



UNIVERSIDAD
EMPRESARIAL
SIGLO 21

**UNIVERSIDAD EMPRESARIAL
SIGLO 21**

CARRERA ABOGACÍA

TRABAJO FINAL DE GRADO

**FIDEICOMISO: LÍMITES DE LA
RESPONSABILIDAD CIVIL**

AUTORA: FABIANA ANGELA MC CORMICK

MENDOZA 2014

ÍNDICE

RESUMEN O ABSTRACT	4
INTRODUCCIÓN.....	6
MARCO METODOLÓGICO	8
TIPOS DE INVESTIGACION.....	8
ESTRATEGIA METODOLÓGICA	9
TIPO Y MENCIÓN DE LAS PRINCIPALES FUENTES A UTILIZAR.....	9
TÉCNICAS DE RECOLECCION DE DATOS.....	10
DELIMITACIÓN TEMPORAL/ NIVEL DE ANÁLISIS.....	10
CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES DEL CONTRATO DEL FIDEICOMISO	11
1.1 INTRODUCCIÓN	12
1.2 CONCEPTO Y DEFINICIÓN LEGAL DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO	13
1.3 DOMINIO FIDUCIARIO Y PROPIEDAD FIDUCIARIA.....	19
1.4 PATRIMONIO DE BIENES FIDEICOMITIDOS.....	23
1.4.1 Antecedentes y naturaleza jurídica. Teorías.....	23
1.4.2 Patrimonio separado. Caracteres. Composición.....	25
CAPÍTULO II: RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO	29
2.1 INTRODUCCIÓN	30
2.2 CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL.....	31
2.3 PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	33
2.4 PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	34
2.5 RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL. RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y SUBJETIVA. SISTEMA DEL CODIGO CIVIL.....	39
2.6 REGIMEN EN LA LEY 24.441. OBLIGACIONES POR LAS QUE RESPONDE EL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO.....	41
CAPÍTULO III: RESPONSABILIDAD SUBJETIVA EN EL FIDEICOMISO	44
3.1 INTRODUCCIÓN	45
3.2 FACTORES DE ATRIBUCIÓN	46
3.2.1 Dolo.....	46
3.2.2 Culpa.....	51
3.3 RESPONSABILIDAD SUBJETIVA EN LA LEY 24.441	57
3.3.1 Insolvencia del patrimonio de bienes fideicomitidos art. 16 de la Ley. Problema que plantea la norma en cuestión.....	58

3.3.2	Discusión doctrinaria acerca de la posibilidad de que el fiduciario pueda pedir Concurso preventivo.	59
3.3.3	Responsabilidad del fiduciario por haber llegado a la situación de insolvencia.	60
	CAPÍTULO IV: RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN EL FIDEICOMISO	64
4.1	INTRODUCCION	65
4.2	FACTORES OBJETIVOS DE ATRIBUCIÓN. TEORÍA DEL RIESGO. LÍNEAS DEL PENSAMIENTO.	66
4.2.1	Factor de garantía.	67
4.2.2	La equidad.	68
4.2.3	Abuso del derecho y el exceso en la normal tolerancia entre vecinos.	68
4.2.4	Seguridad.....	69
4.2.5	Otros factores de atribución.	69
4.3	EXIMENTES.....	70
4.4	LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN EL CONTRATO FIDEICOMISO ART. 14 DE LA LEY 24.441.	70
	CAPÍTULO V: CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 14 DE LA LEY 24.441. ...	72
5.1	INTRODUCCION	73
5.2	EL TEXTO LEGAL. DOCTRINA.....	74
5.3	ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LA REPARACIÓN PLENA E INTEGRAL.	75
5.3.1.	Fallo Santa Coloma, Luis F. y otros v. Ferrocarriles Argentinos.....	75
5.3.2	Fallo Gorosito, Juan R v. Riva S.A. de fecha 01/02/2002.	77
5.3.3	Fallo Aquino, Isacio v. Cargo Servicios Industriales S. A de fecha 21/09/2004.....	77
	CONCLUSIONES GENERALES	81
	BIBLIOGRAFÍA	89
	DOCTRINA.....	89
	LEGISLACIÓN	89
	JURISPRUDENCIA	89

RESUMEN O ABSTRACT

Este trabajo investigó y analizó el contrato de fideicomiso en uno de los tantos aspectos controvertidos que la figura tiene: su régimen de Responsabilidad Civil.

La normativa legal que regula esta figura es el Código Civil y en especial la Ley 24.441, que es la que determina las características particulares del contrato, la misma establece un régimen especial para los bienes que conforman el patrimonio fideicomitado, al que considera separado del patrimonio de las partes y estos bienes sirven para responder solamente por las deudas del fideicomiso. Es decir que los acreedores personales del fiduciante y fiduciario no pueden cobrar sus deudas del patrimonio del fideicomiso. El problema planteado es el que existe cuando estos bienes resultan insuficientes para atender las obligaciones surgidas con motivo de la gestión del fideicomiso. En estos casos se propuso distinguir la responsabilidad por daños objetiva y subjetiva. En el primer caso la ley en el art. 14 denota una limitación a la responsabilidad objetiva del art. 1113 del Código Civil. Basada en el rango constitucional que se le ha dado al principio de la reparación plena e integral a través de fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación se podría pedir la inconstitucionalidad del citado artículo en casos en que se reúnan determinadas condiciones. Con respecto a la responsabilidad subjetiva, el análisis se dirigió a determinar si es posible plantearla en el caso de que el administrador del fideicomiso, obrando con culpa coloque al patrimonio del fideicomiso en situación de insolvencia.

This paper investigated and analyzed the trust agreement in one of the many controversial aspects figure: his Civil liability regime. The legislation governing the figure is the Civil Code and in particular the law 24.441 which is what determines the particular characteristics of the contract provides for a special regime for the assets that comprise the trust property, considered separately from the equity of the parties and these assets are used to answer only for the debts of the trust. Is to say that personal creditors of the settlor and trustee can not charge their debts from de legacy of the trust. The problem set is the one that exists when these assets are insufficient to attend the obligations arising in connection with the management of the trust. In these cases it was proposed to distinguish the responsibility for objective and subjective damage. In the first case the norm in Article 14 denotes a limitation on the liability of Article 1113 of

the civil code. Based on the constitutional status that has been given to the principle of full and comprehensive repair through rulings dictated by the supreme court of the nation, it could be ask the unconstitutionality of the quoted article in cases where certain conditions are gathered. In order to the subjective liability analysis, addressed whether it is possible to propound it in the case of the administrator of the trust, acting negligently, put the trust estate insolvent.

INTRODUCCIÓN

El contrato de fideicomiso actualmente constituye una herramienta de gran versatilidad, pues de acuerdo a su estructura se pueden realizar variados negocios jurídicos.

Si bien se encuentra regulado por el Código Civil Argentino en el art. 2662 y s.sgs; el Contrato de Fideicomiso surge a partir de la sanción de la Ley 24.441 en el año 1995, que tuvo por finalidad en un primer momento el financiamiento de viviendas y luego se aplicó a diferentes usos.

La ley en su art. 1º lo define diciendo: "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".

Este contrato tiene elementos típicos que según Lorenzetti son: "Una parte obligacional activa que es el sujeto que constituye el fideicomiso, una parte obligacional pasiva que es el sujeto obligado a administrar el fideicomiso, la obligación de transmitir al fiduciario el dominio fiduciario de los bienes sujeto a plazo o condición, un beneficiario de las ganancias que surgen de la administración del fideicomiso, una obligación a cargo del fiduciario de transmitir el dominio del bien luego del cumplimiento del plazo o condición, un destinatario final de los bienes que es el fideicomisario y un plazo máximo de duración del contrato de treinta años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuere un incapaz, caso en que durará hasta su muerte o el cese de su incapacidad" (Ricardo Lorenzetti, 1999). A los que se les puede agregar el hecho de que esos bienes que integran el fideicomiso, integran un patrimonio separado del patrimonio personal de fiduciario y fiduciante, el mismo está exento de la acción de los acreedores personales de ambos, solo responde por las deudas contraídas por el fideicomiso.

El patrimonio separado es una de las características fundamentales de este negocio jurídico. Claudio Kiper sostiene: "una de las innovaciones más importantes que trae la Ley -sin duda la pieza clave del instituto- guarda relación con la seguridad de los bienes fideicomitados en relación al riesgo económico a que está sujeta la propiedad como prenda común de los acreedores" (Claudio Kiper, 1995).

Un tema no menos interesante es el del dominio fiduciario que se transfiere de fiduciante a fiduciario, éste se caracteriza por ser un dominio menos pleno en el que se encuentra afectada la perpetuidad, ya que está sujeto a un plazo o condición.

Respecto de la responsabilidad civil nuestro Código Civil regula dos órbitas, la contractual y la extracontractual, al decir de Pizarro y Vallespinos, la derivada del incumplimiento de las obligaciones en general se regula en los artículos 505 a 514, 519 a 522 y en los artículos 616 a 624 de las obligaciones de dar sumas de dinero, la que emerge de los hechos ilícitos, artículos 901 s.s. y 1066 s.s. Puede suceder que el incumplimiento obligacional importe además una violación al deber jurídico de no dañar, en este sentido las normas que regulan el incumplimiento obligacional no son aplicables en materia de hechos ilícitos salvo cuando el incumplimiento degenera en un delito de derecho criminal. (Ramón Pizarro y Carlos Vallespinos, 1999). También tenemos responsabilidad subjetiva que es aquella que se basa en factores subjetivos de atribución como lo son el dolo y la culpa y otra responsabilidad objetiva basada en factores de atribución objetivos como por ejemplo el riesgo creado, la garantía, la equidad, etc.

En este contexto es importante establecer cuál es la responsabilidad civil que existe en esta figura, sobre todo cuáles son los límites de la misma planteando las distintas posiciones doctrinarias. Como así también se realizará un análisis jurisprudencial en materia de constitucionalidad del derecho a la reparación plena e integral y cómo podría impactar en el art. 14 de la ley 24.441 ya que constituiría un límite a la responsabilidad objetiva. Este es el objetivo que se buscará concretar con este trabajo.

Es imposible negar la gran utilidad del contrato de fideicomiso tanto en el ámbito público como en el privado y es por ello que es necesaria la aplicación de los principios generales del derecho de daños para llegar a soluciones más justas y evitar abusos.

MARCO METODOLÓGICO

En este título se hará mención de la metodología a utilizar, ya que toda investigación científica requiere de una. También de los distintos procedimientos y técnicas utilizados para llevar a cabo la investigación.

Se hace necesario dar un concepto de *metodología* que “como disciplina científica es un cuerpo sistemático de conocimientos que toma como objeto de estudio a los métodos que se utilizan en las ciencias.” (Yuni y Urbano, 2006, p.11), este autor continúa diciendo” La metodología describe, valora y, en cierto modo, prescribe un conjunto de reglas, procedimientos y criterios que el investigador debe considerar para construir y validar conocimientos científicos.” (Yuni y Urbano, 2006, p.11).

TIPOS DE INVESTIGACION

Con respecto a los tipos de investigación que se utilizarán, serán exploratorio y el tipo descriptivo, a los que podemos definir de la siguiente manera:

Descriptivo: “apunta a hacer una descripción del fenómeno bajo estudio, mediante la caracterización de sus rasgos generales. Estos estudios no implican la comprobación de hipótesis, ya que su finalidad es describir la naturaleza del fenómeno a través de sus atributos”. (Yuni y Urbano, 2006, p. 80).

Con respecto al tema elegido “el contrato de fideicomiso” a través de la aplicación de este método se busca lograr una comprensión del mismo a través de la descripción y especificación de sus principales características, deteniéndonos en su aspecto patrimonial principalmente en lo que hace al régimen de responsabilidad civil.

Exploratorio: en este tipo de estudio “el objetivo es explorar un fenómeno sobre el cual no se conoce demasiado. En estos estudios no están identificadas las variables relacionadas con ese fenómeno. Esta investigación es característica de los momentos iniciales en el conocimiento de un tema determinado. Es un tipo de estudio sistemático en el que se utilizan todos los recursos disponibles para poder tener mayor precisión en la descripción del fenómeno en estudio. Suelen utilizarse como estudios preliminares. Sirven para aumentar el grado de familiaridad con fenómenos relativamente desconocidos y para obtener información acerca de la posibilidad de realizar una investigación más completa.”(Yuni y Urbano, 2006, p. 79 y 80).

Se necesita de este método (exploratorio) para indagar sobre aspectos controvertidos relativo a la responsabilidad objetiva y subjetiva que genera el contrato

partiendo de distintas posiciones doctrinarias para llegar a conclusiones que permitan dar solución a este problema.

ESTRATEGIA METODOLÓGICA

En cuanto a estrategia metodológica cabe mencionar que existen tres tipos, la cualitativa, cuantitativa y la cuali-cuantitativa. Según Yuni y Urbano algunas de sus diferencias serían: “En las primeras el proceso es lineal: la recolección y el análisis de datos son actividades separadas y secuenciales. En las segundas, ambos procesos son dialécticos y se retroalimentan permanentemente. En los estudios cuantitativos se eligen las técnicas de análisis estadístico más adecuadas, mientras que en los estudios cualitativos se seleccionarán técnicas variadas de análisis del discurso. En los estudios cuantitativos los datos son los números obtenidos por el investigador como resultado del uso de los instrumentos de medición de variables, mientras que en los estudios cualitativos los datos son los discursos producidos por los sujetos estudiados” (Yuni y Urbano, 2006, p. 56 y 57).

Para la realización de este trabajo se emplearán estrategias tanto cualitativas como cuantitativas, ya que permitirán la mejor comprensión de los distintos temas.

TIPO Y MENCIÓN DE LAS PRINCIPALES FUENTES A UTILIZAR

Siguiendo a los autores citados podemos definir brevemente:

“Llamamos fuentes de información a aquellas obras o productos de comunicación científica, que se presentan en diferentes formatos, periodicidad y sistematicidad. Podemos distinguir entre:

Fuentes primarias: en las que los autores informan directamente de los resultados de sus estudios, a través de libros, artículos en revistas especializadas, monografías, e incluso tesis. Estas fuentes son de interés para el investigador ya que cuando se detecta un autor que haya trabajado el tema, es posible rastrear otros trabajos de él, e incluso entablar comunicación” (Yuni y Urbano, 2006, pag. 85).

En este trabajo se emplearán distintas fuentes primarias como jurisprudencia y leyes. Así, algunas de las más importantes son: la Constitución Nacional, la ley de fideicomiso n° 24.441, la ley de Concursos y Quiebras N° 24.522 y también los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Todo ello para investigar sobre las argumentaciones de los fallos que permitan tener un conocimiento más acabado del tema y respecto de la legislación vigente a través de su estudio determinar conceptos claves y lagunas.

Fuentes secundarias: “se denominan así porque someten a un proceso de reelaboración a las fuentes primarias. Cada vez son más comunes en el campo científico, dada la explosión de conocimientos científicos de las últimas décadas. Son de mucha utilidad porque permiten tener rápidamente una visión del estado actual del debate en ese tema y detectar a los autores y hallazgos relevantes. Son publicaciones en la que los autores informan de trabajos realizados por otros autores (libros, manuales, enciclopedias, artículos de revisión, anuarios)”. (Yuni y Urbano, 2006, p. 85).

A través de estas fuentes se intentará dar un enfoque del tema que permita ir de lo general a lo particular, pasando por distintas opiniones.

Fuentes terciarias o de referencias generales: “se trata de documentos que compendian nombres y títulos de revistas y otras publicaciones periódicas, así como nombres de boletines, conferencias y simposios, catálogos de libros básicos, lista de nombres de centros de investigación, universidades y fundaciones que pueden haber realizado trabajos sobre el tema” (Yuni y Urbano, 2006, p. 85 y 86).

TÉCNICAS DE RECOLECCION DE DATOS

Dentro de las técnicas que se emplearán estarán:

1- Observación de datos o de documento:

A partir del análisis de fuentes primarias y secundarias. Se dará en principio una visión general del tema para luego detenernos en aspectos particulares del orden patrimonial y de la responsabilidad civil.

DELIMITACIÓN TEMPORAL/ NIVEL DE ANÁLISIS.

Los antecedentes del contrato de fideicomiso como ya lo dije nos remontan al Derecho Romano, pero su aplicación práctica más relevante data de la sanción de la ley 24.441 y es a partir de allí que se hará la investigación más profunda, principalmente en aspectos patrimoniales, de responsabilidad civil y constitucionales de la responsabilidad objetiva analizando jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia respecto del rango constitucional del principio de la reparación plena e integral



UNIVERSIDAD
EMPRESARIAL
SIGLO 21

CAPÍTULO I

ASPECTOS GENERALES DEL CONTRATO DEL FIDEICOMISO

1.1 INTRODUCCIÓN

En este capítulo se analizarán los aspectos generales del contrato de fideicomiso basados en la ley 24.441. Se explicarán conceptos, definiciones, antecedentes históricos, caracteres tanto del contrato como de cuestiones importantes como lo son: el orden patrimonial, la propiedad fiduciaria y dominio fiduciario.

Se refiere entonces a las generalidades del contrato que constituyen la base para la mejor comprensión de la temática abordada en el presente trabajo de investigación.

1.2 CONCEPTO Y DEFINICIÓN LEGAL DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO

El contrato de fideicomiso es aquel en virtud del cual se establece una relación fiduciaria respecto de un conjunto de bienes determinados, donde quien tiene la propiedad de ellos se obliga por deberes de lealtad y confianza a utilizarla en beneficio del comitente o de un tercero. Es entonces un contrato por el cual se transmiten bienes determinados en propiedad fiduciaria a una persona con quien existe una relación de confianza, para que use de esos bienes con un fin determinado en beneficio de un tercero o del mismo propietario.

Siguiendo la opinión de Fernandez, “etimológicamente la palabra fideicomiso proviene de dos palabras *fides*: confianza (que comprende los términos de seguridad, honradez y lealtad todos ellos involucrados en su configuración), y *comittio*: comisión o encargo. En sus comienzos era un encargo hecho por una persona a otra en la que se depositaba su confianza para la ejecución de la manda”. (Maury, 2005, p.35).

Con respecto a los antecedentes de la figura y siguiendo al Dr. Lorenzetti podemos decir que se remontan al origen romano y anglosajón.

En Roma podemos distinguir por un lado el fideicomiso era un acto mortis causa que consistía en un encargo a la honradez y a la fe del heres presentándose como modalidad de disposiciones testamentarias que se basó en la confianza. Por otro lado existía la fiducia que era un contrato por el cual una de las partes recibía una cosa y se obligaba a hacer uso de ella con un fin determinado y a restituirla una vez conseguido al fin. Existieron dos variedades a saber: la *fiducia cum creditore*, era una especie de garantía donde si el deudor no paga, el acreedor adquiría la propiedad del bien en cuestión. La otra forma fue la *fiducia cum amico*, que consistía en la transferencia de la propiedad de una cosa con base en la confianza, para darle una finalidad determinada generalmente de custodia o uso.

En el derecho inglés existió y existe la figura del *Trust*, que consiste en una institución del derecho de propiedad en virtud de la cual una persona denominada *settlor* confía a otra *trustee* para que se encargue de ella en beneficio de otra el *beneficiary*. El trustee tiene a su cargo la administración de la propiedad y entrega de ganancias al beneficiario. Las diferencias con el derecho romano son dos: una que no es un contrato sino una institución del derecho de propiedad y la otra es que surgen dos

tipos de propiedad: el propietario legal (trustee) y el propietario en equidad (beneficiario). (Lorenzetti, 1999, p.296)

Según Lorenzetti la denominada “atribución fiduciaria de la propiedad tiene su fuente en un contrato o en un testamento, del que surge la obligación del fiduciante de transmitir al fiduciario un bien afectado a una finalidad, cumplida la cual el bien es nuevamente transmitido al fiduciante, o a un tercero denominado fideicomisario. El fiduciario se obliga a cumplir el encargo y otorgar los beneficios que genere el bien fideicomitado al beneficiario designado. La causa de este negocio puede ser muy variada: inversión, garantía, gestión, sucesión” (Lorenzetti, 1999, p.294).

