

**EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL CONTRATO DE
FIDEICOMISO A LA LUZ DE LA SANCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL
DE LA NACIÓN**

Por Marcela Ota¹

Fecha de recepción: 2 de mayo de 2019

Fecha de aprobación: 27 de junio de 2019

Resumen

El presente trabajo analiza cómo juega el principio de autonomía de la voluntad en el contrato de fideicomiso a los efectos de establecer la fuerza vinculante de las cláusulas establecidas contractualmente en protección de la parte débil de la relación contractual.

Abstract

The present work analyses how free will exercise principle roll plays within the trust contract in order to establish the contractually agreed clauses binding force for protection of contractual agreement weakest position.

¹ Abogada de la Universidad de Belgrano. Magíster en Derecho Laboral y Relaciones Internacionales por la Universidad Nacional de Tres de Febrero. Especialista en Petróleo y gas por la Universidad de Buenos Aires. Docente en la Universidad de Belgrano en la Cátedra de Derecho laboral, Jefe de Trabajos Prácticos. Trabaja en su propio estudio jurídico desde el año 2007, además de ser abogada externa de dos estudios jurídicos, principalmente llevando la cartera de derecho laboral y asesoramiento de empresas.

Resumo

O presente trabalho analisa como se dá o princípio da autonomia do testamento no contrato fiduciário para estabelecer a força vinculante das cláusulas contratualmente estabelecidas na proteção da parte fraca da relação contratual.

Palabras claves

Principio de Autonomía de la Voluntad, Confianza, Contrato de Fideicomiso.

Keywords

Principle of Free Will, Confidence, Trust Contract.

Palavras chaves

Princípio da Autonomia da Vontade, Confiança, Acordo de Confiança.

1. Introducción

Podemos asegurar que el cumplimiento de las cláusulas pactadas en el marco de un negocio jurídico ha adquirido mayor relevancia en los últimos tiempos.

Podemos atribuir esa relevancia a los cambios que se han producido en el mundo de los negocios que han impactado de manera notoria dentro del marco de los contratos, modificando los cimientos sobre las que se asentó el principio de la autonomía de la voluntad en la búsqueda de una protección de la parte débil de la

relación contractual, lo que requirió una revisión de las bases que lo sustentaron en el Código Civil de Vélez, y que se ven plasmadas con la reciente sanción del Código Civil y Comercial -ley 26.994-, en adelante CCC.

La noción de contrato como instrumento de intercambio de bienes y servicios que resulta en un vínculo relacional con proyecciones jurídicas viene sufriendo modificaciones de aquel diseño clásico sobre el que legislaron los autores racionalistas del siglo XVIII y XIX, debido a la multifacética realidad comercial que vivimos como consecuencia del proceso de globalización, que generó importantes variaciones entorno a sus requerimientos operativos.

La globalización, ese término complejo con connotaciones positivas para unos y negativas para otros, se enmarca en un proceso económico, tecnológico, social y cultural a gran escala que consiste en una creciente comunicación e interdependencia entre los distintos países del mundo, unificando sus mercados, sociedades y cultura, y que da como resultado transformaciones sociales, económicas y políticas de carácter global, que se ven reflejadas en el mundo de los negocios.

Producto de este proceso de globalización en el que estamos inmersos que produjo una modificación sustancial de las bases sobre las que asentaba el principio de autonomía de la voluntad, encontramos necesario analizar los cambios, de manera de establecer cuál es el lugar que hoy se reserva a la autonomía privada en el marco de los negocios jurídicos, y más específicamente, al contrato que es su exponente más notorio.

En este contexto, y al abrigo de la sanción del reciente CCC, que regula el principio de autonomía de la voluntad en el art. 958 e incorpora al contrato de fideicomiso derogando la ley 24.241 que le sirviera de sustento, intentaremos determinar ¿qué rol juega la intensidad como ha sido ejercida la autonomía de la voluntad con relación a la fuerza vinculante de las cláusulas insertas en el contrato de fideicomiso?

En virtud de lo expresado, la hipótesis que intentaremos demostrar la podemos

expresar en los siguientes términos: la intensidad con que ha sido ejercida la autonomía de la voluntad juega un rol fundamental a los efectos de determinar la fuerza vinculante de las cláusulas insertas en el contrato de fideicomiso.

2. La autonomía de la voluntad en la teoría liberal- cuestionamientos

La teoría general del contrato establecida en el Código Civil de Vélez, que tomara como base la codificación francesa, se enroló en el diseño clásico sostenido por los autores racionalistas del siglo XVIII y XIX que establecieron sus bases con el modelo de la teoría liberal que iba en línea con el credo del *laissez faire*. Se sustentaba en un vínculo obligacional paritario con prestaciones equilibradas, fruto del ejercicio de la autonomía de la voluntad ejercida en libertad y sin vicios en el consentimiento.

La amplitud otorgada al principio de autonomía de la libertad, matriz del derecho privado liberal clásico, y que encuentra en la frase de Gunot (1912) "...quien dice contractual dice justo" la fuerza vinculante de lo acordado en la relación contractual, hizo cuestionarse a algunos civilistas de comienzos del siglo XX la amplitud del concepto. (p. 16)

Las disfunciones que presentó el principio de autonomía de la voluntad, respecto de la imposición que detentaban los titulares de derechos fuertes frente a aquellos que no los tenían, pero que debían atender sus necesidades mediante negocios jurídicos plasmados en contratos, resaltando la ficción que se presentaba entre la libertad contractual y la autonomía de la voluntad que había sido ejercida en condiciones al menos sospechadas, cuando no inaceptables, constituyeron el centro del cuestionamiento de las bases sobre las que se asentaba la teoría clásica.

Frente a la necesidad de blindar el andamiaje jurídico, la teoría clásica sostuvo la pureza jurídica del principio de la autonomía de la voluntad al amparo del principio de la buena fe y la prohibición del abuso del derecho, como instrumentos conceptuales que reconocían un fundamento moral y que tenían por fin promover el uso legítimo del

derecho, al constituirse como las válvulas de seguridad que se podían accionar cuando la disparidad se tornaba insostenible.

Las inequidades que se presentaron en los distintos negocios jurídicos producto de la disparidad en la relación comercial pusieron en evidencia la necesidad de proteger al sujeto de derecho considerado la parte débil de la relación contractual. Esto determinó que algunos autores como Risolía, hablaran de la crisis del contrato, y otros, como Alterini y López Cabana afirmaran que la autonomía de la voluntad era un mito, lo que motivó un proceso en busca de una modificación sustancial de las bases sobre las que se asentaba el principio de autonomía de la voluntad. (Alegría, 2008, párr 6)

Las falencias que presentó el principio de autonomía de la voluntad se pusieron de manifiesto con más énfasis, a partir de la segunda mitad del siglo pasado, a raíz de las modificaciones que se produjeron en el ámbito de los negocios que dejaron al descubierto las desigualdades de las partes, y que se debieron en gran medida a los cambios socio-económicos que obligaron a modificar los moldes jurídicos que imperaban hasta entonces.

En palabras de Saux, se concluye que las mutaciones se han debido a tres causas particulares: la manera de contratar, la inexistencia de una voluntad interna sana y sin vicios, y una profusa legislación complementaria que ha conmovido los pilares sobre los que se asentaron las estructuras contractuales del derogado Código Civil de 1871. (Freytes, 2016, p. 1051)

Estos cambios en la realidad comercial vinieron de la mano del proceso de globalización, en el que las sociedades se ven inmersas, con mayor o menor intensidad, y que permite una circulación más ágil de bienes y servicios, generando negocios jurídicos que necesariamente deben ser armonizados con las nuevas formas de contratación que se impone en el manejo de las transacciones económicas.

