

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL ADQUIRENTE DE UNIDADES FUNCIONALES Y EL FIDEICOMISO INMOBILIARIO

CARLOS A. MOLINA SANDOVAL

La Ley, 2007-E, 1288

SUMARIO: I. Introducción. — II. Práctica jurídica en fideicomisos. — III. Fideicomiso de construcción. — IV. Ley de defensa del consumidor. — V. Ambito objetivo de aplicación de la LDC. — VI. Aplicación de la LDC al fideicomiso. — VII. Derecho de información y la rendición de cuentas al beneficiario (consumidor). — VIII. Oferta y publicidad. — IX. Responsabilidad en el fideicomiso de construcción. — X. Cláusulas abusivas. — XI. Prehorizontabilidad. — XII. Aplicación del artículo 146, LCQ. — XIII. El fideicomiso como consumidor.

I. Introducción

Pese a que la ley 24.441 (Adla, LV-A, 296) no distinguió las distintas variantes del contrato de fideicomiso, la práctica empresarial y fundamentalmente el rol de los asesores jurídicos (e impositivos) han ido estableciendo algunos esquemas contractuales (variantes) para canalizar diversos negocios o planteos económicos.

Es claro que todo fideicomiso en su esencia importa un negocio de confianza (fidei) en el fiduciario para que cumpla el encargo establecido (fines del fideicomiso). Este cumplimiento del encargo trae aparejado, además, la obvia necesidad implícita de “administrar” el activo fideicomitado en aras de ejecutar lo acordado contractualmente. Por ello, todo fideicomiso, cualquiera sea su objeto o finalidad, genera la obligación del fiduciario de administrar correctamente (como un buen hombre de negocios). Todo fideicomiso es de administración, aun cuando también cumpla con otras finalidades.

Los “únicos” tipos de fideicomisos establecidos por la ley son el fideicomiso ordinario (regulado por los arts. 1 al 18 y 25 a 26, ley 24.441) y el fideicomiso financiero (establecido esencialmente por los arts. 19 al 26 de la ley 24.441 y por las normas de la Comisión Nacional de Valores).

Directamente la ley alude al "fideicomiso testamentario", ya que el art. 3, ley 24.441, señala que el fideicomiso también podrá constituirse por testamento, extendido en alguna de las formas previstas por el Código Civil, el que contendrá al menos las enunciaciones requeridas por el art. 4 y agrega que en caso de que el fiduciario designado por testamento no aceptare, se aplicará lo dispuesto en el art. 10 de la ley. Pero no estipula ninguna previsión adicional a la que ya estaba prevista en el propio Código Civil.

II. Práctica jurídica en fideicomisos

De todas formas, la práctica jurídica de este contrato ha demostrado que existen varios esquemas recurrentes que se reiteran, tales como fideicomiso público, de garantía, de flujo de fondos, de planeación patrimonial, de construcción, etc.

En el fideicomiso de garantía (que no está tipificado legalmente sino que es un supuesto impuesto por la práctica bancaria y de financiamiento) (1) está claro que la finalidad del negocio fiduciario radica en garantizar el cumplimiento de una obligación asumida por un deudor. El deudor (o un tercero) transfiere el bien en forma fiduciaria al fideicomiso (rectius: fiduciario) para que lo administre y cumpla el encargo de liquidar (extrajudicialmente) el bien fideicomiso (en caso de incumplimiento de la obligación por parte del deudor) o lo restituya al deudor (o tercero) si el deudor cumple con la obligación así garantizada.

En cada uno de los otros esquemas fiduciarios es claro que aparece una cierta finalidad y un esquema de participantes que determinan la "tipificación económica o social". Esta tipificación social o económica no es intrascendente, pues cumplen una función importante en la interpretación del contrato de fideicomiso y en la proyección de una futura reforma legislativa.

Se ha dicho que la virtualidad de la costumbre actúa en distintos momentos y con un carácter que a veces es general y, otras veces, más o menos particular. En ocasiones el legislador toma en cuenta los usos de un determinado país para proyectar esas costumbres en las leyes (2). Ello también ocurre en el derecho comparado (arts. 1287, Cód. Civil español, 133, Cód. Civil alemán; 1302, Cód. Civil uruguayo, 112, 113 y 114, Cód.

(1) Ver un desarrollo en: MOLINA SANDOVAL, Carlos A., "El fideicomiso en la dinámica mercantil. Estructura y configuración de la praxis negocial. Formas extintivas y de insolvencia", Abaco, Buenos Aires, 2004, p. 361.

(2) ANDRADA, Alejandro Dalmacio, "La interpretación conforme a los usos del tráfico", RDPC 2006-3 (Interpretación del contrato), p. 189.

Civil brasileño, etc.) y forma parte de las bases de la interpretación de los contratos (3).

Muchos de los vacíos contractuales o incluso omisiones pueden interpretarse en base a lo que las partes entendieron (art. 1198, Cód. Civil) o a su intención común (art. 218, inc. 1, Cód. de Comercio), lo que naturalmente deriva de los usos y costumbres del lugar (práctica jurídica habitual). El art. 219 del Cód. de Comercio, señala que si se omitiese en la redacción de un contrato alguna cláusula necesaria para su ejecución, y los interesados no estuviesen conformes en cuanto al verdadero sentido del compromiso, se presume que se han sujetado a lo que es de uso y práctica en tales casos entre los comerciantes del lugar de la ejecución del contrato.

III. Fideicomiso de construcción

Uno de los negocios fiduciarios que se ha generalizado en la práctica empresaria es el fideicomiso inmobiliario o de construcción. Esta generalización se debe al crecimiento de la construcción y a la inversión en inmuebles como una posibilidad de inversión segura en un escenario aún confuso desde lo macroeconómico. El número de desarrollos inmobiliarios realizados luego de la devaluación de la moneda continúa aún con un ritmo de crecimiento significativo, si se tienen en cuenta otros sectores productivos.

Si bien los esquemas jurídicos que se han desarrollado varían según el esquema tributario que se plantee en el caso concreto, lo cierto es que usualmente los fiduciantes aportan bienes al fideicomiso (rectius: al fiduciario) para la construcción de un edificio en el que se preadjudica las unidades resultantes a los beneficiarios o los enajena a terceros una vez construidos.

(3) Ver, entre muchos otros, MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Calificación, integración e interpretación del contrato", RDPC 2006-3 (Interpretación del contrato), p. 7; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Breves reflexiones sobre la interpretación de los contratos y la interpretación de la ley", RDPC 2006-3 (Interpretación del contrato), p. 19; MÜLLER, Enrique C., "Interpretación literal y contextual", RDPC 2006-3 (Interpretación del contrato), p. 31; RINESSI, Antonio Juan, "Interpretación a favor del deudor y del consumidor", RDPC 2006-3 (Interpretación del contrato), p. 125; MAYO, Jorge Alberto, "Interpretación. Finalidad y economía del contrato", RDPC 2006-3 (Interpretación del contrato), p. 227; SARAVIA FRIAS, Bernardo y MAZZINGHI, Marcos, "Reflexiones sobre la interpretación de los contratos bancarios", RDPC 2006-3 (Interpretación del contrato), p. 237; GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo, "La interpretación integradora, la integración del contrato y las pautas legales", LA LEY, 1998-B, 1261; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, "Interpretación de los contratos", LA LEY, 1995-B, 543; VIDELA ESCALADA, Federico N., "La interpretación de los contratos civiles", Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 15, entre muchísimos otros.

En este contexto, el aportante del terreno suele ocupar la posición contractual de fiduciante y beneficiario por un número determinado de unidades de propiedad horizontal (que varía según el costo del terreno establecido en el business plan) y se designa a un tercero que será el encargado de cumplir la manda fiduciaria: la construcción del edificio. El fiduciario puede ser la misma empresa constructora o, incluso, se puede delegar en empresas especializadas la dirección, representación, proyecto y administración de la obra y la comercialización de las unidades a construirse, etc. Asimismo, se pueden incorporar nuevos fiduciantes que aporten bienes (efectivo, canje de productos u otros materiales necesarios para la construcción, etc.) a cambio de asumir la posición de beneficiarios de una unidad concreta en el desarrollo inmobiliario (4). Económicamente, el fiduciante adquiere un derecho a una de las unidades que efectivamente se construya en el emprendimiento.

El aporte de los fiduciantes puede ser, también, meramente especulativo (y como inversión) y su posición de beneficiario radicará en las ganancias que obtenga el fideicomiso de la celebración de boletos de compraventa de las unidades integrantes del complejo edilicio. Construido el edificio y cumplidos los compromisos con los adquirentes de unidades habitacionales, la ganancia resultante (en dinero o en unidades) deberá distribuirse entre los beneficiarios.

También se plantean algunos esquemas de construcción mediante la figura del "consorcio de construcción" en el que todos los fiduciantes aportan el dinero necesario (u otros bienes) para realizar la construcción adjudicándose las distintas unidades resultantes (5).

IV. Ley de defensa del consumidor

La descripción precedente fue realizada a los fines de encuadrar la figura del fideicomiso inmobiliario o de construcción en el esquema de la ley 24.240 de defensa del consumidor (LDC) (Adla, LIII-D, 4125). La mera posibilidad de aplicar la LDC al negocio fiduciario permite vislumbrar una serie de alternativas al consumidor que no estarían presentes en otro tipo de esquemas negociales.

La situación se agrava en algún aspecto (v.gr., cláusulas abusivas) si se tiene en cuenta que, a diferencia de otros contratos celebrados con consumidores, en el fideicomiso de construcción no siempre es el único consumidor el que lo celebra sino que pueden ser varios los que adquieran unidades funcionales. Además, y como se vio, no siempre el adju-

(4) Esta incorporación suele hacerse por separado en un "acta de adjudicación".

