

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA FIDUCIARIA POR BIENES PERTENECIENTES AL FIDEICOMISO

Georg Daniel Birbaumer Vera¹

Sumario

I. Introducción.....	2
II. Desarrollo	3
1. Acerca de la transferencia de bienes en el Fideicomiso de Garantía	3
A) En el derecho comparado	3
B) En el derecho nacional	6
2. Obligaciones del Fiduciario en cuanto a los bienes fideicomitidos	6
3. El uso por parte del Fideicomitente de los bienes transferidos al Fiduciario	7
4. ¿Puede el Fiduciario ceder al Fideicomitente la responsabilidad derivada de su calidad de propietario de los bienes?	7
A) Lo que establece la Ley de Negocios Fiduciarios y su Reglamentación	8
B) El Código Civil lo permite	9
a) La disposición no se aplica en principio a los bienes en general	10
b) De todas maneras, es posible ceder la responsabilidad al guardián de la cosa.....	10
C) La cesión no se trataría de un cláusula abusiva.....	12
5. Eventuales consecuencias para las partes del fideicomiso	13
A) Para el Fideicomitente	13
B) Para el Fiduciario	13
C) Para el Beneficiario	14
III. Conclusión.....	14

¹ Abogado recibido de la Universidad Nacional de Asunción en el 2014. Actualmente Abogado en Altra Servicios Jurídicos/Legal Services.

I. Introducción

En el año 1996 se promulgó la Ley N° 921 “De Negocios Fiduciarios”, de acuerdo a la misma el negocio fiduciario se da cuando una persona llamada Fiduciante, Fideicomitente o constituyente, entrega a otra, llamada Fiduciario, uno o más bienes especificados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos, con el propósito de que ésta los administre o enajene y cumpla con ellos una determinada finalidad, bien sea en provecho de aquella misma o de un tercero llamado Fideicomisario o Beneficiario.²

En este trabajo nos encargaremos de estudiar específicamente el llamado “Fideicomiso”, el cual conlleva la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitidos.

Antes de iniciar, debemos tener en cuenta que, por lo general, las entidades financieras y bancarias actúan como Fiduciarios o en todo caso como Beneficiarios del contrato de Fideicomiso. Por ello, el presente trabajo estará enfocado más que nada en las responsabilidades y consecuencias que puede conllevar al Fiduciario ser propietario de los bienes fideicomitidos. Por otro lado también nos centraremos en los Fideicomisos de Garantía donde por lo general las empresas financieras o bancarias actúan como Beneficiarios del contrato.

Ahora, ¿qué responsabilidades y eventuales consecuencias puede tener el Fiduciario?

Pues, supongamos que estamos ante un Fideicomiso de Garantía, donde los bienes trasferidos actúan de garantía de un crédito otorgado por una de las partes³, de acuerdo al mismo un Banco X presta dinero a una Empresa A, a fin de que la misma construya embarcaciones y pretende asegurar el crédito otorgado mediante un Fideicomiso de Garantía, en virtud del cual la Empresa A deberá transferir al Fiduciario las embarcaciones construidas como parte de la garantía, pero reservándose el uso para poder ir pagando el crédito con el tiempo.

² Art. 1, Ley N° 921/96 “De Negocios Fiduciarios”.

³ De acuerdo al Art. 40 de la Resolución N° 12/2011 y Acta N° 9 de fecha 15 de Febrero de 2011 del Banco Central del Paraguay, que Reglamenta las Operaciones Fiduciarias, la Fiducia de Garantía es el negocio fiduciario en virtud del cual el fideicomitente transfiere al fiduciario, de manera irrevocable, la titularidad de un derecho o la propiedad de uno o más bienes especificados, con el objeto de asegurar el cumplimiento de determinadas obligaciones, presentes o futuras, constituidas o por constituir, a su cargo o a cargo de un tercero respecto del cual aquél desea servir como garante, y a favor de uno o más acreedores beneficiarios, estableciéndose como finalidad que, ante el incumplimiento del deudor, los créditos asegurados se cancelen por el fiduciario mediante la enajenación de los bienes fideicomitidos.

En atención al ejemplo dado, puede la Fiduciaria “ceder” o “transmitir” la responsabilidad de las eventuales deudas que puedan surgir como propietario del buque a la Empresa A, de tal manera a no comprometer la garantía dada por el Banco X?

¿Esta “cesión” viola normas de orden público, tales como la prohibición de suprimir de antemano la responsabilidad civil por ser dueño de una cosa⁴? ¿Podría entenderse la “cesión” como un fraude al eventual tercero perjudicado?

