

Aseguramiento de bienes fideicomitidos y los derechos de las víctimas

Civil liability insurance of trust assets and rights of the victims

Por Carlos A. Parellada

I. Introducción. II. Derecho hacia la unidad. III. Derecho eficaz. IV. El derecho a una indemnización efectiva de la víctima. V. El fomento de la dinámica negocial: la aparición del fideicomiso en colisión con la eficacia de los derechos de la víctima. V. La eficacia del derecho a la indemnización. VI. El seguro: garantía de mayor eficacia. VII. Las normas del Código Civil y Comercial de la Nación. VIII. Conclusiones.

La temática del artículo es un pretexto para mostrar la problemática a la que nos conduce el proceso de constitucionalización del derecho privado que se orienta a darle unidad al ordenamiento jurídico y eficacia a los derechos fundamentales. Se aborda una fuerte polémica entablada en la República Argentina al introducirse la figura del fideicomiso con una clara intención de aprovechar las bondades del instituto, pero introduciendo una especie de incentivo que terminaba pudiendo hacerlo pesar sobre terceros-víctimas de daños, con grave peligro a sus derechos de propiedad e igualdad. El tema fue superado por el Código Civil y Comercial de la Nación y se analiza la solución coherente con el derecho al resarcimiento de las víctimas que se ha consagrado. Pero, fundamentalmente, se persigue a través de esta anécdota llamar la atención del legislador y del intérprete acerca de la necesidad de contemplar predominantemente los valores y principios constitucionales en la legislación e interpretación del derecho privado.

The subject of the article is a pretext to show the problematic to which the process of constitutionalization of private law leads us, which is oriented to give unity to the legal order and effectiveness to fundamental rights. A strong controversy is tackled in the Argentine Republic when introducing the figure of the trust with a clear intention to take advantage of the benefits of the institute, but introducing a kind of incentive that ended up being able to weigh on third-victims of damages, with serious danger to their property and equality rights. The issue was overcome by the Civil and Commercial Code of the Nation and the solution is analyzed consistent with the right to compensation of the victims that has been consecrated. But, fundamentally, it is pursued through this anecdote to draw the attention of the legislator and the interpreter about

the need to predominantly contemplate the values and constitutional principles in the legislation and interpretation of private law.

CONSTITUCIONALIZACIÓN DE DERECHO PRIVADO - EFECTIVIDAD DEL DERECHO AL RESARCIMIENTO – DERECHOS FUNDAMENTALES - SEGURO – FIDEICOMISO - RESPONSABILIDAD CIVIL – FIDUCIARIO – LÍMITES A LA INDEMNIZACIÓN – PATRIMONIO SEPARADO –

CONSTITUTIONALIZATION OF PRIVATE LAW - EFFECTIVENESS OF THE RIGHT TO COMPENSATION - FUNDAMENTAL RIGHTS - INSURANCE - TRUST - CIVIL LIABILITY - FIDUCIARY - LIMITS TO COMPESATION - SEPARATE PATRIMONY - CIVIL AND COMMERCIAL CODE OF THE ARGENTINE NATION

I. Introducción:

Quizás algún día podamos decirles a nuestros estudiantes de Derecho “Había una vez en que el derecho se entendía como una cosa fraccionada ... por institutos, por materias, por bloques...”. Quizás –también- podamos decirles que el Derecho es una ciencia normativa destinada a regular la conducta del hombre que persigue la instauración de la mayor justicia posible en las relaciones humanas; no literaria, no un entretenimiento de ficción, para ser declamado, sino efectivo.

A esas aspiraciones, se orienta este análisis minúsculo de un ‘tema pequeño’, pero que tiene la vocación de mostrarnos la ‘labor grande’ que nos reclama el futuro.

La necesidad de superar el fraccionamiento del Derecho y que los derechos no sean declamatorios sino efectivos, son una preocupación central en latinoamérica.¹ La contribución que se ha hecho al mejoramiento del status de la persona en orden a la declaraciones de derechos en los tratados de derechos humanos es sumamente valiosa. Pero insuficiente si esos derechos no se estructuran sobre la unidad y adquieren eficacia.

Los dos caminos han comenzado ha recorrerse: el Derecho está tendiendo a unificarse –en tensión con los derechos locales-²; las comunidades nacionales y

¹ La afirmación del texto puede ser sindicada de ser injusta por limitada, dado que es una aspiración global, pero Latinoamérica tiene una mayor trascendencia su logro por la mayor evidencia de su déficit.

² Sozzo, Gonzalo “Códex global: la dimensión global del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, J.A. To. 2016-II p. 754 y AP/DOC/378/2016, especialmente Cap. I.

la global están tendiendo a la eficacia de los derechos. No cabe esperar que esos procesos sean rápidos... lo que afirmamos es que se han iniciado y que es bueno que mantenga esa dirección, aunque sea difícil seguirla en medio de intereses que pretenden el desvío.

Antes de continuar conviene fundar brevemente lo dicho hasta aquí.

II. Derecho hacia la unidad

La constitucionalización del derecho privado y la comunidad de principios y valores que comparten el derecho privado y el derecho público³, enraizados ambos en la Constitución que recepta el núcleo de los derechos fundamentales surgidos de los Tratados, son parte del camino del Derecho hacia la unidad. Ha destacado Bilbao Ubillos que la Constitución es la norma sobre la que se asienta la unidad del ordenamiento jurídico y que es influyente sobre el derecho privado.⁴

A su vez, en el otro extremo, la unidad es convocada por su eje o centro, por el convocante a la convergencia: la persona, a quien se reconoce *jurídicamente* su dignidad.⁵

Tenemos la convicción -en latinoamérica y la compartimos con la Unión Europea- que el centro de convergencia convocante es el hombre dotado de los derechos fundamentales y en la búsqueda de la armonía con la naturaleza.⁶

³ Dicen los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación –finalmente aprobado (con algunas modificaciones)-: “*La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales...*”

⁴ Bilbao Ubillos, Juan M. “La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares”, Madrid, C.E.P.C.-BOI, 1997, ps. 256 y sgtes.

⁵ Lamm, Eleonora “La dignidad humana” <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/la-dignidad-humana>. Por su parte, la C.S.J.N. tiene dicho que el “*hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental*” (octubre 24-2000 “Campodónico de Beviacqua c. Ministerio de Salud y Acción Social” Fallos: 323:3229, considerando 15, L.L. To. 2001-C p. 32, SIL AR/JUR/1385/2000). El art. 51 C.C.C.N. dispone: “*Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad*”

III. Derechos eficaces

La sociología jurídica predica, mayoritariamente, aunque se trata de un concepto en permanente evolución ⁷, la eficacia de los derechos según su acatamiento. Hoy no hacemos un análisis sociológico, por lo que la utilización de la palabra eficaz para calificar un derecho, la utilizamos en el sentido vulgar del término, o sea, el logro del efecto que se desea o se espera. Por ello, podemos utilizar el término eficacia o efectividad alternativamente o como sinónimos, pues lo que queremos expresar es que los derechos no deben ser declamados, sino efectivos en cuanto reales, en oposición a lo quimérico, nominal o simplemente declamatorio. Los derechos son reales, efectivos, cuando logran el efecto que persiguen.

Bien se ha destacado ⁸ que el principio de efectividad ha sido implementado desde el primer fallo contencioso de la Corte IDH, en el que se estableció que la finalidad inherente a todo tratado es alcanzar “*su efecto útil*”, según resulta del párrafo 30 del caso “Velazquez Rodríguez c. Honduras”. ⁹

En el caso que nos ocupa, el derecho al resarcimiento tiene por finalidad colocar a la víctima en la situación en que se encontraba antes de que ocurriese el hecho dañoso.¹⁰ Su eficacia o efectividad se logra cuando el damnificado vuelve – a través de la indemnización o la restitución en especie- a estar en la situación ex ante. Ciertamente, se trata de una aproximación a esa situación, pues el

⁶ En esa línea encontramos las II Jornada Franco Argentino de Derecho y el Primer Congreso de Biodiversidad y Derecho, organizados, por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza y la Universidad Gastón Dachary, ambos con la colaboración del Institut de Recherche pour un Droit Attractif y la Universidad de París XIII, los días 3 y 4 de junio y 6 y 7 de junio de 2016, en las ciudades de Mendoza –Prov. de Mendoza- y de Puerto Iguazú –Prov. de Misiones-, respectivamente. Los trabajos presentados en dichos encuentros fueron publicadas en Rev. de Derecho Ambiental (Abeledo Perrot), No. 47 jul-set. 2016.

