o denuncie penalmente a un tercero para impedirle participar en una licitación o remate. En esos casos, el deber de reparar tiene una extensión mayor sin perjuicio de las acciones penales que les pudiera corresponder.

Así el artículo 521 del Código Civil establece: “si la inejecución de la obligación fuese maliciosa los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas”. El dolo del fiduciario nunca es dispensable (artículo 7 de la ley de Fideicomiso 24441 y el artículo 507 del Código Civil).



¿Las obligaciones del fiduciario, son obligaciones de medios o de resultado?

En el caso del fiduciario, la obligación es de medios, dado que no se puede comprometer u obtener rendimientos de los bienes recibidos, o los máximos beneficios posibles, sino únicamente a poner de su parte todos sus conocimientos, aptitud, empeño y dedicación para alcanzar el resultado esperado pero no asegurado. El interés primario consiste en que la actividad profesional técnica sea efectuada con diligencia, con ajuste a los procedimientos que los respectivos negocios señalen como los más aptos para el logro de esos fines, pero sin dar certeza de que ellos se pueden alcanzar. Debe poner toda su capacidad y esfuerzo para la obtención de la finalidad prevista en el acto constitutivo (Carregal M.A; 2008).

El fiduciario no se puede obligar a conseguir un resultado, sobre todo cuando este dependerá de factores que le son inmanejables y de la voluntad de terceros vinculados con el negocio fiduciario.

Pero no siempre las obligaciones del fiduciario son de medios. También hay obligaciones instrumentales y accesorias que son de resultado. Por ejemplo, la obligación de efectuar análisis técnicos de riesgos, la obligación de inscribir en el registro cuando corresponde, la de rendir cuentas, la de hacer inventario, la de contratar un seguro a los bienes cuando sea posible, la de mantener separado el patrimonio, la de cobrar los créditos,



la de reivindicar las cosas de manos de terceros, la de transferir a quien corresponda al extinguirse el fideicomiso. En estos casos la sola prueba del incumplimiento es suficiente para presumir la responsabilidad (Carregal M.A; 2008).

Para finalizar podemos decir que nos encontramos con obligaciones de medios o de resultados según el carácter de la obligación (obligaciones de gestión o accesorias). En cada supuesto habrá que determinar la manera de juzgar la responsabilidad por incumplimiento, teniendo en cuenta las estipulaciones contractuales y los riesgos que asume el fiduciario cuando este es profesional.

En el **tercer** lugar de la clasificación de Carregal, vemos la responsabilidad objetiva proveniente de daños ocasionados con los bienes fideicomitidos.

A la primera limitación de la responsabilidad, producto de la separación patrimonial mediante la cual el fiduciario responde respecto de las deudas contraídas en la ejecución del fideicomiso con los bienes fideicomitidos, la ley incorpora una limitación adicional, estableciendo que: (artículo 14 de la ley de Fideicomiso) “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”.

Sin perjuicio de las obligaciones que contraiga el fiduciario con terceros para la ejecución del fideicomiso, lo cierto es que reviste el carácter de dueño de la cosa



fideicomitida, o de todas aquellas que integren dicho patrimonio. En ese carácter, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1113 de Código Civil, debe responder por los daños que sufran terceros en razón del riesgo o vicio de dicha cosa. En este caso la responsabilidad es objetiva, pues responde hasta cuando haya actuado sin culpa y solo se libera si acredita una causa ajena: culpa de la víctima, caso fortuito o culpa de un tercero por quien no debe responder.

Está claro en la norma la intención de ponerle límites a la responsabilidad que se establece en el Código Civil. La responsabilidad del fiduciario en el caso de no haber resultado razonable asegurarse se extiende solo al valor de la cosa riesgosa.

La doctrina se cuestiona si la responsabilidad del fiduciario se limita, al valor de la cosa cuyo riesgo o vicio produce el daño y no al resto de los bienes que componen el patrimonio fideicomitado.

Para Kiper (2012), el fiduciario responde solo con la cosa y no con el resto de los bienes integrantes del patrimonio separado y tampoco con su patrimonio personal.

Para Carregal (2008), el artículo 14 crea una limitación de responsabilidad que juega a favor del fiduciario y no a favor del patrimonio fideicomitado, es decir de los beneficiarios, el que responde ilimitadamente por todas las obligaciones contraídas por el fiduciario incluso por aquellas provenientes de la responsabilidad objetiva.



Carlos Molina Sandoval (2004), jurista cordobés, cree que ante la consecución de un daño cometido por negligencia o imprudencia del fiduciario con una cosa fideicomitada se abren dos proyecciones indemnizatorias: por un lado la responsabilidad del fiduciario limitada al bien objeto del fideicomiso (artículo 14 ley de Fideicomiso); por el otro, la responsabilidad personal del fiduciario por su actuar negligente o imprudente (artículo 1109 del Código Civil), dado que el artículo 1113 del Código Civil al cual refiere el artículo 14 no obstaculiza la concurrencia de factores objetivos y subjetivos de responsabilidad.

ARTICULO 14. — “Los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante. 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”.

Todos los autores están de acuerdo en que esta es una norma de difícil interpretación, incluso en lo que se refiere al "valor" de la cosa fideicomitada: si el valor se refiere particularmente al bien que causó el daño (si fueran varios los que componen el patrimonio fideicomitado) o valor se refiere a todo el patrimonio fideicomitado.

En el manual de Carregal hay un ejemplo que transcribo para un mejor estudio y comprensión de este trabajo... “Supongamos que la cosa riesgosa (o en este caso el conjunto de cosas que componen la planta que utilizamos como ejemplo) es un complejo industrial destinado a fabricar etileno u otro material inflamable. Admitamos además que la



planta sufre un siniestro (por ejemplo explosión de una caldera) que destroza la planta y produce daños a bienes y a personas por montos que exceden las coberturas habituales para este tipo de riesgos. Y admitamos también que en el caso descrito no resulta razonable asegurarse más allá de los montos habituales, ya fuese por costos excesivos o desproporcionados o por indisponibilidad en el mercado de la cobertura adecuada. En este supuesto, la responsabilidad del fiduciario no cubierta con el valor del patrimonio separado quedaría limitada al valor de la planta siniestrada, atribuyendo a la universalidad de cosas que la componen la categoría de cosa riesgosa, ello ante la imposibilidad de identificar materialmente si fue un tornillo, un trozo de caldera o el derrumbe de un techo que causo daño a la víctima” (Carregal, M.A; 2008; p. 201).

Este ejemplo nos permite ver las diferentes posiciones doctrinarias, una la ya expresada por el autor en el ejemplo dado y otros que creen que frente a la responsabilidad objetiva del fiduciario solo debe responder con el valor de la cosa fideicomitada que causo el daño (por lo que amerita un procedimiento previo para determinar e individualizar la cosa) y no la universalidad del patrimonio fideicomitado, pues piensan que los beneficiarios ven perjudicados sus derechos sobre el patrimonio, sin tener ninguna responsabilidad en el hecho dañoso.

En definitiva, la discusión continua con respecto a favor de quien fue destinada la mayor protección de la norma, pues si se interpreta que la responsabilidad se limita al valor de la cosa que produzco el daño la protección solo está dirigida a los destinatarios del



beneficio del contrato de fideicomiso dejando desprotegida a las víctimas del hecho dañoso generado.

Es difícil dilucidar este tema en abstracto por lo que sería razonable, como es la tarea de los jueces, determinar la limitación de la responsabilidad en el caso concreto.

La ley de Fideicomiso, ley N° 24441 ha establecido un privilegio para el autor de un hecho ilícito que ocasiona perjuicios a terceros en el sentido de agregar una limitación adicional de responsabilidad, en mi opinión bastante criticable y que resulta abusivo para la víctima del daño que muchas veces no alcanza a resarcir integralmente el daño.

Otro problemas de difícil solución es determinar, dado la vaguedad de la ley, el momento de establecer el valor de la cosa fideicomitida. Si es cuando, se constituyó el fideicomiso, en el momento anterior al acaecimiento del siniestro o en el momento posterior. (Carregal,M.A; 2008).

¿Qué ocurriría si el fiduciario no hubiera contratado el seguro debiendo hacerlo?

Kiper y Lisoprawski (2012), entienden que si el fiduciario no se aseguró no rige para él, la limitación y debe responder con su patrimonio personal, pues no surge del texto legal otro caso de limitación que no sea el expresamente mencionado, esto es que razonablemente no haya podido asegurarse.



Para Carlos Molina Sandoval (2004), la consecuencia del no aseguramiento de los bienes fideicomitidos por parte del fiduciario, cuando la razonabilidad indicaba hacerlo, trae consigo la no aplicación de la norma, pero de ninguna manera la responsabilidad personal del fiduciario. Para el la estructura normativa del fideicomiso se haya orientada a la clara separación patrimonial entre el fiduciario y los bienes fideicomitidos y esta división se ve en dos sentidos: el fideicomiso no responde por las deudas personales del fiduciario y este tampoco por el pasivo del fideicomiso.

Como vemos los autores se encuentran en los extremos de pensamiento; se hace necesario obtener o alcanzar un criterio esclarecedor.

Coincido con Kiper, la norma no asienta la responsabilidad en el aseguramiento. Limita la indemnización si el fiduciario no pudo tomar el seguro y pruebe haber tenido razones suficientes para no hacerlo, pero sí pudo y no lo hizo cae sobre el toda su responsabilidad.

En esquema de Carregal en la **cuarta** clasificación habla de la responsabilidad penal del fiduciario.

El artículo 82 de la ley de Fideicomiso (24441) introduce tres nuevos incisos, el 12, el 13 y el 14 en el artículo 173 del Código Penal:



Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, (artículo 172 del Código Penal) se consideraran casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece:

Inc.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.

Inc.13...el que encontrándose autorizado para ejecutar extrajudicialmente un inmueble lo ejecutara en perjuicio del deudor a sabiendas de que el mismo no se encuentra en mora, o maliciosamente omitiera cumplimentar los recaudos establecidos para la subasta mediante dicho procedimiento especial.

Inc.14...el tenedor de letras hipotecarias que en perjuicio del deudor o de terceros omitiera consignar en el título los pagos recibido.



Capítulo IV

Fideicomiso. Cláusulas Abusivas. Derecho del Consumidor.



Conceptualización.

Las cláusulas abusivas, también conocidas como cláusulas leoninas, son aquellas cláusulas contractuales no negociadas individualmente, predispuestas, cuya incorporación vienen impuestas por una sola de las partes. Va en contra de la buena fe, causa un grave desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio de una de ellas. La Ley las considera nulas de pleno derecho. Esto no implica la nulidad del contrato (Heredia, P.D; 2000)

Según Fariña (1994) se puede entender por cláusula abusiva la impuesta unilateralmente por el empresario que perjudique a la otra parte, o determine una posición de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de los contratantes en perjuicio de los consumidores y usuarios.

La expresión cláusula leonina toma su origen de una fábula de Esopo: una vaca, una cabra y una oveja y un león, y cazaron un ciervo. Partiéndolo en cuatro partes, y queriendo cada uno tomar la suya, dijo el león: la primera parte es mía, pues me toca como león; la segunda me pertenece porque soy más fuerte que ustedes; la tercera me la tomo porque trabajé más que todos; y quien tocare la cuarta, me tendrá por su enemigo; de modo que tomó todo el ciervo para sí. En esta fábula se halla el origen de la expresión "cláusula leonina".³

³ Fuente: *Página web Fabulas de Autores Clasicos:*
<http://books.google.com.ar/fabulas+de+esopo+el+leon+la+vaca+la+cabra+y+la+oveja&source>.



El Código Civil no incluyó expresamente la regulación de las cláusulas abusivas, pero el código contiene normas que contemplan al interés general, al orden público, las buenas costumbres, preceptos de corte claramente tuitivo en el orden específico de los contratos, la equidad, la buena fe, y por lo que los jueces pueden contemplar a la hora de determinar si existe abuso o no de quien tiene una posición dominante en la relación contractual.

Las soluciones contenidas allí resultan insuficientes frente a las contrataciones propias de la vía moderna donde el principio de la autonomía de la voluntad aparece claramente reducido.

La realidad requiere de reglas jurídicas específicas y es por ello que la ley 24.240, Ley de Defensa del Consumidor, vino a llenar un vacío legislativo.

La ley no brinda un concepto de cláusula abusiva, limitándose tan sólo a señalar en su artículo 37 algunos criterios generales para su apreciación.

Fue el decreto N° 1.798/94 del P.E.N., el que intentó una definición; " se consideran términos o cláusulas abusivas las que afectan inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes", en concordancia con los lineamientos establecidos por la Directiva de la Unión Europea 93/13.

El artículo 37 de la ley de Defensa del Consumidor (24240) nos ofrece herramientas para calificar a una cláusula como abusiva. Es decir facilitar la labor del juez en la difícil tarea de determinar si una cláusula contractual es lesiva de alguno de los



intereses de las partes. A la vez se pretende evitar también que la parte fuerte de la relación de consumo se valga de cláusulas que se aparten de las normas, afectando la causa del negocio, considerando como cláusulas vejatorias a todas aquellas que afecten o desconozcan los derechos del consumidor reconocidos por la ley 24240 y todas otras normas especiales aplicables a las relaciones de consumo.

El artículo 37 de la ley de Defensa del Consumidor (24240) dice: “Interpretación. Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrá por no convenidas:

- Cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños;
- Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte;
- Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa.

En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuere necesario.”



Fideicomiso. Cláusulas abusivas

Luego de haber analizado y estudiado la responsabilidad del fiduciario, puntualmente la limitación de la responsabilidad objetiva que la ley le otorga en el artículo 14 de la Ley 24441 y las cláusulas abusivas del artículo 37 de la ley 24240, es momento de ahondar en el tema que nos ocupa y en tratar el interrogante de este trabajo.

Para que la figura del fideicomiso pueda convertirse en negocio jurídico y cumplir con las formalidades que establece la ley debe plasmarse en una Escritura Pública, es decir un contrato, un acuerdo de voluntades que contiene normas y cláusulas que regula los derechos y obligaciones de las partes. Algunas de esas cláusulas pueden resultar abusivas para las partes produciendo una desventaja manifiesta para ellas y terceros interesados o no interesados.

Se consideran abusivas en un fideicomiso las siguientes cláusulas: las que confieran el derecho exclusivo a alguna de las partes para interpretar el significado del contrato, de modificar unilateralmente el contrato salvo casos específicos, de resolverlo sin causa y sin preaviso, a supeditar la entrada en vigencia (resolución 53/2003 de la SCD y DC), como también con respecto a publicidad efectuada, derecho de información y rendición de cuentas, y sobre todo las cláusulas limitativas de la responsabilidad del fiduciario, entre otras.



Las cláusulas de eximición de responsabilidad objetiva del fiduciario inserta en un contrato de fideicomiso se consideran cláusulas abusivas. Lo preocupante es que la misma Ley de Fideicomiso en su artículo 14, limita abusivamente la responsabilidad objetiva del fiduciario, siendo esta una norma de orden público. Si bien es cierto que esto es así, ante un conflicto donde se ha causado un daño y se invoca la responsabilidad objetiva, se debe acudir a los principios generales de la responsabilidad, que surgen de los principios generales del derecho (*Alterum Non Laedere*).

Del texto del artículo mencionado en el párrafo anterior, existe una limitación de responsabilidad civil mediando atribución objetiva por el vicio o riesgo de la cosa fideicomitada, y que el quantum de responsabilidad se limita al valor de la cosa riesgosa fideicomitada con la que se hubiera ocasionado el perjuicio. En consecuencia, si un automóvil (cosa riesgosa) es transmitido fiduciariamente y el mismo participa en un accidente de tránsito se produce la muerte de un peatón el fiduciario responderá sólo y hasta el valor del vehículo y no por todo el daño ocasionado, entre otros ejemplos. Kiper y Lisoprawski (2003), agregan que la ley no distingue el número de víctimas, por lo que se podría entender, que cualquiera sea el número de damnificados, la indemnización a cargo del fiduciario no debe exceder el valor de la cosa. (Kiper, Lisoprawski; L.N; ed 2003; ps. 357)



La solución que nos brinda la ley es criticable ya que las víctimas y familiares de las mismas se ven vulneradas en sus derechos dado que la indemnización nunca será integral y plena.

En cuanto a la última parte del artículo 14 cuando dice que la limitación de la responsabilidad funciona “si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado”. Esta redacción no es clara y hay entonces que distinguir las hipótesis que de ella se disparan:

- a) Cuando el fiduciario, pudiendo haberse razonablemente asegurado, no lo hiciese, perderá la protección que le confiere el artículo 14 de la ley, es decir, responderá más allá del valor de los bienes fideicomitidos.
- b) Cuando por las características de los bienes fideicomitidos o del encargo, el fiduciario no pudiera encontrar en plaza un seguro que cubra adecuadamente el riesgo o si ese seguro tuviera un costo que sacara al negocio del mercado por ser irrazonablemente alto, el fiduciario estará igualmente protegido por la limitación de su responsabilidad ante daños producidos por el riesgo o vicio de la cosa (responsabilidad objetiva), sin perjuicio de la responsabilidad que le pueda caber al guardián.
- c) Si el fiduciario contrata un seguro razonable, y luego la compañía no cubre el siniestro, el límite de su responsabilidad será el valor de los bienes fideicomitidos, porque ha cumplido con la carga impuesta por la ley a los efectos de acotar su responsabilidad. (Llambias, Jorge; Abeledo-Perrot, 1979, t. II-B, ps. 461, 463 y 464.)



El ejemplo que más se adecua a la pregunta y a la respuesta de este trabajo esta explicitado en el fallo “Cons. de Prop. Avda. Garay 2235/49/55 c/ T.G.R. Hipotecaria S.A. y otro s/ daños y perjuicios” (Cam.Nac.Apel.Civil. Bs.As. S-J “Cons. de Prop. Avda. Garay 2235/49/55 c/ T.G.R. Hipotecaria S.A. y otro s/ daños y perjuicios; año 2012). Donde se abordan todos los temas planteados, como la figura del fideicomiso, el negocio fiduciario, la limitación de la responsabilidad de fiduciario, y las cláusulas abusivas limitativas de la responsabilidad objetiva del fiduciario en los posteriores contratos de compraventa a terceros interesados.

Reforma del Código Civil Argentino

En el mes de marzo de 2012, la Presidenta Cristina Fernández de Kirchner presentó el anteproyecto de reforma y unificación del Código Civil con el de Comercio, elaborado por la comisión formada por los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Inés Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, que fue remitido al Honorable Congreso de la Nación para su tratamiento legislativo. Adicionalmente, se creó la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación a los efectos de generar un debate amplio, plural y federal respecto de los principales temas que integran la reforma. Sin perjuicio de haberse reunido en más de 15 jurisdicciones, la complejidad de la tarea encarada y los dilemas que han presentado muchos puntos polémicos del Código Civil obligaron a postergar el tratamiento de la reforma, hasta que finalmente el día primero de octubre de 2014 se sancionó el nuevo



Código Civil y Comercial que se aplicará a partir de 2016. (Jakimowicz, Lucas I.; R. Bolsa de Com. De Rosario, Revista N° 1518; 2013)

En relación al fideicomiso, supone un mejoramiento de la normativa existente, en función de la experiencia habida desde la sanción de la ley 24.441.

En el Título 4, contratos en particular, Capítulo 30, Sección 3°, regula el Contrato de Fideicomiso y en el artículo 1685 dispone: “ Patrimonio separado. Seguro. Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario, del fiduciante, del beneficiario y del fideicomisario.

Sin perjuicio de su responsabilidad, el fiduciario tiene la obligación de contratar un seguro contra la responsabilidad 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 del artículo 1757 y CC. cuando no haya contratado seguro o cuando este resulte irrazonable en la cobertura de riesgos o montos.”

El artículo 1757 se encuentra en el Título Quinto, Capítulo 1, Sección 7°, dispone: Hecho de las cosas y actividades riesgosas. “Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de



prevención”. (Fuente: Texto del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación <http://www.nuevocodigocivil.com>)

El nuevo Código, a mi entender, resuelve en gran parte la hipótesis y pregunta planteada en esta obra. Se deja de lado la abusiva limitación de la responsabilidad objetiva del fiduciario, ampliando la forma de resarcir los daños ocasionados a las víctimas y sus familiares, haciéndolo de un modo integral. El fiduciario será responsable con su propio patrimonio ante el supuesto de no haber contratado el seguro que le obliga la norma o si la contratación fuera en su caso irrazonable, ya sea en la cobertura del riesgo o montos involucrados. Aclara los términos del artículo 14 de la ley evitando así los pedidos de inconstitucionalidad en el caso concreto y el desgaste jurisdiccional.



Capítulo V

Consideraciones Finales



CONCLUSIÓN

Como vimos en el inicio de este trabajo, en nuestro esquema legal, el dominio fiduciario tuvo prematura recepción normativa en el artículo 2662 del Código Civil, muchos años después se sanciona la ley 24441, que vino a responder a la necesidad concreta de dar un marco jurídico a muchos requerimientos que imponía la economía nacional y que no podían ser comprendidos en otras figuras jurídicas existentes. A partir de allí se produjo un intenso desarrollo de la figura fiduciaria.

El fideicomiso es un instrumento versátil y en constante desarrollo, favorable para el progreso y avance económico. Una figura compleja que tuvo gran aceptación en la comunidad jurídica. Y que en la actualidad es de amplia utilización, ya que es un medio para llegar a un fin y no un fin en sí mismo.

El fideicomiso es un instrumento y como tal no es ni bueno ni malo. Depende de cómo se lo utilice. Como toda herramienta puede ser utilizada de manera correcta o incorrecta y el resultado de su uso puede ser exitoso o no.

Hace posible estructuras de financiamiento en proyectos financieros por la seguridad que representa encapsular de manera efectiva, activos físicos, recursos financieros (de aplicación directa e indirecta) o flujos de fondos (presentes o futuros), a través de este antiguo y noble instituto del derecho civil, hoy modernizado.



Coincido con muchos autores que dicen que se procedió tan repentinamente a la utilización de esta figura legal, no pudieron recabar experiencias para poder observar previamente los inconvenientes y las consecuencias de los mismos y brindarles soluciones.

En el análisis de la ley estudie cada una de las partes del contrato. Dentro de ellas su figura central, el fiduciario, verdadero protagonista del fideicomiso. Como vimos la responsabilidad del fiduciario es amplia y variada. De sus normas surge el carácter limitativo de la responsabilidad del fiduciario.

“¿Son abusivas las cláusulas contractuales mediante las cuales se exime de responsabilidad al fiduciario?, esta es la pregunta detonante del Trabajo Final de Graduación.

Para poder responderla fue necesario estudiar los diferentes tipos de fideicomiso, la responsabilidad del fiduciario en la ley y las cláusulas abusivas referidas en el artículo 37 de la ley 24240, Ley de Defensa del Consumidor.

La primera respuesta a la pregunta inicial es que la responsabilidad del fiduciario está limitada en la ley, distinta de la responsabilidad que se le otorga a las partes en cualquier otro contrato civil, cuya responsabilidad es integral.

La responsabilidad objetiva del fiduciario se limita desde su inicio en la ley en su artículo 14 con el régimen de los patrimonios separados. También la incluida en el artículo 1113 del Código Civil (que nos remite el artículo 14 de la ley), trayendo grandes problemas



de interpretación, que hace difícil de responder la pregunta inicial de este trabajo. Se hace inminente un nuevo tratamiento legislativo de la norma, ya que en uno de los casos podemos dejar demasiado desprotegido a la víctima del daño o en otros perjudicar en demasía a los beneficiarios del contrato de fideicomiso.

La mayoría de los fideicomisos están enmarcados en un contrato de adhesión, y en aquellos en los que exista una relación de consumo, ocurrido un daño hace emerger la responsabilidad del fiduciario y la protección de las víctimas por las cláusulas abusivas que en el contrato se encuentren, mediante la aplicación del artículo 37 de la ley de Defensa del Consumidor. En caso de colisión normativa se impone una norma superior el artículo 42 de la Constitución Nacional.

La utilización del fideicomiso es generalizado por instituciones financieras, que actúan la mayoría de las veces como fiduciarios, como medio más económico de garantía ello ha desembocado en que este se esté utilizando como un contrato de adhesión. En razón de ello y atendiendo a lo establecido en la ley de Defensa del Consumidor es posible entablar las acciones legales respectivas contra las cláusulas abusivas, de tal suerte que estas se dictaminen como nulas y si fuere necesario en el caso concreto la resolución del contrato con el correspondiente pago de daños y perjuicios causados a la parte abusada.

Más allá del tipo de fideicomiso que se utilice y si existe relación o no de consumo, creo que las cláusulas que limitan en demasía la responsabilidad del fiduciario son abusivas. Y siempre que se ocasione un daño a otro, surge el deber impuesto por la



ley de repararlo y la víctima del mismo tiene el derecho a la reparación integral. Como consecuencia del grado de limitación a la responsabilidad del fiduciario la extensión del resarcimiento nunca llega a ser satisfactoria.

Tenemos que tener mucho cuidado o ser cautelosos a la hora de analizar la responsabilidad del fiduciario, ya que de lo contrario podríamos estar desnaturalizando un instrumento que puede seguir contribuyendo al crecimiento de la economía. Todo ello teniendo en cuenta los derechos de las víctimas de un hecho dañoso producido por el fideicomiso.

Lo óptimo sería aplicar el principio de la equidad en el régimen de la responsabilidad del fiduciario para que tanto las partes, terceros interesados y las víctimas de los daños no salgan perjudicadas.

Hoy, el nuevo Código Civil, que incorpora la figura del fideicomiso, soluciona el problema de la limitación de la responsabilidad objetiva del fiduciario. Pero, hasta el 2016 sigue en vigencia el art. 14 de la ley 24441. Por eso es que propongo la modificación de dicho artículo coincidiendo en su totalidad con el nuevo Código presentado por los firmantes Binner, Hermes Juan - Sesma, Laura Judith - Di Pollina, Eduardo Alfredo - Augsburger, Silvia - Zancada, Pablo V. de fecha tres de noviembre de 2006, donde se propone la modificación del artículo 14. Quedando redactado de la siguiente manera:

Art. 1º: Sustitúyase el artículo 14 de la ley 24.441 por el siguiente texto:



“La responsabilidad objetiva del fiduciario por el vicio o riesgo de la cosa fideicomitida es plena e integral y no posee límite indemnizatorio alguno.

En este supuesto, el fiduciario responderá civilmente con todo el patrimonio fideicomitido, sin perjuicio de citar en garantía a la compañía aseguradora con la cual hubiere contratado seguro de responsabilidad civil, ello en los términos y con los alcances del artículo 118 de la ley 17.418, siendo esta última responsable en virtud de lo estipulado en el contrato de seguro”.

Art. 2º: Agréguese el artículo 14 bis a la ley 24.441:

“En caso de existencia en el patrimonio fideicomitido de cosas riesgosas que traigan aparejada atribución de responsabilidad civil en forma objetiva, el fiduciario que no hubiere contratado seguro de responsabilidad civil responderá con su propio patrimonio, sin perjuicio de la responsabilidad que le cabe respecto al patrimonio fideicomitido y del derecho de repetición sobre éste”.

De mi parte propongo impulsar el tratamiento inmediato de la modificación de la ley 24441 en su artículo 14, para que sea sancionada en la brevedad posible por los legisladores y subsanar los inconvenientes derivados de la limitación de la responsabilidad objetiva del fiduciario.



Bibliografía



Bibliografía.

Doctrina:

- KIPER, C. M. y LISOPRAWSKI, S.V (2012). Tratado de Fideicomiso Tomo I (3a Ed.). Buenos Aires. Argentina. AbeledoPerrot.
- CARREGAL, M.A (2008). Fideicomiso: Teoría y Aplicación a los Negocios. (1a Ed.). Buenos Aires. Argentina. Heliasta.
- MOLINA SANDOVAL, C.A. (2009). El Fideicomiso en la Dinámica Mercantil. (1a Ed.). Buenos Aires. Argentina. IBdeF.
- RONDINA, H, RONDINA, G. (2008). El Fideicomiso en la Construcción. (1a Ed.). Buenos Aires. Argentina. Valleta Ediciones.
- MOLINA SANDOVAL, C.A. (2004). El Fideicomiso en la Dinámica Mercantil. (1a Ed.). Buenos Aires. Argentina. Abaco.



- LORENZETTI, R.L. (1999). Tratado de Los Contratos. Tomo I. (1a Ed.). Buenos Aires. Argentina. Rubinzal-Culzoni
- PIZARRO, R.D; VALLESPINOS, C.G. (1999). INSTITUCIONES DE DERECHO PRIVADO. Obligaciones. Tomo II (1a Ed.). Buenos Aires. Argentina. Hammarabi.

Jurisprudencia:

- C. N. de Apel. Civil. S “J” Capital Federal, "Consortio de Propietarios Avenida Garay n°2235/49/55 c/T.G.R. Hipotecaria S.A. y otro s/Daños y Perjuicios". (20/08/2012)
- C.F.A de Salta, “Montenovi, Yolanda Nilda c/ Biella”, S.A. y otro” 12/06/2008.
- CNCIV. SALA H, “Baredes, Guido Matias c/ Torres De Libertador 8.000 S.A. y otros s/ Daños y Perjuicios”. Octubre 2006.

Revista especializada:

- Heredia P.D. (2000). Cláusulas y términos abusivos en los contratos de consumo (examen del art. 37, ley 24240). Seminario Jurídico.-

Legislación:

- Ley N° 24441. Ley de financiamiento y de la vivienda. (1995) El senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina.



- Art. 42. Constitución Nacional. (reforma 1994)
- Ley N° 24240. Ley de Defensa del Consumidor. (1993) El senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina.

¿Son abusivas las cláusulas contractuales mediante las cuales se exime de responsabilidad al fiduciario?



Anexo



Ley N° 24.441

Fideicomiso. Fiduciario. Efectos del fideicomiso. Fideicomiso financiero. Certificados de participación y títulos de deuda. Insuficiencia del patrimonio fideicomitado en el fideicomiso financiero. Extinción del fideicomiso. Contrato de "leasing". Letras hipotecarias. Créditos hipotecarios para la vivienda. Régimen especial de ejecución de hipotecas. Reformas al Código Civil. Modificaciones al régimen de corretaje. Modificaciones a la Ley de Fondos Comunes de Inversión. Modificaciones al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Modificaciones al Régimen Registral. Modificaciones al Código Penal. Modificaciones a las leyes impositivas. Desregulación de aspectos vinculados a la construcción en el ámbito de la Capital Federal.

Sancionada: Diciembre 22 de 1994.

Promulgada: Enero 9 de 1995.

El senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de Ley:

TITULO I

Del fideicomiso



CAPITULO I

ARTICULO 1º — Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario.

ARTICULO 2º — El contrato deberá individualizar al beneficiario, quien podrá ser una persona física o jurídica, que puede o no existir al tiempo del otorgamiento del contrato; en este último caso deberán constar los datos que permitan su individualización futura.

Podrá designarse más de un beneficiario, los que salvo disposición en contrario se beneficiarán por igual; también podrán designarse beneficiarios sustitutos para el caso de no aceptación, renuncia o muerte.

Si ningún beneficiario aceptare, todos renunciaren o no llegaren a existir, se entenderá que el beneficiario es el fideicomisario. Si tampoco el fideicomisario llegara a existir, renunciare o no aceptare, el beneficiario será el fiduciante.

El derecho del beneficiario puede transmitirse por actos entre vivos o por causa de muerte, salvo disposición en contrario del fiduciante.



ARTÍCULO 3º — El fideicomiso también podrá constituirse por testamento, extendido en alguna de las formas previstas por el Código Civil, el que contendrá al menos las enunciaciones requeridas por el artículo 4. En caso de que el fiduciario designado por testamento no aceptare se aplicará lo dispuesto en el artículo 10 de la presente ley.

CAPITULO II

El fiduciario

ARTICULO 4º — El contrato también deberá contener:

- a) La individualización de los bienes objeto del contrato. En caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de la celebración del fideicomiso, constará la descripción de los requisitos y características que deberán reunir los bienes;
- b) La determinación del modo en que otros bienes podrán ser incorporados al fideicomiso;
- c) El plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario, el que nunca podrá durar más de treinta (30) años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuere un incapaz, caso en el que podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad;



d) El destino de los bienes a la finalización del fideicomiso;

e) Los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo si cesare.

ARTICULO 5º — El fiduciario podrá ser cualquier persona física o jurídica. Sólo podrán 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 la Comisión Nacional de Valores quien establecerá los requisitos que deban cumplir.

ARTICULO 6º — El fiduciario deberá 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.

