

## CONSORCIO. CONTRATO ATÍPICO. TERCERÍA DE DOMINIO. EMBARGO. FIDEICOMISO DE GARANTÍA

Informe: Comercial procesal

### Consulta

#### RELACIÓN DE HECHOS

Por escritura pública autorizada en Montevideo el 25 de julio de 2008, cuya primera copia fue inscrita en el Registro de Comercio, habiéndose cumplido con las publicaciones legales pertinentes, QS Ltda., P S.A. y G S.A. constituyeron el Consorcio E, conforme a la figura regulada por los artículos 501 y siguientes de la ley 16060 de Sociedades Comerciales. Posteriormente se modificó la denominación por la de Consorcio E, el cual al día de la fecha está integrado por los partícipes P S.A. (con su participación original y su calidad de cesionaria de la participación de G S.A.) y por S S.A., la cual adquirió la participación de QS Ltda. por contrato de fecha 2 de agosto de 2010.

El consorcio de referencia resultó adjudicatario de la licitación de recolección de residuos 26/08 de la Intendencia Municipal, según resolución del 26 de setiembre de 2008.

Por documento del 26 de mayo de 2009, el banco ... concedió un crédito de hasta la suma US\$ 6.077.200 a las sociedades integrantes del consorcio en su carácter de tales. En garantía del pago del crédito concedido se constituyó un fideicomiso de garantía, denominado E Fideicomiso de Garantía, en el cual el consorcio tiene la calidad de fideicomitente y el banco la doble calidad de beneficiario y de fiduciario. Como patrimonio fideicomitado, la parte fideicomitente transfiere al fiduciario los ingresos que le corresponda percibir por concepto de precio por los servicios prestados a la Intendencia, según lo previsto en la licitación en la que es adjudicataria. El 27 de mayo del mismo año se notificó por acta notarial a la Intendencia la cesión de crédito de referencia y que los pagos deberían ser realizados mediante depósito o transferencia en la caja de ahorros ... o la que el banco indicara a tales efectos, o entregar al consorcio cheques cruzados y no a la orden a nombre del Banco fiduciario de E Fideicomiso de Garantía.

En noviembre de 2011 varios trabajadores, acreedores de S S.A. en etapa de ejecución de sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada a su favor, se presentaron ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia Laboral de ... Turno y expresaron que, conforme la propia página web de su deudora, el Consorcio E era filial de aquella, y que por existir un conjunto económico solicitaban el embargo específico del 20% de los créditos generados por la

adjudicación de la licitación previamente mencionada. La sede resolvió a favor de los solicitantes, citó de excepciones al demandado y posteriormente reiteró el oficio, bajo apercibimiento a la Intendencia respectiva de incurrir en desacato. La Intendencia compareció en el expediente denunciando haber sido notificada de la cesión de créditos al fideicomiso referido, pero la sede entendió, por resolución judicial del 14 de junio de 2013, que «La cesión realizada no es oponible a las partes de este proceso [...]. Incluso la cesión es posterior al embargo genérico que se dispuso en los autos principales, así como al fideicomiso mencionado» (fojas 161 del expediente). En consecuencia, ordenó a la Intendencia cumplir con la retención dispuesta en autos bajo apercibimiento de desacato y dispuso además de astreintes para el caso de incumplimiento.

El Consorcio E promovió tercería de dominio alegando ser el único titular del crédito embargado por tratarse de un consorcio atípico, persona jurídica distinta de sus integrantes. Sostuvo que había funcionado con estructura, número de RUT, facturación y patrimonio propios y que todo eso demostraba que no estaba nucleado por la figura prevista en los artículos 501 a 509 de la Ley de Sociedades Comerciales, sino por un consorcio atípico. Citó como doctrina en su apoyo a la escribana Daniella CIANCIARULO<sup>73</sup> y al doctor Alejandro MILLER,<sup>74</sup> quien afirma que el consorcio atípico puede ser un contrato innominado de asociación o emprendimiento conjunto, o un esquema societario (sociedad comercial irregular).

