

## 4. El escribano como guía en la producción del derecho justo para el caso concreto. Su aplicación al fideicomiso de garantía a través del pacto marciano

Juan Pablo Villar

### Sumario

Introducción: la colaboración del escribano en la producción del derecho justo para el caso concreto. Noción de fideicomiso de garantía. La razón de la prohibición del pacto comisorio en las garantías tradicionales también se presenta en el fideicomiso de garantía. La aplicación de la prohibición del pacto comisorio al fideicomiso de garantía a través de la analogía de la regulación. La prohibición del pacto comisorio no alcanza al pacto marciano. La validez del pacto marciano en el fideicomiso de garantía. Distinción según el beneficiario acreedor sea una persona distinta del fiduciario o no. Previsiones para concretar el pacto marciano. Conclusiones.

### INTRODUCCIÓN: LA COLABORACIÓN DEL ESCRIBANO EN LA PRODUCCIÓN DEL DERECHO JUSTO PARA EL CASO CONCRETO

El derecho, en una de sus acepciones, puede conceptualizarse como un conjunto de valores y fines que la sociedad pretende promover y lograr a través de la creación y aplicación de un sistema normativo con características propias.

Un valor esencial para el derecho es la libertad de las personas dentro de los límites del interés general (art. 7 Constitución), y para que aquella pueda desarrollarse el ordenamiento reconoce el principio de autonomía privada, que consiste en la potestad de los sujetos de regular sus propios intereses.

La principal herramienta que tienen las personas para ejercer esa potestad es el negocio jurídico, a través del cual los sujetos crean normas<sup>71</sup>

71 CAFARO B., Eugenio, y CARNELLI, Santiago, *Eficacia contractual*, Montevideo: FCU, 2.<sup>a</sup> ed., 2003, p. 13: «conformar el contrato, supone generar una norma»; CAFFERA, Gerardo, *Una teoría del contrato. Las condiciones de racionalidad de la negociación normativa privada*, Montevideo: FCU, 2008, p. 33: «el contrato (o cualquier otro negocio normativo) no es en sí mismo una norma sino que es la causa de ingreso al Sistema de una norma jurídica».

que ingresan al sistema normativo y que regularán sus conductas; por eso, literalmente, podemos afirmar que las personas intervienen en la producción del derecho.

El requerimiento de la intervención notarial para la autorización de una escritura pública que registre un negocio jurídico pone en marcha un conjunto de actos que el profesional debe realizar.

El escribano comienza por recepcionar la voluntad de las partes, la interpreta, brinda información sobre el derecho vigente a aplicar, asesora, aconseja, valora la legalidad del acto, configura el negocio jurídico, lo traduce documentalmente, realiza actos de dación de fe de determinados hechos, autoriza la escritura, expide las copias, etcétera.

La voluntad del otorgante cuando llega a la escribanía muchas veces es incompleta, porque solo comprende los aspectos esenciales; imprevisora, porque no toma en consideración situaciones que pueden suceder, o errónea, por ignorancia de situaciones de hecho o de derecho.<sup>72</sup>

Por eso, la recepción de la voluntad de las partes es el primer paso, pero luego el escribano debe guiarla, porque no toma declaraciones como un receptor en una audiencia judicial o como un taquígrafo en una sesión del Parlamento o en una conferencia, sino que debe alumbrar la voluntad del otorgante.<sup>73</sup>

El notario, fundamentado en sus conocimientos jurídicos y apego a la ética notarial, guía la voluntad de los otorgantes mediante la información, el asesoramiento y el consejo hacia la creación de la norma jurídica adecuada.

Se aprecia en ello la función creadora de derecho del notario, que, como ha escrito MOLLA,<sup>74</sup> es de lo más trascendente en su calidad de magistrado de la jurisdicción voluntaria.

¿Y cómo debe ser esa norma a la cual se dirige el escribano cuando guía y alumbrar la voluntad de los otorgantes?

Para responder a esta pregunta es oportuno recordar que VALLET DE GOYTISOLO<sup>75</sup> enseña que una de las claves de la función notarial se halla en saber captar el sentido del derecho, que, según sostiene, es el sentido de lo justo, y en ese aspecto el notario busca la solución más justa para el caso concreto al aconsejar a los otorgantes que la adopten.

72 Conforme VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, *Manuales de metodología jurídica III. La determinación del derecho*, Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 2004, p. 241.

73 *Ibidem*, p. 241: «La actividad del notario es, como muchas veces se ha dicho, una “mayéutica” tendente a alumbrar la verdadera voluntad de las partes; incluso aquella “triste” voluntad de las partes de que hablaba SATTA, pero solo lo que es su verdadera voluntad».

74 MOLLA, Roque, «La interpretación y aplicación del Derecho como manifestación de la función notarial creadora del Derecho», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 87, 7-12, 2001, p. 235.

