

Contratación inmobiliaria

Análisis de tres casos prácticos por los cuales se estructurarán desarrollos inmobiliarios *desde el pozo* a través de una sociedad, de la transferencia de lote por unidades a construir o de un fideicomiso*

Jorge I. Cambet, César M. Carleschi Gil y Gonzalo M. Vásquez**

Sumario: 1. Introducción. 2. Primer caso: transferencia de lote por unidades a construir. 3. Segundo caso: construcción por sociedad civil. 4. Caso práctico. 5. Temas a tratar del caso. 6. Tercer caso: construcción por fideicomiso. 7. Extinción del fideicomiso. 8. Restitución de los bienes a los beneficiarios. 9. Conclusión.

1. Introducción

Sabido es que el derecho y su proyección en la comunidad a través de la norma están destinados a regular la vida y el comportamiento de una sociedad y de los miembros que la componen en un espacio y durante un tiempo determinado.

Es así que a lo largo de los tiempos varias han sido las reglamentaciones jurídicas que se han ocupado de recepcionar y regular situaciones que en los hechos comenzaban a vislumbrarse en una determinada sociedad y que, dada la repercusión que tenían en los habitantes de la misma, requerían en determinado momento su concretización normativa para obtener así una debida reglamentación.

En este sentido y como estudiáramos al abordar el tema de la teoría general de la norma, al ser estas leyes proyecciones de las necesidades de una comunidad en un determinado momento, y al ser esta en sí misma una formación compuesta por seres humanos que en su naturaleza están llamados al cambio y al desarrollo, las realidades de estas sociedades varían indefectiblemente, haciéndolo en consecuencia también las normas que están llamadas a regirlas.

* El trabajo obtuvo el Segundo Premio en la XXXVII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.

** Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.

Es así como varias de estas leyes pierden su razón de ser, dando paso a su derogación, y surge como contrapartida de este proceso, la necesidad del dictado de nuevas normas que contemplen y recepten las nuevas realidades y den un marco legal a situaciones que comienzan a vislumbrarse en los hechos.

En consecuencia, es siempre la norma la llamada a adaptarse a las realidades de la sociedad que le toca reglamentar, y no a la inversa.

Como parte de este proceso general que mencionamos, en el año 1948 se sanciona la Ley 13.512 que permitió la aplicación del régimen legal de la Propiedad Horizontal en la Argentina, incorporando así un nuevo derecho real al estanco elenco del Código de Vélez y derogando la prohibición expresa que de la constitución de este derecho hacía el artículo 2617 del mismo cuerpo legal.

Es a partir de la sanción de esta norma que se ha impulsado la construcción de edificios, la que se ha convertido en un común instrumento de desarrollo de diferentes industrias y de progreso económico, disminuyendo de esta forma el grave déficit de viviendas, alterando la fisionomía de las ciudades de nuestro país así como los hábitos de la población¹.

Ahora bien, la mentada Ley 13.512 regula las diferentes situaciones y relaciones que se derivan de la división horizontal de los edificios ya construidos, como así lo exige expresamente su artículo 1, dejando fuera de su marco legal importantes temas vinculados con la etapa previa de la construcción de las unidades que resultarán sometidas al régimen y contratación de la obra, los que, como parte de esta realidad antes mencionada, necesitan de una regulación para su desarrollo.

Como consecuencia, la inseguridad y el abuso en estas etapas previas a la afectación al régimen de la Ley de Propiedad Horizontal, fueron constantes, lo que trajo aparejados numerosos reclamos en el sentido de la necesidad de una normativa que las contemple.

No podemos dejar de mencionar que existe una elaboración de una jurisprudencia que no siempre logró el cumplimiento de las obligaciones asumidas, ni las reparaciones adecuadas, y la sanción de leyes, decretos y reglamentaciones que tampoco han dado satisfacción a la necesidad de regular con seguridad los múltiples intereses que se enfrentan en estas etapas.

En conclusión, tenemos el siguiente esquema normativo: una Ley Nacional de Propiedad Horizontal, número 13.512, que

1. MOREIRA, Laureano Arturo D., *Contratos sobre departamentos en construcción*, Buenos Aires, Ábaco, 1985, t. 1, p. 21.

bien regula el sistema con el requerimiento de la existencia de unidades que se someten a dicho régimen, pero para las que específicamente se exige como requisito su existencia física o estado de construidas.

Una etapa previa a ese régimen, durante la cual estas unidades se encuentran en proyecto o desarrollo de construcción, sobre la cual existe un vacío legal que ha querido llenarse con elaboraciones jurisprudenciales o leyes aisladas, como la de prehorizontalidad, pero que no logra a la actualidad superar los problemas que plantea en sus diversas etapas, desde la iniciación del proyecto y forma de instrumentarlo, hasta la correcta tutela de los intereses de las partes que participan del mismo, pasando por la comercialización de esas unidades proyectadas, la necesidad de conseguir financiamiento para su desarrollo, y la finalización de la obra con el sometimiento al régimen de la Ley de Propiedad Horizontal y posterior adjudicación de esas unidades.

Dejando de lado el régimen de la propiedad horizontal, varias son las formas en que se ha buscado instrumentar y desarrollar esta etapa previa al sometimiento al régimen.

Este trabajo tiene por finalidad analizar tres de estas formas de contratación inmobiliaria y estudiar sus características, alcances, formas de instrumentación, efectos, ventajas y desventajas, para tratar de esquematizar una realidad que a nuestro entender reclama a viva voz la necesidad de la sanción de una norma que la regule específicamente y que, al día de la fecha, por la carencia de esta última, debe recurrir a normas y figuras análogas que le sirven de apoyo pero que no logran solucionar acabadamente ni cubrir todas las contingencias que esta realidad nos presenta.

Los casos que abordaremos son los de la estructuración de desarrollos inmobiliarios *desde el pozo* a través de:

1. Transferencia de lote por unidades a construir.
2. Construcción por sociedad civil.
3. Construcción por fideicomiso.

2. Primer caso: transferencia de lote por unidades a construir

2.1. Introducción

No podemos dejar de comenzar el estudio de este primer caso que ahora nos ocupa sin antes mencionar que su desarrollo es

de vital importancia por ser, en el esquema de la contratación inmobiliaria moderna, uno de los más utilizados en cuanto a su forma de instrumentación.

Sucedee en ocasiones que el propietario de un terreno decide cederlo a alguien que va a encarar un desarrollo inmobiliario a cambio de uno o varios pisos o departamentos del edificio a construir sobre ese terreno, lo que supone, *prima facie*, un doble beneficio: para el empresario constructor, porque no tiene que desembolsar dinero para pagar la tierra, y por la otra parte, para el dueño del terreno, porque obtiene un mayor valor al recibir unidades construidas, frente a la entrega de un inmueble que puede no estar construido².

En consecuencia, estamos frente al caso en el que el propietario de un terreno conviene con una empresa constructora el aporte del inmueble para que esta construya sobre él un edificio destinado a la división por el sistema de la propiedad horizontal, a cambio de lo cual la empresa constructora se compromete a reunir las inversiones necesarias para la edificación y a entregarle al titular del terreno, en compensación, determinadas unidades del edificio a su finalización³.

Este esquema conjuga e implica de esta manera la existencia de dos intereses que se entrecruzan. Para el aportante del terreno es una forma de obtener una compensación superior al precio de venta que puede percibir en el mercado inmobiliario de querer vender su inmueble a terceros. Para la empresa constructora, es una manera de reducir las inversiones y de colocar las unidades resultantes de la construcción.

Pero si bien a simple vista parece ser un sistema que atiende a los intereses de ambas partes, no podemos dejar de reconocer que, como todo otro sistema, debe resolver también numerosos aspectos de riesgo para ambos contratantes, como son:

- Para el aportante del terreno, una vez que transfiere su dominio, debe quedar a la espera del cumplimiento de las obligaciones asumidas por la constructora, que requiere del transcurso de un tiempo generalmente prolongado. Existe así la posibilidad de incumplimiento por parte de la empresa y la consiguiente ejecución del inmueble por los proveedores de materiales, por los obreros, por los profesionales que intervienen en la obra o por otros acreedores de la empresa constructora, llegando incluso a poder producirse la quiebra de la misma.

2. ACQUARONE, María T., *Los emprendimientos inmobiliarios. Marco jurídico y normativo*. Modelos, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007, 2ª ed. act. y ampl., pp. 111-112.

3. MOREIRA, Laureano Arturo D., *op. cit.* (cfr. nota 1), p. 22.

- Para la empresa, si no logra adquirir la titularidad del terreno, ofrece el grave riesgo de realizar importantes inversiones sobre inmueble ajeno con la consiguiente amenaza de subasta o quiebra del aportante⁴.

Determinar quién será el propietario del inmueble durante la etapa de la construcción es, en consecuencia, tema clave sobre el que gira este tipo de contrataciones.

Hecha esta breve introducción en que se planteó el esquema de esta forma de contratación inmobiliaria y se delinearon sus principales características, analizaremos sus elementos esenciales y su forma de instrumentación, para terminar analizando el que consideramos el punto más importante de este análisis: el de las garantías que se recomienda incorporar en este tipo de contratación para así contrarrestar los riesgos que esta figura trae aparejados y que mencionáramos en esta introducción.

2.2. Naturaleza jurídica del contrato

Varias son las opiniones que tratan de encuadrar este tipo de contratos de una u otra forma para llegar a determinar cuál es la naturaleza jurídica del mismo con el objeto de otorgarle una calificación.

Las diferencias se basan en dos supuestos de diferente análisis⁵:

- Supuesto en el que se transfiere el terreno por metros cuadrados construidos,
- Supuesto de la transferencia del terreno por unidades a construir, ya determinado.

En base a estas dos modalidades es que la doctrina se ha dividido en cuanto al encuadre de este tipo de contratos a partir de su naturaleza jurídica.

Para una parte de los autores, estamos frente a un *contrato de permuta*, con la particularidad de ser de cosa presente –el terreno que se transfiere–, por cosa futura –las unidades que resultarán de la construcción y que se adjudicarán al transmitente del terreno–.

Basan esta interpretación en la idea de que la permuta como contrato consensual admite el cambio de una cosa por un derecho –en el caso que analizamos el derecho en expectativa de que al finalizar la obra el aportante del terreno resulte adjudicatario de una o varias unidades construidas–, y que la palabra

4. *Ibidem*, pp. 21-22.

5. ACQUARONE, María T., *op. cit.* (cfr. nota 2), p. 113.

cosa debe interpretarse en sentido amplio comprendiendo tanto las que son materiales como los derechos.

Otro sector de la doctrina se inclina por advertir que no estamos verdaderamente en presencia de un contrato de permuta, por no reunirse los requisitos y extremos que este requiere para ser tal, sino que estamos frente a un *contrato innominado* que se registrará por las normas generales que gravitan en materia de contratos en general.

Estos últimos basan sus críticas a la corriente que ve en estos contratos una permuta, en los siguientes argumentos: la cuestión no puede separarse de la naturaleza que reviste la transmisión de las unidades en construcción, contracara de la obligación de transmitir el terreno. Es de destacar, según ellos, que el empresario recibe la propiedad del terreno pero el aportante del mismo todavía no recibe su contraprestación porque las unidades en construcción todavía no existen.

No puede entonces tratarse de una permuta, a la que el Código Civil argentino define en su artículo 1485 como “aquel contrato que tiene lugar cuando uno de los contratantes se obliga a transferir a otro la propiedad de una cosa con tal que este le dé la propiedad de otra cosa”, ya que en el caso que analizamos esta situación –la de entregar otra cosa a cambio– no se va a producir inmediatamente, sino una vez que el edificio se termine.

Es así como concluyen, la transferencia del terreno a cambio de unidades funcionales a construir supone la celebración de un contrato atípico, por medio del cual una de las partes se obliga a entregar una cosa, el inmueble sobre el cual se va a construir el edificio, y la otra parte se compromete a entregar departamentos del edificio que se va a construir que son, al momento de la celebración del contrato, una cosa materialmente inexistente.

En estos términos cabe destacar que el transmitente del terreno no adquirirá inmediatamente la propiedad de las unidades que resulten de la construcción, sino que lo que adquiere es un crédito que podrá exigir a la contraparte, consistente en el cumplimiento de las obligaciones tendientes a la producción de la cosa⁶.

Al ser un contrato innominado, postura que compartimos con la doctrina que acabamos de exponer, se rige por una amplia libertad de convenciones que permite formular diversas clases de contratos atípicos, mientras no sean estos contrarios a la moral y las buenas costumbres.

6. *Ibidem*, p. 115.