## CONSULTA

La Oficina Actuarial del Juzgado Laboral referido considera que:

No tiene elementos jurídicos legales ni disposiciones jurídicas que avalen lo planteado por el tercerista, y a fin de evitar expedirse en una situación que supera, dado lo compleja, la posibilidad de resolver sobre lo expuesto, y para evitar perjudicar a las partes en litigio y al tercerista, es que solicita que los autos sean derivados a la Asociación de Escribanos del Uruguay para su estudio y ulterior fallo.

## Informe de la Comisión de Derecho Comercial

Para clarificar la situación planteada, el presente informe se dividirá en cinco secciones, a saber:

1. Noción de consorcio y su diferencia con las sociedades comerciales.

73 «¿Es posible regularizar un consorcio atípico?», en *Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales. A los 20 años de su promulgación*, Montevideo: FCU, 2009, p. 300.

74 MILLER, Alejandro, «Los consorcios y su riesgo de desnaturalización», *Cade: doctrina y jurisprudencia*, tomo 23, año 5, setiembre de 2013.

2. Posición y argumentos favorables a la recepción de la figura del «consorcio atípico».
3. Posición y argumentos contrarios a la recepción de la figura del «consorcio atípico».
4. Aplicación de los conceptos anteriores al análisis del caso.
5. Incidencia del fideicomiso de garantía en el caso planteado.

## 1. NOCIÓN DE CONSORCIO Y SU DIFERENCIA CON LAS SOCIEDADES COMERCIALES

Los contratos de colaboración empresaria tienen naturaleza asociativa, pero no societaria, y han sido definidos por Nuri RODRÍGUEZ OLIVERA como:

Contratos que tienen por objeto el desarrollo de las actividades empresariales de los sujetos que los celebran, en un régimen de coordinación o de colaboración, sin crear situaciones de predominio o supremacía, y manteniendo inalterada la estructura personal o societaria de sus componentes.<sup>75</sup>

La mayoría entra en la categoría de innominados.

Esto ofrece algunas ventajas: son como «trajes a medida», elaborados teniendo en cuenta una situación y unas necesidades concretas, y su conocimiento queda reservado a los contratantes. Como contrapartida, no tienen un marco jurídico cierto, especialmente en caso de conflicto entre las partes. Los jueces pueden considerar que el acuerdo se regirá por los principios generales de los contratos, o según el esquema del contrato con el contenido más similar, o aplicando los regímenes de varios contratos nominados. Por esta causa, varias legislaciones han querido dotar a estos acuerdos de un marco legal mínimo, de una tipología definida, creando así diversas figuras, como las que en nuestro país incorporó la Ley N.º 16060: los grupos de interés económico y los consorcios. Es importante remarcar que esta regulación legal no impide a los empresarios recurrir a formas de agrupación que no se ajustan a los tipos establecidos. Es decir que un acuerdo de colaboración empresaria, en nuestro derecho, no tiene porqué estructurarse como grupo de interés económico ni como consorcio, pudiendo perfectamente convenirse un contrato innominado. La ley únicamente ofrece modelos que permiten a las partes saber «dónde pisan».<sup>76</sup>

La inclusión de estos institutos en una ley de sociedades ha sido criticada por los comentaristas argentinos con referencia a su régimen,<sup>77</sup> pues no constituyen sociedades ni sujetos de derecho, y se les aplican además los principios generales de los contratos, todo lo cual justificaría una ley separada. Pero nuestra ley, a diferencia de la argentina, consagra en aspectos

75 RODRÍGUEZ OLIVERA, Nuri, *Agrupaciones societarias*, Montevideo: FCU, colección Jus, p. 15.

76 CURI, Gabriel, *Concentración societaria*, Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 1991, p. 39.

77 Véase por todos ZALDÍVAR, Enrique c/MANÓVIL, Rafael y RAGAZZI, Guillermo, *Los contratos de colaboración empresarial*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1989.

concretos remisiones al régimen societario como supletorio de la voluntad de las partes y la personería jurídica de los grupos de interés económico. La doctora RODRÍGUEZ OLIVERA lo explica de esta forma:

Se entendió conveniente regular esta figura en la misma ley [...] por cuanto tienen de común ser contratos entre personas que se agrupan para lograr fines económicos.<sup>78</sup>

El consorcio es, entonces, un contrato plurilateral, por el cual personas físicas o jurídicas se vinculan temporariamente para la realización de una obra, la prestación de determinados servicios o el suministro de ciertos bienes (artículo 501 de la Ley de Sociedades Comerciales). No tiene personalidad jurídica.