El origen de la figura se encuentra en el derecho sucesorio en el cual se la utilizó para ejecutar actos prohibidos o revestidos de formalidades costosas. Podemos observar entonces que admite tanto fines lícitos como ilícitos sería el caso de que se la empleara para eludir determinados herederos o la legítima. También tiene su aplicación en el derecho de familia donde se lo utiliza en beneficio de menores, incapaces, inhabilitados que transfieren su patrimonio a un fiduciario para que lo administre en beneficio de ellos.

La figura hace su aparición como instrumento de ahorro y de inversión desde el surgimiento de la banca, donde el ahorrista (fiduciante) transfiere los fondos a la banca (fiduciario), quien se obliga a entregar las rentas a un beneficiario, vencido el plazo o fallecido el fiduciante los fondos son entregados al fideicomisario. Esta operatoria ofrece amplios beneficios debido a la inmunidad de los fondos respecto de los acreedores personales del fiduciante y fiduciario.

El contrato de fideicomiso es una figura de gran versatilidad y permite su aplicación en diversos campos. Así mismo la ley permite crear distintas clases de fideicomisos para desarrollar proyectos variados. Se pueden observar: fideicomisos ordinarios o de administración; fideicomisos ganaderos, de agricultura, financieros, los conformados para formular una propuesta en el concurso preventivo; fideicomisos públicos, siendo los mencionados meros ejemplos si que con ello se pretenda agotar la clasificación.

En este trabajo solo se desarrollaran alguno de sus tipos y de manera general ya que el estudio pormenorizado de cada una de las clases excede el objetivo del mismo.

Así se analizarán sintéticamente los fideicomisos de garantía, inmobiliarios y financieros.

Fideicomiso de garantía: siguiendo al doctor Perez Hualde podemos decir que habrá fideicomiso de garantía “Cuando una persona (fiduciante) transfiere a otra (fiduciario) la titularidad fiduciaria de bienes con el fin de asegurar el cumplimiento de una obligación a su cargo o a cargo de un tercero, debiendo el titular fiduciario proceder, una vez acreditado el incumplimiento, de conformidad con lo mandado en el pacto de fiducia” (Maury, 2005, p. 218). En este tipo es muy importante el rol del fiduciario que variará según la naturaleza de los bienes y de lo que el contrato requiera del mismo. Se puede distinguir el fideicomiso de garantía puro, que consiste en que el fiduciario tiene funciones de vigilancia o guarda de los bienes fideicomitados debiendo éste, una vez producida la mora o el incumplimiento del deudor, proceder a realizar los bienes para cancelar la obligación y el remanente si existiere entregarlo al fiduciante, pero existen otros supuestos en que se exige una actuación del fiduciario aunque no se haya producido el incumplimiento o mora, así por ejemplo como medio de pago, donde la transmisión de los bienes, no se hará al solo efecto de garantizar el cumplimiento de la obligación, sino que también tendrá una función de pago o cancelación de lo adeudado, todo ello debe ser expresado en la fiducia. Un ejemplo es la emisión de bonos realizada por la provincia de Mendoza (Ley 6353), cuya cancelación fue garantizada con los derechos que la provincia tenía sobre regalías petroleras, de forma tal que la sociedad fiduciaria debía proceder al cobro de tales regalías (periódicamente), cancelar la cuota correspondiente de los títulos emitidos y una vez cubiertos los gastos, reintegrar el remanente a la provincia.

Esta figura abre un amplio debate que incumbe por ejemplo a los acreedores quirografarios o a principios tradicionales de derecho de fondo respecto de las ventajas que traería la figura por ser una garantía autoliquidable, reducir el riesgo del crédito, estar fuera de la órbita concursal y porque el acreedor garantizado con la fiducia goza de privilegio especial. Se deduce que es necesario para que no se den situaciones ambiguas o turbias que se observen los recaudos legales con rigor para no caer en el fracaso de esta modalidad de fideicomiso.

Fideicomiso inmobiliario, sin dudas unos de los más usados en nuestro país. Consiste en que él o los fiduciantes, ya que puede pactarse que haya más de una clase,

con diferentes derechos o incluso que ingresen a futuro, transferirán un terreno, como así también dinero para invertir en el futuro proyecto. Entonces existe quien cede un terreno donde se llevará a cabo la obra y además quien como alternativa de inversión cede fondos a cambio de los cuales se le entregará una unidad terminada, con un valor de venta superior al invertido.

El fiduciario podrá ser una persona física o jurídica, por ejemplo una empresa constructora que será quien articulará y coordinará la totalidad del negocio, con todas las responsabilidades que surgen tanto de la ley como del contrato desde la etapa inicial hasta la entrega de las unidades terminadas a los beneficiarios, o si quedara algún remanente y así se pactara a él o los fideicomisarios. El fiduciario podrá a su vez subcontratar a quien pueda llevar adelante la obra pudiendo establecerse en el contrato que éste fuera supervisado por un comité con funciones de contralor, a los efectos de auditar su actuación evitando desvíos y vigilando todo cuanto sea realizado, lo sea conforme a los fines del fideicomiso. Los beneficiarios serán los mismos fiduciantes a quienes se les entregarán unidades terminadas en contraprestación de sus respectivos aportes. El éxito de estos fideicomisos estará en la redacción de las cláusulas del contrato, cabe aclarar que no hay un único modelo de este tipo de contrato sino que cada negocio tendrá cláusulas particulares.

Con respecto al fideicomiso financiero cabe aclarar que es un tema complejo y extenso por lo que se tratará de dar conceptos generales y algunas características que nos permitan comprender en qué consiste este contrato. El mismo se encuentra definido en el art. 19 de la ley de fideicomiso y establece que es aquel contrato de fideicomiso donde el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores para actuar como fiduciario financiero y beneficiarios son los titulares de certificados de participación o de títulos representativos de deuda garantizados con los bienes así transmitidos. Siguiendo al Dr. Pugliafito: de la ley se desprenden dos aspectos: a) que el fideicomiso financiero es un contrato; por lo que no cabría otro modo de constitución b) como especie dentro de la figura genérica del contrato de fideicomiso se encuentra regulado específicamente en la ley. (Maury, 2005, p.279)

Sin dudas la regulación del fideicomiso financiero en la ley, trae aparejado un crecimiento del mercado de capitales con destino a la actividad productiva ya que configura un instrumento jurídico idóneo para el desarrollo de la securitización. Cabe ahora hacer una distinción entre titulización que consiste en todo proceso mediante el cual se emiten títulos

valores sobre un determinado activo y securitización que consiste en un método o vía de financiamiento, cuyo objetivo principal es la movilización de activos ilíquidos compuestos por una cartera de créditos, a través de valores negociables que serán atendidos con flujos de fondos generados por dichos activos. Con ello estos activos inmovilizados se transforman en líquidos necesarios para que las empresas puedan financiar proyectos y actividades.

Conforme a lo señalado anteriormente el proceso de securitización es lo que caracteriza al fideicomiso financiero, consecuentemente los títulos producto de ese proceso, emitidos contra el activo constituido por los bienes fideicomitados determinarán a los beneficiarios – inversores. La ley los define como títulos valores, documentos que llevan incorporados un derecho de crédito literal y autónomo.

Los títulos representativos de deuda confieren un derecho de crédito a su titular en virtud de la deuda adquirida por la entidad emisora y que se compromete a devolver mediante una suma consistente en la cuota de amortización (devolución del capital, conforme a las condiciones de emisión) más intereses devengados. La garantía del pago de los títulos recae principalmente sobre los bienes que componen el activo fiduciario. Los certificados de participación no representan el empréstito adquirido por la emisora, sino una parte alícuota en la propiedad de los bienes que integran el fideicomiso ya que la misma ley dice “certificados de participación en el dominio fiduciario”. Podría inferirse de la ley que los certificados representan un derecho creditorio o personal a exigir una cuota de condominio o de su valor de modo tal que la relación del inversor con la cosa (bienes fideicomitados), es indirecta. En el caso de los fondos comunes de inversión también representan un derecho a participar en las utilidades y pérdidas que genera la cartera de clientes.

Cabe aclarar que en todo lo expresado respecto del fideicomiso financiero se ha seguido al Dr. Pugliafito en la obra de la Dra. Beatriz Maury. (Maury, 2005, p.305 s.).

A este tipo se lo utiliza también como herramienta de captación de inversiones por medio de la cual los fondos son administrados por una entidad fiduciaria que financia distintos emprendimientos, como por ejemplo construcción de viviendas, fondos comunes de inversión y otros proyectos empresarios. En la provincia de Mendoza se lo emplea también en el área agropecuaria, para el levantamiento de cosecha y la ubicación de los productos en el mercado a precios que benefician al pequeño productor agrícola, un ejemplo de ello es el fideicomiso de ciruela con muy buenos resultados, ahora también se está incursionando en el área vitivinícola con esta figura.

Como se dijo antes esta figura puede emplearse con fines de fraude a la ley, a acreedores o a sujetos particulares. En fraude a la ley sería el caso en que un bien se transfiere a un tercero para que lo administre en beneficio de una persona que conforme a la ley no sería parte de la legítima hereditaria, con respecto a los acreedores se produce cuando se saca un bien del patrimonio del deudor en virtud de la transferencia fiduciaria lo que haría imposible su liquidación por parte del acreedor.

En nuestro país el contrato se encuentra regulado por la Ley 24441, sancionada por el Congreso de la Nación el 22 de diciembre de 1994, el cual tiene por finalidad el financiamiento de vivienda y la construcción, pero se ha aplicado con múltiples usos.

Lo define en su art. 1º diciendo: “Habrà 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”.

La ley regula tanto el fideicomiso contractual como el testamentario y crea el fideicomiso financiero distinguiéndolo del ordinario.

Conforme a esta regulación legal, se propone el fideicomiso latinoamericano donde hay una transmisión de la propiedad basada en la confianza pero con limitaciones importantes.

Haciendo un análisis breve de la ley se pueden extraer las siguientes notas típicas:

- La ley lo regula como un contrato que es el título para la adquisición de la propiedad fiduciaria.
- Un sujeto activo que es quien constituye el fideicomiso (fiduciante)
- Un sujeto pasivo sujeto que debe cumplir con la condición o el plazo (fiduciario)
- Una obligación que consiste en la trasmisión del dominio de los bienes sujetos a plazo o condición
- Un patrimonio fideicomitado integrado por bienes que deben estar individualizados o que puedan ser determinables.

- Un beneficiario que es quien recibe el beneficio que surge del contrato, que en el caso de ser un fideicomiso de administración serán las ganancias que surjan de la administración de los bienes.

- El fiduciario tiene la obligación de transmitir el o los bienes una vez cumplida la condición o plazo a su destinatario final, el fideicomisario.

- El plazo máximo del contrato es de 30 años pudiéndose renovar, en caso de tratarse de un incapaz el plazo se podrá extender hasta su muerte o cese de la incapacidad.

Es de hacer notar que cada una de estas características mencionadas no son tratadas en profundidad y en el desarrollo de este trabajo se analizarán solo algunas de ellas, no obstante este detalle sirve para dar una idea general del contrato de fideicomiso logrando así una mejor comprensión del mismo y de los aspectos particulares que serán objeto de estudio en el presente trabajo.

1.3 DOMINIO FIDUCIARIO Y PROPIEDAD FIDUCIARIA.

El dominio fiduciario establecido por la ley 24.441 posee características especiales que me parece importante destacar para lograr una mejor comprensión de sus alcances.

Nuestra legislación, más precisamente el Código Civil distingue: el *dominio perfecto* que es aquel que tiene tres caracteres: es absoluto, perpetuo y exclusivo, del *dominio imperfecto* o *menos pleno* integrado por tres subespecies que son el dominio fiduciario, dominio revocable y el dominio que resta al dueño perfecto que ha gravado la cosa que es su objeto con un derecho real a favor de un tercero como por ejemplo la servidumbre o el usufructo.

El dominio fiduciario (dominio imperfecto), participa solamente del carácter de exclusivo por lo tanto es temporario ya que no puede durar más de 30 años desde la fecha de su constitución (Art. 4 ley 24.441) con la salvedad de que si el beneficiario fuere incapaz podrá durar hasta que cese la incapacidad o hasta su muerte. La ley omitió referirse en este sentido a la propiedad fiduciaria, pero es evidente que también se refiere a ella por el principio de congruencia. Tanto este límite máximo como uno menor que se establezca en el acuerdo de voluntades, constituyen una condición resolutoria cuyo cumplimiento extingue el contrato.

El dominio fiduciario tampoco participa del carácter de absoluto ya que por un lado los bienes que se transfieren al fiduciario para que éste cumpla con una finalidad especificada en el contrato o testamento y que configura la condición cuyo cumplimiento produce la extinción del fideicomiso. La ley en su art. 17 faculta al fiduciario a disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso, en este sentido el fiduciario tiene facultades limitadas propias del carácter de absoluto del dominio, el Art. 6 dispone el deber de conducirse en la gestión con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios que actúa sobre la confianza depositada en él.

Por otro lado el fiduciario no adquiere para sí los bienes que se le transmiten y en virtud del Art.7 se le prohíbe expresamente, es decir no ingresan al patrimonio de fiduciario sino que integran un patrimonio separado del que solo es el titular formal respecto de los bienes registrables confiriéndole legitimación para proceder a su disposición.

Es importante destacar que el dominio fiduciario es oponible frente a terceros desde el momento en que se cumplan las formalidades exigibles de acuerdo a la naturaleza de los bienes. La transferencia del dominio no es gratuita ni tampoco onerosa para el fiduciario, él recibe los bienes a título de confianza para cumplir los fines instruidos por el fiduciante y con los alcances por él indicados. La ley 24.441 prevé que en caso de muerte del fiduciario los bienes no se transmiten a sus herederos, sino que debe ser reemplazado por el sustituto designado en el contrato o bien aplicar el procedimiento fijado para el caso. Esto vale también para el caso de que el fiduciario sea una persona jurídica.

Corresponde realizar un breve análisis de las normas del derecho argentino que hablan de propiedad fiduciaria. El sistema en el Código Civil se encuentra regulado en el art. 2662 que en su redacción originaria decía: “Dominio fiduciario es el que se adquiere en un fideicomiso singular subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutive, o hasta el cumplimiento de un plazo resolutive, para el efecto de restituir la cosa a un tercero”. Como se expresa en el artículo se trata de un dominio imperfecto respecto de su temporalidad y sujeto a un plazo o condición. El titular fiduciario de los bienes tenía todas las ventajas que pudiere

obtener de los mismos mientras no se cumpliera el plazo o condición. Una vez finalizado el plazo o efectivizada la condición debía transmitirla a un tercero.

La ley 24.441 en su art 73 sustituye la redacción del art. 2662 por la siguiente: "Dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento y está sometido a durar hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda, según el contrato, el testamento o la ley".

La Dra. Alicia Puerta de Chacón establece, en opinión que comparto, que "el nuevo texto legal modifica la citada norma y al tipificar el fideicomiso, supone que el titular fiduciario ejerce la propiedad para otro, en beneficio de otro a cambio de una retribución. Mientras en ciertas relaciones actuales se percibe la presencia de otro que facilita o hace más cómodo el derecho de propiedad; en la propiedad fiduciaria regulada por la ley 24.441 el otro y no el propietario es el beneficiario del ejercicio del derecho de propiedad" (Maury, 2005, p.87).

Debido a esta modificación introducida por la ley 24.441 se ha suscitado una discusión doctrinaria respecto de que si significa o no la creación de un nuevo derecho real. En tal sentido, la Dra. Ana I. Mavrigh expresa "existen autores como Julio César D. Fernández que opina de modo afirmativo, para él se ha creado un nuevo derecho real y analiza de modo meduloso y convincente el fideicomiso de la ley 24.441, mientras que la Dra. Puerta de Chacón, se manifiesta de modo negativo y dice: en tal sentido considero que al elenco de derechos reales previsto en la ley general, la ley especial no ha adicionado ningún otro. Caracteriza al dominio fiduciario en función de la manda o encomienda impuesta en el título y luego cita a López de Zavalía quien sostiene: el legislador de la ley 24.441 ha adoptado un concepto tan amplio y flexible de dominio fiduciario que no desplaza al viejo dominio fiduciario receptado originalmente por el codificador. La Dra. Puerta de Chacón entiende que si bien la ley 24.441 tuvo en mira la gestión de una patrimonio ajeno no se advierte la intención de eliminar las del Código Civil. Observa que el régimen del fideicomiso está impregnado por normas que disponen, "salvo estipulación en contrario", por lo que podría válidamente sin alterar el orden público de los derechos reales, constituirse un dominio fiduciario que no implique necesariamente la gestión de un patrimonio ajeno". (Maury, 2004, p.48)

Éstas son algunas de las posiciones doctrinarias, al respecto coincido con la Dra. Puerta de Chacón, ya que en el texto de la ley se hace alusión al principio rector en materia contractual, el de la *autonomía de la voluntad* receptado en el Art. 1197 del Código Civil, lo que le da amplitud de conceptos permitiendo la coexistencia del dominio fiduciario del sistema de Vélez y el de la ley 24.441, subsistiendo el dominio imperfecto en función de un plazo o condición. En realidad hay un único dominio fiduciario (el del art. 2662 del Código Civil reformado por la Ley de fideicomiso), lo que aporta la ley es una ampliación abarcando tanto la gestión de patrimonio propio como la gestión de patrimonio ajeno.

Siguiendo al Dr. Lorenzetti puedo establecer diferencias entre el sistema de Vélez y el de la ley 24.441.

1- En el sistema de Vélez la restitución es a un tercero, en cambio en el la ley puede ser tanto a un tercero como al fiduciante.

2- En el sistema de Vélez el fideicomiso es singular, en la ley abarca el fideicomiso universal.

3- Con respecto a los frutos en Vélez pertenecen al fiduciario, en la ley pertenecen al fiduciario pero los incluye en el patrimonio separado por lo que cuando transfiera el patrimonio los pierde.

4- Tanto en uno como en el otro sistema el fiduciario puede vender o gravar la propiedad, ahora bien en el sistema de Vélez está limitado por el tipo de dominio que recibe. En la ley se puede transmitir el dominio perfecto y constituir derechos reales no sujetos a plazo o condición cuando lo requieran los fines del fideicomiso, todo esto porque integran un patrimonio separado del patrimonio del fiduciante.

5- En el sistema de Vélez si el fiduciario vende el precio ingresa a su patrimonio, en la ley ingresa al patrimonio separado.

6- El dominio fiduciario en Vélez integra el patrimonio del fiduciante, en la ley 24.441 integra un patrimonio separado.

Con este breve análisis del dominio fiduciario he intentado dar conceptos básicos y necesarios para comprender el régimen de responsabilidad civil que generan estos bienes.

1.4 PATRIMONIO DE BIENES FIDEICOMITIDOS

El patrimonio de bienes fideicomitidos es el conjunto de bienes que integran el fideicomiso y tiene la característica de ser independiente y separado del patrimonio del fiduciante y del fiduciario y de estar afectado a lo fines del fideicomiso. La mayoría de los autores consideran que la conformación de este patrimonio separado instituida por la ley 24.441 es la innovación más importante de este cuerpo legal.

Para comenzar a analizar el patrimonio de bienes fideicomitidos es necesario dar conceptos de patrimonio en general para luego pasar a analizar el tema que nos ocupa.