75 VALLET DE GOYTISOLO, o. cit., pp. 257 y 259.

La idea de *solución justa* nos conecta con el valor *prudencia*. COSOLA<sup>76</sup> ha explicado que desde Roma se enseña que los prudentes eran hombres de derecho que tenían aptitud para investigar cuál era la solución justa para cada caso concreto, y sostiene que la prudencia notarial se aplica en el ejercicio de los deberes éticos notariales de información, asesoramiento y consejo, así como en la argumentación notarial del derecho a partir del adecuado ejercicio de la imparcialidad e independencia, todo en relación directa con el principio de legalidad.

La búsqueda de la solución justa se corona con la configuración del negocio jurídico que, según VALLET DE GOYTISOLO,<sup>77</sup> «hace de los notarios unos artífices del derecho vivo en la práctica del arte de lo justo». En términos más concretos, COSOLA<sup>78</sup> ha expresado que se trata de crear el derecho justo en el instrumento notarial.

Admitido ello, vale preguntarse ¿qué es lo justo?

ARISTÓTELES (según suele invocarse) brindaba una noción de justicia formal al expresar que lo justo es tratar igual lo que es igual y lo diferente en proporción a su diferencia, lo cual nos conecta con el principio de proporcionalidad, que, según LARENZ,<sup>79</sup> es un principio del derecho justo que deriva inmediatamente de la idea de justicia y que se concreta en la búsqueda de la moderación, la medida justa, el equilibrio y la prohibición de excesividad.

Equilibrio que también se aprecia en el pensamiento de RAWLS,<sup>80</sup> cuando sostiene que las instituciones son justas si las reglas producen un equilibrio significativo entre las pretensiones concurrentes para el bien de la vida social.

Adhiero a la filosofía notarial referida y considero que el destino al que debe procurar arribar el escribano cuando guía la voluntad de los otorgantes es la configuración de un negocio jurídico que produzca el derecho justo para el caso concreto dentro del marco de la legalidad.

El escribano debe actuar con prudencia, esto es, analizar cuál puede ser la solución proporcional a los fines buscados y equilibrada para el caso concreto, desde su perspectiva imparcial e independiente, para luego, fundamentado en una adecuada argumentación ético-jurídica,<sup>81</sup> brindar un

76 COSOLA, Sebastián Justo, *La prudencia notarial: vigencia del pensamiento de Juan Berchmans Vallet de Goytisoló*, Pando, San Miguel: Gaceta Notarial, 2014, pp. 109 ss.

77 VALLET DE GOYTISOLO, o. cit., p. 244.

78 COSOLA, Sebastián Justo, disertación en el Seminario de Deontología Notarial publicada el 14 de junio de 2016 por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, en <https://www.youtube.com/watch?v=NsKtJueVZko>.

79 LARENZ, Karl, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Madrid: Civitas, 1985, p. 145.

80 Citado por LARENZ, o. cit., p. 48.

81 La visión del escribano es ética porque debe valorar qué es lo justo, y jurídica porque su valoración debe efectuarse dentro del marco de la legalidad.

consejo con la finalidad de lograr guiar la voluntad de las personas hacia la configuración de un negocio jurídico que produzca, dentro del marco de la legalidad, según sus conocimientos y experiencia, el derecho justo para esa situación.

En el proceso de análisis, el escribano deberá realizar una interpretación de las normas generales ya existentes y de los hechos concretos, orientada a valores, que al decir de MOLLA<sup>82</sup> significa que el jurista debe tener en cuenta los valores brindados por el ordenamiento y no que la creación sea libre ni emocional.

A continuación, en el marco del tema *tutela del crédito*, se analizará, dentro del sistema de valores que rigen las garantías, la legalidad de establecer en un fideicomiso de garantía el *pacto marciano*, como una medida que busca el equilibrio entre las pretensiones del acreedor y la protección del deudor contra regulaciones desproporcionadas y, como tal, una medida útil en orden a producir el derecho justo para el caso concreto.

### NOCIÓN DE FIDEICOMISO DE GARANTÍA

En el derecho uruguayo, la ley 17.703 (Ley de Fideicomiso, en adelante LF) regula el fideicomiso, el cual puede definirse como un negocio jurídico que tiene por función transferir derechos al fiduciario, con destino a un patrimonio afectado a un fin determinado, para que los ejerza de conformidad con las instrucciones contenidas en el fideicomiso, en beneficio de una o varias personas, y que luego de cumplido el plazo o la condición los restituya al fideicomitente o los transfiera a quien se indique.

Los bienes son adquiridos por el fiduciario, pero se ubican en un patrimonio autónomo del suyo general. Esa autonomía provoca que, en principio, ni los acreedores generales del fiduciario, ni los del beneficiario, ni los del fideicomitente<sup>83</sup> puedan accionar contra dichos bienes (art. 7 LF). A su vez, los acreedores del fideicomiso podrán accionar contra los bienes que se encuentran en el patrimonio fiduciario, pero no contra los que se encuentran en el patrimonio general del fiduciario (art. 8 LF).

MARTINELLI BRITO<sup>84</sup> explica que el contrato de fideicomiso siempre es el mismo negocio jurídico y que la versatilidad de su contenido es lo que lo hace útil para diferentes fines sin que se desnaturalice.