No nos parece necesario entrar en la discusión si se considera que el proceso globalizador es un fenómeno nuevo que lo ubica con la llegada del hombre a la luna, la creación de internet o la invención del chip, o como indica Aldo Ferrer (1999), es

parte de un proceso iniciado en 1492 con el descubrimiento, la conquista y colonización de América por algunos países de Europa, que se aceleró a partir de la revolución industrial del siglo XIX, con un segundo impulso en la segunda mitad del siglo XX. (p. 529)

Atendiendo a que en este trabajo el análisis está puesto en las consecuencias del fenómeno más que en sus orígenes, compartimos el criterio general que ubica el nacimiento del proceso de globalización con el fin de la Guerra Fría al desaparecer la Unión Soviética, cayendo en el ocaso las sociedades cerradas y las economías protegidas, propiciado por el avance de la tecnología y las comunicaciones, que favorecieron la apertura de los mercados.

En este sentido, una concepción más acotada del proceso de globalización, indica que se trata de un fenómeno reciente, de unos 40 años aproximadamente, que surge como resultado de la revolución tecnológica –electrónica, informática, las comunicaciones, las finanzas, etc.- dando lugar a entender que los términos globalización y revolución tecnológica son sinónimos.

Adentrándonos en el marco de las relaciones obligacionales que se dan a raíz del proceso de globalización, podemos resaltar que permite una ágil circulación de bienes y servicios, abandonando la creencia del clásico contrato celebrado entre pares que expresaban libremente su voluntad, como consecuencia de una autonomía negocial genuina. Estos cambios en los negocios jurídicos dan lugar a la celebración de contratos de adhesión que distorsionan la noción clásica del consentimiento, al establecer cláusulas genéricas que afectan a toda una categoría negocial.

Sin perjuicio de la crisis del contrato, y en consecuencia del principio de autonomía de la voluntad, como consecuencia del cambio en las relaciones negociales, sostenida por una parte importante de la doctrina a la que hemos hecho referencia, nos parece importante resaltar que ha habido un renacimiento de la autonomía privada en los negocios extrapatrimoniales y de familia que ha sido receptada por el CCC.

Como indica Freytes (2016), la autonomía de la voluntad se ha visto fortalecida en el

consentimiento informado en prácticas médicas, los testamentos vitales, las modificaciones al régimen de la incapacidad, las directivas sobre el propio cuerpo, las disposiciones de trasplantes de órganos tanto entre vivos como para después de la muerte, los pactos de convivencia en cuestiones de familia, la tendencia a la supresión de la prohibición de los pactos de herencia futura, el alcance post mortem de disposiciones contractuales por ejemplo en el fideicomiso, el vínculo filiatorio fundado en la vocación procreacional... (p. 1050)

En el marco de la evolución normativa y doctrinaria, y de manera de sopesar las desigualdades que se pueden generar en las relaciones negociales, con la sanción del CCC, se produjo una modificación del principio de autonomía de la voluntad receptado en el art. 958 que hace foco en la necesidad de protección de la parte débil, estableciendo límites en procura del equilibrio de las partes en la relación contractual.

3. El contrato de fideicomiso. Algunos antecedentes históricos

La figura del fideicomiso surge en el Derecho Romano y se debe a la regulación jurídica de Augusto, quien además de haber realizado una transformación jurídico-política del régimen constitucional, fue un innovador en el campo del Derecho privado. (Castán, 2013, párr. 7).

La regulación del instituto del fideicomiso se introdujo con el fin de facilitar actos de última voluntad. En sus comienzos tuvo dos objetivos definidos. El primero de ellos estaba destinado para que los peregrinos dispusieran de sus bienes. El segundo, la necesidad de hacer llegar las herencias a personas incapacitadas por ley para ser herederos. Cualquiera fuera el objetivo perseguido, los interesados en el negocio jurídico se valían de comisiones de confianza, cuyo cumplimiento quedaba librado a la voluntad o buena fe de quien había recibido o aceptado el encargo.

Según Bonfante (1929), el negocio fiduciario en el Derecho Romano podría ser definido como

...una convención por la cual una de las partes, fiduciario, al recibir de la otra, fiduciante, una cosa en la forma de la *mancipatio* o la *in iure cessio*, asume la obligación de hacer uso de aquella con un fin determinado, y, al menos como regla general, restituirla una vez logrado el fin. (p. 460)

En nuestra legislación, el Código Civil de Velez no contenía una regulación integral y sistemática del contrato de fideicomiso, sólo se lo mencionaba en el título destinado al dominio imperfecto, particularmente en los arts. 2661 y 2662 (Carregal, 1982, p. 48).

Es importante resaltar que Vélez Sarsfield, al redactar el Código Civil, no dejó de lado la figura definiéndolo en el art. 2661 como "el derecho real revocable o fiduciario de una sola persona sobre una cosa propia, mueble o inmueble". Indicando en el art. 2662 que el

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

Sin perjuicio de su regulación, tuvo una escasa aplicación práctica ya que la mayoría de la doctrina no encontraba ningún medio jurídico para realizar actos de disposición de la propiedad, que pudiesen alcanzar resultados similares a los que establece este contrato.

En la necesidad de favorecer el desarrollo económico que se produjo a mediados de la década del noventa, se buscó la incorporación de una normativa del fideicomiso en los textos legales, con el objetivo de sumar recursos de inversión, aprovechando la utilización de capitales que hasta entonces no se habían volcado a la economía, por la carencia de instrumentos legales y la ausencia de seguridad jurídica.

En este contexto se dicta la ley 24.441 que se propuso incentivar la utilización de la figura del fideicomiso, tomando como antecedentes la legislación de los países

latinoamericanos que tuvieron un desarrollo de la figura jurídica a partir de la segunda década del siglo pasado.

Recién con la sanción de la hoy derogada Ley 24.441, denominada de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción, se normativizó el contrato de fideicomiso, definiéndolo como tal, y, por consiguiente, ubicándolo dentro del amplio marco de la autonomía de la voluntad. A partir de allí, comienza su utilización tanto en el orden particular como en el mundo de los negocios.

Varios son los antecedentes de legislación del instituto del fideicomiso. El primero de ellos se le debe atribuir al Dr. Guillermo Michelson, que integraba la Comisión de Reformas a la Legislación Comercial (1967), integrada, también, por los Dres. Gervasio R. Colombres, Carlos R. Zannoni, Carlos C. Malagarriga, Héctor Alegria y Francisco Quintana Ferreyra.

Le siguieron otros proyectos de ley -1984: Anteproyecto del PEN: H. Duncan Parodi; 1984: Proyecto del senador Velásquez: Brasesco, Napoli y Falsone; 1985: Anteproyecto notarios delegados del Tucumán: López de Zavalía; 1986: Proyecto Silva; 1989: Proyecto Storani-Terrile; 1991: Proyecto Iribarne-.

La ley 24.441, menciona en sus considerandos el Proyecto de Ley de Fideicomiso elevado por el PEN el 24/6/1986 por intermedio de su ministro de Justicia Dr. Alconada Aramburu, como antecedente.

Como señalan Kiper y Lisopravsky (2016) es conveniente resaltar que en la exposición de motivos con el cual fue elevado el proyecto de ley al Congreso, se detallan las particularidades de la figura del fideicomiso indicando que, "por su flexibilidad, se presta al cumplimiento de diferentes finalidades, representando un interesante conjunto, cuya trascendencia socioeconómica, justifica plenamente el intento legislativo"; siendo uno de sus elementos característicos la fe y la confianza puesta en el fiduciario (p. 27).

