

Compraventa con finalidad de garantía: ¿fideicomiso de garantía, dominio revocable o negocio simulado?

Nota al fallo: "Romero c. Saavedra"

Por:
Pablo Augusto Van Thienen
Director

Colaboradores

Iván Di Chiazza

Florencia Paolini de Vidal

Miguel La Vista

INDICE

I. LOS HECHOS	4
II. EL FALLO A QUO	4
III. EL FALLO AD QUEM.	4
a) <i>Compraventa, fideicomiso de garantía y dación en pago.</i>	4
b) <i>Mutuo, fideicomiso de garantía y causa fin del negocio.</i>	4
c) <i>Lesión subjetiva por notorio desproporción de las prestaciones.</i>	6
IV. UN FALLO JUDICIAL DE EQUIDAD.	6
V. NUESTRA CRÍTICA.	8
1. El vicio de lesión.	8
a) <i>Fin de lucro, tasa y aversión al riesgo.</i>	9
b) <i>Vicio de lesión por notoria desproporción de las prestaciones.</i>	9
c) <i>Los préstamos con garantía y el aforo del prestamista.</i>	10
2. Fideicomiso de garantía.	11
3. El pago como condición resolutoria del dominio fiduciario.	11
4. Compraventa de garantía de dominio revocable.	12
5. Intención de las partes e interpretación de los contratos.	13
6. El caso <i>Pereyro c. Vilar.</i>	13
V. CONCLUSIÓN.	14

Abstract

Propósito de este ensayo: indagar sobre la *licitud* y la *eficiencia de costes transaccionales* que encierra el contrato de compraventa con finalidad de garantía.

Este particular negocio jurídico ha sido cuestionado por los tribunales del foro civil bajo el argumento de la *simulación* y la *lesión subjetiva*.

El antecedente que comentamos (*Romero c. Saavedra*) el tribunal ha considerado válida la transferencia de dominio cuestionando el título: estamos ante un dominio fiduciario. Por lo tanto frente a la mora del deudor el propietario (acreedor) debe cumplir con las obligaciones a cargo de agente fiduciario: vender la propiedad y cobrarse el saldo insoluto.

Tanto el antecedente que comentamos como el caso Pereyro tienen en común un dato: la parte deudora (vendedora) conserva la tenencia vía contrato de locación recuperando el dominio pleno una vez amortizado el 100% del préstamo con más los intereses compensatorios. En la estructura de este negocio financiero el canon locativo representa la amortización del capital más el servicio de intereses.

La operación conocida por todos como - *Sale & Lease Back* - instrumenta una operatoria financiera análoga a la instrumentada en el caso Saavedra y, en particular, en el caso Pereyro. En éste, el acreedor (propietario) concedió al deudor (locatario) una opción de compra (*Call Option*) que sólo podía ejercer una vez cancelado el préstamo, o para cancelarlo imputando el precio del *Call*.

El antecedente Saavedra califica al negocio como *fideicomiso de garantía* admitiendo la validez de este pacto.

Para nosotros la compraventa con finalidad de garantía es un negocio que encaja en el supuesto de *dominio revocable* del artículo 2663 del Código Civil.

El fallo in extenso puede solicitarse a cedef@educedef.com.ar

I. Los hechos

Se trata de una relación jurídica habida entre cuñados y *avezados* comerciantes (el Sr. Romero y el Sr. Saavedra). Atravesando Romero una profunda crisis financiera solicitó a su cuñado (prestamista de profesión) la suma de U\$550.000 destinados a sanear aquella situación de déficit. Romero se había comprometido a devolver el capital más los intereses en cierto plazo.

A los efectos de instrumentar aquella operatoria crediticia las partes en disputa acordaron el siguiente negocio: Saavedra adquiriría un inmueble propiedad del Sr. Romero (sito en Villa Evita) abonando por ello en calidad de precio la suma de U\$550.000. Por su parte Romero conservaba el derecho de uso de la propiedad abonando a Saavedra un canon locativo periódico. El pago de este canon por un plazo determinado representaría la amortización del capital prestado más el pago de los intereses compensatorios que, abonados en su totalidad, permitiría a Romero (deudor - locatario) readquirir la propiedad.

Para llevar a cabo esta operatoria las partes celebraron dos acuerdos. Por un lado un contrato de compraventa de inmueble y, por otro, un contrato de locación. No surge de los hechos relatados la existencia de un contrato de préstamo dinerario.

Incumplido el pago de los cánones locativos Saavedra solicitó el desalojo del inmueble mediante acción judicial.

Por cuerda separada y como estrategia de defensa Romero promovió demanda de nulidad contra su cuñado, propietario del inmueble. Explicó Romero que la compraventa y posterior locación escondía un mutuo garantizado y que, siendo esto así, permitir a Saavedra hacerse de la propiedad *implicaba una notable desproporción en las prestaciones (sic)*. Insistió Romero en que Saavedra abusó de la delicada situación financiera y comercial por la que estaba atravesando sacando su cuñado provecho de una evidente situación de inferioridad.

Del relato de los hechos surge que Romero tenía agotado el acceso al mercado

oficial de crédito y sus cuentas bancarias habían sido cerradas y suspendido el servicio de caja y cheque para girar contra cuentas corrientes.

En síntesis, Romero demandó la nulidad del negocio invocando: (i) lesión subjetiva conforme lo prevé el artículo 954 del Código Civil y, (ii) simulación relativa ilícita en los términos del artículo 957.

II. El fallo *a quo*

El juez de primera instancia rechazó la demanda por nulidad de compraventa. No surgen claros los fundamentos de esa decisión. Romero se agravió y apeló el decisorio insistiendo con su argumento nulificante.