(5) Ver el reciente trabajo publicado: LISOPRAWSKI, Silvio, "Fideicomisos inmobiliarios. Oferta pública de fideicomisos no financieros", LA LEY, 04/07/2007, p. 1.

dicatario de una unidad es consumidor, sino que puede —en algunos casos— ser un inversor o especulador que procura obtener una renta por el dinero que aporta.

Lorenzetti ha dicho que un problema complejo lo plantean los casos, frecuentes, de adquisición de inmuebles en los que no se utiliza la compraventa, sino el fideicomiso u otro vínculo societario, o cualquiera de las modalidades atípicas utilizadas principalmente en el caso de condominios, clubes de campo y otros emprendimientos similares. Concluye afirmando que “la finalidad es calificante y si la transmisión dominial está clara, predomina sobre la estructura típica del negocio”, debiendo estar incluidos (6). Por ello, el objetivo del presente no es obtener respuestas o soluciones definitivas a un problema que aún no lo tiene, pero que —además— su solución depende del caso concreto y de la forma en que haya sido planteado en el desarrollo inmobiliario. Nuestra intención apunta a procurar abrir un campo analítico en un área aún no explotada por la doctrina y jurisprudencia existente que se ha ocupado de la problemática del fideicomiso.

V. Ambito objetivo de aplicación de la LDC

V.1. Marco normativo

El art. 1, LDC, en cierto modo, delimita la aplicación objetiva de la LDC. Este artículo, además de señalar que la LDC tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios, procura determinar quiénes son considerados “consumidores o usuarios”, señalando que son las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social: (i) La adquisición o locación de cosas muebles; (ii) La prestación de servicios; (iii) La adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminadas.

Por su parte, el decreto reglamentario 1798/94 (Adla, LIV-D, 4525), al reglamentar la LDC, señala en su art. 1, inc. b) que en caso de venta de viviendas prefabricadas, de los elementos para construirlas o de inmuebles nuevos destinados a vivienda, se facilitarán al comprador una documentación completa suscripta por el vendedor en la que se defina en planta a escala la distribución de los distintos ambientes de la vivienda y de todas las instalaciones, y sus detalles, y las características de los materiales empleados. Además, el art. 1, inc. c), aclara que se entiende

(6) LORENZETTI, Ricardo Luis, “Consumidores”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 113.

por nuevo el inmueble a construirse, en construcción o que nunca haya sido ocupado.

Para que la LDC se aplique en materia de inmuebles se requieren varias condiciones de aplicación.

V.2. *Adquisición*

Es menester que se trate de la *adquisición de un inmueble* y no otro vínculo jurídico. Por ello, quedan excluidos ciertos contratos tales como la locación de inmuebles u otros contratos no destinados a transferir el dominio.

Se genera alguna duda respecto del contrato de leasing regulado por la ley 25.248. Pese a que la ley no señala, hemos señalado (7) que la LDC resulta plenamente aplicable al contrato de leasing (no sólo el operativo sino también el financiero, dependiendo de las circunstancias de cada caso).

En cierto modo el leasing trae implícita una opción de compra y la posibilidad de ciertos servicios y accesorios conexos (art. 7, ley 25.248), con lo cual —teniendo en cuenta que se trata de un caso dudoso— parece prudente extender la aplicación de la LDC en el leasing de inmuebles desde la celebración del leasing (si existen servicios o accesorios conexos) o desde que ocurra el ejercicio de la opción (y sin perjuicio de que al momento de la adquisición se trate de un inmueble usado).

V.3. *Inmueble nuevo*

También requiere la LDC que se trate de un “inmueble nuevo”. Ello no sólo porque así lo exige el art. 1, inc. c, LDC, sino también porque el art. 2, LDC, excluye a las “cosas usadas” del ámbito de aplicación de la LDC. Será “nuevo” aquel inmueble a construirse, en construcción o que nunca haya sido ocupado.

Usualmente, el fideicomiso de construcción tiene como finalidad la construcción de un edificio en el que todas las unidades serán nuevas, con lo cual se cumpliría con este extremo. El hecho de que la unidad tenga como primer titular registral (una vez inscripta la propiedad horizontal) al fiduciario no quita el carácter de nuevo, pues lo esencial para considerarlo nuevo es que sea un inmueble que nunca haya sido ocupado o “usado” por otra persona (a título de dominio o incluso a título de locación o comodato).

(7) MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Leasing. Estructura jurídica. Leasing operativo, financiero y retroleasing. Cumplimiento y ejecución. Aspectos concursales, contables, impositivos y penales”, Ed. Reus, B de F Ltda. y Euro Editores, Madrid - Montevideo-Buenos Aires, 2007, p. 89.

En el caso de los loteos (y en la práctica también es común que el desarrollo inmobiliario a realizar por el fideicomiso sea un loteo) la calidad de “nuevo” del inmueble no puede radicar en la tierra (que no tiene un tiempo determinado), sino en el terreno obtenido en la subdivisión o incluso las prestaciones nuevas con que cuente el loteo.

V.4. Destino de vivienda

Tiene que tratarse de un inmueble destinado a vivienda. No es menester que sea vivienda del consumidor, mucho menos que sea el único inmueble o vivienda que posea el consumidor o que sea para su grupo familiar o social. El hecho de que la LDC aluda que el contrato sea “para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social” (art. 1) no excluye la aplicación de la LDC cuando se adquiriera un inmueble nuevo que se destine para alquilarlo a terceros. El mismo art. 1, LDC, alude a “beneficio propio” en un sentido amplio y a favor del consumidor. La compra para locación importa un beneficio para el consumidor y su grupo familiar.

Se ha dicho que el “destino a la vivienda” es un elemento calificante del vínculo para que sea de consumo. Es un fin casualizado (una causa fin que las partes han tenido en cuenta en la contratación). No se trata de una mera intencionalidad subjetiva, muy difícil de probar en el caso concreto. Puede surgir del destino del inmueble, que es un elemento objetivo que surge del propio diseño; es ésta una concepción del inmueble la que le adjudica un designo normal y suficiente para calificarlo como tal (8).

Como puede verse, en el fideicomiso de construcción, la finalidad suele surgir de la propia redacción del contrato de fideicomiso o del proyecto presentado en las entidades administrativas (o consensuado con el desarrollista). Si se trata de la construcción de una torre de oficinas o de un *apart hotel*, es claro que la LDC no se aplicará (pues no cumple con el destino exigido por la ley).

Ahora bien cuando dicha finalidad no surge del propio contrato de fideicomiso ni de los boletos de compraventa ni de las actas de adjudica-

(8) LORENZETTI, “Consumidores”, cit., p. 112. También se ha dicho que el destino de vivienda exigido por el precepto legal es coincidente con la idea de destino final que determina la existencia de un contrato de consumo. Precisamente “es el destino el elemento cualificador de la noción de vivienda. Los términos vivienda y residencia son sinónimos. Basta, pues, con que se trate de una superficie de terreno, debidamente construida, delimitada y habitable, que se destina o pueda destinarse a residencia de una persona física, sea estacional, ocasional o permanentemente” (CABELLO DE LOS COVOS Y MANCHA, Luis M., “La seguridad del consumidor en la adquisición de inmuebles”, Civitas, Madrid, 1990, p. 81 cit. por WAJNTRAUB, Javier H., “Protección jurídica del consumidor”, Lexis-Nexis Depalma, Buenos Aires, 2004, p. 28).

ción, dicha finalidad deberá determinarse en cada caso. Lo importante será el destino que el consumidor le dé al inmueble, independientemente de que en el complejo edilicio la mayoría de las unidades sean destinadas a fines distintos que el de vivienda.

La mutación del destino tampoco impide la aplicación de la LDC. Si el inmueble se adquirió originariamente con destino a vivienda y luego el destino se modificó (depósito de obras de arte), las posibilidades de la LDC se mantienen vigentes.

Incluso cuando el consumidor adquiere una unidad funcional que aún no ha sido terminada lo relevante es el destino que las partes asumieron (o entendieron asumir) en el contrato de fideicomiso o en sus incorporaciones posteriores. No puede exigirse destino efectivo, si el mismo aún no ha podido ser ocupado por el consumidor. En caso de que se trate de una situación dudosa, la aplicación de la LDC debe estimarse aplicable (art. 3, LDC).

V.5. Oferta a personas determinadas

La oferta debe ser *pública y dirigida a personas indeterminadas*. En este sentido, se ha señalado que no toda venta de inmuebles nuevos destinados a vivienda, cuya oferta haya sido hecha públicamente y a personas indeterminadas, quede sometida a las disposiciones de la LDC. El régimen del consumidor se aplica sólo cuando el enajenante es una empresa constructora o promotora de venta de viviendas y que no se aplicaría, en principio, al particular que ofrezca en venta por medio de un aviso en el diario un departamento que no llegó a ocupar (9).

Debe tratarse de una invitación que se hace a personas en general o a sectores o grupos determinados para realizar una adquisición de un inmueble nuevo efectuada el constructor o comercializador por medio de ofrecimientos personales, publicaciones periodísticas, transmisiones radiotelefónicas o de televisión, proyecciones cinematográficas, colocación de afiches, letreros o carteles, programas circulares y comunicaciones impresas o cualquier otro procedimiento de difusión (arg. art. 16, ley 17.811 —Adla, XXVIII-B, 1979—).

V.6. Documentación

El decreto reglamentario agrega que en caso de venta de viviendas prefabricadas, de los elementos para construirlas o de inmuebles nuevos destinados a vivienda, se facilitarán al comprador documentación completa suscripta por el vendedor en la que se defina en planta a escala

(9) FARINA, Juan M., "Defensa del consumidor y del usuario", 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 80.

la distribución de los distintos ambientes de la vivienda y de todas las instalaciones, y sus detalles, y las características de los materiales empleados. Se trata de un requisito extra de información que se exige por una cuestión de buena fe.