⁷ Donzis, Rubén H. “La eficacia social de las normas jurídicas” Rev.Elect. de Teoría y práctica de la elaboración de normas jurídicas Año II No. IV (Diciembre 2006) (UBA). Correas, Óscar “Eficacia del derecho, efectividad de sus normas y hegemonía política” <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3618/5.pdf>

⁸ Palacio de Caeiro, Silvia B. “El derecho del trabajo en la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos” Rev.Der.Laboral (Rubinzal y Culzoni) t. 2015, p. 25 No. 3.

⁹ Corte IDH, junio 26-1987, “Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras” Excepciones preliminares. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_01_esp.pdf

¹⁰ Art. 1740 C.C.C.N. – “*La reparación del daño debe ser plena . La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, se por le pago en dinero o en especie. ...*”

mecanismo resarcitorio es más o menos perfecto o cuasi perfecto según la naturaleza de los bienes o intereses que el daño haya afectado. En materia de daños patrimoniales cumple mejor su función resarcitoria que en materia de daños extrapatrimoniales, en las que se apela a la función satisfactiva del dinero, con la finalidad de que la víctima pueda procurarse satisfacciones sustitutivas.¹¹

IV. El derecho a una indemnización efectiva de la víctima.

El derecho a la reparación de los daños sufridos es un derecho deducido o inferido de las normas constitucionales argentinas¹² y considerado un derecho fundamental de la persona¹³. Nuestra Corte Suprema de Justicia ha sostenido que es arbitraria la sentencia que reconoce un monto resarcitorio por daño moral notoriamente ínfimo.¹⁴ Para ello, se fundó en el Preámbulo de la Constitución Nacional, que proclama la finalidad de “afianzar la Justicia”, y en que dicho valor requiere una finalidad dinámica en consonancia con el sentimiento de justicia de la comunidad. También sostuvo que el principio “*alterum non laedere*” tiene raíz constitucional en el art. 19 de la C.N. que consagra que “*las acciones privadas de los hombres están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados*”, pero en tanto ellas no perjudiquen a la moral pública, al orden público “*ni perjudiquen a terceros*”. O sea, que están sujetas a la autoridad de los magistrados cualquier acción perjudicial para terceros, lo que constituye –según el pronunciamiento- un principio general aplicable a cualquier rama del derecho.

Otro fallo de importancia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha sido el caso “Gunther”¹⁵ en el que se sostuvo que las normas del Código Civil

¹¹ Art. 1741 C.C.C.N. – “*Indemnización de las consecuencias no patrimoniales. ... El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas*”

¹² Lorenzetti, Ricardo L. “Fundamento constitucional de la reparación de los daños”, L.L. t. 2003-C p. 1184 y SIL AR/DOC/9055/2001; Kemelmajer de Carlucci, Aída R., “La Ley sobre Riesgos del Trabajo 24.557 y los principios generales del Derecho de Daños desde la óptica del Derecho Constitucional”, Rev.Der.Privado y Comunitario (Rubinzal y Culzoni) t. 15 p. 265 y sgtes.

¹³ Leiva, Claudio Fabricio “La noción de daño resarcible en el Código Civil y Comercial”, L.L. t. 2016-F p. 853 y SIL AR/DOC/3615/2016.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, agosto 5-1986 “Santa Coloma, Luis F. y otros c. Empresa Ferrocarriles Argentinos” Fallos 308:1160, L.L. To 1987-A p. 442, SIL AR/JUR/611/1986; RCCyC 2016 (octubre) p. 209 con nota de Christian Alberto Cao y Gonzalo Gamarra “El carácter integral como componente inescindible del derecho constitucional a la reparación en el Código Civil y Comercial” SIL AR/DOC/3109/2016

¹⁵ C.S.J.N., agosto 5-1986, “Gunther c. Estado Nacional”, Fallos: 308:1118, 1144, considerando 14; asimismo: Fallos: 308:1109, J.A. to. 1987-IV p. 653 y SIL AR/JUR/2036/1986

argentino que establecen el deber de reparación de los daños, “*sólo consagran un derecho establecido en el art. 19 de la Constitución Nacional que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de terceros, o sea, el principio alterum non laedere, entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica*”.

Por último, cabe recordar el fallo “Aquino”¹⁶ en el que se establece que el principio del alterum non laedere está íntimamente vinculado al principio de la reparación integral de los valores materiales y espirituales.

Ese andamiaje jurisprudencial del más Alto Tribunal de la Nación ha llevado a la doctrina a sostener el carácter constitucional del derecho a la reparación, del cual la legislación común es su reglamentación. Como tal, sujeta al art. 28 de la Constitución Nacional, según el cual los derechos reconocidos por ella, “*no podrán ser alterados por las leyes que reclamenten su ejercicio*”.

V. El fomento de la dinámica negocial: la aparición del fideicomiso en colisión con la eficacia de los derechos de la víctima.

El desarrollo de los negocios llevó, en la década de los 90, al Legislador argentino a introducir el fideicomiso en una ley especial No. 24.441, alinéandose en la corriente de opinión reconocida doctrinalmente como ‘el fideicomiso latinoamericano’, que recoge las influencias del derecho romano –especialmente de la *fiducia cum amico*- y del *trust* angloamericano, tratando de eliminar algunas inseguridades que se habían señalado desde la doctrina panameña y mexicana¹⁷. Obviamente, por ello estableció expresamente: “*los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante*” (primera parte del art. 14 L.24.442). De este modo, se sinceraba el principio y se evitaba una polémica a la que se había dado lugar en otras latitudes. Se abandonaba –implícitamente- el principio de la unidad patrimonial, pues el

¹⁶ C.S.J.N., setiembre 21-2004 “Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A.” Fallos 327:3753 y SIL AR/JUR/2113/2004

¹⁷ Highton, Eñema I.- Mosset Iturraspe, Jorge.- Paolantonio, Martín E.- Rivera, Julio C. “Reformas al Derecho Privado”, Sta.Fe, Rubinzal y Culzoni, 1995, p. 14 nota 4. González Torre, Roberto “Aspectos jurídicos del fideicomiso en Latino América” en www.felaban.net/archivos_memorias/archivo20141120202926PM.pdf, quien destaca la influencia de Ricardo J. Alfaro, autor de la ley panameña e influyente en la legislación mexicana sobre el tema.

patrimonio separado aparece como un patrimonio de afectación¹⁸ al fin perseguido por el fiduciante y como excepción a los principios de unidad y universalidad del patrimonio del fiduciario, ya que éste titulariza dos y no –como ha sido tradicional– uno, único y universal¹⁹.

De ese modo el fiduciario aparece ostentando dos patrimonios, el ‘suyo general’ y el ‘suyo separado’, y los bienes que componen cada uno de ellos están afectados al pago de las deudas que, respectivamente los gravan: los acreedores personales del fiduciario sólo pueden agredir el patrimonio personal de fiduciario, pero no los bienes fideicomitidos. Los acreedores cuya causa radique en la