Continúan diciendo Kiper y Lisopravsky (2016) que si bien la tipificación del contrato de fideicomiso representó un salto significativo "la ley 24.441 padecía

importantes omisiones y una deficiente técnica legislativa que llevó a un esfuerzo de interpretación doctrinaria para superar las deficiencias. Aun así, la figura tuvo un crecimiento insospechado”. (p. 31)

La sanción del CCC, buscó lograr un mejoramiento de la normativa antecedente, específica del tipo contractual y la configuración testamentaria, de manera de potenciar su utilización.

En esa línea, el CCC incorpora el contrato de fideicomiso dentro de su cuerpo normativo, derogando la ley 24.441 que lo regía hasta entonces, ubicándolo dentro del marco contractual.

Sin perjuicio de la regulación sobre la que se asienta el instituto, en el marco del contrato de fideicomiso rige el concepto de confianza y el principio de autonomía de la voluntad, ambos pilares que constituyen la base de su sustento y que dan lugar al desarrollo de este instituto; a los que nos referiremos a lo largo de esta breve investigación.

4. La confianza, elemento característico de la figura del fideicomiso

Para comenzar con este breve trabajo, creemos necesario mencionar algunas definiciones que se hicieran del contrato de fideicomiso. Kiper (1989) lo ha definido como

...una declaración de voluntad a través de la cual el fiduciante inviste a otro, el fiduciario, de una posición jurídica frente a terceros, como medio que excede al fin práctico tenido en vista por las partes, con la obligación de devolver el derecho estando su realización limitada por la convención fiduciaria establecida entre los dos sujetos. (p. 77)

Navarro Martorell (1950) caracteriza a los negocios fiduciarios como aquellos en los cuales el fiduciario recibe del fiduciante, una plena titularidad de derecho en nombre propio, comprometiéndose a usar sólo lo preciso para el fin acordado, y en interés suyo, y también en el del transmitente o de un tercero. (p. 127)

En este sentido, la opinión generalizada de la doctrina, entre los que se encuentra Kiper (2016), entiende que el elemento característico de la figura del fideicomiso es la confianza, de allí su denominación, ya que fiducia proviene del latín *fides*, que significa precisamente eso. Su nacimiento depende de este elemento que constituye su raíz. (p. 15)

Coincidiendo con la posición mayoritaria, que toma a la confianza como un elemento característico del instituto del fideicomiso, nos parece interesante referirnos al análisis que hace Peyrefitte (1996), que desarrolla el concepto relacionándolo con las ideas protestantes, para determinar el grado de crecimiento de las sociedades. Queremos dejar aclarado que no tomamos las ideas de Peyrefitte (1996) por su relación con una elección confesional, sino por la importancia del vínculo en el desarrollo de las sociedades que han hecho de él el centro de su crecimiento.

En su libro, “La sociedad de confianza”, desarrolla un estudio sobre la confianza recíproca, sosteniendo que es el nexo social más tenaz y fecundo que hay entre un hombre y una mujer, padres e hijos, jefes y subordinados, compatriotas, paciente y médico, alumnos y profesores, prestamistas y deudores, empresarios y comanditarios, al tiempo que insiste en que la suspicacia esteriliza las relaciones.

En un interesante análisis el mencionado autor se centra en la divergencia económica que se produjo en Europa al examinar la cristiandad occidental del siglo XVI, donde Europa del Norte sustituye a la Europa latina como foco de innovación y modernidad. En aquel entonces, nada permitía presagiar el auge de aquellas naciones que adoptarían alguna de las reformas protestantes, ni la decadencia a la que se verían expuestas las naciones que conservarían la identidad romana.

Concluye en que “...resulta, sin embargo, demasiado reduccionista -por no decir hartamente simplista- afirmar que la Reforma protestante es la gallina de los huevos de oro, detentora en sí misma del secreto del desarrollo económico, social, político y cultural”. (Peyrefitte, 1996, p. 16)

Esta divergencia económica no puede explicarse en una “determinación de la economía por lo religioso, o de lo religioso por la economía”, sino en una cierta afinidad entre un comportamiento socioeconómico y una opción confesional. (Peyreffite, 1996, p. 16)

Resalta que el ascenso de la burguesía dio lugar a que algunas corrientes religiosas reformistas adecuaran sus doctrinas a las necesidades religiosas de la sociedad, al valorizar al hombre emprendedor justificando la búsqueda del "lucro", siempre condenado por la Iglesia Católica.

Aquí se produce una transición en la historia del pensamiento moderno, que se manifiesta en la creación de un discurso político que comienza a emanciparse de sus fuentes exclusivamente bíblicas; lo que no implica que la emancipación teológica signifique una postura doctrinal contraria al espíritu del cristianismo. Estas reformas buscaron analizar las Escrituras desde un espíritu libre y sin prejuicios, teniendo cuidado de no afirmar ni reconocer nada como doctrina santa, sino lo que la misma Escritura claramente enseña.

En este sentido y siguiendo a Navarro Pérez (1998), el protestantismo no debe ser analizado sólo como una forma de religiosidad en la que se encuentra enraizada la libertad de conciencia del sujeto privado, sino que en él se debe identificar el sentido del trabajo constante, con las implicancias económicas directas que de él se desprenden. (pp. 10-30)

En esta concientización de un espíritu libre también estaba la libertad de negociar dentro del campo de las relaciones laborales, estando destinado el Estado al desarrollo de políticas sociales y no el paternalismo.

Retomando la división que hace Peyreffite (1996) entre sociedades de suspicacia y sociedades de confianza, podemos resaltar que la primera está marcada por una sociedad en la que la vida común se desarrolla como un juego de suma cero o negativa, en la que necesariamente cuando alguien gana, otro pierde, dando como resultado una sociedad proclive a la lucha de clases, la envidia social y el encierro. En

cambio, las sociedades de confianza son necesariamente expansivas, “si tu ganas, yo gano”. (Peyreffite, 1996, p. 16).

Las sociedades solidarias, como las denomina Peyreffite (1996), son sociedades solidarias, de apertura, de intercambio y de comunicación. Lógicamente, como bien señala Peyreffite (1996) no puede pensarse que cada una de estas sociedades puedan ser encuadradas en un 100% dentro de cada categoría, lo que les da la tonalidad es el elemento dominante de cada una de ellas.

No podemos ocultar que las sociedades subdesarrolladas en las que se manifiestan con distintos grados de afectación males como la desnutrición, enfermedad, violencia endémica, pobreza, etc., son el régimen ordinario de la humanidad desde que apareció en la Tierra, mientras que las sociedades desarrolladas configuran la excepción, muchas veces precaria, diría Peyreffite (1996) si se consideran que aún dentro de ellas hay islotes de miseria y exclusión.