1.4.1 Antecedentes y naturaleza jurídica. Teorías

Según el Art. 2312 “los objetos inmateriales susceptibles de valor e igualmente las cosas, se llaman bienes. El conjunto de los bienes de una persona constituye su patrimonio”. La Dra. Ana I. Mavrich analiza el citado artículo y dice: el significado de bienes en la primera parte del artículo tendría un sentido amplio y serían tanto los objetos materiales susceptibles de valor (las cosas), como los objetos inmateriales susceptibles de valor (los derechos patrimoniales) por lo que se podría afirmar que las cosas son los bienes que tiene corporeidad. Ahora el significado en la segunda parte del artículo no aparece tan claro pero Vélez se ocupa de aclararlo en la nota del Art. 2312. En general la doctrina entiende que el codificador al definir el patrimonio utiliza la palabra bienes como sinónimo de derechos patrimoniales (objetos inmateriales susceptible de valoración pecuniaria).

La principal consecuencia de esta interpretación es que no integran el patrimonio los derechos que carecen de contenido patrimonial y las cosas. El patrimonio solo está integrado por derechos patrimoniales que pueden ser reales o personales, la doctrina moderna integra además los derechos intelectuales.

Las cosas no integran el patrimonio porque es un concepto puramente jurídico, continúa diciendo la Dra. Mavrich. En la nota al Art.2312 Vélez sostiene que el patrimonio es una universalidad de derechos. Posiblemente la confusión respecto de la inclusión de las cosas en el patrimonio proviene de que en algunos derechos reales, como el dominio, el poder jurídico sobre la cosa es tan intenso, tan absoluto que esa cosa llega a confundirse con el derecho mismo.(Maury, 2004, p. 34)

Naturaleza jurídica.

Respecto de la naturaleza jurídica del patrimonio se puede decir que se distinguen dos teorías y éstas son:

Teoría personalista del patrimonio como atributo de la personalidad.

También denominada clásica considera al patrimonio como un atributo de la personalidad así como la capacidad, nombre, domicilio por lo que solo las personas pueden poseer uno, las conclusiones que se desprenden de esta teoría son:

- El patrimonio está compuesto por los bienes tanto presentes como los bienes futuros de los que una persona pueda ser titular, es una universalidad jurídica, es indiferente los derechos que lo puedan integrar ya que existe la posibilidad de que los bienes que lo componen puedan ser reemplazos por otros.

- Toda persona tiene necesariamente un patrimonio puede que carezca de bienes pero su aptitud para adquirirlos es lo que determina que siga teniéndolo, un ejemplo de Llambías es el del mendigo que es dueño los alimentos que consume. Este carácter de la necesidad conlleva a que todo patrimonio necesariamente debe tener un titular.

- El patrimonio es único como es único su titular. La unidad del patrimonio es criticada por los autores ya que existen los que se llaman patrimonios separados como es el patrimonio del fideicomiso, tema que nos ocupa en este trabajo. En realidad lo que cada persona puede tener es un único patrimonio general.

- El patrimonio es en sí mismo inenajenable lo que sí podría enajenarse es cada uno de los bienes que lo integran. Esto hace a la inenajenabilidad o inalienabilidad del patrimonio.

- Con la frase “ el patrimonio es la prenda común de los acreedores”, lo que en realidad se quiere decir es que los bienes del patrimonio son la garantía del pago de las deudas del acreedor y no su persona, solo se podrá ir contra los bienes en particular y no contra el patrimonio como unidad.

- En caso de muerte del titular el patrimonio se transfiere como unidad a los herederos que continúan con la personalidad jurídica del causante.

Algunos autores opinan que esta teoría constituye una construcción dogmática que carece de interés práctico.

Teoría realista de los patrimonios de afectación

Los postulantes de esta teoría se oponen a la idea de la unidad del patrimonio entendida como la relación inescindible entre personalidad y patrimonio y propician la idea de separar al patrimonio de la persona de su titular. Para los partidarios de esta teoría los patrimonios son “complejos de bienes destinados a un fin que pueden o no tener un sujeto titular”, de esta manera se pone énfasis en el conjunto de bienes y el fin al que han sido afectados desvinculándose absolutamente, en algunos casos, de la persona de su titular, éste es el punto débil de la teoría ya que no puede haber sujetos sin derechos. Lo que aporta la teoría es que puede un solo sujeto tener distintos patrimonios que se encuentren afectados cada uno de ellos a fines determinados.

Estas posiciones doctrinarias se plantearon respecto del patrimonio del fideicomiso antes de la sanción de la ley 24.441, donde se debatía acerca de si el patrimonio de los bienes fideicomitidos constituía o no un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y fiduciante. Obviamente dependiendo de la teoría que se adoptara era la opinión al respecto, pero con la sanción de la ley de fideicomiso que establece que los bienes fideicomitidos conforman un patrimonio separado, da luz al tema hace un aporte importante al sistema legal argentino.

1.4.2 Patrimonio separado. Caracteres. Composición

La ley 24.441 crea el patrimonio separado sobre los bienes fideicomitidos estableciendo un régimen especial al respecto, así este conjunto de bienes y derechos se encuentra afectado a un fin determinado en el contrato teniendo el fiduciante amplias facultades de uso y disposición de los bienes pudiendo enajenarlos o gravarlos siempre que la finalidad del fideicomiso lo requiera. Ahora bien estos bienes constituyen la garantía de cobro de los acreedores del fideicomiso, no permitiéndose que los acreedores personales tanto del fiduciante como del fiduciario puedan atacarlo por deudas personales de éstos. Entonces en cabeza del fiduciario coexisten dos patrimonios, el personal que administra en interés propio y el del fideicomiso que administra en interés ajeno.

En resumen la ley 24.441 realiza un aporte importante ya que en su Art. 14 establece que los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciante y fiduciario, estableciendo un régimen especial que tiene, entre otras, dos características lo instituye como patrimonio de afectación y establece que éste será prenda común de los acreedores del fideicomiso.

Naturaleza Jurídica del Patrimonio Fideicomitado.

En este tema seguiré a la Dra. Ana I Mavrich que cita a la Dra. Calegari de Grosso. Ésta última ha realizado un trabajo que da cuenta de las teorías que han procurado resolver la cuestión de la naturaleza jurídica de la comunidad de bienes fideicomitidos y son:

A) Propiedad dividida: para Remo Franceschelli...”... el trust ha desdoblado el derecho de propiedad originario en dos nuevos derechos de propiedad contemporáneos investidos en sujetos diversos y que tiene el mismo objeto. Estas relaciones al momento de extinguirse el trust vuelven a reunirse en el mismo sujeto” (Maury, 2004, p.52 ss) esta doble propiedad existía en los antecedentes anglosajones que reconocían un propietario legal (el fiduciario) y un propietario en equidad (el fideicomisario), debiendo el primero ejercer su propiedad en beneficio del segundo, esta teoría no explica nuestro fideicomiso ya que en nuestro sistema el único titular de la propiedad fiduciaria es el fiduciario.

B) Teoría del mandato irrevocable: sostenida inicialmente por Ricardo J. Alfaro quien afirma la analogía del trust y el mandato ya que a través del trust una persona confía a otra la ejecución de un acto, de una operación o de la administración de bienes. Definiendo al contrato de fideicomiso como un mandato irrevocable en virtud del cual se verifica una transmisión de bienes. Fue criticado ya que el mandatario obra en nombre y representación de su mandante mientras que en fideicomiso moderno el fiduciario actúa como propietario de los bienes frente a terceros, celebrando negocios en su nombre o en el del fideicomiso, pero no en el del constituyente, ni en el del beneficiario, aunque enderece su actividad a la consecución de una finalidad.

Esta teoría tampoco es aplicable en nuestro derecho ya que la propia ley se refiere a traspaso de la propiedad fiduciaria.

C) Teoría del patrimonio de afectación: sostenida por Pierre Lapaule para quien la creación de un trust consiste en la formación de un patrimonio distinto y comporta necesariamente una transferencia... este patrimonio distinto debe ser un patrimonio afectado; sin ninguna afectación no hay trust. La particularidad de éste es que no tiene dueño no pertenece a la propiedad de nadie, el patrimonio es creado y subsiste con independencia de un sujeto titular. La propiedad del trust no pertenece a nadie en particular, sino que es un patrimonio con una finalidad específica. Hay un cambio de paradigma: la posibilidad de un patrimonio sin titular “un patrimonio de afectación” encarnación de la teoría germana.

Tampoco es una teoría aplicable a nuestro sistema ya que la argumentación de la ley 24.441 no crea un patrimonio sin titular sino todo lo contrario.

D) Teoría del patrimonio separado del patrimonio especial: Los partidarios de esta posición entienden que es posible la existencia de varios patrimonios siempre y cuando exista un sujeto de derecho al que pertenecen y que los distintos patrimonios se distinguirán en función de las distintas finalidades que posean cada uno de ellos.

La ley 24.441 crea un patrimonio separado lo que significa que una persona tiene un patrimonio general y este patrimonio separado. Éste último está constituido por un conjunto de bienes que se encuentran individualizados y afectados a una finalidad específica. La importancia de esta separación es que los acreedores del patrimonio general no pueden agredir los bienes del patrimonio separado. La ley se encarga de establecer cuales son los patrimonios separados.

Para la Dra. Calegari de Grosso no queda claro en la ley 24.441 si el patrimonio creado por ella es de afectación o separado y afirma que lo considera un patrimonio impersonal. Ahora bien según la Dra. Mavrich “la ley 24.441 no modifica nuestro régimen civil en el que no puede haber un patrimonio sin titular, sería contradictorio decir que la ley trata un patrimonio de afectación, especie de patrimonio impersonal-patrimonio sin dueño- manteniendo el régimen de dominio fiduciario ya que éste importa necesariamente la presencia de un titular con poder jurídico exclusivo sobre una cosa....Para nosotros una persona puede ser titular de varios patrimonios uno general y otros especiales según las distintas finalidades con las que se constituyen y siempre y cuando exista una ley que lo cree. Esos patrimonios particulares distintos del general serían los patrimonios separados”.... (Maury, 2004, p.57)

Como conclusión se puede decir que la ley 24.441 recepta la teoría del patrimonio separado tiene una finalidad y tiene un titular que está obligado a actuar respecto de ese patrimonio cumpliendo con una manda o encargo que asegure el cumplimiento del fin.

Composición y caracteres del patrimonio fideicomitido

Con respecto a la composición del patrimonio del fideicomiso según la ley pueden ser objeto de fideicomiso bienes determinados o determinables, es decir que está compuesto exclusivamente de bienes, en el sentido expresado al analizar el Art.2312 del Código Civil.

El patrimonio separado se compone solamente de activo que puede o no estar gravado con deudas. Además en él tiene cabida la subrogación real así lo expresa el Art. 13 segunda parte de la ley 24.441 que establece”... cuando así resulte del contrato, el fiduciario adquirirá la propiedad fiduciaria de otros bienes que adquiriera con los frutos de los bienes fideicomitados o con el producto de actos de disposición sobre los mismos, dejándose constancia de ello en el acta de adquisición y en los registros pertinentes”..... Es decir la subrogación real se da cuando se adquieren bienes en reemplazo de los adquiridos ab initio y se someten al mismo régimen jurídico.

A través de este breve análisis del concepto de patrimonio y especialmente del patrimonio del fideicomiso he intentado sentar bases para la mejor comprensión del régimen de responsabilidad de esta figura.



UNIVERSIDAD
EMPRESARIAL
SIGLO 21

CAPÍTULO II

RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO

2.1 INTRODUCCIÓN

En este capítulo se expondrá un breve análisis de conceptos generales y básicos respecto de la responsabilidad civil, cuales son sus principios, presupuestos entre otros, para después analizar el régimen de responsabilidad general en el contrato de fideicomiso. De esta manera buscamos ir de lo general a lo particular para lograr una mejor comprensión del tema que se analiza en este trabajo.

2.2 CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

El concepto responsabilidad surge del daño, que es un detrimento injusto que una persona sufre ya sea en su persona o en sus bienes. La responsabilidad es la reacción al daño, por lo que no hay responsabilidad sin daño. El principio rector en la materia es “naeminen laedere” que significa no dañar a nadie, contenido en las normas del Código Civil y reconocido constitucionalmente.

Jorge Mosset Iturraspe conceptualiza a la responsabilidad civil diciendo” la responsabilidad importa un deber que, como respuesta adecuada, soporta quien ha causado un daño, perjuicio o detrimento. El responsable tiene que indemnizar a la víctima. La responsabilidad enfrenta a una pareja con intereses opuestos: víctima y victimario; dañado y dañador; a quien padece el perjuicio y a quien es agente del mismo.”(Iturraspe, 1997, p.21)

Pizarro y Vallespinos establecen que el origen etimológico de la palabra responsabilidad se encuentra en las fórmulas sacramentales de la stipulatio romana donde la palabra responder provenía de responsor que era quien respondía por la deuda de otro. Es a partir del siglo XVIII que se comienza a utilizar la palabra con sentido moderno y su verdadera evolución comienza a partir del siglo XX. Estos autores conceptualizan diciendo “responsabilidad civil es la obligación de resarcir todo daño injustamente causado a otro”. (Pizarro y Vallespinos, 1999, p. 448 y 449)

Del concepto se desprende que es necesario un daño causado a otro injustamente que puede provenir de un hecho ilícito o no. La responsabilidad por hechos ilícitos, siendo la forma en que normalmente se presenta, tiene como fundamento factores subjetivos de atribución (culpa), también hay responsabilidad por hechos lícitos que tiene el carácter de excepcional y que se basa en factores objetivos de atribución como el riesgo de la cosa, entre otros.

Ahora bien todo el tema de la responsabilidad es tratado en lo que se denomina el “derecho de daño”. Esta expresión ha sido utilizada con distintos alcances: algunos la utilizan como sinónimo de responsabilidad civil es decir como la obligación de reparar todo daño injustamente causado o sufrido con motivo de la violación del deber de no dañar o un incumplimiento obligacional; otros en cambio le dan un sentido más amplio e incluyen en él la prevención del daño,. En este punto voy a seguir a Pizarro y

Vallespinos, ya que realizan un minucioso análisis respecto de la funciones del derecho de daños.

Estos autores consideran “que bajo el rótulo de derecho de daños, se engloban todas las cuestiones vinculadas con la prevención, reparación del daño y eventualmente con la punición y el pleno desmantelamiento del ilícito dañoso”.(Pizarro y Vallespinos, 1999, p. 462 y ss) Respecto de las funciones del derecho de daños estos juristas analizan detalladamente cada una de ellas, esta autora solo hará una mención acotada ya que si bien es importante para la comprensión integral del tema no hace al objetivo del presente trabajo.

- Función preventiva: es una aptitud disuasiva complementaria de las vías resarcitorias. Adquiere dos formas: prevención general, consiste en la amenaza efectiva de una consecuencia legal frente a la producción de una actividad determinada que se realiza por medio de la disuasión, juega un importante papel la acción psicológica de intimidación que ejerce la consecuencia jurídica prevista en la norma. La otra forma de prevención es la específica y se manifiesta mediante la imposición a ciertos sujetos deberes especiales, destinados por ejemplo a controlar y a aminorar los riesgos de la actividad por ellos desplegada, mediante la adopción de medidas de seguridad adecuadas; o mediante mecanismos orientados a impedir la consumación del daño a detener los efectos de una acción dañosa. Esta forma está circunscripta a las actividades que generan riesgos.

- Función resarcitoria: la reparación del daño ha superado el esquema de la sanción resarcitoria que queda ligada a la noción de antijuridicidad y a través del pensamiento kelseniano que dice que puede hablarse de sanción cuando media un acto contrario al derecho objetivo en su totalidad. López Olaciregui señala que “no es un simple sancionar sino de distribuir daño”. Continúa, cuando se habla de sanción resarcitoria o de distribución como forma o manera de explicar la naturaleza jurídica de la reparación se procura fundar las razones por las que en última instancia, es una persona distinta de la víctima quien debe soportar el daño. Si embargo el sentido reparador que asume la obligación en uno y en otro supuesto es el mismo desde la perspectiva del damnificado. Ahora desde la óptica del responsable podrán darse matizaciones según el detrimento provenga o no de una conducta ilícita. Se trata de resarcir primero y sancionar después, se pone énfasis en primer lugar en la reparación y

luego se verá las razones por las cuales el sindicato como responsable debe soportar las consecuencias.

- La función punitiva. Son cuestiones de naturaleza sancionatoria orientadas al desmantelamiento pleno de los efectos del ilícito. Esto ocurre cuando se contraría al ordenamiento jurídico causando daño a otro y se actúa deliberadamente para obtener ventajas de esa actividad. Aquí resulta insuficiente la mera reparación del perjuicio para alcanzar el restablecimiento pleno de la legalidad, pues subsiste un beneficio económico derivado del acto ilícito por lo que será necesario para el pleno desmantelamiento de los efectos del hecho dañoso la implementación de penalidades económicas civiles. Esto adquiere importancia en supuestos tales como daño ambiental, competencia desleal, ilícitos en materia de propiedad intelectual etc.

A manera de conclusión se puede decir que se pone mayor acento en el daño injustamente sufrido, que en el causado ilícitamente, con la indemnización se pretende devolver al damnificado su estado anterior al de la producción del daño; con la evolución experimentada en esta materia se pasó de la culpa como requisito básico para responder, a considerar hipótesis de responsabilidad sin culpa es decir con factores objetivos de atribución. De todo esto se desprende que el derecho de daño ha sufrido cambios importantes a lo largo de su evolución y se pasa a analizar el tema no solo del lado del que actúa antijurídicamente ocasionando un daño sino también del lado del que sufre un daño injustamente causado, buscándose la reparación integral del mismo.

2.3 PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

Éstos son los principios sobre los cuales se asienta el derecho de daño y surgen de las leyes vigentes, doctrina y jurisprudencia, los más destacados son.

- *Naeminen laedere*: significa no dañar a nadie siendo una regla implícita en la mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo. Todo daño salvo que medie causa de justificación se presume antijurídico.

- *Necesidad del factor de atribución*: puede ser objetivo o subjetivo tiene la misma jerarquía y sería aquel parámetro axiológico que justifica que el daño y obligación de resarcir sea atribuida al sindicato como responsable.

- *Principio de reserva*: surge del que no hay deber ni transgresión sin una norma que lo imponga

- *Principio de prevención*: este principio trata sobre el deber de una persona de adoptar en cuanto de ella dependa los recaudos necesarios para evitar un daño no justificado o disminuir su magnitud y gravedad

- *Principio de la reparación plena o integral*: supone la equivalencia jurídica entre el daño y la reparación y se basa en las siguientes reglas: 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.

2.4 PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Para que la responsabilidad civil se configure es necesario que se presenten ciertos presupuestos y estos son:

- Autoría
- Antijuridicidad (sin perjuicio de los supuestos excepcionales de responsabilidad por actos lícitos, responsabilidad objetiva)
- Imputación
- Daño
- Relación de causalidad.

El Dr. Mosset Iturraspe lo explica claramente diciendo que “no hay responsabilidad sin una conducta del autor o agente, contraria al ordenamiento jurídico, atribuible con base en un factor objetivo o subjetivo, que origina un daño que se haya en relación de causalidad adecuada. La reacción del ordenamiento consiste en una sanción, procedente a pedido de la víctima, que tiende al resarcimiento o reparación del perjuicio. A la vuelta al estado anterior, sea borrando el daño, sanción específica, sea indemnizándolo con una suma de dinero, sanción sustitutiva”. (Iturraspe, 1997, p. 22)

Autoría y acción

En este punto se trata de establecer cuando las consecuencias jurídicas de un hecho pueden atribuirse a la persona que realizó la acción, según Kelsen, de qué modo, el resultado daño debe ser atribuido a una persona.

Es de hacer notar que van a quedar fuera del análisis los hechos naturales aunque a veces producen consecuencias jurídicas que generan reparaciones. Como también los hechos humanos irreales que son aquellos que no se manifiestan externamente.