¹⁸ La ley de facilitación del crédito de la República del Uruguay establece en el art. 6: “Los bienes y derechos fideicomitidos constituyen un patrimonio de afectación, separado e independiente de los patrimonios del fideicomitente, del fiduciario y del beneficiario”. En el derecho mexicano, Rafael Rojina Villegas sostiene que la teoría jurídica moderna “considera al patrimonio como conjunto de bienes, derechos y obligaciones, afectados a la realización de un fin económico que le da autonomía propia y permite la existencia de un régimen jurídico especial, para darle también fisonomía en el derecho, a esa masa autónoma de bienes ... el patrimonio adquiere la autonomía no en relación con la persona, sino en función de un vínculo jurídico-económico, que el derecho reconoce para afectar el conjunto de bienes a la consecución de ese fin; se requieren, por consiguiente, los siguientes elementos: 1º.- Que exista un conjunto de bienes, derechos y obligaciones destinados a la realización de un fin. 2º.- Que ese fin sea de naturaleza jurídica-económica. 3º.- Que el derecho organice con fisonomía propia y, por consiguiente, con autonomía las relaciones jurídicas activas y pasivas de acreedores y deudores, en función de aquella masa independiente de bienes, derechos y obligaciones” (aut.cit., “Derecho Civil mexicano”, México, Porrúa, 1998, 9ª. Ed., To. III, pág. 82/83, No. 10). En la doctrina argentina, Kiper Y Lisoprawski, señalan como una de las características que hace necesario al fideicomiso como figura apta para negocios, de inversión o garantía, el de constituirlo, a la manera de México, Colombia y la ley nacional por medio de un patrimonio autónomo o de afectación (auts.cits., “Tratado de Fideicomiso”, Bs.As., LexisNexis-Depalma, 2003, pág. 68, No. X; Ponencia presentada por KIPER, PAPAÑO, DILLON Y ARBIT en la IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mar del Plata, 1983; Clusellas, Eduardo G.-Ormaechea, Carolina “Contratos con garantía fiduciaria”, Bs.As., Ábaco, 2003, pág. 107, No. 16; Funes, Saturnino J. “El fiduciario en la Ley 24.441” en “Fideicomiso”, Bs.As., Cuadernos de la Universidad Austral, Depalma, 1996, pág. 31, Cap. II-B; Causse, Jorge R. “Fideicomiso. Oponibilidad e insolvencia” en “Revista del Notariado”, Col.Esc. de Buenos Aires, No. 790 julio-agosto 1983, pág. 1011, No. 2.a.1, señalaba, antes de la vigencia de la Ley 24.441 en cambio: “En el derecho positivo argentino, esta alternativa no sólo es contraria a su estructura, sino además impropia como condición de resultado, a menos que una ley expresa, no sancionada, aún, así lo establezca”. Freire, Bettina V. “El fideicomiso”, Bs.As., Ábaco-Univ.Austral, 1997, pág. 76, No. 13. En contra: Fernández, Julio C.D. “Antecedentes históricos del fideicomiso”, en Maury de González, Beatriz (Directora) “Tratado teórico práctico ...” cit., pág. 56, No. 7, sosteniendo que no es propiamente un patrimonio de afectación, pues no es patrimonio sin sujeto, sólo afectado al fin, sino titularizado por él.

¹⁹ Clusellas, Eduardo G.-Ormaechea, Carolina, ob.cit., pág. 107, No. 16.

ejecución del encargo del fideicomiso sólo pueden agredir los bienes fideicomitidos, pero no pueden agredir el patrimonio personal –o general- del fiduciario.

Pero, guiado el legislador por la aspiración de fomentar la utilización de la figura –frente a la desconfianza que alguna doctrina había manifestado- incluyó una norma, sin precedentes en el derecho comparado²⁰, que fue rechazada prácticamente por toda la doctrina²¹, que otorgaba un aparente incentivo²², en cuanto consagraba una doble limitación de la indemnización surgida de la responsabilidad objetiva por los daños sufridos por el riesgo o vicio de las cosas de la titularidad del fiduciario.

El art. 14 luego de consagrar el principio de separación de patrimonios, establecía: *“La responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del art. 1113 del Código Civil se limita al valor de la cosa fideicomitida cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño, si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado”*.

Ligar el monto indemnizatorio al valor de la cosa cuyo riesgo o vicio había constituido la causa del daño llevaba a la solución ridícula que la vida de una

²⁰ Giraldi, Pedro Mario “Fideicomiso (Ley 24.441)”, Bs.As., Depalma, 1998, p. 113, No. 38; Highton, E.I.- Mosset Iturraspe, J.- Paolantonio, M.E.- Rivera, J.C. “Reformas ...” cit., p. 14, nota al pie No. 4. Bono, Gustavo A. “Fideicomiso, en Ley 24.441”, Córdoba, Alveroni, 1995, ps. 28/29; Funes, Saturnino “El fiduciario ...” pág. 47, Cap. III.C.c), califica de “llamativa” a la disposición. Lisoprawski, Silvio V. en Kiper, Claudio M.-Lisoprawski, Silvio V. “Fideicomiso. Dominio fiduciario. Securitización”, Bs.As., Depalma, 1995, p. 425, sostiene que es ‘una verdadera peculiaridad’ y advierte que “su aplicación requerirá extremo cuidado, si no se quiere convertir la eximente en un ‘bill’ de indemnidad”. Pizarro, Ramón D. “La responsabilidad objetiva del fiduciario por los daños causados por el riesgo o vicio de las cosas fideicomitida” en “Edición homenaje Dr. Jorge Mosset Iturraspe”, Sta.Fe, UNL, 2005, p. 457, sostiene que ha causado perplejidad a la doctrina, al fijar un techo indemnizatorio absolutamente injustificado. Urrets Zavalía, Pedro “El fideicomiso en el proyecto de Código Civil de 1998” Rev.Der.Privado y Comunitario (Rubinzal y Culzoni) To. 2001-3 Fideicomiso, RC D 2789/2012, cap. IV.2, señala la fuertes críticas que ha despertado la norma y que, en ciertos casos, puede resultar inconstitucional

²¹ Moisset de Espanés, Luis “Contrato de fideicomiso” Rev. del Notariado 1995 p. 61 y SIL AR/DOC/6772/2011, quien vaticinaba las dificultades que traería la norma. El Primer Congreso Internacional de Daños en homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe (Buenos Aires, 1990) ya había recomendado: “Es desaconsejable la limitación legal genérica de la cuantía del resarcimiento”.

²² Sobre la inutilidad del supuesto incentivo: ver Acciarri, Hugo “La responsabilidad objetiva del dador de leasing”, L.L. t. 1997-F p. 1090; Kiper, Claudio M.-Lisoprawski, Silvio V. “Tratado de fideicomiso”, Bs.As., La Ley, 2012, t. I p. 406, No. 4.5.

persona truncada por la caída de una maceta desde un balcón quedaba limitada al valor de la maceta.

A. ¿Cuándo aplicaba la limitación de responsabilidad al valor de la cosa? y ¿cuál era el patrimonio sobre el que podía cobrarse la víctima? En búsqueda de las respuestas, la primera cuestión a considerar es que la limitación de responsabilidad rige cuando se presenta la condición negativa: *no haberse podido razonablemente asegurar*.

Despejemos en primer lugar, el tema en el que ha existido coincidencia doctrinal, que es el relativo a que se trataba de una limitación orientada exclusivamente al fiduciario, o sea, que no alcanzaba al resto de los posibles responsables ni a la aseguradora en el caso que existiera el seguro. Si ellos existían respondían en forma plena.²³

También existía coincidencia doctrinal que la única responsabilidad limitada era la objetiva del fiduciario –dueño de la cosa- y no la responsabilidad subjetiva que le fuera atribuible en virtud de la culpa o el dolo.

Sin embargo, se esbozaron una serie de criterios discrepantes respecto de los alcances de las limitaciones para la responsabilidad objetiva del fiduciario en orden al límite –valor de la cosa causante del daño o la totalidad del patrimonio fideicomitido- y su ámbito de vigencia respecto del patrimonio al cual se aplicaba. Así, se expusieron los siguientes criterios:

a) *Interpretación a contrario sensu*: Un sector doctrina razonó *a contrario sensu* y sostuvo que si el fiduciario tenía la posibilidad razonable de asegurar el riesgo, no existía limitación alguna, dado que la limitación estaba prescripta para el supuesto que no existía esa posibilidad. Por lo tanto, si el fiduciario había asegurado la cosa o había tenido posibilidad de hacerlo la víctima no tenía limitación para cobrar el total del daño y del patrimonio ‘general’ del fiduciario,

²³ Ferrer, Germán Luis “Responsabilidad objetiva del fiduciario” en Rev.Der.Privado y Comunitario (Rubinzal y Culzoni) To. 2001-3 “Fideicomiso” RC D 2791/2012, cap. VIII. Dice el autor: “Si analizamos la norma una vez más dentro del sistema del fideicomiso, y volvemos a la ratio legis de estas disposiciones, concluiremos en que lo que el legislador ha querido, lo que la norma pretende y lo que resulta coherente con todo el sistema, no es la limitación de la aseguradora. La ley establece que el fiduciario limita su responsabilidad a los bienes que integran el fideicomiso, pero en definitiva, en la esencia, de lo que se trata es de una responsabilidad sin límite del patrimonio fideicomitido, entendido éste como si fuera una persona distinta del fiduciario”. En el mismo sentido se han pronunciado el X Encuentro de Abogados Civilista (Sta.Fe, 1997 y XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civi (Buenos Aires, 1997)

pues éste era dueño de la cosa.²⁴ Para esta comprensión de la disposición legal, la limitación al valor de la cosa sólo se aplicaba si el riesgo no había podido ser asegurado. En ese supuesto, la víctima para poder evitar que se le aplicara el límite debía recurrir a la responsabilidad subjetiva del fiduciario o a la obligación de seguridad o al riesgo de actividad.