El fideicomiso de garantía es una especie de fideicomiso reconocido por los artículos 9 y 42 de la LF, y su función es asegurar al acreedor el cobro del crédito.

82 MOLLA, o. cit., p. 231.

83 Los acreedores del fideicomitente no podrán perseguir los bienes fideicomitados si se trata de un fideicomiso por acto entre vivos, pero sí en caso de fideicomiso testamentario (art. 7 LF).

84 MARTINELLI BRITO, Patricio J., *El fideicomiso en el Uruguay: Una visión singular de la Ley 17.703, de 27 de octubre de 2003*, Montevideo: Amalio M. Fernández, 2008, p. 148.

Su mecanismo básico consiste en que el fideicomitente transfiere bienes al patrimonio fiduciario con el encargo de que el fiduciario los retenga en garantía del cumplimiento de una obligación asumida por el fideicomitente o por un tercero, y que en caso de incumplimiento ejecute la garantía y destine los frutos de los bienes o el producido de su enajenación al pago del crédito del beneficiario-acreedor.

Una vez que el fiduciario pagó la deuda, se produce una causa de extinción del fideicomiso, y si quedó un remanente deberá reintegrarlo al fideicomitente o a quien se haya designado (art. 33 LF).

En caso de que el deudor cumpla, el fideicomiso se extinguirá sin que haya sido necesario ejecutar la garantía, y el fiduciario deberá reintegrar los bienes al fideicomitente o a quien se haya indicado (art. 33 LF).

### LA RAZÓN DE LA PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO EN LAS GARANTÍAS TRADICIONALES TAMBIÉN SE PRESENTA EN EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA

GALINDO ARAGONCILLO y NAVARRO CODERQUE<sup>85</sup> definen el pacto comisorio como aquella convención entre acreedor y deudor en virtud de la cual se le permite al acreedor la apropiación directa de la cosa dada en garantía ante el incumplimiento de la obligación que tiene asumida el deudor.<sup>86</sup>

El Código Civil prohíbe el pacto comisorio en sede de hipoteca (art. 2338) y en la anticresis (art. 2355). Con relación a la prenda, enseña GAMARRA<sup>87</sup> que en la edición del Código Civil de 1868 el pacto comisorio estaba prohibido para la prenda por el artículo 2307, inciso 3, pero en 1893 la ley 2247 lo suprimió y lo agregó en sede de hipoteca. A pesar de ello, la doctrina ha sostenido que la prohibición también rige para la prenda. En ese sentido, AMÉZAGA<sup>88</sup> sostuvo que del contexto de las disposiciones sobre prenda resulta que se mantiene la prohibición del pacto, y GAMARRA señaló que la supresión del artículo se debió a una inadvertencia del legislador y que los motivos de la prohibición en sede de hipoteca y anticresis son aplicables a

85 GALINDO ARAGONCILLO, Alicia, y NAVARRO CODERQUE, Fernando, «El Pacto Comisorio en el actual marco de los derechos de garantía», p. 2, en [http://www.cuatrecasas.com/media\\_repository/gabinete/publicaciones/docs/1400771787es.pdf](http://www.cuatrecasas.com/media_repository/gabinete/publicaciones/docs/1400771787es.pdf).

86 Algunos autores asignan al pacto comisorio un sentido amplio, comprensivo de la posibilidad de que el acreedor pueda disponer privadamente de la cosa. La doctrina nacional ha debatido si el fiduciario puede disponer privadamente de la cosa o no. De aceptarse esa posibilidad, en caso de que el fiduciario y el beneficiario coincidan, el pacto comisorio en sentido amplio estaría parcialmente permitido.

En este trabajo me refiero al pacto comisorio en su sentido estricto, esto es, el pacto por el cual se estipula que, ante el incumplimiento del deudor, el acreedor adquirirá el bien como subrogado del cumplimiento, por lo cual no ingresaré en el mencionado debate.

87 GAMARRA, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo II, Montevideo: FCU, 3.ª ed., 1982, p. 112.

88 Citado por GAMARRA, *ibídem*.

la prenda. También SAYAGUÉS ARECO<sup>89</sup> se pronunció a favor de la nulidad del pacto comisorio en la prenda.

La doctrina<sup>90</sup> señala los fundamentos por los cuales la ley dispone la prohibición del pacto comisorio, que pueden sintetizarse así:

1. La protección del deudor frente a posibles abusos del acreedor, que podría aprovecharse de la situación angustiosa de aquel para solicitarle una garantía desproporcionada y generar un enriquecimiento injusto.
2. La protección de terceros acreedores, porque, si el bien tiene un valor mayor que la deuda, se produciría un empobrecimiento injusto en el deudor que disminuiría la garantía común de los demás acreedores.
3. La finalidad de las garantías es la satisfacción del interés integral del acreedor, pero no una satisfacción superior a su derecho. La cosa por lo general tiene un valor superior al valor del crédito, por lo cual el pacto comisorio excede el fin de la garantía y la desnaturaliza. La razón de la desnaturalización se halla en la desproporción entre la contraprestación debida y lo recibido por el acreedor.<sup>91</sup>

Considero que los fundamentos mencionados también se presentan en el fideicomiso de garantía.