Lo que caracteriza al consorcio es su finalidad: regular las actividades de sus miembros para una actuación temporaria. Por ello el artículo 501 establece que no está destinado a obtener y distribuir ganancias, sino a regular las actividades de los partícipes.

Como diferencias entre la sociedad comercial y el consorcio se puede señalar:

En la sociedad los socios se obligan a realizar aportes para aplicarlos al ejercicio de una actividad comercial organizada con la finalidad de repartirse las ganancias que esta produzca (artículo 1.º de la Ley de Sociedades Comerciales), mientras que en el consorcio no hay aportes, no hay actividad comercial común, sino que cada integrante desarrolla su actividad en las condiciones que se prevean, y el consorcio no está destinado ni a obtener ni a distribuir ganancias entre los partícipes, sino a regular las actividades de cada uno de ellos (artículo 501 de la Ley de Sociedades Comerciales).

El consorcio no tiene personalidad jurídica (artículo 501 de la Ley de Sociedades Comerciales). Las sociedades comerciales sí la tienen (artículo 2.º de la Ley de Sociedades Comerciales), con la sola excepción de las sociedades accidentales o en participación (artículos 483 y siguientes de la Ley de Sociedades Comerciales).

Las sociedades responden de sus obligaciones con su patrimonio, sin perjuicio, en algunos tipos sociales, de la responsabilidad solidaria de sus socios. El principio en los consorcios, en cambio, es que cada miembro responde personalmente frente a los terceros por las obligaciones que contraiga en relación con su parte asignada (artículo 501 de la Ley de Sociedades Comerciales), sin perjuicio de que se pueda pactar la solidaridad entre los partícipes, lo que es de estilo en los contratos con la Administración Pública.

Las sociedades comerciales, como corolario de la personalidad jurídica otorgada por el ordenamiento jurídico, son sujetos pasivos del impuesto a la renta de las actividades económicas (numerales 1 y 2 del literal A, artículo 3.º, de la ley 18083). En cambio, los partícipes del consorcio deberán

78 RODRÍGUEZ OLIVERA, o. cit., n.º 57.

facturar y hacerse cargo de los costos en función de la participación que cada uno de ellos tenga en la obra, el servicio o el suministro pactado. Por lo tanto, a los efectos fiscales, el consorcio no debe inscribirse en la DGI ni en el BPS, y para determinar sus impuestos cada partícipe computará sus ingresos y sus costos deducibles.

## 2. POSICIÓN Y ARGUMENTOS FAVORABLES A LA RECEPCIÓN DE LA FIGURA DEL CONSORCIO ATÍPICO

La figura del consorcio atípico ha sido estudiada por la escribana Daniella CIANCIARULO, en los trabajos «Los consorcios atípicos en el derecho uruguayo» y «¿Es posible regularizar un consorcio atípico?».<sup>79</sup>

Afirma la autora citada:

Hay situaciones que, si bien se denominan formalmente consorcios y cumplen con los requisitos formales impuestos por la ley para los mismos, contienen estipulaciones o elementos que contradicen su causa típica [o] el empleo que realizan las partes posteriormente del mismo determina nuevamente un alejamiento de su causa típica.<sup>80</sup>

Señala que el fin de colaboración o de coordinación que caracteriza al consorcio se ve sustituido por un ánimo de lucro propio de las sociedades comerciales, y que cuando las partes realizan aportes, comparten actividades y distribuyen beneficios estamos en presencia de una auténtica sociedad comercial.

Concluye que a los consorcios atípicos se les aplican las normas de las sociedades comerciales: no como sociedad de hecho (desde que documentaron un negocio) ni como sociedad irregular (desde que no eligieron un modelo de sociedad típica incumpliendo las formas de publicidad legamente previstas), sino como sociedad atípica, aunque todas estas categorías de sociedades se rigen por las mismas normas, a saber, los artículos 36 a 43 de la ley 16060.

Como corolario de su análisis, concluye que un consorcio atípico puede regularizarse adoptando alguno de los tipos sociales previstos por la Ley de Sociedades Comerciales.