b) *Interpretación literal, pero aplicable sólo al patrimonio general o personal del fiduciario*: Otro criterio, sostenido por prestigiosa doctrina²⁵, fue el que postuló que había coherencia en la limitación inicial de la responsabilidad que excluía la posibilidad de la víctima de atacar los bienes fideicomitidos, pues ellos “*sólo responden respecto de las deudas contraídas en la ejecución del fideicomiso*”, por lo que tratándose de daños provenientes de hechos ilícitos cometidos por el fiduciario, éste responde con su patrimonio personal, pues esa conducta nada tiene que ver con los fines del fideicomiso. Lo que no consideraban justificable es que la indemnización se cobrara sobre los bienes fideicomitidos, pues no existen motivos para que los bienes fideicomitidos respondan, ya que están afectados a garantizar determinadas obligaciones, muy distintas de la que le corresponde por causa de los ilícitos cometidos por el fiduciario. Pero los intérpretes enrolados en este criterio admitían que la norma era susceptible de ser declarada inconstitucional cuando la limitación resultara irrazonable por ser desproporcionada con los perjuicios efectivamente sufridos²⁶ o si lo afectado era la integridad física o psíquica de la víctima²⁷.

c) *Interpretación que prescinde de la literalidad, y que puede llegar a todo el patrimonio del fiduciario*. Otro criterio que fue expuesto es el que superaba la interpretación literal de la segunda parte del art. 14 y buscaba la armonización de la norma con las que rigen la responsabilidad de las personas jurídicas²⁸. Por

²⁴ Katz, S.-Barbier, Eduardo A.-Cuiñas Rodríguez, Manuel “El contrato de fideicomiso en la Ley 24.441 y en las VII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal” J.A. t. 1995-II p. 738, especialmente cap. II.

²⁵ Kiper, Claudio M.-Lisoprawski, Silvio V., “Tratado de fideicomiso”, Bs.As., Lexis-Nexis-Depalma, 2003, p. 354, No. 4 y “Tratado de fideicomiso”, Bs.As., La Ley, 2012, t. I, p. 387 No. 4

²⁶ Kiper, Claudio M.-Lisoprawski, Silvio V., “Tratado de fideicomiso” cit. (2003), p.369, No. 4.4 y “Tratado de fideicomiso” cit. (2012) t. I p. 404, No. 4.4.

²⁷ Kiper, Claudio M.-Lisoprawski, Silvio V., “Tratado de fideicomiso” cit. (2012) t. I p. 405, No. 4.4. En cambio, descartan la inconstitucionalidad cuando los daños resultaran a la propiedad, salvo desproporción desnaturalizante.

²⁸ González, Ángel M “Analogía entre la responsabilidad del administrador societario y del fiduciario de un contrato de fideicomiso” Erreius.Compendio Jurídico. Bol. 52 p. 59, junio 2011 y USDC282537A, en relación a la conducta del fiduciario y su guía por la finalidad del fideicomiso.

ello, se sostuvo que “la responsabilidad del fiduciario por los daños causados por el riesgo o vicio de las cosas fideicomitidas, no se limita al valor de la cosa que causó el daño, sino al valor total de los bienes fideicomitidos”²⁹, de manera análoga a lo que sucede con las personas jurídicas en las que los administradores no responden con su patrimonio por los daños causados por las cosas de la sociedad. En cambio, si el fiduciario hubiera podido asegurar el riesgo que causó el daño, perdería el beneficio de la limitación de la responsabilidad consagrada en la norma del art. 14 de la Ley 24.441 y respondería integralmente y con todo su patrimonio si no ha contratado el seguro pudiendo haberlo hecho, pues en tal caso había incurrido en culpa.³⁰

d) *Interpretación literal, pero sólo alcanzaba al patrimonio fideicomitido.* Un cuarta posición admitía la interpretación literal –en el sentido que sólo se respondía hasta el valor de la cosa de cuyo riesgo o vicio había derivado el perjuicio- pero la limitaba al patrimonio fideicomitido. En tal sentido, expresa Gustavo A. Bono, que la norma del art. 14 prevé el supuesto en que el patrimonio fideicomitido está integrado por más de una cosa, pues si sólo está compuesto por una cosa, no existía excepción al principio de que todo el patrimonio fideicomitido –la cosa que lo integra- responde frente a la víctima.³¹ De este modo queda claro que para el autor la limitación sólo juega existiendo más de una cosa fideicomitida y exclusivamente respecto del valor de la cosa que ha causado el daño, siempre que haya sido imposible asegurar los riesgos de la cosa, o que no fuera razonable hacerlo. Ello lo conduce a no dudar de la inconstitucionalidad de la norma, la que entiende que agravia el principio de igualdad.

Dentro de este criterio interpretativo, sostuvo Pizarro que la norma del art. 14 opera sus efectos limitativos o tope indemnizatorio –límite cuantitativo determinado por el valor de la cosa- sobre el patrimonio fideicomitido, pues de no ser así y desplegarlo sobre el patrimonio general del fiduciario, ninguna norma especial hubiera sido necesaria y la limitación carecería de todo sentido. Asimismo, postulaba que para el supuesto que no se hubiera asegurado el riesgo de la cosa, la ley debía ser interpretada en el sentido de establecer un límite de la

²⁹ Ferrer, Germán Luis “Responsabilidad objetiva del fiduciario” en Rev.Der.Privado y Comunitario (Rubinzal y Culzoni) To. 2001-3 “Fideicomiso” RC D 2791/2012, cap. VI.

³⁰ Ferrer, Germán Luis “Responsabilidad objetiva del fiduciario” en Rev.Der.Privado y Comunitario (Rubinzal y Culzoni) To. 2001-3 “Fideicomiso” RC D 2791/2012, cap. VII.

³¹ Bono, Gustavo A. “Fideicomiso” en “Ley No. 24.441. Financiación de la vivienda y la construcción”, Córdoba, Alveroni Ed., 1995 p. 29, cap. III.1.b). Conf. Molina Sandoval, Carlos A. “Responsabilidad civil del fiduciario. Ley 24441” Rev.Der.Com. y Obligaciones t. 2003 p. 925 y SIL 0021/000273

garantía: el patrimonio fideicomitido.³² O sea, que existirían dos límites: el valor de la cosa, como límite cuantitativo para el caso que no hubiera podido asegurarse –cuya constitucionalidad podía ser dudosa³³–, y el de la garantía que quedaba limitado al patrimonio fideicomitido, para el supuesto que se hubiera omitido la contratación del seguro. Se descarta que la responsabilidad pudiera llegar a recaer sobre patrimonio personal (o general) del fiduciario, salvo que se apelase a la responsabilidad subjetiva del fiduciario.

En cambio, Márquez entiende que el fiduciario que no ha contratado el seguro pudiendo hacerlo, responde con su patrimonio personal, en virtud de la culpa en la que ha incurrido y que el perjuicio alcanza al que resulte de la ausencia de la garantía, o sea, que llegaría hasta el máximo de la cobertura que podría estar cubierta por el seguro.³⁴

B. *Balance de la norma del art. 14 Ley 24.441.* Fácil es advertir que ante la variedad de interpretaciones la víctima quedaba en una absoluta inseguridad y, además, con grandes posibilidades de ver frustrada la posibilidad de una indemnización plena y fácilmente perceptible, cuando debía obtener una eventual declaración de inconstitucionalidad. Ciertamente, eso la alejaba de la efectividad o eficacia de su derecho resarcitorio.

Por ello, la norma era pasible de varias objeciones:

a) Por un lado, la desastrosa técnica legislativa utilizada, que permitía una variedad de interpretaciones que conducían a soluciones disímiles tanto en cuanto al alcance de la limitación cuantitativa, como respecto de cuáles bienes constituían el asiento de su garantía.

b) El error de la técnica legislativa se reiteraba en cuanto a los supuestos en que la limitación no era aplicable, especialmente, en lo atinente al caso de la razonabilidad de la prescindencia del seguro.

c) Por otro lado, si bien puede comprenderse la finalidad de defender el patrimonio fideicomitido –con miras a la protección del beneficiario o del fideicomisario–, se hace difícil entender el desinterés del legislador por el derecho

³² Pizarro, Ramón Daniel “Tratado de la responsabilidad objetiva”, Bs.As., Thomson Reuters-La Ley, 2015, t. I p. 393, No. 58 C);

³³ Pizarro, Ramón D. “Tratado de la responsabilidad objetiva” cit. t. I p. 405, No. 58.a).10.