El hecho humano puede ser ejecutado por acción es decir que la persona realiza una conducta que provoca un cambio en el mundo exterior, o bien mediante una omisión, es decir una abstención de actuar. Tanto la acción por comisión como la omisión generan responsabilidad cuando con ellas se produce un daño.

Existen supuestos en los que la persona en su accionar es un instrumento de otra conducta humana, en estos casos es esta última la que soportara la responsabilidad. Esto sucede cuando se carece de libertad y puede verse afectada en su faz moral, el sujeto actúa bajo intimidación dado que otro por injustas amenazas inspira temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona o patrimonio. También tenemos la faz física y aquella donde el sujeto pierde la posibilidad de ejecución en virtud de una fuerza física irresistible. Esto es lo que se denomina “vis absoluta” y se produce la exclusión del hecho humano. Tampoco generan responsabilidad los actos reflejos ya que carecen de intencionalidad dirigida a un fin. Quedando comprendidos los actos instintivos o habituales.

Con respecto al hecho propio y ajeno puedo decir que hasta ahora venimos viendo como la persona a través de un hecho propio genera la cadena de causalidad de la que se desprende el daño pero hay situaciones donde en esa cadena interviene el hecho de otra persona y esto puede ocasionar que el hecho del tercero excluya la responsabilidad ya que deja afuera de la relación de causalidad a la persona que inició la acción o bien puede ser un presupuesto de responsabilidad de otra persona por ejemplo el hecho de un menor de edad involucra la responsabilidad de los padres.

Antijuridicidad.

Una noción de conducta antijurídica podría ser: “es aquella que se opone al ordenamiento jurídico en su integridad”. Pizarro y Vallespinos consideran que “antijuridicidad es un concepto netamente objetivo, que deriva de la contrariedad de la acción con el derecho y por lo tanto es independiente de la voluntariedad y de la culpabilidad del agente”(Pizarro y Vallespinos,1999, p. 481), opinión que se considera acertada ya que una conducta es antijurídica por el solo hecho de contrariar una norma jurídica sin tomar en consideración otras cuestiones que hacen más a la imputabilidad de la acción del agente y a la existencia o no de una acción humana voluntaria que a la antijuridicidad misma. Un ejemplo de esto es la conducta antijurídica de un demente

siendo inimputable, su acción genera resarcimiento por daño que le corresponderá a su curador o representante legal

Estos juristas también destacan que la antijuridicidad se predica respecto de la conducta y no del daño que podrá ser justo o injusto.

Existen distintas corrientes respecto de determinar cuando un daño es injusto y que circunstancias hacen que una conducta dañosa merezca tal calificativo. Seguiremos en este tema el razonamiento del Dr. Mosset Iturraspe. (Mosset Iturraspe, 1999, p. 59 ss.)

A) Antijuridicidad formal. Para estos la injusticia es sinónimo de ilegalidad. Un daño es injusto cuando es el producto de la violación de una norma jurídica imperativa o prohibitiva. Este criterio es tomado del art. 1066 Código Civil que establece “ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, si no fuera expresamente prohibido por las leyes a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este código, si no hubiera una disposición de la ley que la hubiese impuesto”. Se basa en la tipicidad del ilícito. Equivale a una igualación de la ilicitud civil con la penal. Todo esto se funda en una idea de seguridad que encuentra su correlato en el Art 19 de la Constitución Nacional y Art 53 del Código Civil, “todo lo que no está expresamente prohibido se encuentre permitido” de esta manera el ciudadano puede desenvolverse con total libertad ejerciendo derechos y facultades que solo el legislador puede limitar a través de leyes que le permiten conocer con anticipación lo prohibido.

Esta doctrina ha suscitado críticas entre ellas se la considera insuficiente ya que el campo civil debe consagrar la atipicidad del ilícito ya que los valores a defender aquí son el respeto a los bienes y la reparación del daño, ya que de otros como la vida la libertad etc. se ocupa el derecho penal.

B) Antijuridicidad material: en este punto se evoluciona el concepto y se deja de confundir ilicitud con ilegalidad y esto es así porque se comprende que el derecho no se agota en la ilegalidad sino que se integra el ordenamiento jurídico con las buenas costumbres, la moral social, los principios generales del derecho, es decir deja de considerar al legislador como el único creador del derecho. Ahora bien para poder distinguir ilicitud de ilegalidad, puedo decir que la ilicitud de un daño se da cuando

lesiona un interés merecedor de tutela sea un interés legalmente aceptado o de hecho. Serán los jueces los encargados de establecer cuando un interés es merecedor de tutela.

C) Antijuridicidad subjetiva. En esta opinión se abandona el camino de la desaprobación del hecho o acto para inclinarse sobre la desaprobación de la conducta del actor o agente. Con esto se quiere decir que la culpabilidad es la base de la antijuridicidad. Los jueces son los encargados de establecer cuando una conducta es antijurídica de acuerdo a modelos de conductas por ellos construidos. La culpabilidad que para Iturraspe (en opinión que comparto) es un factor subjetivo de imputabilidad, aparece absorbiendo a la antijuridicidad: el daño es injusto en la medida en que es el resultado de una conducta equivocada.

D) Antijuridicidad objetiva: para este criterio que comparto el juicio de aprobación o no y la consiguiente condena a reparar depende solamente del acto o hecho y especialmente de su resultado dañoso. La antijuridicidad mira a la víctima del daño injusto de allí que el daño mantiene su carácter de injusto independientemente de la culpabilidad o voluntariedad. Podemos decir que todo daño es injusto en cuanto lesiona un interés merecedor de tutela y a la vez viola el deber genérico de no dañar a otro. Se está más a la injusticia de sufrirlo que a la injusticia de causarlo.

Hay que hacer notar que la regla del *alterum non laedere* no impide que existan hechos dañosos justificados por el derecho en virtud de las causas de justificación que resuelven el conflicto entre el interés lesionado y el derecho ejercitado.

Imputación.

Resulta conveniente distinguir entre autoría e imputación. Puedo decir que autoría es la atribución de un hecho a una persona (es solo una cuestión fáctica) se trata de establecer la relación entre el sujeto y el hecho dañoso. La imputación tiene un carácter estrictamente jurídico. Existen distintas opiniones doctrinarias respecto de la autoría así algunos consideran necesario un mínimo de nexo psíquico que se expresa cuando el hecho manifiesta la personalidad del autor, por lo que no existe autoría en aquellos casos en donde ese mínimo no se da, por ejemplo cuando se actúa como instrumento de un tercero, en este caso no hay autoría. Entre los autores que sostiene esta teoría encontramos a Mosset Iturraspe.

En este punto coincido con el Dr. Ghersi que establece “la sola presencia humana conduce indefectiblemente a la autoría en consecuencia el análisis del nexo psíquico en cualquiera de sus gradaciones nos lleva a la imputabilidad y nos saca de la autoría”. (Iturraspe, 1997, p. 94). Considero que la autoría se demuestra en que una persona realiza un hecho que causa un daño (situación fáctica), independientemente del aspecto subjetivo de quien lleva adelante la acción y es en esa subjetividad en donde el derecho analiza distintas pautas que harán o no imputable al autor.

Es necesario aclarar que existen distintas causas de inimputabilidad como lo son, la menor edad, demencia, perturbaciones accidentales de la razón, la sordomudez todas estas obstan al discernimiento. El hecho de que un inimputable cometa un hecho dañoso no implica la “no reparación del daño” sino que se da uno de los tipos de responsabilidad objetiva que es la responsabilidad por el hecho de otro por quien se debe responder, que se analizará posteriormente en este trabajo.

La Relación Causal.

La relación causal se refiere a la relación de causa a efecto que debe existir entre el hecho cometido por el agente y el daño injusto. Existen casos en donde esa cercanía entre hecho y daño no es tan así, sino que se provocan daños ulteriores al hecho o bien la mayoría de los hechos no se presentan puros sino mezclados o condicionados por otros eventos concurrentes, subyacentes o preexistentes.

El Código Civil después de la sanción de la ley 17.711 hace una distinción de las consecuencias derivadas de los hechos y establece como se responde por tales así:

El art. 901 establece: las consecuencias de un hecho que acostumbra a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas se llaman consecuencias inmediatas. Las que resultan de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se denominan consecuencias mediatas. Las consecuencias mediatas que no pueden preverse, se llaman consecuencias casuales.

Respecto de la responsabilidad que generan, se puede decir que las consecuencias inmediatas de los hechos son imputables a su autor, las mediatas son imputables cuando se las hubiere previsto y cuando empleando la debida atención y conocimiento de las cosas las haya podido prever. Las consecuencias puramente casuales solo son imputables cuando debieron resultar según la mira que tuvo al ejecutar

el hecho. Por último las consecuencias remotas no son imputables cuando no tienen con el hecho ilícito relación de causalidad.

En cuanto a la reparación de las consecuencias puedo decir que habrá:

- Reparación integral cuando alcanza a todas las consecuencias previsibles, cuando todas ellas se cargan al agente o realizador del hecho
- Reparación limitada cuando se dejan sin reparar algunas consecuencias en función de criterios incorporados por el juez

En el ámbito extracontractual en la responsabilidad por actos ilícitos la regla es la reparación integral; sin perjuicio de la facultad moderadora del juez en consideración de las circunstancias del caso.

En el ámbito contractual o por incumplimiento de la obligación si media dolo se responde por todos los daños causados previsibles y no previsibles. Si media culpa o riesgo creado solo se responde por las consecuencias inmediatas.

De esta manera he intentado realizar un breve análisis de la relación de causalidad y la manera de responder ante un daño injusto en función de las consecuencias que derivan de éste, de más está decir que existe mucha doctrina que se puede consultar al respecto pero no es la finalidad de este trabajo.

2.5 RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL. RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y SUBJETIVA. SISTEMA DEL CODIGO CIVIL.

La doctrina realiza una división en el régimen de responsabilidad civil destacando la existencia de dos grandes órbitas la contractual y la extracontractual. Nuestro Código Civil no está ajeno a ello. Cabe decir que la doctrina no es pacífica al respecto las discusiones van desde lo terminológico hasta lo conceptual. En este aspecto seguiré a los Dres. Pizarro y Vallespinos (Pizarro y Vallespinos, p. 468 ss.)

Algunos autores entre ellos Borda establecen que la responsabilidad contractual solo se configura en los casos de incumplimiento de una obligación emergente de un contrato válido. Todos los demás supuestos estarían excluidos de este ámbito y estarían en la órbita extracontractual.

Otros con criterio más amplio entre ellos: Alterini, Llambías, Mosset Iturraspe opinan que la responsabilidad contractual es la que emerge cuando se viola un deber jurídico impuesto por una obligación preexistente, cualquiera sea su fuente generadora como por ejemplo las que emergen de una obligación legal. Estos juristas consideran que la expresión responsabilidad contractual resulta estrecha y sería más apropiada la expresión responsabilidad obligacional o por incumplimiento obligacional.

Nuestro Código Civil se adhiere a esta última posición, establece dos órbitas de responsabilidad: una de carácter específico que regula el incumplimiento de una obligación preexistente cualquiera sea su fuente. (Responsabilidad por incumplimiento obligacional). En este tipo de responsabilidad (contractual) se sustituye por vía de modificación del objeto de la prestación debida o se adiciona a la obligación preexistente. La otra de carácter residual derivada del deber general de no dañar es la responsabilidad extracontractual o aquiliana. En ella el deber de resarcir el perjuicio causado implica la creación de una nueva relación jurídica obligatoria.

La doctrina moderna dominante admite la unidad conceptual del fenómeno resarcitorio y el carácter común que tienen los presupuestos de la reparación en ambos ámbitos. Aún así existen algunas diferencias entre ambos y son *la prescripción liberatoria* que para el caso de la responsabilidad contractual es de 10 años para el supuesto de la extracontractual es de 2 años y la *extensión del resarcimiento* que en el caso de la extracontractual es más amplia que en el caso de la contractual.

Responsabilidad objetiva y subjetiva.

Con respecto a este punto se va hacer referencia a conceptos generales ya que los mismos son analizados con mayor precisión en los capítulos 3 y 4 de este trabajo.

En principio la responsabilidad es objetiva o subjetiva según los factores de atribución sean objetivos o subjetivos.

Factor de atribución según el Dr. Carlos Parellada “es la razón suficiente por la cual se justifica que el daño que ha sufrido una persona se traslade económicamente a otro”. (Iturraspe, 1997, p. 141)

Los factores de atribución se clasifican en subjetivos y objetivos; los primeros toman en cuenta la reprochabilidad de la conducta del sujeto ofensor o dañador sea

porque obró descuidadamente (culpa) o porque lo hizo con intención de dañar (dolo). Los objetivos son los que tienen en consideración alguna razón por la cual es justo provocar el desplazamiento se tienen en cuenta valoraciones sociales, económicas etc. algunos son el riesgo, la equidad, la garantía etc.

En materia obligacional no es fácil distinguir estos tipos de responsabilidades pero el quid de la cuestión está en poder distinguir entre obligaciones de medios y de resultado. Para Pizarro y Vallespinos "las obligaciones de medios el deudor se compromete a realizar una conducta diligente orientada a la obtención de un resultado, esperado y querido por el acreedor pero no asegurado. Existe un doble juego de intereses, uno de carácter primario, que se satisface en tanto el deudor despliegue una conducta diligente orientada a alcanzar la finalidad satisfactiva del acreedor y otro de carácter aleatorio (el resultado), cuya concreción no depende exclusivamente de la conducta del deudor sino de otros factores contingentes", "el deudor cumple con la obligación desplegando diligentemente la conducta debida" es el caso del médico que ante un enfermo se obliga a emplear su diligencia para darle el mejor tratamiento para la enfermedad pero no se obliga a la cura de la misma porque depende de factores contingentes, por lo que el médico se libera de la obligación con su solo actuar diligente y prudente más allá del resultado. En este tipo de obligaciones el factor de atribución es subjetivo sin perjuicio de que la carga de la prueba de la culpa recaiga sobre el acreedor y el deudor solo se libera de responsabilidad probando su no culpa. Estos autores continúan diciendo que "en las obligaciones de resultado el deudor compromete su actividad para el logro de un interés final de acreedor, no contingente ni aleatorio de suerte que su falta de obtención importa incumplimiento. En esta categoría el deudor asegura un resultado exitoso y asume todas las contingencias que puedan presentarse en el desempeño de la conducta proyectada salvo aquellas absolutamente fortuitas generadas por un factor ajeno y determinable". (Pizarro y Vallespinos, 1999, p 581 y ss.) Para liberarse de responsabilidad no le alcanza con probar su no culpa sino que deberá probar la ruptura del nexo causal.

2.6 REGIMEN EN LA LEY 24.441. OBLIGACIONES POR LAS QUE RESPONDE EL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO.

Con respecto al régimen de responsabilidad del contrato de fideicomiso en principio puedo decir que la ley lo contempla en los artículos 14, 15 y 16, siempre haciendo alusión a la responsabilidad general del contrato.

Unos de los aspectos innovadores de la ley 24.441 (Art. 14) es la creación de un patrimonio separado del patrimonio de fiduciante y fiduciario compuesto por los bienes fideicomitidos, con un régimen de gestión autónomo. Con esta separación de patrimonio se busca que los bienes constituidos en fideicomiso no se confundan con algún otro patrimonio que exista en cabeza de fiduciario o fiduciante.

El Art. 16 de la citada norma dispone que: “los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que solo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos. 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”.

De este artículo se desprende que el patrimonio separado es garantía común de los acreedores del fideicomiso y solo los de éste, pero en contra partida los acreedores del fideicomiso no podrán cobrar sus deudas del patrimonio personal del fiduciante y fiduciario.

La ley también dispone que los acreedores del fiduciante conserven la acción de fraude cuando la deuda es anterior a la constitución del fideicomiso y con la transmisión de bienes se busca sacar bienes del patrimonio general del fiduciante en perjuicio de los acreedores de este.

En cuanto a los acreedores del beneficiario designado en el contrato solamente podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitidos.

Es relevante hacer mención al tema de la responsabilidad del fiduciario, ya que tiene la propiedad fiduciaria de los bienes y le asisten las más amplias facultades de administración y disposición en miras de la obtención de la finalidad de fideicomiso. Siguiendo al Dr. Eduardo Cima quien establece que “la ley postula dos pautas a las que el fiduciario debe ceñir su conducta y son desempeñarse con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios y actuar teniendo en cuenta los fines del fideicomiso. A dichas pautas deben sumarse las pautas generales que establece nuestro ordenamiento jurídico en cuanto al cumplimiento de los contratos (tales como la buena fe, la confianza y la teoría de la apariencia) que son de plena aplicación en el fideicomiso debiendo

siempre analizarse la actuación de fiduciario a la luz de las mismas”. Este autor continúa diciendo, “dichos principios, especialmente aquellos que conciernen a la responsabilidad del fiduciario habrán de interpretarse conjuntamente con las disposiciones de la ley.....serán útiles criterios de interpretación cuando se deban analizar obligaciones del fiduciario que no se encuentren específicamente regladas en la estipulación fiduciaria, pero que deriven de su actuación como tal”.(Cima, 2013, p. 190)

Ahora se tratará el tema que hace al objetivo de este trabajo y es el de la responsabilidad objetiva contenida en la ley 24.441 en el art.14 que en su segunda parte dispone”...la responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del Art 1113 del Código Civil se limita al valor de la cosa fideicomitida cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado”. Haciendo una interpretación del artículo podemos observar que existe una limitación a la responsabilidad objetiva en el sentido que limita la facultad de agresión sobre el patrimonio fideicomitado por parte de los acreedores del fideicomiso amparados en el art. 1113 del Código Civil, es decir la responsabilidad por el riesgo o vicio de la cosa.

Según la Dra. Mavrich, “el legislador sacrifica la íntegra reparación que merece la víctima del daño prefiriendo asegurara los fines del fideicomiso. Del análisis del texto se destaca: solo limita la responsabilidad objetiva, el límite lo determina el valor de la cosa fideicomitida cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño, limitación que solo regirá si el fiduciario no pudo razonablemente asegurar la cosa riesgosa o viciosa”. (Maury, 2004, p. 57)

Distintas han sido las posiciones doctrinarias pero no quedan dudas que este artículo ha significado un paso atrás en la regulación legal del fideicomiso ya que la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de distintos fallos jurisprudenciales ha consagrado el principio de la reparación plena e integral con rango constitucional, por lo que este artículo podría ser tildado de inconstitucional al violar dicho principio. Además implicaría una injusticia para quien ha sufrido un daño injusto.



UNIVERSIDAD
EMPRESARIAL
SIGLO 21

CAPÍTULO III

RESPONSABILIDAD SUBJETIVA EN EL FIDEICOMISO

3.1 INTRODUCCIÓN

En el capítulo tres de este trabajo se tratará más específicamente la responsabilidad subjetiva, haciendo alusión a los factores de atribución como dolo y la culpa, mencionando conceptos generales y aspectos importantes de los mismos.

También se ahondará en el régimen de responsabilidad subjetiva de la ley 24.441 en aspectos controvertidos del contrato de fideicomiso como los son: la insolvencia del patrimonio de bienes fideicomitidos, discusiones doctrinarias acerca del concurso preventivo en esta figura y responsabilidad del fiduciario. Todo ello a los fines de lograr identificar conceptos que nos permitan establecer y comprender como funciona este tipo de responsabilidad en la figura estudiada.

3.2 FACTORES DE ATRIBUCIÓN

Cuando un hecho provoca una lesión a un sujeto, es el derecho el encargado de establecer si es justo que esa persona soporte el daño ocasionado. En caso de que no, genera la obligación de responder, razón por la cual se produce un desplazamiento y es lo que denominamos factor de atribución.