2.3. Modalidades o formas en que puede desarrollarse el emprendimiento

Como consecuencia de que estamos frente a un contrato innominado, y de esta libertad de formas de contratación que comentáramos, distintas son las modalidades que puede asumir este contrato, siendo las más frecuentes las siguientes⁷:

- Transferencia de la propiedad del terreno a cambio de que se construya en él un edificio y se adjudiquen al transmitente aportante del inmueble una o varias unidades resultantes de la construcción.
- Transferencia del terreno que se efectúa a cambio de un porcentual de lo edificado, sin determinar de antemano los pisos que se recibirán.
- Transferencia de determinados pisos o unidades a construir, ya acordados, con especificaciones técnicas del edificio.
- Estipular que se permuta el terreno por beneficios en dinero que el que realice el emprendimiento tenga.
- En los sistemas jurídicos que admiten el derecho de superficie para la construcción sobre un terreno, la transferencia de ese derecho de superficie por una o varias unidades funcionales resultantes de la construcción.

2.4. Caracteres del contrato

Planteado el caso en análisis en cuanto a su enfoque práctico y analizadas las formas de su instrumentación y naturaleza jurídica, nos queda delimitar cuáles son las características que este contrato así descrito presenta.

Es un contrato bilateral porque hay dos centros de interés, aun cuando los que intervengan sean una o más personas físicas o jurídicas.

Es un contrato oneroso porque hay contraprestaciones equivalentes para cada una de las partes.

Es un contrato consensual ya que surte sus efectos desde que las partes manifiestan su voluntad de contratar.

En relación a su forma, requiere la formalidad de los contratos que tienen que transferir derechos reales, lo que hace que, en principio, para que las partes queden obligadas, puede celebrarse por instrumento privado, pero requiere de la escritura pública para la transmisión del dominio.

7. *Ibidem*, p. 112.

Es un contrato conmutativo ya que las ventajas patrimoniales se conocen desde el comienzo.

Es un contrato atípico por no encontrarse regulado lo que hace que debamos recurrir analógicamente a la figura que más se acerque a sus características para analizar sus efectos. Para algunos autores, es un contrato que tiene elementos de la compraventa, de la sociedad, de la permuta y de la locación de obra material, por lo que a las normas que a ellos se refieren debemos remitirnos por analogía.

2.5. Modelos⁸

2.5.1. Escritura de transferencia de dominio

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los [...] COMPARECEN: A y B [datos de las partes]. INTERVIENEN POR SÍ Y DICEN: Que vienen por la presente a formalizar el siguiente contrato de permuta sujeto a las cláusulas y condiciones que se detallan a continuación: PRIMERO: A transfiere a favor de B el dominio, sobre un inmueble de su propiedad ubicado en la calle [...] [deslinde del bien], otorgándole por presente la tradición del inmueble descripto, siendo aceptada de conformidad por el señor B. SEGUNDO: B, a título de contraprestación, se obliga a transmitir a A el dominio sobre dos unidades funcionales a construir, destinadas a vivienda, sitas en el piso cuarto del edificio que se construirá sobre el terreno deslindado anteriormente, individualizadas en el plano que se citará. TERCERO: El edificio a construir por B constará de planta baja y [...] pisos dividido en [...] unidades funcionales, todas destinadas a vivienda familiar con excepción de los locales a construir en la planta baja, que podrán destinar al desarrollo de las siguientes actividades comerciales [...], en un todo de acuerdo con el plano de subdivisión que se firma conjuntamente con la presente. CUARTO: Las unidades designadas en dicho plano como las VEINTE Y VEINTIUNO, cuyo dominio se transmitirá a favor de A, constarán de la siguiente distribución y superficies: [...]. QUINTO: La obra se realizará de acuerdo con el proyecto elaborado por el arquitecto [...], y bajo la dirección técnica del ingeniero [...], quien empleará materiales de construcción de primera calidad, realizando los trabajos correspondientes con sujeción a los pliegos, planos, proyectos, croquis y demás especificaciones técnicas que surgen de la documentación que, firmada por las partes, integra y se agrega a la presente. A su vez, B se obliga a cumplir estrictamente con

8. Ídem, p. 291.

las normas edilicias y administrativas que exija el Código de Edificación y demás normas vigentes durante el desarrollo de la obra proyectada, observando fielmente las reglas del arte y ejecutando todos los trabajos que sean necesarios a los fines de la construcción del edificio. SEXTO: El plazo que el adquirente asume para entregar las unidades funcionales de referencia es de treinta y seis meses en el que deberá entregar la posesión y escriturar a favor de [...] o de quien este indique o de sus sucesores a título universal o personal de las mismas. SÉPTIMO: Si transcurrido dicho plazo no se hubieran entregado y escriturado las unidades funcionales, el transmitente A tendrá las siguientes opciones: a) ejecutar el incumplimiento de este contrato y pedir judicialmente la escrituración de las unidades o b) requerir la suma de [...] dólares billetes estadounidenses, en concepto de precio, los que deberán ser abonados por B dentro de las cuarenta y ocho horas de serle requerido mediante notificación fehaciente. En ningún caso podrá reclamar el inmueble que se considera transmitido irrevocablemente renunciando a cualquier acción reivindicatoria que pudiera corresponder. OCTAVO: Todas las prestaciones se considerarán plenamente compensadas al momento en que B otorgue las respectivas escrituras de dominio de las unidades proyectadas a favor de A, haciendo la tradición correspondiente de las mismas, totalmente libre de gravámenes y otros derechos reales, con los impuestos, tasas y contribuciones pagos a esa fecha. NOVENO: Habida cuenta de la reciprocidad de igualdad de los valores de las prestaciones estimadas anteriormente y de la íntegra satisfacción en este acto de la prestación a cargo de A, se establece de común acuerdo que B no podrá pretender el cobro de diferencia de dinero alguna originada en errores de apreciación, mayores costos, mayores trabajos, sea por materiales, mano de obra, provisiones, o cualquier otra causal actual o sobreviniente en la construcción de la obra proyectada. DÉCIMO: Finalizada la construcción del edificio, B otorgará el Reglamento de Copropiedad y Administración respectivo, permitiéndose la transmisión del dominio de las unidades veinte y veintiuno por tracto abreviado. UNDÉCIMO: Ambas partes, de común acuerdo, designan al escribano [...], con domicilio [...] a fin de suscribir el mencionado reglamento y las escrituras referidas que por medio fehaciente hará saber a las partes el lugar, día y hora de firma de las escrituras traslativas de las unidades y el reglamento respectivo con una antelación no inferior a cinco días corridos. DUODÉCIMO: Los impuestos, honorarios y demás gastos que se originen por la transferencia del lote de terreno, producida en este acto, serán exclusivamente a cargo de A; mientras que aquellos que se originen en los planos de construcción, mensura, subdivisión, otorgamiento de regla-

mento de copropiedad y administración, escrituras traslativas de dominio de las unidades prometidas y todo otro gasto u honorario que demande el incumplimiento de la obligación a cargo de B, deberán ser soportados exclusivamente a su costo. DECIMOTERCERO: Las partes de común acuerdo pactan que en caso de divergencias en la marcha de la construcción de la obra, en cuanto a la interpretación de planos y proyectos, calidad en los materiales empleados, atraso en los plazos previstos para cada etapa y todo aquello referido a la edificación proyectada, será sometido a la decisión del ingeniero [...], quien deberá emitir su opinión por escrito dentro del plazo de diez días corridos de consultado, siendo su fallo apelable judicialmente. DECIMOCUARTO: Queda expresamente prohibida la transferencia o cesión de derechos, acciones u obligaciones de B, salvo que A lo autorice expresamente. DECIMOQUINTO: Opción de recompra. En caso de que no se construya el edificio descrito o B no cumpla con sus obligaciones, A puede a su opción comprar el inmueble descrito compensando el precio con la deuda de valor estipulada a su favor. DECIMOSEXTO: Las partes se someten a la jurisdicción y competencia de los Tribunales [...]. CONSTANCIAS NOTARIALES [...]

2.5.2. *Escritura de cumplimiento de contrato por transferencia de dominio de unidades funcionales*

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los [...] COMPARECEN A y B [datos de las partes]. INTERVIENEN POR SÍ Y DICEN: PRIMERO: De conformidad con lo establecido en el contrato de fecha [...], A, en adelante el transmitente, TRANSMITE EL DOMINIO a favor de A, bajo el régimen de la Ley 13.512 de Propiedad Horizontal, las unidades funcionales que a continuación se detallan: UNIDAD FUNCIONAL VEINTE Y VEINTIUNO [descripción de las Unidades] integrantes del edificio general ubicado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires [...] [deslinde del edificio], designado según título como lote [...], y según plano de mensura particular y división por el régimen de Propiedad Horizontal Ley 13.512, confeccionado por el agrimensor [...] y aprobado con fecha [...] bajo la característica [...] y el Proyecto de Plano de Subdivisión de Prehorizontalidad Ley 19.724, confeccionado por el mencionado ingeniero y aprobado con fecha [...] bajo la característica [...], se ubica con frente a la calle [...], y consta de las siguientes medidas, superficies y linderos [deslinde del inmueble según plano]. SEGUNDO: Esta transferencia de dominio se efectúa en cumplimiento del contrato entre A y B

instrumentado por escritura pública de fecha [...] por ante el notario de esta ciudad [...], en la cual, a título de contraprestación, B se obligó a transmitir a A los derechos de propiedad, posesión y dominio sobre las unidades funcionales y complementarias antes descritas y de conformidad, el valor de las prestaciones se considera plenamente compensado por el otorgamiento de este acto y, en consecuencia, se le TRANSFIEREN a A TODOS LOS DERECHOS DE PROPIEDAD, POSESIÓN Y DOMINIO, liberando a las unidades objeto de la presente del sometimiento al régimen de prehorizontalidad. TERCERO: el transmitente acepta esta transferencia de dominio en su favor dejando constancia: a) que por tradición efectuada por la transmitente, se encuentra en posesión de lo adquirido desde el día de la fecha, de plena conformidad, libre de ocupantes y sin oposición de terceros; b) que conoce, acepta y se obliga a respetar y cumplir el Reglamento de Copropiedad y Administración que rige el inmueble del que forman parte las unidades que por este acto adquiere, formalizado por escritura del [...], pasada ante el notario de esta ciudad [...], al folio [...] del registro [...], la que fuera inscrita en el Registro de la Propiedad Inmueble de esta ciudad el [...], en la matrícula [...], y las posteriores reformas del reglamento por altas de unidades construidas, otorgado por ante el notario [...].

2.6. *Garantías contractuales*

Ahora bien, llegamos así al punto más importante, a nuestro entender, en el desarrollo de la figura en análisis: el de las garantías que se recomienda pactar en este tipo de contratos.

Como hemos dejado en claro, lo que motiva la transmisión del terreno por parte de su propietario es que efectivamente se construya el edificio y se entreguen las unidades construidas a cambio. La transmisión del terreno por el propietario representa el cumplimiento de la totalidad de las prestaciones a su cargo desde el inicio del contrato, quedando la prestación de la otra parte diferida en el tiempo, la que comprende una doble obligación de dar las unidades resultantes en pago, por un lado, y de hacer construir el edificio. Es durante este lapso de tiempo que deben darse al transmitente del terreno las suficientes garantías de que se cumplirá con estas obligaciones en las condiciones pactadas.

Como las contraprestaciones involucradas en el contrato son de variada naturaleza –la del dueño del terreno, es decir, la entrega inmediata del inmueble a cambio de la adjudicación de

una o varias unidades al finalizar la obra, la cual no se materializa en el mismo momento de la transferencia del terreno por no existir esas unidades por lo cual se da un lapso de tiempo entre una y otra prestación—, llegamos a la conclusión de que la prestación de quien entrega el terreno engendra un cierto riesgo de que luego la construcción no se lleve a cabo o no se complete, razón por la cual es necesario proveerlo de las garantías necesarias para no ver frustrada su expectativa en el negocio.

Recordemos que la obligación que asume el constructor de la obra es una obligación de resultado, por lo tanto, es de suma importancia el análisis de las garantías para mejor resguardo de quien ha cumplido ya con su obligación.

Sin perjuicio del compromiso asumido, varias son las alternativas jurídicas que tiene el transmitente para lograr que la otra parte cumpla con sus obligaciones de dar y hacer o en su defecto pague los daños que su incumplimiento le genera.

Dentro de estas garantías, son las más comunes⁹:

- 1) Establecer detalladamente la contraprestación en base a un proyecto de obra. Es decir, aclarar en este proyecto cuáles son las unidades resultantes de la obra que se van a entregar en pago al transmitente del terreno;
- 2) Valuar en dinero las unidades que se van a entregar en pago;
- 3) Prever un plazo máximo de construcción y de entrega de las unidades en pago;
- 4) Garantizar la obligación de entrega de las unidades a construir a través de alguno de los siguientes sistemas recomendados:
 - Hipoteca en garantía de la obligación de construir, la que configura una obligación de hacer. Para ello se debe aclarar hasta qué monto va a alcanzar la garantía, que debe coincidir con la valuación de las unidades.
 - Sistema del fideicomiso, por el cual se transfiere el dominio sobre el terreno entregado a un fiduciario que recibirá las instrucciones respecto a la entrega de las unidades una vez construido el edificio y lo que corresponda para el caso de incumplimiento.
 - Afectar el inmueble al régimen de la prehorizonta- lidad, comercializando luego las futuras unidades funcionales resultantes de la construcción mediante la suscripción de boletos de compraventa que se

9. Ídem, pp. 116-117.

inscribirán a nombre del dueño del terreno. De esta forma, el adquirente de las unidades a construir, transmitente del terreno, se coloca en posición de prioridad que otorga el régimen de la Ley 19.724, y resulta así protegido. A esto debe sumarse el convenio que establezca para el caso de incumplimiento total o parcial por parte de la empresa constructora.