³⁴ Márquez, José Fernando “Fideicomiso”, Bs.As., La Ley, 2008, p. 109, No. 3.E.c). Conf. Borda, Guillermo A. act. por Borda, Alejandro “Tratado de derecho civil. Contratos”, Bs.As., La Ley, 2008, 9ª. Ed., t. II p. 766, No. 2161 c).

de la víctima cuyo daño puede ser de un monto mucho más elevado que el valor de la cosa que, interviniendo activamente, ha causado el daño. El ejemplo antes colocado es revelador por lo exagerado, pero redimensionándolo, resulta igualmente revelador y explicativo si la limitación reduce la cobertura indemnizatoria de los damnificados indirectos al valor de un automóvil.

d) La posibilidad de su inconstitucionalidad agregaba un panorama de incerteza, ya que la mayor parte de la doctrina entendía que se afectaba, por un lado, la igualdad entre las víctimas, con basamento en la situación del bien –si estaba o no fideicomitado-, o sea, un elemento objetivo pero totalmente ajeno a la situación de ellas.³⁵ Bien enseña Márquez que la inconstitucionalidad debe juzgarse desde el ángulo de las víctimas.³⁶ De ese modo, se creaba en forma indirecta un privilegio para el dañador a costa de la situación de la parte débil de la relación; por otro, el derecho de propiedad en el sentido constitucional que le ha otorgado la jurisprudencia de la Corte Nacional. Ciertamente, no se trata de juzgar la inconstitucionalidad en abstracto de las disposiciones legales, pero tampoco puede dejarse de prever la proyección de ciertas normas en casos tan concretos como los que se presentan por la potencialidad dañadora de cosas de escaso valor. Además, se agrega como argumento corroborante de la repugnancia constitucional a la solución propuesta en los casos de desproporción, la circunstancia de que en virtud del bloque de constitucionalidad se impone que el derecho al resarcimiento alcance el rando de ‘indemnización justa’³⁷.

e) La norma del art. 14 de la Ley 24.441 aparece como asistemática al ordenamiento jurídico en tanto desordena el sistema de responsabilidad civil, estableciendo que ciertos ‘dueños o guardianes’ (los fiduciarios) tenían una responsabilidad limitada desligada del principio de responsabilidad plena, con arraigo constitucional, que fija la ley común.

Todas estas consideraciones, imponían una actitud legislativa que conciliase los derechos de la víctimas con los valores y los principios que surgen

³⁵ Calvo Costa, Carlos A. “La constitucionalización del derecho de daños y el principio de la reparación plena”, J.A. To.2016-II p. ** y SIL AP/DOC/273/2016, especialmente cap. IV. Dice el autor refiriéndose a las limitaciones del derecho resarcitorio: “*la inconstitucionalidad aparecerá sólo allí donde se formen categorías que no respondan a pautas que se estimen razonables, o cuando los límites a la reparación que existan en un subsistema coloquen a sus integrantes en una situación de clara inferioridad respecto del común de la gente, sin motivos que lo justifiquen o contrariando disposiciones explícitas o implícitas de la Constitución Nacional*”.

³⁶ Márquez, José F. “Fideicomiso”, cit. p. 113, No. 3.G.

³⁷ Márquez, José F. “Fideicomiso” cit., p. 113, No. 3.G. Conf. Conv.Americana.D.H. art. 21 inc. 2.

de la Constitución Nacional, o sea, que se eliminase la arbitraria atadura del techo indemnizatorio que provocaba el desaguizado.

VI. El seguro: garantía de eficacia.

Ninguna duda cupo a la doctrina que la norma del art. 14 de la Ley 24.441 tenía por objetivo establecer un incentivo para la utilización de la figura del fideicomiso que no estaba reglada con anterioridad en el Código Civil, sino en forma marginal, y propender a la que la responsabilidad objetiva fuera cubierta por seguros de responsabilidad civil. No obstante el error en la utilización de una técnica legislativa clara provocó que la doctrina discrepase acerca de si la contratación del seguro se trataba de una carga impuesta al fiduciario³⁸ o de una obligación propiamente dicha³⁹, que está en el marco de los deberes de un 'buen hombre de negocios', conforme las circunstancias del caso.⁴⁰

En la actualidad esa discrepancia ha sido superada por la clara imposición de una obligación al fiduciario, según lo dispone el art. 1685 segundo párrafo C.C.C.N.

Sin duda, el seguro es una garantía de eficacia del derecho al resarcimiento de las víctimas y una manifiesta alivianación de costos para el asegurado, mediante la dilución de ellos entre una comunidad de asegurados. Tal el camino que se ha elegido para superar el desaguizado que provocaba la norma, sacrificando el

³⁸ Pizarro, Ramón D. "Tratado de la responsabilidad objetiva" cit., t. I p. 397, No. 58.6.II. Cabe destacar que el art. 1471 del Proyecto de 1998, estableció el seguro en el carácter de carga, y no de obligación, pero también hace falta resaltar que en ese proyecto se establecía un sistema de responsabilidad objetiva con un techo indemnizatorio para facilitar el sistema de seguro.

³⁹ Ferrer, Germán Luis "Responsabilidad objetiva del fiduciario" en Rev.Der.Privado y Comunitario (Rubinzal y Culzoni) To. 2001-3 "Fideicomiso" RC D 2791/2012, cap. VII. Márquez, José Fernando "Fideicomiso" cit., p. 109, No. 3.E.c).

⁴⁰ Dice Ferrer *"si el fiduciario no contrató un seguro cuando las circunstancias de hecho lo hacían razonable, la ley presume sin admitir prueba en contrario que hubo culpa, y le extiende la responsabilidad a todos sus bienes más allá de aquellos que integran el fideicomiso. Si el fundamento de esta pérdida de beneficio de la limitación de responsabilidad del artículo 14 obedece a que la ley ha presumido la culpa cuando no se contrató el seguro, el criterio para analizar la "razonabilidad de seguro" debe ser el de la culpa bajo el estándar del buen hombre de negocios"* (Aut.cit. "Responsabilidad objetiva del fiduciario" en Rev.Der.Privado y Comunitario (Rubinzal y Culzoni) To. 2001-3 "Fideicomiso" RC D 2791/2012, cap. VII

derecho a la reparación integral de las víctimas en pos de las finalidades del fideicomiso.⁴¹

VII. Las normas del Código Civil y Comercial de la Nación.

El legislador se ha hecho cargo del desafío que le imponía el proceso de constitucionalización del derecho privado, y ha encarado el restablecimiento del orden constitucional en la materia.

Lo ha hecho siguiendo el rumbo que había marcado el Proyecto de 1998 al que siguió el Anteproyecto de Código Civil y Comercial, en forma predominante.⁴² En efecto, el art. 1471 es la fuente inmediata del texto, de nuestro vigente art. 1685 que regla la situación bajo análisis en los siguientes términos:

“Art. 1685.- Patrimonio separado. Seguro. Los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario, del fiduciante, del beneficiario y del fideicomisario.

Sin perjuicio de su responsabilidad, el fiduciario tiene la obligación de contratar un seguro contra la responsabilidad civil que cubra los daños causados por las cosas objeto del fideicomiso. Los riesgos y montos por los que debe contratar el seguro son los que establezca la reglamentación y, en defecto de ésta, los que sean razonables. El fiduciario es responsable en los términos del artículo 1757 y concordantes cuando no haya contratado seguro o cuando éste resulte irrazonable en la cobertura de riesgos o montos.”

La norma originariamente proyectada por la Comisión del Dec. 191/2011, agregaba la posibilidad de acción directa de la víctima contra la aseguradora, pero el Poder Ejecutivo nacional, eliminó esa posibilidad.