ARTICULO 7º — El contrato no podrá dispensar al fiduciario de la obligación de rendir cuentas, la que podrá ser solicitada por el beneficiario conforme las previsiones contractuales ni de la culpa o dolo en que pudieren incurrir él o sus dependientes, ni de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos.

En todos los casos los fiduciarios deberán rendir cuentas a los beneficiarios con una periodicidad no mayor a un (1) año.



ARTICULO 8º — Salvo estipulación en contrario, el fiduciario tendrá derecho al reembolso de los gastos y a una retribución. Si ésta no hubiese sido fijada en el contrato, la fijará el juez teniendo en consideración la índole de la encomienda y la importancia de los deberes a cumplir.

ARTÍCULO 9º — El fiduciario cesará como tal por:

- a) Remoción judicial por incumplimiento de sus obligaciones, a instancia del fiduciante; o a pedido del beneficiario con citación del fiduciante;
- b) Por muerte o incapacidad judicialmente declarada si fuera una persona física;
- c) Por disolución si fuere una persona jurídica;
- d) Por quiebra o liquidación;
- e) Por renuncia si en el contrato se hubiese autorizado expresamente esta causa. La renuncia tendrá efecto después de la transferencia del patrimonio objeto del fideicomiso al fiduciario sustituto.

ARTICULO 10. — Producida una causa de cesación del fiduciario, será reemplazado por el sustituto designado en el contrato o de acuerdo al procedimiento previsto por él. Si no lo hubiere o no aceptare, el juez designará



como fiduciario a una de las entidades autorizadas de acuerdo a lo previsto en el artículo 19. Los bienes fideicomitidos serán transmitidos al nuevo fiduciario.

CAPITULO III

Efectos del fideicomiso

ARTICULO 11. — Sobre los bienes fideicomitidos se constituye una propiedad fiduciaria que se rige por lo dispuesto en el título VII del libro III del Código Civil y las disposiciones de la presente ley cuando se trate de cosas, o las que correspondieren a la naturaleza de los bienes cuando éstos no sean cosas.

ARTICULO 12. — El carácter fiduciario del dominio tendrá efecto frente a terceros desde el momento en que se cumplan las formalidades exigibles de acuerdo a la naturaleza de los bienes respectivos.

ARTICULO 13. — Cuando se trate de bienes registrables, los registros correspondientes deberán tomar razón de la transferencia fiduciaria de la propiedad a nombre del fiduciario. Cuando así resulte del contrato, el fiduciario adquirirá la propiedad fiduciaria de otros bienes que adquiera con los frutos de los bienes fideicomitidos o con el producto de actos de disposición sobre los mismos, dejándose constancia de ello en el acto de adquisición y en los registros pertinentes.



ARTICULO 14. — Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante. 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.

ARTICULO 15. — 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.

ARTICULO 16. — Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos. La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a estas obligaciones, no dará lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según visiones contractuales, procederá a su liquidación, la que estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra; si se tratase de fideicomiso financiero regirán en lo pertinente las normas del artículo 24.



ARTICULO 17. — 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 o del beneficiario, a menos que se hubiere pactado lo contrario.

ARTICULO 18. — El fiduciario se halla legitimado para ejercer todas las acciones que correspondan para la defensa de los bienes fideicomitidos, tanto contra terceros como contra el beneficiario.

El juez podrá autorizar al fiduciante o al beneficiario a ejercer acciones en sustitución del fiduciario, cuando éste no lo hiciere sin motivo suficiente.

CAPITULO IV

Del fideicomiso financiero

ARTICULO 19. — Fideicomiso financiero es aquel contrato de fideicomiso sujeto a las reglas precedentes, en el cual el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores para actuar como fiduciario financiero, y beneficiario son los titulares de certificados de participación en el dominio fiduciario o de títulos representativos de deuda garantizados con los bienes así transmitidos.



Dichos certificados de participación y títulos de deudo serán considerados títulos valores y podrán ser objeto de oferta pública.

La Comisión Nacional de Valores será autoridad de aplicación respecto de los fideicomisos financieros, pudiendo dictar normas reglamentarias.

ARTICULO 20. — El contrato de fideicomiso deberá contener las previsiones del artículo 4 y las condiciones de emisión de los certificados de participación o títulos representativos de deuda.

CAPITULO V

De los certificados de participación y títulos de deuda

ARTICULO 21. — Los certificados de participación serán emitidos por el fiduciario. Los títulos representativos de deuda garantizados por los bienes fideicomitados podrán ser emitidos por el fiduciario o por terceros, según fuere el caso. Los certificados de participación y los títulos representativos de deuda podrán ser al portador o nominativos, endosables o no, o escriturales conforme al artículo 8 y concordantes de la ley 23.576 (con las modificaciones de la ley 23.962). Los certificados serán emitidos en base a un prospecto en el que constarán las condiciones de la emisión, y contendrá las enunciaciones necesarias para identificar el fideicomiso al que pertenecen, con somera descripción de los derechos que confieren.



Podrán emitirse certificados globales de los certificados de participación, para su inscripción en regímenes de depósito colectivo. A tal fin se considerarán definitivos, negociables y divisibles.

ARTICULO 22. — Pueden emitirse diversas clases de certificados de participación con derechos diferentes. Dentro de cada clase se otorgarán los mismos derechos. La emisión puede dividirse en series.

CAPITULO VI

De la insuficiencia del patrimonio fideicomitado en el fideicomiso financiero

ARTICULO 23. — En el fideicomiso financiero del capítulo IV, en caso de insuficiencia del patrimonio fideicomitado, si no hubiere previsión contractual, el fiduciario citará a asamblea de tenedores de títulos de deuda, lo que se notificará mediante la publicación de avisos en el Boletín Oficial y un diario de gran circulación del domicilio del fiduciario, la que se celebrará dentro del plazo de sesenta días contados a partir de la última publicación, a fin de que la asamblea resuelva sobre las normas de administración y liquidación del patrimonio.

ARTICULO 24. — Las normas a que se refiere el artículo precedente podrán prever:



- a) La transferencia del patrimonio fideicomitido como unidad a otra sociedad de igual giro;
- b) Las modificaciones del contrato de emisión, las que podrán comprender la remisión de parte de las deudas o la modificación de los plazos, modos o condiciones iniciales;
- c) La continuación de la administración de los bienes fideicomitados hasta la extinción del fideicomiso;
- d) La forma de enajenación de los activos del patrimonio fideicomitido;
- e) La designación de aquel que tendrá a su cargo la enajenación del patrimonio como unidad o de los activos que lo conforman;
- f) Cualquier otra materia que determine la asamblea relativa a la administración o liquidación del patrimonio separado.

La asamblea se considerará válidamente constituida cuando estuviesen presentes tenedores de títulos que representen como mínimo dos terceras partes del capital emitido y en circulación; podrá actuarse por representación con carta poder certificada por escribano público, autoridad judicial o banco; no es necesaria legalización.



Los acuerdos deberán adoptarse por el voto favorable de tenedores de títulos que representen, a lo menos, la mayoría absoluta del capital emitido y en circulación, salvo en el caso de las materias indicadas en el inciso b) en que la mayoría será de dos terceras partes (2/3) de los títulos emitidos y en circulación.

Si no hubiese quórum en la primera citación se deberá citar a una nueva asamblea la cual deberá celebrarse dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha fijada para la asamblea no efectuada; ésta se considerará válida con los tenedores que se encuentren presentes. Los acuerdos deberán adoptarse con el voto favorable de títulos que representen a los menos la mayoría absoluta del capital emitido y en circulación.

CAPITULO VII

De la extinción del fideicomiso

ARTICULO 25. — El fideicomiso se extinguirá por:

- a) El cumplimiento del plazo o la condición a que se hubiere sometido o el vencimiento del plazo máximo legal;
- b) La revocación del fiduciante si se hubiere reservado expresamente esa facultad; la revocación no tendrá efecto retroactivo;



c) Cualquier otra causal prevista en el contrato.

ARTICULO 26. — Producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario estará obligado a entregar los bienes fideicomitidos al fideicomisario o a sus sucesores, otorgando los instrumentos y contribuyendo a las inscripciones registrales que correspondan.

TITULO II

Contrato de "leasing"

(Título derogado por el Art. 27 de la Ley N° 25.248 B.O. 14/6/2000)

TITULO III

De las letras hipotecarias

ARTICULO 35. — Las letras hipotecarias son títulos valores con garantía hipotecaria.

ARTICULO 36. — La emisión de letras hipotecarias sólo puede corresponder a hipotecas de primer grado y estar consentida expresamente en el acto de constitución de la hipoteca.



ARTICULO 37. — La emisión de letras hipotecarias extingue por novación la obligación que era garantizada por la hipoteca.

ARTICULO 38. — La emisión de letras hipotecarias no impide al deudor transmitir el dominio del inmueble; el nuevo propietario tendrá los derechos y obligaciones del tercer poseedor de cosa hipotecada. La locación convenida con posterioridad a la constitución de la hipoteca será inoponible a quienes adquieran derechos sobre la letra o sus cupones. El deudor o el tercero poseedor tienen la obligación de mantener la cosa asegurada contra incendio en las condiciones usuales de plaza; el incumplimiento causa la caducidad de los plazos previstos en la letra.

ARTICULO 39. — Las letras hipotecarias son emitidas por el deudor, e intervenidas por el Registro de la Propiedad Inmueble que corresponda a la jurisdicción donde se encuentre el inmueble hipotecado, en papel que asegure su inalterabilidad, bajo la firma del deudor, el escribano y un funcionario autorizado del registro, dejándose constancia de su emisión en el mismo asiento de la hipoteca. Las letras hipotecarias deberán contener las siguientes enunciaciones:

a) Nombre del deudor y, en su caso, del propietario del inmueble hipotecado;

b) Nombre del acreedor;



- c) Monto de la obligación incorporada a la letra, expresado en una cantidad determinada en moneda nacional o extranjera;
- d) Plazos y demás estipulaciones respecto del pago, con los respectivos cupones, salvo lo previsto en el artículo 41 para las letras susceptibles de amortizaciones variables;
- e) El lugar en el cual debe hacerse el pago;
- f) Tasa de interés compensatorio y punitivo;
- g) Ubicación del inmueble hipotecado y sus datos registrales y catastrales;
- h) Deberá prever la anotación de pagos de servicios de capital o renta o pagos parciales;
- i) La indicación expresa de que la tenencia de los cupones de capital e intereses acredita su pago, y que el acreedor se halla obligado a entregarlos y el deudor a requerirlos;
- j) Los demás que fijen las reglamentaciones que se dicten.

También se dejará constancia en las letras de las modificaciones que se convengan respecto del crédito, como las relativas a plazos de pago, tasas de interés, etcétera, las letras hipotecarias también podrán ser escriturales.



ARTICULO 40. — Las letras hipotecarias se transmiten por endoso nominativo que se hará en el lugar habilitado para ello en el título, o en su prolongación; deberá constar el nombre del endosatario, quien podrá volver a transmitir el título bajo las mismas formas, y la fecha del endoso. No es necesaria notificación al deudor, y éste no podrá oponer al portador o endosatario las defensas que tuviere contra anteriores endosarios o portadores del título salvo lo dispuesto en el artículo 42, in fine. El endoso de la letra hipotecaria es sin responsabilidad del endosante.

ARTICULO 41. — Las letras hipotecarias tendrán cupones para instrumentar las cuotas de capital o servicios de intereses. Quien haga el pago tendrá derecho a que se le entregue el cupón correspondiente como único instrumento válido acreditativo. Si la letra fuera susceptible de amortización en cuotas variables podrá omitirse la emisión de cupones; en ese caso el deudor tendrá derecho a que los pagos parciales se anoten en el cuerpo de la letra, sin perjuicio de lo cual serán oponibles aun al tenedor de buena fe los pagos documentados que no se hubieren inscrito de esta manera.

ARTICULO 42. — El pago se hará en el lugar indicado en la letra. El lugar de pago podrá ser cambiado dentro de la misma ciudad, y sólo tendrá efecto a partir de su notificación al deudor.



ARTICULO 43. — Verificados los recaudos previstos en el artículo precedente, la mora se producirá en forma automática al solo vencimiento, sin necesidad de interpelación alguna.

ARTICULO 44. — El derecho real de hipoteca incorporado al título se rige por las disposiciones del Código Civil en materia de hipoteca.

ARTICULO 45. — El portador de la letra hipotecaria o de alguno de los cupones puede ejecutar el título por el procedimiento de ejecución especial previsto en el título IV de esta ley cuando así se hubiere convenido en el acto de constitución de la hipoteca. De ello deberá dejarse constancia en la letra y en los cupones.

ARTICULO 46. — Al título valor son subsidiariamente aplicables, en cuanto resulten compatibles, las reglas previstas por el decreto ley 5965/63 para la letra de cambio.

ARTICULO 47. — Las acciones emanadas de las letras hipotecarias prescriben a los tres (3) años contados desde la fecha del vencimiento de cada cuota de capital o interés.

ARTICULO 48. — La cancelación de la inscripción de la emisión de las letras, y por ende de la hipoteca, se podrá hacer a pedido del deudor mediante la presentación de las letras y cupones en su caso con constancia de haberse



efectuado todos los pagos de capital e intereses. El certificado extendido por el juez tendrá el mismo valor que las letras y/o cupones a los efectos de su presentación para la cancelación de la hipoteca.

ARTICULO 49. — Las personas autorizadas a hacer oferta pública como fiduciarios o a administrar fondos comunes de inversión, podrán emitir títulos de participación que tengan como garantía letras hipotecarias o constituir fondos comunes con ellos, conforme las disposiciones reglamentarias que se dicten.

TITULO IV

De los créditos hipotecarios para la vivienda

ARTICULO 50. — En los créditos hipotecarios para la vivienda otorgados de conformidad con las disposiciones de esta ley, los gastos de escrituración por la traslación de dominio e hipoteca a cargo del cliente por todo concepto, excluidos los impuestos, e incluido el honorario profesional, no podrán superar el dos por ciento (2%) del precio de venta o la valuación del inmueble; cuando deba otorgarse hipoteca, el honorario podrá convenirse libremente. Los aportes a los regímenes de previsión para profesionales -si correspondiere- y otras contribuciones, exceptuadas las tasas retributivas de servicio de naturaleza



local, serán proporcionales a los honorarios efectivamente percibidos por los profesionales intervinientes.

ARTICULO 51. — En los créditos hipotecarios para la vivienda el plazo se presume establecido en beneficio del deudor, salvo estipulación en contrario. Es inderogable por pacto en contrario la facultad del deudor de cancelar el crédito antes de su vencimiento cuando el pago fuere de la totalidad del capital adeudado, el contrato podrá prever una compensación razonable para el acreedor cuando la cancelación anticipada se hiciera antes de que hubiere cumplido la cuarta parte del plazo total estipulado.

TITULO V

Régimen especial de ejecución de hipotecas

(Nota Infoleg: Por art. 16 de la Ley N° 25.563 B.O. 15/2/2002 se establece lo siguiente: " Suspéndase por el plazo de ciento ochenta (180) días contados a partir de la vigencia de la presente, la totalidad de las ejecuciones judiciales o extrajudiciales, incluidas las hipotecarias y prendarias de cualquier origen que éstas sean, incluso las previstas en la presente Ley. Exceptúense de esta disposición los créditos de naturaleza alimentaria y los derivados de la responsabilidad de la comisión de delitos penales, los créditos laborales, los que no recaigan sobre la vivienda del deudor o sobre otros bienes afectados



por el mismo a producción, comercio o prestación de servicios, los derivados de la responsabilidad civil y contra las empresas aseguradoras, las obligaciones surgidas con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley de referencia y los casos en que hubiera comenzado a cumplirse la sentencia de quiebra, con la correspondiente liquidación de bienes.

Suspéndase por el plazo de ciento ochenta (180) días las medidas cautelares trabadas y prohíbase por el mismo plazo las nuevas medidas cautelares sobre aquellos bienes que resulten indispensables para la continuidad de las actividades relacionadas con el giro habitual del deudor".)

ARTICULO 52. — Las hipotecas en las cuales se hayan emitido letras hipotecarias con la constancia prevista en el artículo 45, y todas aquellas en que se hubiere convenido expresamente someterse a las disposiciones de este título, podrán ejecutarse conforme las reglas siguientes.

ARTICULO 53. — En caso de mora en el pago del servicio de amortización o intereses de deuda garantizada por un plazo de sesenta (60) días, el acreedor intimará por medio fehaciente para que se pague en un plazo no menor de quince (15) días, advirtiéndole al deudor que, de no mediar pago íntegro de la suma intimada, el inmueble será rematado por la vía extrajudicial. En el mismo acto, se le intimará a denunciar el nombre y domicilio de los acreedores privilegiados, embargantes y ocupantes del inmueble hipotecado.



ARTICULO 54.— Vencido el plazo de la intimación sin que se hubiera hecho efectivo el pago, el acreedor podrá presentarse ante el juez competente con la letra hipotecaria o los cupones exigibles si éstos hubiesen circulado, y un certificado de dominio del bien gravado, a efectos de verificar el estado de ocupación del inmueble y obtener el acreedor, si así lo solicita, la tenencia del mismo. El juez dará traslado de la presentación por cinco (5) días al deudor a los efectos de las excepciones previstas en el artículo 64. El juez ordenará verificar el estado físico y de ocupación, designando a tal fin al escribano que proponga el acreedor. Si de esa diligencia resulta que el inmueble se encuentra ocupado, en el mismo acto se intimará a su desocupación en el plazo de diez (10) días, bajo apercibimiento de lanzamiento por la fuerza pública. El lanzamiento no podrá suspenderse, salvo lo dispuesto en el artículo 64.

No verificada en ese plazo la desocupación, sin más trámite se procederá al lanzamiento y se entregará la tenencia al acreedor, hasta la oportunidad prevista en el artículo 63. A estos fines, el escribano actuante podrá requerir el auxilio de la fuerza pública, allanar domicilio y violentar cerraduras y poner en depósito oneroso los bienes que se encuentren en el inmueble, a costa del deudor. Todo este procedimiento tramitará in audita parte, y será de aplicación supletoria lo establecido en los códigos de forma.



ARTICULO 55. — El acreedor estará facultado para solicitar directamente al Registro de la Propiedad un informe sobre el estado del dominio y gravámenes que afectaren el inmueble hipotecado, con indicación del importe de los créditos, sus titulares y domicilios.

ARTICULO 56. — Asimismo el acreedor podrá:

a) Solicitar directamente en el registro correspondiente la expedición de un segundo testimonio del título de propiedad del inmueble, con la sola acreditación de ese carácter y a costa del ejecutado;

b) Requerir la liquidación de las deudas que existan en concepto de expensas de la propiedad horizontal, impuestos, tasas y contribuciones que pesen sobre el inmueble, bajo apercibimiento que de no contarse con dichas liquidaciones en el plazo de diez (10) días hábiles desde la recepción de su solicitud, se podrá subastar el bien como si estuviera libre de deudas. Los reclamos que se dedujeran por aplicación de lo dispuesto anteriormente no afectarán el trámite de remate del bien gravado.

ARTICULO 57. — Verificado el estado del inmueble, el acreedor ordenará por sí, sin intervención judicial, la venta en remate público del inmueble afectado a la garantía, por intermedio del martillero que designe y con las condiciones usuales de plaza. Se deberán publicar avisos durante tres (3) días



en el diario oficial y en dos (2) diarios de gran circulación, uno al menos en el lugar de ubicación del inmueble. El último aviso deberá realizarse con una anticipación no mayor de dos (2) días a la fecha fijada para el remate. En el remate estará presente el escribano quien levantará acta.

ARTICULO 58. — La base de la subasta será el monto de la deuda a la fecha de procederse a la venta y los avisos deberán —como mínimo— informar sobre la superficie cubierta, ubicación del inmueble, horario de visitas, estado de la deuda por tasas, impuestos, contribuciones y expensas, día, hora y lugar preciso de realización de la subasta.

ARTICULO 59. — El deudor, el propietario y los demás titulares de derechos reales sobre la cosa hipotecada deberán ser notificados de la fecha de la subasta por medio fehaciente con siete (7) días hábiles de anticipación, excluido el día de la subasta.

ARTICULO 60. — Realizada la subasta, el acreedor practicará liquidación de lo adeudado según el respectivo contrato y las pautas anteriormente dispuestas, más los gastos correspondientes a la ejecución, los que por todo concepto no podrán superar el tres por ciento (3%) del crédito. Procederá a depositar el remanente del precio a la orden del juez competente junto con la correspondiente rendición de cuentas documentada dentro de los cinco (5) días siguientes. El juez dará traslado al deudor de la citada presentación de la



acreedora por el término de cinco (5) días a los efectos de la impugnación o aceptación de la liquidación. De no mediar embargos, inhibiciones u otros créditos, y existiendo conformidad entre deudor y acreedor con respecto al remanente, éste podrá entregar directamente a aquél dicho remanente.

ARTICULO 61. — Si fracasare el remate por falta de postores, se dispondrá otro reduciendo la base en un veinticinco por ciento (25%). Si tampoco existieren postores se ordenará la venta sin limitación de precio y al mejor postor. No se procederá al cobro de suma alguna en concepto de honorarios por los remates fracasados. Si resultare adquirente el acreedor hipotecario procederá a compensar su crédito.

ARTICULO 62. — Cuando el comprador no abonare la totalidad del precio en tiempo, se efectuará nuevo remate. Aquél será responsable de la disminución real del precio que se obtuviere en la nueva subasta, de los intereses acrecidos y de los gastos ocasionados.

ARTICULO 63. — La venta quedará perfeccionada, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 66, una vez pagado el precio en el plazo que se haya estipulado y hecha la tradición a favor del comprador, y será oponible a terceros realizada que fuere la inscripción registral correspondiente. El pago se hará directamente al acreedor cuando éste sea titular de la totalidad del crédito.



El remanente será depositado dentro del quinto día de realizado el cobro.

Si hubiere más de un acreedor el pago se hará al martillero interviniente, quien descontará su comisión y depositará el saldo a la orden del Juez para que éste cite a todos los acreedores para distribuir la suma obtenida.

Si el acreedor ostenta la tenencia del inmueble subastado, podrá transmitirla directamente al comprador; caso contrario y no habiendo mediado desposesión anticipada deberá ser realizada con intervención del juez, aplicándose en lo pertinente el artículo 54. La protocolización de las actuaciones será extendida por intermedio del escribano designado por el acreedor, sin que sea necesaria la comparecencia del ejecutado, y deberá contener constancia de:

- a) La intimación al deudor en los términos del artículo 53;
- b) La notificación del artículo 59;
- c) La publicidad efectuada;
- d) El acta de la subasta.

Los documentos correspondientes serán agregados al protocolo.



Los embargos e inhibiciones se levantarán por el juez interviniente con citación de los jueces que han trabado las medidas cautelares, conforme a las normas de procedimiento de la jurisdicción.

ARTICULO 64. — El ejecutado no podrá interponer defensas, incidente o recurso alguno tendiente a interrumpir el lanzamiento previsto por el artículo 54 ni la subasta, salvo que acredite verosímilmente alguno de los siguientes supuestos:

- a) Que no está en mora;
- b) Que no ha sido intimado de pago;
- c) Que no se hubiera pactado la vía elegida; o
- d) Que existieran vicios graves en la publicidad.

En tales casos el juez competente ordenará la suspensión cautelar del lanzamiento o de la subasta.

Si el acreedor controvierte las afirmaciones del ejecutado, la cuestión se sustanciará por el procedimiento más abreviado que consienta la ley local. Si por el contrario reconociese la existencia de los supuestos invocados por el ejecutado, el juez, dejará sin efecto lo actuado por el acreedor y dispondrá el



archivo de las actuaciones salvo en el caso del inciso d), hipótesis en la cual determinará la publicidad que habrá que llevarse a cabo antes de la subasta.

ARTICULO 65. — Una vez realizada la subasta y cancelado el crédito ejecutado, el deudor podrá impugnar por la vía judicial, por el procedimiento más abreviado que solicite el deudor:

- a) La no concurrencia de los hechos que habilitan la venta;
- b) La liquidación practicada por el acreedor;
- c) El incumplimiento de los recaudos establecidos en el presente título por parte del ejecutante.

En todos los casos el acreedor deberá indemnizar los daños causados, sin perjuicio de las sanciones penales y administrativas a que se hiciere pasible.

ARTICULO 66. — Dentro de los treinta (30) días corridos de efectuada la ejecución extrajudicial, el deudor podrá recuperar la propiedad del inmueble si pagara al adquirente el precio obtenido en la subasta, más el tres por ciento (3%) previsto en el artículo 60.

ARTICULO 67. — Si el precio obtenido en la subasta no cubriera la totalidad del crédito garantizado con la hipoteca, el acreedor practicará liquidación ante el juez competente por el proceso de conocimiento más breve que prevé la



legislación local. La liquidación se sustanciará con el deudor, quien podrá pedir la reducción equitativa del saldo que permaneciere insatisfecho después de la subasta, cuando el precio obtenido en ella fuera sustancialmente inferior al de plaza, teniendo en cuenta las condiciones de ocupación y mantenimiento del inmueble.

TITULO VI

Reformas al Código Civil

ARTICULO 68. — Incorpórase como párrafo final del artículo 980 del Código Civil el siguiente:

Los instrumentos públicos extendidos de acuerdo a lo que establece este código gozan de entera fe y producen idénticos efectos en todo el territorio de la República Argentina, cualquiera sea la jurisdicción donde se hubieren otorgado.

ARTICULO 69. — Incorpórase como párrafo final del artículo 997 del Código Civil el siguiente:

Cuando un acto fuere otorgado en un territorio para producir efectos en otro, las leyes locales no podrán imponer cargas tributarias ni tasas retributivas que



establezcan diferencias de tratamiento, fundadas en el domicilio de las partes, en lugar del cumplimiento de las obligaciones o en el funcionario interviniente.

ARTICULO 70. — Se aplicarán las normas de este artículo y las de los artículos 71 y 72, cuando se cedan derechos como componentes de una cartera de créditos, para:

- a) Garantizar la emisión de títulos valores mediante oferta pública;
- b) Constituir el activo de una sociedad, con el objeto de que ésta emita títulos valores ofertables públicamente y cuyos servicios de amortización e intereses estén garantizados con dicho activo;
- c) Constituir el patrimonio de un fondo común de créditos.

ARTICULO 71. — La cesión prevista en el artículo anterior podrá efectuarse por un único acto, individualizándose cada crédito con expresión de su monto, plazos, intereses y garantías. En su caso, se inscribirá en los registros pertinentes.

Los documentos probatorios del derecho cedido se entregarán al cesionario o fiduciario o, en su caso, a un depositario o al depositario del fondo común de créditos.

ARTICULO 72. — En los casos previstos por el artículo 70:



- a) No es necesaria la notificación al deudor cedido siempre que exista previsión contractual en el sentido. La cesión será válida desde su fecha;
- b) Sólo subsistirán contra el cesionario la excepción fundada en la invalidez de la relación crediticia o el pago documentado anterior a la fecha de cesión;
- c) Cuando se trate de una entidad financiera que emita títulos garantizados por una cartera de valores mobiliarios que permanezcan depositados en ella, la entidad será el propietario fiduciario de los activos. Sin embargo los créditos en ningún caso integrarán su patrimonio.

ARTICULO 73. — Sustitúyese el artículo 2662 del Código Civil por el siguiente:

Artículo 2662: Dominio fiduciario es el que se adquiere con razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley.

ARTICULO 74. — Agrégase, como segundo párrafo del artículo 2670 del Código Civil, el siguiente:

Quedan a salvo los actos de disposición realizados por el fiduciario de conformidad con lo previsto en la legislación especial.



ARTICULO 75. — Agregase como segundo párrafo del artículo 3936 del Código Civil el siguiente:

Las legislaciones locales dispondrán el régimen procesal de la ejecución judicial de la garantía hipotecaria, conforme a las siguientes pautas:

- a) El procedimiento será el del juicio ejecutivo;
- b) el trámite informativo sobre las condiciones de dominio y sobre impuestos, tasas, contribuciones y expensas podrá tramitarse de manera extrajudicial, y el estado de ocupación podrá constatarse por acta notarial;
- c) No procederá la compra en comisión;
- d) En ningún caso podrá declararse la indisponibilidad de los fondos producidos en el remate, si bien el juez podrá exigir caución suficiente al acreedor;
- e) Si fuera solicitado por el acreedor, el juez decretará el desalojo del inmueble antes del remate.

ARTICULO 76. — Agrégase como último párrafo del artículo 3876 del Código Civil el siguiente:



Puede convenirse la postergación de los derechos del acreedor hasta el pago total o parcial de otras deudas presentes o futuras del deudor.

TITULO VII

Modificaciones al régimen de corretaje

ARTICULO 77. — Para la matriculación y el desempeño del corredor no será exigible el hallarse domiciliado en el lugar donde se pretende ejercer.

En los casos de corretaje inmobiliario de viviendas nuevas sólo se recibirá comisión del comitente. En las restantes operaciones la comisión al comprador no podrá exceder el 1 1/2 del valor de compra.

TITULO VIII

Modificaciones a la Ley de Fondos Comunes de Inversión

ARTICULO 78. — Modifícase la Ley 24.083, de la siguiente forma:

a) Incorpóranse dos párrafos finales al artículo 1º, el que queda redactado de la siguiente forma:

Artículo 1º: Se considera fondo común de inversión al patrimonio integrado por valores mobiliarios con oferta pública, metales preciosos, divisas, derechos



y obligaciones derivados de operaciones de futuros y opciones, instrumentos emitidos por entidades financieras autorizadas por el Banco Central de la República Argentina, y dinero, perteneciente a diversas personas a las cuales se las reconocen derechos de copropiedad representados por cuota partes cartulares o escriturales. Estos fondos no constituyen sociedades y carecen de personería jurídica.

Los fondos comunes se constituyen con una cantidad máxima de cuota partes de acuerdo con el artículo 21 de esta ley, podrán tener objetos especiales de inversión e integrar su patrimonio con conjuntos homogéneos o análogos de bienes reales o personales, o derechos creditorios con garantías reales o sin ellas de acuerdo con lo que disponga la reglamentación del órgano de fiscalización previsto en el artículo 32 de esta ley.

Los fondos comunes de inversión podrán emitir distintas clases de cuota partes con diferentes derechos. Las cuota partes podrán dar derechos de copropiedad de acuerdo con lo previsto en el primer párrafo de este artículo y también podrán emitirse cuota partes de renta con valor nominal determinado y una renta calculada sobre dicho valor cuyo pago será sujeto al rendimiento de los bienes que integren el haber del fondo.

b) Sustitúyese el artículo 2º por el siguiente:



Artículo 2: La denominación fondo común de inversión así como las análogas que determinen la reglamentación podrán utilizarse únicamente para los que se organicen conforme a las prescripciones de la presente ley, debiendo agregar la designación que les permita diferenciarse entre sí. La denominación fondo común de inversión inmobiliario así como las análogas que determine la reglamentación solo podrán ser utilizadas por aquellos fondos comunes de inversión con una cantidad máxima de cuota partes cuyo patrimonio se hallare integrado, además de por los bienes previstos en el párrafo primero del artículo 1º de esta ley, por derechos sobre inmuebles, créditos hipotecarios en primero o ulterior grado y derechos de anticresis constituidos sobre inmuebles en las proporciones que establece en la reglamentación.

c) Modifícase el inciso a) del artículo 13, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 13: El Reglamento de Gestión debe especificar:

a) Planes que se adoptan para la inversión del patrimonio del fondo, especificando los objetivos a alcanzar, las limitaciones a las inversiones por tipo de activo y, de incluir créditos, la naturaleza de los mismos y la existencia o no de coberturas contra el riesgo de incumplimiento.



d) Modifícase el inciso c) del artículo 14, el que queda redactado de la siguiente forma:

c) La guardia y el depósito de valores y demás instrumentos representativos de las inversiones, pago y cobro de los beneficios devengados, así como el producto de la compraventa de valores y cualquiera otra operación inherente a estas actividades. Los valores podrán ser depositados en una caja constituida según lo dispone la ley 20.643.

e) Incorporase como inciso e) del artículo 14 el siguiente:

e) En los casos de fondos comunes de inversión inmobiliaria:

I. Actuar como fiduciario, en los términos del artículo 2662 del Código Civil respecto de los inmuebles, derechos de anticresis y créditos hipotecarios, en beneficio de los cuotapartistas y conforme a las instrucciones de la sociedad gerente. Esta última deberá prestar su asentimiento expreso en todo acto de adquisición o disposición de los bienes antes indicados.

II. Realizar respecto de los bienes inmuebles todos los actos de administración que sean necesarios para su conservación, venta, hipoteca o constitución de otros derechos reales, arrendamiento o leasing conforme a las instrucciones que imparta la sociedad gerente. El reglamento de gestión podrá asignar esas



tareas directamente a la sociedad gerente, sin necesidad de ningún otro instrumento.