A lo largo del desarrollo (II) del presente trabajo intentaremos contestar de la manera más completa cada una de estas preguntas.

II. Desarrollo

A fin de poder contestar las preguntas hechas en la introducción el desarrollo de este trabajo estará dividido en 5 partes. Primeramente, hablaremos acerca de la transferencia de bienes en los Fideicomisos de Garantía (1); en segundo lugar las obligaciones del Fiduciario en cuanto a los bienes fideicomitidos (2); luego la posibilidad de dar el uso de los bienes del Fideicomiso al Fideicomitente (3); más adelante responderemos a la pregunta de si puede o no el Fideicomiso “ceder” la responsabilidad civil que nace del hecho de ser propietario de los bienes (4); y finalmente, hablaremos sobre las eventuales consecuencias que pueda tener la transferencia de los bienes, el uso de los mismos y la eventual “cesión” de responsabilidad (5).

1. Acerca de la transferencia de bienes en el Fideicomiso de Garantía

A) En el derecho comparado

De acuerdo al derecho argentino, que reconoce la propiedad fiduciaria en su código civil, dentro del denominado dominio imperfecto⁵, conceptualizándolo como aquel que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del mismo.⁶ La única diferencia que existe entre el dominio perfecto y el imperfecto es la temporalidad del mismo.⁷

De acuerdo a la normativa brasileña, la transferencia de fiducia en garantía transmite el dominio resoluble y la posesión indirecta de la cosa, independientemente de la tradición

⁴ Art. 1448, Código Civil Paraguayo.

⁵ Art. 2661, Código Civil Argentino.

⁶ Art. 2662, Código Civil Argentino reformado por el Art. 3 de la Ley N° 24.441/94.

⁷ M.C. OTERO, *Comentario al Art. 2662*, en: C. KIPER, *Código Civil de Comentado. Doctrina – Jurisprudencia – Bibliografía. Derechos Reales. Tomo II. Artículos 2611 a 2969*, 1ª ed., Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni, 2004, p. 117.

efectiva del bien, por lo que se considera al deudor en posesión directa y depositario de la cosa, con todas las responsabilidades y obligaciones que le incumben de conformidad con el derecho civil y penal.⁸

En otras palabras, la transferencia de propiedad la realiza el Fideicomitente renunciando a sus derechos de propiedad; resultando del contrato una propiedad resoluble a favor de la fiduciaria; bajo esa estructura, el Fideicomitente pierde su calidad de propietario bajo una condición suspensiva, y puede llegar a ser de nuevo propietario pleno en caso de pagar la deuda, que es objeto del contrato principal.⁹

En Alemania, el denominado *Sicherungstreuhand* – el equivalente a nuestro Fideicomiso de Garantía – ha tenido gran desarrollo, sobre todo en relación a cosas muebles. La ventaja que encuentra esta figura en el derecho alemán es que no posee los contratiempos de la posesión.¹⁰

En Francia por su parte se ha discutido la figura en base a que se estaría creando un desmembramiento al derecho de propiedad, ya que teóricamente no se trataría de una propiedad “absoluta” ya que no podría disponer enteramente de la cosa. Sin embargo, esta teoría fue rebatida al explicarse que la propiedad sobre la cosa es absoluta, pero está limitada por un contrato, el cual el Fiduciario voluntariamente se compromete a cumplir, en consecuencia, si bien es propietario, también está obligado conseguir un resultado con dicha propiedad¹¹.

En el *Common Law*, en el denominado *trust*, una persona denominada *settlor*, confía la propiedad a otro, *trustee*, para que se encargue de ella en beneficio de otra persona *beneficiary*. El *trustee* se encuentra investido del control y la administración de la propiedad y entrega las ganancias que produce la misma al Beneficiario.

De acuerdo a Lorenzetti, las diferencias con la fiducia son relevantes y pueden resumirse en los siguientes aspectos:

a) El trust es una institución del derecho de propiedad y no de los contratos o sucesiones, como en el caso romano;

⁸ Art. 66 Ley 4728/65 redacción modificada por el Decreto-Ley N ° 911, del 01 de octubre de 1969.

⁹ M.N. CHALHUB, *La confianza empresarial*, 2ª ed., Río de Janeiro - Sao Paulo, Renovar, p. 222.