A. *Regulación general.* La regulación que contienen las normas del Código Civil y Comercial no han variado el perfil esencial del fideicomiso con respecto a sus caracteres generales; así, los bienes fideicomitados de titularidad del fiduciario continúan constituyendo un ‘patrimonio separado’, independiente del patrimonio general de todos los intervinientes en el negocio y exento de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario, del fiduciante, del beneficiario y del

⁴¹ Mavrich, Ana I. “El patrimonio separado creado para los bienes fideicomitados” en Maury, Beatriz A.(Dir)-Grzona, Daniel A. (Coord.) “Tratado teórico-práctico de fideicomiso”, Bs.As., Ad-Hoc, 2004, p. 63, No. 5.5

⁴² En los Fundamentos del Anteproyecto de la Comisión del Dec. 191/2011, aparece citado más 145 veces.

fideicomisario (arts. 1686 CCCN). El fideicomiso carece de personalidad jurídica, conforme el principio latinoamericano⁴³.

En particular, el art. 242 abandona, ahora en forma explícita –no en forma implícita como lo había hecho la ley 24.441-, el principio de unicidad del patrimonio, previendo que existen patrimonios especiales autorizados por la ley y que respecto de ellos los acreedores “sólo tienen por garantía los bienes que los integran”. Por tanto, los acreedores del ‘patrimonio especial’ constituido por el fideicomiso, en principio, sólo tienen como garantía la universalidad jurídica que integran los bienes fideicomitados.

B. *Derogación de los Títulos I y II de la Ley 24.441.* Al procederse a la derogación de las normas relativas al fideicomiso y al leasing de la Ley 24.441 –a través del art. 3 inc. e de la Ley 26.994- se ha abrogado el techo indemnizatorio que ligaba arbitrariamente del resarcimiento de los damnificados al valor de la cosa que había ocasionado en virtud de riesgo o vicio el daño, previsto en el derogado art. 14 de la Ley 24.441.⁴⁴ Ninguna disposición del Código Civil y Comercial de la Nación prevé semejante limitación.

C. *Trascendencia de nueva regulación sobre la responsabilidad del fiduciario.* Si bien las nuevas normas no han logrado eliminar todas las discrepancias doctrinales, puede sostenerse que han alineado las interpretaciones en pos de la protección de los derechos resarcitorios de la víctima, conforme el carácter de derecho humano de la indemnización de los perjuicios sufridos. Así, si bien la mayoría de la doctrina entiende que el fiduciario está obligado a contratar seguro para cubrir los riesgos de las cosas que integran el patrimonio fideicomitado

⁴³ Con excepción del fideicomiso ecuatoriano, en el que según art. 109 tercer párrafo de la Ley del Mercado de Valores, “*cada patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), está dotado de personalidad jurídica, siendo el fiduciario su representante legal*”. Ver Mendoza, Elker “Fideicomiso Mercantil. Concepto y breves antecedentes históricos” en http://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2011/12/30_235_a_270_fideicomiso.pdf

⁴⁴ Aicega, María Valentina-Gómez Leo, Osvaldo R. en Alterini, J.H. (Dir.General)-Alterini, I.E. (Coord.) “Código Civil y Comercial. Comentado. Tratado exegético”, Bs.As., La Ley, 2015, t. VII p. 1083, No. 2.II de la glosa al art. 1685; Papa, Rodolfo G. “El tratamiento de la responsabilidad del fiduciario en la nueva codificación” L.L. t. 2027-A p. 541 y SIL AR/DOC/553/2017, especialmente cap. III. Santamaría, Gilberto León - Gómez de la Lastra, Manuel C. - Monserrat Ortega, Andrea “Fideicomiso: el antes y el después del Código Civil y Comercial. Un análisis comparativo entre la ley 24.441 y las reformas introducidas a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial” RCCyC t. 2016 (junio) p. 125 No. 3.2 y SIL AR/DOC/1192/2016

⁴⁵, existen opiniones aisladas que le atribuyen el carácter de una carga, basándose en el que no es susceptible de ejecución forzada.⁴⁶ Sin embargo, el argumento no parece decisivo, pues las obligaciones de hacer y no hacer, aun cuando revistan el carácter intuitu personae no dejan de ser tales. Pero, además, quienes le atribuyen el carácter de carga no dejan de reconocer que si el fiduciario no contrata el seguro o la cobertura no es razonable será responsable.

Tal responsabilidad es personal del fiduciario por los daños que haya causado la omisión de contratar el seguro, y responde con su patrimonio personal (o general).⁴⁷ La responsabilidad del fiduciario en el supuesto que no haya contratado seguro o cuando sea irrazonable la cobertura de riesgos o montos, es

⁴⁵ Pizarro, Ramón D. "Tratado de la responsabilidad objetiva" cit., t. I p. 412, No. 58 b); Márquez, José Fernando "El fideicomiso en el proyecto de código civil y comercial de 2012" Rev.Der.Privado y Comunitario (Rubinzal y Culzoni) t. 2014-2 Problemática contractual – Contratos en particular y RC 941/2016, No. 5 b) y en Lorenzetti, R.L. (Dir)-De Lorenzo, M.F.-Lorenzetti, P. (Coords.) "Código Civil y Comercial de la Nación", Bs.As.-Sta.Fe, Rubinzal y Culzoni, 2015, t. VIII p. 225, ap. III.3 y III.5 de la glosa al art. 1685; Bilbao Aranda, Facundo M. "El contrato de fideicomiso a la luz del nuevo Código Civil y Comercial" RC D 489/2015, cap. 7; Papa, Rodolfo G. "El tratamiento de la responsabilidad del fiduciario en la nueva codificación" L.L. t. 2027-A p. 541 y SIL AR/DOC/553/2017, especialmente cap. III; Toselli, Carlos A. "Impacto del nuevo Código Civil y Comercial en materia contractual" Rev.Der.Laboral (Rubinzal y Culzoni) t. 2015-2 RC D 990/2017 cap. VIII; Santamaría, Gilberto León - Gómez de la Lastra, Manuel C. - Monserrat Ortega, Andrea "Fideicomiso: el antes y el después ..." cit. RCCyC (La Ley) t. 2016 (junio) p. 125 No. 3.2 y SIL AR/DOC/1192/2016; Aicega, María Valentina-Gómez Leo, Osvaldo R. en Alterini, J.H. (Dir.)-Alterini, I.E. (Coord.) "Código Civil y Comercial. Comentado. Tratado exegético" cit. t. VII p. 1083, No. 2.I de la glosa al art. 1685; Zavala, Gastón A.-Weiss, Karen M. en Rivera, J.C.-Medina, G. (Dirs.)-Esper, M. (Coord.) "Código civil y Comercial de la Nación. Comentado", Bs.As., La Ley, 2014, t. IV p. 941, ap. I; Arduino, Augusto H. en Calvo Costa, C.A. "Código Civil y Comercial de la Nación. Concordado, comentado y comparado con los Códigos Civil de Vélez Sarsfield y de Comercio", Bs.As., La Ley, 2015, glosa al art. 1685; Lisoprawski, Silvio V. "Fideicomiso" en Rivera, J.C.-Medina, G. "Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012", Bs.As., Abeledo-Perrot, 2012, p. 852 No. 19.

⁴⁶ Alterini, Jorge H.-Alterini, Ignacio E. en Alterini, J.H. (Dir.General)-Alterini, I.E. (Coord.) "Código Civil y Comercial. Comentado. Tratado exegético", Bs.As., La Ley, 2015, t. VII p. 1085.

⁴⁷ Pizarro, Ramón D. "Tratado de la responsabilidad objetiva" cit., t. I p. 413, 58.b); Aicega, María Valentina-Gómez Leo, Osvaldo R. en Alterini, J.H. (Dir.General)-Alterini, I.E. (Coord.) "Código Civil y Comercial. Comentado. Tratado exegético" cit. t. VII p. 1083, No. 2.III de la glosa al art. 1685; Papa, Rodolfo G. "La regulación del fideicomiso en el proyecto de Código Civil y Comercial" Erreius, Compendio Jurídico bol. 69 dic.-2012, p. 53 y IUSSDC283662A, especialmente 2.c)

la responsabilidad objetiva del art. 1757.⁴⁸ ⁴⁹ La eximente de tal responsabilidad será la causa ajena al riesgo de la cosa o de la actividad, conforme lo dispuesto por el art. 1722.⁵⁰

D. *¿Sólo el patrimonio general del fiduciario?* La problemática que ahora se plantea es en orden a la cuestión de la garantía y especialmente con respecto a si el patrimonio especial –o sea, los bienes fideicomitidos- responden en el caso de omisión o insuficiencia del seguro.