Lo penoso, pero necesario, es reconocer que subdesarrollo y desarrollo no son pasado y porvenir de toda sociedad, entendidas como dos etapas sucesivas en el proceso de maduración; más bien, representan los dos estadios en los que los grupos humanos oscilan sin que se puedan determinar a ciencia cierta los móviles que llevan a su impulso, o las causas de su resignación. (Peyreffite, 1996, p. 19)

En su análisis, desarrolla una explicación desde la etología, es decir, desde el estudio de las actitudes y mentalidades de las diferentes comunidades humanas en materia de intercambios, de movilidad intelectual, de geografía y de innovación. (Peyreffite, 1996, p. 19)

Centra a la confianza de las personas, en la médula de las conductas culturales, religiosas y políticas que influyen en el desarrollo. Hace hincapié que en último término la confianza otorgada a la iniciativa personal, la libertad exploratoria e inventiva, que tiene como contrapartida el cumplimiento de sus deberes, sus límites, su responsabilidad de responder por sí misma, es el motor del desarrollo, aun cuando la práctica de tal libertad es exigua en el mundo, y sea necesario temer que la hambruna,

la enfermedad y la violencia estén presentes en nuestro planeta por largo tiempo. (Peyrefitte, 1996, p. 24)

Señala que esta confianza generó la aparición de sociedades divergentes, en sociedades en donde no se esperaba el desarrollo que alcanzaron. Países como Holanda, se convirtieron en el centro del desarrollo mientras Italia, que detentaba conocimiento, cultura, comercio, no avanzó hacia el desarrollo de su sociedad. Aquí es donde Peyrefitte señala que la divergencia parece coincidir con la fractura religiosa, de hecho, el desarrollo aparece claramente en el campo protestante, primero en Holanda y luego en Inglaterra. Esta divergencia religiosa se plasmó también en algunos aspectos que pueden tener relación con el desarrollo de las sociedades; aspectos como la actitud frente al dinero, las obras o la actividad profesional. (Peyrefitte, 1996, p. 26)

El motor del desarrollo de una sociedad está en la confianza en los descubrimientos, la invención técnica, la difusión cultural, la responsabilidad de cada individuo que la compone en asumir las consecuencias de sus propias acciones. “No hay simplemente un desarrollo y un subdesarrollo. Existen mecanismos mentales liberadores o inhibidores del desarrollo, presentes de manera dispar en las sociedades de la época.” (Peyrefitte, 1996, p. 27)

Todo se centra en el concepto de libertad y en la confianza que se pone en cada integrante de la sociedad; la cuestión es el espíritu humano y no los mecanismos económicos. Los valores de estas sociedades se centran en el trabajo, en el hombre creador de actividades y riquezas; confían en la libertad y esto los hace avanzar en el desarrollo.

5. La autonomía de la voluntad en el Código Civil y Comercial. Su incidencia en la teoría del contrato

Los cambios socio-económicos que se produjeron con mayor énfasis en los

últimos 50 años, producto del avance del proceso de globalización en el que nos vemos inmersos, obliga a modificar los moldes jurídicos sobre los que se asentaron las relaciones contractuales, obligándolas a adecuarse a esta nueva realidad que comenzó a socavar los cimientos sobre los que se asentara la concepción clásica del contrato.

Se comenzó por aceptar, que la igualdad jurídica que sirviera de sustento al vínculo obligacional se veía desdibujada por la disparidad de las fuerzas económicas que se encontraban en juego, y en este vínculo, la paridad de la parte débil constituía una irrealidad al no estar en condiciones de discutir las condiciones contractuales. Los considerados débiles en la relación negocial, debían aceptar sin condicionamientos, las cláusulas que le eran propuestas por quien se presentaba como la parte más versada en el tema, y desde ya, con un mejor posicionamiento en la negociación.

El ordenamiento jurídico hizo eco de esta nueva realidad, y comienza a intervenir para corregir las desigualdades que se generan entre las partes, y que se traducen en un aprovechamiento de la parte más débil.

En este sentido, es en el campo del derecho laboral, en donde comienza a estrangularse el derecho privado, al sancionarse un conjunto de disposiciones imperativas que ponen un claro límite a la autonomía de la voluntad, que tienen como objetivo la protección del obrero frente al abuso del poderoso patrono. Esto da lugar al afianzamiento del carácter social del derecho, que se sustenta sobre la base del orden público laboral, y que hoy se encuentra cuestionado por una parte de la doctrina por la excesiva rigidez que establecen sus principios.

Este nuevo paradigma, en el que se intenta proteger al sujeto más vulnerable, se integra con un modelo de individuo inserto dentro de un contexto social y económico que tiene en miras una autonomía encausada a satisfacer las necesidades propias en el marco del bien común; lo que derivó en una alteración de la concepción del contrato y una restricción de la autonomía, producto de los cambios de la realidad económica en que se desenvolvía.

Estos cambios en la realidad comercial se producen como consecuencia del desarrollo industrial y la necesidad de volcar al mercado grandes cantidades de bienes y servicios, abandonando la vinculación artesanal del comercio, sustituyendo al contrato individual y paritario por un contrato de cláusulas predispuestas sin posibilidad de modificación, en el cual la aceptación se convirtió en adhesión.

Frente a esta nueva realidad comercial, y para empezar a analizar las modificaciones que se produjeron en torno al principio de autonomía de la voluntad dentro del recientemente sancionado CCC, nos parece prudente determinar qué entendemos por autonomía de la voluntad.

Si desdoblamos el concepto, y siguiendo la definición que presenta el Gran Diccionario Larousse (2016), podemos decir que una de las acepciones del vocablo autonomía es la “facultad de gobernarse por sus propias leyes”, y la voluntad es definida como la “facultad humana para elegir o rechazar las cosas, tomar decisiones o actuar de determinada manera”.

En este sentido, y siguiendo a De Castro y Bravo (1971) podemos acercarnos a una definición diciendo que “se entiende por autonomía privada, el poder de autodeterminación de la persona”. Que es el ámbito que corresponde a la esfera de libertad personal, para ejercitar sus derechos y para conformar las relaciones jurídicas que considere adecuadas. Continúa diciendo que

...podría ser definida, como aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social. (p. 12)

Prieto Molinero (2014) lo define como la capacidad que la ley reconoce a los individuos de dirigir y gobernar sus intereses por medio de la voluntad, adecuadamente expresada, y que

...puede ser definida como el poder complejo de ejercicio de facultades concedido a las personas para desenvolverse dentro del ámbito de la libertad, o bien para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social. (p. 589)

Esta autonomía de la voluntad, enmarcada dentro del ámbito de libertad que la Constitución Nacional otorga a cada uno de los habitantes, en la medida en que desarrollen actividades que no se encuentren prohibidas por el sistema jurídico, se plasman en el marco de acto jurídico que resulta, como bien lo indica el art. 259 del CCC, de un hecho humano, voluntario y lícito que tiene la particularidad de tener por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas.

Podemos afirmar que en nuestro derecho el concepto “autonomía de la voluntad” surge de la creación doctrinaria, ya que ningún artículo o nota del CCC se refieren a él dándole tal denominación; lo que no significa que se encuentre receptado en el cuerpo normativo.

La regulación de la autonomía de la voluntad, en el derecho argentino, tuvo su raíz en el art. 1197 del Código Civil de Vélez. El referido artículo, al establecer que el contrato es ley para las partes, sentó el principio *pacta sunt servanda*, consagrando a la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación, con los límites impuestos por el ejercicio regular de un derecho (art 1071), el orden público (art. 21), la moral y las buenas costumbres (art. 953).

Este postulado, que atravesó el ordenamiento jurídico en vigencia del Código velezano y que hoy se mantiene vigente aunque sometido a nuevos límites, no sólo significa el establecimiento de un vínculo entre las partes cuando hubieran convenido obligarse (libertad contractual), significa ejercer el derecho de configuración del contenido y alcance de los acuerdos celebrados (libertad de contratación), dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico, estableciendo la obligatoriedad de respetar el compromiso asumido.

“Es la autonomía de la voluntad la que en el acto jurídico (o negocio jurídico) encuentra la manifestación más saliente. Se concede al sujeto amplio poder para estructurar las relaciones jurídicas que le atañen, según propia voluntad declarada.” (Santos Cifuentes, 1986, p. 123)

Esta facultad de las personas de regir y gobernar sus actos, que encuentra en el contrato su expresión más sublime, y que fuera el paradigma contractual sobre el que se sentaron las bases de los movimientos codificadores del siglo XIX, el que como dice Freytes (2016)

...se sustentaba en un vínculo relacional paritario, singular, de prestaciones equilibradas, fruto de una voluntad interna elaborada sin vicios que la afecten, manifestada sin restricción alguna por ciudadanos libres, capaces y económicamente autorreferentes, que podían discernir con la más absoluta libertad las cláusulas de un acuerdo que protegía sus intereses patrimoniales volcados en los moldes típicos que los códigos preordenaban. (párr. 5)

ha cambiado sustancialmente.