III. El fallo *ad quem*

El tribunal *ad quem* discrepó con el sentenciante inferior. Para este tribunal no estaríamos ante un negocio simulado sino ante otro negocio diferente: *un fideicomiso de garantía*.

Para la Cámara no habría una situación de negocio ostensible y negocio oculto configurando una simulación relativa sino que el negocio celebrado entre Romero y Saavedra difiere en su naturaleza jurídica siendo un negocio fiduciario.

Opinó el tribunal que la compraventa con locación serían contratos conexos que instrumentarían un real dominio fiduciario cuya revocabilidad estaría dada por el íntegro pago de los cánones locativos. En este sentido el tribunal expresó lo siguiente: *resulta convincente la peculiar circunstancia que se ha configurado en la especie en que el actor y su familia permanecieron en el inmueble - que constituida la sede del hogar conyugal - en el convencimiento de la revocabilidad del dominio que se produciría con el cumplimiento de la condición a que estaba sujeto*.

La alzada discrepó con las partes en litigio pues éstas pusieron la disputa dentro del contexto simulatorio y de la lesión subjetiva. Dentro de este marco se definió el expediente en primera instancia volviendo a debatirse en la alzada.

Para el tribunal *ad quem* la transferencia de dominio celebrada entre Romero y Saavedra fue

real, válida y oponible; pero *revocable* no quedando configurado un negocio simulado. El tribunal compartió con Romero la nulidad del acto en cuanto al vicio de lesión subjetiva del artículo 954 del Código Civil.

Interesa analizar aquí los argumentos de la alzada. Veamos:

a) *Compraventa. Fideicomiso de garantía y dación en pago*

Convencido el tribunal de que el pacto celebrado encuadraba en el negocio fiduciario y no, una transferencia de dominio plena, perfecta y perpetua; sostuvo lo siguiente: *en el negocio fiduciario de garantía, el derecho transmitido con finalidad de aseguramiento otorga al fiduciario (acreedor) la facultad de satisfacer la acreencia por la liquidación de la cosa dada en fiducia en caso de no cumplir el fiduciante (deudor) con la obligación a su cargo.*

El tribunal agregó: *en el supuesto de imposibilidad de reintegrar el préstamo debido se ha sostenido que el fiduciario puede proceder a la venta de la cosa, del mismo modo que el fiduciante goza del derecho a exigir la venta para evitar que la cosa quede definitivamente en el patrimonio del fiduciario, pues es propio del pacto de fiducia que una vez que el fiduciario hubiere cobrado el monto de la deuda, el remanente corresponda al deudor, de lo contrario, en lugar de un negocio de garantía se habría concertado una dación en pago.*

La Cámara insiste con su tesis de que Romero y Saavedra acordaron un fideicomiso de garantía sobre cosa inmueble debiendo el acreedor (fiduciario) proceder a la venta de la garantía no pudiendo quedarse con el dominio pleno y perfecto de la propiedad fiduciaria.

No obstante esto el tribunal expresó: *en presencia del negocio fiduciario, de haberse producido la condición resolutoria del pago del préstamo por el deudor, debería retrotraerse el dominio de la cosa, o de lo contrario, según sea el monto de la deuda, ésta podría quedar saldada mediante el derecho transmitido en garantía, o en su defecto, si el valor del inmueble lo supera, disponiendo su venta para reintegrar al deudor el saldo remanente una vez satisfecho el crédito.*

Desde esta perspectiva el tribunal juzgó que Saavedra no podía quedarse con el inmueble debiendo venderlo, atento el carácter de propietario fiduciario que aquel revestía.

b) *Mutuo. Fideicomiso de garantía y causa fin del negocio*

Dos párrafos sirven para explicar porqué el tribunal entendió que Saavedra y Romero celebraron un contrato de fideicomiso de garantía:

El pago de un canon mensual demuestra que el interés del fiduciario no apuntaba tanto a la ocupación del inmueble, sino a preservar su dominio para que cumpliera la función de garantía que motivara su adquisición.

Sólo la realidad del mutuo celebrado y la garantía acordada con las formas de un negocio fiduciario explicaría (...) que se celebró un verdadero negocio fiduciario en el que la traslación del dominio respondía a la finalidad de garantizar la devolución del préstamo cuyo monto no puede ser otro que el denunciado precio.

El fallo habla de *realidad del mutuo, realidad del negocio fiduciario* y de *verdadero negocio*. Siendo esto así daría la sensación de que detrás de esta realidad se escondería otro negocio: ¿simulación?

La alzada no puso en tela de juicio la transferencia de dominio instrumentada en aquella escritura, ni sospechó de que esa transferencia fuera real, válida y oponible; lo que el tribunal hizo fue reencauzar su título. O sea, la transferencia de dominio celebrada entre Romero y Saavedra no fue plena, perfecta y perpetua sino fiduciaria y revocable (*vid.*, artículos 2661, 2662 y 2663 del Código Civil).

Analizada la causa fin del negocio la alzada no dudó en que la pretendida compraventa tuvo por finalidad garantizar el reembolso de un préstamo y que la cifra de U\$50.000 pactada en la escritura de dominio no representaba precio. Se llega a esa conclusión por el simple cotejo entre precio y valor de tasación del inmueble (U\$126.000) En opinión del tribunal, nadie en su sano juicio se desprendería de una propiedad por un precio sensiblemente inferior al precio de mercado. En este caso: menos del 50% del valor de tasación.