¹⁰ M. GRIMALDI / F. BARRIÈRE en: A. Hartkamp y otros, *Towards a European Civil Code*, 4ª ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer / Ars Aequi Libri, 2010, p. 1090

¹¹ M. GRIMALDI / F. BARRIÈRE (nota 10), p. 1095.

b) surgen dos tipos de propiedad: el propietario legal (*trustee*) y el propietario en equidad (*Beneficiario*).¹²

En Estados Unidos el trust surgió del modelo inglés, pero se amplió notablemente, como lo demuestran los términos laxos que usa el *American Law Institute* para definirlo como una relación respecto a bienes, sujetando a la persona que tiene la posesión de dichos bienes a deberes de equidad para utilizarlos en beneficio de otra persona, lo cual surge como resultado de la intención manifestada al crearlo.¹³

Se trata pues, de una relación basada en la confianza, por la cual una persona es propietaria de una cosa, pero bajo la obligación de conservarla y utilizarla para el beneficio de otra. Es importante señalar que el *trustee* es considerado un profesional, que tiene el deber de evitar conflictos de intereses y por ello no puede comprar los bienes, ni venderlos o constituir préstamos.¹⁴

Farina por su parte, afirma que el trust es una relación fiduciaria porque se funda en la confianza; pero no es un negocio fiduciario en el sentido técnico que damos a esta expresión en los países de concepción romanista. No hay negocio fiduciario allí donde el abuso de la confianza ajena esté previsto y sancionado por la ley. Al convertirse el antiguo *use* en *trust*, y al quedar éste reglamentado por las normas del *Statute Law*, el *trust* ha dejado de ser un negocio fiduciario. Cuando nuestra confianza no descansa en la buena fe de otro sino en la tutela de la ley, ella deja de ser fiducia en sentido técnico, pues la llamada fiducia legal encierra una contradicción en sus propios términos.¹⁵

Finalmente, encontramos también el Convenio de La Haya sobre Ley Aplicable al Trust y su Reconocimiento¹⁶. Este Convenio tiene la particularidad de haber sido ratificado y puesto en vigor por países tanto del *civil law* como del *common law*.¹⁷ Este Convenio utiliza la figura del *trust* anglosajón, pero reconociendo que el mismo es reconocido con el término fideicomiso en los países del *civil law*¹⁸. De acuerdo al Art. 2 del Convenio, en el *trust* el título sobre los bienes se establece en nombre del *trustee* (Fiduciario) o de otra persona por cuenta del *trustee*. Establece igualmente que el *trustee* tiene la facultad y la obligación de

¹² R.L. LORENZETTI, *Tratado de los Contratos - Tomo III*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni, 1999, p. 297.

¹³ R.L. LORENZETTI (nota 12), p. 298.

¹⁴ R.L. LORENZETTI, (nota 12), p. 297.

¹⁵ J.M. FARINA, *Contratos Comerciales Modernos*, 3ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2014, p. 366.

¹⁶ Disponible en: http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=59.

¹⁷ Ratificado y puesto en vigor por Australia, Canadá, Reino Unido e Irlanda del Norte (*Common Law*). También por Italia, Malta, Mónaco, Luxemburgo, Suiza, Liechtenstein, San Marino y los Países Bajos (*Civil law*).

¹⁸ Cita al pie del Prólogo del Convenio.

disponer de los bienes según las condiciones del *trust* y las obligaciones particulares que la ley le imponga.

Como vimos la legislación argentina la que más se asemeja a nuestra Ley de Negocios Fiduciarios. Por ello tomaremos más la legislación de este país a fin de compararla con la nuestra.

B) En el derecho nacional

Es sabido que la transferencia de propiedad en los fideicomisos da lugar a la formación de un patrimonio autónomo o especial, el cual queda afectado al cumplimiento de la finalidad señalada por el Fideicomitente en el acto constitutivo.¹⁹

Así, los bienes fideicomitados salen definitivamente del patrimonio del Fideicomitente siendo reemplazados por derechos fiduciarios. Producto de esa transferencia y para el cumplimiento de la finalidad de garantía prevista en el contrato. Tampoco forman parte de la prenda general de los acreedores del Fiduciario y sólo amparan las obligaciones expresamente designadas en el acto constitutivo del fideicomiso.²⁰

En este sentido, Marzorati explica que la finalidad de la transferencia de los bienes al Fiduciario, en el Fideicomiso de Garantía, es garantizar con ellos, o con su producto, el cumplimiento de ciertas obligaciones a cargo del Fideicomitente, designando como Beneficiario al acreedor en cuyo favor, en caso de incumplimiento se pagará la obligación garantizada de acuerdo a lo previsto en el contrato.²¹ Definición tomada por Marzorati de la legislación argentina que, como puede verse, no difiere mucha de la adoptada por nuestra legislación nacional.²²

2. Obligaciones del Fiduciario en cuanto a los bienes fideicomitados

La Ley de Negocios Fiduciarios establece expresamente entre los deberes indelegables del Fiduciario el de ejercer los derechos y acciones legales necesarios para la protección y defensa de los bienes fideicomitados.