De la misma manera que el acreedor hipotecario, prendario o anticrético podría aprovecharse de la situación del deudor para exigirle una garantía desproporcionada y generar un enriquecimiento injusto a su favor, también el acreedor beneficiario podría hacerlo.

Del mismo modo que si el acreedor hipotecario, prendario o anticrético se apropia de un bien que tiene un valor mayor que el de la deuda se genera un empobrecimiento injusto en el deudor que afecta a sus otros acreedores, si al acreedor beneficiario de un fideicomiso de garantía se le transfiere ese bien en pago de la deuda se genera un empobrecimiento injusto en el deudor fideicomitente (quien no recibirá el remanente) que afecta a sus acreedores.

Y así como en materia de hipoteca, prenda y anticresis, si el valor del bien es mayor que el del crédito se presenta una desproporción entre la contraprestación debida y lo recibido por el acreedor que desnaturaliza

89 SAYAGUÉS ARECO, Enrique, «El pacto comisorio en el contrato de prenda común», *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, tomo I, Montevideo, 1964-1965, pp. 206 y 207.

90 Puede leerse sobre los fundamentos del pacto comisorio, a vía de ejemplo, SAYAGUÉS ARECO, o. cit.; ANIDO BONILLA, Raúl, *De la prenda de créditos*, Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2001, pp. 448 ss.; GALINDO ARAGONCILLO y NAVARRO CODERQUE, o. cit., p. 2.

91 Con relación a esta cuarta posición véase la excelente exposición de ANIDO BONILLA (o. cit., pp. 451 ss.), quien agrega el argumento de la afectación del principio de proporcionalidad.

la garantía, también ello sucede en el fideicomiso. Una cosa es brindarle al acreedor mayor seguridad de cobro de su crédito y otra muy distinta es darle una herramienta que le permita adquirir un valor superior a aquel al que tiene derecho, y eso es lo que provoca el pacto comisorio, cualquiera sea la garantía utilizada, incluido el fideicomiso.

Por lo tanto, entiendo que el sentido o la razón de la prohibición del pacto comisorio en las garantías tradicionales también se presenta en el fideicomiso de garantía.

### LA APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO AL FIDEICOMISO DE GARANTÍA A TRAVÉS DE LA ANALOGÍA DE LA REGULACIÓN

La Ley de Fideicomiso no estableció de manera expresa la prohibición del pacto comisorio.

Parte de la doctrina<sup>92</sup> se ha manifestado a favor de la posibilidad de pactar que, ante el incumplimiento del deudor, el fiduciario deberá transferir los bienes al beneficiario como dación en pago.

Entiendo que dicho acuerdo, si se establece en el sentido de que el bien subrogará a la prestación debida, significaría una forma de pacto comisorio adaptado a las particularidades del fideicomiso, porque permitiría al acreedor la adquisición directa de la cosa dada en garantía sin considerar la diferencia de valor que puede tener con el crédito.

A su vez, parte de la doctrina<sup>93</sup> se ha pronunciado de manera directa a favor de que el pacto comisorio es posible porque la ley no lo prohibió, y al encontrarnos en el área del derecho privado solo estará limitada la autonomía privada cuando exista texto expreso al efecto. Por excepción, el pacto no sería válido en caso de que el beneficiario fuera una entidad de intermediación financiera que simultáneamente revista la calidad de fiduciaria (art. 9, lit. B, LF), en virtud de que el artículo 33, inciso final, de la LF establece que en ningún caso el fiduciario podrá adjudicarse en forma definitiva los bienes recibidos en fideicomiso.

La razón esgrimida puede calificarse como un *argumento a contrario*, que es aquella forma de argumentar según la cual el legislador ha dicho exactamente lo que pretendía decir, y lo que no ha dicho es porque no quería decirlo.<sup>94</sup>

92 MARTINELLI BRITO, o. cit., p. 153.

93 En ese sentido, MACHADO GIACHERO, Jorge Julio, *Análisis conceptual del fideicomiso uruguayo* Montevideo: AEU, 2.ª ed., 2005, p. 89.

94 Conforme GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona: Gedisa, 1999, p. 214.

Según GUASTINI,<sup>95</sup> argumentar en contrario en presencia de una norma imperativa conduce a formular una nueva norma, pero la norma así formulada es una norma puramente permisiva.

Por eso, la conocida afirmación de que *lo que no está prohibido está permitido* es un argumento interpretativo a contrario, pero también es un método de integración, porque pretende colmar una laguna mediante una norma implícita permisiva.

Sin embargo, para conocer qué es lo que está prohibido es necesario analizar el sentido de la prohibición. Ello se visualiza con un pintoresco e ilustrativo caso que ha sido planteado por diversos autores<sup>96</sup> y que puede resumirse así: «En una estación de ferrocarriles hay un cartel que dice “Prohibido ingresar con perros”. Un día un paisano pretende entrar con un perro y le prohíben el acceso; al otro día el mismo paisano pretende ingresar con un oso; ¿puede hacerlo?».