La libertad de contratación, establecida en el recientemente sancionado art. 958 del CCC, determina que “las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres”. Es en virtud del art. 958 del CCC, que se ha basado en las elaboraciones teóricas que le dieron sustento a las teorías liberales, respetadas y defendidas en tiempos pasados, pero hoy son cuestionadas por su fragilidad, que se generaron nuevos límites al principio de autonomía de la voluntad, marcados por la necesidad de protección de la parte más débil de la relación contractual.

De esta manera, el CCC autoriza a la ley a imponer ciertos límites a las contrataciones, que pueden establecerse tanto respecto de la libertad de contratación como de la libertad contractual.

Se faculta a la ley a imponer la obligatoriedad de celebrar ciertas contrataciones, tanto en el sector público como privado, así como imponer límites a la libertad de configuración del contrato cuando las partes no detenten similar poder de negociación,

intentando paliar las consecuencias de esas desigualdades.

En este sentido, la ley obliga la celebración de ciertos contratos en protección de la parte débil imponiendo, por ejemplo, a las empresas prestadoras de servicios públicos la obligación de dar servicio a quienes lo pretendan, a los conductores de automotores de contratar un seguro de responsabilidad civil, la contratación del seguro de vida para los empleados públicos, el seguro de responsabilidad civil del fiduciario 1685, etc.-.

En este contexto, en que se evidencia un desplazamiento del principio de autonomía de la voluntad dando paso a la realización de conductas mecánicas, realizadas en ocasiones por personas que muchas veces no tienen un conocimiento cabal del acto que se encuentran celebrando, o que teniéndolo, se ven arrastradas por un mercado que las absorbe en la necesidad de intervenir en el intercambio de bienes y servicios necesarios para la satisfacción de sus necesidades, el CCC sienta las bases para la protección de la parte débil del acto jurídico.

A nuestro entender, no estamos frente a una crisis del contrato en tiempos en que paradójicamente se han multiplicado de manera impensada las relaciones contractuales. Lo que ha sucedido es una renovación de la figura, adecuada a los tiempos que vivimos.

Con la sanción del art. 958 del CCC, la declaración de voluntad sigue teniendo fuerza obligatoria, en la medida en que, como dice Freytes (2016), esa voluntad guarde un

...respeto irrestricto a las normas imperativas —poseedoras de un rango preferente al precepto privado y las normas supletorias—; una convención individual y socialmente útil; y un negocio que se adecue al principio de máxima reciprocidad de los intereses en juego. (V, párr. 2)

Con la sanción del CCC se puede establecer que la declaración de voluntad tiene fuerza obligatoria en la medida en que respete las normas imperativas y las cláusulas socialmente útiles, manteniéndose el balance de la reciprocidad de los intereses en

juego.

Por ello, la fuerza obligatoria que se someta al escrutinio de los arts. 958 y 961 del CCC, se adecua a las exigencias de equidad, proporcionalidad y respeto a la dignidad de los contratantes, consolida su principio vinculante no sólo a lo formalmente expresado, sino a las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, y con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.

Sancionado el CCC, se puede ver que uno de los aspectos más innovadores es la fractura del tipo general del contrato según la intensidad que detenta el principio de autonomía de la voluntad. Se incorporan de modo expreso los deberes que impone el principio de la buena fe y se considera a la causa como requisito estructural del contrato.

Centrándonos en la división del tipo, se diferencian los contratos paritarios o discrecionales, en los que rige plenamente el principio de autonomía de la voluntad, de los contratos celebrados por adhesión a condiciones pactadas por el proponente sin intervención del adherente. Sin perjuicio de la división de ambos tipos, se le aplican a ambas especies un régimen especial para los supuestos en los que negocios concertados fueran de consumo, que se rige por el núcleo duro de tutela que determina el Título III, que se complementa con las disposiciones de la ley 24.240 y sus modificatorias.

Podemos señalar que lo que diferencia la división del tipo es el grado de autonomía de la voluntad que exhiben las partes contratantes. En este sentido, en los contratos que se celebran en paridad de condiciones, las partes presentan una posición similar de negociación, por lo que detentan un grado de autonomía que les permite realizar las tratativas necesarias para establecer las bases de una negociación en las que se analicen los derechos y obligaciones que cada una asume, en procura del negocio concertado.

En contraposición con los contratos paritarios, en los contratos celebrados por

adhesión a cláusulas generales predispuestas (arts. 984 a 989) las partes contratantes no ejercen un similar poder de negociación ya que se celebran en base al contenido predispuesto por una de ellas, limitándose el adherente a suscribirlas sin participar en su configuración, por lo que se excluye del juego de la oferta y la aceptación.

No resulta novedosa la regulación de los contratos por adhesión, es el resultado de criterios anticipados por la doctrina y la jurisprudencia, y de algunas legislaciones internas -la derogada ley 19.724 de Prehorizontalidad, la ley 17.418 de Seguros, art. 11, sobre los requisitos que debe reunir la póliza, y la ley 24.240 de Derechos del Consumidor, arts. 37 y 38-.

Su regulación, representa un conjunto de disposiciones a las que deben someterse las cláusulas generales predispuestas: la prevalencia de las cláusulas particulares negociadas cuando sean compatibles con las cláusulas generales, la inadmisibilidad de las cláusulas abusivas y el necesario control judicial de las cláusulas generales aun cuando mediara aprobación administrativa. Previsiones legales que se sustentan en el principio de buena fe, equidad, protección de la confianza y autorresponsabilidad que rigen la interpretación contractual establecida en los arts. 1061 a 1068 del CCC

Como señala Stiglitz (2015)

...el Código intenta y logra suministrar al contrato por adhesión un tratamiento pleno, ingresando a la regulación de todos los temas que le son inherentes y diferenciando con rigor, la disciplina de esta categoría con la del contrato de consumo con la que, en ocasiones, se identifica y que no es otro que, cuando el contrato de consumo se perfecciona por adhesión a cláusulas predispuestas. (XVII, párr. 1)

Por último, nos referiremos a los contratos de consumo, que constituye un subsistema jurídico, que dialoga con el sistema de derecho privado, fragmentado el tipo general de contratos, que influye sobre los tipos especiales al establecer que cualquier contrato, paritario o por adhesión, puede ser calificado de consumo, si

encuadra dentro de las previsiones del art. 1093 del CCC. Lo que significa que el elemento tipificador sea la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios "para su uso privado, familiar o social", lo que coloca al adquirente en consumidor final o usuario. (Hernández, 2016, párr. 2)

En este sentido, el CCC ha afirmado el proceso de constitucionalización del derecho privado que se iniciara con la reforma constitucional de 1994, que incorporara, entre otros, en el art. 42 de la referida Carta Magna la protección del consumidor, en la búsqueda de reglas que persigan soluciones más justas y respetuosas del principio *pro homine* al afirmar que

...los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Para esta categoría contractual, se ha establecido un núcleo duro de tutela, que conforma una protección mínima, que no puede ser modificada por convención entre las partes, ni derogada por una ley especial. Entre las protecciones que establece la ley, se destacan, entre otras, el deber de información, el reconocimiento de la publicidad como fuente de obligaciones a cargo del oferente y la incorporación de normas sobre cláusulas abusivas.

El subsistema de la regulación de consumo se orienta a la protección del consumidor o usuario, de manera de equilibrar la disparidad negocial que puede generarse entre las partes, protegiendo al que se entiende más vulnerable de la relación negocial.