Este dato objetivo ha sido relevante para fundar la nulidad del negocio por vicio de lesión, retro trayendo sus efectos conforme lo ordena el artículo 1050 del Código Civil.

c) *Lesión subjetiva por notoria desproporción*

de las prestaciones

Descartada la simulación, el tribunal entró de lleno en el vicio de lesión subjetiva. La alzada adhirió a la opinión de Romero y sostuvo que frente a un mutuo en divisa extranjera (cuya tasa máxima de interés aceptada por el tribunal no podría superar el 4% anual), la deuda devengada y acumulada desde octubre de 1996 hasta diciembre de 2006 ascendería a U\$S70.130. Teniendo en cuenta este valor, y comparándolo con el valor de mercado de la propiedad (tasada en U\$S126.000) dicha diferencia (55,56%) permite presumir la concurrencia de un vicio de lesión por la notable desproporción entre el monto del pasivo exigible y el valor de la propiedad.

Partiendo de la base de que el real negocio celebrado fue un fideicomiso de garantía correspondía a Saavedra cumplir con tres obligaciones fiduciarias: (i) vender el inmueble, (ii) rendir cuentas y (iii) restituir a Romero el saldo. Según opinión de la Cámara configura una conducta abusiva pretender conservar el dominio cuando existe notoria desproporción entre el monto de la deuda y el valor de mercado de la garantía.

Sobre esto volveremos más adelante siendo éste uno de los argumentos centrales de nuestra crítica al fallo *Romero c. Saavedra*.

IV. Un fallo judicial de equidad

Rescatamos el esfuerzo intelectual desplegado por la juez preopinante Dra. Luaces para conservar el negocio jurídico evitando caer en la tentación de la nulidad del acto por simulación ilícita. Se juzgó válida la transferencia de dominio, sólo se mutó la causa del acto transformando el título de perpetuo a fiduciario. La facultad de los jueces de obrar conforme *iura novit* permitió novar la causa fin del negocio celebrado.

El tribunal intimó a Romero pagar la deuda más los intereses devengados, y para el caso de incumplimiento ordenó a Saavedra cumplir con tres obligaciones: (i) proceder a la venta del inmueble en pública subasta, (ii) rembolsar a Romero el saldo y (iii) rendir cuenta.

Quizás, conmovida por la relación

familiar que unía a las partes en disputa y por estar en juego la vivienda conyugal del actor, la Dra. Luaces dictó un veredicto basado en principios de equidad entendida ésta como la justicia del caso concreto que busca ablandar los rigores de la ley a la luz de las circunstancias de persona, tiempo y lugar.

Aún cuando la equidad implique darle a los jueces demasiado poder ... y habiendo fallado el tribunal con ese espíritu *conforme la equidad que ha regido la solución de esta litis (sic)*; no estamos convencidos de que la nulidad del negocio celebrado entre Romero y Saavedra sea por vicio de lesión. Y tampoco estamos convencidos de que el real negocio celebrado haya sido un fideicomiso de garantía. Por estas dos razones nos permitimos discrepar con el tribunal.

A continuación nuestros fundamentos y crítica.

V. Nuestra crítica

1. El vicio de lesión

a) Fin de lucro, tasa y aversión al riesgo

Está reconocido por el juzgador que más allá de las relaciones familiares que unían a Romero (ahora víctima abusada) y Saavedra (ahora prestamista usurero) ambos eran ... *avezados comerciantes (sic)*.

Romero se encontraba en evidente estado de cesación de pagos con acceso al crédito cortado y con sus cuentas bancarias desactivadas. Tal vez no tuvo otra opción que golpearle la puerta a su cuñado (o sea al marido de la hermana de su esposa y al tío de sus hijos) para hacerse de algunos fondos frescos que le permitieran reacomodar su fortuna. Este crédito renovado devolvería algo de sosiego al entorno familiar.

Accediendo Saavedra a prestar la suma solicitada aquel pudo tomar tres caminos: (i) donarle el dinero (ésta sería la actitud deseada dada la íntima relación de familia), (ii) prestarla a sola firma asumiendo el riesgo de perderlo todo, o (iii) prestarla contra alguna garantía satisfactoria que le permitiera a Saavedra recuperar el dinero. Dentro de esta última opción no hay demasiados caminos para transitar: (i) garantías personales de terceros, (ii) cesión de derechos en garantía, (iii) fideicomiso de garantía y, (iv) garantías reales

consagradas en nuestro Código. Y dentro de esta última opción observamos que los caminos se van cerrando; sólo quedan la prenda, la anticresis y la clásica hipoteca. El sistema jurídico positivo patrio no ofrece mayores posibilidades.

Descartada la donación y el préstamo a sola firma quedaban por analizar las otras alternativas. Descartada la prenda, la fianza, la cesión en garantía y la anticresis, las únicas garantías reales disponibles eran: (i) la hipoteca y (ii) la fiducia de garantía.

Ahora bien, si tenemos en cuenta que la operación celebrada entre Romero y Saavedra tuvo lugar allá por el año 1996, apenas unos meses después de sancionada la ley 24.441 de Fideicomiso, no es creíble que dicho negocio haya sido evaluado o discutido y, menos aún, con una finalidad de garantía. Por aquellos días el mercado comenzaba a dar los primeros pasos ensayando algunos fideicomisos estructurados. Especialmente fideicomisos profesionales y financieros. En este contexto suena exagerado pensar que Romero y Saavedra hayan tenido la real intención de celebrar un fideicomiso de garantía teniendo especialmente en consideración la manda del Código Civil: las circunstancias de persona, tiempo y lugar.

Descartada esta opción nos queda como única salida la clásica hipoteca, o mutuo hipotecario.

¿Quiso Saavedra constituir una hipoteca?