A esto la Resolución reglamentaria le agrega, específicamente tratándose de Fideicomisos de Garantía, la obligación del Fiduciario de realizar todos los actos

¹⁹ Art. 12, Ley N° 921/96 “De Negocios Fiduciarios”.

²⁰ Art. 43, Resolución N° 12/2011 y Acta N° 9 de fecha 15 de Febrero de 2011 del Banco Central del Paraguay.

²¹ O.J. MARZORATI, *Derecho de los Negocios Internacionales. Tomo I*, Buenos Aires, Astrea, 2003, p. 512, 513.

²² Ver nota 3.

conservatorios encaminados a evitar que los bienes fideicomitidos se deterioren, menoscaben, pierdan o modifiquen.²³

Lorenzetti explica que el Fiduciario, además de sus deberes principales – cumplir con la instrucción del Fideicomitente y devolver los bienes fideicomitidos – tiene un deber secundario de conducta, derivado de la buena fe, que consiste en el cuidado de los bienes que están bajo su custodia. El Fiduciario tiene es “carga”, lo cual no es obligación. La diferencia radica en que la carga es un deber que se impone, cuyo incumplimiento no es coercible, pero acarrea la pérdida de un beneficio. En este caso, la sanción sería no poder invocar la responsabilidad limitada.²⁴

3. El uso por parte del Fideicomitente de los bienes transferidos al Fiduciario

De acuerdo a la Resolución reglamentaria en la celebración de Fideicomisos de Garantía puede pactarse que los bienes transferidos como garantía al patrimonio autónomo sea usados por el Fideicomitente con la condición de dejar establecido que de ejecutarse la garantía fiduciaria, el Fideicomitente perderá tales derechos y deberá entregar al Fiduciario los bienes fideicomitidos, so pena de indemnizar los perjuicios que la retención en la entrega generen.²⁵

En cuanto a cómo instrumentar este uso del bien, podría bien establecerse las condiciones en el mismo contrato de fideicomiso o, en todo caso, en un contrato anexo al mismo.

4. ¿Puede el Fiduciario ceder al Fideicomitente la responsabilidad derivada de su calidad de propietario de los bienes?

No discutimos que la dispensa de la culpa y el dolo ha sido censurada por la doctrina y jurisprudencia en forma unánime desde antiguo y así se recepta para la mayoría de los contratos y para el fideicomiso en especial.²⁶

Por otro lado, de acuerdo al Código Civil, el dueño o guardián de una cosa inanimada responde del daño causado por ella o con ella, si no prueba que de su parte no hubo culpa, pero cuando el daño se produce por vicio o riesgo inherente a la cosa sólo se eximirá total o

²³ Art. 42, Resolución N° 12/2011 y Acta N° 9 de fecha 15 de Febrero de 2011 del Banco Central del Paraguay.

²⁴ R.L. LORENZETTI (nota 12), p. 320.

²⁵ Art. 41 inc. h) Num. 5, Resolución N° 12/2011 y Acta N° 9 de fecha 15 de Febrero de 2011 del Banco Central del Paraguay.

²⁶ R.L. LORENZETTI (nota 12), p. 320.

parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.²⁷

Conviene aclarar que no entraremos a discutir de cuando existe un riesgo inherente a la cosa ya que ello dependerá del caso concreto, más bien estudiaremos si es posible que el Fiduciario pueda “ceder” esta responsabilidad objetiva que surge del hecho de ser propietario de una cosa con estas características.

¿Qué sentido tendría celebrar un Fideicomiso de Garantía, incorporando al patrimonio autónomo ciertos bienes y darle el uso de los mismos al Fideicomitente, que al fin y al cabo no responderá por los perjuicios que ellos puedan ocasionar?

Paradójicamente, el menos beneficiado sería el Beneficiario, ya que su garantía podría incluso desaparecer en caso de que el Fiduciario tenga que responder por un accidente u otra obligación derivada de su calidad de propietario.²⁸ Esto desvirtuaría la institución del Fideicomiso de Garantía por completo.

