

¿CÓMO DEFENDERSE DE UN FIDEICOMISO ABUSIVO?

Arquilegal > C > ¿CÓMO DEFENDERSE DE UN FIDEICOMISO ABUSIVO?

*El problema de la mala fe, es que también es fe. **Jean Paul Sartre.***

*Ya no sé si eres ángel o demonio. **Charles Aznavour.***

Para bien o para mal, la palabra “fideicomiso” se ha incorporado definitivamente al lenguaje popular. “Compré” un fideicomiso; “vendí” un fideicomiso; “entré” en un fideicomiso; “hagamos” un fideicomiso; mi propiedad fue dañada por un “fideicomiso lindero”, son términos con los que convivimos a diario y que además inundan la publicidad gráfica de diarios, carteles de obra y revistas inmobiliarias.

El concepto, que proviene del latín “fideicommissum” (de fides, fe y commisus, confiado), tiene antecedentes en el Derecho romano, germano e inglés y en nuestro medio en la Ley 24.441 que fue derogada (Art. 1 a 26), por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación con vigencia a partir del 1° de Agosto de 2015 que legisla sobre este contrato en los Art. 1666 siguientes y concordantes.

Frente al inmenso poder que tiene el organizador de este contrato, su posición dominante y los frecuentes abusos, incumplimientos y simulaciones que se presentan en muchos casos, conviene repasar las armas de las que disponen los adherentes y beneficiarios para poder defender sus derechos y evitar el despojo de su patrimonio, el pago de lo que no es debido o la entrega defectuosa o tardía que se había prometido.

Las siguientes son pautas y soluciones que el derecho pone a su disposición para que, si es necesario, pueda defenderse:

1. **ABUSO DE DERECHO Y DE POSICIÓN DOMINANTE:** La Ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos ni el abuso de posición dominante. Se consideran tales los que contrarían los fines del ordenamiento jurídico o los que exceden los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres (Arts. 10/11 CCyCom).
2. **CONTRATOS DE CONSUMO – LEYES APLICABLES:** Las nuevas leyes no son aplicables a los contratos en curso de ejecución pero, el contrato de fideicomiso inmobiliario es generalmente un contrato de consumo de acuerdo a la definición contenida en el Art. 1092 del CCyCom, por lo que en este caso se aplican las nuevas normas más favorables como lo dispone el Art. 7 del mencionado cuerpo legal.
3. **CONTRATOS DE ADHESIÓN:** Un contrato de fideicomiso es por definición un contrato de adhesión, es decir aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predisuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero,

sin que el adherente haya participado en su redacción (Art. 984). Se tienen por no convenidas aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato (Art. 985). Además, las cláusulas ambiguas predispuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente (Art. 987).

4. **CLAUSULAS ABUSIVAS:** Se tiene por no escritas, es decir, por *inexistentes*: a) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; b) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan normas supletorias; c) las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles. (Art. 988). Incluso la aprobación administrativa de las cláusulas generales, no obsta a su control judicial (Arts. 989 y 1122 CCyCom).
5. **¿A QUIEN RECLAMAR? – INOPONIBILIDAD DE LA PERSONA JURIDICA:** La actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la Ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados (Art. 144, 1º párrafo CCyCom).
6. **FRAUDE CIVIL Y COMERCIAL:** El acreedor defraudado (es decir, el beneficiario o adherente) puede solicitar la declaración de inoponibilidad de los actos celebrados por su deudor (o sea, el fiduciario del fideicomiso) en fraude de sus derechos y de las renunciaciones al ejercicio de derechos o facultades con los que hubiese podido mejorar o evitado empeorar su estado de fortuna (Art. 338 CCyCom).
7. **FRAUDE PENAL:** Si la conducta defraudatoria supera el fraude civil y comercial y se acomoda al tipo penal de la defraudación fiduciaria se podrá aplicar el Art. 173, inc. 12 del Código Penal que reprime con prisión de un mes a 6 años al titular fiduciario que, en beneficio propio o de un tercero, dispusiere, gravare o perjudicare los bienes y, de esta forma defraudare los derechos de los co-contratantes (texto incorporado por el Art. 82 de la Ley 24.441. B.O. del 16/01/95).
8. **SIMULACIÓN ILÍCITA:** La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten (Art. 333 CCyCom). La simulación ilícita o que perjudica a un tercero provoca la nulidad del acto ostensible (Art. 334 CCyCom).
9. **LESIÓN:** Puede demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, debilidad síquica o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, excepto prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones. Los cálculos deben hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción debe subsistir en el momento de la demanda. El afectado tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se debe transformar en acción de

reajuste si éste es ofrecido por el demandado al contestar demanda. Solo el lesionado o sus herederos pueden ejercer la acción (Art. 332 CCyCom).

10. **RENDICION DE CUENTAS:** Según lo establecen los Arts. 1674, 1675 y 1676, el fiduciario debe cumplir las obligaciones impuestas por la ley y por el contrato con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él. Asimismo, la rendición de cuentas puede ser solicitada por el beneficiario, por el fiduciante o por el fideicomisario, en su caso, conforme a la ley y a las previsiones contractuales; deben ser rendidas con una periodicidad no mayor a un año (Art. 1675 CCyCom). Por último, el contrato no puede dispensar al fiduciario de la obligación de rendir cuentas, ni de la culpa o dolo en que puedan incurrir él o sus dependientes, ni de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos (Art. 1676 CCyCom).

La forma de rendir cuentas está regulada por el Art. 859 del Código Civil y Comercial que dispone lo siguiente:

1. Ser hecha de modo descriptivo y documentado;
2. Incluir las referencias y explicaciones razonablemente necesarias para su comprensión;
3. Acompañar los comprobantes de los ingresos y de los egresos, excepto que sea de uso no extenderlos;
4. Concordar con los libros que lleve quien las rinda.

CONCLUSIONES:

Como lo señalan con privilegiada autoridad los Dres. Kiper y Lisoprawsky (que han tenido la generosidad de obsequiarme, con cariñosa dedicatoria, un ejemplar de su tratado de fideicomiso) *“de ninguna manera el fideicomiso es una figura proclive al fraude, ni tampoco puede utilizarse fácilmente para el engaño. El instituto en sí no es más ni menos “peligroso” que otros previstos en nuestro ordenamiento. El peligro no reside en la figura sino – en todo caso – en la conducta de quien la emplea.”*

Comparto esta opinión doctrinaria, pero en el fondo, ello no quita que tenga en materia de fideicomisos la misma duda que Charles Aznavour en la canción “Con”, es decir... ya no sé si eres ángel o demonio.

Por el Dr. Daniel Enrique Butlow

Abogado y Profesor titular honorario de arquitectura e ingeniería legal.