Si entendiéramos que lo único prohibido es lo establecido a texto expreso, deberíamos sostener que el sujeto podría ingresar con el oso, pero eso no es razonable. ¿Por qué? Porque el sentido de la prohibición radica en los inconvenientes que podría generar el perro a los demás pasajeros y a las instalaciones, los cuales serían peores si se ingresara con un oso.

Así, es razonable realizar una interpretación extensiva y, mediante un argumento *a fortiori*, concluir que el supuesto de hecho no regulado (ingresar con un oso) merece con mayor razón la misma consecuencia jurídica que el supuesto regulado (ingresar con un perro).

Se observa la necesidad de comprender el sentido de la prohibición para conocer su alcance y, a partir de ahí, advertir qué es lo que está prohibido. En palabras de SÁNCHEZ FONTANS:<sup>97</sup>

Si la ratio específica que sirve de fundamento al tratamiento excepcional de los casos contemplados comprende también al caso no previsto, corresponde considerar a este incluido en la excepción.

Según vimos, el sentido o razón de la prohibición del pacto comisorio en las garantías tradicionales también se presenta en el fideicomiso de garantía, por lo cual la prohibición debería alcanzar a este negocio. Pero ¿cuál es la técnica interpretativa adecuada para arribar a esa conclusión?

COVIELLO<sup>98</sup> ha distinguido entre las normas excepcionales, que son aquellas que derogan una norma general para una situación concreta sin admitir analogía, y las normas relativamente excepcionales, que son

95 Ibidem, p. 215.

96 Entre los autores que plantean este caso puede leerse ATIENZA, Manuel, *Curso de Argumentación Jurídica*, Madrid: Trotta, 2013, p. 180, que se remite a RECASÉNS SICHES.

97 SÁNCHEZ FONTANS, José, «Interpretación extensiva y analógica», *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, tomo 60, n.º 9, 1963, p. 278.

98 COVIELLO, Nicola, *Doctrina general del derecho civil*, México, D.F.: UTHEA, 1949, pp. 92-97.

aquellas que derogan una norma general pero al mismo tiempo son generales respecto a la materia sobre la cual rigen. Estas últimas, dentro de esa materia específica, admiten analogía.

Considero que la prohibición del pacto comisorio es una norma relativamente excepcional, porque, si bien excepciona el principio de autonomía privada, al mismo tiempo consagra un principio que rige en materia de garantías y, por lo tanto, admite analogía.

De acuerdo al artículo 332 de la Constitución y al artículo 16 del Código Civil, ante la ausencia de norma expresa que regule una situación se debe acudir (en primer lugar según la ley) a los fundamentos de las leyes que regulan casos análogos.

ATIENZA<sup>99</sup> ha señalado que la analogía tiene como presupuesto la coherencia del ordenamiento jurídico o, si se quiere expresar la misma idea de otra manera, que el recurso a la analogía se basa en el principio de igualdad, que prescribe que se deben tratar igual los casos que son iguales en los aspectos que se estiman relevantes, que exhiben una identidad de razón, por lo que aparece como un instrumento de justicia formal.

La doctrina suele distinguir entre analogía individual (*analogia legis*) y analogía de la regulación o conjunta (*analogia iuris*). Al respecto, LARENZ<sup>100</sup> señala que en la analogía individual se traspa una regla dada para un supuesto de hecho a otro similar; en cambio, en la analogía de la regulación de varias disposiciones legales cuyos supuestos de hecho coinciden en un aspecto esencial, se infiere un principio general del derecho que puede ser aplicado a otros supuestos de hecho que la ley no reguló.

Estimo que el método de integración adecuado para resolver la situación planteada es la llamada analogía de la regulación (*analogia iuris*).

De la regulación surgen varias disposiciones legales en materia de garantías que prohíben el pacto que establezca que, ante el incumplimiento del deudor, el acreedor podrá apropiarse del bien como subrogado de la prestación debida, y su fundamento radica en la desproporción que puede existir entre el valor del bien y el crédito.

El principio que se infiere de la regulación reside en que, en materia de garantías, un pacto en esos términos está prohibido.

Dicho pacto, aplicado al fideicomiso de garantía, presenta las mismas características que en las garantías tradicionales, porque, si se establece que ante el incumplimiento del deudor el fiduciario deberá transferir el bien al beneficiario-acreedor como subrogado de la prestación debida, podrá existir la mencionada desproporción entre el valor del bien y el crédito. A su vez, las diferencias que presenta el fideicomiso de garantía con las garantías tradicionales no justifican un diverso tratamiento en esta materia.

99 ATIENZA, o. cit., p. 231.

100 LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona: Ariel, 1966, p. 304.

El legislador omitió regular la situación en sede de fideicomiso de garantía, con lo que se formuló una *laguna axiológica*. Mediante la *analogia iuris* se colma la laguna al aplicar el principio que se infiere de la regulación, esto es, la prohibición del pacto comisorio al fideicomiso de garantía, por tratarse de una situación similar que presenta las mismas propiedades esenciales que justifican la prohibición.