En el capítulo anterior se brindó la definición de factor de atribución del Doctor Iturraspe, en este capítulo lo vamos a conceptualizar desde otra perspectiva, la de los doctores Pizarro y Vallespinos establecen: “El factor de atribución constituye el elemento axiológico o valorativo, en virtud del cual el ordenamiento jurídico dispone la imputación de las consecuencias dañosas del incumplimiento obligacional o de un hecho ilícito stricto sensu a una determinada persona”.(Pizarro y Vallespinos, 1999, p. 575).

Los factores de atribución se clasifican en factores subjetivos que son el dolo y la culpa y factores objetivos de atribución como el riesgo creado, garantía, el deber calificado de seguridad y la equidad entre otros. Voy a analizar con profundidad los factores subjetivos que constituye uno de los temas principales que componen este capítulo.

3.2.1 Dolo.

Concepto.

Hay que destacar que el concepto de dolo no es único, sino que tiene una triple acepción en nuestro derecho.

A) El dolo como vicio de la voluntad: el art. 931 del Código Civil lo define diciendo “es toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con ese fin” (se refiere a que por estos medios se consigue la realización de un acto). Se trata de una conducta orientada a provocar el error que determina la celebración de un acto que no se hubiese otorgado de no haber mediado la inducción dolosa.

B) El dolo como elemento de los hechos ilícitos. El art. 1072 establece “El acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro se llama en este Código delito” siguiendo a la Dra. Kemelmajer de Carlucci en un aporte como coordinadora de la obra “Responsabilidad Civil” cuyo director es el Dr.

Jorge Mosset Iturraspe establece: “que el concepto de dolo es utilizado para definir el delito por nuestro Código. Se advierte en esta definición la existencia de dos elementos, uno intelectual (ejecución a sabiendas, o sea con conciencia de dañosidad del acto) y otro volitivo (la intención de dañar). (Iturraspe, 1997, p. 94)

Se ha formulado diversas teorías para determinar cuando existe intención de dañar estas son:

- Teoría de la voluntad: la esencia del dolo está en la voluntad de realizar el acto. Esta posición no niega que en el dolo exista representación del resultado, pues para que exista voluntad previamente debe haber existido aquella; lo que ocurre es que para los voluntaristas el resultado no solo tiene que estar representado sino además debe estar querido.

- Teoría de la representación: el dolo aparece como el conocimiento de todas las circunstancias de hecho que acompañan la actuación voluntaria. Se parte de que el querer es un estado interno y por lo tanto, indiferente al derecho. Son las circunstancias de hecho las que le permiten al juez deducir si el sujeto ha querido o no el resultado.

- Teoría del asentimiento: ésta pretende reasumir los aspectos positivos de las dos anteriores: la simple representación del resultado, no constituye dolo pero cuando el sujeto actúa a pesar de la representación que prevé, es ordinariamente querido. Es decir lo, decisivo es la actitud del sujeto a la representación del resultado. El dolo consiste en consentir el resultado conocimiento que se da al advertirlo”. (Iturraspe, 1997, p. 94).

Nuestro Código Civil adhiere a la teoría clásica o voluntarista en el art. 1072; el dolo es en los hechos ilícitos la intención maliciosa el deseo de perjudicar a otro. La ley también hace referencia a que debe existir conciencia de la ilicitud del acto. La mayoría de la doctrina interpreta literalmente la norma pero aceptan que no es necesario que dicha intención sea el único objetivo del acto y menos el principal.

Para Pizarro y Vallespinos “para la configuración del dolo delictual es suficiente con que el sujeto se represente internamente el resultado necesariamente ligado al efecto querido, lo quiera y actúe. Lo verdaderamente determinante es la actitud del agente ante el resultado que se ha representado, haya o no intención de provocar el daño”. “Otros autores consideran que hay delito cuando un resultado se halla unido a otro resultado no

querido pero voluntariamente afrontado con la acción, el dolo absorbe la voluntad de todo lo que aparece necesariamente vinculado a la producción del daño.”(Pizarro y Vallespinos, 1999, p. 606).

C) El dolo en el incumplimiento de las obligaciones de origen convencional: El Código Civil no ha brindado un concepto de este tipo de dolo, lo que ha provocado distintas posiciones doctrinarias, así:

Para algunos autores se trataría del que es típico del delito o sea, intención de dañar.

Para otros, consiste en el incumplimiento deliberado y consciente exista intención o no de dañar. Lo que interesa no es la intención de dañar sino la consecuencia del incumplimiento.

En una opinión personal considero que se trata de un incumplimiento con intención deliberada de no cumplir, por lo que bastaría para su configuración el no cumplimiento intencionado más allá de la intención de dañar.

El doctor Hualde sostiene que es un incumplimiento defectuoso consciente o sea que se cumple con una prestación distinta de la que se prometió. (Iturraspe, 1997, p. 178)

Distintas acepciones.

Es necesario distinguir entre dolo directo, dolo eventual y culpa consciente: dolo directo existe cuando el autor de una acción se le presenta un resultado dañoso como seguro y aún así realiza la acción; habrá dolo eventual cuando ese resultado dañoso se presenta como posible pero lleva adelante igualmente el acto y la culpa consciente se configurará cuando tiene la esperanza que el resultado daño no se producirá.

Siguiendo a Pizarro y Vallespinos “el dolo eventual se configura cuando el sujeto asiente la realización del hecho que prevé como probable (Núñez). El autor se representa el resultado que no es querido ni deseado y lo asiente. La mayor parte de la doctrina estima que el dolo eventual está al margen de la letra del art.1072 y debería ser encuadrado en el 1109 del Código Civil.”(Pizarro y Vallespinos, 1999, p. 606).

Con respecto al art. 521 del Código Civil existen distintas posiciones doctrinarias, la norma dice “Si la inejecución de la obligación fuese maliciosa, los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas”. Lo que se discute es si inejecución maliciosa se identifica con inejecución dolosa o si existe un tercer género de incumplimiento. Según la Dra. Kemelmajer de Carlucci, para un sector de la doctrina (Mosset Iturraspe y Borda) existen tres clases de incumplimiento: el culposo, el doloso y el malicioso, los dos primeros provocan responsabilidad solo de las consecuencias inmediatas; el malicioso cualificado por la intención de dañar hace responsable también por las consecuencias mediatas. Ahora bien la mayoría de la doctrina entiende que el incumplimiento malicioso es sinónimo de incumplimiento deliberado por lo tanto solo existirían dos tipos el culposo y el doloso o malicioso, el primero es el presupuesto del art.250 CC y el segundo art. 521 CC.(Iturraspe, 1997, p. 179)

Pizarro y Vallespinos que a este respecto se alinean a la doctrina mayoritaria sostienen que” una solución distinta conduciría a resultados disvaliosos, sin justificación alguna, fruto de la evidente desarmonía en que quedarían los arts.506 y 521 del CC. Aplicándose el art. 521 solo al incumplimiento malicioso, tendríamos que inferir que tanto el incumplimiento deliberado (aunque sin propósito de dañar) como el producido por negligencia e imprudencia quedarían alcanzados por la misma extensión de resarcimiento y sujeto a las mismas reglas. Ello importaría un tratamiento excesivamente benévolo para el incumpliendo deliberado, reduciendo el ámbito del dolo por las dificultades de prueba que encierra la demostración de la malicia”. (Pizarro y Vallespinos, 1999, p. 607)

Otro tema de relevancia es el referido a la prueba, en este caso el dolo no se presume sino que quien lo alega debe probarlo, es decir que debe aportar los elementos necesarios al juez para que éste tenga una convicción segura al respecto. Se admite cualquier medio de prueba incluso las presunciones e indicios.

Dispensa del dolo

Con respecto a la dispensa del dolo Pizarro y Vallespinos hacen una distinción que aporta claridad al tema dicen que existen dos supuestos diferentes:

- Dispensa anticipada de dolo: el art. 507 establece la nulidad de las cláusulas que anticipadamente dispensen al deudor de la responsabilidad por el

incumplimiento doloso de la obligación. Una solución contraria importaría una desnaturalización del concepto mismo de obligación, que podría ser incumplida sin ningún tipo de consecuencias, el deudor cumpliría si quiere, en abierta pugna con la esencia misma del vínculo obligacional. Admitir tales cláusulas significaría tutelar conductas reñidas con los principios de Orden Público como la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El mismo Código Civil contiene normas que sancionan la dispensa anticipada del dolo como los arts. 1653, 1910, 2162, etc. La prohibición comprende la dispensa del dolo propio, la de los representantes, administradores y dependientes del deudor y de aquellas personas que hubiese introducido para el cumplimiento de la obligación.

La sanción que correspondería, según la mayoría de la doctrina sería la de la nulidad de la clausula afectada es decir, nulidad relativa y parcial manteniendo el resto del negocio plena validez. Solución que armoniza con el principio de conservación del acto jurídico. Otros sostienen que la clausula es una condición puramente potestativa del deudor que afecta al acto en su totalidad, además del carácter indivisible que tiene el contenido contractual por resultar de una negociación en la que se condicionaron deberes y derechos. Las clausulas no serían separables y la nulidad es total. Llambías en una posición intermedia sostiene que si el deudor a quien le interesa la nulidad ha consentido el comienzo de ejecución del contrato no puede alegar su nulidad, en cambio, si no ha tenido principio de ejecución podría aducir la nulidad total del acto pues no es dable tener la voluntad ligada a una parte del convenio con exclusión de otra.

En mi opinión en estos casos me inclino por la opinión mayoritaria la de la nulidad parcial y relativa salvo que en el caso particular la conducta ilícita afectara el contrato en su integridad, quedando a criterio judicial la solución del mismo.

- Renuncia a los efectos del dolo ya consumado: una vez producido el incumplimiento doloso puede al acreedor renunciar a los derechos resarcitorios que derivan del mismo. Se trata de una convención que las partes pueden realizar en virtud del principio de la autonomía de la voluntad.

Como ya lo establecí anteriormente el deudor responde por el dolo de los terceros que introduce en el cumplimiento de la prestación, incluye el dolo del representante, el de los dependientes y el de cualquier tercero.

Es importante destacar que tanto en la órbita contractual como en la extracontractual el dolo absorbe a la culpa, aunque concurra la culpa de la víctima, el agente doloso debe reparar la totalidad de los daños.

Efectos.

En cuanto a los efectos del dolo: el incumplimiento doloso genera la responsabilidad de resarcir los daños que sean las consecuencias inmediatas y mediatas de aquel. También hay que aclarar que el dolo proyecta sus efectos en materia de costas judiciales a raíz de la reforma introducida por la ley 24.432 al art. 505 del Código Civil, haré una muy breve mención al respecto porque excede los objetivos de este trabajo, el mencionado art. establece un tope en el monto indemnizatorio (25% del monto de la sentencia) respecto de los gastos del litigio incluido costas y honorarios profesionales de todo tipo para el caso de incumplimiento obligacional que derive en un litigio. Cuando se supere dicho porcentaje el juez procederá a prorratar los montos entre los beneficiarios y no se tendrá en cuenta los honorarios del representante de la parte condenada al pago de las costas. En realidad la ley procura limitar el costo de la litigiosidad y reducir el monto de los honorarios profesionales lo que hace que sea de dudosa constitucionalidad debido a que este tipo de regulación es privativa del orden provincial.

Si bien el tema del dolo en el incumplimiento de las obligaciones es amplio en la bibliografía, con el breve análisis realizado se dan los conceptos básicos para luego ser aplicados y comprendidos en función del contrato de fideicomiso, pasaré a tratar el tema de la culpa en las mismas condiciones y con el mismo objetivo.

3.2.2 Culpa.

Concepto.

Es el factor subjetivo que resta analizar y considerado uno de los más importantes dentro del derecho de daños

El art. 512 la define diciendo “La culpa del deudor en el incumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”

Los doctores Pizarro y Vallespinos la definen de la siguiente manera” es la omisión de la diligencia que exija la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”. Para estos autores es necesaria la presencia de dos requisitos por un lado la omisión de realizar la conducta que exige la naturaleza de la obligación y por el otro la ausencia del propósito deliberado de incumplir o de causar un daño. (Pizarro y Vallespinos, 1999, p. 613)

Este instituto también se encuentra en el ámbito penal pero no se lo define sino que se hace alusión a las diversas formas de culpa en el art. 84 de C.Penal dice “...el que por su imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los deberes a su cargo causare a otro la muerte.” Lo cierto es que la culpa se manifiesta a través de estas formas tanto en el ámbito civil como en el penal.

Manifestaciones de la culpa

Siguiendo a la doctora Kemelmajer de Carlucci se puede decir:

a) Negligencia: Consiste en una conducta omisiva: no tomar las precauciones necesarias al encarar una acción; en realidad el art. 512 del Cód. Civil define este rostro al señalar que la culpa consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y sus circunstancias. Ej. El sujeto que procede a la quema de malezas, se retira del campo sin verificar que el fuego esté absolutamente apagado.

b) Imprudencia: Es una conducta positiva consistente en una acción de la cual había que abstenerse o en una acción que ha sido realizada precipitadamente. Ej. Conductor que ingiere bebidas alcohólicas antes de conducir.

c) Impericia: Es la incapacidad técnica para el ejercicio de una función determinada, profesión o arte, a esta forma también se la denomina inobservancia de las reglas del arte o mala práctica. Ej. Un médico que desconoce que un medicamento puede producir reacciones alérgicas, no obstante esta eventualidad está científicamente comprobada.

d) Inobservancia de los reglamentos: Consiste en no observar las diligencias prescriptas por las normas jurídicas para una actividad determinada. Ej. Un juez que no dicta una medida cautelar en los términos prescriptos por el Código Procesal.

La doctora continúa diciendo: “es fácil confundir esta forma de culpa con la antijuridicidad pues en realidad se configura por no observar una diligencia que el orden jurídico impone; mientras en la negligencia son las circunstancias del hecho las que imponen una determinada diligencia, en la inobservancia de los reglamentos , la imposición viene del derecho”.(Iturraspe, 1997, p. 143 y 144)

Cabe aclarar que todas estas formas se pueden presentar combinadas entre sí.

Otras formas contempladas en el art.512 del Cód. Civil la culpa inconsciente, la culpa con previsión y la culpa consiente; la primera se da cuando el agente no ha podido prever el daño y de haberlo hecho habría obrado de otra manera. En la segunda forma el sujeto se presenta la posible producción del daño, pero confía en poder evitarlo con su pericia y la tercera el agente prevé el daño y aún así actúa, corriendo el riesgo a la espera de que el resultado no se produzca por azar o fortuitamente.

Existen criterios para la apreciación de la culpa, la Doctora Kemelmajer de Carlucci en la obra de Mosset Iturraspe hace una explicación concisa y clara del tema diciendo que: “apreciar la culpa es establecer si en un caso concreto el agente ha obrado culposamente. Se trata de juzgar si para el sujeto era previsible la dañosidad de su conducta los criterios difieren según cuál sea el sujeto que se tiene en miras para realizar el juicio de previsibilidad: si un modelo abstracto o el propio modelo actuante.

A) Abstracto u objetivo: según este criterio ha de tomarse en consideración la previsibilidad general de un sujeto-modelo o tipo (por ej. el hombre medio). La conducta se valora por comparación con la de un ente creado intelectualmente por medio de la abstracción, partiendo del proceder que se estima socialmente adecuado.(por ej. para juzgar si un abogado ha llevado un proceso diligentemente , el juez toma en cuenta el ritmo al que hubiese trabajado un buen profesional)

B) Concreto o subjetivo: en este caso se compara el proceder del mismo sujeto actuante ante circunstancias similares a las del hecho dañoso. Por ej.: en el caso del supuesto anterior el juez comparará cómo ha procedido ese profesional determinado en el resto de los pleitos de los que se ha encargado.

En realidad ambos criterios no se contraponen sino que se complementan”. (Iturraspe, 1997, p. 145).

Corresponde hacer mención a una teoría a la que algunos autores consideran importante es la teoría de la prestación o gradación de la culpa. La misma proviene del Derecho romano y consiste en establecer distintos grados de culpa.

Dentro del criterio abstracto de distinguen: culpa grave, leve y levísima. La culpa grave consiste según Mosset Iturraspe "no prever o comprender lo que todos prevén o comprenden, omitir los cuidados más elementales, descuidar la diligencia más pueril, ignorar los conocimientos más comunes".(Iturraspe, 1997, p. 147) La culpa leve es la falta de diligencia propia de un buen padre de familia. La culpa levísima reside en la omisión de diligencias de un muy buen padre de familia.

Esta teoría fue rechazada por Vélez en la nota al art. 512 quien señala" La teoría de la prestación de las culpas es una de las más oscuras en el derecho. Pero en fin ya no es permitido hablar ni de culpa lata, ni de culpa leve ni de culpa levísima. Sin dudas hay culpas que por razón de las circunstancias, de la posición de las partes respecto a las obligaciones especiales que le son impuestas, son más graves o más ligeras las unas que las otras; pero no hay culpa que considerada en sí misma, prescindiendo de las circunstancias del lugar, del tiempo y de las personas pueda ser clasificada por datos abstractos y por una medida invariable y absoluta como culpa grave, leve o levísima. La gravedad de la culpa, su existencia misma está siempre en función de su imputabilidad, es decir, con las circunstancias en la cual ella se produce...Si se conviniese en clasificar las culpas en abstracto comprándolas con tipos imaginarios e igualmente abstractos, sería siempre preciso en la práctica considerarlas en concreto: tener siempre presente el hecho, y seguir los datos positivos del negocio, para determinar la existencia e importancia de las culpas y entonces las divisiones teóricas son más bien un embarazo que un socorro"

No obstante esta explicación algunos artículos del Código Civil se refieren expresamente a la graduación de la culpa por ej. 1462, 1463.

A los fines de una mejor comprensión y tener en claro los conceptos es necesario hacer una distinción entre culpa, antijuridicidad y daño. En este punto seguiré a los doctores Pizarro y Vallespinos "Con frecuencia suele confundirse la culpa con la antijuridicidad en el ámbito obligacional, donde se ha asimilado erróneamente la culpa con el incumplimiento de una obligación preexistente. Este es un enfoque equivocado, el incumplimiento en sentido amplio es un presupuesto a partir del cual puede

formularse en juicio de culpabilidad, pues no existen culpas predicables de conductas lícitas. Puede haber incumplimiento obligacional (o hecho ilícito extracontractual) y no mediar culpa. En cambio, no es posible concebir la situación inversa, ya que la culpa solo es predicable a partir de la existencia de una conducta antijurídica. La antijuridicidad es una cuestión previa a la culpabilidad. (Pizarro y Vallespinos, 1999, p. 617)

Tampoco es correcto asimilar la culpa con el daño. Puede haber daño sin culpabilidad, tal lo que sucede con el daño involuntario, por Ej. Daño causado por un incapaz. Sin bien son nociones diferenciables hay relaciones entre ellas a punto tal que podrá inferirse una presunción de culpa iuris tantum de la producción de un daño que guarde relación causal con la conducta antijurídica. (Pizarro y Vallespinos, 1999, p. 617)

Otro tema de relevancia es la prueba de la culpa, los Dres. Pizarro y Vallespinos distinguen su tratamiento en las orbitas contractual y extracontractual:

1) Orbita extracontractual: en esta materia rige el principio según el cual quien pretende el derecho de la indemnización derivada de un acto ilícito, debe acreditar todos los extremos que constituyen dicha relación jurídica. En consecuencia, como regla la culpa no se presume y debe ser probada por quien alega su existencia.

La prueba de la culpa no se alcanza por la demostración de los otros elementos de la responsabilidad civil. Acreditada la antijuridicidad no basta para que se demuestre la culpa del agente, pues puede haber obrado por error excusable o por coacción, causas que excluyan la culpabilidad. A veces la prueba de la antijuridicidad y del daño permiten presumir la existencia de la culpa invirtiendo la carga probatoria, en este caso es el agente quien debe demostrar que no hubo culpa. En otros casos es la propia ley la que dispone dicha inversión, procurándose con ello favorecer la posición de damnificado, poniendo en cabeza del indicado como responsable la prueba del obrar diligente. Tal lo que sucede con la responsabilidad por los daños causados por las cosas.