VI. Aplicación de la LDC al fideicomiso

Teniendo en cuenta lo señalado en orden al ámbito objetivo de aplicación de la LDC y la realidad económica del negocio, todo parece indicar que el estatuto del consumidor sería plenamente aplicable al contrato de fideicomiso. El fideicomiso, en esencia, no es más que un mero vehículo de un negocio subyacente (10). Lo que tipifica la relación es el negocio que subyace al fideicomiso y que caracteriza la finalidad establecida en el contrato.

Por ello, en una mayoría de supuestos de fideicomisos de construcción en la que terceros aportan una suma de dinero con la expectativa de la adjudicación de una unidad "habitacional" la relación será claramente de consumo. No importa el esquema utilizado. Es indiferente para aplicar la LDC (y proteger al consumidor) que la adquisición de la unidad se realice mediante un boleto de compraventa con el fiduciario o sea mediante su incorporación como fiduciante y beneficiario. Lo importante es la causa determinante del aporte y las condiciones del pacto de adquisición de la futura unidad y quién ha sido el responsable del desarrollo del negocio.

Quizás en el consorcio de construcción (independientemente de que se utilice la forma del fideicomiso, sociedad civil, sociedad de hecho o aún condominio) la cuestión dependerá del enfoque que se realice el negocio. Las partes aportan dinero para construir un edificio y soportarán entre todos los costos de la construcción del edificio.

Respecto del fiduciario no sería estrictamente aplicable la LDC, lo que no excluye que la LDC se aplique respecto de los proveedores del fideicomiso (empresa constructora, administradora de la obra, etc.). Ahora bien, si en el esquema consorcial el fiduciario, además, ocupa el rol de la empresa constructora o administrador de la obra, la responsabilidad en materia de consumo no dependerá de su condición de fiduciario sino en su rol de constructor o administrador de obra.

Como conclusión provisional, podría señalarse que, en principio y en virtud del art. 3, LDC, la regla es la aplicación de la LDC al contrato de fideicomiso de construcción respecto de los adquirentes de unidades funcionales destinadas a vivienda (sea como fiduciantes y beneficiarios

(10) MOLINA SANDOVAL, "El fideicomiso en la dinámica mercantil", cit., p. 43.

o como meros adquirentes por boleto de compraventa), salvo que por las particularidades del negocio pueda establecerse una solución contraria.

VII. Derecho de información y la rendición de cuentas al beneficiario (consumidor)

VII.1. Marco conceptual

El art. 4, LDC, requiere que quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, suministren a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos.

La finalidad que persigue este deber de información a favor del consumidor —como dijimos en otra oportunidad (11)— es permitir que el consentimiento que presta al contrato por un producto o servicio haya sido formado con reflexión, como así también evitar toda clase de riesgos que podrían derivar de una utilización inadecuada del producto. El consumidor o usuario debe saber en verdad qué va a adquirir, para qué sirve, cómo debe usarse o ingerirse, etcétera, para poder tomar una decisión razonable.

La violación de cualquiera de estos requisitos permitirá plantear la “nulidad” del contrato, aplicar las sanciones previstas por esta ley o incluso “exigir compulsivamente” dicha información. Esta información debe tener una serie de datos (12) que la ley contempla en forma enunciativa; debe ser: cierta, objetiva, veraz, detallada, eficaz, suficiente y veraz sobre las características del bien o servicio (13).

Concordamos con Navarro Munuera cuando señala, que la información que en forma directa o indirecta pero siempre de manera cierta y objetiva, ha de llegar a los consumidores, debe ser:

(i) veraz, es decir, ajustada a la realidad;

(11) MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Defensa del consumidor: el derecho a la información en el MERCOSUR”, JA, ejemplar del 05/03/2003, p. 14.

(12) En este sentido la sala primera de la Excm. Cámara Civil y Comercial de San Nicolás dijo: “La ley de defensa al Consumidor (Adla, LIII-D, 4125) impone a quienes presten servicios que lo oferten en forma veraz detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos, respondiendo de esta manera a la necesidad de dar solución a una viciosa necesidad metodológica de las prestadoras de servicios: información retaceada al consumidor, cláusulas imprecisas, tras las cuales se escudaban con frecuencia para eludir su cumplimiento” (C1ª CC San Nicolás, mayo 7-1996, “Metz, Rogelio c. Mutual del Personal del Centro Industrial Aciudar”), LLBA, 1997-240).

(13) FARINA, “Defensa del consumidor y del usuario. Comentario exegético de la ley 24.240 y del decreto reglamentario 1798/94”, cit., 97.

(ii) eficaz, lo que pone de manifiesto el carácter instrumental de la información, en cuanto ha de ser útil para el mejor aprovechamiento de la cosa o servicio y para la salud y seguridad de consumidores y usuarios;

(iii) suficiente, o sea que debe darse toda la información para que ésta pueda ser eficaz, según los términos antedichos (14).

Por su lado, la ley 24.441 (art. 7) señala que el contrato no podrá dispensar al fiduciario de la obligación de rendir cuentas, la que podrá ser solicitada por el beneficiario conforme las previsiones contractuales ni de la culpa o dolo en que pudieren incurrir él o sus dependientes, ni de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitados. En todos los casos los fiduciarios deberán rendir cuentas a los beneficiarios con una periodicidad no mayor a un año (15).

VII.2. Puntos de contacto

Ambas normas tienen como punto de contacto que se trata de una norma prevista en *protección del consumidor* o del beneficiario (o de ambos, si coinciden).

Asimismo, la información al consumidor constituye una norma de orden público (art. 65, LDC) o, al menos, inderogable por voluntad de las partes ("el contrato no podrá dispensar al fiduciario de la obligación de rendir cuentas", dice el art. 7).

Ambos institutos tienen una *finalidad informativa*, en un caso en forma explícita (pues así lo dice el art. 4, LDC) y en otra en forma implícita (pues la rendición de cuentas en cierto modo es brindar información sobre la gestión).

VII.3. Diferencias

Las diferencias entre el derecho de información (art. 4, LDC) y la rendición de cuentas (art. 7, ley 24.441) son varias y radican —entre otras cosas— en los tiempos de ejercicio de los derechos y las consecuencias por el incumplimiento.

La rendición de cuentas debe hacerse de acuerdo a lo pactado en el fideicomiso. En su defecto (o si el contrato estableciera un plazo mayor) podrá ser solicitada con una periodicidad no mayor a un año. En cambio, el derecho de información al consumidor puede hacerse cuando éste

(14) MUNUERA NAVARRO en: BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO y SALAS HERNANDEZ (coord.), "Comentarios a la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios", cit. por FARINA, "Defensa del consumidor y del usuario. Comentario exegético de la ley 24.240 y del decreto reglamentario 1798/942", cit., p. 98.

(15) MOLINA SANDOVAL, Carlos A., "La rendición de cuentas en el fideicomiso", JA (Lexis-Nexis), ejemplar del 18/02/2004, p. 11.

tenga necesidad de información. No existe ninguna limitación en este sentido, salvo el abuso del derecho (art. 1071, Cód. Civil) si el consumidor exigiera información más allá de su real necesidad y contrariando el estándar de razonabilidad (art. 28, CN).

El incumplimiento de la rendición de cuentas (en la ley 24.441) tiene las siguientes consecuencias:

(i) exigir la rendición de cuentas en forma compulsiva (judicialmente);

(ii) eventualmente demandar los daños y perjuicios ocasionados por la falta de rendición de cuentas).

Las consecuencias del incumplimiento del deber de información también son más amplias e incluso diferentes. En efecto, el consumidor puede no sólo exigir judicialmente la información solicitada y reclamar los daños y perjuicios que ocasionó la falta de información, sino que además puede solicitar la nulidad del contrato (pues el consentimiento puede haberse brindado equívocamente y en base a una realidad distinta de la que la información reflejaba) y solicitar la imposición de una multa por la autoridad de aplicación en los términos del art. 47, LDC. Esta norma señala que verificada la existencia de la infracción, quienes la hayan cometido se harán pasibles de sanciones de apercibimiento, multa de quinientos a quinientos mil pesos (hasta alcanzar el triple de la ganancia o beneficio ilegal obtenido por la infracción), clausura del establecimiento o suspensión del servicio afectado por un plazo de hasta treinta días, suspensión de hasta cinco años en los registros de proveedores que posibilitan contratar con el Estado o incluso la pérdida de concesiones, privilegios, regímenes impositivos o crediticios especiales de que gozare.

En el pleito judicial originado por incumplimiento del deber de información (a diferencia de la rendición de cuentas, si es que no participa un consumidor), el Ministerio Público cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley (art. 52, LDC). Vale decir, que deberá citarse al Ministerio Público siempre que exista un pleito en el que se discuta la afectación de un derecho del consumidor.

Si el beneficiario puede además ser considerado como consumidor, aun en la rendición de cuentas, deberá darse participación al ministerio público.

VII.4. Tiempos y obligados al cumplimiento

En el ámbito subjetivo, el ámbito de aplicación es más amplio en la ley de defensa del consumidor que la ley 24.441. En el contrato de fideico-

miso, sólo está obligado a rendir cuentas el fiduciario. Ningún otro participante tiene dicha obligación.

En cambio, en la ley de defensa del consumidor dicha obligación es más amplia, ya que según señala el art. 2, LDC, que quedan obligados al cumplimiento de esta ley todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada que, en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios.

También difieren en cuanto a la extensión temporal de ambos derechos. El deber de información al consumidor abarca todo el iter negocial (precontractual, contractual y postcontractual). La rendición de cuentas sólo puede realizarse durante la vigencia del contrato de fideicomiso y como acto final con la extinción y/o liquidación del fideicomiso.

VII.5. Normas complementarias

De todas formas, cabe señalar que se trata de dos normas que no sólo no se superponen, sino que se “complementen”. Ninguno de los preceptos deroga derechos del consumidor. Cuando el beneficiario puede a la vez considerarse consumidor (pues se trata de una unidad destinada a vivienda), tiene dos posibilidades que se dan de manera conjunta: (i) por un lado, la posibilidad de exigir rendición de cuentas —al menos— una vez por año; (ii) por otro lado, acceder al derecho de información como consumidor en cualquier momento.