Kiper y Lisoprawski –coherentes con su interpretación anterior al sistema anterior a la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación- sostienen que lo más coherente es interpretar que el fiduciario sólo responde con su patrimonio general, pero no con el patrimonio especial.⁵¹ Quienes sostienen este criterio, lo estiman más valioso en orden a la protección de los demás intervinientes en el fideicomiso, a los acreedores de éste que tienen por garantía el patrimonio separado y que se verían perjudicados por el incumplimiento del deber de aseguramiento que pesaba en cabeza del fiduciario y que no cumplió.

Mirado el sistema establecido en el art. 1685 originario (del Anteproyecto) – que incluía la acción directa de la víctima contra el asegurador, que fue suprimida por en el Proyecto enviado al Congreso Nacional- podía resultar coherente pensar que el régimen propuesto fuera que el patrimonio fideicomitado no quedase

⁴⁸ Art. 1757 C.C.C.N. “Hecho de las cosas y actividades riesgosas. Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. ...”. El artículo 1758 especifica el giro “toda persona” indicando que los responsables son el dueño y el guardián.

⁴⁹ Paolantonio, Martín en Bueres, Alberto J. (Dir) “Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado”, Bs.As., Hammurabi, 2014, t. 2 p. 146, glosa al art. 1685.

⁵⁰ Art. 1722 C.C.C.N. “Factor objetivo. El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario”. Conf. Varni, Sebastián en Herrera, Marisa - Caramelo, Gustavo – Picasso, Sebastián (Dirs.) “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, Bs.As., Infojus, 2015, t. IV, p. 392, No. 2.2. de la glosa al art. 1685.

⁵¹ Kiper, Claudio M.- Lisoprawski, Silvio V. “Responsabilidad del fiduciario por daños a terceros en el Código Civil y Comercial” L.L. t. 2016-D p. 760 y SIL AR/DOC/1797/2016, especialmente cap. IX.6. Los autores sostienen que el art. 1685 no tiene la claridad necesaria –y en este aspecto coincide Pizarro (“Tratado de la responsabilidad objetiva” cit., p.413, No. 58.b) quien no se pronuncia expresamente por la exclusión de la responsabilidad del patrimonio fideicomitado, aunque también sería coherente con su posición frente a las antiguas normas.

gravado por la responsabilidad objetiva y sólo existiera la garantía del patrimonio general del fiduciario en el supuesto de seguro inexistente o insuficiente, sin afectar el patrimonio especial. Al reconocerse acción directa de la víctima contra el asegurador se podía -con mayor coherencia sostener- que el fiduciario que había contratado un seguro suficiente no era responsable ni con su patrimonio general ni con el especial; en cambio, si no lo había contratado sólo respondía con su patrimonio general; ahora la cuestión es más opinable, pues la necesidad de demandarlo, hace pensar que hay responsabilidad del fiduciario y al no distinguirse con cuál de sus patrimonios, ni existir norma excluyente del fideicomiso, no parece absolutamente desatinado sostener que allí donde la ley no distingue, no debemos distinguir. Sin embargo, no puede ignorarse en orden a la interpretación que el principio de separación patrimonial en su carácter de tal pueda tener fuerza expansiva.

El resto de la doctrina, en cambio, no distingue según las cosas de cuyo riesgo o vicio derive el daño estén o no afectadas al cumplimiento de los fines del fideicomiso⁵², y por lo tanto, entienden que el fiduciario responderá frente a los terceros con su propio patrimonio personal o general, no sólo cuando el daño provenga del riesgo o vicio de las cosas, sino también por las actividades peligrosas o riesgosas hayan sido o no encaradas en cumplimiento de los fines del fideicomiso, si no ha procedido a contratar seguro o lo ha hecho en forma insuficiente.

Se advierte, entonces, el predominio que le habría otorgado el legislador al derecho indemnizatorio de los damnificados, pues ha constituido a ese derecho en una excepción al principio de separación patrimonial, aunque limitada al caso de que exista un incumplimiento al deber de asegurar suficientemente el interés resarcitorio de las víctimas.

La protección no solamente abarca los casos en que existan daños a la vida y la integridad corporal –en cuyo caso nos hallamos ante un indiscutible derecho humano-, sino también al derecho de propiedad de los damnificados, alineándose en el criterio de que también este derecho debe considerarse un derecho humano fundamental digno de protección, cuando ha sido desnaturalizado.

VIII. Conclusiones

El tratamiento de la cuestión de la responsabilidad del fiduciario constituye simplemente un ‘modelo’ que entendemos debe ser adoptado por el legislador y el

⁵² Cabe advertir que las palabras de la norma del art. 1685 no autorizan distinguir, pues la obligación del fiduciario es contratar un seguro de “responsabilidad civil que cubra los daños causado por las cosas objeto de fideicomiso”.

intérprete para transitar el camino que se ha encarado de la constitucionalización del derecho privado. La doctrina nacional hizo un gran esfuerzo crítico buscando una interpretación acorde con la Constitución Nacional, a la injusta norma del art. 14 de la Ley 24.441, para que satisficiera el derecho fundamental a ser resarcido en forma plena.

Ciertamente hoy sería más fácil encontrar los argumentos para escapar de normas que recorten arbitrariamente el derecho a una indemnización plena o desnaturalicen el derecho a ser resarcido convirtiéndolo en insustancial, apelando a las pautas interpretativas fijadas en el Título Preliminar cuando se establece que *“los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme la Constitución nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte...”* –art. 1 C.C.C.N.- y que *“la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos, los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”* –art. 2 C.C.C.N.-.

El desafío que debe responderse desde el derecho privado, como parte de esta unidad que constituye el Derecho, es darle plena vigencia a los derechos fundamentales. Es una tarea titánica que no terminará nuestra generación, y que se encuentra recién en su inicio.

Los derechos humanos o fundamentales tienen mucho que iluminar otras materias de derecho privado. En el Código Civil y Comercial de la Nación de la República Argentina, se han repensado los derechos familiares a la luz de la Constitución Nacional, pero tengo la convicción intuitiva que hay muchos otros derechos de orden patrimonial que requieren de ese esfuerzo ‘pensante’.

Uno de los campos en los que esa revisión ha sido hecha es en torno al derecho a la vivienda que ha sido concebido como un derecho humano, no únicamente familiar, como lo fue hasta la vigencia de las nuevas normas⁵³. Ahora, la protección de la vivienda alcanza a cualquier ser humano, con independencia de su estado civil o familiar.

Los privatistas debemos comprometernos en la búsqueda de los numerosos nichos que todavía están en la oscuridad, a la que no llega la luz de la

⁵³ Analizamos esta cuestión en “Una mirada al derecho de crédito–obligación y la responsabilidad patrimonial en el Código Civil y Comercial de la Nación” en Revista República y Derecho (de la Facultad de Derecho de la U.N.Cuyo, vol. I (2016)) PDF <http://revistaryd.derecho.uncu.edu.ar/>

Constitución para humanizarlos.⁵⁴ Baste considerar como simples ejemplos: el ejercicio del derecho de retención cuando están implicados derechos raigambre constitucional⁵⁵, los alcances del derecho de retención sobre los bienes no embargables del deudor, carácter que suele acordarse en el resguardo de su dignidad; la necesidad de fijar un régimen especial en el concurso de acreedores a los llamados ‘acreedores involuntarios’ –como las víctimas de daños extracontractuales-, etc.

El derecho de la víctimas de los daños causados por los vicios y riesgos de la cosa era muy fácil de descubrir y percibir violado, pero existen muchos otros que requieren de un mayor esfuerzo al que debemos comprometernos para devolver al Derecho su eficacia –que es la de cada derecho que declamamos-, como ordenador de la conducta de todos hombres hacia una sociedad más justa, a la que aspira la Constitución Nacional.

⁵⁴ Caramelo Díaz, Gustavo D. “Locación de inmuebles para vivienda y Derechos Humanos” SIL AR/DOC/2045/2011, cap. XII. Dice el autor: *“La resignificación de las normas de Derecho Civil desde la óptica del Derecho Constitucional lo enriquece y proporciona sólidas herramientas para la búsqueda de uno de los roles principales de aquél, que es el de posibilitar que las personas desarrollen sus proyectos personales, con la mejor calidad de vida posible, según las circunstancias”*

⁵⁵ Ossola, Federico A. “Obligaciones” en Rivera, J.C.-Medina, G. (Dir.) “Derecho civil y comercial”, Bs.As., Abeledo Perrot, 2016, p. 834, No. 462.