En este punto nos parece importante resaltar que el contrato de consumo puede ser celebrado por adhesión a cláusulas predispuestas o mediante contratos paritarios en los que se ha ejercitado la autonomía de la voluntad, decidiendo en libertad las cláusulas contractuales, no obstante lo cual el contrato estará regido por las cláusulas dispuestas para los contratos de consumo.

Así lo dispone el art. 1118 del CCC al determinar que "Las cláusulas incorporadas a un contrato de consumo pueden ser declaradas abusivas aun cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor". De lo que podemos inferir que este subsistema establece un núcleo de protección más intenso que el que se dispone para los contratos por adhesión, ya que aplica a aquellos contratos que son celebrados entre partes que detentan similar poder de negociación.

En este orden, la regulación protege la desproporción entre los derechos, las obligaciones y los poderes de las partes, máxime cuando crean ventajas significativas para uno en detrimento del otro, o cuando sustentan actos lesivos (art 332 del CCC) habilitando una modificación o reajuste equitativo de las prestaciones, aun cuando se trate de contratos discrecionales.

6. La regulación del contrato de fideicomiso en el Código Civil y Comercial de la Nación

Con la sanción del CCC nos adentramos en un proceso de recodificación del derecho privado que constituye un avance significativo en este campo. En este marco, se incorpora el contrato de fideicomiso dentro de su cuerpo normativo, derogando la ley 24.441 que lo regía hasta entonces, y que tuvo su origen en la necesidad de buscar soluciones legislativas que sumaran recursos de inversión, de manera de volcar a la economía capitales que hasta ese momento no encontraban amparo legislativo.

Como manifiestan Kiper y Lisoprawski (2016), en materia de fideicomiso el nuevo CCC mejora la normativa existente en la derogada ley 24.441, específica del tipo contractual y la configuración testamentaria, aunque no produce un cambio significativo en su regulación, al darle continuidad a la estructura que derogó, mejorando la redacción y completando ciertas lagunas que la jurisprudencia y doctrina habían sabido salvar. (p. 37)

La regulación ubica al fideicomiso dentro del marco contractual, manteniendo la posibilidad de que sea constituido por acto entre vivos o por disposición de última voluntad; mediante el fideicomiso testamentario (art. 2.493 CCC). En su calidad de contrato, puede ser realizado por instrumento público o privado, excepto cuando se refiere a bienes cuya transmisión requiera que sea realizada por instrumento público.

Establece que pueden ser objeto del contrato de fideicomiso, todos los bienes que están en el comercio, incluso las universalidades, pero se excluyen las herencias futuras de manera de lograr coherencia con la legislación.

En lo que respecta a la actuación del fiduciario, el art. 1.673 CCC, dispone que puede ser fiduciario cualquier persona humana o jurídica. La excepción la reserva a los fideicomisos financieros, en los que sólo pueden actuar como fiduciarios, las entidades financieras autorizadas a funcionar como tales, y las personas jurídicas que autoriza el organismo de contralor del mercado de valores (la Comisión Nacional de Valores).

Los fiduciarios que no se encuentren dentro de la excepción, sólo requieren capacidad general para contratar y cumplir con el destino previsto en el contrato de fideicomiso, con relación a los bienes fideicomitidos, en cuyo caso tendrán un amplio margen de actuación.

En el art. 1.671, el CCC permite que el fiduciario pueda ser también beneficiario, poniendo fin a la discusión doctrinaria acerca de la posibilidad de que el beneficiario pueda tener ese doble rol; tomando partido por la posición minoritaria de la doctrina que avalaba esta doble participación. En su caso, debe evitar cualquier conflicto de intereses y obrar privilegiando los de los restantes sujetos intervinientes en el contrato.

Empero el CCC mantiene el elemento de confianza, como característica del negocio fiduciario. Pero, ni la derogada ley 24.441, ni el sancionado CCC, idearon un fideicomiso puro en el que todo queda librado a la confianza depositada en el fiduciario. Nuestro sistema legal concede acciones tendientes a poner remedio a situaciones que puedan devenirse en irregulares, tornando al fideicomiso en "impuro".

Establece el CCC que el fiduciario deberá cumplir las obligaciones que le son impuestas por la ley o la convención de las partes y administrar los bienes fideicomitados, con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios, que actúa sobre la base de la confianza depositada en él. Este factor confianza hace a la esencia del fideicomiso, convirtiéndose en un elemento esencial y determinante de su institución como fiduciario.

Este estándar al que debe ajustar su conducta el fiduciario, como indica Muguillo (2009), se basa en lo dispuesto en el art. 59 de la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales (LSC), al asimilar la situación de los directores de sociedades comerciales, hombres profesionales de los negocios, con la del fiduciario. El parámetro que establece la LSC, impone al fiduciario actuar de buena fe, poniendo en los negocios sociales el mismo cuidado y la misma diligencia que pondría en los suyos. (p. 103)

Al establecer como estándar la conducta del buen hombre de negocios, se impone una responsabilidad profesional frente al negocio que administra el fiduciario; responsabilidad que, entendemos, debe adaptarse a las particularidades de cada caso.

En este sentido, no podemos pensar que el contrato de fideicomiso funciona como un permiso irrestricto de actuar al margen de la ley y las convenciones.

Entendemos que es errado comenzar a describir una figura partiendo de la base de que las partes actuarán en forma abusiva, irregular o ilícita. Como dicen Kiper y Lisoprawski (2012) "...eso no es ciencia sino paranoia", por lo que no resulta razonable destacar como rasgo saliente de la figura una conducta anormal o una presunción de deslealtad, pues no constituye un buen método científico de análisis. (p. 21).

Cierto es que pueden darse conductas abusivas, desleales o ilícitas, pero entendemos que la legislación pone remedios a su alcance. Hoy la protección que se establece a la parte débil del negocio jurídico tiene un eje de protección social, intentando equilibrar la desigualdad en la negociación contractual.

El CCC, en su art. 1.674, establece no sólo que el fiduciario debe administrar los bienes con los cuidados, precauciones y diligencia de un buen hombre de negocios, le suma la obligación de dirigir sus acciones en base a la confianza depositada en él. Este factor confianza, que hemos desarrollado en puntos anteriores, hace a la esencia del fideicomiso, convirtiéndose en un elemento esencial y determinante de su institución como fiduciario.

En el camino del concepto de confianza, base sobre la que se instituye el contrato de fideicomiso, se encuentra el principio de autonomía de la voluntad de las partes que le dan origen. Para Puig Brutau (1987) “La autonomía de la voluntad significa que, en principio, todo individuo puede contratar cuando quiera como quiera y con quien quiera.” (p. 169)

Esta autonomía de la voluntad encuentra en el negocio o acto jurídico su forma de manifestación, de manera que cada individuo pueda autorregular sus intereses dictando sus propias normas, dentro de los límites que impone la licitud. Aún en el plano subordinado de la ley, la voluntad humana constituye un medio de expresión del derecho, la que se exterioriza en un acto jurídico; instrumento ofrecido por el ordenamiento jurídico ejercitando una función constitutiva de derechos.

Como dice Albaladejo (1985)

...el negocio jurídico es un medio para la autorregulación de los propios intereses en el campo jurídico, o, lo que es lo mismo, que es un instrumento para actuar, en tal campo, la voluntad privada en tanto en cuanto ésta es reconocida por el ordenamiento, de forma que la autonomía – más o menos amplia, según los casos- de dicha voluntad se ejercita a través de él; siendo enorme su relevancia, puesto que la parte mayor y más importante de las relaciones de Derecho que se establecen, proceden de negocio jurídico (p. 144).