- Seguro de caución.
- Transferencia del terreno a través de la figura del dominio revocable condicionando dicha entrega al efectivo desarrollo de la obra y entrega de las unidades funcionales con pacto comisorio expreso para ser ejercido en caso de incumplimiento.

De las mencionadas garantías, analizaremos tres, por ser las más utilizadas en la realidad negocial inmobiliaria.

2.6.1. Hipoteca

2.6.1.1. Introducción y caracteres

La hipoteca aparece aquí como una herramienta conocida y confiable para actuar como garantía, no solo por su oponibilidad y preferencia frente a terceros y otros acreedores, sino por las acciones reales que otorga al acreedor titular del derecho real.

Es por esta razón que, a primera vista, se ajusta acabadamente a las necesidades de garantía que el negocio en estudio requiere.

Pero si indagamos más profundamente en la figura, encontramos el primer inconveniente que presenta en la aplicación a este caso de contratación inmobiliaria, que es el siguiente¹⁰: al transmitir el terreno se hipoteca por el total de su valor, de manera que si el adquirente empresario no realiza la obra y el transmitente del terreno tiene que ejecutarlo por ese incumplimiento, nunca va a obtener la totalidad de su valor, por no estar incluidos los gastos causídicos, y la renta que dejó de percibir por haber vendido a un tercero a un precio en efectivo.

Otro inconveniente que se presenta es el del valor que las partes establezcan a las unidades, valor que puede no ser equivalente al real de las unidades, ya que este puede ser mucho mayor que cuando se pactó la garantía.

Sin perjuicio de ello y luego de esta breve introducción en cuanto a la aplicación del derecho real de hipoteca en garantía de

10. Ídem, p. 118.

las obligaciones en este tipo de emprendimientos inmobiliarios, con su adecuación y dificultades, analizaremos las características de la hipoteca, haciendo en cada uno de ellos el comentario sobre la aplicación en el caso en estudio.

Todos recordaremos que, cuando estudiamos el derecho real de hipoteca, este presentaba dos tipos de caracteres, que se diferenciaban entre sí de acuerdo a la necesidad o no de su presencia para que el derecho real se constituyera y existiera o no. Estos son:

Caracteres esenciales. Son los que necesariamente deben configurarse para que el derecho real de hipoteca efectivamente exista, a punto tal que de faltar alguno de ellos, la hipoteca nunca llega a constituirse. En otras palabras, son los que hacen que el derecho de hipoteca sea real y que, a falta de uno de ellos, no lo sea y pase a ser personal. Entre ellos están:

1. Acciones legales que el derecho reconoce y confiere que son:

1.1. Derecho de preferencia (*ius preferendi*): es el que se expresa en la máxima “*primero en el tiempo, mejor en el derecho*”. Se materializa en la oponibilidad y preferencia que otorga al primer hipotecante frente a otro acreedor hipotecario, el usufructuario y ante el titular de un derecho personal como un locador del inmueble. Ahora bien, no hay que confundir la *preferencia* que la hipoteca tiene como consecuencia de su carácter de derecho real con el *privilegio*, el que se materializa al momento de la ejecución de la hipoteca. El privilegio solo puede resultar de una disposición legal, pudiendo darse el caso de un acreedor que tenga preferencia sin tener privilegio.

1.2. Derecho de persecución (*ius persequendi*): característica común a todo derecho real, que también comparte la hipoteca como tal, y que parte de la base de que la relación del derecho es directa con la cosa, razón por la cual el acreedor podrá ejecutarla en manos de quien la detente. Dicho en otros términos, el derecho acompaña a la cosa.

Como consecuencia de este principio, se desprende que el acreedor tiene acción de conservar la cosa y de controlar el estado físico y jurídico de la misma contra el deudor, ya que, al ser el que conserva el deudor titular de dominio un derecho real que no se ejerce por la posesión, la garantía que la ley ofrece a su titular es conservar el estado del inmueble objeto de su garantía.

Aplicando este principio al caso que analizamos, concluimos que el transmitente del terreno, acreedor de la adjudica-

ción de unidades a la terminación de la obra garantizada con hipoteca, tiene pleno derecho a control sobre la obra a realizarse durante su ejecución. Consecuencia de ello es que puede inspeccionar el cumplimiento de los plazos pactados así como el material que se emplea para la obra y en caso de incumplimiento puede ejecutar al deudor y rematar el inmueble, todas facultades que le confiere la misma ley.

2. *Convencionalidad.* Es el segundo de los caracteres esenciales de la hipoteca y causa fuente de la misma, no existiendo en nuestro derecho la hipoteca legal ni judicial.

Es importante destacar que no debemos confundir la creación de los derechos reales en el campo legislativo con la constitución de los mismos en el campo de las relaciones entre los particulares. En este sentido y haciendo esta distinción, si bien los derechos reales son creados por ley bajo el sistema del *numerus clausus*, en la mayoría de ellos la causa fuente que los constituye es la voluntad de las partes.

Tampoco debe confundirse la convención hipotecaria con el contenido del contrato al que accede, ya que por un lado tenemos el contrato de transferencia de terreno a cambio de unidades a construir y, por el otro, la convención hipotecaria que le sirve de garantía al primero¹¹.

3. *Forma:* Deben ser constituidas por escritura pública bajo pena de nulidad. Dice, en este sentido, el artículo 3128 del Código Civil que “la hipoteca solo puede ser constituida por escritura o por documento que, sirviendo de título al derecho real, esté expedido por autoridad competente para darlos”.

Cabe destacar que la jurisprudencia no ha sido coincidente en cuanto a la interpretación de este artículo, entendiendo parte de ella que solo los escribanos de registro pueden celebrar hipotecas, mientras que otra parte de los fallos judiciales admitió las hipotecas constituidas en sede judicial, permitiendo por ejemplo la hipoteca en garantía de un acuerdo concursal o como caución para obtener la exención de prisión o excarcelación.

4. *Accesoriedad.* Otro de los caracteres esenciales que se desprende del principio según el cual la función del derecho real de hipoteca es eminentemente de garantía, con lo cual, sin crédito base que garantizar, no hay hipoteca.

En esta línea de ideas, el crédito es la prestación que el deudor está llamado a cumplir. Es esta una obligación del deudor que adquiere el carácter de principal en relación a la constitución de la hipoteca con la cual se garantiza el cumplimiento de esa

11. Ídem, p. 121.

obligación de base. Por ello, y en consecuencia, es inseparable la hipoteca del crédito al cual accede, porque no existe hipoteca autónoma, sino que esta siempre accede a un crédito principal que le da sustento.

En este sentido, la obligación que contrae el adquirente del terreno para cumplir su prestación diferida en el tiempo se extingue con la entrega de las unidades prometidas en adjudicación al transmitente del terreno, una vez finalizada la obra, por lo cual ese será el momento, una vez extinguida la obligación principal, en que la hipoteca deberá cancelarse, por no acceder ya a un crédito que le sirva de base.

Requisito que se ve reflejado en la *causa, objeto y magnitud* del negocio¹².

Causa es la que da origen a la obligación, lo que en el caso en estudio lo constituye la entrega del terreno por parte del propietario a cambio de la adjudicación en el futuro de alguna o algunas de las unidades que resulten de la obra.

Objeto lo constituye el qué es lo que se garantiza, lo que en el caso es una doble obligación de dar por un lado y de hacer por el otro.

Magnitud del crédito lo constituye el cuánto se debe hacer.

En consecuencia, la prestación a cargo de la parte deudora, en nuestro caso el constructor, es la construcción del edificio utilizando los materiales convenidos, con las especificaciones técnicas estipuladas en el contrato, dentro de los plazos pactados, así como los detalles de terminación de las unidades.

El deudor se obliga también a afectar la obra concluida al régimen de la propiedad horizontal para luego adjudicar las unidades prometidas al transmitente del terreno.

Es importante determinar el plazo en el cual debe cumplir con estas obligaciones en el contrato, estipulando incluso un cronograma de obras para ir cumpliéndola por etapas, ya que el tiempo de cumplimiento de la obra no puede quedar a voluntad del deudor.

Concluyendo podemos afirmar que lo que primero se garantiza es la construcción de la obra y luego la entrega de la o las unidades prometidas en pago.

5. *Especialidad*. Reconoce a su vez dos proyecciones, en cuanto al crédito y en cuanto al objeto.

5.1. En cuanto al *crédito*. El caso más frecuente es sin dudas el de la hipoteca en garantía de un contrato de préstamo de dinero, en el cual el acreedor entrega una suma al deudor, quien

12. Ídem, p. 122.

se obliga a devolverla en las condiciones pactadas, constituyendo la garantía hipotecaria de cumplimiento de su deuda sobre algún inmueble de su propiedad.

Pero la situación en nuestro caso es distinta, ya que el crédito garantizado consiste en la entrega de unidades construidas, lo que marca ciertas diferencias sustanciales.

Estamos frente a un acreedor al cual no le interesa directamente el valor del inmueble, sino obtener la unidad pactada. Es por ello que lo que debe hacerse es estimar en una suma dineraria cuál es el valor de la prestación, para así dar cumplimiento con este fundamental requisito de la especialidad en cuanto al crédito. Suma que puede no coincidir con el valor del inmueble.

En términos prácticos se cumple determinando específicamente hasta qué monto responderá el terreno que se entrega y luego el edificio que sobre él se construya frente a la obligación asumida por el constructor.

Esta estimación en dinero que se efectúe actuará como tope máximo hasta el cual responderá el inmueble por el incumplimiento. Por un lado será la suma que determine la preferencia que tendrá en el rango la hipoteca constituida, y por otro lado será la base de cálculo de remate en caso de incumplimiento.

5.2. En cuanto al *objeto*. Es la segunda de las especialidades que se cumple determinando cuál es la cosa sobre la que recae el derecho real, la que siempre debe ser un inmueble.

En el caso en estudio la hipoteca se constituye sobre el bien que el deudor adquiere. De lo contrario, si el deudor constituye hipoteca sobre un terreno de su propiedad distinto al que el acreedor entregó y sobre el cual recibirá las unidades como pago, estaríamos frente a dos contratos diferentes, uno de locación de obra y otro de hipoteca en garantía de una obligación de hacer, saliendo así de la figura en análisis.

6. *Carácter natural*. Es aquel carácter que es propio de la naturaleza de la hipoteca, pero no esencial para su existencia. De modo tal que de faltar no acarrea la nulidad de la garantía.

El único carácter esencial es la *indivisibilidad* de la hipoteca, que tiene sustento en el artículo 3112 del Código Civil que al respecto dice “cada una de las cosas hipotecadas a una deuda, y cada parte de ellas, están obligadas al pago de toda la deuda y a cada parte de ella”.

Se desprende, en consecuencia, que la indivisibilidad tiene un doble aspecto. Por un lado, una cara *activa* según la cual todos los bienes hipotecados garantizan a todos los acreedores, de

forma tal que, cumplida la obligación respecto de uno de ellos, no es posible la cancelación parcial de la hipoteca respecto de la parte que a este correspondía.

Por otro lado, una cara *pasiva* según la cual, habiendo más de un deudor, el pago de la parte correspondiente a uno de ellos no lo autoriza a reclamar la cancelación parcial a su respecto, mientras no esté paga la totalidad de la deuda.

Estos principios aplicados al caso que venimos analizando determinan que cuando se construye el edificio sobre el terreno transferido y sobre el cual se constituye la hipoteca en garantía de la entrega de las unidades prometidas, la garantía se extiende a toda la construcción, de manera que, una vez terminado el edificio y sometido a propiedad horizontal, cada unidad resultante de la obra garantizará la totalidad del crédito y cada parte de él.

Directamente relacionado con este principio y como consecuencia de él, se encuentra el artículo 3113 del Código Civil que habilita al acreedor, en caso de incumplimiento del deudor, a ejecutar algunas unidades con las que alcance a cubrir su crédito o bien todas las unidades siempre que con ello no cause grave perjuicio al deudor.

Es decir que no solo el juez es quien puede dejar de lado la indivisibilidad, sino que también puede hacerse convencionalmente, ya sea al momento de constituir la hipoteca o ulteriormente. Estamos aquí frente al caso del llamado *pacto de divisibilidad*.