En conclusión, considero que, en sede de fideicomiso de garantía, el pacto comisorio en el sentido aquí tratado —esto es, el acuerdo de que, ante el incumplimiento del deudor, el fiduciario deberá transferir el bien al beneficiario-acreedor como subrogado de la prestación debida, sin considerar su valor con relación al crédito— también está prohibido por analogía de la regulación.

### **LA PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO NO ALCANZA AL PACTO MARCIANO**

Vimos que la prohibición del pacto comisorio se fundamenta en que el bien suele tener un valor mayor que el crédito, por lo que dicho pacto produce una desproporción que desnaturaliza la garantía y genera un empobrecimiento injusto del deudor y un correlativo enriquecimiento del acreedor.

Es necesario precisar que la razón de la prohibición del pacto comisorio no es impedir que el acreedor adquiera el bien. Eso es muy claro, porque el acreedor puede adquirir el bien por resultar mejor postor en una ejecución hipotecaria, en una ejecución prendaria o incluso porque el acreedor prendario solicitó al juez la adjudicación de la cosa por el precio mínimo admisible a un tercero (2307 CC).

El patrón común a estas posibles adquisiciones del acreedor reside en que existe una valuación objetiva del bien, brindada por el remate o por la fijación judicial del precio, que nos aleja de la desproporción que fundamenta la prohibición.

Reitero: no está prohibido que el acreedor adquiera el bien. El sentido de la prohibición es impedir la desproporción que puede generarse entre el valor que el deudor debe y el que el acreedor recibe, si el acreedor, desde el momento de constitución de la garantía, queda autorizado para adquirir el bien como subrogado de la prestación debida, sin una valuación objetiva que permita comparar el valor del bien con el del crédito.

De ahí que podamos plantearnos: ¿hay alguna manera de pactar que ante el futuro incumplimiento el acreedor tendrá un derecho prioritario a adquirir el bien sin incurrir en la prohibición?

Sí, en caso de que se establezca un procedimiento que impida que el exceso de valor del bien con relación al crédito genere una desproporción entre lo que el deudor debe y lo que el acreedor recibe, y ello se logra, por ejemplo, a través del llamado *pacto marciano*.

GALINDO ARAGONCILLO y NAVARRO CODERQUE<sup>101</sup> explican que el pacto marciano (que debe su nombre al jurisconsulto romano Marciano) consiste en la posibilidad de que deudor y acreedor, en el momento de constituir la garantía, convengan que, si el deudor no paga, la propiedad de la cosa pasará al acreedor previa justa estimación, con la obligación de reintegrar el excedente si el monto de la deuda fuera menor.

De esta manera, mediante la «previa justa estimación» y la «obligación de reintegrar el excedente», se evita la desproporción que puede existir entre el valor del bien y el del crédito, y con ello desaparece el fundamento de la prohibición del pacto comisorio.

En la doctrina uruguaya, ANIDO,<sup>102</sup> al estudiar la *prenda de créditos*, ubica la *ratio* de la prohibición del pacto comisorio en el principio de proporcionalidad, en su alcance de prohibición de la excesividad, y sostiene que el pacto marciano es admisible porque en él se encuentra ausente la afectación a dicho principio.

Comparto su opinión. Considero que la razón de la prohibición del pacto comisorio no alcanza al pacto marciano porque en este caso el deudor está protegido frente a posibles abusos del acreedor, los demás acreedores del deudor no se ven perjudicados debido a que habrá un reintegro del excedente del valor del bien, y la garantía no se desnaturaliza porque no se produce la desproporción entre la contraprestación debida y lo recibido por el acreedor.

El significado de *apropiación*, en el ámbito de la *ratio* de la prohibición del pacto comisorio, consiste en que el acreedor adquiere el bien por el no pago de la deuda, sin consideración de su valor. En cambio, a través del pacto marciano, el acreedor adquiere el bien luego de una «justa previa estimación» y con la obligación de pagar el excedente, lo cual se parece mucho más a la adquisición del acreedor preferente en un remate judicial, con exoneración de depositar el precio hasta la concurrencia de su crédito (art. 387.4 CGP), que a la mencionada «apropiación».

La jurisprudencia,<sup>103</sup> en materia de ejecución judicial, ha reconocido que no es lógico hacerle depositar el precio al primer acreedor embargante mejor postor para luego abonársele a la misma persona por su crédito. De la misma manera, entiendo que no es lógico dilatar la extinción de la deuda en busca de un comprador que pague el valor fijado por un tasador para obtener dinero, pagarle al beneficiario-acreedor y entregar el sobrante al fideicomitente, si el acreedor está dispuesto a adquirir el bien contra la compensación de su crédito y el pago de la diferencia.

101 GALINDO ARAGONCILLO y NAVARRO CODERQUE, o. cit., p. 2.

102 ANIDO BONILLA, o. cit., pp. 452 y 456.

103 TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE 7.º TURNO, caso 843, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, n.º 4, 2002, p. 688.