2) Orbita contractual: tradicionalmente se sostuvo que el acreedor debía aprobar el título de su crédito, correspondiendo al deudor alegar y probar haber cumplido o la circunstancia extintiva o impediende de su obligación por lo que la culpa se presumía en el incumplimiento contractual. La aceptación de la distinción entre obligaciones de medios y de resultados llegó a sostener que la prueba de la culpa era

independiente de la fuente de la obligación y que su carga debía pesar sobre el deudor o acreedor según la naturaleza de la prestación. En las obligaciones de medios el factor de atribución es subjetivo basado en la idea de culpa la carga de la prueba recae en principio sobre el acreedor. Existen casos en donde la culpa aparece presumida legal y jurisprudencialmente como en materia de mora del deudor donde el Art. 509 del CC. Dispone que es éste quien debe aportar la prueba acreditando que la mora no le es imputable.

En las obligaciones de resultado se presume la responsabilidad del deudor a partir de la no obtención del resultado, debiendo éste, para liberarse, acreditar la ruptura del nexo causal. En este caso la responsabilidad es objetiva.

Dispensa de la culpa

Nuestro código civil nada establece respecto de las cláusulas de dispensa de la culpa. La doctrina clásica se pronunciaba por la validez de dichas cláusulas. Actualmente no parece ser así. Tratándose de contratos paritarios son nulas las cláusulas de dispensa de culpa, en este caso la eximición anticipada de culpa grave debe ser asimilada al dolo.

Tampoco es admisible cuando se pretenda excluir o limitar anticipadamente la responsabilidad por daño a la persona, o cuando la dispensa importe desnaturalizar la esencia de la relación contractual o atenten contra el principio de la buena fe. La ponderación de estas circunstancias, lleva a la invalidez de la cláusula (nulidad parcial).

Para finalizar el tema de la responsabilidad subjetiva trataré el tema de las eximentes de tal responsabilidad. Si la responsabilidad se asienta la idea de culpa, la prueba de la ausencia de culpa debe ser suficiente para provocar la liberación del responsable; las causas de inculpabilidad son: el error de hecho esencial y excusable, (Art. 929), dolo y violencia o intimidación (art. 936 y ss.), ya que cuando esto sucede el acto es involuntario desvaneciéndose el presupuesto (acto voluntario) sobre el que se asienta el juicio de culpabilidad. Otra eximente es la prueba de un obrar diligente, apropiado al objeto de la obligación en función de las circunstancias de persona, tiempo y lugar.

De esta manera he brindado los conceptos básicos de la responsabilidad subjetiva necesarios para adentrarnos al tema objeto de este trabajo que es la responsabilidad en el contrato de fidecomiso.

3.3 RESPONSABILIDAD SUBJETIVA EN LA LEY 24.441

El tema de la responsabilidad subjetiva en el contrato de fidecomiso lo voy a circunscribir al que se presenta ante la insuficiencia del patrimonio fideicomitado para hacer frente a las obligaciones que el fiduciario hubiere contraído en el ejercicio de sus funciones. Como ya quedó establecido en el comienzo de este trabajo el patrimonio del fideicomiso está separado y conforma la garantía de las obligaciones contraídas por el fiduciario en el desempeño del encargo que se le ha efectuado, de esta manera el fiduciario ostenta la titularidad de dos patrimonios: el propio y el “patrimonio separado” constituido por los bienes fideicomitados sobre los cuales solo tiene el dominio fiduciario.

El sistema aparece delineado en los Art. 15 y 16 de la Ley que establecen:

Art. 15: “los bienes fideicomitados quedarán exentos de la acción singular y colectiva de los acreedores del fiduciario. Tampoco podrán agredir los bienes fideicomitados 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 fideicomitados y subrogarse en sus derechos”.

Art. 16: “los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fidecomiso, las que solo serán satisfechas con los bienes fideicomitados. La insuficiencia de los bienes fideicomitados para atender 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 entregar el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra; si se tratase de fidecomiso financiero regirá en lo pertinente las normas del Art. 24”.

3.3.1 Insolvencia del patrimonio de bienes fideicomitidos art. 16 de la Ley.
Problema que plantea la norma en cuestión.

En este tema seguiré al Dr. Carlos Parellada en su aporte al Tratado Teórico Práctico de Fidecomiso que dirige la Dra. Beatriz A. Maury

La norma en cuestión plantea dos problemas: el primero es el presupuesto fáctico del texto normativo, ya que no se ha usado el concepto “de cesación de pagos”, sino que ha utilizado el de “insuficiencia”, que ciertamente no es inequívoco.

El segundo problema lo plantea el texto de la norma al vedar solo la posibilidad de la declaración de la quiebra sin hacer referencia al concurso preventivo, cuestión que ha dividido a la doctrina sin que hasta el momento los tribunales se hayan pronunciado sobre la cuestión, dejando dudas acerca de si ciertas normas de la Ley de Concursos se aplican o no al caso de fidecomiso.

En el primer supuesto el Dr. Parellada establece “la técnica legislativa no ha sido feliz al utilizar el giro “insuficiencia”, contando con una locución como “cesación de pagos”...por lo tanto y pese a compartir las críticas que se formulan a la norma en este sentido, creemos que el intérprete puede llegar, sin mayor dificultad, a concluir que la norma regula el supuesto del estado patrimonial de la cesación de pagos, en su visión dinámica, con visos de permanencia y generalidad. No bastaría el simple ahogo transitorio, cuando no revelase un estado de impotencia patrimonial para atender las obligaciones a su vencimiento. López de Zavalía, afirma que la hipótesis contemplada por la ley es la de insuficiencia definitiva que trae como consecuencia la liquidación total. (Maury, 2004, p. 96)

El Dr. Ricardo L. Lorenzetti al respecto dice: “la insuficiencia es una relación económica que se establece entre el patrimonio fideicomitado y las obligaciones contraídas en la ejecución del fidecomiso; por lo tanto es un concepto más restringido que la cesación de pagos que relaciona el patrimonio con todas las deudas y no solo con una clase de ellas. En virtud de esta restricción legal, no cuentan las obligaciones que no pesan sobre el patrimonio de afectación es decir que no han sido creadas para el funcionamiento del fidecomiso.

Debe distinguirse la insuficiencia temporaria de la definitiva. La primera, esta caracterizada por una duración temporal que una vez transcurrida, cesa: tales son los

ahogos financieros pero no económicos, Ej. Las malas cosechas. En estas circunstancias no procede la liquidación, ya que es bien clara la norma al señalar “a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales”; quiere decir que se debe solicitar recursos al fiduciante y al fiduciario para sortear las insuficiencias temporarias”. (Lorenzetti, 1999, p. 333)

Si bien la ley prescribe que en lugar de procedimiento judicial de la quiebra el fiduciario procede a liquidar el patrimonio fideicomitado, no se debe recurrir directamente a ella, sino que, previamente deben agotarse las posibilidades que ofrezca el contrato de recurrir al fiduciante o al beneficiario para que exporten los recursos necesarios. La diferencia entre el caso en que existan previsiones contractuales de contribuciones y que no existan, radica que en el primer caso el fiduciario está obligado a recurrir y el fiduciante o beneficiario, obligados a cumplir con la prestación o procedimiento al que se hubieran comprometido en el contrato; en cambio sino median estas previsiones, serán las circunstancias que rodean al caso las que determinen si el fiduciario debe recurrir a la asistencia o no. Son las circunstancias concretas y la naturaleza del encargo las que han de sugerir la existencia de una culpa en haber procedido a la liquidación sin intentar una contribución salvadora que permitiese la superación del estado cesante.

3.3.2 Discusión doctrinaria acerca de la posibilidad de que el fiduciario pueda pedir Concurso Preventivo.

Respecto de la posibilidad del fiduciario de pedir concurso preventivo, hay una división doctrinaria. Por un lado Games y Esparza, han sostenido la posibilidad de que se concurse preventivamente sobre los siguientes argumentos:

- a) La Ley no veda la posibilidad de concurso sino exclusivamente la declaración de la quiebra.
- b) De acuerdo al art. 5 de la Ley de concursos y quiebras “...pueden solicitar la formación de concurso preventivo las persona comprendidas en el art. 2, incluidas las de existencia ideal en liquidación.
- c) El concurso permitiría evitar la liquidación.
- d) El concurso es una forma de superación del estado de cesación de pagos que permite fortalecer la una económica del fidecomiso.

e) Al fiduciario se le impone obrar con la prudencia de un buen hombre de negocios y el recurrir a la superación del estado cesante por medio del concurso integraría la conducta prescripta.

Por otro lado Kiper y Lisoprawski entienden que la solución no es legal, sus argumentos son:

a) La L.C.Q. es posterior a la Ley de fidecomiso y pese a ello ninguna referencia a hecho respecto a la posibilidad de concursamiento de fidecomiso.

b) Tal omisión obedece a una voluntad legislativa dirigida ex profeso a no admitir la posibilidad.

c) La Ley 24.522, prevé la concursabilidad del patrimonio del difunto en tanto permanezca separado del los sucesores, por lo tanto si hubiera sido la voluntad legislativa, se hubiera incluido al fidecomiso.

d) La tesis de la concursabilidad llevaría a un callejón sin salida en el supuesto que el concurso no tenga acuerdo. (Kiper y Lisoprawski, 1995)

El Dr. Parellada comparte el criterio de los Dres. Kiper y Lisoprawski.

Respecto de este tema hay un amplio debate doctrinario que excede los objetivos de este trabajo, por ello, solo he hecho alusión a los principios básicos de cada una de las teorías.

3.3.3 Responsabilidad del fiduciario por haber llegado a la situación de insolvencia.

En cuanto a la responsabilidad civil del fiduciario por haber llegado a la situación de insuficiencia hay que determinar qué normas son aplicables: en caso de entes susceptibles de quiebra, se aplica la normativa concursal; en el fidecomiso se parte de los principios generales; el fiduciario compromete su responsabilidad civil tanto por sus acciones dañosas como también por sus omisiones que hayan provocado la insuficiencia o la hayan agravado. En cuanto a las omisiones puras, es necesario que haya existido una obligación de actuar impuesta por la ley o el contrato de constitución con independencia del deber de prevención que ostenta en su carácter de administrador de bienes en el interés ajeno.

Existiendo la insuficiencia patrimonial, los legitimados activos para intentar la acción indemnizatoria serán quienes tengan un interés legítimo o un derecho subjetivo,

sean damnificados directos o indirectos para el daño patrimonial y solo los directos para el daño moral. Esto es respecto a la responsabilidad civil extracontractual.

En la órbita contractual están legitimados los cocontratantes del fiduciario, el beneficiario y el fideicomisario a partir del momento de la aceptación.

Un párrafo especial merecen los acreedores del fideicomiso que han contratado con el fiduciario con motivo del encargo recibido por este del fiduciante, éstos están legitimados para accionar contra el fiduciario en forma personal, cuando exista una conducta reprochable que ha determinado o agravado la insuficiencia perjudicial a su expectativa de cobro, ya que dicha conducta frustra o disminuye el derecho subjetivo del acreedor de cobrarse de los bienes fideicomitidos.

El legitimado pasivo de la acción por los daños derivados de la mala administración es sin dudas el fiduciario.

Con respecto a los factores de atribución de la responsabilidad del fiduciario, están regulados por el art. 6 de la Ley 24.441 que establece que el fiduciario deberá cumplir las obligaciones que le impone 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. Por su parte el art. 7 señala que “la culpa y el dolo en que pudiere incurrir él o sus dependientes” no puede ser dispensada en el contrato de constitución del fideicomiso.

Concordando con el Dr. Parellada, decimos que “debe tenerse espacialmente en cuenta que del propio texto legal surge que se trata de un contrato que supone una confianza especial entre las partes, por lo que -aunque tácitamente- se convoca a la normativa del art. 909 del CC, según la cual el juez debe tomar en consideración la condición especial o facultad intelectual de la persona del fiduciario y estimar el grado de responsabilidad de acuerdo con ellas. Igualmente se postula la aplicación del art. 902 del CC, que prescribe que 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. Conforme al art. 512 del CC se deben tener en cuenta las circunstancias de persona, tiempo y lugar y la naturaleza de la obligación que ha contraído. En la doctrina aun se discute si la norma citada conlleva al carácter concreto o abstracto del juzgamiento de la culpa, o sea, acerca de si la apreciación ha de tener en

cuenta la conducta del obligado en sus negocios propios o si únicamente debe realizarse la comparación entre la conducta dañosa actuada con la que se pergeña en el patrón abstracto del “hombre diligente” o “buen hombre de negocios”... En el caso del art. 6, la solución es la apreciación in abstracto, pero teniendo en cuenta la circunstancias que son propias del caso y sobre tales circunstancias se aplica el cartabón de la diligencia debida según el patrón abstracto para efectuar o no el reproche...El resultado de la aplicación de tales normas, permite concluir que la responsabilidad del fiduciario surge de la conducta que pueda encuadrarse en cualquiera de los grados de la culpa...Lo relevante en orden a la apreciación de la culpa del fiduciario es la severidad de su apreciación en íntima conexión con la confianza especial que se supone depositada en aquel a quien se realiza el encargo. De allí que la doctrina manifieste que el juicio es de severidad y debe ser estricto”. (Maury, 2004, p. 107)

Refiriéndose al tema, el Dr. Eduardo Cima dice “que el art. 6 de la Ley 24.441, debe integrarse en un todo armonioso con la directiva de buena fe del 1198 del CC, con el sistema de responsabilidad de los artículos 902 y 909 del mismo código y con la concepción de culpa del art. 512...En tal sentido el fiduciario es responsable de todo perjuicio causado al fiduciante, al fideicomisario, o al beneficiario, derivado de la no ejecución total o parcial de las obligaciones emergentes del fidecomiso salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, teniendo el beneficiario y el fideicomisario, además del fiduciante, el derecho de ejercer acciones de responsabilidad contra el fiduciario”.(Cima, 2013,p. 191). Este autor hace una importante aclaración respecto de si las obligaciones que asume el fiduciario son de medio u obligaciones de resultado, teniendo relevancia desde el punto de vista de la responsabilidad, ya que las obligaciones del resultado generan responsabilidad objetiva y las obligaciones de medios responsabilidad subjetiva. En este sentido el Dr. Cima dice “La doctrina sobre el tema es clara en afirmar que la obligación del fiduciario en relación a su actuación como titular de los bienes fideicomitados es una obligación de medios. La atención se centra en la conducta desplegada por el fiduciario...el cual no responderá por el éxito de los negocios que encare, siempre que haya desempeñado la gestión con la pericia de quien conoce el tipo de negocio de que se trate”.(Cima, 2013, p 191)

En cuanto a los eximentes de la responsabilidad del fiduciario, en principio se libera de responsabilidad probando que su actuar fue dirigente y su conducta se atuvo a la de un buen hombre de negocios en el cual ha sido depositada la confianza para la

administración de los bienes. El caso fortuito o la fuerza mayor, también opera como eximente.

El fiduciario no puede excusar su responsabilidad por haber delegado la gestión en un administrador ya que la ley no admite la dispensa de la culpa o el dolo de los dependientes.

El Dr. Parellada concluye diciendo “La responsabilidad del fiduciario por la insuficiencia de los bienes del patrimonio fideicomitado es una responsabilidad personal que autoriza a agredir el patrimonio general del fiduciario. A la obligación indemnizatoria fundada en el incumplimiento de los deberes impuestos o las obligaciones asumidas por el fiduciario en relación al desempeño de su cargo no se aplican las normas que limitan la responsabilidad patrimonial a los bienes fideicomitados (art.16, Ley 24.441), en consecuencia, responde con su patrimonio general. En tal sentido es necesario distinguir la responsabilidad patrimonial regida por el art. 16 de la responsabilidad por daños ocasionado por el fiduciario que provocan o agravan a insuficiencia del patrimonio fideicomitado, la primera se dilucida sobre tal patrimonio, pero la segunda recae sobre el patrimonio general o propio del fiduciario...En el caso de los acreedores solo tienen acceso a la agresión del patrimonio general del fiduciario cuando concurre el factor de atribución subjetivo y se da la relación causal entre la frustración de la expectativa de cobro y la conducta del fiduciario provocadora de la insuficiencia. Se trata de la solución más conciliadora del sistema ya que si bien tiende a mantener la incolumidad de los bienes fideicomitados hace soportar la insolvencia a quienes se benefician con la utilización del instituto”. (Maury, 2004, p. 113)

En opinión personal considero acertada la solución ya que en tanto y en cuanto el patrimonio fideicomitado sea solvente recaerán sobre él las consecuencias que se desprenden del contrato. En caso contrario si el patrimonio resulta insuficiente, habrá que probar los presupuestos de responsabilidad civil del fiduciario para poder agredir los bienes personales de éste.



UNIVERSIDAD
EMPRESARIAL
SIGLO 21

CAPÍTULO IV

RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN EL FIDEICOMISO

4.1 INTRODUCCION

En este capítulo se tratará el tema de la responsabilidad objetiva en materia de daños, otorgándose conceptos generales respecto de factores de atribución, teoría del riesgo, breves conceptos de cada uno de ellos, como también, lo que dispone la ley 24.441 para el contrato de fideicomiso respecto de la responsabilidad objetiva a través de un análisis del tan controvertido art. 14 del ley. También se realizará una breve introducción respecto del tratamiento constitucional del tema.

4.2 FACTORES OBJETIVOS DE ATRIBUCIÓN. TEORÍA DEL RIESGO. LÍNEAS DEL PENSAMIENTO.

Los factores objetivos de atribución son los que no tienen en consideración la reprochabilidad de la conducta del responsable sino alguna otra razón por la cual es justo provocar el desplazamiento de las consecuencias dañosas.

Para Pizarro y Vallespinos “los factores objetivos de atribución se caracterizan por:

a) Por fundar la atribución del incumplimiento obligacional y la responsabilidad que de él deriva, o de la responsabilidad que emerge de hechos ilícitos stricto sensu, en parámetros objetivos de imputación.

b) Con total abstracción de la idea de culpabilidad.

De allí que la denominada responsabilidad objetiva, sea mucho más que una mera responsabilidad sin culpa: ella tiene un elemento positivo, axiológico que la justifica y determina su procedencia”. (Pizarro y Vallespinos, 1999, p. 626)

Teoría del riesgo.

Siguiendo a los Dres. podemos decir que la teoría del riesgo surgió en el derecho francés a fines del siglo XIX, inspirada por Saleilles y Josserand.

Se advierten en la misma tres líneas de pensamiento bien diferenciadas:

1) Teoría de riesgo creado: establece que: quien es dueño o se sirve cosas, o realiza actividades que, por su naturaleza o modo de empleo generan riesgos potenciales a terceros, debe responder por los daños que ellas originan. La responsabilidad objetiva que de ella dimana constituye una contrapartida del riesgo creado.

2) Doctrina del riesgo beneficio: es una corriente más moderada que establece que no se debería responder objetivamente por cualquier riesgo creado, sino por aquellos que permiten alcanzar un beneficio. En este caso la responsabilidad objetiva se presentaría como contrapartida del beneficio obtenido por la creación del riesgo. El beneficio o provecho comprende cualquier tipo de utilidad o ventaja, aun la carente de sentido patrimonial. Así interpretada esta teoría se aproxima a la del riesgo creado.

3) Doctrina del acto anormal: según esta teoría quien incorpora un riesgo solo debe responder por las consecuencias resultantes de una actividad fuera de lo normal. Se le ha criticado que averiguar si el acto es normal o anormal, es preguntarse si su autor ha cometido o no una imprudencia, caso en que habría una aproximación a la

idea de culpa. En la gran mayoría de los casos es normal que las cosas riesgosas causen daño, de aceptarse esta tesis, quedarían fuera del campo del riesgo creado los daños causados por automotores en circulación siendo que esta es una actividad normal de los mismos.