Concluimos entonces que la renuncia a la indivisibilidad, mientras que no comprometa al orden público, es perfectamente válida y quien se encuentra legitimado activamente para hacerlo es, sin dudas, el acreedor titular del derecho de hipoteca.

En el caso en estudio, siendo que el objeto de la obligación garantizada es la transmisión de ciertas unidades en pago por la transferencia del terreno y que al acreedor solo le interesará recibir esas unidades y no otras, es conveniente pactar expresamente la divisibilidad de la garantía, de manera que, al afectar al régimen de la propiedad horizontal la hipoteca solo recaiga sobre las unidades prometidas al acreedor y no sobre el resto del edificio que no interesa a este último, y del cual podrá disponerse libremente. De esta forma su crédito seguirá garantizado hipotecariamente, en la práctica, por el total de lo adeudado, pero solo sobre las unidades funcionales en las que él está interesado, liberando a las restantes del gravamen.

No pactar la divisibilidad podría llevar al fracaso del negocio. De no haberse pactado al momento de la suscripción del contrato, puede hacerse posteriormente, otorgando escritura de división de hipoteca, la que deberá contar en todos los casos con la concurrencia de la voluntad del acreedor y del deudor, quien en caso de estar inhibido requerirá la autorización del juez inhibiente para otorgar la división¹³.

2.6.1.2. *Pacto sobre rango hipotecario*

Otro tema de interesante análisis es el de la contratación sobre el rango hipotecario entre los acreedores. Es común que, en el caso en estudio, el constructor hipotecante se reserve el derecho de constituir ulteriormente una hipoteca de grado preferente a la hipoteca acordada a favor del transmitente del terreno. En términos prácticos, implica que el adquirente del terreno pacta con su actual acreedor, transmitente del inmueble, la facultad de constituir hipotecas posteriores en el tiempo pero que tendrán preferencia frente a este primer acreedor.

La primera hipoteca será, en consecuencia, de primer grado, pero si el deudor constructor decide hacer uso del derecho reservado, y constituye una nueva hipoteca con terceros, la primera hipoteca del transmitente del terreno se verá pospuesta por la hipoteca que con posterioridad se constituya, quedando en segundo o ulterior grado. Por ello es que es de suma importancia en estos casos determinar el monto hasta el cual podrán constituirse hipotecas de mejor rango.

La razón de esta negociación sobre el rango se explica en la necesidad de que, en la casi totalidad de los casos, el constructor deudor necesita de financiación para la construcción de la obra, la que debe salir a buscar en terceros ajenos a la relación contractual inicial, para lo cual, por lo general, recurre a solicitar créditos a instituciones bancarias que solo aceptan como garantía hipotecas en primer grado.

Estas convenciones sobre rango hipotecario constituyen contratos de contenido patrimonial, ya que los rangos tienen un valor apreciable en dinero.

Son ejemplos de este tipo de contratos la *permuta* de rango por la cual un acreedor de segundo grado conviene con el de primer grado que cambia o permuta su lugar quedando el que estaba primero como segundo y el segundo como primero; y la

13. Ídem, p. 126.

posposición que consiste en relegar el lugar cuando no se ha hecho la reserva previa.

2.6.1.3. *Inscripción*

La inscripción es otro de los elementos de la hipoteca que ha ocasionado no pocos enfrentamientos en doctrina, especialmente en lo referente a su necesidad como requisito esencial o no para que esta quede debidamente constituida como derecho real.

Parte de la doctrina considera que la inscripción es un carácter esencial de la hipoteca, herencia de que en el Código de Vélez era el único derecho real para el que se requería la inscripción, debido a que es el único de estos derechos que no se ejerce por la posesión.

Otra parte de la doctrina –criterio que en la actualidad predomina– es el que establece que si bien la inscripción es una exigencia del Código Civil y es necesaria para la oponibilidad del derecho real de hipoteca a terceros, no tiene carácter de esencial porque no hace a la existencia de la misma.

No consideran estos –criterio que compartimos– que la falta de inscripción castigue a la hipoteca con la nulidad.

La falta de anotación de esta producirá una posposición en el rango ante la inscripción anterior de otro derecho, pero nunca su nulidad.

Avala a esta interpretación el artículo 3135 del Código Civil según el cual “las partes contratantes, sus herederos y los intervinientes del acto no pueden prevalerse del defecto de inscripción, y respecto de ellos la hipoteca se considera registrada”.

En conclusión afirmamos que la hipoteca no inscrita será válida y existirá como derecho real, pero no será eficaz en cuanto al rango, perdiendo así la preferencia de cobro, ya que no es oponible a terceros que no participaron del acto o estuvieron presentes.

2.6.1.4. *Extinción*

La hipoteca puede extinguirse por dos vías:

Consecuencia: al ser por esencia un derecho accesorio, extinguida la obligación principal a la que accede, indefectiblemente también se extingue la hipoteca por accesoriedad.

Principal: cuando se extingue la hipoteca pero queda subsistente la obligación principal, caso que se da por ejemplo cuan-

do el acreedor renuncia a su derecho de garantía por confusión o venta judicial.

En el caso en análisis la extinción de la hipoteca constituida en garantía se da por *consecuencia*, en el momento de cumplimiento de la adjudicación de la o las unidades pactadas a favor del transmitente del inmueble. Es este un caso de extinción de la garantía por confusión, el que se configura cuando el acreedor que garantizó su deuda con la hipoteca adquiere el dominio sobre las unidades prometidas.

La hipoteca queda así absorbida por el derecho real de dominio.

2.6.1.5. *Modelo de escritura*¹⁴

Esta escritura puede realizarse en el mismo instrumento y conjuntamente con la transferencia del terreno, o en otra posterior.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el [...], COMPARECEN: [representantes legales de Pérez S. A. y de Edificio Calle Juncal S. A.]. INTERVIENEN: el primero en representación, en su carácter de presidente de la sociedad Pérez S. A. y el segundo en representación, en su carácter de presidente de la sociedad Edificio Calle Juncal S. A. Y los comparecientes en el carácter que invocan EXPRESAN: PRIMERO: Las partes exponen que con fecha de hoy por escritura número [...], al folio [...], pasada por ante mí en este mismo registro a mi cargo, simultánea a la presente, celebraron un contrato de transferencia de dominio sobre el terreno ubicado en [...] [deslinde del inmueble], en donde se pactó como contraprestación la entrega de dos unidades funcionales a construir sobre el mismo inmueble objeto de la transferencia con todas las características que figuran en dicha escritura. De dicho contrato surge que la sociedad Pérez S. A. se denominará en adelante la parte acreedora y la sociedad Edificio Calle Juncal S. A. se denominará la parte deudora. SEGUNDO: De dicho contrato resulta que las unidades funcionales deberán ser entregadas en el plazo pactado cuyo incumplimiento dará lugar a la acreedora a demandar la ejecución hipotecaria del terreno de propiedad de la deudora. Si la deudora terminara la construcción del edificio y de las unidades comprometidas en el plazo pactado, la acreedora tendrá derecho a adoptar el siguiente procedimiento antes de la recepción de la entrega de las mismas. En caso de divergencia sobre las condiciones de terminación de la obra, las partes se sujetan al dictamen que produzca el ingeniero [...], quien determinará si el edificio ha sido construido de acuer-

14. Ídem, p. 295.

do con las especificaciones técnicas estipuladas y que forman parte del Anexo 1 de la escritura de transferencia de dominio antes referida. La falta de entrega de la obra en el plazo pactado hará incurrir a la deudora en una multa diaria de [...] dólares billetes estadounidenses por cada día de demora. En tal caso, el empresario deberá indemnizar al transmitente de dominio con la suma de [...] dólares billetes estadounidenses. TERCERO: En garantía de la entrega de las unidades funcionales y del pago de las sumas que puedan resultar como consecuencia del posible incumplimiento de la deudora, y sin perjuicio de responder con todos sus bienes presentes y futuros, la deudora GRAVA CON DERECHO REAL DE HIPOTECA EN PRIMER GRADO a favor de la acreedora la finca de su propiedad antes referenciada. CUARTO: en los términos del artículo 3109 del Código Civil, las partes fijan a la hipoteca que por este acto se constituye un monto de [...] dólares billetes estadounidenses. QUINTO: La hipotecante asume las siguientes obligaciones en relación con el inmueble: a) destinar el bien gravado exclusivamente a la construcción del edificio cuyas especificaciones técnicas constan en la escritura de referencia, no pudiendo darle otro destino; b) abstenerse de realizar cualquier acto que disminuya el valor del inmueble; c) asegurar la finca contra riesgo de incendio y mantenerla vigente mientras subsistan las obligaciones asumidas. Deberá endosar y entregar la póliza dentro del quinto día de suscripta la presente escritura. Queda facultada la acreedora para solicitar, cuantas veces lo estime conveniente, la documentación respectiva, e ingresar al inmueble para constatar su estado. SEXTO: La parte deudora toma a su exclusivo cargo todos los gastos y honorarios de esta hipoteca, su inscripción, reinscripción, así como los de cancelación, cuya escritura será otorgada por ante el escribano que designe la parte acreedora. SÉPTIMO: Las partes constituyen domicilios especiales a todos los efectos de la presente escritura en los denunciados en la comparecencia. El domicilio constituido por el hipotecante subsistirá aún respecto de quienes lo sucedan en el dominio, sea a título singular o universal. En caso de cambio, para que produzca efectos, es imprescindible que el nuevo domicilio esté comprendido en el perímetro de esta ciudad y además sea notificado por medio fehaciente. OCTAVO: Cualquier cuestión que pudiere suscitarse entre las partes será dirimida por los tribunales de [...], renunciando a cualquier otro fuero o jurisdicción que pudiere corresponderles. NOVENO: En caso de que se produjera el incumplimiento del hipotecante de las obligaciones asumidas en el contrato de locación de obra, la acreedora podrá ejecutar la hipoteca que por la presente se constituye. A tal efecto, constituirá título ejecutivo su-

ficiente la presente escritura. DÉCIMO: En caso de ejecución, el bien gravado será rematado por el martillero que designe la parte acreedora tomando como base el monto reclamado en la demanda. Si no hubiese postores en el primer remate, se efectuará un segundo sin base alguna. La parte deudora no podrá recusar sin justa causa al juez, ni solicitar que se practiquen tasaciones especiales. UNDÉCIMO: De disponerse la subasta judicial del inmueble, el hipotecante se compromete a desocupar el bien entre el plazo máximo de diez días a contar de la fecha en que fuera intimado para ello. DUODÉCIMO: El acreedor podrá optar por llevar adelante la ejecución del bien gravado por el procedimiento especial previsto por la Ley 24.441. DECIMOTERCERO: El acreedor acepta la hipoteca constituida a su favor en estos términos. CONSTANCIAS NOTARIALES...

2.6.2. Fideicomiso

Haremos una breve referencia respecto a esta figura contractual como alternativa de garantía frente a la obligación que en este tipo de contratos inmobiliarios asume el constructor, ya que más adelante, y como tercera forma de instrumentación del negocio, se analizará acabadamente la figura.

El fideicomiso aparece en este sentido como una conveniente forma de garantía entre las partes, pues ni la permuta –por la diferencia temporal en las prestaciones– ni la hipoteca –por la ya analizada dificultad en determinar el valor en épocas de inestabilidad económica– son suficientes para cubrir el riesgo que tiene el dueño del terreno que se entrega en propiedad y la empresa constructora que toma a su cargo la obra.

Es en este sentido que se produce una interesante fusión en la aplicación de esta figura como forma de garantía entre la naturaleza legal de orden público inherente a todos los derechos reales, y la autonomía de la voluntad que se reconoce en el contrato de fideicomiso, la que se adapta a la estructuración de estos emprendimientos inmobiliarios, permitiendo su buen desarrollo.

La figura consiste básicamente en la transmisión a un fiduciario de los bienes inmuebles sobre los cuales se va a realizar la construcción, lo que produce como sana consecuencia la separación patrimonial de la masa de los bienes que se van a administrar junto con las inversiones que demande el negocio, de los restantes bienes y negocios de los fiduciantes y fiduciario, lo que configura una importante garantía en el desarrollo del negocio, sobre todo teniendo en cuenta que estamos frente a emprendi-

mientos que en la generalidad de los casos se extienden en el tiempo.

2.6.3. Seguro de caución

Es otra de las formas de asegurar este tipo de emprendimientos inmobiliarios consistente en que el constructor contrate un seguro de caución ante el eventual incumplimiento de las obligaciones por él asumidas. El riesgo asegurado es la obligación a cargo del deudor a favor de su cocontratante.

Históricamente nace como una herramienta en el campo del derecho administrativo que se aplicaba en los casos de licitación públicas y que respondía a la necesidad del Estado de contar con una garantía ante el incumplimiento de los particulares a los que encomendaba las obras públicas.