Como señala con acierto ANIDO,<sup>104</sup> en el pacto marciano el deudor no tiene de qué lamentarse, porque si llega a ejecutarse no pierde más de lo que en definitiva habría de dar al acreedor. A ello agrego que el deudor se verá beneficiado, porque la celeridad del proceso de adquisición evita que el paso del tiempo genere un incremento de su deuda por intereses, eventuales daños y perjuicios y gastos en general, lo cual tendrá como corolario un mayor reintegro de excedentes.

En virtud de lo expuesto, considero que la prohibición del pacto comisorio no alcanza al pacto marciano y que en el ámbito del fideicomiso de garantía es viable su estipulación.

Por último, una precisión. Si bien al definirse el pacto marciano se dice que «la propiedad de la cosa pasará al acreedor», considero que el acuerdo brinda al acreedor la opción de adquirir el bien en los términos acordados o ejecutar la garantía, no impone su adquisición.

#### **LA VALIDEZ DEL PACTO MARCIANO EN EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA. DISTINCIÓN SEGÚN EL BENEFICIARIO ACREEDOR SEA UNA PERSONA DISTINTA DEL FIDUCIARIO O NO**

De acuerdo a lo expresado, considero que es válido establecer el pacto marciano en el fideicomiso de garantía como mecanismo de tutela del crédito, pero es preciso distinguir dos situaciones:

##### **Si el fiduciario y el acreedor beneficiario son personas distintas**

Por entender que la prohibición del pacto comisorio no alcanza al pacto marciano, considero que es válida su estipulación.

##### **Si el fiduciario y el beneficiario-acreedor son la misma persona**

El artículo 9, literal B, de la LF admite que en el fideicomiso de garantía el fiduciario y el beneficiario sean la misma persona.

Para considerar válido el pacto marciano en este caso, es preciso sortear otro obstáculo, porque el artículo 33 de la LF regula las causas de extinción del fideicomiso y establece que, producida su extinción, el fiduciario estará obligado a entregar los bienes fideicomitados al fideicomitente o a sus sucesores, salvo que otra cosa se haya estipulado en el negocio constitutivo, y en el inciso final dispone: «En ningún caso el fiduciario podrá adjudicarse, en forma definitiva, los bienes recibidos en fideicomiso».

Una interpretación literal de este inciso llevaría a la conclusión de que, cuando el fiduciario es también el beneficiario-acreedor, no sería posible establecer el pacto marciano porque el fiduciario no podría adjudicarse los bienes recibidos.

104 ANIDO BONILLA, o. cit., p. 457.

Sin embargo, MARTINELLI BRITO<sup>105</sup> ha hecho notar que, si el fiduciario enajena los bienes para luego pagar con el producido, este también es un bien fideicomitido, sujeto a la misma prohibición, y por tanto tampoco podrá adjudicarse dinero en forma definitiva. De ahí que este autor se incline por una interpretación restrictiva del inciso, al entender que la prohibición refiere exclusivamente a la adjudicación por parte del fiduciario en dicha calidad pero no en otra, y que sería admisible incluir en el instrumento de fideicomiso la posibilidad de que el fiduciario se adjudicara los bienes fideicomitados cuando simultáneamente fuera beneficiario.

Al argumento mencionado considero que podría agregarse que el artículo 33 regula la obligación del fiduciario de entregar los bienes fideicomitados al fideicomitente, o a sus sucesores, o a la persona que se haya señalado, luego de producida la extinción del fideicomiso y no en la etapa de cumplimiento del encargo.

El significado del último inciso del artículo 33, ubicado en el contexto del artículo, consiste en que el fiduciario, una vez extinguido el fideicomiso:

- a. no puede ser fideicomisario,<sup>106</sup> es decir, no puede ser el destinatario final de los bienes;
- b. no puede apropiarse de los bienes en pago de deudas que se hayan generado a su favor en su calidad de fiduciario; por ejemplo, de remuneraciones no pagadas.

La situación en la cual el fiduciario es a su vez beneficiario y se adjudica el bien en cumplimiento del pacto marciano se produce en la etapa de cumplimiento del fideicomiso; por lo tanto, se encuentra fuera del ámbito de aplicación de la norma.

A través de esta interpretación restrictiva, se llegaría a la conclusión de que el pacto marciano es válido también en esta situación, porque: a) la prohibición del pacto comisorio no lo alcanza; b) no está incluida en el ámbito de aplicación del artículo 33 LF. Considero que esta es la interpretación correcta.

En definitiva, la validez del pacto marciano en este caso es discutible, ya que depende del alcance que el intérprete le asigne al artículo 33 de la LF, y eso debe tenerlo en consideración el escribano que lo aconseje.

## PREVISIONES PARA CONCRETAR EL PACTO MARCIANO

Admitido el pacto marciano, al menos para el caso en que el beneficiario acreedor sea una persona distinta al fiduciario, la cuestión a dilucidar es cuál es el procedimiento que se deberá seguir para concretarlo, el que se establecerá en el instrumento de fideicomiso.

105 MARTINELLI BRITO, o. cit., pp. 144 y 145.

106 El destinatario final de los bienes se conoce en Argentina como *fideicomisario*, y aunque en Uruguay no se lo denomine así, la figura jurídica existe.