El doctor Alejandro MILLER afirma que un consorcio puede desnaturalizarse en su contenido o en su ejecución fáctica, discurriendo hacia un esquema de sociedad comercial irregular, y señala algunas cláusulas del contrato que pueden resultar antagónicas con la figura (por ejemplo, que el consorcio contará con personal propio, podrá librar títulos valores, la

79 CIANCIARULO, Daniella, «Los consorcios atípicos en el derecho uruguayo», *Anuario de Derecho Comercial*, n.º 13, Montevideo, 2010, pp. 113 ss., y «¿Es posible regularizar un consorcio atípico?», en *Evaluación de la ley de sociedades comerciales. A los 20 años de su promulgación*, Montevideo: FCU, 2009, pp. 297 ss.

80 CIANCIARULO, «Los consorcios...», o. cit., p. 119.

existencia de contribuciones).<sup>81</sup> Concluye que del análisis global del contrato resultará:

[...] si el contrato conforma la figura nominada en la ley societaria como consorcio o bien el mismo se ha desnaturalizado y en tal caso conlleva la creación implícita de un ente societario implícito.<sup>82</sup>

### 3. POSICIÓN Y ARGUMENTOS CONTRARIOS A LA RECEPCIÓN DE LA FIGURA DEL CONSORCIO ATÍPICO

El informante no tiene el honor de compartir la argumentación expuesta en función de las consideraciones que pasa a desarrollar.

En primer lugar, hablar de *consorcio atípico* implica una contradicción en los términos. Un contrato es calificado como típico cuando es un supuesto de hecho que encuadra perfectamente en la descripción legal y es congruente con sus finalidades.<sup>83</sup> A su vez, cuando el contrato no coincide con ninguno de los tipos legales, ha de clasificarse como atípico.<sup>84</sup> Por lo tanto, un contrato es de consorcio o será un contrato atípico, pero no un consorcio atípico (que sería un no consorcio).

Si, al decir de CIANCIARULO, el contrato inicial «contiene disposiciones o elementos que contradicen su causa típica», el problema es de calificación del contrato. Y de ese análisis resultará que el contrato es un consorcio o es una sociedad, si coincide con los tipos legales, o será un contrato atípico (no un consorcio atípico) si no encuadra perfectamente en las descripciones legales de ninguno de los dos contratos mencionados.

Si del contrato inicial resulta que los contratantes van a realizar aportes, a aplicarlos al ejercicio de una actividad comercial y se van a repartir las eventuales ganancias que dicha actividad genere, entonces la actividad de calificación del intérprete del contrato marcará que este no fue nunca un consorcio (y menos atípico) y siempre fue una sociedad comercial.

Distinto es el caso en que las partes otorgan un contrato de consorcio y luego, en el devenir de la actividad económica, van realizando aportes, llevando a cabo una actividad en común y repartiéndose las ganancias. En ese caso se genera una sociedad de hecho, si y solo si se configuran todos los elementos caracterizantes que señala el artículo primero de la Ley de Sociedades Comerciales (desde que la sociedad de hecho, para serlo, primero tiene que ser sociedad, con todos sus requisitos configurativos). Es decir que se tendrá que probar —lo cual puede hacerse por cualquier

81 MILLER, Alejandro, «Los consorcios y su riesgo de desnaturalización», *Cade: doctrina y jurisprudencia*, tomo 23, año 5, setiembre de 2013, pp. 25 ss.

82 *Ibíd.*, p. 30.

83 Cf. LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los contratos. Parte general*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 230,

84 Cf. GAMARRA, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo IX, 3.ª ed., Montevideo: FCU, 1977, p. 222.

medio de prueba, según el artículo 47 de la Ley de Sociedades Comerciales— el acuerdo sobre los aportes, la actividad a desarrollar y la finalidad de repartir las ganancias.

Pero, una vez más: no es que el consorcio sea atípico, ni que haya variado su causa. Se perfeccionó un nuevo contrato. Si se «sale» de un contrato típico para ingresar a otra figura típica, ¿dónde está la atipicidad?