También el contenido de lo requerido es diferente. El derecho de información es más amplio que la rendición de cuentas. La rendición de cuentas es la posibilidad de plasmar por escrito los datos relevantes sobre la variación patrimonial de un determinado ente. Toda cuenta comprende por lo menos tres elementos componentes: (i) una parte gráfica; (ii) una relación cuantitativa de los efectos de cada operación y de los saldos acumulados; (iii) una relación literal que involucra tanto a su denominación como a todo lo vinculado con la expresión escrita no numérica de la operación (fecha, concepto, explicación detallada, referencia a los comprobantes respaldatorios, etc.) (16). Por ello, rendir cuentas es presentar a un interesado un informe con la forma, condiciones y resultado de un determinado negocio, consistente en una representación gráfica y contable de todas las operaciones, acompañada de los comprobantes de respaldo y con las explicaciones que lo hagan claro (17).

(16) FOWLER NEWTON, Enrique, “Análisis de los estados contables”, p. 117.

(17) ROMERO, José I., “Manual de Derecho Comercial. Parte general”, Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 103.

De manera similar, Fontanarrosa señala que rendir cuentas de una gestión es informar al dueño del negocio o interesado en él, por cuya cuenta actúa el gestor, de todo lo que se ha hecho en su interés, determinando y detallando los pasos realizados, para establecer la situación jurídica entre el gestor o administrador y el dueño del negocio. Rendir cuentas es, pues, presentar al *dominus negotii* la descripción gráfica de las operaciones efectuadas, acompañada de las informaciones aclaratorias y necesarias y de los respectivos comprobantes (18).

Por ello, si el fiduciario ha administrado un patrimonio fideicomitido en beneficio de un tercero (beneficiario), debe consignar las operaciones realizadas en los libros y conservar los comprobantes. En este sentido, se exige que los comerciantes tienen obligación de conservar los libros de comercio por diez años después del cese de su actividad y la documentación contable durante diez años contados desde su fecha (art. 67, Cód. de Comercio).

Esta actividad de registrar los hechos o actos contablemente relevantes tiene gran importancia pues de allí (y de otros elementos) emanará si el fiduciario ha realizado su actividad en debida forma y como un buen hombre de negocios sobre la base de la confianza depositada en él (art. 6, ley 24.441).

VIII. Oferta y publicidad

VIII.1. La tutela del consumidor

El art. 7, ley 24.240, señala que la oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados, obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice, debiendo contener la fecha precisa de comienzo y de finalización, así como también sus modalidades, condiciones o limitaciones. La revocación de la oferta hecha pública es eficaz una vez que haya sido difundida por medios similares a los empleados para hacerla conocer. Además, las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor. En los casos en que las ofertas de bienes y servicios se realicen mediante el sistema de compras telefónicas, por catálogos o por correos, publicados por cualquier medio de comunicación, deberá figurar el nombre, domicilio y número de CUIT del oferente (art. 8, LDC).

Estos preceptos tienen un ámbito muy importante en las relaciones de consumo y por supuesto que también tienen relevancia en los fidei-

(18) FONTANARROSA, Rodolfo O., Derecho comercial argentino, 1: Parte general, Zavallá, Buenos Aires, 1995, p. 385.

comisos de construcción (cuando los beneficiarios pueden considerarse consumidores).

Este precepto es fundamental porque la oferta dirigida por el fiduciario (o su comercializadora) a consumidores indeterminados los obliga por el tiempo que se realice. Más allá de lo que prevea el contrato de fideicomiso, deberá respetarse el tenor de la oferta realizada mientras no haya sido revocada en la forma prevista por la ley de defensa del consumidor. Por otro lado, el art. 8, LDC, tiene por incluida las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios o prospectos en el contrato con el consumidor.

Esta previsión normativa es claro que no causa ningún inconveniente en materia de contratos bilaterales (empresa versus consumidor), pero puede generar ciertos inconvenientes en aquellos contratos en los que participen varias personas, alguna de ellos sin ser consumidores. Puede suceder que en el fideicomiso de construcción algunos participantes del contrato lo hagan como beneficiarios de una unidad nueva destinada a vivienda (consumidores), pero otros lo hagan como beneficiarios de oficinas, locales comerciales o aún una explotación de cocheras (no siendo consumidores). Incluso podrían intervenir como proveedores de ciertos materiales o servicios profesionales.

VIII.2. Inconvenientes

También podría darse el caso de un fideicomiso de construcción en el cual la publicidad "ofrezca" ciertas condiciones que no estén incluidas en el instrumento constitutivo del contrato de fideicomiso. ¿Puede el contrato "modificarse" parcialmente sólo respecto de algunos consumidores y no respecto del resto? ¿Puede esta "modificación unilateral" (entre el fiduciario y un beneficiario consumidor) afectar al resto de los participantes del fideicomiso? ¿Cuáles son los límites de este dispositivo? ¿A quién debe priorizarse: al consumidor o al otro contratante?

Es claro que en caso de duda debe protegerse al consumidor (art. 3, LDC). Tampoco ofrece dificultades que dicha "modificación unilateral" en la que no participaron los otros contratantes puede originar el derecho del contratante a solicitar una indemnización por daños y perjuicios.

Pero, ¿cómo coordinar los derechos de cada uno de los participantes del contrato de fideicomiso? Es claro que no puede darse una respuesta única y que solucione todo inconveniente contractual en la coordinación del esquema del negocio fiduciario. En cada caso concreto (o incluso en cada punto contenido en la publicidad) deberá determinarse si es posible el respeto de lo publicitado sin afectar derechos de las otras partes. Si no se afecta en nada el derecho de los otros beneficiarios del contrato (con-

sumidores o no), los arts. 7 y 8, ley 24.240, debe respetarse tal cual está redactado y el consumidor podrá exigir el cumplimiento de lo obligado en la publicidad o prospecto.

Ahora bien, si la fiel aplicación de tales preceptos, conculca derechos de los otros participantes, alguno de ellos incluso consumidores, necesariamente deberá balancearse la solución y procurar una solución razonable y justa que no posibilite una situación abusiva (art. 1071, Cód. Civil). Una alternativa admisible podría buscar una solución eficiente desde el punto de vista económico. Pero no siempre lo "económicamente eficiente", puede ser lo más justo o lo mejor para los intereses involucrados. Está claro que, en caso de duda, debe evitarse el perjuicio al consumidor (art. 3, LDC), pero también deberá balancearse la entidad del perjuicio de todos los participantes del fideicomiso de construcción.

Quizás el respeto de la pauta publicitaria en relación a un determinado consumidor podría ocasionar un perjuicio grave a todos los demás intervinientes en el desarrollo inmobiliario. Por ello, en este caso, quizás la solución que corresponda sea la de indemnizar sólo los daños y perjuicios que dicho incumplimiento ocasiona y no habilitar el cumplimiento forzado contractual (conforme lo habilita el art. 10 bis, ley de defensa del consumidor).

IX. Responsabilidad en el fideicomiso de construcción

IX.1. La cadena de comercialización

El art. 2, LDC, señala que quedan obligados al cumplimiento de la LDC todas las personas que, en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios. Paralelamente, el art. 40, LDC, señala que si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa (v.gr., la unidad funcional tenga defectos de construcción que ocasionen un daño al consumidor) o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio.

Dicha responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.

IX.2. Responsabilidad del fiduciario

No surgen dudas de que el fiduciario no sólo será responsable por las normas del derecho civil sino que además será responsable frente a los consumidores (por el cumplimiento de lo acordado en la relación de

consumo). Dicha responsabilidad dependerá de la relación de consumo, pero en virtud del art. 14, ley 24.441, el patrimonio fideicomitido constituye un patrimonio de afectación (separado de los bienes del fiduciario y fiduciante) y por ello la responsabilidad se limita al valor de la cosa fideicomitada (cuyo riesgo o vicio fuese la causa del daño), si es que el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado.

Respecto a la exigencia del aseguramiento hemos señalado que aun cuando el fiduciario no haya obrado con prudencia al no contratar un seguro (cuando era razonable hacerlo), no puede responder frente a la víctima con todo su patrimonio personal. Esta conclusión se hace con la salvedad de que no exista "culpa" del fiduciario en la causación del daño. Si así fuera (y este obrar antijurídico le fuera imputable) deberá responder junto con el patrimonio fideicomitido, aun cuando existiese la limitación del art. 14, ley 24.441, ya que el fundamento de ambos es distinto (19).

Pero esta reflexión no puede llevar a señalar que por el solo hecho de que (por culpa) no se haya asegurado razonablemente las cosas riesgosas, el fiduciario deba responder por todo el daño ocasionado a la víctima con la cosa riesgosa. Existe un quiebre en el nexo adecuado de causalidad, ya que el daño no se produjo por la *culpa de ausencia de seguro*, sino por *la culpa en el actuar* —v.gr. de un dependiente del fideicomiso— de otra persona (20).

Existiría alguna contradicción, por cuanto si el fiduciario tomó un seguro cuando era razonable hacerlo, sólo se responde por el valor de la cosa fideicomitada (y no por el quantum del daño); pero si no aseguró la cosa riesgosa, responde con todo el patrimonio fideicomitido y con su patrimonio personal, vulnerando el principio de separación patrimonial expuesto no en otro sector del ordenamiento, sino en el mismo artículo 14, ley 24.441, que regula la responsabilidad objetiva.

Distinta será la cuestión de la relación interna (beneficiario-fiduciario) del fideicomiso. En esta idea, el fiduciario sí será responsable, a título de culpa (art. 6, ley 24.441), por no haber contratado el seguro (si era razonable hacerlo). En este caso, el nexo adecuado de causalidad se da en su plenitud, ya que si el fiduciario hubiere asegurado la cosa riesgosa (art. 14, ley 24.441), la limitación de la responsabilidad al valor de dicha cosa no hubiese cesado, con la consecuente aminoración del daño al fideicomiso.