Estos autores en opinión que comparto se inclinan por la doctrina del riesgo creado, que a la vez consagra el art. 1113 del CC. Que introduce en el medio social un factor generador de riesgo para terceros debe responder objetivamente, se beneficie o no con el mismo, la responsabilidad objetiva deriva de la creación del riesgo y no del posible beneficio.

Constituyen riesgo creado los daños causados por el riesgo o vicio de la cosa, los causados al consumidor por el vicio o defecto de la cosa o de la prestación del servicio, los derivados de actividades riesgosas, residuos peligrosos, la responsabilidad del propietario de una mina, Etc.

4.2.1 Factor de garantía.

Según la Dra. Kemelmajer de Carlucci, en la órbita contractual, es frecuente que un sujeto se obligue para el supuesto en que otro no cumpla; existen para esto figuras como la fianza, el aval, etc. Se trata de garantías fundadas en la voluntad de las partes. En la órbita extracontractual es la ley la que atribuye a ciertos sujetos el carácter de garante por la actividad dañosa de otros. Así por ej. Cuando un dependiente causa un daño, el ordenamiento jurídico extiende la responsabilidad al principal con el fin de conseguir un responsable solvente. La justicia no se satisface con sindicar a alguien como responsable sino que exige procurar que el daño sea efectivamente reparado; de cualquier modo, puede ocurrir que ello no se logre por insolvencia del “garante legal”, por lo que el moderno derecho de daños busca sustitutos tales como los fondos de garantía, los seguros obligatorios, etc. (Iturraspe, 1997, p. 193)

Para un sector de la doctrina la idea de garantía constituye un factor objetivo de atribución autónoma constituido por la responsabilidad del principal por derecho del dependiente (extracontractual art. 1113 párr. 1° CC) y por la denominada acción de seguridad incluida con carácter general y accesorio y de manera tácita en ciertos contratos, para preservar a las personas o a las cosas de los contratantes por Ej. Contrato de transporte.

También existe la obligación de garantía cuando el deudor asume responsabilidad por los daños que pueda ocasionar la intervención de terceros introducidos por aquel para el cumplimiento de la prestación, o por las cosas de las que aquel se sirva.

4.2.2 La equidad.

La equidad es un principio fundamental del derecho que consiste en que dentro del marco de posibilidades interpretativas ofrecidas por la ley, el juez elige la que logra mayor justicia en el caso concreto.

Es un factor de atribución objetivo en materia de daño involuntario, o sea, aquel causado por quien obra sin discernimiento, intención o libertad. En principio los daños involuntarios no generan responsabilidad salvo dos excepciones:

a) Contenida en el art. 907 del CC. que establece que... “solo se responderá con indemnización correspondiente, si con el daño se enriqueció el autor del hecho en tanto y en cuanto se hubiere enriquecido”.

b) La constituye la indemnización de equidad que contempla el texto agregado al art. 907 por la Ley 17.711 que dice “Los jueces podrán también disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundados en razones de equidad teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima”.

Los requisitos para que se configure el supuesto previsto por la norma son:

- 1) Acto involuntario.
- 2) Que cause daño a un tercero.
- 3) Que medie relación causal entre ambos.
- 4) Pautas para la determinación de la indemnización, que son la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima.

Con respecto al ámbito de aplicación se discute si es aplicable solo a la órbita extracontractual o en ambas, la mayoría de la doctrina se inclina por considerar que la norma se aplica tanto en la órbita contractual como en la extracontractual.

4.2.3 Abuso del derecho y el exceso en la normal tolerancia entre vecinos.

Siguiendo a los Dres. Pizarro y Vallespinos, respecto del abuso del derecho el art. 1071 de CC, consagra un concepto imbuido de parámetros objetivos: “...Se considerara tal a los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o que excedan los

límites de la buena fe, la moral y las buenas costumbres”. (Pizarro y Vallespinos, 1999, p. 627)

Estos autores consideran que el abuso del derecho no constituye un factor autónomo de atribución sino una modalidad de antijuridicidad. La trasgresión del ordenamiento jurídico a veces se manifiesta en forma franca o abierta, en otras se respeta en apariencia la letra de la ley, pero quebrando su espíritu o la finalidad perseguida por el ordenamiento jurídico al tiempo de brindar tutela jurídica. Entre ambas formas no media una diferencia cualitativa tanto una como otra contradicen el ordenamiento jurídico considerado integralmente, solo varía la forma y el modo de operarse la transgresión.

Las mismas razones son válidas para el caso del exceso de la normal tolerancia entre vecinos, que conforma cierta doctrina consagraría el art. 2618 del CC. La responsabilidad que emerge de esta norma, será objetiva, por aplicación de la doctrina del riesgo creado que obliga a responder con el daño causado por el riesgo o vicio de la cosa. No debe descartarse la posible configuración de una responsabilidad subjetiva basada en la idea de la culpa.

4.2.4 Seguridad.

Hace referencia a un deber calificado de seguridad o de tutela especial del crédito como factor de atribución idóneo para justificar la responsabilidad objetiva en las llamadas obligaciones de resultado. Ciertas obligaciones generan un deber calificado de seguridad que pueden erigirse en un factor de imputación autónomo de carácter objetivo.

4.2.5 Otros factores de atribución.

a) Igualdad ante las cargas públicas: surge del art. 16 de la Constitución Nacional, especialmente para justificar la responsabilidad civil del estado por actos lícitos.

b) Seguridad social: según Ferreyra, si bien lo ordinario es que la seguridad social esté en manos del estado, existen supuestos en los cuales por ley se pone en cabeza de particulares justificando o dando fundamento a una obligación indemnizatoria, por ej. el art. 212 de la Ley de Contrato de Trabajo.

c) Derecho a la intimidad: Algunos autores suelen incluirla como un factor objetivo de atribución autónomo por la propia naturaleza del derecho inculcado o

por el carácter arbitrario de la conducta lesiva con forme al art, 1071 Bis del CC. Estos autores consideran que tal construcción es inaceptable por carecer de bases normativas en nuestro sistema ya que semejante idea no fluye de los arts. 1071 y 1071 Bis del CC.

4.3 EXIMENTES.

El campo de las responsabilidades objetivas se caracteriza por la presencia de presunciones de adecuación causal, desvirtuables mediante la acreditación de la ruptura del nexo causal por parte del sindicado como responsable. La víctima al tiempo de accionar se ve favorecida ya que solo tiene que demostrar la relación de causalidad, el sindicado como responsable para eximirse de la responsabilidad deberá demostrar la ruptura del nexo causal ya sea por el hecho de la víctima, el hecho de un tercero extraño o caso fortuito.

4.4 LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN EL CONTRATO FIDEICOMISO ART. 14 DE LA LEY 24.441.

Este aspecto está regulado por la Ley en el art. 14 que establece “Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante. La responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del art 1113 del CC, se limita al valor de la cosa fideicomitada cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado”.

Según destacados autores esta norma implica una limitación a la responsabilidad objetiva ya que la circunscribe al valor de la cosa cuyo riesgo o vicio ocasiona el daño. Lo que me lleva a considerar que dicha norma puede ser atacada de inconstitucionalidad debido a que por numerosos fallos de la Corte se le ha otorgado rango constitucional al principio de la reparación plena e integral.

Cabe acotar que en materia de daños se ha logrado una evolución en estos últimos años, obteniéndose una visión mucho más amplia respecto de la reparación de la prevención, reparación y punición del daño. Esto se ha visto plasmado en el plano constitucional donde han existido fallos de la Corte Suprema que han establecido el derecho a la reparación como un derecho constitucional.

Haré, siguiendo a la Doctora Florencia Librizi profesora de la Cátedra de Derecho Privado VII de la Universidad Empresarial Siglo XXI, un breve análisis de los fallos emanados de la Corte en relación a este tema.

En el fallo “Santa Coloma”¹ la Corte estableció que “la sentencia apelada lesiona el principio *alterum non laedere* que tiene raíz constitucional (art. 19 de la ley fundamental) y ofende el sentido de justicia de la sociedad, cuya vigencia debe ser afianzada por el Tribunal dentro del marco de sus atribuciones y en consonancia con lo consagrado por el preámbulo de la Carta magna....no figura entre las potestades de un estado constitucional imponer a los habitantes cargas que superen a las requeridas por la solidaridad social”.

En el caso “Gunther”² y “Luján”³ en esta oportunidad la Corte declaró “los artículos 1109 y 1113 del Cód. Civil consagran al principio general establecido en el art. 19 de la Constitución que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero. El principio *alterum non laedere*, entrañablemente vinculado a la idea de reparación tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Cód. Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga el carácter exclusivo y excluyente en el Derecho Privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica”.

A través de los fallos expuestos se puede ver claramente que la Corte por medio de su jurisprudencia establece el rango constitucional del principio del *alterum non laedere* y el de la reparación plena, integral y equitativa basándose en el art. 19 de la Constitución Nacional.

Ahora bien, en el caso del art. 14 de la ley de fideicomiso que establece ...”La responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del art 1113 del CC, se limita al valor de la cosa fideicomitida cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado” ,este límite impuesto por la norma implicaría, llegado el caso, una violación al principio de la reparación plena e integral y al rango constitucional del principio del *alterum non laedere*, por lo que la norma puede ser atacada de inconstitucionalidad basándose en los fallos mencionados.

Este tema será investigado con mayor profundidad en el capítulo siguiente de este trabajo.

¹ CS, 5/8/66, Santa Coloma, Luis F. y otros v. Ferrocarriles Argentinos, Fallos 308: 1160 y JA, 1986-IV-625.

² CS, 5/8/86, Gunther, Fernando v. Gobierno Nacional, Fallos 308:1118 y JA, 1987-IV-653.

³Fallos, 308:1109.



UNIVERSIDAD
EMPRESARIAL
SIGLO 21

CAPÍTULO V

CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 14 DE LA LEY 24.441.

5.1 INTRODUCCION

En el presente capítulo se realizará un análisis doctrinario del art. 14 de la ley 24.441. También se realizará una investigación y análisis de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación donde se otorga rango constitucional al principio de “no dañar a otro” y al de la reparación plena, integral y equitativa.

Todo ello a los fines de fundamentar la inconstitucionalidad del artículo de la mencionada norma.

5.2 EL TEXTO LEGAL. DOCTRINA.

La ley 24.441 en su art. 14 establece “Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante. La responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del art 1113 del CC, se limita al valor de la cosa fideicomitida cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado”.

Según la Dra. Mavrich,” este artículo, es una limitación a la responsabilidad objetiva, también sería una valla al poder de agresión que contra el patrimonio fideicomitido tienen los acreedores del fideicomiso. Como se advierte con la simple lectura del artículo, el legislador sacrifica la integra reparación que merece la víctima del daño prefiriendo asegurar el cumplimiento de los fines del fideicomiso. Del análisis del texto surge: solo limita un tipo de responsabilidad: la objetiva, el límite lo determina el valor de la cosa fideicomitida cuyo riesgo o vicio fue causa del daño y esta limitación solo regirá si el fiduciario no pudo razonablemente asegurar la cosa viciosa o riesgosa” (Maury, 2004, p. 63 y 64).

La Dra. Puerta de Chacón entiende que en una cuestión tan delicada, “ la Ley involuciona contrariando las reglas que gobiernan el derecho de daños”, y concluye su apreciación personal con un voto de esperanza para que los encargados de solucionar los conflictos particulares compensen la involución legislativa con su prudencia de magistrados, y dice al respecto “es de esperar que la jurisprudencia encuentre elementos válidos para considerar que la cosa siempre pudo haberse asegurado”, y es que, si la cosa pudo haberse asegurado, podemos reprochar al fiduciario encargado de la cuestión el no haberlo hecho, lo que haría inaplicable la limitación.(Maury, 20004, p. 64)

Lisoprawsky entiende que la limitación solo regirá en el supuesto de no mediar culpa del fiduciario, pues si hubiera la responsabilidad será ilimitada, coincidiendo con la Dra. Porta de Chacón.

Sin dudas es una limitación a la responsabilidad objetiva lo que puede provocar situaciones injustas en casos particulares que los jueces deberán tratar de remediar a través de las amplias facultades de discrecionalidad que el ordenamiento jurídico les otorga.

5.3 ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LA REPARACIÓN PLENA E INTEGRAL.

Con el art. 14 de la ley 24.441, se marca una línea de pensamiento propiciada por el legislador tendiente a proteger no solo al fiduciario sino también a la empresa que se realiza por medio de este patrimonio de afectación, limitando la responsabilidad por el daño ocasionado por el riesgo vicio de las cosas.

Cabe destacar la separación que existe entre el patrimonio del fideicomiso y del fiduciario, con esta norma se busca que los daños ocasionados por los bienes del patrimonio fideicomitado no repercutan sobre el patrimonio personal del fiduciario. No satisfecho con ello la norma se extiende más allá y establece que no solamente se va a responder con el patrimonio fideicomitado sino que en este caso de responsabilidad objetiva solo se va a responder con el valor de la cosa que ocasiona el daño, por Ej. en el caso de que el patrimonio del fideicomiso este integrado por un cartel luminoso, el cual se desprende, cayendo sobre una persona provocándolo la muerte, si aplicáramos literalmente el artículo solo se respondería por el valor del cartel. Situación injusta para la víctima.

Para estos casos la Corte suprema de Justicia, se ha pronunciado a través de distintos fallos, tratando de remediar tales injusticias. A continuación se hará un análisis de los fallos más importantes referidos al tema.

5.3.1. Fallo Santa Coloma, Luis F. y otros v. Ferrocarriles Argentinos.

Es un fallo que emana de la corte Suprema de Justicia de la Nación con fecha 05/08/1986 cuyos hechos fueron:

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (sala 2ª), dictó sentencia por la cual modificó el monto de la condena impuesta a la demandada en concepto de indemnización de los daños y perjuicios causados a los actores a raíz del hecho que dio origen a la demanda. Se trata de un choque de dos trenes, en uno de los cuales viajaban cuatro hijos del matrimonio Santa Coloma: tres niñas, que fallecieron como consecuencia del impacto, y un niño, que resultó herido. Los padres promovieron esta acción resarcitoria por sí y en representación del hijo menor. La sentencia de 1ª instancia estableció la responsabilidad de la empresa demandada, Ferrocarriles Argentinos, cuestión que no había sido controvertida por esta última, y la condenó a pagar una suma comprensiva de varios rubros: a) pérdida material de las tres hijas y el

daño físico causado al niño; b) daño moral padecido por los padres y por el hijo sobreviviente; y c) diversos gastos derivados del mismo hecho. La alzada, por su parte, desestimó en su integridad el reclamo inherente al primero de esos rubros y disminuyó sensiblemente el importe fijado para el daño moral.

Presentados los hechos el Tribunal dispuso en algunos de sus considerandos:

⁴“Que al fijar una suma cuyo alegado carácter sancionatorio es -por su menguado monto- meramente nominal y renunciar expresamente y en forma apriorística a mitigar de alguna manera -por imperfecta que sea- el dolor que dice comprender, la sentencia apelada lesiona el principio del alterum non laedere que tiene raíz constitucional (art. 19 de la Ley Fundamental) y ofende el sentido de justicia de la sociedad, cuya vigencia debe ser afianzada por el tribunal, dentro del marco de sus atribuciones y en consonancia con lo consagrado en el preámbulo de la Carta Magna.”

“Que, asimismo, no figura entre las potestades de un estado constitucional imponer a los habitantes cargas que superen a las requeridas por la solidaridad social. Es obvio que, desde una especial -y respetable- concepción de la ética, puede mirarse a la reparación del daño moral como un apartamiento de las rigurosas exigencias que tal ética formula a quienes deseen seguirla. Pero no cabe que los jueces se guíen, al determinar el derecho, por patrones de moralidad que excedan los habitualmente admitidos por el sentimiento medio, pues, como lo señala Cardozo, "los jueces deben dar vigor con sus sentencias a la moralidad corriente de hombres y mujeres de conciencia recta" ("The nature of the judicial process", U. S. 1937, Yale University Press, p. 106). En efecto la decisión judicial no ha de reemplazar las opciones éticas personales cuya autonomía también reconoce la CN. Art 19.

En este fallo la Corte se basó en el art. 19 de la Constitución Nacional que establece: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe”. De esta manera sienta las bases constitucionales donde reposa el principio del alterum non laedere y el de la

⁴ CS, 5/8/66, Santa Coloma, Luis F. y otros v. Ferrocarriles Argentinos, Fallos 308: 1160 y JA, 1986-IV-625.

reparación plena e integral que si bien están incluidos en el Código Civil, como vemos, tiene raigambre constitucional.

Vemos también que el fallo hace alusión a que el estado no puede imponer cargas que superen a las requeridas por la solidaridad social, en este sentido lo que puedo agregar es que por una cuestión de equidad y de igualdad, una persona no puede realizar un sacrificio superior al que se requiere al común de la sociedad, como sería este el caso, sin que perciba una indemnización por ese desequilibrio de sacrificios operado.

5.3.2 Fallo Gorosito, Juan R v. Riva S.A. de fecha 01/02/2002.

En este caso la Corte se pronuncia a favor de la constitucionalidad del art.39 de la Ley de Riesgo de Trabajo. Hay que tener en cuenta que si bien estos principios a los que se le otorga jerarquía constitucional son aplicables en general, puede resultar que en el caso en concreto según criterio judicial resulten debidamente respetados por la norma que se intenta atacar de inconstitucional.

5.3.3 Fallo Aquino, Isacio v. Cargo Servicios Industriales S. A de fecha 21/09/2004.

En este caso la Corte decide por la inconstitucionalidad del art. 39 inciso 1 de la ley 24.557 de riesgo de trabajo, volviendo al criterio tenido en el fallo Santa Coloma.

En este caso el recurso de inconstitucionalidad se planteó contra la sentencia de la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que confirman la sentencia en primera instancia que declaró la inconstitucionalidad de la mencionada norma. En su oportunidad estableció: “⁵ el régimen indemnizatorio de la LRT, aplicable en el caso era marcadamente insuficiente y no conducía la reparación plena e integral que debía garantizarse al trabajador con arreglo al art. 14 Bis de la Constitución Nacional y a otras normas de jerarquía constitucional enunciadas en diversos instrumentos internacionales.

La corte entre sus fundamentaciones determino: “Que el art. 19 de la Constitución Nacional establece el “principio general” que “prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero”: alterum non laedere, que se encuentra “entrañablemente vinculado a la idea de reparación”. A ello se yuxtapone, que “la

⁵ CS, 21/9/2004, Aquino, Isacio c. cargo servicios industriales S.A. a. 2652. XXXVIII.

responsabilidad que fijan los artículos 1109 y 1113 del CC, solo consagra el (citado) principio general”, de manera que la reglamentación que hace dicho código en cuanto “a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica”. (“Gunter c/ Estado nacional”, fallos: 308: 1118, 1144, considerando 14; así mismo: fallos: 308: 1109).

En este sentido la jurisprudencia del tribunal cuenta con numerosos antecedentes que han profundizado la razón de ser de los alcances reparadores integrales que establecen las mencionadas normas del CC las cuales, como ha sido visto, expresan el también citado “principio general” enunciado en la Constitución.