Para ejemplificarlo de manera muy gráfica, supongamos que A y B celebran un contrato de arrendamiento de un bien inmueble y en un momento determinado acuerdan que A, en vez de arrendarle el bien a B, se lo va a vender y B se lo va a comprar, y que las mensualidades que paga B se van a imputar al precio. No estamos en presencia de un contrato de arrendamiento atípico, ni cuya causa haya variado, sino que nació un nuevo contrato. Esto es en cierta forma advertido por la escribana CIANCIARULO cuando señala: «No se trata de forzar la letra de la ley, sino que las circunstancias están dadas: *es una verdadera sociedad que necesita regularizarse*» o «Sería adecuado analizar en esos casos, si ya no tienen sociedad, aunque atípica...».<sup>85</sup>

Tampoco se comparte la idea de que haya una modificación de la causa del contrato original de consorcio. Sin ingresar en los temas de la concepción subjetiva y objetiva de la causa, ni en si se debe analizar la causa del contrato o de las obligaciones que este genera —conforme GAMARRA, en el Código Civil Uruguayo la causa debe referirse a la obligación y no al contrato (artículo 1261)—,<sup>86</sup> resulta indiscutible que la causa es un elemento constitutivo o de perfeccionamiento del negocio, es decir que se analiza en la génesis de este, en su estructura.

En la etapa posterior de ejecución o incumplimiento del contrato, la causa solo puede tener relevancia como justificación de algunos institutos —GAMARRA, por ejemplo, encuentra el fundamento del instituto de la resolución del contrato por incumplimiento del artículo 1431 del Código Civil en el ámbito del llamado *sinlagma funcional* y en la teoría de la funcionalidad de la causa—.<sup>87</sup> Es decir, en el aspecto funcional, no ya estructural.

#### 4. APLICACIÓN DE LOS CONCEPTOS ANTERIORES AL ANÁLISIS DEL CASO

Aplicando los conceptos analizados en forma previa a la tercería de dominio deducida por el Consorcio E, y aun en la hipótesis más favorable a este, que es la recepción de la teoría del consorcio atípico, tenemos que solo son admisibles tres escenarios posibles:

- Consorcio E es un consorcio típico, ya sea porque siempre lo fue o porque no está suficientemente acreditada su «desvirtuación» por

85 CIANCIARULO, «¿Es posible regularizar...?», o. cit., p. 300, destacado mío.

86 GAMARRA, o. cit.

87 Ibídem, pp. 19 ss.

cláusulas contractuales o por acuerdos posteriores de las partes. En ese caso el consorcio no tiene personalidad jurídica, el crédito contra la Intendencia pertenece a sus integrantes en forma proporcional a su participación en los servicios adjudicados, y la tercería de dominio no tiene razón de ser.

- Consorcio E no es un consorcio típico sino un contrato de colaboración empresaria innominado. En ese caso, no tenemos ninguna norma legal que les confiera personería jurídica a este tipo de contratos, por lo que tampoco puede prosperar la tercería de dominio deducida.
- Consorcio E no es un consorcio típico sino un consorcio atípico (para quienes comparten la postura doctrinaria al respecto) que corresponde a una figura societaria con personería jurídica —sin que sea relevante la caracterización como sociedad de hecho, irregular o atípica, por cuanto a todas se les aplican las mismas normas—. En este caso, a juicio del informante, tampoco puede prosperar la tercería deducida, según lo dispuesto por el artículo 37 de la Ley de Sociedades Comerciales, que prevé que ni estas sociedades ni sus socios podrán invocar respecto de cualquier tercero derechos o defensas fundados en el contrato social. La propia norma agrega que la sociedad sí podrá ejercer contra terceros los derechos emergentes de la actividad social realizada —por ejemplo, puede demandar a la Intendencia el pago acordado por los servicios prestados—, pero resulta claro que el consorcio está aquí invocando una defensa (tercería de dominio) fundado en la propia existencia de un contrato social que afirman se trata de una sociedad, a pesar de haberse inscripto en el Registro de Comercio como consorcio típico, de haber dado publicidad a terceros de su existencia como consorcio típico mediante publicaciones y de haber contratado con el banco como consorcio típico.

## **5. INCIDENCIA DEL FIDEICOMISO DE GARANTÍA EN EL CASO PLANTEADO**

En lo que refiere a este último tema, la claridad de las normas aplicables exime de mayores comentarios.

El 26 de mayo de 2009 se celebra un fideicomiso de garantía entre los integrantes del consorcio y el banco, por el cual se cede el crédito contra la Intendencia, multirreferido en este informe, a favor del banco acreedor, en su calidad de fiduciario.