(19) MOLINA SANDOVAL, Carlos A., Responsabilidad civil del fiduciario. Ley 24.441, RDCO N° 204 (2.003), p. 925.

(20) MOLINA SANDOVAL, "Responsabilidad civil del fiduciario", cit., p. 925.

El fiduciario responderá por los daños que su omisión causó al fideicomiso, debiendo acreditar —para eximirse de tal obligación resarcitoria— que no hubo culpa en la falta de seguro o que no era razonable asegurar dicho bien.

IX.3. Responsabilidad de la comercializadora

También pueden haber participado otros sujetos en la relación de consumo. Así, es común que participen (sea constando en el contrato de fideicomiso o no) la empresa constructora como así también quienes desarrollen tareas en la confección del proyecto, dirección técnica y administración de la obra.

Con respecto al corredor inmobiliario, se ha señalado que no es responsable a los fines de la LDC el corredor inmobiliario por cuanto él no vende; su función es acercar a los interesados, pero él no es parte en la contratación. La circunstancia de que en la operación intervenga un corredor no exonera al enajenante del inmueble de las responsabilidades impuestas por la ley, si la venta encuadra en las previsiones del inc. c del art. 1, LDC (21).

No obstante ello, no puede darse una opinión enfática sobre este tópico, sino que deberá determinarse en el caso concreto si puede imputarse responsabilidad al corredor inmobiliario o empresa comercializadora.

El art. 2, LDC, alude a “distribuir” o “comercializar”, pudiendo quedar —conceptualmente— incluida la comercializadora (independientemente de las posteriores acciones de repeticiones que podrían plantearse). Resulta claro que en caso de duda, la interpretación debe favorecer al consumidor (art. 3, LDC). Por su parte, el art. 40, LDC, sólo alude a “distribuidor” sin hacer ninguna aclaración respecto del comercializador. Pero, resulta claro que no es exigencia legal que para que la LDC se aplique a los participantes de la cadena de comercialización, deban necesariamente ser vendedores o titulares de los bienes que se comercialicen. La LDC hace responsable al agente, concesionario o incluso franquiciante, independientemente de quien sea el dueño de los bienes comercializados.

Es fundamental determinar el verdadero rol de la “comercializadora” y sus posibles implicancias en orden a la posición de los consumidores. Es claro que no podrá ser juzgado de la misma manera, si la empresa comercializa sólo algunas de las unidades resultantes del fideicomiso de construcción en lugar de hacerse cargo de toda la comercialización de las unidades construidas (e incluso de otros desarrollos inmobiliarios relacionados). También será diferente si la “marca” de la comercializa-

(21) FARINA, “Defensa del consumidor y del usuario”, cit., p. 80.

dora se inserta de forma tal de avalar (o al menos generar la apariencia de ello) los productos (unidades funcionales) que comercializa.

Resulta claro que los otros participantes en la construcción del edificio (constructora, administradora de obra, dirección técnica, etc.) también serán responsables frente al consumidor por el incumplimiento de sus obligaciones.

X. Cláusulas abusivas

X.1. Planteo normativo

El art. 37, LDC, señala, bajo el acápite interpretación: "Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas:

a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños;

b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte;

c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

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

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

Por su parte, la Reglamentación impuesta por decreto 1798/94 (Adla, LIV-D, 4525), en su art. 37, señala que se considerarán términos o cláusulas abusivas las que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes.

X.2. Fundamento

Las relaciones de consumo, como muchas otras relaciones jurídicas, se llevan a cabo a través de contratos, conforme lo señala el art. 1, LDC (cuando dice "contratan a título oneroso para su consumo final").

La masificación contractual, la velocidad en las transacciones de productos uniformes y la necesidad de disminuir costos de transacción en las relaciones de consumo han llevado a las empresas a utilizar con-

tratos con cláusulas predispuestas y/o de adhesión, que suponen una aceptación no negociada (o escasamente discutida) de las estipulaciones prefijadas.

Las leyes de consumo a nivel mundial y el ordenamiento jurídico argentino en particular no prohíben esta modalidad de contratación. Pese a ello, y teniendo en cuenta sus particularidades, las leyes de consumo tienden a limitar o establecer ejes de funcionamiento de estas cláusulas.

Estas limitaciones tienen como razón justificante las diferencias económicas existentes entre las partes (en la que una de ellas —usualmente la aceptante— se encuentra en inferioridad de condiciones para discutir o negociar el contenido contractual). Buscan equiparar (mediante normas imperativas o protectorias) los poderes de negociación, limitando la libertad del más fuerte no sólo en su faz punitiva (sancionando los excesos) sin también en forma preventiva (pues sabe que algunas cláusulas de su contrato contrarían previsiones normativas).

Sin dudas que el fundamento último radica en la “buena fe” de las partes contratantes. El contrato, conforme lo señala el art. 1198, Cód. Civil, debe celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo a lo que las partes verosímilmente entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión. La buena fe no sólo regula y limita la actuación de las partes luego de celebrado el contrato, sino que también abarca su etapa precontractual, e incluso postcontractual. La buena fe no es una noción rígida, sino que es un *standard* de actuación que tiene fundamentalmente en cuenta las circunstancias personales de las partes.

El sentido no sólo de la norma sino de todo el sistema jurídico de consumo procura respetar y equiparar (en una suerte de proteccionismo estatal) la equidad contractual entre las partes. Se procura que los consumidores (débiles contractuales) no celebren contratos desproporcionados o que confieran ventajas desproporcionadas a una de las partes (en desmedro de la otra).

X.3. Cláusulas abusivas

Pese a que la LDC no alude expresamente a cláusulas abusivas (aunque sí su decreto reglamentario), el art. 37 tiende a regular el fenómeno que mundialmente se ha denominado como cláusulas abusivas.

Son cláusulas abusivas todas aquellas que, obviamente impuestas por una de las partes (generalmente la empresa y en forma unilateral) perjudican ilegítimamente a la otra (consumidor) generando una situación de desequilibrio económico entre los derechos y obligaciones.

Vale decir que para que una cláusula contractual sea abusiva, debe darse:

(i) la existencia un contrato (escrito o verbal) en el que se hayan pactado derechos y obligaciones de sus partes;

(ii) que la cláusula haya sido redactada o impuesta por una parte y sin margen a discusión en concreto sobre sus alcances y generalmente por el contratante fuerte (lato sensu) de la relación económica;

(iii) dicha cláusula debe perjudicar (o puede hacerlo) a la otra parte (contratante débil), imponiendo derechos u obligaciones que en situaciones de paridad contractual no aceptaría;

(iv) que se produzca un desequilibrio contractual irrazonable o no justificado.

X.4. Tipología

La LDC, con buen tino y a diferencia de otros ordenamientos del derecho comparado, no ha procurado tipificar todos los supuestos de cláusulas abusivas sino que ha reseñado con alguna amplitud algunos standards o ejes que pueden desbalancear el equilibrio contractual buscado.

Así, concretamente ha incluido cláusulas que:

(i) desnaturalicen las obligaciones;

(ii) limiten la responsabilidad por daños;

(iii) importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte;

(iv) contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;

(v) afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes.

Las posibilidades, como en todo standard, son ilimitadas, ya que se pueden incluir toda una serie de alternativas que, directa o indirectamente, albergan la situación tipificante. De hecho, en general, será la desnaturalización de las obligaciones la que, en cierto modo, imponga los ejes de la limitación.

La ambigüedad no es necesariamente una característica de la cláusula abusiva sino una modalidad empleada para confundir o producir errores en los consumidores (aun cuando puede tener efectos similares

mediante el engaño a los consumidores). Es una cláusula confusa o que puede albergar varias soluciones posibles igualmente válidas.

Por ello, y sin que sea menester invalidar la previsión contractual, se establece una válvula de escape: las cláusulas ambiguas o confusas se interpretan, conforme lo establece la doctrina y jurisprudencia en forma unánime, a favor del consumidor y en contra del redactor de la cláusula. Sin embargo, ambas situaciones no necesariamente producen los mismos efectos: la interpretación de una cláusula puede interpretarse en contra del redactor y, no obstante ello, puede no ser paralelamente beneficiosa para el consumidor; igualmente una cláusula puede permitir una cláusula favorable al consumidor y no necesariamente ser perjudicial para el empresario.

X.5. Posibilidades interpretativas

Aun más: puede suceder que una misma cláusula pueda albergar varias interpretaciones posibles (todas favorables al consumidor, aunque algunas más que otras). La ley en este punto no busca la solución más "equitativa" o "razonable" sino la más "beneficiosa" o "menos gravosa" al consumidor. No tiene cabida aquí el llamado "óptimo de Pareto" según el cual una solución es eficiente, si beneficia a alguna de las partes manteniendo la situación de los restantes (esto es, sin perjudicar a ninguno de ellos).

Aquí no importa si se perjudica al empresario o redactor de la cláusula siempre que exista alguna ventaja para el consumidor. Tampoco la ley mide las proporciones entre el beneficio del consumidor y el perjuicio del productor de bienes o servicios, pues se aplica aun cuando proporcionalmente sus desventajas sean mayores que las del consumidor.

Ahora bien, esta interpretación no puede albergar soluciones ilógicas o irrazonables en las que un mero capricho o mínima ventaja del consumidor ocasione un enorme dispendio económico o de esfuerzos al empresario. Es claro que ante la duda, la solución deberá inclinarse en favor del consumidor. Pero cuando el desequilibrio carezca de una razonabilidad justificada deberá optarse por una solución más razonable.

X.6. Redacción del contrato de consumo

Una cuestión relevante a tener en cuenta radica en aquellos casos en que el empresario (proveedor de bienes o servicios) no ha redactado el contrato sino que ha sido un tercero o, incluso, el propio consumidor el que ha utilizado un contrato tipo (eventualmente copiado de otras transacciones o contratos modelos publicitados en el libro).