El fallo hace alusión en el considerando N° 4, a una sentencia de la Corte de la Provincia de Santa Fe que determino “Que resultaba inconstitucional una indemnización que no fuera “justa”, puesto que “indemnizar es [...] eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento”, lo cual no se logra “si el daño o el perjuicio subsisten en cualquier medida”. La Corte establece que esta doctrina fue enunciada y aplicada en el campo de la indemnización derivada de una expropiación y con base en el art. 17 de la Constitución Nacional. El Juez Risolía indicó “la regla de Provincia de Santa Fe, es aplicable a los litigios por daños y perjuicios (en el caso, derivado de un accidente de tránsito), lo que impone que la indemnización deba ser integral-que vale tanto como decir justa-, porque no sería acabada indemnización si el daño y el perjuicio quedaran subsistentes en todo o en parte” (fallos: 283: 213, 223, considerando 4° y su cita- la itálica es del original-). La Jueza Arguas, en la misma oportunidad estableció “en forma unánime la doctrina nacional y extranjera y la jurisprudencia de casi todos los tribunales del país, sostienen que la indemnización debe ser integral o justa [...] ya que si no lo fuera y quedara subsistente el daño en todo o en parte, no existiría tal indemnización (pág. 225, considerando 8°). Así mismo esta Corte reconoció la aplicación del art. 21 inc. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa”, a reclamo fundado en violaciones al derecho a la vida, dando así a dichos bienes un alcance que trasciende la esfera de lo patrimonial (0.158. XXXVII “Oharriz, Martín Javier c/M° J y DDHH – ley 24.441 (resol. 111/90”, Sentencia del 26 de agosto de 2003).

En el siguiente párrafo la Corte hace consideraciones que pueden ser aplicadas al art. 14 de la ley de fideicomiso.

Establece respecto de la ley de Riesgo de trabajo art.39:”lo primero que debe afirmarse es que resulta fuera de toda duda que el propósito del legislador, mediante el art. 39 inc.1, no fue otro que consagrar un marco reparatorio de alcances menores que los del Código Civil. Varias razones justifican este aserto. Por un lado de admitirse una posición contraria, debería interpretarse que la eximición de la responsabilidad civil impugnada carece de todo sentido y efecto útil, lo cual, legalmente es conclusión reñida con elementales pautas de hermenéutica jurídica. Por el otro, es manifiesto que contrariamente con lo que ocurre con el civil, el sistema de la LRT se aparta de la concepción reparadora integral, pues no admite indemnización por ningún otro daño que no sea la pérdida de la capacidad de ganancias del trabajador, la cual resulta a su vez conmensurable de manera restringida”. “LRT, al excluir, sin reemplazarla con análogos alcances, la tutela de los artículos 1109 y 1113 del CC, no se adecua a los lineamientos constitucionales antes expuestos”.

En el caso de la Ley de fideicomiso, también el legislador intentó consagrar un nuevo régimen de reparación de daño que emerge de la responsabilidad objetiva, apartándose del ya establecido por el art. 1113 del CC, con el único propósito de la defensa de intereses patrimoniales representados en el fiduciario, dejando de lado el principio de la reparación plena e integral consagrado constitucionalmente.

La Corte establece distintos parámetros y dice: “es justo y razonable que la legislación contemple el abanico de intereses y expectativas que pone en juego la relación laboral con motivo de un accidente o enfermedad. En términos que atiendan equilibradamente, a todos los actores comprometidos en ese trance” [...] “esto es así bajo la inexcusable condición de que los medios elegidos para el logro de dichos fines y equilibrios, resulten compatibles con los principios, valores y derechos humanos que la Constitución Nacional enuncia y manda a respetar, proteger y realizar e todas las instituciones estatales”.

“Esta Corte ha establecido que las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultan irrazonables, o sea cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procura o cuando consagre una manifiesta inequidad”.

Determinando de esta manera la inconstitucionalidad del art. 39 Inc. 1 de la LRT.

En este capítulo se ha intentado dar fundamento a la posibilidad de la declaración de inconstitucionalidad del art. 14 de la ley 24.441, a través del citado de los fallos más importantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, donde por medio de fundamentaciones basadas el art.19 de la Constitución Nacional., como derecho autónomo dentro del art. 33 Constitución Nacional o bien como un derecho que se desprende del derecho de propiedad se consagran como principios con jerarquía constitucional el de la reparación plena, integral y equitativa como también el del alterum non laedere.

Considero que tales fundamentaciones servirían para determinar la inconstitucionalidad de la mencionada norma, para aquellos casos en que la limitación de la responsabilidad objetiva implique una injusticia manifiesta, beneficiando a un patrimonio separado en desmedro de la persona que sufre el daño, cuestión que por demás está decirlo va contra los principios fundamentales consagrados por nuestra Carta Magna.



UNIVERSIDAD
EMPRESARIAL
SIGLO 21

CONCLUSIONES GENERALES

En este trabajo de investigación se ha realizado un análisis profundo de aspectos importantes del contrato de fideicomiso en especial su régimen de responsabilidad por demás controvertido. Se han expuesto opiniones de destacados juristas al respecto para dar una visión integral del tema, extraído sus principales conclusiones y con ellas se han elaborado las propias

En el primer capítulo se desarrollan conceptos generales del contrato de fideicomiso con la finalidad de otorgar conocimientos básicos para poder adentrarnos en el tema. Así se comienza con distintas definiciones dadas por algunos autores tales como el Dr. Lorenzetti que da un concepto desde el punto de vista de la relación fiduciaria, enumerando todos los elementos de la misma diciendo “atribución fiduciaria de la propiedad tiene su fuente en un contrato o en un testamento, del que surge la obligación del fiduciante de transmitir al fiduciario un bien afectado a una finalidad, cumplida la cual el bien es nuevamente transmitido al fiduciante, o a un tercero denominado fideicomisario. El fiduciario se obliga a cumplir el encargo y otorgar los beneficios que genere el bien fideicomitado al beneficiario designado. La causa de este negocio puede ser muy variada: inversión, garantía, gestión, sucesión” (Lorenzetti, 1999, p. 294). Luego continuamos con la definición legal establecida en el art1 de la ley 24.441 que establece “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”. Se puede decir entonces que es una figura que surge de un contrato que a su vez, sirve de título de adquisición de la propiedad fiduciaria de los bienes transmitidos por el fiduciante al fiduciario, debiendo este último administrarlos hasta el cumplimiento del plazo o condición que figura en el contrato. Estos bienes conforman un patrimonio separado del patrimonio de ambos sujetos del contrato, llamado patrimonio de bienes fideicomitados, que presenta la particularidad de que solo responde por las deudas contraídas por el fideicomiso y no puede ser atacado por los acreedores personales del fiduciante y del fiduciario. El patrimonio fideicomitado se transfiere nuevamente al cumplimiento del plazo o condición al beneficiario o a la persona designada en el contrato. El plazo máximo del contrato es de 30 años pudiéndose renovar, en caso de tratarse de un incapaz, el plazo se podrá extender hasta su muerte o cese de la incapacidad.

Estos son las principales características del contrato, que sirven para dar una visión general del tema.

Como este trabajo plantea el problema de la responsabilidad fue necesario exponer los lineamientos generales de la misma.

Así Jorge Mosset Iturraspe conceptualiza a la responsabilidad civil diciendo” la responsabilidad importa un deber que, como respuesta adecuada, soporta quien ha causado un daño, perjuicio o detrimento. El responsable tiene que indemnizar a la víctima. La responsabilidad enfrenta a una pareja con intereses opuestos: víctima y victimario; dañado y dañador; a quien padece el perjuicio y a quien es agente del mismo.”(Iturraspe, 1997, p. 21)

Otro tema que resultó importante exponer fue el de los principios fundamentales de la responsabilidad civil, ya que nos sirven de base para la parte final del trabajo que es la responsabilidad objetiva y su dudosa constitucionalidad, los más destacados son: *naeminen laedere* (no dañar a nadie), necesidad de factor de atribución, principio de reserva, principio de prevención y el principio de la reparación plena e integral. También se tratan los distintos presupuestos de la responsabilidad civil, sin los cuales no hay responsabilidad.

Posteriormente se aplican estos conceptos al contrato del fideicomiso estableciéndose el régimen de responsabilidad en los artículos 14, 15 y 16. Se sabe que el aspecto más importante de la figura es la separación del patrimonio fideicomitado consagrándose un régimen autónomo de gestión para el mismo. De la interpretación de la ley surge que el patrimonio separado es garantía común de los acreedores del fideicomiso pero a su vez éstos no podrán cobrar sus deudas de los patrimonios personales de fiduciante y fiduciario.

En este trabajo la responsabilidad está tratada teniendo en cuenta a los terceros que resultan víctimas del daño y no respecto de las partes contratantes.

Es relevante hacer mención al tema de la responsabilidad del fiduciario, ya que tiene la propiedad fiduciaria de los bienes y le asisten las más amplias facultades de administración y disposición en miras de la obtención de la finalidad de fideicomiso. Siguiendo al Dr. Eduardo Cima quien establece que “la ley postula dos pautas a las que el fiduciario debe ceñir su conducta y son desempeñarse con la prudencia y diligencia

de un buen hombre de negocios y actuar teniendo en cuenta los fines del fideicomiso. A dichas pautas deben sumarse las pautas generales que establece nuestro ordenamiento jurídico en cuanto al cumplimiento de los contratos (tales como la buena fe, la confianza y la teoría de la apariencia) que son de plena aplicación en el fideicomiso debiendo siempre analizarse la actuación de fiduciario a la luz de las mismas”.(Cima, 2013, p. 190).

Se hace necesario hacer la distinción entre responsabilidad objetiva y subjetiva, a la que corresponden factores de atribución subjetivos y objetivos; los primeros toman en cuenta la reprochabilidad de la conducta del sujeto ofensor o dañador sea porque obró descuidadamente (culpa) o porque lo hizo con intención de dañar (dolo). Los objetivos son los que tienen en consideración alguna razón por la cual es justo provocar el desplazamiento se tienen en cuenta valoraciones sociales, económicas etc. algunos son el riesgo, la equidad, la garantía etc.

Unos de los grandes problemas que se plantean es respecto de la responsabilidad que le corresponde al fiduciario cuando el patrimonio fideicomitado resulta insuficiente para el pago de las deudas contraídas por éste. Recordamos que estamos hablando de un patrimonio separado, afectado a los fines del fideicomiso que responde por las deudas contraídas por el fiduciario en ejercicio de sus funciones. Además es de hacer notar que los fideicomisos no concursan sino que se liquidan y con el producido se satisfacen a los acreedores. En este caso hay quienes consideran aplicable la normativa del concurso y otros entre quienes me incluyo que acudimos a los principios generales de la responsabilidad civil por daños para establecer la extensión de la responsabilidad del fiduciario.

El fiduciario se compromete por su actuar, como, por sus omisiones que ocasionen el estado de insolvencia patrimonial o lo hayan agravado es por ello que los acreedores pueden accionar contra el patrimonio personal de éste ya que con esta conducta, el fiduciario frustra o disminuye el derecho subjetivo del acreedor al cobro de sus acreencias.

La responsabilidad de éste puede surgir cuando en el ejercicio de sus facultades no obró con el cuidado y diligencia que le imponía la ley o el contrato. El parámetro del buen hombre de negocios es el utilizado por la ley del fideicomiso para la apreciación de la culpa, además se le aplican normas del Código Civil que llevan a concluir que

responde por cualquier especie de culpa: grave o leve, lo que sucede es que se juzga con mayor severidad ya que el fiduciario tiene un deber de lealtad para con el fiduciante quien ha depositado su confianza en él.

De más está decir que el fiduciario se exime de responsabilidad probando que su actuar fue diligente y que observó la conducta de un buen hombre de negocios respetando la confianza depositada en él por el fiduciante, para llevar adelante la administración de los bienes.

Cabe concluir entonces, que teniendo en vista la división patrimonial que existe en cabeza del fiduciario, por un lado el patrimonio propio, sobre el que le asiste derecho de propiedad plena y por el otro, el patrimonio fideicomitido sobre el que tiene solo la propiedad fiduciaria, es posible afirmar que este último sirve de garantía para el pago de deudas patrimoniales(incumplimientos obligacionales), en tanto que en los casos en que el fiduciario con su obrar provoca o agrava la situación de insolvencia patrimonial deberá responder por los daños y perjuicios que ocasione con su actuar no diligente, fuera del parámetro establecido por la ley, o doloso, no quedan dudas que responderá con el patrimonio personal.

La responsabilidad personal de fiduciario solo procede en los casos en que a raíz de la conducta dolosa o culposa, fuera de los parámetros normales de un buen hombre de negocios provoca o agrava la insolvencia del patrimonio fideicomitido, todo esto debe estar debidamente acreditado para que proceda la acción de los acreedores.

Al respecto el Dr. Parellada concluye diciendo “La responsabilidad del fiduciario por la insuficiencia de los bienes del patrimonio fideicomitido es una responsabilidad personal que autoriza a agredir el patrimonio general del fiduciario. A la obligación indemnizatoria fundada en el incumplimiento de los deberes impuestos o las obligaciones asumidas por el fiduciario en relación al desempeño de su cargo no se aplican las normas que limitan la responsabilidad patrimonial a los bienes fideicomitados (art. 16, Ley 24.441), en consecuencia, responde con su patrimonio general. En tal sentido es necesario distinguir la responsabilidad patrimonial regida por el art. 16 de la responsabilidad por daños ocasionado por el fiduciario que provocan o agravan a insuficiencia del patrimonio fideicomitido, la primera se dilucida sobre tal patrimonio, pero la segunda recae sobre el patrimonio general o propio del fiduciario. En el caso de los acreedores solo tienen acceso a la agresión del patrimonio general del

fiduciario cuando concurre el factor de atribución subjetivo y se da la relación causal entre la frustración de la expectativa de cobro y la conducta del fiduciario provocadora de la insuficiencia. Se trata de la solución más conciliadora del sistema ya que si bien tiende a mantener la incolumidad de los bienes fideicomitidos hace soportar la insolvencia a quienes se benefician con la utilización del instituto” (Maury, 2004, p.113). Opinión que por demás está decir comparto.

En cuanto a la responsabilidad objetiva, la misma se encuentra regulada en el art.14 que establece “Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante. La responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del art 1113 del CC, se limita al valor de la cosa fideicomitada cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado”. Como se puede observar del análisis del artículo surge la imposición de un límite a la responsabilidad objetiva establecida en la segunda parte del mismo. Muchos autores opinan que esto implica un retroceso en materia legislativa ya que contraría toda una doctrina y jurisprudencia que establece que tanto el principio de la reparación plena e integral como el de “no dañar” tienen jerarquía constitucional.

La Constitución Nacional es la ley Suprema del Estado y en ella se encuentran plasmados los principios fundamentales sobre los que se basa el ordenamiento jurídico de nuestro país y por supuesto esto incluye al derecho privado donde se encuentra el derecho de daños. En el caso de los principios del alterum non laedere y el de la reparación plena e integral surgen claramente del art.19 que establece: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe”, del art. 33 que dice” las declaraciones, derechos y garantías que enumera esta Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno” y de otros artículos. Lo que ha sido de utilidad a la Corte Suprema de Justicia de la Nación para fundamentar posturas en los distintos fallos

En este sentido la Corte ha establecido que una indemnización tarifada que no satisfaga el daño injustamente sufrido significa una alteración al principio del alterum non laedere y ofende el sentido de justicia de la sociedad cuya vigencia debe ser

afianzada por el tribunal. También afirma que no figura entre las potestades de un estado constitucional imponer a los habitantes cargas que superen a las requeridas por la solidaridad social y que los jueces no deben guiarse al determinar el derecho, por patrones de moralidad que excedan los habitualmente admitidos por el sentimiento medio, dicho de otra manera, una persona no puede realizar un sacrificio superior al que se requiere al común de la sociedad, sin que perciba una indemnización por ese desequilibrio de sacrificios operado.

A este respecto la Corte dice “Que el art. 19 de la Constitución Nacional establece el “principio general” que “prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero”: alterum non laedere, que se encuentra “entrañablemente vinculado a la idea de reparación”. A ello se yuxtapone, que “la responsabilidad que fijan los artículos 1109 y 1113 del CC, solo consagra el (citado) principio general”, de manera que la reglamentación que hace dicho código en cuanto “a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica”. (“Gunter c/ Estado nacional”, fallos: 308: 1118, 1144, considerando 14; así mismo: fallos: 308: 1109).

Parece razonable que la ley contemple los intereses de las distintas partes de una relación jurídica, en términos equilibrados y bajo la condición de que los medios elegidos para el logro de ese equilibrio resulten compatibles con los principios, derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional. Las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultan irrazonables, o sea cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procura o cuando consagre una manifiesta inequidad

Con respecto al art. 28 de la carta magna que establece “los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio” en mi modesta opinión considero que esta es una de las normas claves en materia de la responsabilidad tarifada, como es el caso de la ley 24.441; ya que cierra un círculo en el sentido de que si bien tenemos fundamentos constitucionales para los principios del no dañar y el de la reparación plena e integral también tenemos esta norma que nos establece una especie de guía en el sentido en que

no prohíbe la creación de sistemas de reparación independientes sino que plantea que éstos de ninguna manera pueden alterar los ya reconocidos constitucionalmente.

Lo analizado en materia de responsabilidad objetiva tiene mucha relevancia en materia de daños, ya que la limitación indemnizatoria propiciada por la norma puede o no ser constitucional, dependiendo del caso en concreto. Hay que dejar en claro que el Poder Legislativo puede crear sistemas de reparación independientes del establecido por el Código Civil, siempre que se adecuen al art. 28 de la Constitución Nacional. Estas limitaciones no deben significar un menoscabo al derecho de la reparación integral, que se verá evidenciado por la comparación entre este régimen diferencia y el que le correspondería en caso de aplicarse las normas del derecho común, consagrándose así su inconstitucionalidad.

Para finalizar y habiendo expuesto los distintos criterios doctrinarios y jurisprudenciales en el presente trabajo se considera que los objetivos perseguidos por la investigación fueron en su mayoría alcanzados, abriendo espacios para la discusión y posterior análisis.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- CIMA, Eduardo. *Responsabilidad Civil del fiduciario frente a los demás intervinientes en el contrato de fideicomiso* – Córdoba – Lerner – Ed. 2013
- ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad Civil*, 1ºed, 2º reimp., Hamurabi, Buenos Aires. 1997.
- LISOPRAWSKI, Silvio V y KIPER, Claudio M.: *Fideicomiso. Dominio fiduciario. Securitización*. Depalma, Buenos Aires, 1995.
- LORENZETTI, Ricardo. *Tratado de los Contratos*. Primera – Buenos Aires- Rubinzal- Culzoni Ed-1999.
- MAURY, Alicia Beatriz, *Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso T2*, 1ºed., Ad-Hoc, Buenos Aires 2004.
- MAURY, Alicia Beatriz, *Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso T1*, 2ºed., 2ºreimp., Ad-Hoc, Buenos Aires 2005.
-
- PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *Instituciones de Derecho Privado, Obligaciones 2*, Hamurabi, Buenos Aires, 1999.
- YUNI JOSÉ Y URBANO CLAUDIO, *Técnicas para investigar y formular proyectos de investigación*, 2ª ed., Brujas, Córdoba, 2006.

LEGISLACIÓN

- Constitución Nacional
- Código Civil Argentino
- Ley Nacional de Fideicomiso N° 24.441
- Ley Nacional de Concursos y Quiebras N° 24.522

JURISPRUDENCIA

- CS, 21/09/2004, Aquino, Isanio c. Cargo Servicios Industriales S.A. Suplemento especial del diario La Ley del 29/09/2004.

- CS, 5/8/66 Santa Coloma, Luis F. y otros v. Ferrocarriles Argentinos, Fallos, 308:1160 y JA, 1986-IV-625.

- CS, 5/8/86, Gunther, Fernando v. Gobierno Nacional, Fallos 308:1118 y JA 1987-IV-653.

- CS, 1/2/02 Gorosito, Juan R v. Riva S.A. y Otro s/accidentes art.1113C.Civil s/daños y perjuicios s/inconstitucionalidad del art.39, ley 24.557, JA 2002-L-64.