III. Custodiar los demás bienes que integran el fondo común.

IV. Llevar por sí a través de una caja constituida según la ley 20.643, el registro de cuota parte escriturales o nominativas y expedir las constancias que soliciten los cuotapartistas.

f) Sustituyese el artículo 17 el que quedara redactado de la siguiente forma:

Artículo 17: el dinero en efectivo no invertido perteneciente al fondo, debe depositarse en entidades financieras autorizadas por el Banco Central de la República Argentina, o para el caso de los depósitos y otras transacciones en moneda extranjera que fueran necesarias para las operaciones de los fondos comunes en mercados del exterior en las entidades financieras internacionales que reúnan las condiciones que determine la reglamentación.

g) Incorporase un párrafo final al artículo 18, el que quedara redactado de la siguiente forma:

Artículo 18: Las cuota partes emitidas por el fondo común de inversiones estarán representadas por certificados de copropiedad nominativos o al portador, en los cuales se dejara constancia de los derechos del titular de las



copropiedad y deberán ser firmados por los representantes de ambos órganos del fondo. Las firmas podrán ser estampadas por medios mecánicos copiadores. Podrán emitirse cuota partes escriturales, estando a cargo de la depositaria el registro de cuotapartistas. Un mismo certificado podrá representar uno o más cuota partes. La emisión de cuota partes debe expedirse contra el pago total del precio de suscripción, no admitiéndose pagos parciales.

Los fondos cerrados podrán emitir certificados globales para su depósito en regímenes de depósito colectivo.

h) Agregase como último párrafo del artículo 21 los siguientes:

El reglamento de gestión puede prever que al menos un (1) año antes de la expiración del plazo por el que se constituyó el fondo, una asamblea de cuota artistas resuelva su prórroga. Los cuota artistas disconformes con lo dispuesto por la asamblea, podrán solicitar el rescate de su cuota partes, a las que se les integrara el valor de su participación en el término máximo de un (1) año.

A la asamblea de cuota artista se aplicaran las disposiciones de la ley 19.550 de sociedades comerciales relativas a la asamblea extraordinaria.

i) Agréganse como segundo, tercero y cuarto párrafo del artículo 25 de la Ley 24.083, los siguientes:



Las cuota partes y cuota partes de renta de los fondos comunes de inversión, serán objeto del siguiente tratamiento impositivo:

a) Quedan exentas del impuesto al valor agregado las prestaciones financieras que puedan resultar involucradas en su emisión, suscripción, colocación, transferencia y renta:

b) Los resultados provenientes de su compraventa, cambio, permuta, conversión y disposición, así como también sus rentas, quedan exentos del impuesto a las ganancias, excepto para los sujetos comprendidos en el título VI de la Ley de Impuesto a las Ganancias (texto ordenado en 1986 y sus modificaciones). Cuando se trate de beneficiarios del exterior comprendidos en el título V de la citada norma legal, no regirá lo dispuesto en su artículo 21 y en el artículo 104 de la Ley 11.683 (texto ordenado 1978 y sus modificaciones).

El tratamiento impositivo establecido en el párrafo anterior será de aplicación cuando los referidos títulos sean colocados por oferta pública.

Asimismo, a los efectos del impuesto al valor agregado, las incorporaciones de créditos a un Fondo Común de Inversión, no constituirán prestaciones o colocaciones financieras gravadas. Cuando el crédito incorporado incluya intereses de financiación, el sujeto pasivo del impuesto por la prestación correspondiente a estos últimos continuará siendo el cedente, salvo que el pago



deba efectuarse al cesionario o a quien éste indique, en cuyo caso será quien lo reciba el que asumirá la calidad de sujeto pasivo.

(Inciso i) sustituido por art. 1° de la Ley N° 24.781 B.O. 4/4/1997)

TITULO IX

Modificaciones al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación

ARTICULO 79. — Modificase el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de la siguiente forma:

Artículo 598: Dictada la sentencia de trance y remate se procederá de la siguiente forma:

1. El juez ordenará verificar el estado físico y de ocupación, designado a tal fin al escribano que proponga el acreedor. Si de esa diligencia resulta que el inmueble se encuentra ocupado, en el mismo acto se intimará a su desocupación en el plazo de diez (10) días, bajo apercibimiento de lanzamiento por la fuerza pública.

No verificada en ese plazo la desocupación, sin más trámite se procederá al lanzamiento y se entregará la tenencia al acreedor, hasta la aprobación del remate, con intervención del notario al que se refiere el párrafo anterior. A esos fines, el escribano actuante puede requerir el auxilio de la fuerza pública,



allanar domicilio y violentar cerraduras y poner en depósito oneroso los bienes que se encuentren en el inmueble, a costa del deudor.

2. El acreedor estará facultado para solicitar directamente al Registro de la Propiedad un informe sobre el estado y gravámenes que afectaren el inmueble hipotecado, con indicación del importe de los créditos, sus titulares y domicilios.

3. Asimismo, el acreedor puede requerir la liquidación de las deudas que existan en concepto de expensas de la propiedad horizontal, impuestos, tasas y contribuciones que pesen sobre el inmueble, bajo apercibimiento que de no contarse con dichas liquidaciones en el plazo de diez (10) días hábiles desde la recepción de su solicitud, se podrá subastar el bien como si estuviera libre de deudas. Los reclamos que se dedujeron por aplicación de lo dispuesto en este inciso no afectarán el trámite de remate del bien gravado.

4. La venta quedará perfeccionada una vez pagado el precio en el plazo que se haya estipulado y realizada la tradición a favor del comprador. El pago se podrá realizar directamente al acreedor, quien deberá depositar el remanente dentro del quinto día verificado el cobro. Si el acreedor ostenta la tenencia del inmueble subastado, podrá transmitirla directamente al comprador: caso contrario y no habiendo mediado desposesión como lo prevé el inciso 1 deberá ser entregado con intervención del juez. La protocolización de las actuaciones



será extendida por intermedio del escribano designado por el comprador, sin que sea necesaria la comparecencia del ejecutado.

5. El deudor ni el tercero, poseedor del inmueble hipotecado, pueden interponer incidente ni recurso alguno, salvo las defensas del artículo 64 en la oportunidad del artículo 54, sin perjuicio de que el deudor pueda ejercitar, en juicio sumarísimo posterior, los derechos que tenga que reclamar el acreedor. Si existiera peligro de desprotección de alguno de los interesados, se notificará al defensor oficial para que asuma el control del proceso de ejecución de la garantía.

6. Una vez realizada la subasta y cancelado el crédito ejecutado, el deudor podrá impugnar por la vía judicial:

a) La liquidación practicada por el acreedor, y

b) El incumplimiento de los recaudos establecidos en el presente artículo por parte del ejecutante.

En todos los casos el acreedor deberá indemnizar los perjuicios ocasionados, sin perjuicio de las sanciones penales y administrativas de que se hiciera pasible.



7. en los casos previstos en el presente artículo, no procederá la compra en comisión ni la indisponibilidad de los fondos de la subasta. No obstante el juez podrá pedir caución suficiente al acreedor.

TITULO X

Modificaciones al Régimen Registral

ARTICULO 80. — Cuando la ley lo autorice pueden ser inscritos los instrumentos privados, siempre que la firma de sus otorgantes esté certificada por escribano público.

ARTICULO 81. — La situación registral sólo variará a petición de:

- a) El autorizante del documento que se pretende inscribir, o su reemplazante legal;
- b) Quien tuviere interés para asegurar el derecho que se ha de registrar.

TITULO XI

Modificaciones al Código Penal

ARTICULO 82. — Agrégase al artículo 173 del Código Penal, los siguientes incisos:



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.

13. El que encontrándose autorizado para ejecutar extrajudicialmente un inmueble lo ejecutara extrajudicialmente un inmueble lo ejecutara en perjuicio del deudor, a sabiendas de que el mismo no se encuentra en mora, o maliciosamente omitiera cumplimentar los recaudos establecidos para la subasta mediante dicho procedimiento especial.

14. El tenedor de letras hipotecarias que en perjuicio del deudor o de terceros omitiera consignar en el título los pagos recibidos.

TITULO XII

Modificaciones a las leyes impositivas

CAPITULO I

ARTICULO 83. — Los títulos valores representativos de deuda y los certificados de participación emitidos por fiduciarios respecto de fideicomisos que se constituyan para la titulización de activos, serán objeto del siguiente tratamiento impositivo:



a) Quedan exentas del impuesto al valor agregado las operaciones financieras y prestaciones relativas a su emisión, suscripción, colocación, transferencia, amortización, intereses y cancelación, como así también las correspondientes a sus garantías;

b) Los resultados provenientes de su compraventa, cambio, permuta, conversión y disposición, como así también sus intereses, actualizaciones y ajustes de capital, quedan exentos del impuesto a las ganancias, excepto para los sujetos comprendidos en el Título VI de la Ley de Impuesto a las Ganancias (texto ordenado 1986) y sus modificaciones. Cuando se trate de beneficiarios del exterior comprendidos en el título V de la citada norma legal, no regirá lo dispuesto en su artículo 21 y en el artículo 104 de la Ley 11.683 (texto ordenado 1978) y sus modificaciones.

El tratamiento impositivo establecido en este artículo será de aplicación cuando los referidos títulos sean colocados por oferta pública.

ARTICULO 84. — A los efectos del impuesto al valor agregado, cuando los bienes fideicomitidos fuesen créditos, las transmisiones a favor del fideicomiso no constituirán prestaciones o colocaciones financieras gravadas.

Cuando el crédito cedido incluya intereses de financiación, el sujeto pasivo del impuesto por la prestación correspondiente a estos últimos continuará siendo el



fideicomitente, salvo que el pago deba efectuarse al cesionario o a quien éste indique, en cuyo caso será quien lo reciba el que asumirá la calidad de sujeto pasivo.

ARTICULO 85. — Las disposiciones del presente capítulo entrarán en vigencia el primer día del mes subsiguiente al de la publicación de la presente ley.

TITULO XIII

Desregulación de aspectos vinculados a la construcción en el ámbito de la Capital Federal (artículos 86 al 98)

ARTICULO 86. — Agrégase al artículo 2.1.3.7 del Código de la Edificación (ordenanza 33.387 oficializada por ordenanza 33.515 de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires) el siguiente párrafo:

Ante la presentación de la documentación exigida para la ejecución de obras que requieran permiso, se expedirán inmediatamente y en un mismo acto, el número de expediente y la registración, postergando cualquier análisis sobre aquella documentación para la etapa siguiente de fiscalización, basada en la responsabilidad profesional.



ARTICULO 87. — Agrégase al inciso a) del artículo 2.1.2.2. del Código de la Edificación (ordenanza 33.387 oficializada por la 33 515 de la Municipalidad de Buenos Aires), como último párrafo el siguiente:

Cuando la entrega de los certificados exigidos para el permiso de obra demorase más de cuarenta y ocho (48) horas, el interesado quedará autorizado para suplirlos con la presentación de la solicitud correspondiente en la que constará el incumplimiento del plazo antes mencionado.

ARTICULO 88. — Derógase la exigencia del registro de gestores, prevista por el artículo 2.5.9.6. del Código de Edificación (ordenanza 33.387 oficializada por ordenanza 33.515).

ARTICULO 89. — Redúcese el costo del derecho de ocupación y uso de la vía pública con obradores de empresas privadas por cuenta de terceros, previsto por el artículo 26 de la Ordenanza Tarifaria para el año 1994 (47.548), a la suma de cinco centavos (\$ 0,05).

ARTICULO 90. — Redúcese la contribución por publicidad prevista por el artículo 65 de la Ordenanza Tarifaria para el año 1994 (47 548), al cinco por ciento (5%) del valor anual de la mayor tarifa para un aviso frontal simple conforme el artículo 13.4.14 del Código de la Publicidad (ordenanza 41.115), con un importe único para toda la Capital.



ARTICULO 91. — Derógase el artículo 2 y la obligación de percibir honorarios por etapas prevista en los capítulos II, III y IV del arancel aprobado por decreto ley 7887/55.

ARTICULO 92. — Derógase el artículo 2.1.1.4. del libro segundo del Código de Ética para la Agrimensura, Arquitectura e Ingeniería, aprobado por decreto 1099/84.

ARTICULO 93. — Derógase la intervención del Consejo Profesional respectivo en la extensión del certificado de encomienda de tareas profesionales, previsto en el apartado 4, inciso a), del artículo 2 1.2.2. del Código de la Edificación (ordenanza 33.387, oficializada por ordenanza 33.515).

ARTICULO 94. — Prohíbese a los colegios profesionales de agrimensura, arquitectura e ingeniería exigir a sus matriculados, en forma previa a la realización de actividades en que éstos asuman responsabilidad profesional, cualquier clase de certificado de habilitación y registro de encomienda.

ARTICULO 95. — Suprímese el Registro Municipal de Profesionales al que se refiere el artículo 2.5.9.1. y concordantes del Código de la Edificación (ordenanza 33.387, oficializada por ordenanza 33.515) y créase, en su reemplazo un Registro de Profesionales Sancionados, donde figurarán



exclusivamente aquellos profesionales que hayan sido suspendidos o inhabilitados para ejercer en el ámbito municipal.

Podrán ejercer libremente su profesión en el ámbito de la Capital Federal, de conformidad con lo establecido por el decreto 2293 del 2 de diciembre de 1992, quienes no se encuentren incluidos en el Registro de Profesionales Sancionados mencionado en el párrafo anterior.

ARTICULO 96. — Derógase el visado del consejo profesional respectivo del letrero reglamentario de obra, previsto en el apartado 5, inciso a), del artículo 2.1.2.2. del Código de la Edificación (ordenanza 33.387, oficializada por ordenanza 33.515).

ARTICULO 97. — Déjase sin efecto toda norma legal que se oponga al contenido de la presente ley.

ARTICULO 98. — Comuníquese al Poder Ejecutivo. — ALBERTO R. PIERRI. — FAUSTINO MAZZUCCO. — Esther H. Pereyra Arandía de Pérez Pardo. — Eduardo Piuzzi.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS VEINTIDOS DIAS DEL MES DE DICIEMBRE DEL AÑO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO.



Voces: responsabilidad objetiva - contratos civiles y comerciales - compraventa - fideicomiso - dominio fiduciario - fiduciario - vicios redhibitorios - vicios ocultos - protección del consumidor - fideicomiso inmobiliario - fideicomiso de garantía - daños y perjuicios - indemnización

Partes: Cons. de Prop. Avda. Garay 2235/49/55 c/ T.G.R. Hipotecaria S.A. y otro s/ daños y perjuicios

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

Sala/Juzgado: J

Fecha: 20-sep-2012

Cita: MJ-JU-M-75732-AR | MJJ75732 | MJJ75732

Se rechazó la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el banco fiduciario en un emprendimiento inmobiliario y se la condenó a responder -junto con la entidad fiduciante- ante el consorcio actor por los vicios constructivos del inmueble vendido.

Tribunal

Materia

Relacionados

Sumario:

1.-Corresponde responsabilizar a la entidad bancaria titular fiduciaria del inmueble objeto de un emprendimiento inmobiliario, por los vicios constructivos presentes en aquél -en el caso: filtraciones, caídas de revoques y cielorasos, descascaramientos de paredes, corrosión de ventanas y aperturas, desprendimientos de cerámicos, malas terminaciones de obra, etc.-,



si ésta intervino en dicha operatoria no sólo en carácter de agente financiero sino que era la única legitimada para transmitir el bien a título de vendedor pues, visto que la pretensión del actor deriva del cumplimiento defectuoso del contrato de compraventa, las cláusulas de irresponsabilidad pactadas entre las empresas que formaron parte del emprendimiento son inoponibles a los adquirentes.

2.-Según el art. 1°  de la ley 24441, habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmite, o se obligue a transmitir la propiedad fiduciaria de bienes determinados o determinables a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario) y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición del fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario; vale decir, es el contrato por el cual una persona recibe de otra un encargo respecto de un bien determinado cuya propiedad se le transfiere a título de confianza, para que al cumplimiento de un plazo o condición le dé el destino convenido.

3.-La atribución fiduciaria de la propiedad puede tener su fuente en un contrato -como es el caso de autos-, del que surja la obligación del fiduciante de transmitir al fiduciario un bien afectado a una finalidad, cumplida la cual, dicho bien es nuevamente transmitido al fiduciante o a un tercero, denominado fideicomisario, el fiduciario se obliga a cumplir el encargo y a otorgar los beneficios que genere el bien fideicomitado al beneficiario designado



4.-La finalidad típica del contrato de fideicomiso es la transmisión de una propiedad fiduciaria, que se caracteriza por constituir una excepción a la regla de la transmisión dominial definitiva, ya que, luego del cumplimiento de un plazo o una condición, debe transmitirse nuevamente.

5.-Conforme se desprende de los términos del contrato celebrado, en el sub examine nos hallamos frente a aquellos denominados fideicomisos de garantía , efectivamente, si bien la ley 24441 sólo nombra dos especies de fideicomiso: el testamentario y el financiero, por lo cual el fideicomiso de garantía -como tantos otros llamados fideicomisos especiales- no se encuentra expresamente regulado por la ley 24441, ello no es argumento suficiente para desconocer la existencia de esta especie.

6.-No existiendo definición legal en nuestro país, puede sostenerse que el fideicomiso de garantía es el contrato mediante el cual el fiduciante transfiere la propiedad (fiduciaria) de uno o más bienes a un fiduciario con la finalidad de garantizar con ellos, o con su producido, el cumplimiento de ciertas obligaciones a cargo de aquél o un tercero, designando como beneficiario al acreedor o a un tercero, en cuyo favor, en caso de incumplimiento, se pagará la obligación garantizada, según lo previsto en la convención fiduciaria.



7.-La nota más trascendente del fideicomiso en garantía es el *ius vendendi*, que es el derecho que tiene el fiduciario de vender o ejecutar los bienes fideicomitados, con el fin de satisfacer su crédito o el del beneficiario, sin acudir a los tribunales; se añade de este modo al crédito algo que éste no tiene por sí mismo, de forma tal que esa adicción o yuxtaposición refuerza al acreedor la seguridad de que ha de ver realizado su derecho, ampliándose su poder jurídico, de modo tal que aparece un nuevo derecho subjetivo o una facultad.

8.-Si al fiduciario se ha transferido la titularidad temporal pero completa de las cosas y bienes, no existe forma de que, aplicando el sistema legal de responsabilidades vigente, sea exonerado sin más, so pretexto de no ser el titular económico del negocio, o el beneficiario de las rentas, para soslayar el principio general de la responsabilidad objetiva.

9.-No empece a la responsabilidad del banco fiduciario lo acordado con el desarrollador, donde se dejara constancia que que el Banco solamente actuaba como agente financiero y que no se responsabilizaba bajo ningún concepto por los problemas que pudieren generarse por eventuales deficiencias en el desarrollo o terminación de las obras, como así tampoco por cualquier otro reclamo que por cuestiones conexas pudiera ser presentado por personas o sectores interesados, es que se encuentra probado en autos que el Banco no resultó un simple tercero en la relación y, más allá de la virtualidad y significancia que dicha convención pueda reconocer entre los que la estipularon, resulta inoponible al Consorcio



accionante, dada la condición de terceros perjudicados de los propietarios que lo conforman.

Fallo:

Buenos Aires, a los 20 días del mes de septiembre de 2012, reunidas las Señoras Jueces de la Sala "J" de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, a fin de pronunciarse en los autos caratulados: "Consortio de Propietarios Avenida Garay n°2235/49/55 c/T.G.R. Hipotecaria S.A. y otro s/Daños y Perjuicios".

La Dra. Marta del Rosario Mattera dijo:

I. La sentencia de fs.459/465 rechaza las defensas de falta de legitimación para obrar y de prescripción planteadas por el ente fiduciario y, después de pronunciarse sobre el alcance de la responsabilidad contractual atribuida a las emplazadas, hizo lugar a la demanda entablada por los daños y perjuicios derivados de las deficiencias de construcción que padecen distintas unidades funcionales y condenó a T.G.R. Hipotecaria S.A. y a Banco Hipotecario S.A. a pagar al Consortio de Propietarios actor, las sumas que indicó en la parte dispositiva de fs.465 y los accesorios y costas que les impuso.



Contra dicho pronunciamiento se alza a fs.473 la entidad bancaria codemandada, quien expresa sus agravios a fs.498/506. Corrido el pertinente traslado de ley, el responde de la adversaria fue declarado extemporáneo.

A fs.512 se dicta el llamado de autos a sentencia, providencia que ha quedado firme, encontrándose las actuaciones en estado de resolver.

II. Se agravia el Banco Hipotecario de que la sentencia recurrida rechace la defensa de falta de legitimación articulada y en tanto se considera en ella que el ente fiduciario no resultó un mero agente financiero de la operación, carente de relación alguna con el accionante. Razona que el rechazo de su defensa resultó infundado, tornándose arbitrario y dogmático lo sostenido por el "a quo" en pos de extender la responsabilidad más allá de la que negó como fiduciario, en contra de lo que expresamente establece el artículo 16 de la ley 24.441.

Insiste en su carencia de legitimación pasiva, considerándose extraño a la relación anudada entre el actor y T.G.R.

Hipotecaria S.A., afirmando que de los instrumentos contractuales arrimados en autos emerge que el Banco Hipotecario S.A. no es la persona jurídica titular de la relación jurídica sustancial que justificaría una eventual pretensión resarcitoria, cuando el único



objetivo que persigue el fiduciario en el marco de la ejecución de su garantía, es el de satisfacer el crédito otorgado a la empresa deudora.

Asevera que, cuando el accionante basa su demanda en las disposiciones del artículo 1646 del Código Civil -por lo que la acción puede ser dirigida contra el constructor, el director de la obra, o el proyectista-, no se ha tenido en cuenta al sentenciar que no existe contrato de obra que hubiera celebrado el accionante -y/o quien constituyó el consorcio como parte comitente-, con el Banco Hipotecario S.A.; concluyendo que resulta jurídicamente improcedente atribuirle la condición de sujeto pasivo de responsabilidad por la ruina del edificio.

Rezonga, entonces, que se le haya atribuido responsabilidad en los términos del artículo 1113 del Código Civil, cuando tal extremo no fue invocado por la parte actora, quien a lo largo de su demandada hace referencia a la acción prevista por el artículo 1646 del mismo ordenamiento legal.

Se queja de que el "a quo" haya concluido en que corresponde atribuirle responsabilidad en su carácter de titular del dominio fiduciario del inmueble, explicando el rol que le cupo en el contrato de fideicomiso, el que, remarca, no era de "administración" (de la obra) sino de "garantía" de un mutuo bancario en donde el deudor (fideicomitente) le confirió el encargo de ejercer el "ius vendendi" y así cobrar su crédito.



Dentro de ese marco conceptual, respaldando sus reproches en las estipulaciones convenidas en los contratos y documentos que adjuntó la propia actora, dada su calidad de titular fiduciario del inmueble que ostenta, afirma que por aplicación los artículos 14  y 15 de la Ley 24.441, el accionante carece de cualquier derecho y/o acción contra el Banco, sin perjuicio de las acciones que pudiera ostentar contra el vendedor.

Endereza también sus críticas contra la desestimación de la defensa de prescripción, en razón de que, en función de lo establecido por el artículo 1646 del Código Civil, norma que invoca el accionante en respaldo de su pretensión, ha transcurrido el plazo de un año desde que se produjera la ruina, pues entiende que -como surge de la demanda-, la actora tomó conocimiento de la existencia de los supuestos daños que a su decir provocaron la ruina parcial, pues en dicha oportunidad efectuó un reclamo a la codemandada TGR Hipotecaria S.A. y manifiesta haber efectuados algunos trabajos ese mismo año.

Reprocha que en la sentencia, el "a quo" haya omitido expedirse con relación a la defensa que sostiene la improponibilidad de la demanda de daños y perjuicios junto a la acción entablada, si se entiende la misma se plantea en los términos del artículo 2164(del Código Civil.

Finalmente, observa que el monto otorgado a la actora para resarcir los daños, supera el



monto pretendido por aquélla, en tanto el "a quo" considera que deben ser indemnizados los daños producidos al Consorcio por la suma que indica el perito arquitecto en su informe; suma esta superior a la establecida por accionante en los términos del artículo 330, inciso 3º, del Código Procesal.

III. Resumida, pues, en apretada síntesis la argumentación impugnativa de la apelante, es oportuno resaltar que, tal como lo ha ref:LEG2164) sostenido señeramente nuestro más alto tribunal, los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquellas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (Fassi-Yañez, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Anotado y concordado.", t.1, p.825; CSJN, Fallos:

258:304; 262:222; 265:301; 272:225, entre otros). Es decir, están facultados para circunscribirse a las que estimen necesarias para la sentencia que deban dictar y no se encuentran ceñidos a seguir el enfoque jurídico esgrimido por las partes, ni tampoco a rebatir todos y cada uno de los fundamentos por ellas invocados.

IV. En cuanto concierne a la cuestión traída a conocimiento, deviene relevante recordar que según el artículo 1º  de la ley 24.441, habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmite, o se obligue a transmitir la propiedad fiduciaria de bienes determinados o determinables a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se



designa en el contrato (beneficiario) y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición del fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario. Vale decir, es el contrato por el cual una persona recibe de otra un encargo respecto de un bien determinado cuya propiedad se le transfiere a título de confianza, para que al cumplimiento de un plazo o condición le dé el destino convenido (conf. Carregal, cit. Por Lisoprawski, en "Teoría y Práctica del Fideicomiso", de Kiper, Claudio M. y Lisoprawski, Silvio W., Ed. Depalma, año 1999, pág.299).

En efecto, la atribución fiduciaria de la propiedad puede tener su fuente en un contrato - como es el caso de autos-, del que surja la obligación del fiduciante de transmitir al fiduciario un bien afectado a una finalidad, cumplida la cual, dicho bien es nuevamente transmitido al fiduciante o a un tercero, denominado fideicomisario. El fiduciario se obliga a cumplir el encargo y a otorgar los beneficios que genere el bien fideicomitado al beneficiario designado (cfr. Ricardo Luis Lorenzetti, "Tratado de los Contratos", t.III, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, p.293 y s.s.).

Resalta este autor la heterodoxa dualidad que presenta este contrato, pues hay un aspecto interno que vincula al fiduciante y al fiduciario, que presenta, a su vez, un aspecto obligacional y otro real: el fiduciante transmite la propiedad de un bien al fiduciario (derecho real), y celebra un contrato con obligaciones para el fiduciario (derecho personal). Agrega, que el contrato puede obedecer a una causa de garantía, custodia, administración o



inversión.

Señala, también, que en el aspecto externo, el fiduciario es propietario de la cosa que se le transfiere; pero los terceros no pueden invocar el pacto causal que media entre el enajenante y el titular fiduciario, ya que el acuerdo de fiducia no sirve para quebrantar la posición en las relaciones externas (Cfr. aut. cit., ob.cit., p. 301).

Aclara que hay una unidad y equilibrio entre todos estos elementos, porque la transmisión del derecho real, basada en la confianza, es limitada por la causa del contrato.

Los elementos típicos del fideicomiso son: 1) Una parte obligacional activa que es el sujeto que constituye el fideicomiso; 2) Una parte obligacional pasiva, que es el sujeto obligado a administrar el fideicomiso, denominado fiduciario; 3) La obligación de transmitir al fiduciario el dominio de los bienes, sujeto a plazo o condición; 4) Un bien o pluralidad de ellos, individualizados a la fecha de celebración, sobre los que se constituye el fideicomiso, o determinable; 5) Un beneficiario de las ganancias que surgen de la administración del fideicomiso; 6) Una obligación a cargo del fiduciario de transmitir el dominio del bien luego del cumplimiento de una condición o un plazo; 7) Un destinatario final de los bienes, que es el fideicomisario; 8) Un plazo máximo de duración del contrato de treinta años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuere un incapaz, caso en el que podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad (ibid. p. 303).



La finalidad típica de este contrato es la transmisión de una propiedad fiduciaria, que se caracteriza por constituir una excepción a la regla de la transmisión dominial definitiva, ya que, luego del cumplimiento de un plazo o una condición, debe transmitirse nuevamente (aut. y ob. cit. p. 304).

En lo que aquí interesa, conforme se desprende de los términos del contrato celebrado, en el "sub examine" nos hallamos frente a aquellos denominados "fideicomisos de garantía". Efectivamente, si bien la ley 24.441 sólo nombra dos especies de fideicomiso: el testamentario y el financiero, por lo cual el fideicomiso de garantía -como tantos otros llamados fideicomisos especiales- no se encuentra expresamente regulado por la Ley 24.441, ello no es argumento suficiente para desconocer la existencia de esta especie, ya que ". el hecho de que no se haya legislado en particular sobre el fideicomiso de garantía, lejos de significar un impedimento legal debe ser interpretado como espacio jurídico disponible para la imaginación fecunda (...) Va de suyo que la ley 24.441 no prohíbe ni expresa ni tácitamente la celebración de fideicomisos de garantía. No ha estado en la mente del legislador prohibir esta clase de fideicomisos" (conf.

Carregal, Mario A. "Fideicomiso de garantía: lícito y necesario", LL.2000-E, 948); siendo esta la opinión mayoritaria en doctrina.



En la actualidad se plantea el análisis del fideicomiso de garantía como sucedáneo de las garantías reales, tales como la hipoteca y la prenda (cfr. Vázquez, Gabriela A., "El fideicomiso de garantía: Certezas y vacilaciones", LL. 2006-A, 1169).

No existiendo, entonces, definición legal en nuestro país, puede sostenerse que el fideicomiso de garantía es "el contrato mediante el cual el fiduciante transfiere la propiedad (fiduciaria) de uno o más bienes a un fiduciario con la finalidad de garantizar con ellos, o con su producido, el cumplimiento de ciertas obligaciones a cargo de aquél o un tercero, designando como beneficiario al acreedor o a un tercero, en cuyo favor, en caso de incumplimiento, se pagará la obligación garantizada, según lo previsto en la convención fiduciaria" (conf. Kiper, Claudio M. - Lisoprawski, Silvio V., "Tratado de Fideicomiso", T.1, pág.447, Ed. Abeledo Perrot, 3ra. ed.); y cumplidas las obligaciones contractuales previstas el fiduciario devolverá la propiedad de los bienes fideicomitados o de su remanente o producido al fiduciante (cfr. Campi, Germán, "El fideicomiso de garantía. La superposición de los roles fiduciario-beneficiario", La Ley online, 2005).

Se ha sostenido también, que esta clase de fideicomiso es un instituto por el cual las partes pretenden eludir la excesiva onerosidad y difícil ejecución que presentan otras garantías, pudiendo, dentro del amplio campo del principio de autodeterminación contractual, establecer los medios más adecuados para evitar costos y fijar vías extrajudiciales de liquidación de bienes.



En este contexto, la nota más trascendente de esta clase de fideicomiso es el "ius vendendi", que es el derecho que tiene el fiduciario de vender o ejecutar los bienes fideicomitados, con el fin de satisfacer su crédito o el del beneficiario, sin acudir a los tribunales. Como se advierte, se añade de este modo al crédito algo que éste no tiene por sí mismo, de forma tal que esa adicción o yuxtaposición refuerza al acreedor la seguridad de que ha de ver realizado su derecho, ampliándose su poder jurídico, de modo tal que aparece un nuevo derecho subjetivo o una facultad. Es decir, el fideicomiso no es un fin en si mismo ya que constituye un medio para llevar a cabo alguna operación subyacente con máximas seguridades y garantías, poniendo a buen resguardo los bienes fideicomitados en un patrimonio separado (conf., Iturbide, Gabriela A., "Reflexiones sobre la naturaleza del derecho del acreedor en el fideicomiso de garantía", pub. Rev. La ley, del 01/02/2005, pág.1).

Finalmente, es dable puntualizar que el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial, incorpora en su artículo 1680 el fideicomiso en garantía, aunque de por vía elíptica, otorgando mayor cobertura al fiduciario (conf. Kiper, Claudio M. y Lisoprawski, Silvio, "El fideicomiso en el proyecto de código", pub. en Rev. Jurid. La Ley del 27 de agosto de 2012, págs.1/7).