La ley no exige para aplicar la sanción del art. 37, LDC (esto es, tenerlas por no convenidas) que el contrato haya sido redactado por el proveedor de bienes o servicios. Esta norma se aplica igualmente en todos los contratos de consumo, aun cuando se haya redactado por un tercero imparcial a las partes.

Económicamente, la ley ha asignado los efectos de cualquier conflicto interpretativo al empresario. La carga de controlar y depurar las cláusulas ambiguas o abusivas sólo recae sobre el empresario. El consumidor sólo tiene el derecho de impugnar aquellas que lo afecten directamente. Si el empresario no fue diligente en dicha determinación, deberá cargar los costos de esta negligencia.

La regla de que "nadie puede alegar su propia torpeza" tampoco resulta aplicable en este caso, aun cuando haya sido el propio consumidor el que haya redactado la cláusula. La ley presupone (legalmente) que el empresario está en mejores condiciones de controlar el contenido de un contrato y de evitar las situaciones conflictivas (y perjudiciales) para con el consumidor. Por ello, le impone esta carga, so pena de cargar con las soluciones más beneficiosas al consumidor (y, en algunos casos, más perjudiciales para el empresario).

X.7. Efectos

El art. 37, LDC, es bastante enfático en señalar que las cláusulas abusivas se tendrán por "no convenidas". La doctrina ha discutido cuál es el real alcance de esta "calidad".

Así, se ha señalado que al tenerse por no convenida se trata, antes bien que de su nulidad, de su inexistencia y que por lo tanto la cuestión queda útilmente planteada cuando el consumidor introduce la pretensión de inexistencia de la cláusula, sino que tenga necesidad de accionar mediante una demanda en los términos estrictos del art. 330, CPCCN (22).

También se ha dicho que a los fines de la doctrina de los actos inexistentes a las cláusulas abusivas, la LDC estipula claramente que no debe haber existido consentimiento del consumidor acerca del contenido de la condición impugnada. De esta forma, al caer uno de los elementos estructurales del acto jurídico contrato, el consentimiento, la convención cuestionada deberá considerarse inexistente. En definitiva, —se añade— el legislador presupone que en relación con la cláusula cuestionada no existió acuerdo de voluntades emitido por las partes intervinientes en el pacto. En tal sentido resulta fundamental para la conceptualización del

(22) ALTERINI, Atilio A., "Contratos", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 392.

consentimiento la constatación técnica de voluntad por el sujeto involucrado, en el supuesto analizado la norma considera que no existió (23).

Teniendo en cuenta que existe alguna tendencia en aceptar la diferencia entre nulidad e inexistencia y que de ambas posibilidades, sin dudas que la más favorable al consumidor (art. 3 y especialmente el art. 37, LDC) cabe aceptar —en este caso— que la cláusula abusiva debe considerarse “inexistente”.

Además, esta posición es refrenda por una interpretación terminológica de la norma, ya que la LDC no dictaminó expresamente la nulidad de la cláusula (pese a que así se aceptó —nulidad parcial— en el 1039, Cód. Civil). Tener una cláusula por no convenida es tenerla como que no se pactó; es —en un sentido lógico— tenerla por inexistente.

Podría cuestionarse que la inexistencia no se incluyó tampoco textualmente en el régimen del consumidor. Sin embargo, aun aceptando que no es posible la inexistencia, lo señalado por la norma tampoco equivale a su nulidad. Por ello, sería menester crear un efecto o categoría jurídica nuevo: tener por no “convenida” una cláusula. Pero, a poco que se proceda a indagar los reales efectos de esta pseudo categoría nueva puede percibirse que los efectos serán los mismos que la doctrina ha pregonado para el acto inexistente.

Estos efectos serán, en lo fundamental, los siguientes:

(i) posibilidad de que el juez califique oficiosamente como no pactada (inexistente) la cláusula abusiva;

(ii) dicha cláusula no podrá ser convertida en un acto válida; la cláusula se tiene por no convenida (independientemente de que el juez integre el contrato);

(iii) la inexistencia (esto es, que se tenga por no convenida) puede ser solicitada por todo interesado (aun el Ministerio Público) y en cualquier instancia del proceso (sin que pueda argüirse violación del principio de congruencia);

(iv) no se aplican (bajo ningún punto de vista) las reglas de la nulidad de los actos jurídicos (ni siquiera el art. 1051, Cód. Civil).

X.8. Valoración integrada

Es importante resaltar que para señalar que una cláusula es abusiva no sólo se debe analizar desde un punto de vista aislado, sino que deben valorarse todos los detalles y una adecuada visión “integral” del contra-

(23) WAJNTRAUB, Javier H., “Protección jurídica del consumidor”, LexisNexis Depalma, Buenos Aires, 2004, p. 186.

to. Ello así pues muchas veces la eventual desproporción de una cláusula puede tener un contrapeso en otra cláusula contractual.

Existen cláusulas que (por su propia naturaleza) carecen de razonabilidad y por ello deben ser tenidas por no convenidas independientemente del contrapeso que se diseñe. Por ello, también en esta problemática la razonabilidad del juez en la interpretación del contrato (y siempre teniendo en cuenta la visión más favorable para el consumidor) es indispensable.

El contrato, pese a que se compone por cláusulas, tiene un sentido unitario; y es lo que afianza justamente su causa final. El contrato, tal como se pacta por las partes, tiene un sentido que sólo puede ser analizado en su conjunto. El contrato no es una matemática suma de sus partes, sino que tiene una proyección unitaria que puede descomponerse en elementos y cláusulas.

El juez al integrar el contrato (y a fortiori, al valorar sus cláusulas como abusivas) debe tener en cuenta este sentido unitario. No tener en cuenta estos aspectos significaría desvirtuar uno de los elementos esenciales tenidos en cuenta por las partes e importaría un dirigismo contractual irracional y absurdo.

La ley preestipula o califica, casi iuris et deiure, la "no convención" de algunas estipulaciones. Así señala que se tendrán por no convenidas las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones.

El sentido de la desnaturalización de una obligación no es preciso y configura más bien un standard de valoración. "Desnaturalizar" es obviar o cambiar su naturaleza; sentido para el cual está previsto naturalmente dicha previsión. Por ello, la valoración de una obligación desnaturalizada sólo se puede realizar con un sentido razonable (y, por supuesto, de buena fe) y teniendo presente cuando una obligación se pacta en un sentido normal, habitual o adecuada.

La desnaturalización de la obligación no puede realizarse de manera autónoma, sino que tiene en cuenta más bien el sentido del contrato. La obligación no será natural (normal o adecuada) cuando no tenga una adecuada conexión (o proporción) entre la causa fin del contrato y el contenido de la obligación pactada.

Por otro lado, esta valoración sólo puede realizarse en un caso concreto y teniendo en cuenta las condiciones circunstanciales del acto (personales, de tiempo, modo y lugar).

X.9. Aplicación en el fideicomiso de construcción

En el fideicomiso de construcción, la posibilidad de declarar "no convenidas", "nulas" o "inexistentes" respecto de alguno de los beneficia-

rios (que sean consumidores) y no respecto de otros (que pueden o no ser consumidores) causa los mismos inconvenientes que se plantearon al analizar la integración del contrato con las pautas publicitarias, conforme lo autorizan los arts. 7 y 8, LDC. Remitimos a lo analizado anteriormente.

Es común que en el contrato de fideicomiso se pacte que las partes (fundamentalmente fiduciantes y beneficiarios) renuncian a la facultad de ejercer las facultades derivadas de los arts. 1201 y 1204 del Código Civil, para el caso de incumplimientos por parte de otros fiduciantes o del mismo fiduciario. Ello en el entendimiento de que el contrato de fideicomiso de construcción no puede concebirse como un contrato bilateral, sino que tiene fuertes rasgos "plurilaterales" que, en algunos aspectos, pueden asimilarse a contratos asociativos (dependiendo del esquema negocial que se haya planteado en el caso concreto).

¿Tendría valor una cláusula que determinara que los posibles efectos de una cláusula abusiva sólo se aplicarían a quien lo haya solicitado y no a los otros intervinientes? ¿Podría concebirse un contrato de fideicomiso (firmado en instrumento único) en el que algunas cláusulas serían válidas para algunos y no para otros? ¿Cuáles serían los reales alcances de esta "no convención", "nulidad" o "inexistencia"? ¿Puede un juez declarar la "ineficacia" (latu sensu) de una cláusula del contrato de fideicomiso no sólo para el consumidor, sino para todos los intervinientes sin la debida participación de todas las partes en el contrato?

XI. Prehorizontabilidad

XI.1. Esquema aplicable

XI.1.1 Obligaciones

La ley 19.724 (Adla, XXXII-C, 3368) sancionada hace más de treinta años regula el régimen de prehorizontabilidad. En lo puntual, el art. 1 señala que todo propietario de edificio construido o en construcción o de terreno destinado a construir en él un edificio, que se proponga adjudicarlo o enajenarlo a título oneroso por el régimen de propiedad horizontal, debe hacer constar, en escritura pública, su declaración de voluntad de afectar el inmueble a la subdivisión y transferencia del dominio de unidades por tal régimen.

En el fideicomiso de construcción, el fiduciario está obligado a dar cumplimiento a lo establecido en la ley de prehorizontabilidad. Ello así, pues usualmente el fiduciario suele ser el titular dominial del inmueble y además quien tiene intención de adjudicar o enajenar unidades a título oneroso (por el régimen de propiedad horizontal).

Además, de lo establecido por la propia ley 24.441 y en la ley de defensa del consumidor (fundamentalmente el art. 36, ley 24.240), al fiduciario le queda "*expresamente prohibido*" (art. 9, ley 19.724):

(i) anunciar el precio de venta, o parte de él, en forma que induzca a error, o no indicar el precio total si se menciona una parte;

(ii) anunciar en forma incompleta los planes de financiación y plazos de pago;

(iii) ofrecer formas de pago, condiciones o planes de financiación por terceras personas o instituciones de crédito que no hayan sido efectivamente acordados.