Teniendo en cuenta los riesgos explícitos e implícitos de esta clásica garantía real tales como, la excesiva demora en los plazos para la ejecución judicial, las innegables chicanas procesales de los deudores morosos, los inagotables costos de transacción que implica su ejecución (*org.*, pago de tasa de justicia, honorarios legales, honorarios de peritos, honorarios del martillero, edictos, entre otros gastos causídicos), la hipoteca no suena muy atractiva. Además, Saavedra –conociendo a su cuñado y conociendo el estado de cesación de pagos en que se encontraba – bien pudo haber asignado una alta probabilidad de incumplimiento y de eventual pedido de concurso preventivo o declaración de quiebra de su deudor. No es complejo imaginar que Saavedra sólo accediera a prestar el dinero a

cambio de contar con una garantía superadora de la hipoteca; y de carácter *autoliquidable*.

Puestos en el lugar de Romero tampoco es difícil imaginar que aquel haya accedido a obtener los *US\$50.000* aceptando ofrecer una garantía semejante.

Tampoco es difícil imaginar que Romero estaba atado de pies y manos con pocas alternativas disponibles; salvo, solicitar la apertura de su concurso judicial de acreedores renegociando sus pasivos, con riesgo de una potencial declaración de quiebra. Este escenario no puede ser descartado como contexto dentro del cual se instrumentó este negocio.

Frente a este marco de alta incertidumbre había otra opción: no celebrar acuerdo alguno. Sin embargo, aún en este contexto ambas partes accedieron a celebrar un negocio específico que le permitiera al acreedor prestar el dinero (acotando su riesgo) y al deudor hacerse de los fondos (de la única forma posible). Está claro que rechazar esa opción para Romero implicaría quemar las naves y perder, quizás, la única posibilidad cierta de hacerse del dinero necesario para refinanciar sus pasivos.

En este contexto Romero y Saavedra celebraron una real compraventa inmobiliaria pudiendo el vendedor recuperar su propiedad a cambio de pagar la totalidad de los cánones locativos.

Está claro que la garantía hipotecaria era una alternativa a transitar, sin embargo, las partes eligieron otro camino; uno que le pudiera dar al acreedor mayor certeza sobre la garantía de cobro y por lo tanto reduciendo el riesgo de pérdida.

Si pudiéramos medir la percepción del riesgo o la sensación de incertidumbre a partir de la tasa de interés cargada al capital prestado (que en este caso estaba incorporada al canon locativo) es fácil concluir lo siguiente: la hipoteca es más cara que el fideicomiso de garantía y estas dos son más caras que la compraventa con locación ingeniosamente instrumentada entre Romero y Saavedra.

Si entendemos que la tasa de interés activa está compuesta por el coste del capital (tasa pasiva), más renta esperada por el acreedor, más riesgo, no hay duda de que el instrumento de garantía (que permite convertir el activo

subyacente en metálico), hacen a que la percepción de riesgo aumente o disminuya. No es difícil entender esta lógica: no dará lo mismo liquidar la garantía debiendo publicar edictos, llevar a cabo un remate público, dar intervención a un martillero y agregar otros elementos burocráticos; que liquidar la garantía publicando un aviso clasificado en un periódico de amplia circulación. La diferencia de costes transaccionales y liquidez saltan a la vista.

Todos sabemos que la porción de riesgo que compone la tasa activa no es sólo el riesgo por eventual incumplimiento del deudor sino, además, el mayor o menor grado de liquidez que otorga la garantía. No es casual que los préstamos respaldados con garantías llamadas autoliquidables (tales como acciones o bonos con oferta pública, certificados de depósito a plazo fijo, cauciones, etc) tengan una tasa activa sensiblemente inferior a la garantía hipotecaria o prendaria. Éstas son más caras debido a los altos costes transaccionales que conlleva su ejecución judicial. El acreedor descuenta un plazo promedio ponderado de ejecución judicial de 3 a 5 años y por esta razón las tasas son tan elevadas en nuestro país. Y la verdad es que para el mercado de crédito ... *time is money*.

Saavedra pudo prestar los U\$50.000 con garantía hipotecaria a una tasa del 18% anual o, celebrar el negocio que finalmente idearon a una tasa igual o sustancialmente inferior; no lo sabemos, son pura conjetura. Ahora bien, de algo podemos estar seguros Saavedra no estaba dispuesto a prestarle a su cuñado ni siquiera contra una hipoteca a la tasa del 18% o más elevada aún. El riesgo de insolvencia, de incumplimiento y de perder una parte sustancial de su crédito era demasiado alto.

La delicada situación financiera de Romero permite presumir dos cosas: (i) Saavedra no estaba dispuesto a asumir mayor riesgo y (ii) Romero no estaba dispuesto a soportar mayores costes transaccionales derivados del posible concurso preventivo o su declaración de quiebra. Es más, incluso estuvo dispuesto a tomar el <riesgo Saavedra> perdiendo definitivamente su propiedad en manos de los acreedores de aquel.

No es difícil imaginar que la opción hipotecaria fue puesta sobre la mesa, analizada,

discutida y descartada. La única opción posible y útil para ambas partes fue la que finalmente se instrumentó: venta - locación. ¿Fideicomiso de garantía?

Ambas partes de la relación jurídica buscaron un fin de lucro, ambas buscaron maximizar su ganancia, ambas necesitaban reducir al máximo las potenciales pérdidas celebrando a tal efecto un negocio válido, y por lo tanto, no abusivo.

b) *Vicio de lesión por notoria desproporción de las prestaciones*

Este aspecto de la sentencia merece una crítica, muy severa por cierto.

Declara el tribunal la nulidad del negocio por entender que se habría configurado el vicio de lesión presumida por ley.

Todos sabemos que esa presunción legal de abuso se configura cuando la desproporción de las prestaciones es notoria. Esta presunción objetiva sólo puede ser desvirtuada por el demandado acreditando que, a pesar de la notoria desproporción, no hubo abuso. En opinión del tribunal Saavedra no pudo acreditar que Romero actuó con absoluta libertad, con pleno entendimiento de las cosas, con previsión y sin estado de inferioridad. ¿Prueba diabólica?