V.Sentado ello, cuando el nudo central de los agravios traídos por la entidad bancaria



apelante se circunscribe, primeramente, a su falta de legitimación pasiva y consecuente imposibilidad de atribuirle responsabilidad por los daños reclamados, he de señalar en primer término que la excepción de falta de legitimación para obrar, en la actual terminología del ordenamiento procesal —que viene a coincidir con lo que se denominara tradicionalmente como falta de acción, según la tendencia más moderna—, sirve para verificar quiénes están autorizados para obtener una decisión de fondo sobre las pretensiones formuladas en la demanda, en cada caso concreto y, por tanto, si es posible resolver la controversia que respecto a esas pretensiones existe, en el juicio entre quienes figuran en él como partes-demandante, demandado o interviniente; en una palabra, si actúan en el proceso quienes han debido hacerlo, por revestir la condición de personas idóneas para discutir sobre el objeto concreto de la litis (conf. Devis Echandía, "Nociones generales de Derecho Procesal Civil", 2d. 1966, p.300; Michelli "Curso de Derecho Procesal", t.I, p.351; Satta "Diritto Processuale Civile", 3a. ed., n°79).

Por tanto, a efectos del estudio de la argumentación defensiva desarrollada en sus agravios, se torna imprescindible analizar la base contractual reseñada por la apelante, con respaldo en la cual, el "a quo" le endilgara legitimación pasiva respecto de la pretensión resarcitoria del Consorcio de Propietarios actor y, luego de valorar la prueba rendida, le atribuyera responsabilidad por los daños que aquéllos comuneros reclaman.

Tal como se desprende de los instrumentos y antecedentes que obran en la causa, el "Banco



Hipotecario S.A." suscribió con la firma "T.G.R Hipotecaria S.A." un Convenio de Financiación de Proyecto (fs.61/69) con sujeción a la modalidad aprobada como "Línea de Crédito para la Financiación de Emprendimientos Constructivos con Transmisión del Dominio Fiduciario" (fs.70/87). En virtud de tales convenios, el Banco se comprometió a dar en préstamo a "T.G.R.Hipotecaria S.A." la suma de u\$s. 3.432.840 como aporte financiero máximo y total para la construcción de 104 unidades de vivienda correspondientes al Emprendimiento Constructivo Solar de Garay. Tal préstamo se insertaba en el marco del emprendimiento en el cual la codemandada "T.G.R. Hipotecaria S.A." aparecía como prestataria y la empresa "Constructora Iberoamericana S.A." como contratista de obra. En dicho acuerdo, aquélla se obligaba, en garantía del fiel cumplimiento de sus obligaciones, a constituir un dominio fiduciario a favor del "Banco Hipotecario S.A." sobre los inmuebles asiento de las obras (cláusula décimo sexta). En ejecución de esta última estipulación convenida, las partes suscribieron la pertinente escritura pública, constitutiva de fideicomiso sobre los inmuebles fideicomitidos (fs.14/30). En ese acto, "T.G.R. Hipotecaria S.A." asumió conjuntamente las calidades de fiduciante y deudor, y el "Banco Hipotecario S.A." la condición de fiduciario y acreedor. Se señaló, asimismo, que la constitución del fideicomiso se hacía en cumplimiento de lo pactado en la cláusula décimo sexta del "Convenio de Financiación de Proyecto", y que la garantía fiduciaria se otorgaba para la seguridad del pago de los desembolsos realizados por el Banco en base a tal acuerdo, incluyéndose el capital, los intereses compensatorios y moratorios pactados, las comisiones, los gastos, honorarios e impuestos generados, la ejecución del convenio y del



fideicomiso y, en general, todos los créditos de cualquier naturaleza que el "Banco Hipotecario S.A." pudiera adquirir contra "T.G.R. Hipotecaria S.A.", con motivo u ocasión de la financiación o del fideicomiso.

Evidentemente, reflejo de lo explicitado en el considerando III, se trata en el "sub examine" de una operatoria bajo la forma de una financiación atípica, para la construcción de viviendas familiares, en la que se pacta un fideicomiso de garantía que cubre, en definitiva, el préstamo que el Banco otorga al desarrollista u originante del emprendimiento constructivo. Dicho fideicomiso de garantía opera, pues, en la etapa de construcción. Por él se transfiere a título de confianza la propiedad del inmueble, donde se levantará el edificio, y se ceden al Banco todos los derechos y acciones que el desarrollista u originante tiene sobre el proyecto, inclusive los créditos y dinero provenientes de la pre-venta o venta de las unidades funcionales que se construyan, lo cual le permite al Banco fiduciario contar con un flujo de fondos para asegurar el recupero del crédito. El fideicomiso garantiza, de tal manera, el cumplimiento del contrato de préstamo o Contrato de Financiación que el Banco otorga al desarrollista u originante, pero con la particularidad de que también se reserva recurso contra este último si el proyecto resulta insuficiente para el pago del crédito otorgado (conf. Freire, B., "El fideicomiso - Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios", Bs. As., 1997, págs.264/267).

En la operatoria de financiación de emprendimientos constructivos, accedidos por contratos



de fideicomiso de garantía en los que participa el Banco Hipotecario como agente financiero, para ser desarrollados por entidades originantes, el fideicomiso de garantía tiene como única finalidad asegurar el repago del crédito otorgado; y las facultades que el fiduciario tiene a efectos de ejecutar la garantía -vender el inmueble en el estado de avance en que se encuentra o continuar la obra y luego vender las unidades funcionales terminadas-, significan que el originante ha consentido que el fiduciario se transforme en el ejecutor material del negocio cedido en garantía, pero bajo la responsabilidad patrimonial del primero" (CNCom, Sala E, in re, "Cía. de Servicios Hipotecarios S.A.(CASH) s/concurso preventivo s/ incidente de revisión-Banco Hipotecario SA", del 03/04/2008, LL.2008-C, 231).

Sin embargo, en cuanto aquí interesa destacar, no puedo desconocer que el fideicomiso es un negocio complejo que sirve de instrumento para la realización de otros negocios subyacentes y esto importa que, más allá de las obligaciones y derechos acordados entre las partes del contrato de fideicomiso, el fiduciario debe responder con una serie de obligaciones tendientes al mejor desarrollo del contrato.

5Es verdad que en la operación que celebrara el ente fiduciario demandado con los titulares de las unidades del edificio manifestó limitarse a actuar en su calidad de titular del dominio fiduciario y por cuenta y orden de la codemandada "T.G.R.



Hipotecaria S.A.", quien es, a su vez, beneficiaria de los bienes remanentes una vez que se cancele el total del crédito. Esta última calidad surge de la cláusula n° 7 del plan "Línea de Crédito para la financiación de emprendimientos constructivos con transmisión de dominio fiduciario", reproducida en el cláusula VIII de la escritura agregada en copia a fs.14/30.

No obstante, aunque la real naturaleza de la función del fiduciario lo aleja en tal faz de un típico propietario para convertirlo en administrador de un patrimonio ajeno, formalmente lo es y ello se traduce en la manera que la ley juzga su responsabilidad. Por lo que no puede prescindirse en este análisis de que en el "sub lite", fue la entidad bancaria demandada quien enajenó las cosas y, por consiguiente, quien transmitió el dominio, ya no fiduciario, sino perfecto, a los compradores.

Es así, que el fiduciario es el dueño temporal, pero único, de los bienes y, como tal, debe asumir los derechos y obligaciones, así como la responsabilidad que la titularidad de los bienes implica. Es que es imposible pensar en el fiduciario como un órgano de administración ajeno y separado del patrimonio de afectación, al estilo de las personas jurídicas. El fideicomiso no es una persona de derecho; ni necesita serlo. Es un contrato que asigna, transfiere y moviliza bienes y derechos a un sujeto (persona física o jurídica) que será su titular. Que adquirirá esta propiedad o dominio en modo imperfecto, pero cuya imperfección radica pura y exclusivamente, en una limitación temporal (Clusellas, Eduardo G. y Ormaechea, Carolina, "La responsabilidad del fiduciario", publicado en RCyS 2007,



p.274).

Emerge acreditado en autos, entonces, que como titular del "dominio fiduciario", incluso admitiendo su carácter imperfecto o temporario, se convirtió en la única parte legitimada para transmitir, a título de vendedor, el dominio de las unidades funcionales por cuyos vicios se reclama; por lo tanto, debe asumir las consecuencias de su accionar.

Ciertamente, si al fiduciario se ha transferido la titularidad temporal pero completa de las cosas y bienes, no encuentro forma de que, aplicando el sistema legal de responsabilidades vigente, sea exonerado sin más, so pretexto de no ser el titular económico del negocio, o el beneficiario de las rentas, para soslayar el principio general de la responsabilidad objetiva (conf. arg. CNCiv. Sala H, "Baredes, Guido Matías c/Torres de Libertador 8000 S.A. y otros s/Daños y perjuicios" , octubre de 2006) ("Contratos con Garantía Fiduciaria", Eduardo G.

Clusellas y Carolina Ormaechea, La Ley, 2007, 2da. ed.).

No empece a esta conclusión lo acordado entre el fiduciario y "T.G.R.

Hipotecaria S.A en la cláusula 8° del Convenio de Financiación de Proyecto, donde se dejara constancia que que el Banco solamente actuaba como agente financiero y que no se



responsabilizaba bajo ningún concepto por los problemas que pudieren generarse por eventuales deficiencias en el desarrollo o terminación de las obras, como así tampoco por cualquier otro reclamo que por cuestiones conexas pudiera ser presentado por personas o sectores interesados (ver cláusula XIII "Indemnidad" y 8va.del Convenio de Financiación de Proyecto).

Es que, se encuentra probado en autos que el Banco no resultó un simple tercero en la relación y, más allá de la virtualidad y significancia que dicha convención pueda reconocer entre los que la estipularon, resulta inoponible al Consorcio accionante, dada la condición de terceros perjudicados de los propietarios que lo conforman. Recuérdese que, "para llevar adelante la gestión encomendada, el fiduciario debe asumir obligaciones con terceros . Se trata de obligaciones cuyo incumplimiento, en principio, también hará nacer su responsabilidad contractual hacia esos terceros, en forma independiente de la que le pueda corresponder frente a los que intervienen en el negocio fiduciario" (conf.

Iturbide, Gabriela A., "El fideicomiso de garantía", Hammurabi, pág. 560).

Así, cuando en la especie, en la que ha mediado una intervención activa y prácticamente "autónoma" del mismo Banco Hipotecario S.A. en el ofrecimiento y venta de las viviendas, cabe rechazar la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el banco en el marco de una demanda por daños y perjuicios, verificándose su calidad de sujeto pasivo de la



acción, en tanto titular dominial de los bienes fideicomitidos, que aunque imperfecta, se haya munido de los atributos del dominio por resultar su dueño.

Sucedo que el inmueble dado en fideicomiso lo fue también en garantía del recupero del crédito otorgado. Así, su actuación en el caso no se limitó al mero y solo apoyo crediticio al "originante" (en verdad, dueña o gestora del emprendimiento inmobiliario) y a la empresa constructora como locador de obra, si no que, por resguardar su crédito y retener de los certificados de obra lo necesario para saldar intereses, se implicó necesariamente en el negocio global de marras y no fue ajeno a sus vicisitudes, de tal suerte, que no puede ahora escudarse en una cláusula predispuesta que contraviene derechamente su ínsito rol de contralor eficiente de las obras emprendidas para que éstas llegasen a buen puerto.

En efecto, la detallada reglamentación impuesta para otorgar la financiación, el cobro de comisiones sobre cada unidad vendida, las facultades reservadas por la entidad sobre el avance y calidad técnica de la obra, como sobre la aprobación de planes de venta y escrituración (ver copia de escritura de venta del dominio fiduciario), hacen que, como lo sostuvo el Sr. Juez "a quo"; las cláusulas de irresponsabilidad pactadas entre las empresas que formaron parte del emprendimiento, no sean oponibles al Consorcio de Propietarios conformado por los adquirentes, a quienes se impusieron cláusulas predispuestas, que los colocan en desigualdad de condiciones.



En tales términos, en principio, cabe responsabilizar a la entidad bancaria titular fiduciaria del inmueble objeto de un emprendimiento inmobiliario, por los vicios constructivos presentes en aquél -en el caso: filtraciones, caídas de revoques y cielorosas, descascaramientos de paredes, corrosión de ventanas y aperturas, desprendimientos de cerámicos, malas terminaciones de obra, etc.-, si ésta intervino en dicha operatoria no sólo en carácter de agente financiero sino que era la única legitimada para transmitir el bien a título de vendedor pues, visto que la pretensión del actor deriva del cumplimiento defectuoso del contrato de compraventa, las cláusulas de irresponsabilidad pactadas entre las empresas que formaron parte del emprendimiento son inoponibles a los adquirentes (ver CNCiv., Sala G, "Ortiz, Pablo D. c/T.G.R.

Hipotecaria S.A", del 09/08/2006, LL.2006- F, 214; JA.2007-I, 53, aunque en esa oportunidad de atribuyó culpa al fiduciario en los términos del artículo 520  del Cód. Civil).

VI. De tal forma, al tratarse en el "sub lite" de un caso en que terceros lo demandan por los vicios de la cosa fideicomitada en su carácter de dueño o guardián; en ese carácter, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1113 del Código Civil, debe responder. En efecto, la responsabilidad es objetiva, pues responde hasta cuando haya actuado sin culpa y sólo se libera si acredita una causa ajena: culpa de la víctima, caso fortuito o culpa de un tercero por quien no deba responder (conf. Kiper, Claudio M. y Lisoprawski, Silvio V., "Tratado



de Fideicomiso", T.I, pág.387/388; íd. Iturbide, Gabriela A., "El fideicomiso de garantía", Ed. Hammurabi, pgs.566/567; íd. íd. Eduardo G. Clusellas y Carolina Ormaechea, "Contratos con Garantía Fiduciaria", La Ley, 2007, 2da. ed.).

Sobre este punto en particular, el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial mantiene la responsabilidad objetiva del fiduciario pues determina en su artículo 1685 la obligación del aquél de contratar un seguro contra la responsabilidad civil que cubra los daños causados por las cosas objeto del fideicomiso; y dispone que el fiduciario es responsable en los términos del artículo 1757 (del Proyecto de Reforma. Hecho de las cosas y actividades riesgosas:

".toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas.") y concordante, cuando no haya contratado seguro o cuando éste resulte irrazonable en la cobertura de riesgos y montos.

7No puedo dejar de abordar lo referido a la artículo 14, párrafo segundo, de la ley 24.441, que intenta limitar la responsabilidad objetiva derivada del artículo 1113 del Código Civil, al disponer que: "...la responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del art.1113 del Cód.Civil, se limita al valor de la cosa fideicomitada cuyo riesgo o vicio fuere causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado".



Alineada, entonces, con la postura de algunos autores que entienden que dicho límite no debe interpretarse en sentido estricto -dadas las consecuencias ilógicas que produciría- y de acuerdo con el proyecto de reforma y los anteriores proyectos de reformas que han alcanzado estado parlamentario (entre ellos: Expte. n°6616-D-2006, Trámite parlamentario 166 y Expte. n°6978-D-2006; citados por Kiper y Lisoprawski, en págs.388/392, ob. cit., T.I), entiendo irrazonable esta limitación, pues al tratarse de un hecho ilícito (situación por hipótesis ajena al cometido del fideicomiso), debe prescindirse de ella cuando se acude a los principios generales en materia de responsabilidad, que informan que quien genera un daño en virtud de una acción dolosa o culposa, o cuando se le atribuye la responsabilidad por riesgo o vicio, debe responder íntegramente por la consecuencia de sus actos sin pretender trasladarlas sobre otros (arg. arts.1072 , 1109  y conc. Cód. Civil).

Sin desconocer que esta solución podría afectar los legítimos intereses del beneficiario, juzgo más razonable y propio que en caso de haber el demandado contratado seguro, o siendo su la cobertura contratada insuficiente para responder frente a los riesgos reclamados: responderá el fiduciario con el patrimonio no afectado, puesto que no se trata de una obligación contraída en la ejecución del fideicomiso sino de un hecho ilícito (ver la opinión de Kiper y Lisoprawski, , ob.cit., T.I, pág.387/388).

Evidentemente, lo que hasta aquí llevo explicitado, impone desatender los agravios referidos a la falta de legitimación pasiva de la entidad bancaria fiduciaria y de la crítica



referida al encuadre de la relación jurídica que lleva a cabo el sentenciante de grado, al impugnarse la aplicación de normas en las cuales no funda su pretensión la actora pues, a pesar de la normativa invocada por el pretensor.

Es que, conforme la regla "iuria novit curia", el juzgador tiene no sólo la facultad sino también el deber de discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente la realidad y subsumiéndola en las normas jurídicas que las rigen, con prescindencia de los fundamentos que enuncian las partes (CSJN, Fallos: 261:193). Lo que le está vedado al magistrado es apartarse de las cuestiones fácticas propuestas o vulnerar el principio "secundum allegata", modificar o sustituir las acciones ejercidas, pero de ninguna manera el encuadrar la situación en derecho, conforme a las pretensiones deducidas. En el mismo sentido se ha considerado que, el principio consagrado por el aforismo "secundum allegata et probata partium debet iudex indicare", determina la prohibición al juez de ampliar su iniciativa al campo de la litis, más allá de los hechos que las partes dedujeron en el proceso, es decir que no podrá pronunciarse sobre las cosas no pedidas o planteadas en los escritos de demanda y contestación.

VII. Establecida la legitimación pasiva de la entidad bancaria codemandada, debe abordarse el análisis de los agravios que se enderezan contra la desestimación de la prescripción de la acción que acusara la demandada.



Sabido es que la prescripción es un medio para liberarse de una obligación por el transcurso del tiempo y el silencio o la inacción del acreedor (arts.515, inc.2º , 3947, 3949  y 4017  del Código Civil); en otras palabras, importa la pérdida o extinción de la acción para reclamar su cumplimiento. De ahí es que deba interpretarse restrictivamente, es decir que en caso de duda hay que inclinarse por su subsistencia, evaluando con criterio amplio las causas de interrupción o suspensión. Su fundamento radica en dar estabilidad a los derechos y la seguridad jurídica (Beatriz Arean en "Código Civil y normas complementarias.", BueresHighton, Tº6B, págs. 553/570 y ss., Ed. Hammurabi).

No escapa a mi consideración que la acción no fue promovida por vicios redhibitorios en ninguna de sus alternativas: redhibitoria y "quantum minoris", sino que se solicitó resarcimiento de daños y perjuicios por ruina (de obra), mas no puedo dejar de señalar que a mi criterio, el plazo de prescripción comienza cuando el derecho existe y es exigible. En consecuencia, sólo puede computarse desde que nace la acción, o sea cuando está abierta y expedita la facultad de demandar el derecho ante los organismos jurisdiccionales. Así lo ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación:"el plazo de la prescripción liberatoria comienza a computarse a partir del momento en que la pretensión jurídicamente demandable puede ser ejercida, es decir, coincide necesariamente con el nacimiento de la acción" (CSJN, Fallos 318:879 .

Tampoco desconozco que el magistrado de grado conceptualiza a los daños reclamados



como vicios constructivos y -pese a admitir que conforme a la pericia y a los antecedentes de la causa las deficiencias se hicieron patentes casi inmediatamente:

"sin solución de continuidad desde la finalización de la obra, ya que en 2001 debieron ejecutarse las primeras reparaciones y sucesivamente las siguientes" -, toma como punto de partida del conocimiento de los nuevos daños el momento en que produce su informe técnico el Arquitecto Rizzo en el año 2008, y como actos interruptivos del curso de la prescripción, las interpelaciones cursadas por cartas documento a ambas codemandadas y la mediación previa cumplida, también en el año 2008 (enero y marzo de ese año, respectivamente).

El acta acuerdo del 6/9/2002 celebrado con TGR Hipotecaria S.A. detalla los daños incluidos en el reclamo efectuado en esa oportunidad, que el Consorcio actor indica son diferentes de los que ahora son motivo de la litis, aclarando que algunos trabajos ya fueron realizados en diciembre de 2001, otorgándose una garantía de cinco años, y que los restantes serán efectuados en el plazo de sesenta días (cláusula tercera, acuerdo de fs. 32/34).

El 15 de enero de 2008 se celebró el contrato de locación de obra con el Arquitecto Rizzo y la Arquitecta Veiga en relación con los daños aquí reclamados (fs.35/40). El cotejo de las reparaciones cuya realización se acordada en dicha locación de obra y las referidas en el



acuerdo celebrado con TGR Hipotecaria S.A.

-seis años antes-, arroja que no se trata de los mismos trabajos, aunque en ambos casos se advierte coincidencia en cuanto a las unidades funcionales donde fueran realizados. A modo de ejemplo, podemos mencionar que se han llevado a cabo en ambas oportunidades reparaciones en el departamento 2° G, pero mientras que las tareas del acuerdo del año 2002 se trataron del "reempastinado de bañeras", en el caso de la locación de obra, se realizaron acordaron trabajos en los cielos rasos de ambos balcones de la unidad.

Asimismo, en la Asamblea Extraordinaria celebrada el 27 de diciembre de 2007 (fs.99/93) se señala la existencia de un informe anterior del arquitecto Rizzo (pto.4) y se da instrucciones y facultades al Administrador para la promoción del reclamo por los daños referidos en tal informe.

Tal como con absoluta precisión señala Gregorini Clusellas, el vendedor y el locador tienen un régimen distinto de responsabilidad respecto de la cosa objeto del contrato. El vendedor responde por evicción y vicios redhibitorios (arts.2145  y ss. y 2164  y ss. del Cód. Civil), el locador responde según un régimen especial por ruina total y parcial de la cosa (art.

1646 del Cód. Civil) y otro específico para los vicios aparentes y ocultos (art. 1647 bis. del



Cód. Civil. b) Las prescripciones aplicables difieren: Los vicios redhibitorios prescriben a los tres meses de ser descubiertos, en la compraventa civil (art. 4041) y en un plazo que llega hasta los seis meses, si la venta es comercial (art. 473 del Cód. de Comercio), por lo cual el cómputo del plazo en uno y otro caso es distinto.

La responsabilidad por ruina total o parcial de la obra a cargo del locador se extiende por el término de diez años de recibida la obra, "y el plazo de prescripción de la acción será de un año a contar del tiempo en que se produjo aquella" (art. 1646 del Cód. Civil).

9La distinción entre vicios y ruina de obra sea esta total o parcial, marca una línea divisoria basada en la gravedad de las falencias de la construcción. En el caso de la ruina la responsabilidad se regirá por el régimen del art. 1646 del Código Civil y en el caso de los vicios por el art. 1647 bis, con la lógica diferenciación entre los aparentes y los ocultos o bien por los artículos 2164 y siguientes, si la naturaleza del contrato se considerase compraventa.

Los conceptos de ruina y simples vicios se han aproximado, como resultado de la acepción lata del primero y la consideración de esta distinción no es menor por el distinto régimen de responsabilidad y prescripción aplicable, que en este caso pudo torcer la suerte del fallo.

Respecto del concepto de ruina, la doctrina y jurisprudencia coinciden en afirmar que la



expresión "ruina total o parcial" encierra un concepto jurídico que excede del rigurosamente literal circunscripto al derrumbe o destrucción de la cosa. La acepción jurídica tanto doctrinal como jurisprudencial es más lata y comprende además de la destrucción, la hipótesis de grave daño de la obra, que si bien no significa su destrucción actual, implica una degradación que compromete su conservación o provoca su destrucción gradual, imposibilitando un aprovechamiento racional de la cosa o exigiendo trabajos costosos para reacondicionarla. Encuadran en este concepto lato, la ruina, su peligro inmediato, la potencialidad del estado de cosas real y actual de tornar la obra inepta para su destino natural, así como la orden de demolición originada en inseguridad y emanada de la autoridad municipal competente. El hecho de que la construcción pudiese tener un aprovechamiento residual no modifica en nada la calificación de ineptitud si ella alcanza para excluir el destino natural.

Se ha considerado equivalente a la ruina, la presencia de filtraciones importantes de humedad generalizadas, o las rajaduras de paredes y muros, que exceden el carácter de simples fisuras, o el hundimiento de techos o pisos que conspiran seriamente contra cualquier propósito de aprovechamiento racional de la obra. No configurarían ruina, no obstante la amplitud del concepto, cualquier vicio subsanable o que no comprometa la solidez, estabilidad o aprovechamiento de la obra, como lo serán materiales de calidad inferior, pero que no afecten la seguridad, o fallas en partes no estructurales como electricidad, plomería o carpintería, que serían vicios aparentes u ocultos según el caso,



sometidos al régimen propio de los mismos, pero no calificarían como ruina.

En lo que aquí interesa, en cualquiera de los casos, ya se pretenda encuadrar la cuestión en uno u otro supuesto, o incluso simplemente en una acción de daños y perjuicios, "las normas del régimen de protección al consumidor, en armonía con el sistema protectivo que en general dicho régimen establece, resultan aplicables al "consumidor" inmobiliario, con prescindencia que lo sea a título de comprador (compraventa) o de locatario (locación de obra). Ello, además de resultar claro del texto de la ley (art.1° [Ley 24.240](#) y decreto reglam. 1798/94 [Ley 24.240](#)), ha sido reconocido por nuestra jurisprudencia. Su normativa es de orden público, por lo que sus disposiciones no son disponibles (art.65 [Ley 24.240](#))" (Gregorini Clusellas, Eduardo L., "Las acciones del adquirente o locador de obra de un inmueble con vicios", DJ 2008-I, 536, LA LEY 2008-C, 179).

La postura mayoritaria formada al calor de la interpretación amplia del art.3 [Ley 24.240](#) de la LDC "in dubio pro..." ya se había consolidado antes de la modificación producida por la ley 26.361 [Ley 26.361](#), sosteniendo como plazo legal para todas las acciones emergentes de la ley, como de las leyes generales y especiales aplicables a la relación de consumo, el plazo de tres años.

Todas las acciones judiciales (civiles) y administrativas emergentes del Estatuto del Consumidor prescriben en el plazo de tres años, tanto las que surgen a favor del



consumidor, cuanto a favor del proveedor; y siempre que no exista un plazo especial determinado por ley posterior a la vigencia del art.42(ef:LEG1280.42) de la Constitución Nacional. Esto comprende no sólo las acciones expresamente especificadas por la LDC, sino aquellas que emanan de otras normas especiales y generales; por supuesto, siempre y cuando la acción nazca de una relación de consumo (Ossola, Federico Alejandro, "La prescripción liberatoria en las relaciones de consumo", LL.2006-F,1184-Responsabilidad Civil - Doctrinas Esenciales, Tomo III, 525", cit.en Arias Cáu, Esteban Javier, "Interpretación judicial en torno al consumidor inmobiliario dentro de la relación de consumo", LL Patagonia 2008 (diciembre), 544).

Esta era ya la situación anterior al dictado de la ley 26.361, que se sancionara con posterioridad a la vinculación contractual entre las partes.

En un caso similar al de autos, en el que la misma entidad financiera planteara que su participación en la operatoria se encontraba regida por un contrato de fideicomiso de garantía celebrado con la constructora a los efectos del emprendimiento urbanístico y que por ende se limitó a otorgarle un préstamo a la fiduciante, recibir la titularidad fiduciaria de los inmuebles y posteriormente cobrarse su crédito del producido de la venta los bienes fiduciarios, la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo estableció que el Banco Hipotecario no fue un mero agente financiero carente de vinculación con los eventuales clientes de la empresa constructora. "Antes bien, ha integrado la cadena de



comercialización del inmueble y por ende queda subsumido en la previsión del art.40 de ley 24.240"... por ende, desestimada la falta de legitimación pasiva, resulta solidariamente responsable por el incumplimiento de la ley 24.240, en los términos de su art.40. A la misma conclusión se arribaría por aplicación del régimen de prehorizontalidad reglado por la ley 19.724, atenta la solidaridad prescripta en el art.16 para todos aquellos que intervengan en la operación de venta de un inmueble bajo el régimen de propiedad horizontal, norma que guarda una evidente analogía -cuando menos- con el presente caso".

Se señaló en dicho precedente que "por el rol asumido en la operatoria el banco debió controlar que los bienes fideicomitidos -bajo su administración- se encontraran correctamente terminados, en los términos de los contratos celebrados con el consumidor o al menos hacerse cargo de las eventuales reparaciones inmediatamente de tomar conocimiento de su existencia, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondieren" (CACont.Adm.Fed., sala II, 14/06/2005, "Banco Hipotecario c/Ciudad de Buenos Aires", JA.2006-II, 342 y LL.2005-E, 436).

Similar interpretación, en orden a la aplicabilidad de la LDC en estos supuestos, surge de otro antecedente: "La entidad bancaria constituida en fiduciario del fideicomiso financiero firmado con una empresa constructora resulta responsable por la violación de los arts. 5° , 8°, 10 bis y 18 de la ley 24.240, ante el cumplimiento parcial de la construcción comprometida, ya que la cláusula eximitoria de responsabilidad establecida en el convenio



de preventa carece de efectos frente al consumidor, en tanto no se trata de juzgar la responsabilidad civil de la entidad bancaria, sino si se cumplió o no con las previsiones de la ley de defensa del consumidor, máxime cuando aquélla ostentaba la titularidad del bien y le asistían facultades de contralor sobre la calidad y cualidad de la ejecución de la obra"(C.Apel.Cont. Adm. y Tributario C.A.B.A., 09/05/2007, "Banco Hipotecario S.A. c. Ciudad de Buenos Aires", pub.en La Ley Online AR/JUR/2835/2007).

Ahora bien, ninguna duda cabe que estaba a cargo de la excepcionante acreditar que se encontraba cumplido el plazo de prescripción extintiva que alega en su favor, y si bien -por las características de los daños que se reclaman- resulta dudosa cuál fue la fecha en que éstos se evidenciaron, de la prueba colectada en autos, aun el mejor de los supuestos para la entidad apelante, podría retrotraerse tal fecha al año 2007, pero en ningún caso, de los elementos obrantes en autos puede colegirse que han transcurridos los tres años previstos en la ley de defensa del consumidor para declarar operada la prescripción de la acción.

Si se pretendiera prescindir de esa normativa -no invocada ni aplicada por el sentenciante-, incluso frente a la postura más favorable al apelante, tampoco se encontrarían cumplidos los dos años que establece el artículo 4037  del Código Civil por la responsabilidad objetiva, que es la norma en que se encuadra en definitiva la cuestión en el decisorio recurrido y que, como ha quedado expuesto supra (Considerando V), resulta adecuada al caso desde la óptica de la ley 24.441.



11 Máxime, cuando coincidente doctrina y jurisprudencia tienen dicho que la prescripción de la acción por responsabilidad civil extracontractual, en principio, comienza a correr desde que se produce el hecho generador del daño y, en supuestos especiales, puede igualmente comenzar desde que el damnificado hubiese tenido conocimiento del hecho y de sus consecuencias dañosas; o bien desde que se produce efectivamente el daño o desde que el mismo pudo ser razonablemente conocido por el perjudicado, dado que no hay resarcimiento si el daño es inexistente (cfr. Cazeaux, Pedro N.; Trigo Represas, Félix A., "Derecho de las Obligaciones", T.3, 3ª ed., Librería Editora Platense S.R.L., La Plata 1991, págs.659/662; Trigo Represas, Félix A., López Mesa, Marcelo J., "Tratado de la Responsabilidad Civil", T. IV, Ed.La Ley, 2005, págs.583/585; Mosset Iturraspe, Jorge, "Problemática de la prescripción liberatoria en el Derecho de Daños", en Revista de Derecho Privado y Comunitario "Prescripción liberatoria", Volumen N°22, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2000, pág.27 y ss.; López Herrera, Edgardo, "Tratado de la Prescripción Liberatoria", T. I, reimp., Ed. Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2007, pág.139). Y así lo ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al aseverar que "el plazo de la prescripción liberatoria comienza a computarse a partir del momento en que la pretensión jurídicamente demandable puede ser ejercida, es decir, coincide necesariamente con el nacimiento de la acción" (Fallos 318:879); pues ".no se ve cómo podría empezar a prescribir la acción antes que la persona dañada pudiese ejercerla por ignorancia del perjuicio sufrido" (CSJN, 20/4/82, LL.,1982-C, 189).



De todo lo explicitado, puede afirmarse que el curso de la prescripción opuesta, se presenta cuestionable y deben desatenderse la crítica formulada sobre el particular.

VIII. Distinta suerte deben correr los agravios enderezados contra el monto otorgado en la sentencia para indemnizar los daños y perjuicios reclamados, cuando el magistrado de grado se excedió en su determinación, concediendo más de lo peticionado, pues la accionante fijó su reclamo en la suma de pesos cuarenta y un mil seiscientos treinta y dos (\$41.632), sin indicar que dejaba subordinado el monto resarcitorio definitivo al resultado de la prueba a rendir en autos; por cual dejó trabada la litis con carácter definitivo con relación a la cuantificación de su pretensión.