La respuesta podría ser asegurar el bien en cuestión. El seguro sobre el bien, de todas maneras, puede influir de cierta manera en el monto del patrimonio autónomo, si la eventual indemnización es mayor al monto asegurado, por ejemplo.

Otra salida posible es que los accionistas de la empresa Fideicomitente se hagan solidariamente responsables en caso de insuficiencia del patrimonio autónomo.

¿Dadas todas estas posibilidades, por qué no transferir la responsabilidad objetiva derivada del bien al Fideicomitente, después de todo es él quien usa el bien y será posteriormente el propietario de los bienes?

A) Lo que establece la Ley de Negocios Fiduciarios y su Reglamentación

De acuerdo a la Ley de Negocios Fiduciarios, los bienes que conforman el patrimonio autónomo o especial no podrán ser perseguidos judicialmente por los acreedores del Fideicomitente.²⁹

De acuerdo a la Reglamentación, los bienes fideicomitados salen definitivamente del patrimonio del Fideicomitente siendo reemplazados por derechos fiduciarios. Producto de esa transferencia y para el cumplimiento de la finalidad de garantía prevista en el contrato, el Fideicomitente pierde potestad o facultad de disposición sobre los bienes trasferidos.³⁰

²⁷ Art. 1847, Código Civil Paraguayo.

²⁸ Ver Arts. 879 a 883, Código de Comercio Paraguayo.

²⁹ Art. 13, Ley N° 921/96 “De Negocios Fiduciarios”.

³⁰ Art. 43, Resolución N° 12/2011 y Acta N° 9 de fecha 15 de Febrero de 2011 del Banco Central del Paraguay.

En relación a la responsabilidad objetiva derivada de su calidad de propietario de un bien debemos resaltar en primer lugar que de acuerdo a la legislación vigente en relación a negocios fiduciarios, el Fiduciario responde siempre hasta el valor del patrimonio autónomo.³¹ No habría razón por la que la responsabilidad objetiva derivada de su calidad de propietario no siga estas disposiciones, ya que de ser responsable con la totalidad de su patrimonio desvirtuaría en su totalidad la naturaleza del fideicomiso.

Siguiendo este lineamiento, Farina expresa que la responsabilidad objetiva del Fiduciario por los daños que causen los bienes fideicomitidos se limita al valor de la cosa fideicomitido cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el Fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado.

A su vez, expresa que los bienes del Fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos.³²

Marzorati, en el mismo sentido entiende que la responsabilidad objetiva del Fiduciario, se limita al valor de la cosa fideicomitada.³³

Esto también deviene de la publicidad que adquiere el contrato de fideicomiso una vez inscripto en los registros públicos correspondientes.³⁴

B) El Código Civil lo permite

Sobre la cuestión, estrictamente estudiaremos la disposición del Art. 1848 del Código Civil. Dicho artículo establece que nula toda convención por la que se suprima o limite por anticipado la responsabilidad establecida por los artículos relativos a la responsabilidad sin culpa. Entre los cuales se encuentra la responsabilidad por el hecho de ser propietario de un bien, que ya citamos.³⁵

De acuerdo uno de los pocos fallos que trata la cuestión, son nulas las convenciones que suprimen o limitan en forma anticipada, la responsabilidad del dueño o guardián de cosas

³¹ Art. 10 y 26, Ley N° 921/96 “De Negocios Fiduciarios”.

³² J.M. FARINA, *Contratos Comerciales Modernos*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1999, p. 380.

³³ O.J. MARZORATI (nota 21), pp. 508, 513.

³⁴ Art. 7, Ley N° 921/96 “De Negocios Fiduciarios” establece que el negocio fiduciario solo producirá efectos con relación a terceros desde el momento en que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de acuerdo con la clase y naturaleza de los bienes fideicomitidos.

³⁵ Art. 1847, Código Civil Paraguayo.

inanimadas, y de todo aquel que crea un peligro con su actividad o profesión, por la naturaleza de ellas, o por los medios empleados por el citado Art. 1848.³⁶

A nuestro parecer, en el contrato de fideicomiso se da una particularidad, el Fiduciario ciertamente es propietario del bien, pero sólo por un tiempo establecido contractualmente y con un fin específico, el de garantizar el crédito otorgado por el Beneficiario. Por ello deben destacarse dos cuestiones.

a) La disposición no se aplica en principio a los bienes en general

La intención inicial al incorporar la responsabilidad objetiva por el mero hecho de ser dueño de una cosa encuentra su base en la responsabilidad proveniente de los accidentes de tránsito y no realmente relativa a otros bienes en general.