La notoria desproporción de las prestaciones surgió –en opinión del tribunal- de dos elementos: cotejando el monto del préstamo con el valor de tasación de la propiedad. Esto quiere decir que comparados los U\$70.130 prestados (capital + un interés del 4% anual calculada y devengada durante 10 años) con el valor de tasación de la propiedad en U\$126.000 la notoria desproporción torna objetiva la lesión. Una diferencia de precio o valor del 55,56% torna ilícita la operatoria celebrada entre Romero y Saavedra.

Varios aspectos de este razonamiento merecen ser revisados desde una perspectiva financiera para darle a este fallo de equidad una visión más superadora.

Es notorio que el tribunal *ad quem* aplique sobre el capital prestado una tasa activa en dólares estadounidenses similar a la tasa libre de riesgo que paga un Bono del Tesoro de los Estados Unidos de Norteamérica a 30 años. Parece que asimilar el riesgo Romero al riesgo de la primera

potencia económica mundial es, cuanto menos, poco serio.

Esto que decimos no es un dato menor puesto que la tasa activa aplicada al capital prestado fijará la magnitud de la deuda acumulada y, por lo tanto, la relación entre garantía y crédito.

Hagamos algunos ejercicios prácticos para darnos cuenta de qué estamos hablando:

Si duplicáramos la tasa fijada caprichosamente por el tribunal, el monto total de la deuda acumulada en 10 años rondaría los U\$90.000 contra una propiedad valuada en U\$126.000. Esto quiere decir que la garantía cubriría la totalidad del crédito sin contar los intereses moratorios y gastos causídicos.

Si a esa tasa la elevamos al 12% anual llegamos a la conclusión de que el valor de la propiedad apenas alcanza a cubrir el capital más intereses compensatorios. Ahora bien, este argumento no es del todo sincero pues estamos comparando algo así como peras con manzanas. En efecto, el valor de tasación de la propiedad al momento de celebrar el negocio jurídico (año 1996 con residuos del efecto Tequila) no alcanzaría al valor actual de tasación de U\$126.000 tomada 10 años después. Tengamos presente que en este breve análisis tampoco hemos incorporado intereses moratorios, ni los hemos capitalizado. Tampoco sabemos si el capital fue prestado bajo sistema francés o alemán en cuyo caso el devengamiento de intereses es diametralmente opuesto. Nuestro cálculo - siguiendo el temperamento del tribunal - es lineal y muy simple.

Es altamente probable que la propiedad de Romero no alcanzara (al momento de celebrarse el negocio) el valor de tasación actual. Es más, creemos que aquel valor debió ser sustancialmente inferior a los U\$126.000 de hoy.

Desde esta perspectiva -económica - no encontramos espacio suficiente para invocar con alguna seriedad la notoria desproporción en las prestaciones tal como lo exige el artículo 954 del Código Civil.

O sea, si aceptamos que el capital prestado por Saavedra devengó un interés

anual del 4% (según criterio jurisprudencial) deberíamos comparar aquel costo de capital contra una propiedad valuada al momento de otorgarse el préstamo y así interpretar de una manera justa y equilibrada la existencia de lesión subjetiva al momento de celebrarse el negocio. Está claro que la ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada (como elemento objetivo del vicio de lesión) debe configurarse al momento de celebrarse el negocio; y no, diez años después.

Está claro que tanto el elemento subjetivo (ligereza, inexperiencia, estado de necesidad, estado de inferioridad, etc) como el elemento objetivo (ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada) deben configurarse al momento de la contratación.

Si bien lo grave ha sido fundar el vicio de lesión con el diario del lunes, lo más gravoso ha sido que la ventaja patrimonial desproporcionada del artículo 954 del Código de Vélez parte de fijar una tasa activa caprichosa, antojadiza y fuera de toda racionalidad económica. A una tasa del 4% anual no hay duda que a Saavedra le hubiera convenido invertir los U\$50.000 en un Bono del Tesoro de los Estados Unidos de Norteamérica, evitando asumir el riesgo Romero.

c) Los préstamos con garantía y el aforo del prestamista

Es habitual y práctica lícita que los acreedores financieros soliciten a sus deudores un aforo. Esto significa que la suma prestada nunca queda exactamente calzada con el valor de mercado del bien dado en garantía. Siempre, el prestamista tomará respecto del bien subyacente una diferencia adicional que le permita cubrir no sólo el reembolso del capital nominal más los intereses compensatorios y los moratorios devengados; sino, además, todos los gastos causídicos. Cuánto mayor sea la percepción de desvalorización del bien, mayor será aquella cobertura. Por eso en las garantías autoliquidables no sólo se reduce la tasa como costo del capital sino, además, el mencionado aforo.

En estos términos y aceptado que Saavedra era de profesión prestamista no es difícil imaginar que contra la suma prestada aquel tomó algún aforo razonable. Está claro que aquella *cobertura* estaba bastante lejos del 55,56% actual, y también está claro que dicha *cobertura* en nada perjudica al negocio ni hace a su invalidez por abuso del prestamista, ni tiene relación alguna con

el vicio de lesión. En el marco de una garantía real aquella cobertura no conduce a ninguna ventaja patrimonial desproporcionada.

Ejecutada la garantía y cobrado el capital más intereses y gastos causídicos el saldo se reintegra al deudor moroso.

Por lo tanto si consideramos que Saavedra se tomó una cobertura por eventual incobrabilidad, no vemos en esto un vicio de lesión subjetiva por el hecho de que la garantía del préstamo fue instrumentada bajo un negocio jurídico atípico: compraventa con alquiler.