De ello se sigue que la decisión del juez de grado ha sido incorrecta, en la medida que ha elevado el resarcimiento por los daños reclamados, al otorgarle al accionante las sumas que indica el perito arquitecto en su informe, puesto que la fijación de un monto superior al reclamado significa incurrir en una decisión incongruente, violatoria del deber legal que le imponen los artículos 34, inciso 4° , y 163, inciso 3° , de la ley adjetiva, al que tiene que sujetarse.

Recuérdese que el principio de congruencia, de indudable rango constitucional y cuyo fundamento se encuentra en los artículos mencionados (arts.34, inc. 4°, y 163 inc.3°, Cód.



Procesal), exige la concordancia que debe existir entre la demanda, la contestación y la sentencia en lo que hace a las personas, al objeto y a la causa. En efecto, las partes al fijar el alcance y el contenido de la tutela jurídica requerida delimitan la actividad jurisdiccional a las cuestiones incluidas en la pretensión del actor y la oposición del demandado (Palacio, "Derecho Procesal Civil", T.I, pág.258/259; Fassi -Yáñez, "Código Procesal...", T.I°, pág. 779).

La regla de la congruencia constituye una pauta básica de la garantía constitucional del debido proceso que exige que las sentencias sean dictadas dentro de los parámetros dados por las pretensiones deducidas. Queda así prohibido a los jueces otorgar algo que no haya sido pedido (extrapetita) o más de lo pedido (ultra petita) (Palacio, op. cit., tomo I°, pág.259).

En definitiva, por las consideraciones fácticas y jurídicas desplegadas en el presente voto, propongo al Acuerdo modificar parcialmente la sentencia apelada, en tanto debe prosperar la demanda por la suma de \$ 41.632; confirmando todo lo demás que decide y fuera materia de apelación y agravio; y que se impongan por su orden las costas generadas ante esta instancia, en razón de no haberse suscitado controversia (cfr. arts.68 y 69 del Cód. Procesal).

La Dra. Beatriz Alicia Verón, por las consideraciones expuestas, adhiere al voto que



antecede.

Con lo que se dio por finalizado el acto firmando las señoras Jueces por ante mi de lo que doy fe.- Se deja constancia que la Dra.Zulema Wilde no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109  del R.J.N.).

Buenos Aires, de septiembre de 2012.- Y VISTO, lo deliberado y conclusiones establecidas en el acuerdo transcripto precedentemente, por unanimidad de votos, el Tribunal

RESUELVE:

1) Modificar parcialmente la sentencia apelada y, en consecuencia, condenar a T.G.R. Hipotecaria S.A. y al Banco Hipotecario S.A., a pagar al Consorcio de Propietarios del inmueble de la Av. Juan de Graray 2235/49/55 de esta ciudad, la suma de pesos cuarenta y un mil seiscientos treinta y dos (\$41.632).

2) Confirmar la sentencia apelada, en todas las demás cuestiones que decide y han sido materia de apelación y agravios; 3) Imponer en el orden causado las costas generadas ante esta instancia, en razón de no haberse suscitado controversia (cfr. arts.68 y 69 del Cód. Procesal).

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvase a la instancia de grado.



Se deja constancia que la Dra. Zulema Wilde no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109 del R.J.N.).

Tribunal: Cámara Federal de Apelaciones de Salta

Autos: Montenovi, Yolanda Nilda c. Biella S.A. y otro. Daños y perjuicios

Fecha: 12/06/2008

Sumario:

Resulta responsable por los daños y perjuicios sufridos por el adquirente de una unidad funcional por boleto de preventa, derivados de la no ejecución de la obra, la entidad bancaria constituida en fiduciario del fideicomiso firmado con una empresa constructora, por aplicación de la ley de defensa del consumidor, atento la amplitud del concepto legal de consumidor y sin perjuicio de las regulaciones del banco demandado y de las disposiciones de la línea de crédito otorgada. Además, en cumplimiento del contrato, pues el banco asumió el carácter de fiduciario y beneficiario prioritario de la garantía sobre los bienes fideicomitados, no pudo dejar de controlar el estado y avance de la construcción, lo que está previsto como facultad irrevocable en el contrato de fideicomiso.



Vocablos: DAÑOS Y PERJUICIOS – CONTRATO DE FIDEICOMISO – RESPONSABILIDAD – BANCO – FIDUCIARIO – EMPRESA CONSTRUCTORA – DEFENSA AL CONSUMIDOR

2ª Instancia. — Salta, junio 12 de 2008.

El doctor Jorge Luis Villada dijo:

D) Se iniciaron las presentes actuaciones con motivo de la demanda interpuesta en contra de Biella S.A. y el Banco Hipotecario S.A., motivada en la falta de entrega de la unidad funcional, objeto de preventa, por la que abonara la suma de \$ 16.249, 65. Según explicaciones vertidas en la demanda, la actora intimó la entrega del bien mediante Carta Documento y posterior nota al Banco Hipotecario S.A., agente fiduciario de la operatoria; quien en cada oportunidad rechazó la intimación, respondiendo que solo había intervenido en la operación como agente financiero y que por ello no se responsabilizaba por los problemas de eventuales deficiencias en la terminación de la obra.

Para resolver como lo hizo, el a quo entendió que eran inatendibles los planteos efectuados por el banco, fundados en las cláusulas décimo cuarta del Convenio de Preventa y octava del Convenio de Financiación del proyecto, atento la invalidez de tales estipulaciones previstas expresamente por el art. 37 de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor. Por otra parte, consideró que si bien la finalidad de este tipo de fideicomiso es constituir la garantía del fiduciario a favor del fiduciante, no debe perderse de vista que el fiduciario ejerce la



propiedad de los bienes pero no en su provecho como ocurre con el dueño, sino en interés ajeno, debiendo oportunamente transmitirlos. Por ello, y por aplicación del art. 40 de la ley de Defensa del Consumidor, concluyó que el Banco es responsable frente a los acreedores cuyos derechos nazcan de esa administración fiduciaria, con los bienes integrantes del patrimonio fideicomitado.

En cuanto a la responsabilidad de Biella S.A., la sentencia también rechazó la excepción de falta de legitimación pasiva, en base a evaluar que si bien dicha empresa no firmó el convenio de preventa, sí lo hizo la entidad crediticia en virtud de la expresa autorización conferida por aquélla. Sentado ello, el sentenciante hizo extensiva a esta parte las mismas consideraciones efectuadas respecto del Banco Hipotecario, entendiendo que Biella también participó de la cadena de comercialización del inmueble en cuestión.

Por estos motivos, el fallo declaró solidariamente responsables a las codemandadas, sin perjuicio de las acciones de repetición que pudieran haber entre ellas.

II. A fs. 343/348 expresa agravios el representante del banco, argumentando que el a quo incurrió en una errónea aplicación del convenio de preventa, de donde surge claramente que su parte sólo se comprometió a la firma de la escritura traslativa de dominio, siempre y cuando se cumplieran la totalidad de las condiciones que ambas partes asumieran en la preventa, con libertad discernimiento e intención. Agrega que no asumió obligación alguna de devolución del dinero depositado por el comprador, lo que está en cabeza del vendedor



no obstante haberse utilizado el servicio de caja prestado por el banco, pues las sumas fueron recepcionadas por cuenta y orden del vendedor a efectos de reducir el saldo del préstamo. A consecuencia de ello sostiene que el fallo, al obligarlo a devolver tales sumas, constituye una concreta violación a la propiedad privada.

Asimismo, se agravia de la invalidación de la cláusula 14va. del contrato, puesto que a su criterio, el sentenciante no efectuó un riguroso análisis de moralidad, licitud y congruencia, limitándose a rechazar la cláusula por el sólo hecho de estar integrada en un contrato de adhesión. Por el contrario, sostiene, la citada previsión le dio precisión a la contratación, haciendo saber al firmante a quién debía reclamar en caso de rescisión o resolución.

A fs. 359 se tiene por decaído el derecho de la actora a contestar la expresión de agravios (art. 267 C.P.C.N.).

III. En el marco del contrato de preventa de una unidad funcional del emprendimiento inmobiliario denominado (Edificio Santibáñez), ha quedado incontrovertido que la actora dio estricto cumplimiento a las obligaciones a su cargo, pagando la suma de U\$S 16.249,65 en concepto de reserva de la unidad, que debía imputarse al precio de venta al momento de suscribirse la escritura traslativa de dominio; hecho éste que nunca ocurrió, y motivó la presente demanda.

Lo que queda por determinar en esta instancia, es si las dos empresas que se ubican en el otro lado del negocio jurídico, esto es, el Banco Hipotecario de la Nación y Biella S.A.,



deben responder por ese incumplimiento y el daño consecuente en forma solidaria; o si, por el contrario, la compradora sólo tiene acción contra Biella S.A.

A estos fines, resulta fundamental analizar la particular dinámica del contrato de fideicomiso celebrado entre el banco y la firma constructora, en el marco de la línea de créditos para financiación de emprendimientos constructivos con transmisión de dominio fiduciario.

De acuerdo a la cláusula n° 13 del contrato de preventa (fs. 3/5) el Banco Hipotecario sólo se hizo presente en el acto a efectos de comprometer la transferencia del dominio del inmueble de que se trata, como titular del dominio fiduciario del inmueble en garantía del recupero del crédito otorgado para el desarrollo del emprendimiento.

Sin embargo, tal como remarca la actora, fue el banco a través de la persona de su gerente, - condición que reviste el Sr. Pascual Bertozzi y que se ratifica en la escritura constitutiva del fideicomiso, a fs. 49- quien firmó el contrato de preventa (copia agregada a fs. 3/5) y no la desarrollista.

La incoherencia entre la previsión del primer acto y la ejecución del segundo, ambos trascendentes en la configuración de los derechos y obligaciones de las partes, genera la necesidad de preguntarnos (El Banco Hipotecario integró la cadena de comercialización del bien, o fue un mero agente carente de vinculación con los eventuales clientes de la constructora fiduciante).



La respuesta se inclina en sentido positivo, pues si la entidad bancaria hubiera sido plenamente ajena a la comercialización de las unidades funcionales, en modo alguno hubiera suscripto el contrato de preventa. Se configura un claro supuesto de acto jurídico posterior que borra -en cuanto desconoce- los efectos de una anterior previsión entre partes.

IV. Así las cosas, (debe responder el banco frente al tercer adquirente de los bienes).

La cuestión no es pacífica, dado que existen opiniones y jurisprudencia a favor y en contra de que ello ocurra, como tampoco lo es la propia legalidad del fideicomiso en garantía, que no está expresamente contemplado en la ley 24.441 y que para cierta doctrina, importa expandir el *numerus clausus* de la previsión de derechos reales.

En la difícil tarea de desentrañar esta cuestión, no puede perderse de vista el principio de reserva (art. 19 C.N.) y el status constitucional de los derechos del consumidor.

De acuerdo al primero debe tenerse por cierto que si la ley no prohíbe la conformación de este tipo de fideicomiso como figura atípica, entonces está permitido. Esta apreciación, además, se corrobora con pronunciamientos de Procuración del Tesoro de la Nación (DAL 20/96, 49/97, entre otros) y con la práctica, cada vez más consolidada, de este tipo de negocios de confianza como herramienta para viabilizar la puesta en marcha de distintos proyectos, con impacto positivo en la economía.

Respecto a la jerarquía del derecho del consumidor, su incorporación en el art. 42 de la Constitución Nacional tuvo la directa finalidad de equilibrar la relación, principalmente



cuando el consumidor queda en desventaja frente al poder económico y libertad de disposición sobre el contenido del negocio que tiene la otra parte de la relación (caso típico de los contratos seriados o de adhesión).

Por su parte, el art. 1° de la ley 26.361 (modificatoria de la 24.240 y publicada en B.O. del 7 de abril de 2008) define como consumidor a toda persona física 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; quedando comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines.

En estas previsiones, como en todos los principios que las informan, se advierte la contundente e inculcable finalidad de protección de quien consume, frente a prácticas empresariales que lo colocan en situación de extrema vulnerabilidad (cfr. Stiglitz, Gabriel Derecho

y defensa del consumidor; Ed. La Rocca, Bs. As., 1994 y (Protección jurídica del consumidor), Ed. Depalma, Bs. As. 1986, p. 25 y ss.; Farina, Juan (Defensa del Consumidor y del usuario), Ed. Astrea, Bs. As. 1995).

Por ello, la L.D.C. establece en su art. 3° (como lo hacía su predecesora y en general, toda la legislación sobre la materia) que (en caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá el más favorable al consumidor); lo que conjuga con la pauta (contra preferente), en el sentido de que no debe privilegiarse al autor



de las cláusulas predispuestas en los contratos de adhesión. Volviendo a la ley 26.361, y para que no queden dudas respecto del encuadre legal, se expresa (las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones, sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica). Por otra parte, se trata de normas de orden público (art. 65 de ley 24.240, que sigue vigente tras la nueva normativa); que prevalecen frente a cualquier regulación inter-partes.

A ese marco se suma la teleología del régimen de la ley 24.441, cuyo Mensaje de Elevación indicó como uno de sus fundamentos el de proporcionar a la sociedad argentina instrumentos jurídicos institucionales aptos para implementar y hacer realidad la cláusula constitucional que impone al Estado asegurar a todos los habitantes el acceso a una vivienda digna.

De acuerdo a estos lineamientos; y atento la amplitud del concepto legal de consumidor y el tipo de contrato celebrado a fs. 3/5, podemos concluir sin hesitaciones que Yolanda Montenovi se encuentra alcanzada por la protección constitucional y dentro de los fines de la ley 24.441. Configura la parte más débil de una relación de consumo de un inmueble destinado a vivienda; independientemente de las regulaciones del Banco Hipotecario y de las disposiciones de la línea de crédito; que de ningún modo pueden conjugarse para hacerle más penosa aún la tarea de recuperar el dinero entregado, de buena fe, a cambio de reserva de un inmueble que supuestamente se construiría y entregaría. Se presenta,



entonces, un típico caso de colisión normativa, donde la norma superior (en el caso, el art. 42 C.N.) se infiltra e impone sobre otra inferior contrapuesta (en el caso, las cláusulas 13 y 14 del contrato de preventa).

V. El mencionado orden público, indudablemente interesado en la defensa del consumidor y la más tradicional doctrina civil de protección a la parte débil (de la relación) que actúa de buena fe, conducen a hilvanar responsabilidades emergentes de los deberes inherentes al rol asumido por las partes, más allá de lo que ellas intenten eludir. En esta inteligencia, no resultan admisibles los argumentos esgrimidos por el recurrente para fundar su supuesta falta de legitimación pasiva, esto es, que se constituyó en fiduciario al sólo efecto de garantizar la devolución del préstamo.

Queda patentizado, en cambio, que si el banco asumió el carácter de fiduciario y beneficiario prioritario de la garantía sobre los bienes fideicomitidos (Ver definiciones del contrato de fideicomiso, a fs. 50vta. y 51 vta.) lo que conlleva la tarea de administración del emprendimiento (cfr. Lorenzetti, (Tratado de los Contratos) Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2000, Tomo III, p. 308), no pudo dejar de controlar el estado y avance de la construcción; lo que además está previsto como facultad irrevocable en el contrato de fideicomiso (fs. 52 vta. pto 4.2.). Por lo tanto, debe responder por la omisión de este deber y por la no ejecución de la obra.



Esta conclusión, por lo demás, comulga con sólida jurisprudencia y doctrina en el sentido de que El banco que se constituyó en fiduciario y principal beneficiario del contrato de fideicomiso en garantía que celebró con una empresa constructora es responsable frente al comprador del inmueble fideicomitado por las violaciones al régimen de defensa del consumidor -en el caso, el predio vendido no contaba con las tareas previstas- pues, por el rol asumido en la operación, debió controlar que los bienes fideicomitados bajo su administración, se encontraran correctamente terminados, o bien hacerse cargo de las eventuales reparaciones (Cám. Nac. de Apelaciones en lo Cont. Adm. Federal, Sala II; 14/06/2005; Banco Hipotecario c. Ciudad de Buenos Aires), con nota de Nicolás Malumián, (El fideicomiso en garantía y la responsabilidad del fiduciario frente al consumidor), LA LEY, 2005-E, 435.

VI. En cuanto al agravio relativo a la invalidez de la cláusula 14 del contrato de preventa; debe recordarse que de acuerdo al art. 37 de la ley 24.240 sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas, entre otras, las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños (inciso a); configurándose en tal caso una nulidad, absoluta y manifiesta, inexorable (cfr. Defensa de los consumidores de productos y servicios, obra colectiva bajo la dirección de Gabriel Stiglitz, Ed. La Rocca, Bs. As. 2001).

Esto es lo que ocurre puntualmente con la disposición mencionada, asistiendo razón al sentenciante en cuanto declaró su nulidad; pues lo hizo en mérito a lo inadmisibles de



retacear la responsabilidad en cuanto choca con la esencia de los derechos del consumidor - análisis valorativo-; y no, como señala la recurrente, por el mero hecho de tratarse de un contrato de adhesión.

Finalmente, tampoco puede darse curso al agravio relativo a la intromisión en la propiedad privada del banco, pues en ningún momento el fallo afirma tal extremo. Por el contrario, a fs. 319 vta (primer párrafo in fine) se destaca que el fiduciario debe responder con los bienes integrantes del patrimonio fideicomitido. Una solución diversa; que importaría desplazar uno de los elementos tipificantes del fideicomiso, consistente en que se responde con el patrimonio de afectación; no surge del texto del fallo.

Por lo tanto, el agravio resulta inmotivado.

VII. Como corolario de las consideraciones vertidas, corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 325, y confirmar la sentencia de fs. 315/321, con costas a la impugnante. ASI VOTO.

El doctor Roberto Loutayf Ranea dijo:

Debo reconocer que hay discrepancias de opiniones sobre el tema, la que se evidencia, por ejemplo, entre el fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala G, en autos (Ortíz, Pablo D. vs. TGR Hipotecario S.A., publicado en J.A. del 24 de enero de 2007, y la opinión del comentarista del citado fallo, Dr. Mario A. Carregal, expresada en el trabajo "El



fideicomiso: su aplicación desde la sanción de la ley 24.441", publicado en LA LEY, 2007-B, 1165.

Sin embargo, hay dos circunstancias que considero importante destacar, a más de la facultad de control de la ejecución del Proyecto convenida en la cláusula 4.2 del contrato de fideicomiso.

Una, que el contrato de preventa no sólo ha sido firmado por el Banco Hipotecario S.A. a efecto de comprometer la transferencia del dominio del inmueble en los términos comprometidos por el vendedor (toda vez que ostentan el dominio fiduciario del inmueble, en recupero del crédito otorgado a el vendedor a los fines de la construcción del Emprendimiento -cláusula décimo tercera-), sino también para acordar, por un lado, que todos los derechos creditorios que para el Comprador pudieran derivarse del presente contrato quedaban subordinados a la cancelación por todo concepto del crédito a favor del Banco S.A. correspondiente a la financiación otorgada con el alcance previsto en los contratos que instrumentan la misma y sus garantías (Cláusula décimo cuarta, párrafo segundo); y por otro, para reservarse el derecho de ejercer el cargo de administrador del Consorcio por sí, o designar a quien deba ejercerlo, por el término de 5 años a partir del inicio del reembolso de los créditos hipotecarios a otorgar a los adquirentes de las unidades funcionales (cláusula transitoria).

La otra circunstancia a destacar es que, como su mismo representante lo reconoce en su expresión de agravios (fs. 345), el banco ha recibido el importe pagado por el actor



comprador (cuyo monto reclama en el presente juicio). Ello ha sido convenido en la cláusula 4.7 del contrato de fideicomiso (ver fs. 52 vta.), y el pago realizado por el actor surge del instrumento cuya copia se agrega a fs. 11.

Todas esas circunstancias permiten advertir que el banco en cuestión en cierta manera ha mostrado participación en la comercialización de las unidades. En tal situación debe responder frente al actor, quien como consumidor, encuentra protección en la ley 24.240 (modificada por ley 26.361), tal como señala el voto que antecede.

En sentido coincidente, en reciente fallo la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, ha señalado que la entidad bancaria constituida en fiduciario del fideicomiso financiero firmado con una empresa constructora resulta responsable por la violación de los arts. 5°, 8°, 10 bis y 18 de la ley 24.240, ante el cumplimiento parcial de la construcción comprometida, ya que la cláusula eximitoria de responsabilidad establecida en el convenio de preventa carece de efectos frente al consumidor, en tanto no se trata de juzgar la responsabilidad civil de la entidad bancaria, sino si se cumplió o no con las previsiones de la ley de defensa del consumidor, máxime cuando aquélla ostentaba la titularidad del bien y le asistían facultades de contralor sobre la calidad y cualidad de la ejecución de la obra (9/5/07, Banco Hipotecario S.A. vs. Ciudad de Buenos Aires, La Ley Online).

Por ello y lo expuesto en el voto que antecede, me adhiero al mismo. ASI VOTO.



En mérito al sentido de los votos antes expuestos el Tribunal resuelve RECHAZAR el recurso de apelación interpuesto a fs. 325, y CONFIRMAR la sentencia de fs. 315/321, con costas a la impugnante.

No firma la presente el doctor Horacio José Aguilar por encontrarse excusado. — Roberto G. Loutayf Ranea. — Jorge Luis Villada.

Fideicomiso - construcción de inmuebles - incumplimiento contractual. responsabilidad del fiduciario por los daños sufridos por terceros:

Ley 24441. Aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor (Ley 24240). Aporte de la marca del fiduciario para la financiación del proyecto. Difusión por medios periodísticos de gran tirada. Integración de la cadena de comercialización del bien. Obligación del fiduciario de controlar que los bienes fideicometidos bajo su administración se encontraran correctamente terminados. Son abusivas las cláusulas contractuales mediante las cuales se exime de responsabilidad el fiduciario frente a terceros. INOPONIBILIDAD AL CONSUMIDOR. Diferencia entre la superficie consignada en los prospectos y el Boleto de Compraventa. Rechazo. Venta ad-corpus. Demora de entrega en la fecha convenida y privación de uso. Procedencia



R. 436686 - "Baredes, Guido Matias c/ Torres De Libertador 8.000 S.A y otros s/ Daños y Perjuicios" - CNCIV - SALA H - Octubre/2006

"No se encuentra controvertido en autos el cumplimiento de la obligación asumida por el Banco Río de la Plata en cuanto al otorgamiento de una línea de crédito a favor de la demandada para llevar adelante el proyecto Centenal Towers, en el marco de la ley 24.441. No obstante tal afirmación, el rol asumido por la entidad financiera en el marco del negocio jurídico objeto de examen y ante los alegados incumplimientos por parte del actor, adquirente de una de las unidades funcionales integrantes del proyecto, encuentra su reproche dentro del propio ámbito de la ley 24441. El art. 6° de la citada normativa, exige al fiduciario el deber de 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, debiendo quedar su conducta regida por la directiva de la buena fe del art. 1198 del Código Civil (conf. Gregorini Clusellas, Eduardo, Las obligaciones del fiduciario, La Ley 3/06/2005)."

"El fiduciario es sin dudas, la figura más importante del contrato y sobre el cual recaen todas las miradas, puesto que de su obrar diligente, surgirá el provecho del negocio. Las obligaciones a su cargo surgen del contrato de fideicomiso y el legislador privilegió el concepto de la buena fe como esencia de la función. Si bien actúa en nombre propio y por cuenta propia, lo hace en beneficio de otra persona, el beneficiario."



"Resultan también aplicables al presente las disposiciones previstas en la ley de Defensa del Consumidor. La ley 24.240 (B.O 15/10/93) tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios. Son considerados tales las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social "la adquisición de inmuebles nuevos, destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminadas (art. 1 inc c. ley 24.240)."

"Desde la publicación y consecuente oferta de los inmuebles realizada en medios periodísticos de gran difusión, como ser el Diario La Nación y Clarín, la entidad financiera aparece aportando su "marca" para la financiación del proyecto, conforme surge de la prueba documental ofrecida por la actora y reconocida por los emplazados. De las constancias de autos surge palmariamente que el Banco fiduciario no resultó un mero agente financiero carente de vinculación con el comprador reclamante en autos, sino que por el contrario integró positivamente la cadena de comercialización del bien. Ello es así por cuanto la entidad bancaria dentro del propio marco que junto a su contratante, Torres del Libertador 8.000 SA, dieron al negocio fiduciario debió controlar que los bienes fideicometidos, bajo su administración, se encontraran correctamente terminados."

"Dicho esto, resultan a todas luces abusivas las cláusulas que han sido incorporadas en los respectivos instrumentos mediante las cuales se exime de responsabilidad el Banco frente a



terceros. Una solución contraria resultaría violatoria de la prescripción contenida en el art. 6° de la ley 24.441. El Banco debió controlar que las obras a entregarse se encontraran en las condiciones originariamente pactadas, máxime cuando resulta ser responsable del proyecto."

"Cabe poner de resalto que las cláusulas referidas no resultan oponibles al consumidor. El art. 37 de la ley 24.240 tilda de abusivas y consecuentemente tiene por no convenidas las cláusulas de los contratos que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños y/o importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte. (inc. a y b)."

"La entidad financiera que se constituyó en fiduciaria y principal beneficiaria del contrato de fideicomiso en garantía que celebró con una empresa constructora es responsable frente al comprador del inmueble fideicomitado por las violaciones al régimen de defensa del consumidor, puesto que la cláusula del contrato de preventa que la eximía de responsabilidad, no es oponible al consumidor, ya que se trata de una cláusula abusiva, inserta en un contrato de adhesión. (conf. CNCAF, Sala II "Banco Hipotecario c. Ciudad de Buenos Aires" 14/06/05)."

"Por las consideraciones expuestas, no cabe más que el rechazo del agravio intentado por el demandado y en caso de resultar compartido este voto, propongo al acuerdo se confirme la



responsabilidad en cabeza del Banco Río de la Plata S.A, con los alcances de la normativa del art. 16 de la ley 24.441."

"En tanto fue el propio reclamante quien consintió la formalización de la venta ad-corpus resulta contradictorio, luego de su actuar deliberado y plenamente válido, intentar reclamar una diferencia de superficie que el mismo aceptó mediante la suscripción del referido instrumento donde se pactó que las medidas estimativamente indicadas serían aceptadas en más o en menos al cabo de la construcción. La jurisprudencia tiene dicho que "La aceptación de venta "ad corpus" exime de responsabilidad al vendedor por las diferencias de superficie y no da lugar a reclamos por aumento o disminución del precio"(Conf. CNCiv, Sala C, 7/05/87 "Guglielmelli, Vicente A. c. Argham, S.A")."

"El efecto práctico de la venta ad corpus es aventar toda pretensión resolutoria o indemnizatoria por incumplimiento del negocio, basada en la diferencia de medidas del inmueble, salvo que las mismas impliquen circunstancias extraordinarias como una lesión (art. 954), o un error esencial (art. 927), pero será de interpretación estricta y deberá acreditarse tal extremo (conf. Llambias - Alterini Código Civil anotado, 1985, t. III-A, p. 399; Borda, Tratado de derecho civil, Contratos, 1990, t. I, p. 344)."



"Luego de lo expuesto no dudo en afirmar la validez de la cláusula incorporada en el boleto de compra venta donde el adquirente consintió la entrega de un inmueble sin especificación de su superficie sujetando aquélla a lo que en más o en menos resulte de su construcción."

"Resultando cierta la demora en la entrega de la unidad funcional conforme surge del confronto entre la fecha pactada (noviembre de 2000) y la toma de posesión (17 de abril de 2001) por parte del reclamante, se encuentra acreditado el incumplimiento injustificado de la obligación asumida."

En Buenos Aires, a los días del mes de Octubre de 2006, hallándose reunidos los señores Jueces integrantes de la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados "Baredes, Guido Matias c/ Torres De Libertador 8.000 S.A y otros s/ Daños y Perjuicios" y habiendo acordado seguir en la deliberación y voto el orden de sorteo de estudio, el Dr. Giardulli dijo:

I.- Contra la sentencia dictada en la instancia de grado que hizo lugar a la pretensión perseguida por incumplimiento contractual contra Torres del Libertador 8000 SA, y el Banco Rio de La Plata S.A, apelaron y expresaron agravios la totalidad de las partes.//-

II.- A fs. 1532 el requirente se queja por los montos que le fueron reconocidos en concepto de "daño moral " y "daño emergente", los que considera reducidos, amén de desactualizado



el último de ellos por haber sido valorado por el sentenciante conforme la estimación efectuada por el perito arquitecto tiempo antes del fallo de jurisdicción. Los que fueron respondidos por sus contrarias a fs. 1152 y fs. 1160.-

III.- A fs. 1534 se queja el Banco Río de La Plata S.A por i))el rechazo de su defensa de fondo interpuesta de falta de legitimación pasiva;; y ante su procedencia no haber quedado limitada su responsabilidad en los términos del art. 16 de la ley 24.441; ii) por haberle sido reconocido al reclamante una diferencia de superficie entre la consignada en los folletos y el boleto de compra venta; iii) el incumplimiento de entrega en la fecha convenida y privación de uso del inmueble; iv) la procedencia del daño moral, entendiendo que no () ha sido acreditado aquél en autos; v) de las consideraciones que el a quo ha efectuado respecto de la interpretación a la Ley de Defensa del Consumidor, (Ley 24.460) los contratos de adhesión y las cláusulas abusivas. Lo que contó en su momento con el responde de su contraria a fs. 1155.-

IV.- A fs. 1545 expresó agravios Torres del Libertador 8000 S.A, por i) haber sido reconocidos los reclamos efectuados en cuanto a la diferencia de superficie en la unidad funcional adquirida; ii) demora en la entrega iii) interpretación efectuada en torno a la ley de defensa del consumidor y la referencia a las cláusulas abusivas, iv) la procedencia del rubro daño moral, ya que su reconocimiento en la órbita contractual debe ser restringido .Mereciendo con el responde de su contraria a fs. 1155.-



Falta de legitimación Pasiva:

I.- En atención a los términos de las quejas traídas a estudio por ante esta Alzada, corresponde tratar en primer lugar la que se refiere al agravio del rechazo de la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta.-

II.- Por ello, y con el fin de abordar el tema con la mayor claridad posible efectuaré una serie de consideraciones a modo de razonamiento preliminar.-

Entre la demandada Torres del Libertador 8000 S.A y Banco Rio de La Plata S.A, se celebró un contrato de fideicomiso. El financiamiento de la vivienda y construcción está regulado en el marco de la ley 24.441. En su art. 1º define que "habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario) y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o fideicomisario".-

III.- En el caso de autos, Torres de Libertador 8000 S.A, decidió construir y desarrollar en un inmueble un proyecto denominado Centenal Towers, que consiste en viviendas permanentes en un complejo de tres torres, con un total de 236 unidades (departamentos de 1, 2 y 3 amb.; 245 cocheras, 20 bauleras y una completa área de servicios comunes).