Sin embargo, la disposición genérica adoptada por el Código Civil, que difiere de la del Anteproyecto se debe a la intención de copiar la reforma introducida en 1968 al artículo 1113 del Código Civil argentino.

Ciertamente la introducción de este artículo en nuestro código civil ha sido un error que ha traído nada más que complicaciones, al incorporar la “invención” de la responsabilidad por el riesgo de las cosas con una forma de responder al así llamado “fantasma del automóvil”, en razón de que no se dictaba una ley especial para solucionar los problemas relacionados a los accidentes de tránsito.

En atención a los antecedentes, Roberto Moreno Rodríguez Alcalá recomienda que la interpretación a seguirse, en relación al artículo 1847 del Código Civil, sea la de aplicar el mismo en principio para los accidentes de automotores, y sólo excepcionalmente a otras “cosas riesgosas” ya que este era el espíritu de la norma inicialmente.³⁷

b) De todas maneras, es posible ceder la responsabilidad al guardián de la cosa

En segundo lugar, entendemos que la responsabilidad que trata el Art. 1847 puede ser “cedida” del Fiduciario al Fideicomitente.

La prohibición establecida por el Art. 1848 es más que nada una cuestión relacionada la prohibición de pactar este tipo de dispensa de responsabilidad entre las partes de un

³⁶ Ac. y Sent. N° 49 del 18 de agosto de 1990, Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción, sala 1 en: *Valdez, Gregorio c. Empresa El Inter S.R.L. y/o Campos, Nelson*.

³⁷ R. MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, *Comentario al Art. 1848 del Código Civil Paraguayo*, en: VV.AA., *Código Civil de la República del Paraguay Comentado. Tomo VI-B. Libro Tercero, Título II, De los Contratos en Particular (continuación)*, Asunción, La Ley Paraguaya, 2009, p. 1174.

contrato, cuestión que de todas maneras ya estaba abordada en relación a las cláusulas leoninas.³⁸

Por otro lado, Moreno Rodríguez Alcalá expresa que, tratándose de un supuesto de responsabilidad “extracontractual” sería bastante difícil encontrar entre las partes un “contrato” que suprima o limite la responsabilidad por anticipado. Si fuera en el marco de un contrato las partes sí podrían limitar o exonerar su responsabilidad por anticipado.³⁹

Así, al darse una “trasferencia” de la responsabilidad de uno al otro contratante. No existiría un impedimento en este caso, ya que no se estaría violando derechos de terceros, y se estaría actuando dentro del límite del principio de *pacta sunt servanta*. Esto es así porque, en virtud al contrato firmado, el Fideicomitente estaría actuando como guardián de la cosa por lo que debe responder por el daño causado por la misma.

En este sentido, el guardián reemplazará al propietario al responder por los daños ante terceros.

Sobre la cuestión, algunos sistemas diferenciaron ya definitivamente la responsabilidad del propietario y del guardián. Por ejemplo, el Art. 2051 del Código Civil italiano impone expresamente la obligación de responder por los daños a la persona que tenía el control del bien que causó el daño.⁴⁰

Cabe recalcar igualmente que, el Código Civil Francés, base de toda la teoría de la responsabilidad objetiva, establece que una persona es responsable por los daños causados por una cosa que se encuentra bajo su custodia.⁴¹ En ningún caso establece la responsabilidad del propietario de manera estricta, la identificación del guardián es dejada a las cortes. Por ello, el propietario no es responsable si demuestra que otra persona tenía el poder sobre la cosa al momento que causó el daño.⁴²

La Corte de Casación Francesa por ejemplo, expresó que el guardián de la cosa es aquella que de hecho tiene el poder sobre la misma para poder, usar, dirigir y controlar la cosa.⁴³

Esta cuestión se fundamenta en que la idea de guardián está ligada al aprovechamiento económico de la cosa, basada en la idea de que quien provoca un daño con

³⁸ Art. 691 inc. a), Código Civil Paraguayo.

³⁹ R. MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ (nota 37), p. 1198.

⁴⁰ K. ZWEIGERT / H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 3ª ed., Oxford, Oxford, p. 666.

⁴¹ Art. 1384, Código Civil Francés.