El problema es que el dominio adquirido por Saavedra no era de tipo fiduciario sino revocable. Aquí radica el real negocio celebrado.

2. ¿Fideicomiso de garantía?

El tribunal encuadró el negocio como fideicomiso de garantía. En tal sentido sostuvo que el dominio adquirido por Saavedra no fue pleno, perfecto e irrevocable sino que estaba sujeto a una condición resolutoria: el pago del préstamo.

Ahora bien, veamos qué nos dice el Código Civil respecto del dominio imperfecto, fiduciario y revocable.

Artículo 2661: *Dominio imperfecto es el derecho real revocable o fiduciario de una sola persona sobre una cosa propia, mueble o inmueble, o el reservado por el dueño perfecto de una cosa que enajena solamente su dominio útil.*

Artículo 2662: *Dominio fiduciario es el que se adquiere con razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley (t.o. ley 24.441).*

Artículo 2663: *Dominio revocable es el que ha sido transmitido en virtud de un título revocable a voluntad del que lo ha transmitido; o cuando el actual propietario puede ser privado de la propiedad por una causa proveniente de su título.*

Si bien el tribunal encuadró el negocio jurídico como fideicomiso de garantía, no dio

explicación alguna sobre la norma que le pueda servir de apoyo para este presunto encuadre fiduciario. Tengamos presente que el fideicomiso con fin de garantía no encuentra cabida en nuestro Código Civil atento al *numeros clausus* del artículo 2502 que solo reconoce como garantías reales la hipoteca, la prenda y la anticresis.

El dominio fiduciario con finalidad de garantía parte de una interpretación doctrinaria de la ley 24.441 como negocio consensual y no real; y que generó –en tiempos no muy remotos– un interesante debate académico sobre su validez. En particular respecto del fideicomiso de garantía sobre bienes muebles y créditos. Quienes apoyan la validez del fideicomiso de garantía sobre cosa mueble, derechos y créditos insisten en que los efectos de este contrato no son muy distantes al de la prenda con desplazamiento del artículo 3204 y sgtes del Código Civil.

Es interesante señalar que en la prenda con desplazamiento está expresamente prohibido pactar que el acreedor se haga dueño del bien dado en garantía. Aún cuando la ley 24.441 nada diga al respecto la prohibición para el acreedor (fiduciario) se encuentra implícita atento el deber fiduciario de lealtad. Y es precisamente el conflicto de interés que presenta el doble carácter de acreedor y fiduciario lo que le impediría a éste hacerse de la propiedad directamente sin proceder al remate público, subasta o venta privada de los bienes fideicomitados. O sea, se aplica al fiduciario acreedor la misma regla moral que al acreedor prendario. Es precisamente para evitar cuestionamientos de esta naturaleza que en los contratos de fideicomiso de garantía el acreedor suele ser beneficiario del fideicomiso designándose como agente fiduciario a un tercero independiente quien asume un mandato expreso de enajenación del activo fideicomitado en beneficio del acreedor (beneficiario) liquidándose el remanente en beneficio del deudor fiduciante (fideicomisario).

El fideicomiso de garantía sobre bienes raíces o inmuebles es cosa bien distinta.

Nada puede asimilarlo con el derecho real de garantía hipotecaria. Atento la oscuridad de la ley 24.441 sobre este tipo de fideicomisos no resulta fácil asimilar el contrato de compraventa celebrado entre Romero y Saavedra con aquel presunto contrato de fideicomiso de garantía donde Saavedra habría asumido la carga -no pactada- de: (i) vender el inmueble, (ii) restituir a Romero el saldo y (iii) rendir cuenta.

Aún cuando rescatamos el esfuerzo del tribunal por conservar el negocio celebrado entre Romero y Saavedra (reconociendo la validez de la transferencia de dominio) no nos termina de convencer la idea de que el real negocio celebrado haya sido un fideicomiso de garantía.

3. El <pago> como condición resolutoria del dominio fiduciario

La ley de fideicomiso 24.441 expresamente dispone que el dominio fiduciario se extingue por vencimiento del plazo, *por cumplimiento de la condición al que hubiere estado sometido el dominio fiduciario*, por revocación del fiduciante, y por cualquier otra causal pactada en el contrato.

La pregunta que surge inmediatamente es si el cumplimiento de la prestación a cargo del deudor puede operar como *condición resolutoria* del dominio fiduciario en el particular contrato celebrado entre Romero y Saavedra.

El artículo 542 del Código de Vélez nos enseña que *las obligaciones contraídas bajo una condición que haga depender absolutamente la fuerza de ella de la voluntad del deudor, es de ningún efecto*.

Está claro que el pago de la deuda a través del contrato de locación operaría como condición necesaria para que Romero tenga título suficiente para reclamar a Saavedra la restitución del inmueble. Ahora bien, esto no significa que el dominio pleno estuviera subordinado a una condición resolutoria puesto que el pago total con efecto extintivo de las obligaciones no funciona como condición resolutoria del derecho de propiedad; sino como condición necesaria para que nazca a favor de Romero el derecho a exigir la restitución dentro del marco contractual que los unía.

Si el pago operara como condición resolutoria del dominio tornándolo revocable e imperfecto, estaríamos ante otro supuesto; pero no ante un dominio fiduciario.

Sabido es que el pago no puede funcionar como condición resolutoria en ninguno de los contratos de garantía; aún en la

prenda con desplazamiento, puesto que en este caso el pago no funciona como revocatoria de ningún dominio. Los contratos de garantía operan como accesorios de un negocio principal: el préstamo. Extinguido el principal cae el accesorio.