XI.1.2. Documentación

Por otro lado, y no obstante la rendición de cuentas exigida por la ley 24.441, el fiduciario debe tener a disposición de los adquirentes de unidades (art. 10, ley 19.724), la siguiente "*documentación*":

(i) copias simples autenticadas por el escribano del Registro en que se otorgó la escritura de afectación;

(ii) copia del título de dominio con constancia del escribano de haberlo tenido a la vista;

(iii) copia del plano de mensura debidamente aprobado, plano del proyecto de obra, con la constancia de su aprobación por la autoridad competente;

(iv) proyecto de plano de subdivisión firmado por profesional con título habilitante;

(v) proyecto de reglamento de copropiedad y administración;

(vi) lista de unidades que se hubieran enajenado y constancia de su anotación en el Registro de la Propiedad del Inmueble;

(vii) información relativa al desarrollo material de la obra; información relativa al pago de los servicios hipotecarios e impuestos que afectan el inmueble.

Dicha información podrá ser solicitada, aun cuando se haya pactado que la rendición de cuentas se hará una vez por año o con otra periodicidad.

XI.2. Registración de contratos

Por otro lado, el art. 12, ley 19.724, señala que el propietario (léase: fiduciario) debe registrar los contratos celebrados con los adquirentes en

el Registro de la Propiedad del Inmueble correspondiente a la jurisdicción del inmueble afectado, poniéndose nota de ello en el contrato. El adquirente puede, en cualquier tiempo, registrar el contrato. Los contratos no registrados no dan derecho al propietario contra el adquirente, pero sí a éste contra el enajenante, sin perjuicio de no ser oponibles a terceros. La posesión otorgada en virtud de un contrato no registrado es inoponible a quien ejerza su derecho a consecuencia de un contrato debidamente inscripto.

De lo dicho, y de un análisis general de la ley 19.724, cabe señalar que el acta de incorporación de un beneficiario al contrato de fideicomiso es —conforme se señaló y dependiendo de las especiales circunstancias del esquema negocial planteado— un instrumento de adquisición de una unidad funcional.

Por ello, el hecho de ser parte en el contrato de fideicomiso como beneficiario no impide la real configuración del negocio e interpretar que el beneficiario es un adquirente de una unidad funcional, con derecho a solicitar la registración del contrato y a ejercer los derechos emanados de la ley 19.724. La propia ley en los distintos artículos alude “adjudicar o enajenar unidades a título oneroso” o “contratos de enajenación o adjudicación de unidades”.

Además, estos instrumentos deberán contar con los requisitos establecidos en el art. 13, ley 19.724 (24).

(24) Art. 13, ley 19.724: Los contratos de enajenación o adjudicación de unidades deben contener:

a) Los siguientes datos de las partes:

I—Cuando se tratare de personas de existencia visible, su nombre, domicilio, estado civil, nacionalidad y número de documento de identidad;

II—Cuando se tratare de personas jurídicas, la razón social o denominación y el domicilio, acreditándose la existencia de la entidad, su inscripción en el Registro Público de Comercio, cuando fuere exigible, y la representación de quienes comparecieren por ella. En cualesquiera de los dos casos cuando se invocare mandato o representación debe dejarse constancia del documento que lo pruebe;

b) Datos correspondientes al dominio de lo enajenado, con las constancias de su inscripción;

c) Constancia de la escritura de afectación, de su anotación y de que en poder del escribano obra copia simple certificada para el adquirente;

d) La individualización y características de la unidad enajenada, su ubicación y el porcentual estimado que se asigne a ella;

e) Forma de pago del precio y cuando el saldo adeudado fuere en cuotas, el número de ellas y si son documentadas total o parcialmente en pagarés u otros títulos de crédito;

f) Plazo, monto y condiciones de los gravámenes que el propietario hubiere constituido o se proponga constituir y que afecten al inmueble;

g) Plazo y condiciones en que se otorgará la posesión;

h) En su caso, la condición prevista en el inciso c) del artículo 2.

El incumplimiento de la registración habilita a los adquirentes (o incorporados al contrato de fideicomiso) a solicitar la inscripción y cumplimiento de la afectación al régimen de prehorizontalidad y las eventuales sanciones que correspondan (por este incumplimiento).

Además, el beneficiario (adquirente de una unidad funcional) podría oponer la falta de registración del instrumento de incorporación al fiduciario (e impedir provisoriamente el ejercicio de los derechos pactados contractualmente). Vale decir que el beneficiario podría incluso incumplir con sus obligaciones dinerarias (asumidas en el contrato de fideicomiso o en la incorporación por separado) sin caer —asimismo— en incumplimiento culpable.

Se ha señalado que el propietario enajenante que no ha cumplido con la afectación del inmueble al régimen de prehorizontalidad y, en su caso, con la inscripción registral de los contratos que otorgare con relación a las unidades, *no puede reclamar a los adquirentes el cumplimiento de sus obligaciones o la resolución del contrato*(25).

XII. Aplicación del artículo 146, LCQ

XII.1. Planteo del problema

La ley de fideicomiso no establece ninguna previsión respecto de los adquirentes por boleto de compraventa. Es lógico que nada prevea, pues la ley 24.441 no regula en forma puntual el llamado fideicomiso de construcción, sino simplemente el fideicomiso en forma general. Tampoco prevé expresamente la situación jurídica de los beneficiarios y fideicomisarios.

Por su parte, el art. 16, ley 24.441, señala que la insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso no dará lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto, el fiduciario (o quien esté designado) procederá a su liquidación enajenando los bienes que lo integren y entregando el producido a los acreedores *"conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra"*.

El problema puntual se plantea en el supuesto en que el fideicomiso atraviese dificultades para cumplir regularmente con sus obligaciones. Si bien en otra oportunidad hemos analizado el tema de la liquidación

(25) CNCiv., en pleno, 28/02/79, "Cotton, Moisés D y otros c. Tutundjian, Simón" (LA LEY, 1979-A, 528). Así también otros precedentes: CNCiv., sala A, 04/06/79, "Homps, Pablo E. c. Tutundjian, Juan S." (LA LEY, 1980-A, 322); CNCiv., sala A, 03/09/79, "Sawics, Oscar A. y otro c. Paul Construcciones y otro"; CNCiv., sala C, 04/04/80, "Szume de Domb, Josefina c Szprachman, Isaac".

del fideicomiso (26), cabe aquí analizar puntualmente la situación de los adquirentes de las unidades funcionales enajenadas. Cabe recordar que los adquirentes de tales unidades pueden haber instrumentado la adquisición de dos formas: celebrando un boleto de compraventa de la unidad funcional con el fiduciario o incorporándose como fiduciante y beneficiario (y eventualmente fideicomisario) al fideicomiso para recibir la unidad funcional como "beneficio" resultante.

La ley de concursos y quiebra, señala en el art. 146, párr. 2º, LCQ, que los boletos de compraventa de inmuebles otorgados a favor de adquirentes de buena fe, serán oponibles al concurso o quiebra si el comprador hubiera abonado el veinticinco por ciento del precio. El juez deberá disponer en estos casos, cualquiera sea el destino del inmueble, que se otorgue al comprador la escritura traslativa de dominio contra el cumplimiento de la prestación correspondiente al adquirente. El comprador podrá cumplir sus obligaciones en el plazo convenido. En caso de que la prestación a cargo del comprador fuere a plazo deberá constituirse hipoteca en primer grado sobre el bien, en garantía del saldo de precio.

No corresponde aquí realizar un análisis pormenorizado de todos los aspectos regulados en la referida norma. Simplemente cabe analizar la posibilidad de aplicar el instituto del art. 146, 2º párr., LCQ, en la liquidación del fideicomiso.

XII.2. Aplicabilidad del instituto al negocio fiduciario

La primera cuestión que se plantea radica en determinar si el derecho establecido en el art. 146, 2º párr., LCQ, puede entenderse como un privilegio previsto por la LCQ o si reviste otra naturaleza jurídica (27).

XII.2.1. Opinión de la doctrina

Sobre este tópico (28) se ha entendido que el derecho del titular constituye un privilegio, que encuadra en los arts. 3875 y 3876, Cód. Civil, con la particularidad de apartar del procedimiento el cumplimiento de una obligación de hacer, que no es prioridad de pago, restando para el concurso el saldo de precio, en su caso (29). Morello también entiende que

(26) MOLINA SANDOVAL, Carlos A., "El fideicomiso en la dinámica mercantil. Estructura y configuración de la praxis negocial. Formas extintivas y de insolvencia", Abaco, Buenos Aires, 2004, p. 286.

(27) JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos A., "Ley de concursos y quiebras comentada", Lexis-Nexis, 2003, t. 2, p. 345.

(28) Seguimos en este punto el desarrollo de: HEREDIA, Pablo D., "Tratado exegeticó de derecho concursal", Ábaco, Buenos Aires, 2005, t. 5, p. 230.

(29) CAMARA, Héctor, "El concurso preventivo y la quiebra", Depalma, Buenos Aires, 1990, t. III-B, p. 923.

es un privilegio (30), lo mismo que cierta jurisprudencia (31). En cambio, Enrdozain apuntó que constituye una causa legal de preferencia, que no es un privilegio y que va mucho más allá toda vez que, al sustraer totalmente del concurso al titular del boleto de compraventa, lo transforma a éste de acreedor del concurso en acreedor de la masa tanto por una obligación de hacer (escritura pública) como de dar (el inmueble, si antes no fue entregado) (32). Kemelmajer de Carlucci entiende que se trata de un derecho de separación, calificable como "prioridad excluyente" (33). Por su parte, Rouillon, coincidiendo con la idea de estar en presencia de un derecho de separación, acepta que es una prioridad de carácter extraordinario desde que su resultado es mucho más que un privilegio (con los privilegios se concurre; en mejor posición, pero se concurre), ya que permite escapar a la concurrencia falencial y a sus consabidos rigores, llevándose bienes que, de otro modo, se liquidarían para el reparto (34).