Frente a la sanción del CCC, resulta comprensible que parte de la doctrina comparta alguna de las modificaciones que se introdujeron en el ordenamiento jurídico, y cuestione otras, lo que no significa que su sanción no implique un importante

avance del derecho privado, que aporta una mejora significativa a la juridicidad argentina.

7. El fideicomiso inmobiliario. Referencia a algunos antecedentes jurisprudenciales en protección del consumidor

Como menciona Lisoprawski (2016) la figura del fideicomiso "...encabezó el `ranking´ de emprendimientos inmobiliarios en la última década". (p. 84) Ello se ha debido, en gran medida a la flexibilidad, maleabilidad y dinámica que la figura presenta para el desarrollo de este tipo de negocios, frente a las alternativas que pueden brindar las distintas figuras societarias.

Uno de los atributos que presenta la figura, y que resulta de especial interés en este tipo de emprendimientos, es el encapsulamiento del patrimonio como principio general, que ha sido reconocido por los derogados artículos 14 y 16 de la ley 24.441, y por los artículos 1.685 y 1.687 del CCC, con el objeto de atender a la dinámica de su funcionamiento, teniendo en cuenta que el fiduciario -titular del dominio fiduciario-, en el cumplimiento de las convenciones legales y convencionales, responderá únicamente con el patrimonio fideicomitado, por las acreencias internas y externas que genere su ejecución.

Es necesario tener presente que el contrato de fideicomiso inmobiliario se constituye como el instrumento jurídico sobre el que descansan diversos tipos de negocios subyacentes. En este sentido, y como menciona Papa (2014), la doctrina ha identificado diversos tipos de negocios subyacentes, dando lugar a una serie de alternativas para la configuración del negocio jurídico:

...negocio en participación entre personas que se han comprometido a aportar fondos para la compra de un terreno y construcción de un edificio, y participar en los resultados que se obtengan (siendo la operación subyacente, un `negocio en participación´); venta de un terreno cuyo precio fijo será pagado al vendedor con los ingresos que se obtengan de la enajenación de las unidades (siendo su

operación subyacente, una compraventa con pago diferido del precio); o bien, aportando al fideicomiso un terreno para participar en un proyecto inmobiliario (para que el fiduciante obtenga una contraprestación); o bien, se permute un terreno por unidades terminadas que resultarán del proyecto (permutando con el desarrollista un bien presente por bienes futuros resultantes de la ejecución del proyecto); o bien, el financiamiento de la construcción para participar en el negocio inmobiliario, siendo el negocio subyacente el contrato de préstamo que se celebre entre el agente financiero y el desarrollista, obteniendo el primero su garantía del fideicomiso al que se incorporarán los bienes afectados al proyecto financiado. (p. 1119)

En este entramado de relaciones jurídicas que comprenden el negocio contractual que se constituye a los efectos de un desarrollo inmobiliario, y frente a la sanción del CCC que recepta la protección del débil jurídico de la relación jurídica en los contratos de consumo, creemos necesario referirnos a los adquirentes de unidades funcionales por medio de un contrato de fideicomiso.

Dos recientes sentencias nos dan los lineamientos de la jurisprudencia en la protección del adquirente. Tanto la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo de 1ª Nominación de Río Cuarto, en autos “Milloch, Hugo Jorge c/ Seidl, Lilia Alfonsina Viviana y Otros s/ ordinario”, como la Cámara 6ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, en autos “Ahumada, Mariela Florencia c/ Oliver Group S.A. y Otro s/ ordinario -otros- recurso de apelación”, resuelven considerar consumidor al adquirente de las unidades funcionales, aplicándoles la normativa de la ley de defensa del consumidor.

En este sentido, en Milloch vs Seidl, se ha dicho que “se constata que tanto la jurisprudencia como la doctrina entienden que puede considerarse consumidor a quien adquiere unidades habitacionales mediante un sistema de adhesión a un fideicomiso inmobiliario, aun incorporándose al mismo como fiduciante y beneficiario”.

A los efectos de la aplicación de la normativa de consumo, establece que la cuestión debe ser analizada en cada caso en particular. Para ello, en ambas resoluciones se determina que se debe distinguir entre el fiduciante originario, a quienes entendemos que no le aplica la normativa de consumo porque actúan con

pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad en la creación del negocio jurídico, de los terceros que financian la obra con sus aportes, sea que se hayan constituido como fiduciantes/beneficiarios de fideicomisos de construcción al costo, o como simples adquirentes/beneficiarios por la compra de las unidades a un precio fijo; estos últimos alcanzados por la protección que brinda la normativa de consumo.

Como hemos esbozado, el fideicomiso inmobiliario es un negocio complejo, que requiere de una ingeniería de proyecto específica a cada desarrollo, que debiera ser analizada en cada caso particular a los efectos de establecer las cláusulas que hagan al desarrollo del negocio en la protección de las distintas posiciones internas, así como a los terceros que se vinculen con el fideicomiso, de manera de establecer la normativa aplicable en protección de los derechos de quienes se relacionan jurídicamente con él.

En la práctica, cualquier proyecto de construcción que se encare, presenta un *iter* contractual que debiera ser analizado, pormenorizado y detallado en el contrato de fideicomiso, para que cada una de las partes intervinientes tenga un conocimiento, lo más completo posible, de las obligaciones y derechos que les corresponden, con el fin de evitar al máximo disputas respecto del cumplimiento de las cláusulas contractuales; y en su caso, establecer mecanismos de resolución de conflictos como alternativas previas a la judicialización de las controversias.

En este sentido, las normas dispuestas por el CCC que regulan el contrato de fideicomiso podrán ser complementadas por las convenciones establecidas por los particulares, se trate de fiduciantes originarios, o incorporados con posterioridad a su constitución como fiduciantes/beneficiarios o simples beneficiarios, en resguardo de los intereses de cada uno de los que intervengan en el negocio jurídico. No hay que olvidarse que la mayoría de la doctrina latinoamericana considera que el contrato de fideicomiso se asimila a un “traje a medida”.

Conforme manifiesta Molina Sandoval (2007), en la mayoría de los fideicomisos de construcción, cuando alguna de las partes intervinientes aporta una suma de dinero

con la expectativa de adjudicarse una unidad habitacional, la relación claramente será considerada de consumo. (VI, párr. 2)

En la misma línea se ha resuelto en los autos “Beral, Lidia Angélica c. Sociedad Mutual del Colegio Farmacéutico de Mendoza s/ escrituración” en el que se estableció que la protección del fiduciante-beneficiario debe acentuarse cuando este resulta ser un consumidor y es que, si bien a veces el producto íntegro del desarrollo inmobiliario se reparte sólo entre los fiduciantes originantes, en otros supuestos el fideicomiso se volcará al mercado con los consumidores mediante preventas y ventas.

En este sentido, la calidad de la instrumentación que se establezca resulta trascendente a los efectos de determinar los derechos y las obligaciones de las partes, máxime cuando alguna de ella se vea resguardada por el derecho de consumo que, conforme lo dispone el art. 65 de la ley 24.240, es de orden público, por lo que bien vale la pena prestar la mayor atención cuando se instrumenta el contrato y se diseñan sus previsiones.

8. Conclusiones

Frente a la sanción del nuevo CCC, resulta comprensible que parte de la doctrina comparta alguna de las modificaciones que se introdujeron en el ordenamiento jurídico, y cuestione otras, lo que no significa que su sanción no implique un importante avance del derecho privado, que aporta una mejora significativa a la juridicidad argentina, ampliando el marco de acción que se le da a la autonomía de la voluntad y protegiendo a la parte débil en la relación contractual.