Siendo esto así y teniendo en cuenta que Saavedra no estuvo contractualmente obligado a cumplir con ninguna de las obligaciones fiduciarias impuestas por la ley 24.441, ni por el Código Civil parece que no queda demasiado espacio para interpretar que entre Romero y Saavedra hubo un real contrato de fideicomiso de garantía.

¿Dominio revocable?

4. *Compraventa de garantía y dominio revocable*

El artículo 2663 del Código Civil expresamente dice: *dominio revocable es el que ha sido transmitido en virtud de un título revocable a voluntad del que lo ha transmitido; o cuando el actual propietario puede ser privado de la propiedad por una causa proveniente de su título*.

En nota a este dispositivo Vélez cita como ejemplo el caso del vendedor que revoca el dominio devolviendo el precio percibido. En el caso que estamos analizando parece que la restitución del precio de compra mediante el pago total de los alquileres mensuales le daría a Romero el derecho a reclamar la restitución de la propiedad revocando el dominio. De acuerdo con el temperamento de esta norma hasta tanto no ocurra el hecho o acto jurídico desencadenante de la revocación, el vendedor carece de título para reclamar la restitución del dominio.

Respecto del dominio fiduciario el texto reformado del artículo 2662 del Código Civil dice: *Dominio fiduciario es el que se adquiere con razón de un fideicomiso constituido por contrato (...), y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley*.

Por su parte la ley 24.441 dispone que el dominio fiduciario se extingue por (i) vencimiento del plazo, (ii) por cumplimiento de la condición al que hubiere estado sometido el dominio fiduciario y, (iii) *por revocación del fiduciante*.

Si encuadramos el negocio celebrado entre Saavedra y Romero a título fiduciario

observaremos que la revocación de aquel dominio no viene dada por la ocurrencia de una condición resolutoria sino, por la voluntad del fiduciante: la revocación.

Ahora bien, para que opere esa revocación debe ocurrir el acto generador del derecho a revocar: el pago.

O sea, el pago de la totalidad de los cánones locativos no actúa en este caso como condición resolutoria –tal como se entiende en el marco de un negocio fiduciario – sino como acto jurídico necesario para proceder a la revocación del dominio.

Romero sólo podía revocar el dominio y demandar la escrituración si acreditaba haber pagado la totalidad del precio reflejado en los cánones locativos. Hasta tanto ello no ocurriera Saavedra tenía derecho a conservar el dominio revocable. Lo cierto es que bajo tal título dominial Saavedra tiene legítimo derecho para ejercer todos los actos conservatorios y de administración necesarios; entre ellos, desalojar a los inquilinos (antiguo propietario) y darlo en alquiler nuevamente. Está claro que si ese derecho no le ha sido coartado contractualmente, Saavedra puede ejercer todos los actos de administración y conservación que sean necesarios para un mejor aprovechamiento del inmueble.

Siguiendo el ejemplo dado por Vélez en su nota al artículo 2663 del Código parece que el negocio jurídico celebrado entre Romero y Saavedra se aproxima más a una compraventa revocable y no, a un fideicomiso de garantía; aún cuando coincidimos con el tribunal de que el real negocio fue el otorgamiento de un préstamo con garantía sobre un inmueble.

Sentado esto, debemos descartar las presuntas obligaciones endilgadas a Saavedra en su condición de acreedor fiduciario. Aquel no estaba obligado a vender el inmueble ni obligado a rendir cuenta; sólo estaba obligado a comportarse como titular de un dominio revocable bajo los términos del artículo 2663 del Código Civil, siendo obligación de Romero pagar la totalidad del precio de compra para poder revocar el dominio readquiriendo la propiedad.

Analizado el negocio de este encuadre jurídico observamos que el desalojo promovido

contra Romero no es otra cosa que permitir a Saavedra ejercer su legítimo derecho de administración, tal como lo admite el artículo 2670 del C. Civil¹.

Obtenido el desalojo Saavedra podría darlo en locación a un tercero recuperando parte del capital prestado o cerrar el inmueble esperando a que Romero revoque el dominio; eso sí, que pague el precio.

5. Intención de las partes e interpretación de lo contratados

Está claro que ni Romero ni Saavedra consideraron celebrar el clásico mutuo hipotecario. Está claro que optaron por otro negocio jurídico, válido, eficaz, vinculante y oponible. Quizás estamos ante un negocio atípico: dominio revocable con finalidad de garantía.

Descartamos la tesis del negocio oblicuo, simulado y torcido con el objetivo de violar la ley o perjudicar a terceros.

A partir de las pautas de interpretación contractual que nos brinda el artículo 217 y 218 del Código de Comercio, y más allá de las palabras utilizadas en los documentos contractuales, creemos que Romero y Saavedra no pactaron un fideicomiso de garantía (como lo interpretó el juzgador) sino un dominio revocable a instancia del vendedor quien podía revocar pagando el precio pactado más sus acrecidos, tal como lo admite el artículo 1366 del Código Civil: *venta con pacto de retroventa es la que se hace con la intención de poder el vendedor recuperar la cosa vendida restituyendo al comprador el precio recibido, con exceso o disminución*. Está claro que los cánones (que incluían los intereses) forman parte de ese precio en exceso.

Siendo esto así y frente al dominio revocable por pacto de retroventa según la intención de las partes revelada a la luz de los hechos controvertidos, no parece que Saavedra estuviere obligado a vender la propiedad, liquidar el saldo a Romero y rendir cuentas; todo lo contrario, era Romero quien tenía la obligación de cumplir con su prestación: pagar el precio y de esta forma recuperar la propiedad.

¹ *Revocándose el dominio con efecto retroactivo, el antiguo propietario está obligado (...) a respetar los actos administrativos del propietario desposeído, como los alquileres o arrendamientos que hubiese hecho.*

Hasta tanto ello no sucediera Saavedra era titular del dominio con plena capacidad jurídica para ejercer los más amplios derechos de administración, entre otros, solicitar el desalojo del inmueble.