⁴² F. FERRO, *Chapter 39. Liability for Harm Caused by Things* en: A. Hartkamp y otros, *Towards a European Civil Code*, 4ª ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer / Ars Aequi Libri, 2010, p. 931

⁴³ Corte de Casación Francesa, *Connot v. Frank*, 2 de diciembre 1941, DC 1942.25.

la cosa, por la que además obtiene un beneficio económico o personal, debe afrontar la reparación de los daños que cause con ella.⁴⁴

Esta conclusión deriva también de los antecedentes nacionales del artículo en cuestión. Así vemos que el Anteproyecto de De Gásperi establecía que la responsabilidad (objetiva) prescripta incumbe a los propietarios de vehículos mecánicos de transporte movidos por fuerzas naturales. Establecía también el artículo del Anteproyecto que siempre que el vehículo de transporte haya sido dado en comodato a otra persona, para usarlo por su propia cuenta y riesgo, o si el propietario ha sido privado de la facultad de disponer de él por hecho ilícito de un tercero, el que tenga el poder de disponer del vehículo de transporte es, en lugar del propietario, responsable del perjuicio causado.⁴⁵

En un fallo, la Corte Suprema de Justicia expresó que reviste la condición de guardián quien tiene de hecho un poder efectivo de vigilancia, gobierno y control sobre la cosa productora del daño. Lo que caracteriza la guarda es el poder de hecho que se tiene sobre la cosa, con prescindencia del título o derecho que se tenga. Requiere un poder de mando, así como la posibilidad de ejercer un poder autónomo e independencia sobre la cosa y el impartir órdenes relativas a ella.⁴⁶

En una decisión, comentada anteriormente, un tribunal de apelación, si bien declaró inaplicable la cláusula de exoneración de responsabilidad, reconoció que el demandado era responsable porque actuó como guardián de la cosa, más allá de que el mismo alegó que el responsable era propietario de la cosa, que era otra persona.⁴⁷

Actualmente en el derecho comparado, el Marco Común de Referencia Europeo, entiende que el dueño puede demostrar que otra persona independiente ejercer el control de la cosa y por ende esa persona será responsable. En ese caso, la responsabilidad no recae sobre el dueño, sino sobre esta tercera persona. Ejemplifica que una persona que ha arrendado un gran complejo de locales comerciales no es responsable por el estado de las unidades comerciales dentro del complejo; de la misma forma que una persona que alquila un apartamento no es responsable de la calidad de la alfombra puesta por el arrendatario.⁴⁸

C) La cesión no se trataría de un cláusula abusiva

⁴⁴ C.A. GHERSI, *Teoría General de la Reparación de Daños*, Buenos Aires, Astrea, 1997, p. 152.

⁴⁵ L. DE GÁSPERI, *Art. 2512. Anteproyecto de Código Civil*, Asunción, El Gráfico, 1964.

⁴⁶ Ac. y Sent. N° 157 del 28 de marzo de 2005, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en: *Valentina Torres de Rodríguez c/ Empresa de Transporte "La Caacupeña S.A. de Transporte C.I. s/ indemnización de daños y perjuicios*.

⁴⁷ Ver nota 36.

⁴⁸ *Comentarios al Art. 3:202 (3) del Marco Común de Referencia Europeo*, Christian von Bar y otros, p. 3344.

De acuerdo al Código Civil cuando los contratos por adhesión contengan cláusulas restrictivas de carácter leonino, la parte adherente podrá ser dispensada de cumplirlas, o pedir su modificación por el juez, entre dichas cláusulas se encuentran las que excluyen o limitan la responsabilidad del que las impuso.⁴⁹

Esta cuestión es simple, los contratos de fideicomiso no son contratos de adhesión, son negociados enteramente. Uno de los caracteres principales del contrato de fideicomiso, la bilateralidad. En contrato de fideicomiso resulta de una creación convencional, en donde convergen las voluntades del Fideicomitente y del Fiduciario, tanto si tuviere su origen en una disposición testamentario o fuere de manera contractual.⁵⁰

5. Eventuales consecuencias para las partes del fideicomiso

Incorporar al contrato de fideicomiso una cláusula de “cesión” de responsabilidad, de acuerdo a lo expuesto, podría acarrear distintas consecuencias para las partes del contrato. Las mismas varían de acuerdo a que se trate del Fideicomitente, del Fiduciario o del Beneficiario, como veremos a continuación.

A) Para el Fideicomitente

Aunque a priori parezca extraño, el más beneficiado en con la posibilidad de insertar una cláusula de “cesión” de responsabilidad objetiva en el contrato de fideicomiso será el propio Fideicomitente. Por una simple razón, mayor crédito.