En este punto nos permitimos resaltar las palabras de Olivera (2004) que dice

...puesto que la justicia, función esencial del derecho, es desde el punto de vista económico un bien público [...] la tasa de crecimiento económico de un país depende positivamente de su grado de juridicidad. Por lo tanto, dado que en una economía global los recursos se mueven desde los países de crecimiento lento hacia los países de crecimiento rápido, podemos inferir que en un contexto de

globalización, a igualdad de las demás variables que regulan la tasa de crecimiento económico, los recursos se desplazan de los países de baja jurisdicción a los países de alta jurisdicción (p. 313).

En esta línea, entendemos que, para poder considerar a la Argentina como un país con alta jurisdicción, es necesario algo más que la sanción de un CCC. Es necesario asegurar el derecho de propiedad en todas sus manifestaciones, dentro de las que se encuentra la eficacia de los contratos, preservando el sentido que a ellos les han dado las partes en el ejercicio pleno de su autonomía de la voluntad.

Como hemos intentado esbozar en este breve trabajo, el CCC recepta las críticas que se le hicieran al principio de autonomía de la voluntad que fuera producto de la concepción liberal imperante a la época de su sanción, estableciendo reglas a efectos de proteger a la parte débil de la relación negocial.

Con la sanción del CCC, se produce una fractura del tipo contractual, atendiendo a la libertad con que es ejercida la autonomía de la voluntad, estableciendo la división entre los contratos discrecionales de aquellos por adhesión a cláusulas predispuestas por el oferente. A esta división, la atraviesan los contratos de consumo con el establecimiento de un núcleo duro de derechos en favor de quienes son considerados consumidores.

Es aquí donde se plasma la constitucionalización del derecho privado extremando la protección del consumidor que puede ver perjudicados sus derechos, frente a la necesidad de intervenir en el intercambio de bienes y servicios. Esta protección, que genera un núcleo duro de derechos, de orden público, se establece tanto para los contratos discrecionales como los contratos de adhesión a cláusulas predispuestas.

En este sentido, y como resalta Freytes (2016) "...el solidarismo contractual propone una lectura menos rígida y absolutista de los principios que regulan el derecho de los contratos, haciéndolo menos descarnado ante injusticias o desequilibrios surgidos del clausulado convenido". (V, párr. 4)

En línea con la protección de los derechos de las partes intervinientes en un contrato, frente al efecto vinculante de las cláusulas establecidas en virtud de lo dispuesto por el principio de autonomía de la voluntad, y particularmente en lo que hace al contrato de fideicomiso, habrá que determinar si una de las partes es considerada consumidor.

La determinación del carácter de consumidor puede no ser tan clara en el contrato de fideicomiso, ya que estamos frente a un instrumento jurídico sobre el que descansan diversos tipos de negocios subyacentes.

Al analizar el contrato de fideicomiso, de manera de establecer el grado de intensidad con que ha sido ejercida la autonomía de la voluntad, nos parece necesario tener presente que debe hacerse un análisis integral de la figura, de manera de balancear las relaciones entre las partes. La confianza depositada en el fiduciario, la relación contractual entre las partes, las características del negocio que se configuró, son algunos de los puntos que, creemos, deben ser tenidos en cuenta.

La protección de la parte débil en el contrato de fideicomiso afianzará su utilización y favorecerá el flujo de inversiones, constituyéndose como un instrumento de desarrollo económico que brinda seguridad jurídica a las partes intervinientes.

Por lo expuesto podemos concluir que la intensidad con que ha sido ejercida la autonomía de la voluntad juega un rol fundamental a los efectos de determinar la fuerza vinculante de las cláusulas insertas en el contrato de fideicomiso.

9. Bibliografía y fuentes de información

9.1. Bibliografía

Alegría, H. (2008). *La autonomía contractual frente al panorama actual del derecho mercantil. La Ley, 2008(E)*, 1186.

- Albaladejo, M. (1985). *Derecho Civil I. Introducción y Parte General* (Volumen Segundo). Barcelona: Librería Bosch.
- Alterini, A., y López Cabana, R. (1989). *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Bonfante, P. (1929). *Instituciones de Derecho Romano*. Madrid: Reus.
- Carregal, M. (1982). *El fideicomiso*. Buenos Aires: Universidad.
- Castán, S. (2013). Fuente y Hontañón. La herencia fideicomisaria. Desde Roma hasta el Derecho peruano. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 35, 818-826.
- De Castro y Bravo, F. (1971). *El negocio jurídico*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid: Reus.
- Ferrer, A. (1999). La globalización, la crisis financiera y América Latina. *Revista de Comercio Exterior*, 49(6), 527-536.
- Freytes, A. (noviembre 2016). Resistematización contractual en el Código Civil y Comercial de la Nación. *La Ley*. Cita Online: AR/DOC/3187/2016
- Gounot, E. (1912). *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*. París: A. Rousseau.
- Hernández, C. (marzo 2016). El "contrato de consumo" en el contexto de la "teoría general del contrato". A propósito del Código Civil y Comercial (expresión de una nueva estructura tipológica). *SJA*. Cita Online: AR/DOC/4158/2016

- Kiper, C. (1989). *Régimen jurídico del dominio fiduciario*. Buenos Aires: La Ley.
- Kiper, C., y Lisoprawski, S. (2012). *Tratado de Fideicomiso*. Buenos Aires: Abeledo Perrot S.A.
- Kiper, C., y Lisoprawski, S. (2016). *Tratado de Fideicomiso. Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: La Ley.
- Lisoprawski, S. (2016). *Medidas cautelares para compradores por boleto de compraventa en un fideicomiso inmobiliario*. *La Ley*, 2016(F), 384-396.
- Molina Sandoval, C. (2007). La Protección Jurídica del Adquirente de Unidades Funcionales y El Fideicomiso Inmobiliario. *La Ley* 01/10/2007.
- Muguillo, R., (2009). *Ley de sociedades comerciales - ley 19.550 comentada y concordada. Normativa complementaria* (2da. edición). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Olivera, J. (2004). Globalización, crecimiento económico y bienes públicos. En *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, Segunda Época, 49(42).
- Papa, R. (2014). Fideicomiso Inmobiliario. Aspectos jurídicos, contractuales y regulatorios. *La Ley*, 2014(F), 1119-1126.
- Peyrefitte, A. (1996). *La sociedad de confianza*. Barcelona: Andrés Bello.

Puig Brutau, J. (1987). *Compendio de Derecho Civil* (Volumen II). Barcelona: Bosch.

Risolía, M. (1958). *Soberanía y crisis del contrato*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Stiglitz, R. (1992). *Autonomía de la voluntad y revisión del contrato*. Buenos Aires: Depalma.

Stiglitz, R. (septiembre 2015). Contratos por adhesión, contratos de consumo y cláusulas abusivas. *RCCyC*. Cita Online: AR/DOC/2850/2015

9.2 Fuentes de información

Cámara 6a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, “Ahumada, Mariela Florencia c/ Oliver Group S.A. y Otro s/ ordinario -otros- recurso de apelación”.

Cámara 4a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza”, 31/07/2013, “Beral, Lidia Angélica c. Sociedad Mutual del Colegio Farmacéutico de Mendoza s/ escrituración”. LL Gran Cuyo 2013, diciembre, 1164.

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo de 1a Nominación de Río Cuarto, “Milloch, Hugo Jorge c/ Seidl, Lilia Alfonsina Viviana y Otros s/ ordinario”.

Gran Diccionario Larousse (2016). Recuperado de
<https://es.thefreedictionary.com/autonom%c3%ada>

Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Recuperada de
<http://www.servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

Ley 24.441. Financiamiento de la vivienda y la Construcción. Recuperada de
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/812/texact.htm>