La pauta de interpretación contractual del artículo 1198 del Código Civil enseña que los acuerdos deben celebrarse *de acuerdo con lo que las partes entendieron o debieron entender*. Siendo ambos avezados comerciantes, no hay duda que tanto Romero como Saavedra sabían que la transferencia de dominio no era plena sino que estaba sujeta al pago total del préstamo como acto revocatorio.

Teniendo en cuenta las circunstancias de persona, tiempo y lugar (año 1996) es difícil imaginar la estructuración de un fideicomiso de garantía; por eso creemos que el negocio ideado recalca en otra figura: el dominio revocable con pacto de retroventa (*vid.*, artículos 2662 y 1366 del Código Civil).

El fin económico perseguido por Romero y Saavedra no fue otro que asegurar el reembolso de un préstamo a través de una figura atípica: el dominio revocable. Éste no ha sido el único caso. Veamos:

6. El caso *Pereyro c. Vilar*

Aquí el diseño del negocio fue un poco más sofisticado aunque se repite la estructura básica: Vilar garantizó un préstamo comprando un inmueble propiedad del deudor (sito en Villa Luzuriaga, Partido de la Matanza). Junto con el instrumento de compraventa, Vilar en su calidad de comprador (acreedor) concedió el uso del inmueble al vendedor (deudor) en calidad de comodato. Junto con la compraventa y el comodato Vilar concedió a Pereyro el derecho de opción de compra sobre el inmueble (*Call Option*). El ejercicio de la opción por parte del deudor implicaba cancelación del préstamo y recuperación de la garantía.

Si bien la estructura básica se comparte con el caso Romero, no hay duda de que el negocio aquí celebrado fue ciertamente más claro: es una venta con pacto de retroventa instrumentada a través de un *Call Option*, algo que no aconteció en el caso Romero.

Ya no nos encontramos frente a un

dominio revocable según artículo 2663 del Código Civil sino frente a un negocio de naturaleza diferente. El dominio de Vilar era pleno, perfecto y perpetuo hasta tanto Pereyro decidiera ejercer la opción de compra concedida por el propietario (acreedor). Incluso Vilar pudo haber concedido a Pereyro alguna preferencia en la compra para el supuesto de que aquel decidiera enajenar la propiedad (*vid.*, art. 1368).

Lo cierto es que Pereyro no ejerció la opción de compra en el plazo pactado quedando Vilar liberado para disponer del inmueble. Así las cosas Vilar vendió la propiedad recuperando el capital prestado.

Pereyro no demandó la nulidad del negocio, no reclamó simulación ilícita, ni argumentó vicio de lesión subjetiva. Vencido el plazo de la opción y enterado de la venta, aquel reclamó el reembolso del saldo más una rendición de cuentas.

La sala A de la Cámara Nacional Civil concedió ese pedido argumentando que el Sr. Vilar en su calidad de acreedor propietario había actuado como agente fiduciario debiendo en consecuencia proceder a reembolsar al deudor el saldo del capital prestado y sus intereses debiendo a tal efecto rendir cuenta al deudor.

Como en el caso Romero el tribunal tuvo que interpretar la intención de las partes y, en base a ello llegó a la conclusión de que más allá de la estructura jurídica diseñada estábamos ante un fideicomiso de garantía sobre cosa inmueble para asegurar el repago de un préstamo. Por lo tanto, dada la calidad de fiduciario el acreedor debe rendir cuenta y reembolsar el saldo.

¿Estamos ante un fideicomiso de garantía o ante un *Sale And Lease Back*?

VI Conclusión

Desde la Matanza hasta Villa Evita quienes actúan en el ámbito de los contratos de crédito deben tomar nota de que la compraventa inmobiliaria revocable con finalidad de garantía es un negocio jurídico posible. Los tribunales del foro Civil sólo exigen a los acreedores propietarios - frente a la ejecución de la garantía- cumplir con la obligación fiduciaria de reembolsar el saldo al deudor con efectiva rendición de cuentas.

Más allá de estas dos obligaciones a cargo del acreedor (fiduciario), la compraventa con finalidad de asegurar el reembolso de un préstamo (con cláusula de retroventa o revocable) no ha sido tachado de negocio jurídico nulo; aún cuando ya sabemos que ni la causa fuente ni la causa fin del negocio haya sido comprar o vender.

¿Es posible ello a la luz del *numerus clausus*?

El artículo 2502 del Código Civil reza: *los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato (...) que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer.*

La compraventa con finalidad de garantía (sea con cláusula de retroventa o como dominio revocable) está dando muestra de que es útil como negocio jurídico de garantía atípico. Teniendo en cuenta las pocas opciones disponibles para garantizar el pago de deudas dinerarias con costos financieros razonables, creemos útil compartir con usted el fallo *Romero* y el fallo *Pereyro*, puesto que la compraventa con esta finalidad puede ser una alternativa eficiente para la reducción de costes transaccionales que incluye, obvio es decirlo, la tasa de interés.

La enseñanza que nos queda es que pensar en el dominio revocable como instrumento útil para garantizar obligaciones dinerarias es lícito, siendo un negocio atípico al alcance de la autonomía contractual.

Es alentador ver que el foro Civil no ha caído en la fácil tentación de ver en estos negocios jurídicos simulaciones ilícitas en fraude a la ley. Los tribunales se han esforzado por rescatar el negocio jurídico novando el título.

Este esfuerzo interpretativo merece ser destacado y puesto de relieve. Sentencias como éstas dignifican la función jurisdiccional y ayudan a la tarea creadora de un Derecho vivo y dinámico.