Celebró los contratos de obra y de desarrollo, (consultoras que el fiduciario designe para el seguimiento, control, administración del emprendimiento y obligaciones del fiduciante). Por su parte el Banco Río de La Plata SA, fiduciario, dio su apoyo financiero a través del otorgamiento de una línea de crédito (por un monto máximo de u\$s 11.500.000). Como garantía del apoyo financiero del Banco, el fiduciante constituyó el fideicomiso a favor del fiduciario, no a título propio sino como fiduciario para beneficio de los beneficiarios.-

La colega de grado ha hecho responsable por el alegado incumplimiento contractual tanto a Torres del Libertador 8000 S.A como al Banco Río de La Plata SA.-

IV.- Contra tal decisorio se alza la entidad financiera alegando las distintas cláusulas insertas en el contrato de fideicomiso, boleto de compra venta y escritura traslativa de dominio, mediante las cuales el Banco, en su carácter de fiduciario (titular del dominio fiduciario), no contrae responsabilidad frente a terceros (ver cláusulas 5.1.4; 10.4; 12 del contrato de fideicomiso; cláusulas 2da y 3ra del boleto de compra venta y cláusula V de la escritura traslativa de dominio).-

Alega que nunca incumplió las obligaciones asumidas por su representada, las que se limitaron al otorgamiento de una línea de crédito a favor de la demandada para llevar a cabo su emprendimiento. Su obligación era únicamente financiar la obra y si a alguien le cabe la responsabilidad por el incumplimiento contractual no es a su representado sino a Torres del Libertador 8000 S.A, conforme surge de la letra de los respectivos contratos y del boleto de compraventa.-



V.- No se encuentra controvertido en autos el cumplimiento de la obligación asumida por el Banco Río de la Plata en cuanto al otorgamiento de una línea de crédito a favor de la demandada para llevar adelante el proyecto Centenal Towers, en el marco de la ley 24.441. No obstante tal afirmación, el rol asumido por la entidad financiera en el marco del negocio jurídico objeto de examen y ante los alegados incumplimientos por parte del actor, adquirente de una de las unidades funcionales integrantes del proyecto, encuentra su reproche dentro del propio ámbito de la ley 24.441.-

El art. 6° de la citada normativa, exige al fiduciario el deber de 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, debiendo quedar su conducta regida por la directiva de la buena fe del art. 1198 del Código Civil (conf. Gregorini Clusellas, Eduardo, Las obligaciones del fiduciario, La Ley 3/06/2005). En tal sentido, cabe referir que resulta ser el propio Banco quien en reiteradas ocasiones reconoce que el hecho de aparecer financiando la obra podría dar tranquilidad a los adquirentes de los departamentos en construcción. En consecuencia, a criterio del suscripto resulta tal afirmación contradictoria con el pretendido eximente de responsabilidad invocada por el excepcionante. El fiduciario es sin dudas, la figura más importante del contrato y sobre el cual recaen todas las miradas, puesto que de su obrar diligente, surgirá el provecho del negocio. Las obligaciones a su cargo surgen del contrato de fideicomiso y el legislador



privilegió el concepto de la buena fe como esencia de la función. Si bien actúa en nombre propio y por cuenta propia, lo hace en beneficio de otra persona, el beneficiario.-

El concepto de un "buen hombre de negocios" no tiene una definición estanca, si no que deberá interpretarse de acuerdo con la manda o encargo fiduciario. Este principio de lealtad obliga al fiduciario a privilegiar el beneficio del fideicomiso y del beneficiario más que su propio beneficio.-

.En el caso de autos, entiendo que la actividad desarrollada por el Banco fiduciario encuadra en una actividad profesional y sin duda resulta de aplicación la normativa del art. 902 del Código Civil "Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos dañosos".-

Es mayor el deber de obrar con prudencia y claridad por parte del Banco, ya que es una entidad que contrata en serie, masivamente, predisponiendo cláusulas y condiciones en la convenciones. No nos encontramos frente a un "profano comerciante", sino ante una entidad que ejerce una actividad profesional que cuenta con el debido asesoramiento por parte de los distintos empleados que conforman su cuerpo técnico laboral (contadores, abogados, arquitectos, escribanos, entre otras). Los que también han participado indirectamente del negocio fiduciario; verbigracia de ello es que la escribana que interviene en el acto de escrituración ha sido puesta por la entidad bancaria.-



VI.- A mayor abundamiento es oportuno poner de resalto que resultan también aplicables al presente las disposiciones previstas en la ley de Defensa del Consumidor. La ley 24.240 (B.O 15/10/93) tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios. Son considerados tales las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social "la adquisición de inmuebles nuevos, destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminadas (art. 1 inc. c. ley 24.240).-

VII.- En cuanto al tema de responsabilidad, el art. 40 de la citada normativa contempla que si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderá el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. Del confronto de la normativa con el caso de autos no resiste el menor argumento que el Banco Río de La Plata se encuentra comprendido en la normativa como sujeto pasivo de responsabilidad, sin perjuicio, claro está, de las acciones de repetición que eventualmente pudiera corresponder en la relación fiduciante- fiduciario, tema que excede el tratamiento en los presentes.-

Desde la publicación y consecuente oferta de los inmuebles realizada en medios periodísticos de gran difusión, como ser el Diario La Nación y Clarín, la entidad financiera aparece aportando su "marca" para la financiación del proyecto, conforme surge de la prueba documental ofrecida por la actora y reconocida por los emplazados.-



De las constancias de autos surge palmariamente que el Banco fiduciario no resultó un mero agente financiero carente de vinculación con el comprador reclamante en autos, sino que por el contrario integró positivamente la cadena de comercialización del bien. Ello es así por cuanto la entidad bancaria dentro del propio marco que junto a su contratante, Torres del Libertador 8.000 SA, dieron al negocio fiduciario debió controlar que los bienes fideicomitidos, bajo su administración, se encontraran correctamente terminados. Amén de ello, la escritura traslativa de dominio, se confecciona en las oficinas pertenecientes al Banco Río de La Plata S.A y es la nombrada quien transmite a título de venta al reclamante en autos la unidad funcional n°351, piso 11°; UF: n° 114 del segundo subsuelo y complementaria n° LXXXV, del segundo subsuelo.-

Dicho esto, resultan a todas luces abusivas las cláusulas que han sido incorporadas en los respectivos instrumentos mediante las cuales se exime de responsabilidad el Banco frente a terceros. Una solución contraria resultaría violatoria de la prescripción contenida en el art. 6° de la ley 24.441. El Banco debió controlar que las obras a entregarse se encontraran en las condiciones originariamente pactadas, máxime cuando resulta ser responsable del proyecto.-

La finalidad propia de este fideicomiso ha sido la garantía del fiduciario a favor del fiduciante, sin embargo aquél tiene a su cargo la administración de los bienes fideicomitidos. Tiene bienes como fiduciario para garantizar prestaciones de terceros o del fiduciante o del beneficiario y deberá velar por ellos para hacer posible el cumplimiento de la manda, aunque más no sea en resguardo de su crédito. Por razones de equidad sería



injusto que sólo participara de las ganancias del negocio jurídico intentando evadir cualquier tipo de responsabilidad frente a terceros adquirentes mediante la incorporación de cláusulas que colocan a las partes en desigualdad de condiciones. El fideicomiso supone la administración fiduciaria de bienes en beneficio de terceros, empero quien tiene el dominio fiduciario es a la vez el principal beneficiario en la operatoria, su crédito será satisfecho en primer término con el producido de los bienes fideicometidos, quedando el remanente para su contraria. (conf. CNCAF, Sala II, 14/06/05 "Banco Hipotecario c. Ciudad de Buenos Aires". LL 2005-E, pag 436).-

Cabe poner de resalto que las cláusulas referidas no resultan oponibles al consumidor. El art. 37 de la ley 24.240 tilda de abusivas y consecuentemente tiene por no convenidas las cláusulas de los contratos que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños y/o importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte. (inc. a y b).-

Dichas cláusulas no fueron integradas en contratos paritarios, es decir cuando las partes, en pie de igualdad establecen sus cláusulas y condiciones, en un libre intercambio de voluntades que dará como resultado un negocio querido por ambos. En cambio el fiduciario ha realizado un contrato de adhesión con la contraria donde su propia voluntad elaboró el contenido de las cláusulas y condiciones, restando a la otra solamente, la decisión de contratar o no.-

La entidad financiera que se constituyó en fiduciaria y principal beneficiaria del contrato de fideicomiso en garantía que celebró con una empresa constructora es responsable frente al



comprador del inmueble fideicomitado por las violaciones al régimen de defensa del consumidor, puesto que la cláusula del contrato de preventa que la eximía de responsabilidad, no es oponible al consumidor, ya que se trata de una cláusula abusiva, inserta en un contrato de adhesión. (conf. CNCAF, Sala II "Banco Hipotecario c. Ciudad de Buenos Aires" 14/06/05).-

Por las consideraciones expuestas, no cabe más que el rechazo del agravio intentado por el demandado y en caso de resultar compartido este voto, propongo al acuerdo se confirme la responsabilidad en cabeza del Banco Río de la Plata S.A, con los alcances de la normativa del art. 16 de la ley 24.441.-

Diferencia entre la superficie consignada en los prospectos y el Boleto de Compraventa:

I.- En la instancia de grado ha procedido el reclamo por la suma de \$15.084 en atención a una diferencia en la superficie de 4,19 m², estimando un valor a razón de \$3.600 el m².-

II.- Se agravia de ello el demandado Banco Río de la Plata por entender que al haberse efectuado la venta "ad corpus" la alegada diferencia de superficie deviene improcedente. Se queja de la interpretación que el "a quo" realiza en torno a la ley de defensa del consumidor, lo que pareciera modificar claros preceptos no sólo de la ley de fideicomiso sino también del Código Civil, desvirtuando claros principios de la citada normativa, invocando la aplicación en el caso de autos de los art. 1344 y art. 1346 del Cód. Civil; y que



la publicidad efectuada en el prospecto y en la actividad inmobiliaria no constituyó oferta alguna desde que aquélla no ha sido aceptada lisa y llanamente sino que luego de una serie de conversaciones se ha modificado dando cuenta de ello el menor valor por el que se adquirió la unidad funcional.-

III.- La demandada Torres del Libertador 8000 S.A, alega también la improcedencia del reclamo en virtud de ser una compraventa realizada "ad corpus" e invoca la aplicación del art. 1344 y art. 1346 del Código Civil en el caso de autos, siendo de uso y costumbre la incorporación de esta cláusula en los boletos de compraventa de inmuebles cuando los departamentos a venderse se encuentran en construcción. Subsidiariamente, para el caso de que resulte su procedencia solicita la reducción del monto reconocido en la partida, en virtud de que para valorar el valor del m² el experto ha considerado sólo la superficie correspondiente al departamento omitiendo la de sus complementarias.-

IV.- Los metros de superficie faltante no resultan materia de controversia en el caso de autos, sino el derecho que le asiste a la reclamante de pretender con exactitud los metros originariamente consignados en la etapa de oferta contractual.-

V.- La oferta de contrato es un acto jurídico unilateral recepticio que tiene por finalidad la formación de un contrato (Alterini A.A "Contratos" Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1198).-



VI.- En primer término corresponde el rechazo del argumento introducido por el Banco Río de La Plata en cuanto a que los avisos publicitarios mediante los cuales se promovieron las unidades funcionales a construirse no conformaron oferta por resultar de aplicación la prescripción del art. 8 de la ley 24.240 que refiere que las precisiones formuladas en las publicidades o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor, lo que me exime de mayores argumentos.-

Por otra parte los contratantes, al momento de suscribir el boleto de compraventa han convenido formalizar la venta "ad corpus", "...conviniéndose que las medidas, distribución y características de la unidad son "provisorias" y podrán sufrir las modificaciones que imponga la marcha de la obra o que fueren dispuestas por la dirección de la mismas o por autoridades competentes. Las medidas estimativamente indicadas serán aceptadas en más o en menos al cabo de la construcción y se considerarán definitivas las que resulten en el plano de subdivisión en propiedad horizontal debidamente aceptado?".(conf. cláusula quinta)

Es decir que fue el propio reclamante quien consintió la formalización de la venta ad corpus, resultando contradictorio ahora, luego de su actuar deliberado y plenamente válido, intentar reclamar una diferencia de superficie que el mismo aceptó mediante la suscripción del referido instrumento donde se pactó que las medidas estimativamente indicadas serían aceptadas en más o en menos al cabo de la construcción. La jurisprudencia tiene dicho que " La aceptación de venta "ad corpus" exime de responsabilidad al vendedor por las



diferencias de superficie y no da lugar a reclamos por aumento o disminución del precio"(Conf. CNCiv, Sala C, 7/05/87 "Guglielmelli, Vicente A. c. Argham, S.A").-

No está en discusión que al actor se le entregó una superficie menor que la originariamente ofertada, pero tampoco lo está la conformidad prestada por aquél en cuanto al sometimiento de la operación al supuesto contemplado por el art. 1344 inc.1º del Código Civil. Tampoco escapa a la valoración de este Tribunal que el adquirente, mediante la escritura traslativa de dominio se ha reservado el derecho de ejercer las acciones judiciales que correspondan para el íntegro cumplimiento de las acciones emergentes del boleto de compra venta, sin embargo esta reserva no parece relevante a los fines perseguidos, desde que como ya se ha dicho al momento de suscribirse el boleto de compraventa se convino su formalización restando importancia a la mención de la medidas.-

Una operación efectuada en estos términos encuentra sustento legal al amparo del art. 1344 del Código Civil, el cual establece que "La venta de un inmueble determinado puede hacerse: 1º) Sin indicación de su área, y por un solo precio".-

. En este caso las partes han tenido en cuenta otras consideraciones distintas a las medidas, edificaciones muy valiosas, ubicación estratégica, rendimientos excepcionales, entre otras, por lo que cualquiera sean las medidas que en definitiva resulten el contrato queda definitivamente concretado desde su celebración. Las partes no podrán luego formularse reclamo alguno porque la superficie difiera, alegando haber creído que ésta era mayor o menor. En la venta "ad corpus" las medidas del inmueble carecen de relevancia de modo que si ellas se han indicado es menester que se haya restado paralelamente incidencia en su



mención a fin de que el negocio conserve el carácter que pretende la denominación (Conf. CNCiv, Sala D, 20/12/83 "Vecchio, María G. La Ley 1984-C-3 ED108, 522)

El efecto práctico de la venta ad corpus es aventar toda pretensión resolutoria o indemnizatoria por incumplimiento del negocio, basada en la diferencia de medidas del inmueble, salvo que las mismas impliquen circunstancias extraordinarias como una lesión (art. 954), o un error esencial (art. 927), pero será de interpretación estricta y deberá acreditarse tal extremo (conf. Llambias - Alterini Código Civil anotado, 1985, t. III-A, p. 399; Borda, Tratado de derecho civil, Contratos, 1990, t. I, p. 344).-

En cuanto la pretendida aplicación del art. 1346 del Cód Civil en el caso desde ya me inclino por su improcedencia ya que al mencionar la norma a " todos los demás casos", se está refiriendo a los casos no contemplados en el art. 1345, que menciona los supuestos de venta con indicación de la superficie y precio por la medida. Es obvio que no pueden serlo los supuestos de los incisos 1 y 2 del art. 1344 del Código Civil, porque ellos se refieren a ventas sin indicación de áreas, excluidas de la consideración. (Conf. Alberto J. Bueres-Elena I Highton. Código Civil T 3C, pag. 376).-

En igual sentido obra a fs. 1426 el dictamen efectuado por el perito arquitecto quien refirió que " En un edificio que se compra en construcción, se pueden producir modificaciones inherentes a la misma construcción (corrimientos de tabiques, cambios de espesores de muros, modificaciones de espacios, ajustes al Código de edificación, entre otros) lo que puede derivar en que se modifiquen las superficies inicialmente previstas".-



El referido dictamen no resultó materia de impugnación por ninguna de las partes por lo que las conclusiones allí arribadas se encuentran firmes respecto de aquéllos.-

Por último es dable decir que la menor superficie adquirida (4,19m²) no ha generado un cambio estructural en la distribución de la unidad funcional, la que ha sido entregada con la totalidad de los ambientes y dependencias convenidos, donde los metros faltantes no conllevan a la privación del adquirente de alguno de los espacios del inmueble.-

A fs. 561, 568,569, 578 y 702 obran contestaciones de las inmobiliarias oficiadas las que dan cuenta que la formalización de la venta ad corpus es una cláusula de uso y costumbre en boletos de compra venta de inmuebles en construcción.-

Luego de lo expuesto no dudo en afirmar la validez de la cláusula incorporada en el boleto de compra venta donde el adquirente consintió la entrega de un inmueble sin especificación de su superficie sujetando aquélla a lo que en más o en menos resulte de su construcción.-

Por ello, propongo al acuerdo, en caso de resultar compartido este voto, hacer lugar al agravio vertido por los demandados modificando la sentencia de grado en lo que a este punto refiere resultando improcedente el reclamo bajo estudio.-

En atención a la manera en la que se resuelve, el tratamiento del agravio en cuanto a la superficie valorada por el experto a los fines de determinar el valor del m² de la unidad funcional adquirida, deviene abstracto.-

Demora de entrega en la fecha convenida y privación de uso:



I.- En la instancia de grado ambas pretensiones tuvieron favorable acogida, las que procedieron por la suma de \$12.000.-

II.- La parte actora se agravia por entender reducido el monto de las sumas reconocidas en su favor amén de desactualizado a la fecha del dictado de la sentencia.-

III.- El banco Río de La Plata se queja de la procedencia de los rubros bajo examen toda vez que en la cláusula octava del boleto de compraventa se encontraba prorrogado el plazo de entrega convenido (noviembre de 2000) por 90 días más, independientemente de existir caso fortuito o fuerza mayor. Es decir que, aún cuando no hubiera existido caso fortuito o fuerza mayor la vendedora contaba con un plazo adicional de 90 días a contar desde el plazo de entrega para efectuar la entrega del inmueble y si además hubiere existido caso fortuito o fuerza mayor corresponde adicionar los días de atraso incurridos por tales circunstancias.-

IV.- Por su parte la demandada Torres del Libertador se queja por la procedencia de los rubros por entender que contaba con una prórroga de 90 días para entregar la unidad funcional de manera independiente a la existencia de caso fortuito o fuerza mayor y si bien ha existido una demora en la entrega fue sólo de unos días como consecuencia de las desfavorables condiciones climáticas y ruptura de la relación contractual con la empresa constructora Iberoamericana SA.-



.La única interpretación que corresponde darle a la lectura de la cláusula octava del boleto de compraventa es en el sentido de que el plazo de entrega convenido (noviembre de 2000) sólo se prorrogaría por 90 días más en el supuesto de existir caso fortuito o fuerza mayor.

No dándose estos supuestos deberá estarse a la fecha de entrega convenida por las partes.-

Comparto la opinión de la colega de grado en cuanto a que las pruebas rendidas en autos a fin de tener por acreditada la demora en la entrega para los supuestos expresamente previstos (caso fortuito; fuerza mayor; huelgas que afecten a la industria de la construcción) no han podido lograr el fin perseguido.-

En consecuencia resultando cierta la demora en la entrega de la unidad funcional conforme surge del confronte entre la fecha pactada (noviembre de 2000) y la toma de posesión (17 de abril de 2001) por parte del reclamante, se encuentra acreditado el incumplimiento injustificado de la obligación asumida.-

Tampoco es aceptable la alegación efectuada por la entidad financiera en cuanto a que la actitud asumida por el reclamante mediante la carta documento de fecha 23/02/01 (ver fs.133) implicó una prórroga tácita del plazo de entrega convenido. Tal interpretación no encuentra argumento lógico y menos aún jurídico. El plazo de la entrega surge de la convención efectuada por las partes la que tiene fuerza de ley respecto de aquéllas, (art. 1197 del Código Civil).-

Respecto de la privación de uso, obra a fs.53 el acta de constatación dando cuenta que con fecha 3 de mayo de 2001 el inmueble y sus instalaciones no se encontraban en plenas condiciones de habitabilidad y sin perjuicio de la cláusula octava incorporada en el boleto



de compraventa lo cierto es que al actor no pudo disfrutar plenamente de la totalidad de las instalaciones por un tiempo prolongado, resultando ser tal extremo susceptible de reparación.-

Por las consideraciones expuestas en caso de resultar compartido este voto propongo al acuerdo desestimar los agravios vertidos por las demandadas y por considerarla un tanto reducida elevar la partida indemnizatoria a la suma de pesos veintemil \$ 20000 atento las variables en las operaciones inmobiliarias (art. 165 del CPCCN).-

Daño Moral:

I.- En la instancia de grado ha prosperado por la suma de pesos seis mil (\$ 6.000.)-

II.- Se queja la actora del monto reconocido por entenderlo exiguo. Los demandados lo entienden improcedente dentro de la órbita contractual.-

III.- El daño moral en la órbita contractual está contemplado por el art. 522 del Código Civil "en los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que le hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso".-

En tanto que el daño moral de origen extracontractual se presume, en la órbita contractual debe ser probado. Este perjuicio no resulta acompañante de todo incumplimiento negocial y



no radica en las meras molestias e inconvenientes que se suyo ocasiona la relación: Se requiere la efectiva lesión de intereses espirituales o de afectación del acreedor.-

A pesar que la inejecución de un contrato provoca incertidumbres e inquietudes, ello no es suficiente para condenar al deudor a una reparación en concepto de daño moral (conf. CNCom., Sala E, 4/4/89, JA 1989-III-601).-

IV.- En el caso de autos el incumplimiento contractual incurrido no excedió las meras molestias ocasionadas en la persona del actor a raíz de la demora en la entrega convenida de la unidad funcional adquirida, consecuente privación de uso de la totalidad de las instalaciones afectadas a aquélla y entrega de menor superficie. Se deben descartar reclamaciones que respondan a una susceptibilidad excesiva o carezcan de significativa trascendencia jurídica.-

No se encuentra acreditado que el reclamante haya sufrido como consecuencia del incumplimiento contractual la existencia de daño moral en esta órbita susceptible de reparación, proponiendo al acuerdo el rechazo del rubro en cuestión.-

Por las consideraciones expuestas, en caso de resultar compartido este voto propongo al acuerdo: Modificar la sentencia de grado en el sentido de I) Encontrarse limitada la responsabilidad de fiduciario, Banco Río de La Plata S.A en los términos del art. 16 de la ley 24.441, conforme punto VII "in fine" II) Resultar improcedentes los rubros reclamados en concepto de "diferencia de superficie" y "daño moral" III) Elevar el "quantum"



indemnizatorio reconocido en concepto de "demora en la entrega y privación de uso a la suma de pesos veitemil \$20.000 IV) Confirmando todo lo demás que se decide y fuera materia concreta de agravios. V) Costas de alzada a cargo de la actora en un 40% y de las demandadas en el 60% restante en atención a la suerte, alcance y forma en la que prosperaron los agravios vertidos (art. 68 y art. 71 de Cód. Procesal de la Nación).-

Así lo voto.-

Los Dres. Elsa H.G.R. de Gauna y Claudio M. Kiper, por las consideraciones expuestas por el doctor Giardulli, adhieren al voto que antecede con lo que se dio por finalizado el acto, firmando los señores Jueces por ante mi de lo que doy fe.-

Fdo. Jorge A. Giardulli, Elsa H.G.R. de Gauna, Claudio M. Kiper.-

//nos Aires, de Octubre de 2006.-

Y VISTO, lo deliberado y conclusiones establecidas en el acuerdo transcrito precedentemente, por unanimidad de votos, el Tribunal decide: I) Encontrarse limitada la responsabilidad de fiduciario, Banco Río de La Plata S.A en los términos del art. 16 de la ley 24.441, conforme punto V "in fine" II) Resultar improcedentes los rubros reclamados en concepto de "diferencia de superficie" y "daño moral" III) Elevar el "quantum" indemnizatorio reconocido en concepto de "demora en la entrega y privación de uso a la



suma de pesos veintemil \$20.000 IV) Confirmando todo lo demás que se decide y fuera materia concreta de agravios. V) Costas de alzada a cargo de la actora en un 40% y de las demandadas en el 60% restante en atención a la suerte, alcance y forma en la que prosperaron los agravios vertidos (art. 68 y art. 71 de Cód. Procesal de la Nación).-

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvase.//-

Fdo. Jorge A. Giardulli, Elsa H.G.R. de Gauna, Claudio M. Kiper.-

**Las cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria por: CARLOS A. -
ESBORRAZ HERNÁNDEZ 2006**

Colección de derecho privado. Abuso del derecho, revista de la facultad de derecho y ciencias sociales de rosario.

id infojus: dasf060078

1. Introducción Desde mediados del siglo pasado se manifiesta en nuestro país un particular interés acerca de los problemas que suscita la protección jurídica de la vivienda familiar. Ello se observa en la labor desarrollada en la legislación y en los aportes doctrinarios y jurisprudenciales, que dan cuenta de los despliegues normológicos y de las proyecciones económicas y sociales que la misma ha conllevado. El grave déficit habitacional que aún padece nuestro país justifica tal preocupación (1).



La Constitución Nacional, a través de la reforma de 1957, le ha otorgado al "acceso a una vivienda digna" jerarquía de derecho fundamental (art. 14 bis [1]); lo que ha exigido una modernización del Código Civil que se ha visto reflejado en el dictado de una serie de leyes especiales, tales como: las de venta de inmuebles fraccionados y a plazos (Leyes 14.005 [2] y 23.266 [3]), de prehorizontalidad (Leyes 19.724 [4] y 20.276 [5]), de locaciones urbanas (Ley 23.091 [6]), de titulación de inmuebles (Ley 24.374 [7]), de financiamiento de la vivienda y la construcción (Ley 24.441 [8]), de leasing (Ley 25.248 [9]), entre otras, las cuales no han alcanzado a conformar un verdadero "estatuto protectorio" atento la disparidad de valores implicados y al limitado alcance de sus disposiciones. Sin embargo, a partir de la promulgación de la ley 24.240 [10], el citado elenco normativo se ha visto enriquecido en cuanto puede ser interpretado a la luz de los nuevos horizontes protectorios emergentes del Derecho del Consumidor. Se va logrando, de tal modo, la conformación de un auténtico microsistema estructurado sobre la base de las nuevas exigencias.

Más allá de estos avances, no puede dejar de reconocerse que la búsqueda de una tutela efectiva de los consumidores en la contratación inmobiliaria no deja de presentar obstáculos, entre los cuales merecen destacarse la creciente tipificación legal de figuras contractuales mediante regulaciones poco proclives a la defensa de los débiles (v.gr. la ley 25.248 sobre el contrato de leasing) (2); el fenómeno de intermediación, que habitualmente dificulta la equitativa



distribución de beneficios y cargas (3); y la escasa libertad contractual que rodea a estos contratos, que favorece la predisposición de la parte que ostenta un mayor poder negocial.

Atento el plan de la obra -referida a los horizontes del abuso del derecho- abordaremos el tratamiento del último problema señalado desde la perspectiva 'consumerista', considerando los aspectos generales implicados y las condiciones generales de contratación (CGC) utilizadas habitualmente en la comercialización de bienes inmuebles.

II. Alcances de la Ley de Defensa del consumidor en el ámbito inmobiliario

Dado que la Ley 24.240 aborda la temática de "Los términos abusivos y cláusulas ineficaces" (Capítulo IX), corresponde previamente determinar la incidencia de dicha normativa en la contratación inmobiliaria (4), para lo cual resulta necesario tomar en consideración el ámbito de aplicación trazado en su art. 1º, inc. c).

En tal sentido cabe señalar que la citada ley comienza afirmando que se aplica a la "adquisición de inmuebles", expresión que comprende a todos los tipos contractuales a través de los cuales se persigue la transmisión o constitución de derechos reales o personales (5), tales como la compraventa, el leasing, el ahorro previo para fines determinados, la adhesión a un sistema de club de campo o de tiempo compartido.



La variedad de operaciones jurídicas alcanzadas se ve sin embargo restringida por cuanto se condiciona la aplicación de la ley de Defensa del consumidor a los negocios que tienen por objeto mediato inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terrenos adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminadas (6). No obstante, el Decreto 1.798/94 [11] -reglamentario de la ley 24.240-, al precisar que "...se entiende por nuevo el inmueble a construirse, en construcción o que nunca haya sido ocupado", flexibiliza la aplicación de la norma al alcanzar las distintas etapas en las que puede comercializarse una vivienda, en una orientación similar a la seguida por el art. 1° de la ley de Prehorizontalidad (Ley 19.724). [33] Con la finalidad de lograr una adecuada protección de los adquirentes, la ley incluye las ventas de lotes destinados a vivienda (7), aunque sin las limitaciones resultantes de la ley 14.005. Si bien esta última constituye una normativa especial que ha logrado una considerable eficacia, pensamos que la ley de Defensa del Consumidor juega un papel preponderante en los supuestos excluidos por aquella, tal como acontece, por ejemplo, con las ventas de lotes únicos.

El destino de vivienda exigido por el legislador en el art. 1° inc. c) no ha merecido ninguna aclaración lo que nos permite sostener que resultarán aplicables las conclusiones de la doctrina y la jurisprudencia elaboradas en torno a la interpretación del art. 150, segundo párrafo [12], de la derogada ley



19.551, en cuanto valoraba la función objetiva a la cual el inmueble debía servir (8), extendiendo su protección a la cochera -aún cuando se encontraba separada físicamente del departamento de vivienda en el mismo edificio o en otro- (9) , y a los inmuebles con destino mixto (10). Cabe aclarar asimismo, que la ley no exige la permanencia pudiendo comprender a aquellos contratos que tienden a satisfacer necesidades de turismo o recreo (11).

En otro orden de ideas, de la literalidad del art. 1º, inc. c), última parte de la ley 24.240, parece desprenderse que la defensa del consumidor en el ámbito inmobiliario quedaría circunscripta a los casos en los cuales "...la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminadas". Consideramos que tal interpretación debe desecharse por cuanto ella conduciría a excluir a todos aquellos negocios inmobiliarios concertados mediante propuestas de contratos cursadas por cualquier medio y dirigidas a personas determinadas, con evidente e injustificado desamparo de estas últimas, y en franca contraposición con el principio de igualdad. No se advierten razones sólidas que justifiquen tal distinción, por lo cual pensamos que la norma apunta a reafirmar el carácter profesional de la actividad del proveedor, aún cuando la misma se realice ocasionalmente, y no a limitar su ámbito de aplicación a los destinatarios indeterminados (12).



Finalmente debe recordarse que el Decreto 1.798/94 comprende, dentro del estatuto de defensa del consumidor, las ventas de casas prefabricadas o de los elementos para su construcción -aún cuando sólo se los considere inmuebles por accesión (13)- en atención a considerar que este tipo de operaciones tiene un cariz social muy parecido al regulado por la ley 14.005 (14) . La reglamentación comentada impone a los proveedores de viviendas prefabricadas y a los de inmuebles nuevos, facilitar al consumidor "...una documentación completa suscripta por el vendedor en la que se defina en planta a escala la distribución de los distintos ambientes de la vivienda y de todas las instalaciones, y sus detalles, y las características de los materiales empleados", exigencia que se encuentra sustentada en el principio de buena fe (15).

III. Las cláusulas abusivas: el estado de la cuestión con anterioridad a la Ley de Defensa del Consumidor y el marco normativo posterior a ella, con especial referencia a los negocios inmobiliarios Desde un punto de vista económico las CGC, si bien contribuyen a una reducción de los costes en la celebración y regulación de los contratos, como asimismo a una adecuada división de tareas en la organización empresarial, frecuentemente vehiculizan traslaciones de riesgos con resultados disvaliosos para los adherentes. Cabe destacar también, que mediante el recurso a esta modalidad contractual se expresa la autoridad de los grupos económicos que pretenden sustraerse de los contenidos de justicia del derecho dispositivo sustituyéndolos por criterios particulares de utilidad.



Este desplazamiento de poder hacia fuerzas no estatales y difusas es lo que legitima la intervención de los poderes públicos con fines de protección (16).

Atento a que la problemática analizada se ha intensificado a partir de la postguerra, se entiende la ausencia de una regulación sistemática de la cuestión en el marco del Código Civil. Sin embargo consideramos que esta materia no resultó indiferente a nuestro codificador, bastando para ello recordar a título ejemplificativo algunas disposiciones, tales como la que prohíbe la "dispensa anticipada del dolo del deudor al contraerse la obligación" (art. 507 del Cód. Civ. [13]), y la recogida en el ámbito del contrato de locación de cosas (art. 1545 del Cód. Civ. [14]) que impone al locador la obligación de abonar las mejoras urgentes y las consignadas en el art. 1539, incs. 5 y 6 [15] "...no obstante que en el contrato se hubiere estipulado que las mejoras cediesen a beneficio de la cosa arrendada, o de no poder el locatario exigir por ellas indemnización alguna". Como se advierte, se trata de normas que establecen límites a la "autonomía de la voluntad", admitiendo la invalidez de cláusulas desequilibrantes de la ecuación económica subyacente en el negocio.

Ya en este siglo diversas disposiciones legales, principalmente relativas a la regulación de ciertos negocios inmobiliarios, se han ocupado de manera general o particular de los "límites al poder de configuración del contenido del contrato". Así, la ley 14.005 resta virtualidad en su art. 8 [16] a las cláusulas



que facultan al vendedor a resolver el contrato cuando se hubiera abonado el 25% del precio o se hubieran introducido mejoras equivalentes al 50% del valor del lote, receptando de tal modo las soluciones aplicadas por la jurisprudencia con anterioridad a su vigencia (17).

Si bien la ley 17.711, modificatoria del Código Civil, no introdujo disposiciones acerca de esta materia, contribuyó a facilitar la labor de los jueces, confiriéndoles a través del principio general de buena fe -repcionado en el nuevo art. 1198 primer párrafo [17]- amplias posibilidades de desestimar las condiciones que resulten violatorias de aquella regla (18). No debe olvidarse además, que la reforma del '68 contribuyó a desalentar la utilización de cláusulas vejatorias mediante la incorporación de normas de orden público limitativas del poder de configuración de la parte fuerte, tal como acontece v.gr. en el contrato de obra con el nuevo art. 1646 del Cód. Civ. [18] Con posterioridad, la ley 19.724 dispuso en su art. 14 [27] que "Las cláusulas que establezcan limitaciones de responsabilidad, facultades de rescindir o resolver el contrato sin previa comunicación o intimación, o suspender su ejecución o la de la obra, o sanciones a cargo del otro contratante, caducidades, limitaciones a las facultades de oponer excepciones, cláusulas compromisorias, o de prórrogas de la jurisdicción judicial, así como los supuestos previstos en los incisos f y h del art. 13 sólo tendrán efecto si son expresamente aceptadas por el adquirente en cláusula especial firmada por éste". La novedad introducida por la transcripta



disposición legal residió en que, siguiendo al Código Civil italiano de 1942 (art. 1341), se estableció un sistema de "tutela formal" del adherente asentado en la idea del "conocimiento expreso o presunto" de la cláusula por el destinatario de la misma (19), que en nada contribuyó a la solución efectiva del problema debido a que las "empresas no tienen inconveniente en exigir la doble suscripción del cliente... "(20). Estas dificultades prácticas han justificado la no aplicación específica o por vía analógica de esta solución por parte de la jurisprudencia nacional (21).