En primer lugar, parecería prudente establecer a partir de qué momento se podrá aplicar el pacto.

En materia de ejecución de la garantía, la doctrina ha debatido si es suficiente que el acreedor notifique al fiduciario la falta de pago para que este deba proceder según lo instruido, o si la calificación del incumplimiento debe someterse a los órganos jurisdiccionales en forma previa.<sup>107</sup>

De acuerdo a la filosofía señalada al comienzo del trabajo, la función notarial no se agota en la interpretación de las normas existentes, sino que debe procurar la producción del derecho justo a través del asesoramiento. Por eso entiendo que, al margen de la posición que se siga con relación al debate señalado, una medida equilibrada es acordar, como presupuesto para la aplicación del pacto marciano, que el incumplimiento sea calificado por vía arbitral, salvo reconocimiento del deudor.

De esta manera se ofrece al deudor una instancia para contradecir al acreedor antes de que se ejecute el pacto, sin que el acreedor se vea desmotivado por la lentitud que significaría ingresar al sistema judicial, con lo que se lograría un equilibrio entre las pretensiones concurrentes.

En segundo lugar, establecer cómo se evaluará el bien para fijar cuál es su «previa justa estimación».

La evaluación del bien permitirá determinar hasta dónde se extingue la deuda garantizada por la transferencia del bien y cuál es el monto que el acreedor resultará obligado a reintegrar si la deuda es menor.

Una opción es la evaluación judicial. De la misma manera que en materia de prenda la ley permite la adjudicación de la cosa al acreedor por el precio mínimo admisible a un tercero que fija el juez, también es posible disponer en las instrucciones del fideicomiso que el fiduciario podrá transferir el bien al acreedor beneficiario por el precio mínimo admisible a un tercero que fije el juez. Para fijar su valor, este se basará en los informes que presenten los peritos a los cuales acuda.

Otra opción que considero viable consiste en establecer que se tomará como justa estimación el valor que fije determinado rematador-tasador público, quien en la época en que vaya a transferirse el bien elaborará un informe en el que detallará las consideraciones del bien y el criterio de valuación que aplicó para fijar el valor. Esta opción tiene la ventaja de ofrecer mayor celeridad que la anterior.

Podría sostenerse que es posible que deudor y acreedor fijen el precio del bien al momento de constituir el fideicomiso, de la misma manera que, en sede de hipoteca, el artículo 2342 CC dispone que es facultativo

107 Véase al respecto CAFFERA, G., y MANTERO MAURI, E., «La ejecución del fideicomiso de garantía», *Revista Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, tomo I, pp. 55 ss.; CARNELLI, S., y MOLLA, R., «La determinación del incumplimiento del deudor y la actuación de la garantía en el fideicomiso de garantía», *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XLIII, pp. 837 ss.

de las partes contratantes establecer en la escritura de hipoteca el precio del inmueble hipotecado para el caso de ejecución. Sin embargo, entiendo que esta opción no es recomendable por las presiones que puede sufrir el deudor y, además, porque la estimación es más precisa si se realiza en el momento en que se va a transferir el bien.

Por último, sería conveniente regular la obligación del acreedor de reintegrar el excedente si el monto de la deuda es menor; a vía de ejemplo, al establecer que deberá efectuarse al contado y de manera simultánea a la dación en pago del bien dado en garantía.

## CONCLUSIONES

1. El escribano es un agente idóneo para colaborar de manera eficiente en la creación del derecho justo para el caso concreto, y su aplicación a través de la búsqueda de acuerdos equilibrados dentro del marco de la legalidad es uno de los mayores aportes que el notariado brinda a la sociedad.
2. Analizado el fundamento de la prohibición del pacto comisorio en sede de las garantías tradicionales, se concluye que el fideicomiso de garantía presenta las mismas propiedades que justifican su aplicación.
3. En sede de fideicomiso de garantía, el pacto comisorio, en el sentido aquí tratado —esto es, el acuerdo de que, ante el incumplimiento del deudor, el fiduciario deberá transferir el bien al beneficiario-acreedor como subrogado de la prestación debida—, está prohibido por analogía de la regulación.
4. La prohibición del pacto comisorio no alcanza al pacto marciano.
5. Es válido estipular el pacto marciano en caso de que el beneficiario acreedor sea una persona distinta del fiduciario.
6. En caso de que el beneficiario-acreedor sea a su vez fiduciario, la validez del pacto marciano dependerá del alcance que se le asigne al artículo 33 de la LF.
7. Con relación a las previsiones para concretar el pacto marciano, es prudente establecer en el instrumento de fideicomiso a partir de qué momento se podrá aplicar, cómo se determinará la justa estimación del bien, así como la regulación de la obligación de reintegrar el excedente.
8. El pacto marciano se encuentra dentro del marco de la legalidad y ofrece una opción equilibrada entre el interés del acreedor y la protección del deudor. Por lo tanto, el escribano puede considerar dicho pacto a los efectos de guiar a los otorgantes hacia la producción del derecho justo para el caso concreto.