Luego de debates doctrinarios y jurisprudenciales sobre la posibilidad de extender la aplicación de este instituto en el campo privado, se dicta en el año 1973 la Ley de Entidades de Seguros y su Control, la que expresamente en su artículo 7 menciona, entre las operaciones que puede realizar una aseguradora, la de “poder otorgar fianzas o garantizar obligaciones de terceros cuando configuren económica y técnicamente operaciones de seguro aprobadas”, contemplándose así, al amparo de esta norma, la posibilidad de contratar estos seguros más allá de los casos de obras públicas.

En términos prácticos, el riesgo que se asegura es el incumplimiento del tomador del seguro, por lo que es un contrato que pertenece a la categoría de las convenciones de garantía.

En el seguro de caución el evento previsto como siniestro es un hecho que no resulta ajeno a la voluntad de las partes, sino que, por el contrario, consiste en un incumplimiento imputable al tomador¹⁵.

En el caso que analizamos, el constructor tomador del seguro de caución contrata el seguro en beneficio de los adquirentes de las unidades funcionales proyectadas para garantizar los contratos de venta, así como también en garantía de aquel que le transmitió el terreno a cambio de unidades resultantes de la obra frente al incumplimiento del constructor.

En este tipo de contratos de seguro tres son las partes: el *tomador*, quien contrata el seguro y en el caso en análisis es el constructor, la *aseguradora*, y el *beneficiario*. En base a estas tres partes la operatoria es la siguiente: el *tomador* se obliga a abonar

15. Ídem, p. 133.

una suma determinada al *asegurador*, el que se compromete a abonar una indemnización al *beneficiario* ante el incumplimiento por el *tomador* de una obligación contraída con el *beneficiario* en base a un contrato anterior al de seguro.

Coexisten de esta manera dos contratos: el de *seguro*, por un lado, en el cual las partes son la constructora/tomadora y la aseguradora, que resulta accesorio al contrato de *venta* en el cual las partes son la constructora/vendedora y el comprador beneficiario.

En el caso en que se configure la causal de incumplimiento, responde la aseguradora frente al beneficiario luego de lo cual tendrá esta acción de repetición contra el tomador del seguro, si es que antes no se valió de suficientes garantías frente al incumplimiento.

Es de destacar que la adopción de este tipo de contrato como garantía puede resultar beneficiosa para el adquirente de las unidades funcionales y quien entrega el inmueble a cambio de unidades a construir, sirviendo de suficiente garantía para la asunción de las obligaciones por parte del constructor.

2.6.4. *Figura del dominio revocable*

Entran en juego de aplicarse esta forma tres figuras de nuestro derecho, que son el dominio revocable, la condición y el pacto comisorio expreso.

Sin entrar en el análisis de cada uno de los institutos que participan en el sistema, lo que dejamos para el estudio general de los mismos, esquemizamos la utilización de estos para el caso de los emprendimientos inmobiliarios que nos ocupan.

El esquema sería el siguiente: el aportante del terreno transfiere la propiedad sobre el mismo al constructor quien adquiere sobre dicho inmueble un dominio revocable sometido a la condición resolutoria de la construcción y entrega a favor del transmitente del terreno de las unidades funcionales prometidas como contraprestación, con un pacto comisorio expreso, por el cual, en caso de incumplimiento, el transmitente del terreno, podrá ejercer la acción resolutoria por pacto comisorio y recuperar el inmueble en el estado constructivo en que se encuentre.

3. Segundo caso: construcción por sociedad civil

3.1. *Introducción*

La realidad de nuestros días nos muestra que la modalidad societaria de más utilización en nuestro ámbito es la sociedad comercial. Dentro de esta, la sociedad anónima y la de responsabilidad limitada son las de mayor uso, interviniendo en todos los sectores de la economía productiva. Pero no por ello hay que excluir el uso de la sociedad civil en muchos de los medios de la producción. Se han estudiado como espacios más acordes para ellos no solo el de la constitución de derechos reales, la construcción de edificios y las contrataciones de locación sobre inmuebles, sino también otros como los agropecuarios, educativos, y también el ejercicio de profesiones liberales u organizaciones artísticas, deportivas o artesanales.

Es sabido que la preferencia en la actividad empresarial es encontrar la limitación de la responsabilidad sobre otro aspecto configurativo de las figuras societarias e incluso sobre aspectos de beneficios tributarios. Aun cuando determinado tipo societario sea el más acorde al negocio a iniciar, o a las peculiaridades del negocio, pocos consideran a los tipos personalistas comerciales o a la sociedad civil como figura idónea para su negocio dada la traslación de las responsabilidades societarias a los patrimonios de los socios.

Trataremos de enunciar sucintamente las principales características de las sociedades civiles, para luego hacer hincapié en algunos puntos de interés sobre el desarrollo inmobiliario *desde el pozo* a través del tipo societario antes citado.

3.2. *Sociedad civil. Regulación legal*

El régimen de las sociedades en nuestro sistema legal se clasifica según se encuentra legislado en el Código Civil o e el Código de Comercio.

La sociedad civil está regulada en el artículo 1648 del Código Civil, según el cual

[...] habrá sociedad cuando dos o más personas se hubiesen mutuamente obligado, cada una con una prestación, con el fin de obtener alguna utilidad apreciable en dinero, que dividirán entre sí, del empleo que hicieren de lo que cada uno hubiere aportado.

Las sociedades comerciales están reguladas en el artículo 1 de la Ley 19.550 que dice:

Habrà sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambios de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas.

De las definiciones resulta que las sociedades que se constituyen de acuerdo a un *tipo* de la Ley 19.550, son sociedades comerciales. Por otra parte, aquellas sociedades que no estuvieran formuladas de acuerdo a un tipo pero que tienen por objeto la realización de actos de comercio también son comerciales y se regulan por el régimen de las sociedades irregulares o de hecho.

Para determinar si la sociedad irregular o de hecho es civil o comercial, se debe recurrir al análisis de los actos o actividad que realiza. Si la actividad consiste en actos de comercio por así determinarlo el artículo 8 del Código de Comercio, la sociedad será comercial; si por el contrario no están contemplados en dicha enumeración, será una sociedad civil. Por ende, las sociedades civiles se definen por exclusión, son aquellas cuyo objeto no sea la realización de actos de comercio y no adopten uno de los tipos de la Ley de Sociedades Comerciales¹⁶.

3.2.3. *Características y elementos principales de la sociedad civil*

3.2.3.1. *La personalidad jurídica*

La característica de más importancia de este contrato es el sujeto de derecho que de él surge. Con la reforma al Código Civil introducida por la Ley 17.711, el legislador modificó el artículo 33, inciso 2, donde se consagra el principio de la personalidad jurídica de las sociedades civiles y comerciales, incluyendo como personas privadas de existencia ideal a las sociedades civiles, juntamente con las comerciales.

3.2.3.2. *El patrimonio de la sociedad civil*

El patrimonio de la sociedad está constituido por el capital social que es definido por el artículo 1649 del Código Civil como las prestaciones de los socios que consisten en obligaciones de dar. El capital social, de acuerdo con la intención de Vélez Sars-

16. Ídem, p. 169.

field, es un concepto que tiende a exhibir la responsabilidad patrimonial de la sociedad frente a terceros, susceptible de una valuación directa en dinero.

3.2.3.3. *Los socios*

El artículo 1667 del Código Civil dispone:

Tienen calidad de socios las personas que, como tales, fueron partes en el primitivo contrato de sociedad, y las que después entraren en la sociedad, o por alguna cláusula del contrato, o por contrato posterior con todos los socios, o por admisión de los administradores autorizados al efecto.

El carácter *intuitu personae* del contrato queda ratificado por la exigencia del consentimiento unánime contenido en este artículo, para la incorporación de nuevos socios. En caso de que esta sea posterior y no haya sido contemplada en el respectivo contrato constitutivo, solo pueden concretarse mediante un nuevo acuerdo celebrado entre todos los socios originarios o por la admisión de quien estuviere autorizado para realizar la incorporación.

3.2.3.4. *Los aportes*

Los aportes son un elemento vital de todo contrato de sociedad, pues sin ellos no hay capital social y sin capital social no puede existir sociedad de ningún tipo, por ser este un atributo de su personalidad jurídica sin el cual la sociedad jamás podrá enfrentar actividad económica alguna.

En las sociedades civiles rige la mayor liberalidad en materia de aportes, limitándose el artículo 1649 a disponer que ellos pueden consistir en obligaciones de dar y de hacer. En consecuencia, todas las cosas o derechos pueden ser materia de aportes sociales, excepto el crédito por influencia. Este artículo define al socio capitalista como el que aporta una prestación resoluble en obligaciones de dar y como socio industrial a aquel cuya prestación consiste en obligaciones de hacer¹⁷.

El artículo 1650 establece que el contrato de sociedad es nulo cuando alguno de los contratantes no aportase a la sociedad obligaciones de dar u obligaciones de hacer. Están comprendidas en las primeras todos los bienes susceptible de valor econó-

17. *Ibidem*, p. 188.

mico. Entre las obligaciones de hacer se puede aportar toda clase de actividad lícita susceptible de cuantificación económica.

3.2.3.5. *La causa fin del contrato de sociedad.*

El propósito de lucro

La obtención de alguna utilidad apreciable en dinero, como consecuencia de la actividad de la sociedad, ha sido incluida por el artículo 1648 del Código Civil como elemento indispensable de todo contrato de sociedad civil.

Esta definición del artículo llevó a la consideración de la necesidad de la obtención de utilidades que se traduzcan en dinero, lo que llevaría a descartar la posibilidad de realizar emprendimientos en los que se pretende obtener otro tipo de beneficio. Por un lado, hay quienes sostienen un criterio restringido y apegado a la letra del artículo, o sea que la utilidad obtenida debe ser en dinero para poder dividir las ganancias, que también es requisito de la sociedad. Otros¹⁸, en cambio, manifiestan un criterio amplio de la lectura del Código, pues afirman que la utilidad puede consistir en cualquier tipo de beneficio. Ello permitiría la realización de emprendimientos, como la construcción de edificios, en los que los socios pretenden obtener una unidad funcional a un costo menor, con lo cual también obtiene un beneficio.

3.2.3.6. *La participación de los socios en las ganancias y pérdidas de la sociedad civil*

Un elemento esencial del contrato de sociedad civil es aquel por el cual los beneficios como las pérdidas deben compartirse entre todos los socios. El Código Civil, en su artículo 1652, establece que: “Será nula la sociedad que diese a uno de los socios todos los beneficios o que le eximiese de toda contribución en las pérdidas, o de prestación de capital, o que alguno de los socios no participe en los beneficios”.

Este artículo plantea tres supuestos: el primero impediría el principio fundamental consagrado por el artículo 1648 que impone la división entre los socios de las utilidades producidas por la sociedad. El segundo nulifica la sociedad en que alguno no participe en los beneficios o no contribuya a las pérdidas; coincide con la sanción de nulidad de la cláusula 3ª del artículo 1653, pero el artículo precedente nulifica todo el contrato mien-

18. VIDELA ESCALADA, Federico, *Las sociedades civiles*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, p. 74.

tras que el inciso 3 anula la cláusulas del contrato que establece que el socio capitalista pueda retirar su parte, haya o no ganancias, que sería lo mismo que decir que no contribuirá a las pérdidas. En los contratos en los que se estructuran emprendimientos inmobiliarios, es importante el análisis de este tema, ya que se puede plantear la posible restitución al socio que aporta el inmueble, en especie, haya o no construcción del edificio. El tercer supuesto que plantea el artículo es la exclusión de alguno de los socios de participar en los beneficios, y concuerda con la finalidad planteada en el artículo 1648 de dividir tanto las pérdidas como los beneficios. También en este supuesto habría que analizar la posibilidad de anulación de la cláusula y no del contrato, en virtud del reajuste que establece el Código Civil en su artículo 954¹⁹.

3.2.3.7. *La affectio societatis*

Se entiende por *affectio societatis* la intención de las partes de estar reunidos, la que supone la existencia de un trato igualitario, una colaboración activa permanente y la postergación de los intereses particulares en beneficio del interés social y del fin societario.

3.2.3.8. *Forma en la constitución.*

Las sociedades civiles irregulares o de hecho

Si bien el artículo 1662 del Código Civil establece la libertad de formas para la constitución de la sociedad civil, el artículo 1184, inciso 3, del mismo ordenamiento prescribe la escritura pública como un requisito indispensable a tal efecto, presentándose una contradicción que solo puede ser superada considerando a la sociedad civil como *regular* cuando las sociedades civiles están constituidas por escritura pública o *irregulares o de hecho* en caso contrario.

La doctrina y la jurisprudencia han entendido que la sociedad civil es de hecho cuando carece de toda instrumentación, e irregular, cuando su contrato ha sido celebrado por escrito pero no por escritura pública.

La demostración de la existencia de la sociedad a través de su instrumento público de constitución por parte de los socios reviste fundamental importancia en materia de sociedades civiles, pues su carácter regular le permitirá a sus integrantes plena

19. ACQUARONE, María T., *op. cit.* (cfr. nota 2), p. 190.

invocación frente a los terceros, la sociedad y los restantes socios de las disposiciones del contrato social y los derechos o defensas nacidas de él.