BIBLIOGRAFÍA

- Acciarri, Hugo "La responsabilidad objetiva del dador de leasing", L.L. t. 1997-F
- Aicega, María Valentina-Gómez Leo, Osvaldo R. en Alterini, J.H. (Dir.General)-Alterini, I.E. (Coord.) "Código Civil y Comercial. Comentado. Tratado exegético", Bs.As., La Ley, 2015.
- Arduino, Augusto H. en Calvo Costa, C.A. "Código Civil y Comercial de la Nación. Concordado, comentado y comparado con los Códigos Civil de Vélez Sarsfield y de Comercio", Bs.As., La Ley, 2015
- Bilbao Aranda, Facundo M. "El contrato de fideicomiso a la luz del nuevo Código Civil y Comercial" RC D 489/2015
- Bono, Gustavo A. "Fideicomiso, en Ley 24.441", Córdoba, Alveroni, 1995
- Borda, Guillermo A. actualizado por Borda, Alejandro "Tratado de derecho civil. Contratos", Bs.As., La Ley, 2008, 9ª. Ed.
- Calvo Costa, Carlos A. "La constitucionalización del derecho de daños y el principio de la reparación plena", J.A. To.2016-II y SIL AP/DOC/273/2016.
- Cao, Christian Alberto y Gamarra, Gonzalo "El carácter integral como componente inescindible del derecho constitucional a la reparación en el Código Civil y Comercial" SIL AR/DOC/3109/2016
- Caramelo Díaz, Gustavo D. "Locación de inmuebles para vivienda y Derechos Humanos" SIL AR/DOC/2045/2011.
- Correas, Óscar "Eficacia del derecho, efectividad de sus normas y hegemonía política" <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3618/5.pdf>
- Donzis, Rubén H. "La eficacia social de las normas jurídicas" Rev.Elect. de Teoría y práctica de la elaboración de normas jurídicas Año II No. IV
- Fernández, Julio C.D. "Antecedentes históricos del fideicomiso", en Maury de González, Beatriz (Directora) "Tratado teórico-práctico de fideicomiso", Bs.As., Ad-Hoc, 2004.
- Ferrer, Germán Luis "Responsabilidad objetiva del fiduciario en la Ley 24.441", Rev.Der.Privado y Comunitario (Rubinzal y Culzoni) To. 2001-3 Fideicomiso, RC D 2791/2012
- Funes, Saturnino J. "El fiduciario en la Ley 24.441" en "Fideicomiso", Bs.As., Cuadernos de la Universidad Austral, Depalma, 1996
- Giraldi, Pedro Mario "Fideicomiso (Ley 24.441)", Bs.As., Depalma, 1998
- González, Ángel M "Analogía entre la responsabilidad del administrador societario y del fiduciario de un contrato de fideicomiso" Erreius.Compendio Jurídico. Bol. 52 p. 59, junio 2011 y USDC282537A.

González Torre, Roberto "Aspectos jurídicos del fideicomiso en Latino América" en www.felaban.net/archivos_memorias/archivo20141120202926PM.pdf,

Highton, Eñema I.- Mosset Iturraspe, Jorge.- Paolantonio, Martín E.- Rivera, Julio C. "Reformas al Derecho Privado", Sta.Fe, Rubinzal y Culzoni, 1995

Katz, S. - Barbier, Eduardo A. - Cuiñas Rodríguez, Manuel "El contrato de fideicomiso en la Ley 24.441 y en las VII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal" J.A. t. 1995-II

Kemelmajer de Carlucci, Aída R., "La Ley sobre Riesgos del Trabajo 24.557 y los principios generales del Derecho de Daños desde la óptica del Derecho Constitucional", Rev.Der.Privado y Comunitario (Rubinzal y Culzoni) t. 15

Kiper, Claudio M.-Lisoprawski, Silvio V., "Tratado de fideicomiso", Bs.As., Lexis-Nexis-Depalma, 2003

Kiper, Claudio M.-Lisoprawski, Silvio V., "Tratado de fideicomiso", Bs.As., La Ley, 2012

Kiper, Claudio M.- Lisoprawski, Silvio V. "Responsabilidad del fiduciario por daños a terceros en el Código Civil y Comercial" L.L. t. 2016-D y SIL AR/DOC/1797/2016

Lamm, Eleonora "La dignidad humana" <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/la-dignidad-humana>.

Leiva, Claudio Fabricio "La noción de daño resarcible en el Código Civil y Comercial", L.L. t. 2016-F y SIL AR/DOC/3615/2016.

Lisoprawski, Silvio V. "Fideicomiso" en Rivera, J.C.-Medina, G. "Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012", Bs.As., Abeledo-Perrot, 2012

López De Zavalía, Fernando J. "Fideicomiso. Leasing. Letras hipotecarias. Ejecución hipotecaria. Contratos de consumición.", Bs.As, Zavalía Ed., 1996

Lorenzetti, Ricardo L. Fundamento constitucional de la reparación de los daños", L.L. t. 2003-C y SIL AR/DOC/9055/2001

Márquez, José Fernando "Fideicomiso", Bs.As., La Ley, 2008

Márquez, José Fernando en Lorenzetti, R.L. (Dir)-De Lorenzo, M.F.-Lorenzetti, P. (Coords.) "Código Civil y Comercial de la Nación", Bs.As.-Sta.Fe, Rubinzal y Culzoni, 2015.

Márquez, José Fernando "El fideicomiso en el proyecto de código civil y comercial de 2012" Rev.Der.Privado y Comunitario (Rubinzal y Culzoni) t. 2014-2 Problemática contractual –Contratos en particular y RC 941/2016

Mavrich, Ana I. "El patrimonio separado creado para los bienes fideicomitados" en Maury, Beatriz A. (Dir)-Grzona, Daniel A. (Coord.) "Tratado teórico-práctico de fideicomiso", Bs.As., Ad-Hoc, 2004.

Mendoza, Elker "Fideicomiso Mercantil. Concepto y breves antecedentes históricos" en http://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2011/12/30_235_a_270_fideicomiso.pdf

Moisset de Espanés, Luis “Contrato de fideicomiso” Rev. del Notariado 1995 p. 61 y SIL AR/DOC/6772/2011.

Molina Sandoval, Carlos A. “Responsabilidad civil del fiduciario. Ley 24441” Rev.Der.Com. y Obligaciones t. 2003 y SIL 0021/000273.

Ossola, Federico A. “Obligaciones” en Rivera, J.C.-Medina, G. (Dirs.) “Derecho civil y comercial”, Bs.As., Abeledo Perrot, 2016.

Paolantonio, Martín en Bueres, Alberto J. (Dir) “Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado”, Bs.As., Hammurabi, 2014, t. 2 p. 146, glosa al art. 1685.

Papa, Rodolfo G. “La regulación del fideicomiso en el proyecto de Código Civil y Comercial” Erreius, Compendio Jurídico bol. 69 dic.-2012 y IUSDC283662A

Papa, Rodolfo G. “El tratamiento de la responsabilidad del fiduciario en la nueva codificación” L.L. t. 2027-A y SIL AR/DOC/553/2017

Pizarro, Ramón D. “La responsabilidad objetiv del fiduciario por los daños causados por el riesgo o vicio de las cosas fideicomitidad” en “Edición homenaje Dr. Jorge Mosset Iturraspe”, Sta.Fe, UNL, 2005.

Pizarro, Daniel R. “Tratado de la responsabilidad objetiva”, Bs.As., Thomson Reuters-La Ley, 2015

Santamaría, Gilberto León - Gómez de la Lastra, Manuel C. - Monserrat Ortega, Andrea “Fideicomiso: el antes y el después del Código Civil y Comercial. Un análisis comparativo entre la ley 24.441 y las reformas introducidas a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial” RCCyC t. 2016 (junio 2016) y SIL AR/DOC/1192/2016

Sozzo, Gonzalo “Códex global: la dimensión global del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, J.A. To. 2016-II y AP/DOC/378/2016

Toselli, Carlos A. “Impacto del nuevo Código Civil y Comercial en materia contractual” Rev.Der.Laboral (Rubinzal y Culzoni) t. 2015-2 RC D 990/2017

Varni, Sebastián en Herrera, Marisa - Caramelo, Gustavo – Picasso, Sebastián (Dirs.) “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, Bs.As., Infojus, 2015

Urrets Zavalía, Pedro “El fideicomiso en el proyecto de Código Civil de 1998” Rev.Der.Privado y Comunitario (Rubinzal y Culzoni) To. 2001-3 Fideicomiso, RC D 2789/2012