Asimismo, y con relación al contrato de ahorro previo, el Decreto N° 142.277/43 [19] y la Resolución. 10/89 de la Inspección General de Justicia de la Nación (I.G.J.), al tiempo que han impuesto a las empresas de ahorro previo la redacción de las CGC en forma clara y precisa, estructuraron un sistema administrativo de control de las cláusulas abusivas en cabeza de la referida repartición, sin la participación de los otros sujetos interesados (v.gr. asociaciones de consumidores o proveedores), aunque posibilitando el control judicial posterior.

Merece también una consideración particular la ley 23.091 de locaciones urbanas en cuanto ha puesto el acento en la limitación a la libertad de incorporar en los contratos de locación de inmuebles destinados a vivienda cláusulas que afecten los derechos reconocidos por el legislador en materia de periodo de



pago (art. 6 [36]), pago anticipado del canon locativo (art. 7, inc. a [34]), depósito en garantía (art. 7, inc. b) y resolución anticipada (art. 8 [35]) (22).

Para concluir con la reseña de normas vinculadas con la temática que venimos abordando, no podemos dejar de señalar a la más reciente ley de leasing (25.248) que introduce criterios particularmente contradictorios con los valores consolidados en el estatuto argentino de defensa del consumidor, generando dudas acerca de la eficacia de aquellas disposiciones sobre lo cual nos expediremos oportunamente.

La descripción de la regulación existente en nuestro país en materia de cláusulas abusivas, caracterizada por su marcada fragmentación, nos mueve a formularnos el siguiente interrogante: ¿Cómo se compatibiliza la Ley de Defensa del Consumidor con las disposiciones vigentes comentadas precedentemente? Al respecto creemos que este planteo debe ser resuelto diferenciando claramente cuatro supuestos posibles:

1) Contratos a los que pueden incorporarse cláusulas vejatorias que no quedan comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la ley 24.240. Creemos que en estos supuestos el problema deberá resolverse a la luz de los criterios legislativos precedentes a la ley de Defensa del Consumidor, y muy especialmente mediante la buena fe. Este encuadramiento adquiere importancia



en el ámbito locativo, habida cuenta de las dudas que genera la aplicación del estatuto de defensa del consumidor a las locaciones inmobiliarias (23).

2) Contratos que quedan comprendidos dentro del ámbito subjetivo y objetivo de la ley 24.240 y que cuentan además con un régimen especial en materia de cláusulas abusivas. En estos casos creemos que el art. 3 de la ley de Defensa del Consumidor [20] nos da la solución a cualquier conflicto que pueda plantearse entre el régimen general y el particular, al establecer que "Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones jurídicas antes definidas ... ", agregando que "en caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor", criterio que en la mayoría de los casos conducirá a aplicar preferentemente el sistema de protección previsto por la ley 24.240.

3) Contratos a los que se aplica la ley de Defensa del Consumidor y que no cuentan con normas especiales de desestimación de cláusulas vejatorias. En tal supuesto, no existe posibilidad de conflicto interpretativo, por lo que el problema se resolverá mediante la aplicación de las reglas y principios previstos en el art. 37 de la ley 24.240 [21], integrados al estándar de la buena fe.

4) Contratos a los que se aplican las disposiciones de la ley 24.240 y que tienen una regulación legal que legitiman en ciertos casos cláusulas contrarias a las soluciones consagradas en el estatuto de defensa del consumidor. La referida



tensión deberá ser zanjada a la luz del principio general de protección del consumidor consagrado en el nuevo art. 42 de la Constitución Nacional [22](24).

IV. El concepto de cláusulas abusivas en el estatuto argentino de defensa del consumidor

IV.1. Criterios generales La ley 24.240 no brinda un concepto de cláusula abusiva, limitándose tan sólo a señalar en su art. 37 algunos criterios generales para su apreciación, proponiendo algunas cláusulas vejatorias en particular.

Le cupo al Decreto N° 1.798/94 del P.E.N., establecer que se "consideran términos o cláusulas abusivas las que afectan inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes", en concordancia con los lineamientos establecidos por la Directiva de la Unión Europea 93/13 (25).

Como se advierte, la norma comentada pone el acento en el resultado práctico, es decir en la alteración del equilibrio de la ecuación económica del contrato. No debe olvidarse que el negocio de consumo se diferencia del contrato tradicional o clásico por la circunstancia que su legitimación no se satisface en el mero acuerdo de voluntades, exigiendo además la equivalencia de las prestaciones debidas (26). Esta objetivación de la noción de contrato obliga



también a apreciar con criterios objetivos el carácter "abusivo" de las cláusulas que forman su contenido.

Esta orientación se expresa asimismo en la ley de Defensa del consumidor cuando suministra en su art. 37 los "criterios generales" a los que deberá ajustarse el operador jurídico para calificar a una cláusula como vejatoria. Al respecto la doctrina nacional (27) distingue en la normativa comentada dos estándares, a saber: a) la desnaturalización de las obligaciones; y b) la renuncia o restricción de los derechos del consumidor o ampliación de los derechos de la otra parte.

En nuestra opinión ambos criterios quedan subsumidos en la idea de pérdida del justo equilibrio entre las contraprestaciones que entraña en si misma toda cláusula abusiva, y que como ya señaláramos ha sido destacado particularmente por el Decreto reglamentario (28). Merece resaltarse la importancia que adquiere la positivización de estos criterios por cuanto facilitan la labor del juez en la difícil tarea de descalificar a una cláusula contractual por lesiva de los intereses del consumidor.

En cuanto al alcance de los criterios indicados, cabe observar que reviste mayor generalidad el consagrado en el inc. a) del art. 37, a través del cual se pretende evitar que la parte fuerte de la relación de consumo se valga de cláusulas que se



aparten injustificadamente del derecho dispositivo (29), afectando la función o causa del negocio.

Por su parte, el inc. b) del art. 37 califica como vejatorias a todas aquellas cláusulas que afecten o desconozcan los derechos del consumidor reconocidos por la ley 24.240, así como también los estatuidos por su decreto reglamentario y las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo (argumento del art. 3°).

Como se advierte, el carácter "abierto" de las fórmulas elegidas por el legislador permite al juez efectuar una mirada de conjunto a fin de determinar si la cláusula sospechada de inequidad desequilibra sensiblemente la ecuación económica y justifica su descalificación. Ello acontecerá en general cuando no se reconozcan al consumidor ventajas equivalentes a los sacrificios impuestos o cuando se vulnere el principio de igualdad de trato (30).

IV.2. Cláusulas ineficaces de pleno derecho La ley argentina de Defensa del consumidor ha sido sumamente escueta con relación a la determinación de ciertas cláusulas calificadas como "ineficaces de pleno derecho" (31), a diferencia de otras legislaciones comparadas como la ley alemana sobre condiciones generales y el Código de defensa del consumidor del Brasil.

Nuestro legislador ha considerado que revisten tal carácter: a) Las cláusulas que limiten la responsabilidad por daños (inc. a); y b) Las cláusulas que contengan



cualquier precepto que imponga la carga de la prueba en perjuicio del consumidor (inc. c).

En cuanto a la primera de ellas debemos señalar que una cláusula reviste ese alcance cuando la parte fuerte de la contratación pretende, anticipadamente, liberarse en forma total o parcial de las consecuencias patrimoniales por las que debería responder, fuera su comportamiento culposo o doloso (32).

En lo que respecta a la inversión convencional de la carga de la prueba cabe destacar que es muy frecuente, en el tráfico jurídico, encontrarse con presunciones *iuris tantum*, e incluso *iuris et de iure*, que gravan al proveedor de bienes o servicios con diferentes fundamentos (apariencia jurídica, usos y prácticas mercantiles, etc.). Para desvirtuarlas se recurre habitualmente a la utilización de condiciones que tienden a trasladar al adherente la prueba de los extremos que corresponden a la otra parte, y a presentarlo reconociendo hechos que le impedirán ulteriores alegaciones (33).

V. Análisis empírico de las cláusulas abusivas en el ámbito inmobiliario Los criterios que hemos reseñado en el punto precedente tienen un rol preponderante a la hora de considerar la antijuridicidad de las CGC utilizadas en los negocios inmobiliarios, tal como lo veremos a continuación al abordar en particular las cláusulas que presentan mayor conflictividad. Al respecto hemos constatado en la praxis inmobiliaria -a través del análisis de los instrumentos



habituales de formalización y del tratamiento que la jurisprudencia ha hecho del contenido de los mismos- algunas de las condiciones que con frecuencia resultan sospechosas de lesividad, entre las cuales podemos destacar las que imponen a cargo del adquirente el pago de los gastos derivados de la preparación y otorgamiento de la titulación; la prohibición genérica de ceder el contrato; la imposición de penalidades civiles exorbitantes; la concesión al proveedor del derecho de resolver el contrato luego de ejecutada una parte sustancial de las prestaciones, y de modificar unilateralmente los términos del negocio o las prestaciones convenidas o su interpretación auténtica, entre otras.

Seguidamente nos avocaremos al análisis pormenorizado de cada una de ellas.

V.1. Cláusula que coloca a cargo del adquirente el pago de los gastos y honorarios derivados de la preparación y otorgamiento de la titulación, reservándose el proveedor el derecho de designar los profesionales encargados de las mismas (escribano, agrimensor, ingeniero, etc.) En la comercialización de inmuebles destinados a vivienda a través del contrato de compraventa u otros tipos análogos, habitualmente se acuerda que los adquirentes deben soportar todos los gastos que se devenguen con motivo de la realización de los planos de mensura y subdivisión como asimismo las erogaciones y honorarios que se originen a raíz del otorgamiento del reglamento de copropiedad y administración y de la escritura traslativa de dominio, acordándose que éstos



últimos actos habrán de pasar por ante el agrimensor, ingeniero o notario impuesto por el transmitente. Esta cláusula encierra básicamente dos cuestiones, a saber: a quien o a quiénes corresponden dichas erogaciones y a quien concierne a la designación de los profesionales intervinientes.

En cuanto a la primera de ellas, cabe poner de resalto que nuestro Código Civil ha procurado distribuir equitativamente las cargas resultantes del contrato de compraventa, imponiendo al vendedor la obligación de "satisfacer los gastos de la entrega de la cosa vendida. . ." (Art. 1415 Cód. Civ. [23]), haciendo pesar sobre el comprador el pago del "instrumento de la venta. ..." (Art. 1424 Cód. Civ. [24]). Sobre la base de tales lineamientos la jurisprudencia ha considerado como gastos de entrega de la cosa vendida, los de mensura, amojonamiento y subdivisión en cuanto esta fuere necesaria en atención a la modalidad convenida (v.gr.: venta con indicación del área y por un precio único) comprendiendo asimismo los honorarios del agrimensor o ingeniero intervinientes en dichas operaciones (34), los de cancelación de una hipoteca para entregar la cosa libre de gravámenes (35), los de diligenciamiento de certificados necesarios para escriturar (36), los originados en los actos relativos a la entrega de la posesión (37), así como los gastos y honorarios correspondientes a la redacción del reglamento de copropiedad y su inscripción en el Registro cuando se trate de la venta de un inmueble sometido al régimen de la propiedad horizontal (38). En tanto se ha dicho que integran los gastos de instrumentación de la venta los



derivados del estudio de títulos (39), los honorarios de quien otorga la escritura traslativa de dominio (40), los gastos de sellos de la escritura matriz y del testimonio (41), y los de anotación en el Registro de la Propiedad (42).

Si bien las disposiciones legales aludidas y las decisiones judiciales elaboradas en torno a ellas, admiten en principio la licitud de aquellas cláusulas que se aparten de las soluciones consagradas, pensamos que las normas contractuales que ponen a cargo del comprador los gastos de entrega de la cosa pueden resultar descalificadas por abusivas, sobre la base de lo dispuesto en el art. 37, inc. a) de la ley 24.240, por cuanto no sería legítimo al predisponente apartarse de las normas supletorias en desmedro de la relación de equivalencia que debe presidir los negocios de consumo (43), máxime cuando el abandono del derecho dispositivo no se equilibre mediante otra cláusula en favor del consumidor.

La segunda cuestión planteada se origina en la circunstancia que la cláusula comentada se integra usualmente con la facultad que se reserva el vendedor de designar los profesionales encargados de redactar los referidos instrumentos, adquiriendo el tema particular interés en torno de la designación del escribano a cargo de la titulación (44).

En muchos precedentes, nuestra jurisprudencia se ha pronunciado desestimando su eficacia cuando el vendedor no haya justificado tener motivos legítimos para imponer el nombramiento del referido profesional como condición de la venta



(45), criterio que actualmente se vería confirmado por el estatuto de defensa del consumidor que -como ya lo señaláramos- considera como abusivas aquellas cláusulas que afecten inequitativamente al adherente en la distribución de las cargas y beneficios resultantes del negocio, puesto que quien tiene a su cargo los gastos de preparación y otorgamiento de la titulación estaría excluido de participar en la elección del profesional encargado de aquél acto.

Excepcionalmente se ha reconocido al transmitente este derecho cuando "...se trate de bienes que tienen un mismo título o conciernen a unidades afectadas al régimen de propiedad horizontal" (46) , sobre la base de la exigencia contenida en el artículo 23 de la Ley 17.801 [25] que establece que "...ningún escribano o funcionario público podrá autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles, sin tener a la vista el título inscripto en el Registro", de la cual se desprende la dificultad que las diferentes escrituras sean otorgadas por distintos escribanos, al no poder contar simultáneamente los mismos con la documentación requerida para ello. Adviértase que en el mismo sentido se orientó el veto del P.E.N. al inc. e) del art. 4 de la Ley 23.266 sobre venta a plazo de inmuebles fraccionados en lotes en cuanto justificó la negativa a reconocer a los adquirentes el derecho a designar escribano en la circunstancia que éstos no sólo no verían agilizada su escrituración sino que incluso se encontrarían frente al vendedor en una



posición más débil pues dependerían de la buena voluntad de éste para entregar a cada escribano las piezas pertinentes (47).

Si bien en estos casos existen, como se ha visto, razones que ameritan la designación de un único profesional cabe preguntarse si resulta legítimo entender -dentro del nuevo marco suministrado por la Ley 24.240- que subsiste la distribución de gastos propuesta por el art. 1424 del Código Civil, en aquellos casos en los cuales el adquirente se vea imposibilitado de designar escribano. Creemos al respecto que para resolver esta cuestión no debe dejar de recordarse que la elección del profesional encargado de la titulación resulta relevante al consumidor, no sólo para evitar los abusos que pudieran originarse en la intervención de un notario comprometido con los intereses de las empresas comercializadoras, sino básicamente por la incidencia que presenta en la cuantificación de los gastos que habrán de anexarse al precio de la unidad adquirida y que determinan el coste real de la operación (48). Por ello estimamos en estos supuestos, que la imposición de todos los "gastos de instrumentación" al consumidor importaría tanto como legitimar una situación asfixiante al limitarse de manera significativa su capacidad de decisión; de allí que postulamos la desestimación de dicha cláusula y la integración del negocio mediante una distribución en partes iguales de los gastos mencionados (49).



No se nos escapa que la solución propugnada pueda considerársela contradictoria con la normativa mencionada supra, pero creemos que tal conclusión resulta más aparente que real puesto que la legislación supletoria del Código Civil implícitamente consideraba que si el comprador pagaba los gastos y honorarios devengados con motivo de la escrituración era de esperar que habría de corresponderle la designación del escribano interviniente (50). Si ello no resulta posible, como acontece en los casos que estudiamos, sería injusto preservar la regla impuesta por el art. 1424 (51), recogida en la cláusula que anotamos. El principio protectorio del consumidor, consagrado en el artículo 42 de la Constitución reformada en el año 1994, impone una adecuación del Derecho Privado a los nuevos valores incorporados al plexo constitucional.

V.2. Cláusula que impone al adquirente la prohibición genérica de ceder el contrato o los derechos emergentes del mismo sin la conformidad expresa del proveedor Otra de las CGC de estilo en el ámbito inmobiliario es aquella por la cual se impide al adquirente ceder su posición contractual o los derechos inherentes al contrato sin la conformidad expresa del transmitente. Como se advierte, a través de esta cláusula, se priva genéricamente al consumidor del derecho de ceder el contrato del cual forma parte o de la facultad de transmitir los derechos emergentes del negocio.



En lo referente a la prohibición de ceder su calidad de parte, corresponde considerar en primer término la ausencia de justificación que esta clase de cláusulas conlleva, en atención a que la falta de aprobación de la parte cedida (transmitente/predisponente) en nada perjudica los intereses de ésta, pues al obligado originario (adquirente/adherente) se incorpora el cesionario que asume voluntariamente la deuda de otro.

Por ello se explica que la circulación del contrato aparezca expresamente garantizada por el legislador en la compraventa de inmuebles fraccionados en lotes y pagaderos a plazo (Ley 14.005, art. 10 [26]), en la compraventa de inmuebles sometidos al régimen de prehorizontalidad (Ley 19.724, art. 17) y en la adquisición de inmuebles mediante contrato de ahorro previo para fines determinados (Resolución N° 10/89, art. 19), supuestos en los cuales el orden público comprometido actúa como límite a la validez de cláusulas que excluyen aquella facultad.

Más aún, creemos que el art. 37, inc. b) de la ley 24.240, al consagrar el estándar de la "renuncia o restricción de los derechos del consumidor", consolida los criterios consagrados por la legislación especial que la ha precedido, al impedir la incorporación de una cláusula con las características de la comentada debido a que la misma tiende a restringir significativamente el derecho de contratar del adquirente, garantizado por el mismo cuerpo legal. En



tal sentido creemos encontrar en éste un sinnúmero de herramientas pensadas por el legislador con la finalidad de lograr la "restauración de la libertad contractual" del adherente, en concordancia con lo establecido por la reciente reforma constitucional que dispuso en el art. 42 de nuestra Carta Magna que "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho en la relación de consumo... a la libertad de elección ...". De allí que esta facultad legal no pueda ser desconocida mediante una convención configurada por la voluntad exclusiva del proveedor (52).

Para concluir cabe considerar la hipótesis en la cual la prohibición recaiga sobre la cesión de los derechos adquiridos por el consumidor, supuesto en el cual la desestimación de esta cláusula no presenta mayores dificultades, dado que la restricción a la libertad de contratar del adherente se muestra con mayor intensidad en atención a la ausencia de interés del transmitente una vez cancelado el precio (53).

V.3. Cláusula que concede al proveedor el derecho de resolver el contrato luego de ejecutada una parte sustancial de la prestaciones, imponiendo al adquirente penalidades civiles exorbitantes La presente cláusula exige la consideración por separado del ejercicio de la facultad resolutoria reconocida al proveedor, de las sanciones que se imponen a los adquirentes en razón de sus incumplimientos.



Con relación al pacto comisorio nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia precedente a la vigencia de la ley 24.240 era coincidente en considerarlo pasible de nulidad cuando el incumplimiento de las obligaciones convenidas no revestía entidad suficiente, teniendo en cuenta para ello la magnitud de la prestación incumplida, o lo que es lo mismo, la proporción de la obligación ejecutada hasta la fecha de la inejecución por el deudor (54).

Como lo hiciéramos notar precedentemente, la intervención estatal en la negociación inmobiliaria se inició precisamente con la finalidad de descalificar este tipo de disposiciones contractuales, que con frecuencia se constituían en serios obstáculos al acceso a la vivienda familiar. El art. 8 de la Ley de venta de lotes en mensualidades (14.005) [16] (55) y el art. 14 de la Ley de prehorizontalidad (19.724) [27] constituyen prueba de ello, suponiendo una aplicación concreta de la prohibición legal que impide el ejercicio antifuncional de los derechos, implicando además el respeto al principio de la buena fe contractual (56).

En este marco, la ley de defensa del consumidor, y -en especial su reglamentación-, han venido implícitamente a ratificar esta orientación puesto que permiten la declaración de nulidad de una cláusula cuando la misma afecte inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y las obligaciones de ambas partes, hipótesis que podría configurarse en el supuesto



de marras, debido a que con ella se permite la extinción del negocio ante un incumplimiento de escasa entidad que no altera sustancialmente el equilibrio negocial.

La nueva ley de leasing -como su antecesora la ley 24.441-, continúa en alguna medida con la exigencia que diera justificación al art. 8 de la ley 14.005 [16] en cuanto impone para la resolución del contrato una intimación previa (57). De todos modos, contiene una protección de menor intensidad dado que no veda categóricamente el ejercicio de la facultad resolutoria.

Otra de las cuestiones que mayores preocupaciones ha suscitado a nuestra jurisprudencia, lo constituye la eficacia de las cláusulas penales incorporadas como sanción al incumplimiento de los adquirentes en los contratos que tienen por objeto bienes inmuebles. El problema de emplazar a este tipo de disposiciones contractuales en el ámbito de las cláusulas abusivas no resulta sencillo debido a la naturaleza compulsiva que caracteriza a esta sanción civil, aunque consideramos que la reforma del '68 constituyó un primer hito en este sentido al flexibilizar su rigurosa inmutabilidad. De todas maneras creemos que en la actualidad dicha normativa resulta insuficiente para conjurar cabalmente las situaciones de abusividad que puede configurar la cláusula penal cuando se expresa mediante CGC (58).



Lo dicho responde a la circunstancia que la mayoría de nuestra doctrina y jurisprudencia al interpretar el art. 656 [28], segundo párrafo del Cód. Civ., considera necesario para su operatividad que se configuren en la especie los presupuestos de la lesión subjetiva-objetiva del art. 954 [29] del mismo cuerpo legal (59), lo cual demuestra su inadecuación para responder a las exigencias de la contratación masificada que impone apreciar con criterios objetivos el carácter abusivo de las cláusulas que constituyen su contenido (60).

Al respecto pensamos que en el ámbito del estatuto de defensa del consumidor no es dable tolerar la eficacia de una cláusula penal cuando la misma afecte la relación de equivalencia en el contexto concreto del negocio, debiendo para ello ponderarse, entre otras pautas, la gravedad del incumplimiento con relación al monto de la pena (61), al perjuicio efectivamente sufrido por el acreedor (62) y el cumplimiento parcial de las prestaciones debidas (63).

Dicha conclusión se funda en el convencimiento que la Ley 24.240 considera en el art. 37, inc. a) primera parte, la posibilidad de desestimar aquellas cláusulas que desnaturalicen el vínculo negocial, hipótesis que habría de configurarse en el caso analizado puesto que la reciprocidad entre ventajas y sacrificios -que supone el contrato de consumo- se vería alterada mediante la convalidación de una cláusula penal exorbitante que habría de afectar la causa-fin objetiva del negocio (64). Asimismo, la tarifación anticipada del daño que importa la



cláusula penal, indirectamente supone una renuncia del consumidor a oponer las excepciones relativas a la prueba de la inexistencia de perjuicio (65) , que sólo puede ser consentida cuando no implique una concesión excesiva a la posición contractual del acreedor (66).

Para concluir cabe señalar que esta es la tendencia seguida en el Derecho Comparado. Así la ley italiana N° 52 del 6 de Febrero de 1996, siguiendo la orientación trazada por la Directiva 93/13 de la U.E., presume como vejatoria salvo prueba en contrario a aquella cláusula que "...impone al consumidor, en caso de incumplimiento o de retardo en el cumplimiento, el pago de una suma de dinero a título de resarcimiento, cláusula penal u otro título equivalente de importe manifiestamente excesivo" (art. 1469 bis, inc. 6, del Codice Civile) (67).

V.4. Cláusula que reserva al proveedor la interpretación del contrato o limita la hermenéutica al contenido del documento final por el cual se formalizó el negocio La teoría general del negocio jurídico ha enseñado tradicionalmente que los contratantes eran los primeros encargados de concretar la labor de interpretación de las cláusulas del contrato, de allí que se los considerara como los destinatarios originales de las reglas legales de interpretación (68) . A tal conclusión se arribaba, partiendo de un concepto de contrato fuertemente arraigado en la voluntad común de las partes, la cual pretendía ser desentrañada



mediante el recurso a pautas interpretativas preferentemente subjetivas. Sin embargo, la creciente estandarización de las relaciones contractuales ha llevado al predisponente a arrogarse no sólo la configuración unilateral del negocio sino también su hermenéutica.

Ya hemos tenido ocasión de explayarnos en torno a la reacción suscitada con relación a las cláusulas abusivas, debiendo poner de resalto asimismo, que la aludida forma de contratación ha requerido la sustitución de las reglas subjetivas de interpretación de los contratos por pautas objetivas, más acordes con la naturaleza del negocio de consumo (69). Por otra parte, la dificultad en procurar la búsqueda de la voluntad común debido a la determinación exclusiva del contenido del negocio por el predisponente, ha obligado al legislador a reconocer como principales destinatarios de tales reglas al órgano jurisdiccional encargado de desentrañar el alcance de la norma contractual, tal como acontece con el segundo párrafo del art. 37 de la Ley 24.240 [21], al disponer que la interpretación del contrato se hará en sentido más favorable para el consumidor, denotando su sintaxis un mandato imperativo dirigido a los integrantes del órgano jurisdiccional.

Esta política legislativa se pretende neutralizar mediante la utilización de cláusulas como la aquí analizada, razón por la cual la tutela del contratante débil exige la descalificación de este tipo de condiciones. Así en el Derecho



Comparado es frecuente encontrar normas que posibilitan la desestimación de aquellas disposiciones contractuales que reconozcan al profesional "...el derecho exclusivo a interpretar cualquiera de las cláusulas del contrato" (70). Creemos que nuestro ordenamiento normativo no es ajeno a esta orientación por cuanto el principio general de protección del consumidor, resultante del art. 42 de nuestra Carta Magna, sustenta el derecho a "condiciones de trato equitativo", que no podría ser renunciado de conformidad a lo previsto en el inc. b), del art. 37 de la Ley de defensa del consumidor [21].

Como una variante de la cláusula referida en el título, es habitual encontrar condiciones que si bien no atribuyen al predisponente la interpretación del negocio, buscan circunscribir la labor del intérprete a la literalidad de los términos del documento final por el cual se formalizó el contrato, restando importancia a las conductas desplegadas por las partes en el periodo precontractual (71), particularmente las relativas al mensaje publicitario (72).

V.5. Cláusula que concede al proveedor el derecho de modificar unilateralmente los términos del contrato o las prestaciones convenidas Para concluir con el tratamiento de las condiciones generales de contratación en el ámbito inmobiliario, no podemos dejar de considerar aquellas cláusulas que facultan al predisponente a introducir modificaciones de los términos del contrato sin la debida participación del adherente. La cuestión adquiere particular importancia



en las denominadas cláusulas nucleares del negocio, ya que con frecuencia la alteración del contenido del contrato se proyecta sobre el objeto de la prestación principal.

Existe una consolidada tendencia en el Derecho Comparado en calificar como abusiva a la referida cláusula, siendo muestra de ello no sólo la Directiva 93/13 de la U.E., sino también la ley italiana 52/96 que introdujo al Código Civil de 1942 el art. 1469 bis cuyo inc. 11) dispone expresamente que se presumen vejatorias aquellas condiciones que "permiten al profesional modificar unilateralmente las cláusulas del contrato, o bien las características del producto o del servicio a proveer sin un justificado motivo señalado en el contrato".

Nuestra legislación no ha sido ajena a esta preocupación, dado que algunas de las leyes especiales dictadas en el ámbito inmobiliario se han ocupado específicamente de esta materia. Así la ley 19.724 sanciona en su art. 15 [30] con la nulidad a "toda cláusula que deje librado el reajuste del precio a la voluntad del propietario, vendedor, constructor o terceros vinculados a ellos aun que actúen en calidad de árbitros", excepcionándose con ello el principio general consagrado en los arts. 1.171 [31] y 1.349 del Cód. Civ. [32] en miras a las particulares exigencias de la contratación masificada.

Nuestra jurisprudencia ha tenido también ocasión de ratificar el referido criterio, aún con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 24.240, no sólo



con motivo de las cláusulas de actualización sino también en lo concerniente a las facultades de reajuste unilateral del precio en caso de aumento de los materiales o de la mano de obra (73) y de variación de la calidad de los bienes a utilizar en la construcción de viviendas.

En este marco consideramos que las normas consagradas en el estatuto de Defensa del Consumidor habrán de facilitar a los jueces la tarea de control de contenido de esta clase de cláusulas, jugando para ello un papel preponderante la norma del inciso a) del art. 37 de la Ley 24.240 [21], en cuanto implícitamente proscribió a aquellas disposiciones contractuales que dejen librado a la voluntad potestativa del predisponente el cumplimiento de las prestaciones principales del negocio.

La importancia de dicha normativa habrá de descubrirse en su cabal intensidad con motivo de aquellos negocios inmobiliarios que suponen una comunidad de intereses -tales como los sistemas de propiedad horizontal, clubes de campo y tiempo compartido- en los cuales suele consagrarse en favor del "organizador" del sistema la facultad de sustituir total o parcialmente los reglamentos que rigen el ejercicio de los derechos de los titulares (74) , sustrayendo de tal manera toda participación de los interesados en tal proceso, afectando el principio de decisión democrática que exige que todas las resoluciones sean adoptadas por mayoría de los interesados (75).



VI. Conclusión En síntesis, el repaso de las cláusulas que consideramos hasta aquí nos permite inferir la trascendencia del estatuto de defensa del consumidor, especialmente en lo que concierne al régimen de cláusulas abusivas. Su vigencia ha supuesto un cambio cualitativo con relación a las experiencias anteriores, especialmente las ensayadas en el ámbito inmobiliario. Deseamos, por tanto, que este esquema se consolide y supere las dificultades que actualmente se le presentan.

Notas al pie:

1) Para un estudio sociológico y político del acceso a la vivienda en Argentina puede verse a Yujnovsky, Oscar, Claves políticas del problema habitacional argentino 1955/1981, Grupo Editor Latinoamericano, Bs. As., 1984; Ghersi, Carlos A., Responsabilidad por la negociación inmobiliaria, Ed. Universidad, Bs. As., 1990, pág. 23 y sigts, y La vivienda santafesina, Suplemento Especial publicado por el diario La Capital, Rosario, 03/09/87, 49 sección.

2) Fresneda Saieg, Mónica; Frustagli, Sandra y Hernández, Carlos A., Leasing. Ley 25.248 comentada y reglamentación aprobada por dec. 1038/2000., Lexis Nexis-Depalma, Bs. As., 2002.

3) Mosset Iturraspe, Jorge, Intermediación en los negocios inmobiliarios, en "Contratación inmobiliaria", obra colectiva, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1980, pág. 22.



4) La doctrina nacional y comparada, coincide en considerar a la contratación inmobiliaria como acto de consumición. En este sentido puede verse, entre otros, a Juan Carlos Rezzónico, Aspectos de teoría contractual en prehorizontalidad, L.L., t. 1987-B, pág. 214 y sigts, y a Lira de Carvalho, Ivan, O direito do consumidor na promessa de compra e venda de imóvel, en AJURIS, Revista da associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, t. 59, pág. 327 y sigts. Entre los aportes más recientes en este sentido puede verse a D'alesio, Carlos M., Los contratos inmobiliarios, en "Defensa del Consumidor", obra colectiva dirigida por Ricardo Lorenzetti y Gustavo Juan Schötz, Abaco, Bs. As., 2003, pág. 313 y sigts, y a Márquez, Fernando y Calderón, Maximiliano, La tutela del consumidor y los derechos de uso y goce de un inmueble. La locación y la ley 24.240, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 2004-2, pág. 293 y sigts.

5) La amplitud de la fórmula utilizada por el legislador y la consagración positiva de la regla hermenéutica favor consumidor (arts. 3 y 37, Ley 24.240), nos conducen a la interpretación propuesta.

6) La limitación a los inmuebles "nuevos" fue introducida durante el tratamiento del proyecto de ley en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación a propuesta del Diputado Crostelli, V. Antecedentes Parlamentarios, La Ley, Bs. As., 1994, N° 1, pág. 90, parágrafo 255.