4. Caso práctico

*Proyecto de escritura de constitución de sociedad civil
para la construcción de un edificio*

CONTRATO SOCIAL. SOCIEDAD CIVIL CONSORCIO EDIFICIO LOS ROBLES. ESCRITURA NÚMERO [...] En la ciudad de [...] a [...] días del mes de [...] de [...], ante mí, escribano autorizante comparecen los señores [...]. Todos los comparecientes son mayores de edad y de mi conocimiento, doy fe, y dicen: Que por la presente constituyen una SOCIEDAD CIVIL, la que se registrará por las normas del Título VII, de la Sección Tercera, del Libro Segundo del Código Civil y, en especial, por las siguientes cláusulas: PRIMERA: A partir de la fecha de esta escritura queda constituida entre todos los comparecientes una sociedad civil que girará bajo la denominación de “SOCIEDAD CIVIL CONSORCIO EDIFICIO LOS ROBLES”. SEGUNDA: La sociedad tendrá su domicilio en [...]. TERCERA: La sociedad tendrá por único objeto la construcción de un edificio compuesto por unidades de vivienda que posteriormente se someterá al régimen de la Ley 13.512 de Propiedad Horizontal con el fin de adjudicar entre los socios las diversas unidades resultantes. El edificio será construido de acuerdo con el proyecto y pliego de especificaciones realizados por el arquitecto [...] que se agrega a la presente, quien tendrá a su cargo la dirección de la obra. Los firmantes del presente contrato declaran que el proyecto y ejecución de la obra forman parte del objeto de la sociedad, firmándose por separado el contrato de locación de servicios profesionales correspondientes, siendo irrevocable la designación para la dirección de la obra. CUARTA: La sociedad se constituye por el plazo de cuatro (4) años. QUINTA: Para cumplir con su objeto social, la sociedad tendrá plena capacidad jurídica pudiendo otorgar, por intermedio de sus representantes, todos los actos jurídicos que sean necesarios para tal fin. SEXTA: La administración y representación de la sociedad será ejercida por los socios A y B, quienes actuarán en forma conjunta de a dos. Por lo tanto, en todos los actos que realicen en representación de la sociedad utilizarán la denominación adoptada SOCIEDAD CIVIL CONSORCIO EDIFICIO LOS ROBLES acompañada de la firma personal de dos cualesquiera de ellos. Los administradores percibirán como

retribución, en conjunto, un [...] por ciento del costo total de la obra. SÉPTIMA: Los administradores están facultados para otorgar, en representación de la sociedad, todos los actos de administración ordinaria que sean necesarios para el cumplimiento del objeto social, pero no podrán realizar actos de administración extraordinaria como por ejemplo enajenar a cualquier título o gravar con derechos reales el inmueble sobre el cual se construirá el edificio, otorgar fianzas o avales para lo que se requerirá aprobación unánime adoptada en reunión de socios. OCTAVA: Para el supuesto que deban adoptarse decisiones que excedan las facultades de administración que competen a los administradores, el reemplazo de estos por cualquier motivo o para la aprobación del balance o disolución y proyecto de partición de bienes sociales, los socios se reunirán según las siguientes pautas: a) Las reuniones serán convocadas por uno de los administradores por propia iniciativa o por pedido de no menos de dos socios. La convocatoria se efectuará mediante carta documento dirigida al domicilio constituido por los socios; b) Se celebrará en el domicilio social de la sociedad; c) El quórum será de la simple mayoría del número de socios; d) Las decisiones se tomarán por simple mayoría de votos de socios presentes. Se computará un voto por socio. Toda decisión que implique la modificación de este contrato deberá ser adoptada por unanimidad de los socios. NOVENO: El capital se fija en la suma de [...] PESOS, importe que suscriben en este acto y se obligan a integrar en plazo de un año contado a partir del presente contrato. DÉCIMA: El capital se divide en [...], de acuerdo con el siguiente detalle: CUOTA PARTE NÚMERO UNO: Porcentual [...]. DECIMOPRIMERA: Los socios suscriben e integraran las cuotas partes de acuerdo con el siguiente detalle: socio [...], cuota parte número [...]. DECIMOSEGUNDA: Para posibilitar el cumplimiento del objeto social, es decir, la construcción del edificio al que se ha hecho referencia, los socios [...] se comprometen a integrar, en conjunto, un aporte mensual de [...] pesos, importe que será prorrateado de acuerdo con los respectivos porcentuales. Estos aportes deberán integrarse mensualmente, dentro de los diez primeros días de cada mes, a partir del mes de [...]. DECIMOTERCERA: El costo de la obra será solventado por los socios en proporción a los porcentuales de sus respectivas cuotas de capital fijados en la cláusula novena. Semestralmente los administradores practicarán una liquidación del costo de la obra en la que se acreditarán, a cada uno de los socios, los aportes efectuados y se le debitará su participación en el costo de la obra. De la misma podrán resultar saldos a integrar por los socios por haber resultado insuficientes los aportes efectuados. En tal caso se liquidarán las diferencias,

las que deberán ser abonadas dentro de los 30 días de practicada la liquidación. Si, por el contrario, finalizada la obra, quedara un remanente, este será distribuido entre los socios en proporción a su participación en el capital. DECIMOCUARTA: En caso de mora en la integración de los aportes correrá un interés punitivo del [...] por ciento mensual. Ello sin perjuicio de las sanciones que se establecen en la cláusula 17. Mientras dure la mora, los demás socios se comprometen a aumentar proporcionalmente sus aportes para cubrir la parte del moroso. Los créditos que se produzcan con este motivo les serán descontados de aportes posteriores, una vez que el moroso regularice su situación. DECIMOQUINTA: Cada una de las cuotas partes de capital se considera indivisible por lo cual, si existiera condominio o sobre alguna de ellas, los condóminos deberán unificar representación, notificando de ello a la sociedad por medio fehaciente. Los condóminos se consideran solidariamente responsables frente a la sociedad por las obligaciones contraídas con la misma. DECIMOSEXTA: Las cuotas de capital son libremente cesibles. Toda cesión será instrumentada por escritura pública a la que deberán concurrir dos de los administradores para notificarse de la transferencia operada. Las escrituras de cesión serán otorgadas ante el escribano que designe la sociedad. DECIMOSÉPTIMA: Se considerara justa causa para la exclusión de un socio, conforme lo dispuesto por el artículo 1735, inciso 2 del Código Civil, la mora en el pago de dos de los aportes mensuales fijados en la cláusula decimosegunda o de uno de los reajustes a que se alude en la cláusula decimotercera, dentro de los diez días de su vencimiento. En tal caso los administradores deberán intimar al socio moroso por el plazo de cinco días bajo apercibimiento de exclusión. Vencido dicho plazo, se lo considerará excluido, liquidándose las sumas efectivamente aportadas, con una deducción del treinta por ciento como indemnización por el perjuicio ocasionada. El haber resultante le será abonado en diez cuotas mensuales iguales y consecutivas. DECIMOCTAVA: En caso de fallecimiento de uno de los socios los herederos podrán incorporarse a la sociedad debiendo unificar su representación y se considerarán solidarios conforme lo establecido para los condóminos en la cláusula decimoquinta. DECIMONOVENA: En caso de concurso de alguno de los socios, se lo considerará excluido, liquidándosele su haber conforme lo establecido en la cláusula decimoséptima. VIGÉSIMA: La sociedad no se disolverá por fallecimiento de ninguno de los socios, aunque fuese uno de los administradores. En este último caso se elegirá su reemplazante en reunión de socios convocada al efecto. La decisión se tomará por simple mayoría de los presentes y será volcada en escritura

pública. VIGESIMOPRIMERA: Finalizada la obra que constituye el objeto social, se procederá a la liquidación de la sociedad, de acuerdo con el siguiente procedimiento: a) La liquidación estará a cargo de los socios administradores; b) Se abonará el pasivo que pudiera existir; c) Se practicará la liquidación final de las cuentas de la construcción, estableciéndose los saldos finales deudores o acreedores que registren las cuentas particulares de cada uno de los socios, los que deberán liquidarse dentro de los treinta días de practicado el balance; d) Se someterá el edificio construido al régimen de propiedad horizontal, adjudicándose a cada uno de los socios la unidad que le corresponda, de acuerdo con lo que se estipula en este contrato. VIGESIMOSEGUNDA: Si por cualquier motivo la sociedad se disolviera sin dar cumplimiento al objeto social, se liquidará de acuerdo con las normas prescriptas por la Ley 19.550 para la liquidación de las sociedades comerciales. VIGESIMOTERCERA: Los socios acuerdan que el edificio, una vez construido, será adjudicado de acuerdo con el siguiente detalle: CUOTA PARTE NÚMERO 1: unidad funcional número 1, [...]. Leo esta escritura a los comparecientes, quienes se notifican de su contenido y firman ante mí.

5. Temas a tratar del caso

5.1. Objeto específico

Cuando se acuerda la constitución de una sociedad civil para la construcción de un edificio de viviendas y posteriormente adjudicar las unidades terminadas a los socios, es necesario que además de ser lícito y posible, el objeto social debe estar restringido a la construcción de ese único edificio ya que la figura societaria es un medio para organizar el consorcio, porque, si la sociedad estuviese destinada a desarrollar una actividad permanente, se debe tener presente que las disposiciones del Código Civil en materia de objeto son las de los artículos 1655 a 1661, y además se tiene que tener en cuenta que la actividad a desarrollar debe ser de naturaleza civil, es decir, no debe configurar un acto de comercio²⁰.

En el cuerpo de la escritura debe estar reflejada la relación capital-objeto para que explique la proporción entre los socios. El capital social será integrado por los socios a través de los aportes. En este caso se ha previsto un primer aporte de capital al otorgarse el contrato y otros posteriores para financiar la obra. Estos se han previsto como cuotas mensuales fijas con

20. VIDELA ESCALADA, Federico, *op cit.* (cfr. nota 18), p. 26.

reajustes semestrales. Podría optarse por importes que surjan todos los meses de liquidaciones de obra realizada.

La división del capital permite vincular cada cuota con un departamento a adjudicar. En definitiva, el costo de cada unidad coincidirá con la participación del adquirente en el capital social.

5.2. *Plazo estipulado*

En el caso planteado se estableció un plazo de duración de la sociedad de cuatro años. No es necesario que el plazo sea determinado como en la sociedad comercial. Entendemos que el plazo de la sociedad debe ser el término necesario para dar cumplimiento al objeto social por el cual ha sido constituida la sociedad ya que si se establece un plazo determinado, una vez transcurrido este, la causal de disolución opera *ipso iure*.

5.3. *Relaciones internas entre los socios*

En cuanto a la dinámica interna de los socios, bien sabemos que en este tipo de sociedades rige la autonomía de la voluntad. Como antes expresamos, el aporte es la principal obligación de los socios para con la sociedad, en tanto se vincula con la posibilidad de cumplir con el objeto social. Ante el incumplimiento de los aportes de alguno de los socios, el artículo 1773 dispone que: “No realizándose la prestación de uno de los socios por cualquier causa que fuere, la sociedad se disolverá si todos los otros socios no quisiesen continuarla, con exclusión del socio que dejó de realizar la prestación a que se había obligado”. El artículo 1735, inciso 2, prevé genéricamente la posibilidad de excluir al socio incumplidor de sus obligaciones para con la sociedad.

5.4. *Relación y responsabilidad de los socios con los terceros.*

Otros tipos societarios

Con respecto a la responsabilidad de los socios de la sociedad civil con los terceros, el artículo 1713 del Código Civil establece que los acreedores de la sociedad son los acreedores de los socios, lo que para algunos autores ponía en duda la personalidad jurídica como separada de los socios, pero otros sostuvieron que

funciona como una garantía de carácter personal dirigida a proteger el cobro de sus créditos.

La responsabilidad de los socios es mancomunada e ilimitada. El artículo 1747 establece que los socios no están obligados solidariamente por las deudas sociales, si así no lo hubieran estipulado de modo expreso, y responden por dichas deudas solo en la proporción de su porción viril. La diferencia con un régimen de solidaridad es que el tercero no puede dirigir su acción por cobro total de su crédito contra uno o algunos de los socios, sino que debe hacerlo por la parte de cada uno y solo en caso de que alguno resulte insolvente hacer pesar su parte dividida sobre los demás²¹.

La estructuración de la construcción de un edificio a través de las sociedades comerciales puede lograrse mediante distintos tipos societarios de acuerdo con las necesidades del grupo inversor. Al tratar la sociedad civil y su distinción con la sociedad comercial, observamos que la primera es más flexible que la comercial en materia de convenciones entre las partes, en materia de aportes a la sociedad, en la administración y representación. La sociedad comercial se debe adaptar a lo que la ley estructura para cada tipo, por lo cual no rige más en una mínima porción la voluntad de las partes, lo que tiene sus inconvenientes para esta clase de negocio.