Los Fideicomisos de Garantía nacen para garantizar préstamos o líneas de créditos otorgadas por bancos o financieras. A mayor garantía mayor será el crédito o la posibilidad de acceder al crédito.

Cualquier banco o financiera, ya sea en su carácter de beneficiaria o fiduciaria lo pensaría más de dos veces en otorgar un crédito con una garantía que el fin y al cabo puede no actuar como tal.

B) Para el Fiduciario

Uno de los principales problemas que puede acarrear insertar una cláusula de cesión de responsabilidad por parte del Fiduciario es la nulidad de todo el contrato.

⁴⁹ Art. 691 inc. a), Código Civil Paraguayo.

⁵⁰ J.H. LASCALA, *Práctica del Fideicomiso*, 3ª ed., Buenos Aires, Astrea, p. 140.

Esto es así, porque entre las razones para declarar la nulidad de un fideicomiso encontramos el hecho de que el contrato contravenga una norma en cuya observancia estén interesados el orden público o las buenas costumbres.⁵¹

Como ya se refirió, la prohibición de limitar la responsabilidad objetiva puede ser considerada de orden público y eventualmente la “cesión” de responsabilidad también podría ser entendida como tal.⁵²

Por otro lado, insertar este tipo de cláusulas puede ahorrar varios problemas al Fiduciario, sobre todo en atención a que no tendrá la obligación de solucionar problemas que ocasionen estos bienes, con los que por lo general un banco o financiera no está habituado a lidiar.

Por ejemplo, naturalmente una empresa aeronáutica tiene más experiencia y conocimiento relacionado a los eventuales problemas que puede acarrear ser propietario de una aeronave y podrá responder ante los mismos de manera más efectiva que una financiera o un banco. Implicaría mayores gastos para ambos que el banco o financiera en carácter de Fiduciaria se encargue de solucionar estos problemas.

C) Para el Beneficiario

El acreedor, antes de aceptar la garantía y su calidad de Beneficiario, está obligado a verificar su eficacia, suficiencia o pertinencia y los riesgos inherentes, sin que pueda afirmarse categóricamente lo contrario por el sólo hecho de intervenir en ella un Fiduciario, toda vez que éste, en este tipo específico de fideicomiso, no asume responsabilidad puntual por la eficacia de la garantía.⁵³

Hacemos extensiva a esta parte lo referido en relación a los riesgos que tiene el Fiduciario. Insertar en un contrato de fideicomiso una cláusula de cesión de responsabilidad puede eventualmente acarrear la nulidad del fideicomiso por violar normas de orden público.⁵⁴

Por otro lado, la inclusión de este tipo de cláusulas sería la garantía en su máxima expresión para el Beneficiario.

III. Conclusión

⁵¹ Art. 8 Num. 2, Ley N° 921/96 “De Negocios Fiduciarios”.

⁵² Ver nota 36.

⁵³ Art. 41 inc. d), Resolución N° 12/2011 y Acta N° 9 de fecha 15 de Febrero de 2011 del Banco Central del Paraguay.

⁵⁴ Art. 1848, Código Civil Paraguayo.

El Fideicomiso de Garantía es un contrato sumamente útil como instrumento de garantía de créditos, y en este sentido una herramienta útil para el desenvolvimiento económico de empresa, ya que con este tipo de garantías es más factible acceder a créditos, en atención al grado de garantía que tienen.

Si bien debido a la falta de eficacia legislativa se han dejado algunas cuestiones sujetas a interpretación, puntualmente en relación a las implicancias del uso por parte del Fideicomitente de los bienes fideicomitidos, lo correcto a nuestro criterio sería el de permitir las cláusulas de “cesión” de responsabilidad a fin de proteger la intención que acompaña al legislador en el momento de la redacción de la Ley de Negocios Fiduciarios.

No tendría sentido pues, que el negocio Fiduciario se vea en riesgo, en virtud a una norma anterior, que si bien puede ser considerada de orden público en algunos casos, de aplicarse en los negocios fiduciarios estaría dejando sin efecto el fin por la cual se promulgo la ley especial sobre la materia.

En consecuencia, en atención a las disposiciones aplicables, los antecedentes y fines legislativos explicados, además de las disposiciones del derecho comparado, concluimos que la responsabilidad objetiva de la Fiduciaria por los bienes del fideicomiso puede ser “cedida” a la Fideicomitente a fin de proteger la institución del fideicomiso, en especial la del Fideicomiso de Garantía.