El artículo 2.º de la ley 17703 expresa:

El fideicomiso por acto entre vivos es título hábil para producir la transferencia de [...] la titularidad de los derechos [...] personales que constituyen su objeto.

Para la cesión de un crédito, conforme al régimen previsto en los artículos 1757 a 1766 del Código Civil, se requiere:

- Un título, que en el caso en análisis es el contrato de fideicomiso de garantía. Según la cláusula cuarta del mismo artículo, el fideicomitente (los integrantes del consorcio) trasmite al fiduciario:

[...] los ingresos que le corresponde percibir por concepto de precio por los servicios prestados a la Intendencia de Maldonado según lo previsto en la licitación de la que es adjudicataria.

- Un modo. La tradición de derechos se configura, conforme al artículo 768 del Código Civil, por la entrega de los títulos que los acreditan o por el uso de uno y la paciencia del otro. En la cláusula quinta del fideicomiso referido se establece:

En señal de tradición la parte fideicomitente faculta al Banco a hacer uso —de conformidad con el encargo fiduciario— de los derechos transferidos a su vista y paciencia.

Y lo que para algunos es un requisito de eficacia de la tradición: la notificación de la cesión al deudor cedido, que marca el momento desde el cual este ya no puede pagar válidamente a su antiguo acreedor cedente y debe hacerlo al acreedor cesionario, y que además tiene relevancia en el ámbito relativo a las excepciones que podrá oponer el cedido a su nuevo acreedor. En el caso este requisito se configurará por la notificación por acta notarial del 27 de mayo de 2009.

En conclusión, la traba del embargo específico sobre el crédito de referencia, que se configura con el decreto judicial correspondiente y su efectivización mediante la notificación a la Intendencia, no puede alcanzar al bien objeto de aquel, el cual se encontraba desde 2009 en el patrimonio de otro sujeto (el banco, en su calidad de fiduciario del fideicomiso de garantía).

No tiene relevancia a los efectos procesales que los acreedores laborales hubieran trabado embargo genérico sobre los bienes de su deudor, ya que, conforme a la redacción del artículo 380.2 del Código General del Proceso, vigente a la fecha de la cesión de crédito al fideicomiso de garantía, el embargo genérico de derechos comprendía «los bienes presentes y futuros del embargado de naturaleza inmueble, naves, aeronaves, automotores y la universalidad conocida como establecimiento comercial». Es decir, que el crédito cedido por los integrantes del consorcio al banco no estaba comprendido dentro del elenco de bienes alcanzado por el embargo genérico anterior.

De todo lo expuesto resulta claro que la tercería de dominio está mal deducida por Consorcio E, dado que el crédito objeto del embargo específico no recae sobre «bienes de su propiedad o sobre los cuales tuviera un mejor derecho que el embargante» (artículo 335.1 del Código General del Proceso) y que la tercería debería ser deducida por el banco, en su calidad de fiduciario y titular del crédito embargado por la sede laboral.

Por último, existe sí un crédito en el patrimonio de Consorcio E. Conforme al numeral 9.2 de la cláusula novena del contrato de fideicomiso, el fiduciario queda obligado a restituir al consorcio los fondos recibidos una vez extinguido el fideicomiso, o el remanente de estos en caso de haberse procedido a la ejecución de la garantía. Dicho derecho a una restitución de eventuales remanentes del crédito una vez cancelada la deuda con el banco puede ser motivo de embargo específico por parte de los ejecutantes, y efectivizarse cuando y si el remanente del derecho de crédito vuelve a ser transferido por el fiduciario al fideicomitente.

Esc. Daniel Curi  
Informante

El 21 de julio de 2014 la Comisión de Derecho Comercial, integrada por los escribanos Adriana Amado, Sandra Aquines, Silvana Beker, Ana Paula Bianchimano, Mariana Cerrutti, Daniella Cianciarulo, César Coll, Gabriel Curi, María Paola Igoa, Marcelo Lasowski, María del Carmen López, María Beatriz Loureiro, Virginia Oddone y María Alejandra Portillo, aprueba el informe que antecede.