Por su parte, Heredia señala que el titular de un boleto de compraventa no lo es de un crédito contra la masa (ergo, deuda de la masa), sino de un crédito contra el fallido, de carácter concursal, por una obligación de hacer, que debe cumplir con la carga verificatoria declarativa de un derecho concursal. Los acreedores son concurrentes o no lo son, independientemente del carácter del crédito insinuado, si es obligación de dar, hacer o no hacer. El acreedor por escrituración exigible en función de haber cumplido los recaudos del art. 146, párr. 2º, LCQ (básicamente buena fe y pago del veinticinco por ciento del precio) es, sin dudas, acreedor concurrente. Su condición es la de un quirografario, pero de características especiales, pues aunque en principio se sustrae de la suerte común que corresponde a los demás quirografarios, llegado el caso es

(30) MORELLO, Mario Augusto, "El boleto de compraventa inmobiliaria", Platense-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 87. En esta orientación, véase: C1ª Civ. y Com., San Isidro, sala II, 25/06/74, LA LEY, 1975-D, 405.

(31) CNCiv., sala K, 11/08/82, "Rocchi, Delia c. Moral, Ricardo" (donde lo define como un privilegio especial), LA LEY, 2003-B, 1, con nota de TEPLITZCHI, Eduardo, "Oponibilidad de la tercería de mejor derecho al concurso preventivo".

(32) ERDOZAIN, M., "Situación jurídica del comprador de inmueble por instrumento privado frente a la quiebra o concurso civil del vendedor (art. 1185 bis)", en: VIDELA ESCALADA, Federico N., "Contratos", Zavalía, Buenos Aires, 1973, t. II, p. 204.

(33) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Primera aproximación a las modificaciones producidas al régimen de las prioridades concursales por la ley 24.522", Rev. "Derecho y Empresa", 1995, N° 5, p. 300. También su voto como juez de la Suprema Corte de Mendoza, en pleno, 30/05/96, "Coviran Ltda.", JA, 1997-I-83.

(34) ROUILLON, Adolfo A. N., "Reflexiones sobre ciertos límites al reconocimiento, en la quiebra, del derecho a escriturar inmuebles adquiridos por boleto", JA, 1997-I-95. También habla del derecho de separación MEDICI, Rubén, "Acreedores por obligaciones de escriturar. El boleto de compraventa frente al concurso", ED, 194-849.

tal (cuando la escrituración se torna imposible y concurre al pasivo por el precio que hubiera pagado) (35).

XII.2.2. Nuestra opinión

Pese a que no cabe entender, en sentido estricto, que es un privilegio concursal (atento a lo señalado por el art. 239, párr. 1º, LCQ), se trata de un derecho a solicitar la escrituración de una inmueble (unidad funcional), aun cuando no se haya cumplido con el pago del cien por ciento del precio (si es que se erogó al menos su veinticinco por ciento). Si bien la categoría “prioridad excluyente” o “de carácter extraordinario” no hace más que reconocer que se trata de una categoría “sui generis” no encuadrable en el rango de privilegio, lo cierto es que en el ordenamiento concursal produce similares efectos o al menos posibilita el reconocimiento de un derecho sin tener que respetar, en forma estricta, el principio de igualdad de los acreedores.

Por ello, aun cuando el instituto del art. 146, 2º párr., LCQ, no configura un privilegio en sentido estricto, lo cierto es que parece razonable entender que esta norma se aplica en la liquidación del fideicomiso.

Cuando la ley de fideicomiso alude a entregar el producido a los acreedores “conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra”, no sólo está remitiendo a los arts. 239 y ss., LCQ, sino que remite a todo el plexo concursal. Más aun teniendo en cuenta la afinidad que tiene la figura prevista en el art. 246, párr. 2º, LCQ, con los privilegios.

Una correcta integración de la normativa aludida nos coloca frente a un “mix” normativo entre el sistema liquidatorio estrictamente privado (similar al societario) y el proceso concursal. Prueba de ello es que la liquidación estará a cargo del fiduciario (similar en cuanto a sus efectos al procedimiento liquidativo de los arts. 101 y sigtes., LSC). Asimismo, este esquema debiera tener dos efectos propios de la universalidad: uno, la convocación de los acreedores al proceso de verificación de créditos, y otro, la liquidación de los bienes para la distribución del resultado. Pero tampoco es estrictamente una liquidación judicial, al mejor estilo de las entidades financieras y las empresas aseguradoras.

Del art. 16, ley 24441, surge una cosa con claridad y es que el fiduciario es quien deberá enajenar los bienes que integren el fideicomiso, con lo cual el procedimiento se acerca notablemente a la liquidación privada (que no es judicial, a excepción de su inscripción), alejándose del proceso concursal en donde el juez es un verdadero director del proceso (art. 274, LCQ) y realizador de los bienes.

(35) HEREDIA, “Tratado exegético de derecho concursal”, cit., t. 5, p. 232.

Por ello, la clara intención del legislador ha sido la de integrar todo el "sistema de prioridades concursales", posibilitando la real protección de los fines tutelados por el art. 146, párr. 2º, LCQ. En cierto modo, para el adquirente de la unidad le es indiferente (y así debería verlo el ordenamiento) si fue adquirida en el marco de un fideicomiso u a otra personas (física o jurídica). Además, si se trata de unidades nuevas destinadas a vivienda, regiría además el art. 3, LDC, que protege al consumidor en las situaciones dudosas.

XII.3. *Instrumento de adquisición de la unidad*

Genera alguna dificultad el instrumento utilizado para adjudicar las unidades funcionales. Es claro que si la figura empleada fue un boleto de compraventa (mediante el cual el fiduciario le vende a un tercero a la unidad construida o a construirse), ninguna inquietud se plantea en cuanto a la viabilidad de la figura sub estudio. Ahora bien, si en lugar instrumentarse mediante un "boleto de compraventa" (como expresamente señala el art. 146, párr. 2º, LCQ), se hiciera mediante la incorporación como beneficiario al fideicomiso, la cuestión puede adquirir otros matices interpretativos (en orden a la exigencia legal expresa).

De todas formas, puede señalarse que existen muchos autores que entienden que están beneficiados los boletos correspondientes a contratos distintos del de compraventa pero regidos supletoriamente por las normas que gobiernan a esta última, tales como el contrato de permuta (art. 1492, Cód. Civil), al contrato de cesión de créditos (art. 1435, Cód. Civil), la dación en pago (art. 781, Cód. Civil), los boletos correspondientes a aportes de inmuebles para sociedades, los contratos complejos, en los cuales se unen una locación de obra y una venta, etc. (36).

XII.4. *Vía procesal*

Finalmente, cabe preguntarse por la vía procesal en la que debería ejercitarse este derecho, teniendo en cuenta que la liquidación del fideicomiso no genera un proceso concursal (regido por las pautas de la ley 24.522) sino un esquema que deberá integrarse en el caso concreto.

(36) HEREDIA, "Tratado exegético de derecho concursal", cit., t. 5, p. 195; GATTI, E. y ALTERINI, Jorge, "Prehorizontalidad y boleto de compraventa", Ed. La Ley, Buenos Aires, 1.981, p. 33; GATTI, E. y ALTERINI, Jorge, Régimen jurídico del boleto de compraventa, LA LEY, 143-1162; CAMARA, "El concurso preventivo y la quiebra", cit., t. III-B, p. 831; DI TULLIO, José y ROITMAN, Horacio, en: ROITMAN, Horacio, "Efectos de la quiebra sobre los contratos preexistentes", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 191; FLORIT, Sebastián M.-ROSSI, Julio M., "Comentario teórico práctico a la Ley de Concursos", t. II, Ediar, Buenos Aires, 1983, p. 459; RIVERA, Julio César, "Instituciones de derecho concursal", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997, t. II, p. 170; DO CAMPO, Adriana y FORTE, Roberto, "El artículo 1185 bis del Código Civil su ámbito de aplicación", LA LEY, 1988-D, 881.

Por ello, parece razonable entender que el respeto de este derecho deberá realizarse con independencia del marco procesal que corresponda. Sea solicitándolo directamente al fiduciario (y en caso de incumplimiento, mediante una demanda dirigida a la escrituración) o planteándolo en el marco de la liquidación (si ésta se ha judicializado).

XIII. El fideicomiso como consumidor

El sentido y aplicación de la ley de defensa del consumidor restringen su aplicación a las empresas. Si bien la LDC considera consumidores o usuarios tanto a las personas físicas como a las jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social (art. 1, LDC), su art. 2, excluye a quienes “adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”.

Se ha discutido la correcta noción de integración y si la integración debe ser “inmediata y total en el proceso productivo” (caso en el que no quedan dudas de la exclusión) o debe ser “mediata” (y que indirectamente se integran a la prestación a terceros) o incluso “parcial”(37).

Pese a que la LDC no menciona a los fiduciarios (o al fideicomiso) como posibles consumidores, deberá determinarse en el caso concreto si la relación reúne las características que permitan la aplicación del ordenamiento del consumidor. La sola circunstancia de ser fiduciario (“buen hombre de negocios”, según el art. 6, ley 24.441) no lo inhabilita para ser considerado consumidor, aun cuando se generaría una fuerte presunción de la profesionalidad de sus actos y/o la integración del bien adquirido a la finalidad del fideicomiso.

En materia de fideicomiso de construcción, la presunción es casi obvia y todos los bienes o servicios que se adquieren con motivo de la construcción del edificio se encuentran naturalmente excluidos del régimen de consumidor.

(37) LORENZETTI, “Consumidores” cit., p. 93.