Sin embargo, la práctica habitual nos muestra que la mayoría de quienes emprenden un desarrollo inmobiliario con el fin de comercializar las unidades funcionales construidas, utilizan las sociedades comerciales ya que buscan limitar la responsabilidad de los socios de las mismas.

Las más utilizadas son las sociedades de responsabilidad limitada, en las cuales el capital social se divide en cuotas que no tienen representación documental independiente del contrato social y la responsabilidad de los socios está limitada a los aportes que los mismos hicieron a la sociedad. Y el otro tipo elegido es el de las sociedades anónimas en las cuales el capital de la sociedad se divide en acciones y la responsabilidad de los socios a la integración de las acciones suscriptas.

5.5. *Administración y representación de la sociedad*

El principio general en materia de administración de la sociedad civil está contenido en el artículo 1676 del Código Civil, confor-

21. ACQUARONE, María T., *op. cit.* (cfr. nota 2), p. 200.

me el cual: “El poder de administrar la sociedad corresponde a todos los socios, salvo que ellos hubieran nombrado uno o más mandatarios, socios o terceros”.

Rigen para estas sociedades las normas del mandato y no la doctrina orgánica que caracteriza al funcionamiento de las sociedades mercantiles. El mandato puede ser hecho en el contrato constitutivo o después de constituida la sociedad; en el primer caso, no puede ser revocado sin causa legítima, y el socio administrador que lo ha recibido puede, a pesar de la oposición de los otros socios, ejecutar todos los actos que entran en la administración del fondo común.

La administración de la sociedad implica un mandato general que comprende los negocios ordinarios de ella, con todas sus consecuencias, entendiéndose por tal a los comprendidos en el objeto de la sociedad y el fin para cuyo cumplimiento la sociedad ha sido creada (artículo 1691 del Código Civil). No obstante ello, la ley ha considerado como actos extraordinarios los siguientes: a) Aquellos para los cuales la ley requiere poderes especiales, estando comprendido los enunciados en el artículo 1881 del Código Civil; b) Las innovaciones sobre los inmuebles sociales, y c) La modificación del objeto de la sociedad, aunque de ello resulte utilidad para la entidad (artículos 1694 y 1695 del Código Civil)²².

5.6. *Gobierno de la sociedad civil.*

Adopción de resoluciones sociales

Puede establecerse como principio general que las decisiones que tengan por objeto la modificación del contrato social, así como la realización de actos desvinculados al objeto social, la exclusión de socios o la incorporación de nuevos integrantes, requieren de la decisión unánime de todos ellos (artículos 1670 y 1672 del Código Civil).

Respecto de la reforma del contrato, el Código prevé dos clases de resoluciones: a) La de mayoría, que se computa siempre de personas, y b) La unanimidad, porque considera que ha sido condición de los socios incorporarse con esas características. Para la de mayoría, esta se prevé para la resolución de negocios extraordinarios en el artículo 1697, por el cual se entiende que es todo acto de administración no comprendido en el conjunto de actividades circunscriptas al objeto-fin de la

22. NISSEN, Ricardo A., *Curso de derecho societario*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006, 2ª ed. act. y ampl., p. 349.

sociedad. Se requerirá unanimidad cuando se trate de actos prohibidos en el contrato (artículo 1698) y la reforma del objeto que reglamenta el artículo 1695 en su segunda parte que expresa que: “El mandato general no autoriza para hacer innovaciones sobre los inmuebles sociales, ni modificar el objeto de la sociedad, cualquiera que sea la utilidad que pueda resultar de esos cambios”.

5.7. *La responsabilidad del arquitecto o profesionales de la construcción*

5.7.1. *Antes de la recepción de la obra*

Coincidimos con Acquarone²³ quien expresa que la responsabilidad de estos debe considerarse antes de la recepción de la obra y después de la entrega. En el caso de la primera, debe considerarse la de pérdida o deterioro de la obra (art. 1630), y distinguir según haya suministrado solo su industria o también los materiales, pero no el terreno necesario; o que aporte su industria, los materiales y también el terreno sobre el cual de va a edificar la obra. El Código Civil establece que en el caso de que el empresario suministre solo su trabajo, frente a la pérdida o deterioro producido por caso fortuito, no puede reclamar ningún estipendio a no ser que haya habido morosidad para recibirla, o que la destrucción haya advertido esta circunstancia oportunamente al dueño. El artículo continúa explayándose sobre esta cuestión, respecto de la advertencia oportuna, y establece que, si el material no era a propósito para el empleo al que lo destinaban, el obrero es responsable del daño, si no advirtió de ello al propietario, si la obra resultó mala, o se destruyó por esa causa. La jurisprudencia ha sostenido que

[...] en función de lo preceptuado por el artículo 1630 del Código Civil, la responsabilidad del empresario se extiende en todos los casos durante la ejecución de la obra y, si en ese lapso la cosa se deteriora o destruye por su culpa, la doctrina es extensible al caso de incendio, la responsabilidad del locador de obra existe hasta tanto demuestre que el hecho fue causado por caso fortuito o fuerza mayor (“Industria y Comercio Cía. Arg. de Seguros S. A. c/ Arapian, Roberto”, CNEsp. Civ y Com., Sala 2ª, 18/2/1987) y dado que corre por cuenta del empresario la prueba de que advirtió al dueño acerca de la mala calidad de los materiales o de

23. ACQUARONE, María T., *op. cit.* (cfr. nota 2), p. 155.

que eran inadecuados para el destino en que se los empleó si no se produjo ninguna prueba al respecto, es responsable por los defectos que presenta la obra a su cargo, debiendo indemnizar los daños y perjuicios por aplicación de lo dispuesto en los arts. 505, inc. 3, 625, 519, 520, 901, 902, 903 y 1630 del Código Civil (“Gabor S. A. c/ Tintorería Industrial Modelo S. A.”, CNCiv. Sala D, 19/6/1990, LL, 1991-D-133).

Se ha sostenido que este principio por el cual el empresario es responsable hasta la entrega por la pérdida o destrucción obedece a que el riesgo subsiste a cargo del artífice hasta dicha entrega, y por eso tampoco tienen derecho a cobrar hasta que ello no suceda, y sería parte del principio de que las cosas decrecen y perecen para su dueño, ya que sería el dueño del opus hasta la entrega.

Tiene derecho a cobrar cuando: a) la destrucción ocurre después de entregada la obra; b) cuando sucede después de haber sido el locatario constituido en mora; c) cuando se produce la destrucción por vicio de los materiales (mala calidad de los materiales), siempre que no haya culpa por su parte. En estos casos, sostiene Spota que el comitente es el que constituye la causa del daño en lo que atañe la relación jurídica frente al empresario. La destrucción por caso fortuito mediando mora del acreedor en recibir la obra cae dentro de esta consideración. La obra debe haber sido entregada, o la mora existir antes de la recepción de esta.

En el supuesto de que el locador de obra provea los materiales y el locatario de la obra, el terreno, se produce otra situación no contemplada por el Código Civil, en la cual se infiere que el empresario pierde no solo su estipendio, sino también la materia accesoria que había entregado. Sostiene Spota que no se aplicaría el principio de accesión según el cual las cosas acrecen y perecen para el dueño del suelo, ya que no se consideraría una pérdida para el dueño o comitente sino para el empresario que hizo la obra con sus materiales. Siempre queda a salvo la situación del que contrata con el sistema de coste y costas.

En el supuesto en el cual la materia principal es proveída por el locador de obra, este soporta el riesgo, ya que el caso fortuito acaecido antes de la recepción provisional corre por cuenta del locador que proveyó la materia a menos que el locatario haya sido puesto en mora o que mediare supuesto de culpa que constituya la causa adecuada de la ruina o deterioro y

no el caso fortuito. La mora del locatario pone el caso fortuito a su cargo.

En el supuesto de que el locador de obra provea los materiales y el locatario de la obra el terreno, se produce otra situación no contemplada.

En supuesto de que el locador de la obra provea también el terreno soporta los riesgos hasta la entrega, a menos que el locatario de la obra haya sido puesto en mora.

Todos estos supuestos tienen una excepción en el sistema de contratación por coste y costas, ya que el riesgo de la obra impone, cuando resulta necesario, rehacerla total o parcialmente por evento fortuito, una expensa que integran el coste (gastos directos e indirectos) y las costas (remuneración pactada por las partes).

También se debe considerar que, cuando la destrucción se produce por caso fortuito, el empresario debe rehacer la parte de la obra que se destruyó, excepto en el sistema de contratación distinto al de coste y costas.

5.7.2. *Después de recibida la obra*

La recepción de la obra produce efectos sustantivos en lo que respecta a la responsabilidad del empresario. La verificación de la obra, su recepción provisional (total o parcial) y su recepción definitiva (también total o parcial) libera al empresario de la responsabilidad por vicios aparentes y también queda liberado por la responsabilidad por vicios ocultos si no fueran denunciados dentro de los sesenta días.

La responsabilidad que subsiste después de la entrega es por la ruina total o parcial de la obra. El artículo 1646 sostiene que

[...] tratándose de edificios u obras en inmuebles destinados a larga duración, recibidos por el que los encargo, el constructor es responsable por su ruina total o parcial, si esta procede de vicio de construcción o de vicio del suelo o de mala calidad de los materiales, haya o no el constructor previsto estos o hecho la obra en terreno del locatario.

Para que sea aplicable la responsabilidad, deberá producirse la ruina dentro de los diez años de recibida la obra y el plazo de prescripción de la acción será de un año a contar del tiempo en que se produjo aquella [...].

Al respecto, Spota sostiene que se trata de una obligación contractual que está a cargo tanto del empresario como del directo de obra y, en su caso, del autor del proyecto. La obligación de responder nace de la obligación contractual de resultado material e inmaterial, ya que no se concibe dicho resultado cuando la obra realizada adolezca de vicios tan graves que conduzcan a la ruina parcial o total de la obra²⁴.

5.8. *Disolución parcial y total de la sociedad civil*

Cuando alguno de los socios fallece o se retira puede producirse la disolución parcial de la sociedad y se liquida la parte del patrimonio que le correspondía. En esos casos se disuelve el vínculo, por lo que sería una disolución parcial. La Ley 17.711 incorporó una norma al Código Civil, el artículo 1788 bis, que establece que en la liquidación parcial de la sociedad por fallecimiento o retiro de algún socio la parte del socio fallecido o saliente se determinará, salvo estipulación en contrario del contrato social, computando los valores reales del activo y del valor llave, si existiese. En este caso la sociedad queda subsistente, salvo que se trate de una sociedad de dos socios y sea uno de ellos el que fallezca, ya que estaríamos en el caso de una disolución total.

La otra situación que se presenta es la disolución de la sociedad que se produce por distintos hechos que pueden ocurrir y que producen la disolución total del ente. Estos hechos o circunstancias fácticas, se denominan causales y pueden tener distintos orígenes. Una vez que se produce la causal comienza el proceso liquidatorio mediante el cual el emprendimiento iniciado a través de la estructura societaria va cobrando sus créditos, pagando las deudas, y finalmente, se distribuye el remanente, si lo hay.

Dentro de las causales de disolución de las sociedades podemos enunciar: el cumplimiento del objeto; el vencimiento del plazo, si fue fijado en el contrato social (artículo 1765 del Código Civil); la imposibilidad de cumplir con el objeto para el cual se creó la sociedad (artículos 1771 y 1772 del Código Civil; la incapacidad sobreviviente artículo 1770 del Código Civil); la salida o exclusión de algún socio.

24. Ídem, pp. 56-57.

5.9. *Liquidación de la sociedad civil y partición de los bienes sociales*

Disuelta la sociedad, continúa la liquidación con un nuevo objetivo que es cobrar las deudas, pagar lo que debe y finalmente distribuir el remanente. El Código Civil remite a las normas del Código de Comercio sobre la liquidación de las sociedades comerciales en el artículo 1777. La remisión de esas normas ha sido suplida por las de la Ley 19.550, por los artículos 101 a 112.

No habiéndose previsto cláusulas que reglamenten la partición de los bienes sociales que quedaren en el patrimonio social una vez cancelado el pasivo, se aplicarán las normas que el Código Civil contiene en materia de división de herencias.

El administrador es el liquidador natural si no hay otro designado, y sus facultades van a surgir del objeto de la liquidación. Como uno de los objetivos del liquidador es distribuir el remanente si quedare, tendrá que confeccionar un balance final y un proyecto de distribución que, en el caso de la sociedad civil, deberá responder a lo que los socios hubiesen convenido respecto a la participación en las ganancias y pérdidas y, en su defecto, a las normas supletorias previstas en los artículos 1778 y 1788.

Es importante que, como en muchos aspectos de la sociedad civil, se pueda pactar entre los socios la forma de distribuir el remanente, lo que facilita la utilización de la sociedad civil para la construcción de un edificio, para determinar cuál es la inversión de cada socio y la adjudicación de una determinada unidad funcional.