Esc. Daniella Cianciarulo  
Coordinadora

### Informe de la Comisión de Técnica Notarial Procesal

Con respecto a la tercería de dominio planteada, sin entrar a analizar la naturaleza del consorcio, por entender esta comisión que tal análisis corresponde a la Comisión de Derecho Comercial, hay que hacer las siguientes puntualizaciones:

#### **PLANTEO DE UNA TERCERÍA DE DOMINIO**

La intervención de un tercero<sup>88</sup> se regula en forma genérica por los artículos 48 a 55, y en lo referente a los procesos de ejecución en los artículos 334 a 336 del Código General del Proceso. Tal intervención puede ser voluntaria o forzada; esta última es provocada por la convocatoria que se le efectúa. La intervención voluntaria puede ser excluyente o coadyuvante, dependiendo de que el interés que defiende el tercero se oponga tanto al actor como al

88 Entiéndase por *tercero* aquel sujeto que interviene en el proceso sin ser parte originaria, pero que defiende un interés propio, conexo con el objeto del litigio.

demandado, o solamente se oponga a uno de ellos y se adhiera con el otro. Una tercería de dominio es una tercería voluntaria excluyente. Aquí la situación del tercero es de oposición al ejecutante y al ejecutado; su interés no refiere al objeto principal del proceso, su finalidad es plantear que el objeto de la ejecución (el bien embargado o rematado) no es apto para esa concreta ejecución porque el dominio del bien no pertenece al ejecutado sino al tercerista.

### CUÁNDO Y CÓMO CORRESPONDE. TERCERÍAS EN LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN

Con respecto a la aparición de terceros en los procesos de ejecución, ejecutivos o cautelares, el artículo 335 del Código General del Proceso establece los requisitos de admisibilidad y alude a «quien comparezca a raíz de alguna medida cautelar tomada sobre bienes de su propiedad» o sobre los cuales tuviera un mejor derecho que el embargante. No cabe duda de la posibilidad de deducir tercerías de dominio en la vía de apremio o en el proceso ejecutivo. Pero, dado que la finalidad es obtener el levantamiento de la medida cautelar, la modalidad solo procede en vía de apremio (ejecución de sentencias u otros títulos de ejecución que contienen obligación de pagar una suma de dinero líquida y exigible). El objetivo es excluir el bien de la ejecución. Expresa el profesor Enrique TARIGO:

Es necesario advertir que en la Tercería de dominio no habrá de decidirse estrictamente quién es el propietario del bien embargado, si el ejecutado o el tercerista, sino simplemente, si el bien es de propiedad del embargado [...].<sup>89</sup>

En ese sentido dice el doctor Luis María SIMÓN:

Profundizando el análisis de esa idea, la jurisprudencia ha puntualizado que: «En ocasiones, aunque la tercería no pueda prosperar como tal, actúa a título de denuncia de falta de un presupuesto para la ejecución, demostrando que los bienes sometidos a la misma no son propiedad del ejecutado. Es decir, el tercero no logra acreditar que los bienes son de su propiedad, pero sí alcanza a probar (negativamente) que tales bienes tampoco son propiedad del ejecutado, hipótesis en la que el Oficio Judicial debe relevar la ausencia de ese presupuesto para la ejecución, que opera como condición esencial del proceso de ejecución forzada, que reclama entre otros requisitos, la existencia de un patrimonio ejecutable del deudor» (Jaime TEITELBAUM, *El proceso anulatorio civil*, Ed. A. Fernández, 1973, págs. 145-146).<sup>90</sup>

89 TARIGO, Enrique E., *Lecciones de derecho procesal civil*, tomo III, Montevideo: FCU, 2.<sup>a</sup> ed., 1999, p. 103.

90 SIMÓN, Luis María, «La intervención de terceros en los procesos de ejecución y ejecutivos», en *Estudios sobre el proceso de ejecución, en Homenaje a Enrique E. Tarigo*, Montevideo: FCU, 2.<sup>a</sup> ed., 2009, p. 84.

La tercería de dominio tiene por finalidad única el levantamiento del embargo y la exclusión del bien de la ejecución.

### APLICACIÓN AL CASO CONSULTADO

Con respecto al caso consultado, no cabe duda de que la tercería no cumple con los requisitos de admisibilidad establecidos por el artículo 335 del Código General del Proceso.