7) Los lotes de terreno fueron incluidos dentro del ámbito de aplicación de la ley 24.240 a propuesta del Diputado Varela durante el debate del proyecto en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación; V. Antecedentes Parlamentarios, op. cit., parágrafo 256. Plantea dificultades la cuestión de decidir cuándo se entenderá que el lote adquirido habrá de destinarse a vivienda, para lo cual consideramos que la ley 24.240 ha descalificado cualquier apreciación a priori dejando librada la resolución a la determinación judicial posterior sobre la base de las circunstancias del caso. Antes de su vigencia, nuestros tribunales han resuelto que "El destino de vivienda del inmueble es cuestión de hecho que ha de resolverse en cada caso concreto según sus particularidades. Ese destino puede surgir no sólo de la circunstancia de que se trate de un inmueble edificado cuya construcción tenga ostensiblemente esa finalidad, sino también cuando aún sin edificación se tratara de un lote que forma parte de una fracción mayor que fuera dividida mediante el sistema de loteo ubicado en zona suburbana, a 4 kms del centro, cuyas medidas reducidas (10 por 40 mts) no permiten suponer que pudiera tener otro fin natural que el de vivienda, porque no se explica la realización de una actividad comercial en un lugar tan alejado, ni la explotación rural en tan poco espacio" (C. Apel. C.C. Rosario, Sala II, 11/04/88, "Mayorchi el Mazzantini", inédito, auto 49/88).

8) C.N.Com., Sala B, 21/06/76, "Falcone c/ Ortiz S.A.", E.D., t. 68 (1976), pág. 220 y sigts; C.N.Com., Sala D, 2/09/78, "De Sanctis, S.R.L. c/ Ansaldi Behety,



S.A.", L.L., t. 1980-D, pág. 486 y sigts; C.C.C. Bahía Blanca, Sala I, 21/06/83, "Castaño, Héctor y otro c/ Monte Paco, S.A.", L.L., t. 1985-C, pág. 45 y sigts (con nota de Rivera, Julio Cesar, Boletín de compraventa y quiebra), y C. Apel. C.C. Rosario, Sala I, 31/03/86, "D'Ebrisa y/o Sbrissa, Bernardo", J. t. 79, pág. 215.

9) C.C.C. Bahía Blanca, Sala I, 15/11/83, "Babsky, Rafael c/ Monte Paco, S.A.", L.L., t. 1984-C, pág. 625 (36.665-S), y SC Mendoza, Sala I, 14/03/85, "Castellone, S.A. s/ quiebra", L.L., t. 1986-C, pág. 541 (37.306-S).

10) C. Apel. C.C. Rosario, Sala I, 9/09/85, "Ramiro, Guillermo c/ Schavone, Héctor", J. t. 78, pág. 67. En el caso se probó que las instalaciones destinadas al negocio de expendio de combustibles no eran de gran significación comparadas con la vivienda: tres surtidores y un salón de venta frente a una vivienda de cuatro ambientes, baño y cocina que triplicaba la superficie cubierta de aquel salón.

(11) En igual sentido puede consultarse a Farina, Juan Manuel, Defensa del consumidor y del usuario. Comentario exegético de la ley 24.240 y del decreto reglamentario 1.798/94, Astrea, Bs. As., 1995, pág. 64 y sigts, y a Moggia de Samitier, Catalina y de Krochik, Susana D., Comentarios acerca de la influencia de la ley 24.240 de defensa del Consumidor en el ámbito contractual, en Jurisprudencia de Entre Ríos, t. 63, pág. 34 y sigts.



(12) Bergel, Salvador D. y Paolantonio, Martín E., Anotaciones sobre la ley de defensa del consumidor, E.D., t. 155, pág. 493 y sigts.

(13) C.1ª C.C. San Isidro, Sala II, 16/06/88, "Quiroga, O. c/ Luna, Angel", D.J., t. 1988-2, pág. 806.

(14) Así se ha sostenido por la C.N. Civ, Sala C, 16/03/81 "Urquiza, Horacio J. c/ Kanmar, S.A., y otro", E.D., t. 93, pág. 608. Es por ello que se ha resuelto que si en el contrato de compraventa de la casilla prefabricada se convino la obligación del vendedor de levantarla en terreno del adquirente, producida la ruina de la obra, las consecuencias deberán analizarse a la luz del art. 1646 del Cód. Civ., aplicándose así la normativa de un tipo contractual más riguroso (C. 2ª C.C. La Plata, Sala II, 22/05/80, "Páez, Antonio c/ Viviendas José", D.J.B.A., 119, pág. 565 y E.D., t. 90, pág. 525).

(15) Ver en este sentido, aún antes de la sanción de defensa del consumidor, a la C.N.Civ., Sala G, "Bautista, Dora A. y otros c/ Construcciones S.A.", E.D., t. 146, pág. 443.

(16) Ciuro Caldani, Miguel A.; Ariza, Ariel C.; Chaumet Mario E.; Hernández, Carlos A.; Menicocci, Alejandro; Soto, Alfredo M.; y Stähli, Jorge, Las ramas del mundo jurídico en la teoría general del derecho, E.D., día del 21/12/92, pág. 1 y sigts, y Schäfer, Hans y O. Claus, Manual de análisis económico del



Derecho civil, trad. cast. de Macarena Von Carstenn-Lichterfelde, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, pág. 283 y sigts.

(17) C.N.Civ., 26/12/41, "Beinat, Nicolás c/ Franchi, Antonio", L.L., t. 25, pág. 536 y sigts.

(18) Recuérdese que en el derecho alemán, actualmente considerado el de mayor eficacia en la regulación de las CGC, el sistema se regula en base al principio general de la buena fe, consagrado en el parágrafo 9º de la Ley de Condiciones Generales. El texto actualizado con la reforma del año 2000 puede verse en Responsabilidad Civil y Seguros, t. 2001, pág. 1269 y sigts. Sobre la relevancia de la buena fe como norma de clausura ver a Wieacker, Franz, EL principio general de la buena fe, trad. cast. y Prólogo de Diez Picazo, Luis, Ed. Civitas, Madrid, 1986.

(19) Cabe señalar sin embargo que mediante la ley 52/1996, vigente desde el 25 de Febrero de 1996, Italia ha receptado la Directiva N° 93/13 de la U. E. a través de la incorporación al Codice Civile del Capitulo XIV-Bis "Dei contratti del consumatore", comprensivo de los arts 1469-bis (Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore), 1469-ter (Accertamento della vessatorietà delle clausole), 1469-quater (Forma e interpretazione), 1469-quinquies (Inefficacia) y 1469-sexies (Azione inibitoria), reforma que coloca al ordenamiento italiano en la línea trazada originariamente por la AGBGesetz.



(20) Jordano Fraga, Francisco, La responsabilidad contractual, Ed. Civitas, Madrid, 1987, pág. 382.

(21) En este sentido se expidió la doctrina nacional en las Segundas Jornadas Provinciales de Derecho Civil (Mercedes, 1983), Tema 3 "Boleto de compraventa inmobiliaria", despacho A, pto 2. "La solución que suministra el art. 14 de la ley 19.724, en cuanto subordina la eficacia de las cláusulas 'leoninas' a su aceptación por el adquirente expresada a través de la firma de la cláusula especial no es remedio suficiente, pues la observancia de la forma solemne adoptada no importa legitimarlas", en El derecho privado en la Argentina. Conclusiones de congresos y jornadas de los últimos treinta años, Universidad Notarial Argentina, Bs. As., 1991, pág. 136.

(22) Mosset Iturraspe, Jorge, La instrumentación en la ley de locaciones urbanas 23.091, L.L., t. 1984-D, pág. 1261 y sigts.

(23) Para el debate puede verse a Márquez, Fernando y Calderón, Maximiliano, La tutela del consumidor y los derechos de uso y goce de un inmueble, op. cit., pág. 293 y sigts. Más allá de las diferentes posturas, hacemos nuestra la recomendación de la Comisión N° 3 "La protección del consumidor en el ámbito contractual" de las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 1995) en cuanto propuso la incorporación de "...la locación de inmuebles al ordenamiento específico tuitivo del consumidor".



(24) Tal supuesto creemos encontrarlo en el conflicto de valores existente entre la ley 24.240 y la nueva ley de leasing. Sobre esta cuestión ver Fresneda Saieg, Mónica; Frustagli, Sandra y Hernández, Carlos A., Leasing. Ley 25.248 comentada y reglamentación aprobada por dec. 1038/2000, op. cit.

(25) La citada Directiva dispone que "...las cláusulas contractuales se considerarán abusivas si... causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato".

Con anterioridad al dictado de la ley de defensa del consumidor y su decreto reglamentario, nuestra jurisprudencia ya había resuelto que "Los contratos sinalagmáticos se caracterizan por la reciprocidad de las obligaciones. En este tipo de contratos, toda parte puede esperar que la relación de los derechos bilaterales, deberes, chances y riesgos estén en cierto modo equilibrados. Cuando la relación de equivalencia aparece sensiblemente perjudicada, el comportamiento del predisponente se aparta de la buena fe y puede concluirse que la cláusula que causa un perjuicio indebido al adherente es materialmente abusiva" (del voto del Dr. Garzón Vieyra) (C.N.Com., Sala E, 3/08/88, "Equitel, S.A. c/ Hacendal, S.A.", L.L., t. 1989-A, pág. 354).

(26) Para un estudio comparativo del contrato tradicional y el contrato de consumo puede verse a Nicolau, Noemí L., Tecnología y masificación en el



derecho contractual, L.L., diario del 17/03/92, y a Frustagli, Sandra A.; Esborraz, David F. y Hernández, Carlos A., Aportes para la puesta en marcha del Mercosur. Aspectos contractuales del consumo, L.L., t. 1995-A, pág. 923 y sigts.

(27) Stiglitz, Gabriel A. y Stiglitz, Rubén S., Derechos y defensa de los consumidores, Ediciones La Rocca, Bs. As., 1994, pág. 232 y sigts; Farina, Juan Manuel, Defensa del consumidor y del usuario. Comentario exegético de la ley 24.240 y del decreto reglamentario 1.798/94, op. cit., pág. 283 y sigts; Lorenzetti, Ricardo L, Tratamiento de las cláusulas abusivas en la ley de defensa del consumidor, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1994, t. 5 (consumidores), pág. 171 y sigts; y Bergel, Salvador D. y Paolantonio, Martin E., La Directiva de la Comunidad Económica Europea sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, t. 5 (consumidores), pág. 191 y sigts.

(28) En igual sentido puede verse a Moggia de Samitier, Catalina; Pita, Enrique Máximo, y Sozzo, Gonzalo, "Cláusulas abusivas en los contratos de consumo", ponencia presentada a la Comisión N° 3 "Protección del consumidor en el ámbito contractual" de las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 1995).



(29) Por cuanto el derecho dispositivo suministra un marco de cierto equilibrio. Es por ello que en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 1981), Comisión N° 3 "Contratos con contenido predispuesto", se resolvió que "Las condiciones generales no derogan los efectos normales o naturales de los contratos típicos, consagrados por normas dispositivas" (despacho D), en El derecho privado. .. , op. cit., pág. 38. Ver en este sentido a Stiglitz, Rubén S. y Stiglitz, Gabriel, Control de las cláusulas predispuestas, L.L., t. 1987-C, pág. 835 y sigts.

(30) La desestimación judicial importará habitualmente la nulidad de la cláusula, salvo en casos excepcionales en los que procederá la nulidad total del contrato cuando la sumatoria de cláusulas abusivas afecten gravemente los elementos estructurales del negocio. Creemos que en estos supuestos adquirirá trascendental importancia la responsabilidad precontractual del predisponente.

(31) La cuestión ha querido ser revertida recientemente mediante el dictado de diferentes resoluciones de la autoridad de aplicación (3/2003 de la Subsecretaría de Defensa de la Competencia y Defensa del Consumidor; 53/2003 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor y 26/2003 de la Secretaría de Coordinación Técnica), pero las mismas han merecido un duro cuestionamiento de nuestra doctrina en cuanto a su constitucionalidad.



(32) El codificador argentino previó varias disposiciones en las que se sanciona con nulidad la dispensa anticipada del obrar doloso (arts. 507, 2099, etc.).

(33) Farina, Juan Manuel, op. cit., pág. 283 y sigts.

(34) C. Apel. de Rosario, Sala I, 2/04/48, "Erljman, Marcos c/ Molina, Federico", R.S.F., t. 18, pág. 281; C.N.Civ., Sala C, 2/04/81, "Arnáiz, Evelina R. c/ Sol Jet, S.A. y otros", E.D., t. 93, pág. 588.

(35) C.C. 2ª de la Capital, 4/12/33, "Devoto, Juan c/ Barbella, Rosa (suc.)", J.A., t. 46, pág. 644.

(36) C.N.Civ., Sala C, 15/11/65, "D'Hers c/ Gallardo y otro", L.L., t. 122, pág. 953.

(37) C.C. 1ª de la Capital, 21/09/36, "López del Río Mirada c/ Cuarta", L.L., t. 6, pág. 558, C.C. 2ª de la Capital, 31/03/37, "Montes e hijos c/ De la Plaza, Rafael (suc.)", J.A., t. 57, pág. 795.

(38) C.N.Civ., Sala D, 5/05/67, "González Venfre, Rafael G. c/ Ungano, José", E.D., t. 19, pág. 126; C.N.Civ., Sala D, 15/02/74, "Rojkin, Ramón c/ Rodríguez, Enrique", E~D., t. 59, pág. 343; C.N.Civ., Sala C, 2/04/81, "Arnáiz, Evelina R. c/ Sol Jet, S.A. y otros", E.D., t. 93, pág. 588.



(39) C.C. 1ª de la Capital, 20/08/42, "Robles Gorriti c/ Mazzini", J.A., t. 1943-III, pág. 23; C.C. 2ª de la Capital, 9/09/43, "Edelstein c/ Quirno Costa de Bilbao", L.L., t. 31. pág. 812; C.C. 2ª de la Capital, 18/11/46, "Silva Cid, Rosa (suc.)", L.L., t. 44, pág. 656; C.N.Civ., Sala C, 27/10/83, "Tronabene de Borzone c/ Balbín y otro", L.L., t. 1984-A, pág. 375.

(40) C.N.Civ., Sala A, 16/11/53, "López Anaut de Tolomei (suc.)", L.L., t. 74, pág. 425; C.N.Civ., Sala C, 29/10/63, "Marún c/ Adam y otro", L.L., t. 114, pág. 504; C.N.Civ., Sala E, 13/04/71, "Nahas, Nicolás Jorge, suc.", J.A., t. 11 (1971), pág. 549, N° 35.

(41) C.C. 2ª de la Capital, 7/05/45, "Tognoni, c/ Sagorio (suc.)", G.F., t. 176, pág. 469.

(42) C.C. 1ª de la Capital, 17/11/43, "Ruibal, María Arenas de (suc.)", J.A., t. 1944-II, pág. 16; C. Apel. C.C. Rosario, Sala III, 13/02/78, "Germán c/ Ingrassa y otro", Z, t. 14 (1978), pág. J-334.

(43) Ver Terceras Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal (Junín 1988), en *El derecho privado*, op. cit., pág. 103.

(44) En cuanto a los otros profesionales (ingenieros, agrimensores, etc.) la cuestión, en principio, no presenta inconvenientes debido a que al constituir sus



honorarios gastos que corresponden al vendedor, resulta lógico que su designación le competa.

(45) En este sentido puede consultarse a C.N.Civ., Sala D, 5/10/72, "Destkfanis, Jorge y Otros c/ Oneto, José R. y otra", E.D., t. 47, pág. 432; C.N.Civ., Sala C, 12/06/80, "Dalmazo, Casimiro c/ Di Capua, Luis y otro", J.A., t. 1980-IV, pág. 524; C.N.Civ., Sala D, 25/02/82, "Gómez, Juana H.", L.L., t. 1982-B, pág. 403.

(46) Así se ha resuelto por la C.N.Civ., Sala A, 17/06/74, "Bartoccelli, G. c/ Villeda, Jorgell", E.D., t. 58, pág. 633.

(47) Ver Mensaje N° 2016 del P.E.N. en A.D.L.A., t. XLV-D, pág. 3592 y sigts.

(48) Si el comprador no vería coartada su facultad de designar escribano posiblemente podría convenir honorarios más reducidos con el profesional por él elegido. Ver Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo La responsabilidad del constructor o promotor de vivienda en la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios, en "Estudios jurídicos ...", op. cit., pág. 257.

(49) El Cód. Civ. paraguayo de 1987 dispone en su art. 757 que "Los contratantes pagarán por partes iguales los impuestos y gastos del contrato salvo disposición imperativa de la ley o estipulación en contrario".



(50) Así se ha resuelto que "En función de lo dispuesto por el art. 1424 del Cód. Civ., que pone a cargo del comprador el pago del instrumento de la venta, se ha reconocido, en principio, al adquirente, la facultad de designar el escribano que otorgará la escritura pertinente, ello no solo por ser justa consecuencia del deber impuesto en el texto citado, sino también en razón del legítimo interés que asiste al comprador en que sea un escribano de su confianza el que examine la bondad de los títulos que tiene el vendedor sobre el inmueble objeto de la venta" (C.N.Civ., Sala A, 17/06/74, "Bartoccelli, G. c/ Villelba, Jorge", E.D., t. 58, pág. 633).

(51) La solución consagrada por Vélez Sarsfield en el art. 1424 del Cód. Civ. argentino fue tomada del art. 2044, inc. 3° de Freitas, A. T., Código Civil: Esboço, Typographia Universal de Laemmert, Rio de Janeiro, 1861, t. 2, pág. 812.

(52) Lorenzetti, Ricardo, op. cit., pág. 175.

(53) C.N.Civ., Sala E, 31/10/67, "Liendo de Trovato, Maria c/ Belussi Duray y Cia", E.D., t. 23, pág. 349.

(54) Así, nuestra jurisprudencia ha considerado abusivo el ejercicio de la facultad comisorias cuando el comprador ha satisfecho un porcentaje equivalente al 25%, 45%, 55%, 75% o 90% de la prestación a su cargo (C. N. Civ., Sala F, 4/06/70, "Papasso, Leonardo y otro c/ Quesada, Ismael y otra", E.D., t. 35, pág.



719; C.C.C. Tucumán, 4/07/67, "Contreras, Blas N. c/ Cairone, Anunciado", E. D., t. 22, pág. 641; C.N.Civ., Sala A, 24/12/63, "Lavalle Cobo, Augusto c/ Canale, José M.", E.D., t. 9, pág. 221; C.N.Civ., Sala C, 21/09/65, "Wenckheim, Nicolás c/ Chaikovsky, Aarón", E.D., t. 14, pág. 140, y C.N.Civ., Sala D, 9/08/73, "Acapulco, S.C.A. c/ Balteansky Arias, Beatriz M.", E.D., t. 52, pág. 427).

(55) La jurisprudencia de nuestros tribunales ha extendido la aplicación de la ley 14.005 a la venta de lotes integrantes de un club de campo (C.N.Civ., Sala F, 9/03/81, "López Ferreira, Artemio c/ Las Casuarinas, S.R.L.", E.D., t. 93, pág. 680; C.N.Civ., Sala F, 9/12/85, "Luque, Oscar c/ las Casuarinas, S.R.L.", L.L., t. 1986-E, pág. 422; y C.N.Civ., en pleno, 20 y 25/11/86, "Lencina, Ramón D. y otro c/ Las Casuarinas, S.R.L.", L.L., t. 1987-A, pág. 77).

(56) En este sentido puede consultarse, entre otros, a C.N.Civ., Sala E, 31/07/74, "Aydemboim de Kuks, Rosa c/ Di tonno, Roque J. P.", E.D., t. 60, pág. 674; C.N.Civ., Sala E, 10/09/74, "Beauveger Raimondo, J. A. M. de y otra c/ Vicabur, S.A.", E.D., t. 60, pág. 289; C.N.Civ., Sala F, 14/03/77, "Kotas, Francisco c/ Coelho, Noemí", E. D., t. 76, pág. 580; C. Apel. C.C. Mercedes, Sala II, 4/09/79, "Chiabrera, Elsa H. y otros c/ Rodríguez, Aniceto C. y otro", E.D., t. 86, pág. 388; C. 5ª C.C. Córdoba, 3/10/86, "Weinmester, Mario O. c/ Olmos, Francisco R.", E.D., t. 124, pág. 440. El Proyecto de Reformas al



Código Civil elaborado en el año 1993 por la Comisión designada por el P. E. N. ha pretendido consolidar esta orientación en su proyectado art. 903, segundo párrafo. En el Derecho Comparado el límite al ejercicio de la facultad de resolver el negocio por incumplimiento ha sido consagrado expresamente por el art. 1455 del Código Civil italiano, V. en este sentido a Sacco, Rodolfo, *Trattato de Diritto Civile. Il Contratto*, Ed. UTET, Torino, 1993, t. II, pág. 599 y sigts y Bianca, C. Massimo, *Diritto Civile. La responsabilità*, Ed. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1994, t. V, pág. 269 y sigts.

(57) Highton, Elena L.; Mosset Iturraspe, Jorge; Paolantonio, Martín E. y Rivera, Julio César, *Reformas al derecho privado. Ley 24.441*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, pág. 188 y 189.

(58) Rezzónico, Juan Carlos, *Contratos con cláusulas predispuestas*, Astrea, Bs. As., 1987, págs. 533 y 534, quien señala respecto de la morigeración judicial de las cláusulas penales excesivas que si bien "...no se deja de reconocer el alto sentido de justicia contenido en el art. 656 inc. 2 del Código Civil, el mismo no se adapta sino muy relativamente al sistema de CNG".

(59) Moisset de Espanés, Luis, *La lesión*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1976, pág. 119 y sigts; Kimmelmajer de Carlucci, Aída, *La cláusula penal*, Ed. Depalma, Bs. As., 1981, pág. 119 y sigts; y Brebbia, Roberto H., *Hechos y actos jurídicos.*, Ed. Astrea, 1995, t. 2, pág. 269 y sigts. En idéntico



sentido puede verse C.N.Civ., Sala D, 15/12/75, "Scarzello de Milano c/ Piccione de Yoma, Elba", E.D., t. 67, pág. 489; C.N.Civ., Sala D, 19/04/76, "Schater Broidied c/ C.H.T.I.", E.D., t. 68, pág. 223; C.N.Civ., Sala C, 02/05/83, "Los Abrojos, S.C.A. c/ Tillitri, Osvaldo E.", E.D., t. 105, pág. 264; C.N.Civ., Sala F, 29/03/85, "La Belga, S.A. c/ Basterrechea, S.A.", L.L., t. 1986-A, pág. 252; C.N.Civ., Sala C, 17/11/83, "Peralta Pérez, Roberto c/ Saleem, León S. y otros", E.D., t. 108, pág. 97; C.N.Civ., Sala G, 23/05/84, "Grillo de Marquet, Magdalena y otras c/ Riante, S.A.", E.D., t. 110, pág. 415; C.N.Civ., Sala D, 20/11/87, "Cataldi, Noemí E. c/ González, José M.", L.L., 1989-A, pág. 401, con nota de Compagnucci de Caso, Rubén, Mora del vendedor, consignación del precio e inmutabilidad de la cláusula penal.

(69) En una interpretación de avanzada el maestro santafesino Jorge Mosset Iturraspe requería, aún antes de la sanción de la ley 24.240, la independencia de la figura de la cláusula penal con relación a la lesión en atención a la preeminencia que adquiere en aquella el elemento objetivo configurado en la desproporción entre el monto de la pena y la gravedad del incumplimiento, en Justicia contractual, Ed. Ediar, Bs. As., 1978, págs. 187 y 188, nota N° 50. Ver asimismo en este sentido C.N.Civ., Sala D, 28/08/63, "Salemi, Alberto J. c/ Saumell, Luis", E.D., t. 5, pág. 825; C.N.Civ., Sala D, 31/12/65, "Rey, José M. c/ Manzella, Ernesto G. y otro", E.D., t. 14, pág. 116; C.N.Civ., Sala D, 1/04/66, "Roselli, Juan V. y otro c/ Elizalde, Juan R.", E.D., t. 19, pág. 93; C.N.Civ.,



Sala D, 6/05/69, "Ramos, Enrique y otra s/ Sinópoli de Punta, María R.", E.D., t. 30, pág. 272; C.N.Paz, Sala I, 25/09/69, "Zeiguer, P. c/ Saran, L.", E.D., t. 37, pág. 291; C.N.Civ., Sala B, 3/09/71, "Braniff Airways Inc. c/ Italfina y otro", E.D., t. 44, pág. 619; C.N.Esp. Civ. y Com., Sala I, 11/06/73, "Yeiguer, Samuel c/ Comercio y Desarrollo, S.A.", E.D., t. 50, pág. 258; C.N.Esp. Civ. y Com., Sala I, 20/12/72, "Caseros, S.C.A. c/ Ichiki, Mineko y otros", E.D., t. 51, pág. 534; C. Apel. C.C. Paraná, Sala I, 21/05/80, "Olguín, R. 1. c/ Ramos, A., Z, t. 24 (1981), pág. J-12; C.N.Civ., Sala E, 13/06/83, "Syncro Argentina, S.A. c/ Adromás, S.R.L. y otros", L.L., 1984-B, pág. 466 (36.591-S); C.N.Civ., Sala C, 3/02/84, "Sauco, Gladys S. c/ Menasce, Rubén", E.D., t. 110, pág. 496; C.N.Com., Sala A, 14/12/89, "Productos Farmacéuticos Doctor Gray S.A. c/ Esterilización Longhi Hnos" , L.L., 1990-C, pág. 365; C.N.Com., Sala A, 9/03/90, "Teletex, S.A. c/ Isalu, S.A., L.L., 1990-D, pág. 353; C.N.Civ., Sala C, 28/11/95, "Viggiano, Domingo c/ Frinan, Salomón", D.J., t. 1996-1, pág. 622.

En igual orientación se expide el art. 1573 del Proyecto de Reformas al Código Civil elaborado por la Comisión designada por el P.E.N. mediante Decreto N° 468/92 (Ed. Astrea, Bs. As., 1993, pág. 377), al excluir del mismo la referencia al "...abusivo aprovechamiento de la situación del deudor" que contiene el art. 656 del Código vigente. En el Derecho Comparado puede consultarse el Código Civil italiano de 1942 cuyo art. 1384 dispone que "La cláusula penal puede ser disminuida equitativamente por el juez, si la obligación principal ha sido



exigida en parte, o bien si el importe de la pena es manifiestamente excesivo, teniendo en consideración el interés que el acreedor tiene en el cumplimiento integral".

(61) C. 1ª C.C. San Martín, 7/08/73, "Kisilenky, Saúl c/ Bustos, Osvaldo N.", E.D., t. 54, pág. 350 (v. voto del Dr. Martínez Sosa); C.N.Com, Sala E, 3/08/88, "Equitel, S.A. c/ Hacendal, S.A.", L.L. 1989-A, pág. 354 (v. voto del Dr. Garzón Vieyra); C.N.Com., Sala A, 9/03/90, "Teletex, S.A. c/ Isalu, S.A.", L.L., 1990-D, pág. 352; C.C.C. Santa Fe, Sala I, 25/03/91, "Tricereal, S.A. c/ Pago Largo, S.A.", Z, diario del 13/09/91, pág. 6; C.N.Civ., Sala A, 30/06/92, "Guz, Alejandra c/ Comisión Municipal de la Vivienda", L.L., 1992-E, pág. 85.

(62) C.N.Civ., Sala G, 8/04/81, "Retegui, Marta c/ Wainstein, Flora y otro", L.L., t. 1982-A. pág. 236; C.N.Com., Sala A, 9/03/90, "Teletex, S.A. c/ Isalu, S.A.", L.L., 1990-D, pág. 353.

(63) C.N.Civ., Sala D, 23/03/76, "Furer, Rodolfo c/ Amica", E.D., t. 67, pág. 487. En este mismo sentido puede verse el proyectado art. 1573, párrafo 2º, del Proyecto de Reformas al Código Civil elaborado por la Comisión designada por el P.E.N., op. cit., pág. 377.

(64) Lorenzetti, Ricardo, op. cit., págs. 173 y 174.

(65) Sacco, Rodolfo, op. cit., pág. 163.



(66) Bergel, Salvador D. y Paolantonio, Martín E., Nulidad parcial y total en el derecho del consumo, en "Revista de Derecho Privado y Comunitario", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1995, t. 8 (nulidades), pág. 148, quienes señalan como supuesto de cláusula vejatoria que desnaturaliza la obligación, la que limita la facultad de oponer excepciones.

(67) En el mismo sentido se expide el Código de Defensa del Consumidor de Brasil (Ley 8.058 del 11/09/90) en su art. 53, que ha permitido a la jurisprudencia de ese país declarar la nulidad de aquellas cláusulas que prevén la rescisión y pérdida de todas las prestaciones pagadas por el comprador en el caso que éste incurra en mora, especialmente cuando ya se ha ocupado el inmueble, V. Apelação do Estado de Porto Alegre, 16/09/92, ENCOL (Engenharia, Comércio e Indústria), apelante - Luiz Fernade Perusso, apelado con comentario de Giareta, Gerci, AJURIS (Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul), t. 59, pág. 368 y sigts.

(68) Messineo, Francesco, Teoría general del contrato, trad. de Rodolfo G. Fontanarrosa y otros, Ed. Ediar, Bs. As., 1952, t. 11, pág. 99 y sigts.

(69) Así, la Comisión N° 3 "Contratos con contenido predispuesto. Condiciones negociales generales" de las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 1981) recomendó que la interpretación e integración de este tipo de negocios debía hacerse según las siguientes pautas: "A. Las condiciones



generales deben ser interpretadas, en caso de oscuridad o duda, en contra del predisponente y a favor del adherente; B. Las estipulaciones contractuales individuales tienen preferencia sobre las condiciones negociales generales; C. Las cláusulas manuscritas o mecanografiadas en los claros tienen preferencia sobre las impresas" (pto II), en *El derecho privado ...*, op. cit., pág. 38 y sigts.

(70) Ver en este sentido el anexo de la Directiva 93/13 de la U. E., inc. m). Asimismo puede consultarse el art. 10, párr. 2º, de la ley española 26/1984 de defensa de los consumidores y usuarios.

(71) A título ejemplificativo de la cláusula que comentamos puede citarse aquella que dispone que "El presente contrato, así como los anexos que forman parte integral del mismo, contienen el entendimiento completo y total entre las partes del presente y reemplazará todos los anteriores entendimientos ya sea escritos u orales pertenecientes a la materia objeto de este contrato, y no puede ser modificado o enmendado, excepto mediante un documento escrito y firmado por las partes del presente", o la que establece que "Toda modificación a las cláusulas del presente contrato deberá hacerse por escrito, no reconociendo la vendedora la invocación de arreglos verbales, estipulaciones ni promesas verbales".

(72) Stiglitz, Rubén S. y Stiglitz, Gabriel A., *Responsabilidad precontractual*, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1992, pág. 129 y sigts. En el mismo sentido puede



consultar se S. T. Jujuy, Sala I, 9/03/84, "Vall de Alonso, Ester c/ Círculo del Personal Subalterno de la Policía de Jujuy y otra", E.D., t. 109, pág. 164 y C.N.Civ., Sala B, 24/09/86, "Konigsberg, Alejandro V. y otra c/ Almagro Construcciones, S.A.", J.A., t. 1987-IV, pág. 400.

(73) Ver sentencia de la C.1ª C.C. La Plata, Sala II, 28/02/91, "Parras, Oscar A. c/ Viviendas Los Angeles", L.L., t. 1991-E, pág. 451 y sigts. En igual sentido se han pronunciado los Tribunales de la República Federativa de Brasil, pudiendo verse al respecto la sentencia dictada por la Apelação Cível Porto Alegre, 3ª Cámara Civil, Apelação Civil N° 593038771, 30/09/93, "Litofibra - Indústria da Casa pré-Fabricada Ltda., apelante - Marilisa Bignetti da Silva, apelada", Revista de Jurisprudencia do Tribunal de Justicia do Estado do Rio Grande do Sul, t. 166, ano XXIX, pág. 247 y sigts..

(74) En materia de propiedad horizontal, y aún antes de la ley 24.240, se había resuelto por nuestra jurisprudencia que "Si el propietario del inmueble que lo afectó al régimen de la propiedad horizontal, incluyó en el reglamento de copropiedad por él redactado cláusulas abusivas, los copropietarios tienen la vía judicial para lograr las modificaciones que estimen justas" (C.N.Civ., Sala A, 13/04/71, "Lipper, Marcos y otros c/ Consorcios de Propietarios Paraná 264/66", E.D., t. 39, pág. 748).



(75) Lorenzetti, Ricardo L., Situaciones jurídicas abusivas lesivas de libertades del consumidor, ponencia presentada a la Comisión N° 3 "Protección del consumidor en el ámbito contractual", XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 1995).