Los bienes embargados (20% de los créditos) no están en el patrimonio de E —así lo han probado la Intendencia Municipal y E, al presentar la tercería (testimonios de fideicomiso y acta de notificación al acreedor, de 26 y 27 de mayo de 2009, respectivamente—, ni tampoco lo estaban al momento del embargo específico (9.2.2012). Por lo tanto, no puede deducirse una tercería por E, pues los bienes no son de «su propiedad» como lo exige el citado artículo del Código General del Proceso. A lo sumo, siguiendo el razonamiento del doctor Luis María SIMÓN, la intervención de E en el proceso se debería tomar como denuncia de la falta de un requisito necesario para la ejecución, pues los bienes no son de su propiedad ni del ejecutado original (S), pero no se podría admitir la tercería de dominio.

Deberíamos aclarar que el tribunal no se ha expedido todavía en cuanto a la existencia o no de un conjunto económico entre S y E. Si se admitiera la existencia de este, tendríamos otra razón para desestimar la tercería, ya que el tercerista no sería ajeno al proceso y un codemandado no podría nunca ser tercerista.<sup>91</sup>

Sin entrar en un análisis doctrinario profundo, si consideráramos a E un consorcio típico —teniendo solamente en cuenta la documentación adjuntada en el expediente: certificación notarial donde se relaciona contrato social de 25 de julio de 2008, inscripto en el Registro de Personas Jurídicas sección Comercio y debidamente publicado, requisitos estos para configurarse un consorcio típico—, concluiríamos que este no tiene personalidad jurídica, y como tal carecería de capacidad, requisito indispensable para la validez de los actos procesales (artículos 32 y 111 del Código General del Proceso). Por consiguiente, cada integrante del consorcio respondería con su patrimonio proporcionalmente y la tercería tampoco podría prosperar.<sup>92</sup>

91 *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, n.º 3-4, 1998, p. 448, caso 649, Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2.º turno. «En sentido amplio tercero, es toda persona ajena a las partes primarias o necesarias (actor y demandado, o ejecutante y demandado), que interviene en el proceso como parte contingente en tanto titular de un interés directo, personal y legítimo (artículos 31 y 50 del Código General del Proceso). Es natural entonces, que un presupuesto de la intervención del tercero en el proceso sea, justamente su condición de persona diversa de las que integran las partes primarias de la litis, o de la persona ajena hasta ese momento al proceso [...]». «[...] lo que no acaece en la especie, desde que el pretense “tercerista”, reviste la calidad de codemandado[...].»

92 ABAL OLIÚ, Alejandro, *Derecho procesal*, tomo II, Montevideo: FCU, 2000, pp. 36-42.

## OTRAS PUNTUALIZACIONES PROCESALES AL CASO CONSULTADO

### Alcance de los embargos genéricos

Conforme al artículo 380.2 del Código General del Proceso, en el momento de la traba el embargo comprendía «los bienes presentes y futuros del embargado de naturaleza inmueble, naves, aeronaves automotores, y la universalidad conocida como establecimiento comercial». Los créditos no estaban comprendidos por el embargo genérico trabado en el expediente principal.

### Representación procesal

No surge de autos acreditada la representación invocada en la tercería. Según certificado notarial de 5 de setiembre de 2013, agregado en autos, Consorcio E otorgó poder general a los señores GM y AL por escritura del 2 de junio de 2009, cuyo testimonio no fue agregado en el expediente.

### CONCLUSIÓN

Conforme al análisis realizado del expediente, esta comisión entiende que en el caso planteado la tercería presentada no cumple con los requisitos que la ley exige para la admisibilidad de las tercerías de dominio (artículo 335 del Código General del Proceso). Está lo suficientemente acreditado que los créditos embargados no están en el patrimonio del tercerista, pues este constituyó fideicomiso de garantía cediendo los créditos al patrimonio fiduciario con anterioridad al embargo específico trabado en autos.

Esc. Claudia Fernández Echeverry  
Informante

El 22 de octubre de 2014 la Comisión de Técnica Notarial Procesal, integrada por los escribanos Virginia Orellano, Mariela Decaro, Silvia Garmendia y Martín Sosa Valerio, aprueba el informe que antecede.

*Aprobados por la Comisión Directiva Nacional de la AEU  
el 3 de diciembre de 2014, expediente 383/2013.*