En el caso planteado, si la sociedad no puede dar cumplimiento a su objeto específico, la construcción del edificio y adjudicación de las unidades resultantes a sus socios, se liquidará entonces de acuerdo con el régimen de las sociedades mercantiles. Si, como es previsible, se liquidara por cumplimiento de su objeto, regirían las disposiciones de las cláusulas 21 y 23 que son compatibles con los citados artículos de la Ley de Sociedades Comerciales. Como sabemos, es inaplicable a la sociedad civil la obligación de inscribir el nombramiento del liquidador.

6. Tercer caso: construcción por fideicomiso

6.1. Introducción

La Ley 24.441, denominada Ley para el Financiamiento de la Vivienda y de la Construcción, presentó desde sus comienzos graves dificultades para sentar las bases que sirvieran para dinamizar la actividad inmobiliaria.

En sus primeros años, el fideicomiso fue utilizado como una herramienta por las entidades financieras para negocios de gran porte, como un adecuado refugio para los inversores tradicionales.

A partir de 2002, luego de la crisis económica y social que sufrió nuestro país, el fideicomiso fue protagonista casi excluyente tanto para el desarrollo de negocios inmobiliarios, como para la creación de fondos de inversión que de manera directa o indirecta contribuyeran a tal fin.

El contrato de fideicomiso que no resulta un fin en sí mismo ha funcionado como un excelente vehículo mediante el cual se ha obtenido seguridad jurídica y confianza para los inversores y distintos participantes de los emprendimientos inmobiliarios.

Hoy, su tratamiento y control se equiparó al de las otras figuras jurídicas que habilitan la separación patrimonial, como forma de dotar de seguridad a los inversores. Esto pone al fideicomiso en un pie de igualdad con las restantes alternativas idóneas para transportar seguro un negocio inmobiliario.

El llamado *fideicomiso inmobiliario* no es una especie tipificada del género contractual fideicomiso ni tiene una regulación propia, sino que es una más de sus variadas aplicaciones.

6.2. Fideicomiso. Generalidades

Entendiendo que ha sido tratado acabadamente por la doctrina el análisis del concepto, los sujetos y las características del contrato de fideicomiso, describiremos someramente cada una de ellas a los efectos de hacer hincapié en aquellos puntos que consideramos más relevantes en el tema de análisis.

Dentro de la concepción del negocio jurídico fiduciario podemos incluir a todos los actos o negocios jurídicos en los que la *confianza* que inspira uno de los contratantes es el elemento decisivo para la celebración del negocio.

En el artículo 1 de la Ley 24.441, se define la figura diciendo:

Habr  fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciaria) quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designa en el contrato (beneficiario) y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o una condición, al fiduciante, el beneficiario o al fideicomisario.

El artículo 73 de la Ley sustituye el artículo 2662 del Código Civil, quedando con la siguiente redacción, a saber:

Dominio fiduciario es el que adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato, 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.

Una de las características más relevantes del dominio fiduciario es que los bienes integrantes de la propiedad fiduciaria constituyen un *patrimonio separado* del patrimonio del fiduciario, del fiduciante, del beneficiario y del fideicomisario, por lo que los bienes fideicomitados quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario y del fiduciante, quedando a salvo la acción de fraude. Por su parte, el artículo 16 de la ley establece que “los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso”.

Las partes de este fideicomiso son el fiduciante o fideicomitente, el beneficiario, el fiduciario, y el fideicomisario.

El *fiduciante* es el transmitente de los bienes. Como tal debe ser persona capaz, tener capacidad legal suficiente para transmitir los bienes que van a ser objeto de fideicomiso, lo que la ley llama los bienes fideicomitados o bienes que integrarán la propiedad fiduciaria. El fideicomitente puede ser una persona física o una persona ideal o jurídica. El fiduciante, podría al final del fideicomiso, ser el receptor de los mismos, o puede constituirse en beneficiario, durante la vigencia del fideicomiso.

El *beneficiario* es el sujeto que durante la vigencia del fideicomiso est  recibiendo las ventajas de esos bienes. Es el que aprovecha el resultado económico del fideicomiso, mientras no se encuentre cumplida la condición, ni se encuentre vencido el

plazo. Puede designarse más de un beneficiario, en cuyo caso salvo indicación en contrario del contrato, concurrirán a los beneficios por partes iguales.

El *fiduciario* es aquel que adquiere los bienes entregados por el fiduciante, y tiene a su cargo la gestión del patrimonio fideicomitado para la obtener los fines propuestos al constituirse el fideicomiso y la transmisión del mismo, al fideicomisario, una vez cesado el mismo. Si bien actúa en nombre propio y por cuenta propia, lo hace en beneficio de otra persona, el beneficiario, por lo que se encuentra obligado a rendir cuentas de su gestión a este último al menos una vez al año, y al fiduciante, si así se hubiese previsto en el contrato. Este sujeto es titular de un derecho real de dominio imperfecto, revocable. Pueden ser fiduciaras tanto las personas físicas como las jurídicas. No podrá ser beneficiario ni fideicomisario. Salvo estipulación en contrario, tiene derecho al reembolso de los gastos y a una retribución. A nuestro entender, el fiduciario es la figura más importante del contrato, ya que sobre él fue depositada la confianza, puesto que de su obrar diligente surgirá el provecho del negocio.

El *fideicomisario* es aquel sujeto a quien los bienes fideicomitados se van a entregar cuando termine el fideicomiso. Es decir, es el sujeto que recibe el patrimonio fideicomitado una vez que se haya cumplido la condición o fenecido el plazo dispuesto para su duración.

6.3. *Contrato de fideicomiso*

6.3.1. *Conveniencia de su instrumentación a través de la escritura pública*

El fideicomiso es un contrato formal, según surge de Ley 24.441, que en el artículo 12 establece: “El carácter fiduciario del dominio tendrá efecto frente a terceros desde el momento en que se cumplan las formalidades exigibles de acuerdo a la naturaleza de los bienes respectivos”. Asimismo en el artículo 3, al referirse al fideicomiso constituido por testamento, ordena que este se encuentre realizado “en algunas de las formas previstas por el Código Civil [...]”.

El contrato siempre debe celebrarse por escrito, ya que la ley impone previsiones referidas a las partes, al plazo o condición, los bienes objeto del mismo, su movilidad patrimonial, la

rendición de cuentas y la retribución del fiduciario, que si el mismo no fuera escrito, no podría cumplirse con las previsiones de la ley.

Existe una dualidad entre el contrato de fideicomiso y la propiedad fiduciaria. Nada impide que coexistan en el mismo negocio fiduciario, la celebración del contrato formalizada por instrumento privado, y la transmisión del dominio fiduciario de inmuebles por escritura pública.

Es recomendable instrumentar el contrato de fideicomiso por escritura pública, ya que ofrece ventajas respecto de la fecha cierta y autenticidad, y por la matricidad que permitirá evitar cualquier contingencia del documento portante del contrato. También se debe destacar la función de asesoramiento que brinda el notario en las audiencias previas con las partes, logrando una adecuada redacción del contrato, en la medida de sus necesidades, a través del conocimiento e indagación de la voluntad de las partes, con el fin de evitar conflictos, errores de interpretación y seguridad de los derechos de las partes y de terceros.

El contrato de fideicomiso será la base instrumental del emprendimiento inmobiliario a desarrollar, por lo que la actividad del notario se torna esencial para la redacción de un documento adecuado a tal fin. Nace la necesidad de preparar un instrumento con anterioridad al inicio de la obra que regule el accionar del fiduciario y los distintos alcances de su función.

Ante la ausencia de la obligación legal de registración de los contratos de fideicomiso, en los casos en que los bienes sean registrables, deberán anotarse los cambios de titularidad en los registros respectivos, resultando aconsejable la celebración del contrato por escritura pública, como una forma de *registrar el contrato*, incorporándolo a las matrices del registro notarial, obteniendo de esta forma un medio de oponibilidad del mismo.

6.3.2. *Inscripciones registrales*

Como ya lo hemos mencionado en el punto anterior, en nuestro derecho no se registran los contratos de fideicomiso, sino solo las transferencias del derecho real de dominio fiduciario.

El fiduciante se desprende del dominio pleno del bien, pero este ingresa al patrimonio del fiduciario como dominio imperfecto. El dominio continuará teniendo sus facultades y se transferirá pleno en el caso de que el fiduciario deba, en cumpli-

miento de los fines del fideicomiso, entregarlo a un tercero, el beneficiario o el fideicomisario, quienes adquirirán nuevamente el dominio pleno o perfecto del bien, por haber desaparecido para ellos el plazo o la condición que generaba la imperfección, referido solo a su carácter de perpetuo en cabeza del fiduciario.

La transferencia de la propiedad se realiza de acuerdo con lo que determinen las normas en cada caso, conforme la naturaleza misma de la cosa transferida. Cada tipo de transferencia tiene un régimen diverso que puede exigir o no el cumplimiento de actos previos a la transferencia. Proponemos la creación de un *registro de fideicomisos* que permita a los terceros obtener esta *posibilidad de conocimiento* respecto de los lineamientos de las facultades del fiduciario que resultará su contraparte, o con el que se vinculará de algún modo.

En el fideicomiso, al no estar inscripto, las restricciones impuestas al fiduciario no serán obligatoriamente conocidas por los terceros contratantes, y por ello deberá probarse concretamente el conocimiento del tercero de dicha limitación, para probar que existió mala fe de su parte.

6.3.3. Aspectos impositivos del fideicomiso

En la Ley 24.441 encontramos normas tributarias solo referentes al fideicomiso financiero. Los artículos 83 y 84 se limitan a establecer exenciones impositivas para ciertos fideicomisos financieros y otra excepción para la transferencia fiduciaria de créditos, respecto al Impuesto al Valor Agregado.

Dado los principios generales del derecho tributario, debemos hacer una interpretación integrativa de los negocios fiduciarios, pues constituyen una nueva realidad, para ubicar correctamente la relación tributaria principal, que es el vínculo jurídico obligacional que se entabla entre el fisco (sujeto activo), y el contribuyente (sujeto pasivo) que está obligado a la prestación, y que está constituido por un *patrimonio de afectación*, y no por un contribuyente, persona física o jurídica²⁵.

A su vez, el fideicomiso carece de personalidad jurídica propia, por consiguiente, no es sujeto de derecho; es solo una relación jurídica obligacional que se caracteriza por la transferencia, actual o futura, al fiduciario de bienes a título de confianza²⁶.

El fiduciario, titular de dominio del patrimonio de afectación, deberá contabilizarlo en sus balances, pero en una cuen-

25. CLUSELLAS, Eduardo G. y ORMAECHEA, C., *Contratos con garantía fiduciaria*, Buenos Aires, La Ley, 2007, 2ª ed. act. y ampl., p. 44.

26. FREIRE, Bettina V., *El fideicomiso. Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios*, Buenos Aires, Ábaco, 1997, p. 166.

ta especial no patrimonial, ya que para él se trata de bienes que carecen de trascendencia económica. Tampoco la calificación tributaria ni la imputación que corresponda al fideicomiso se confundirá con la de su titular.

Consideramos que una correcta reglamentación debería procurar que la figura fiduciaria, al no aportar riqueza, tenga un resultado impositivo neutro.

El Decreto 780/95, en los artículos 10 y 13 establece que “[...] quienes con arreglo a la Ley 24.441 asuman la calidad de fiduciarios quedan comprendidos en las disposiciones del art. 16, inciso e, de la Ley 11.683, por lo que en su carácter de administrador de patrimonios ajenos deberán ingresar el impuesto”. De esta forma coloca a los fiduciarios como responsables de deuda ajena y la remisión a la ley de procedimiento tributario los ubica asimismo como responsables solidarios junto a los deudores del tributo, frente al incumplimiento por parte de estos de sus obligaciones tributarias.

La legislación tributaria nacional coloca al fiduciario en la misma posición jurídica que el director de una sociedad anónima o gerente de una sociedad de responsabilidad limitada.

La instrumentación de un fideicomiso no da nacimiento a un sujeto de derecho, sino que crea un *patrimonio de afectación* separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante, cuyo destino consiste en llevar a cabo el fin instituido por este último. Esta es la característica *especial* de la figura, que busca proteger el negocio que instrumenta mediante la separación de patrimonios, apartándose así de la concepción clásica de patrimonio, consagrado en el artículo 2312 del Código Civil. Existía una unión muy fuerte entre la persona y el patrimonio, ya que no se concebía un patrimonio sin una persona como titular del mismo, como no se admitía la existencia de más de un solo patrimonio en cabeza de un sujeto de derecho.

Eduardo G. Clusellas y Carolina Ormaechea²⁷ sostienen, a nuestro entender con acierto, que existe una supuesta contradicción entre el régimen impositivo y la legislación de fondo, ya que el primero considera al fiduciario como administrador de bienes ajenos, cuando en realidad este es titular de un derecho real de dominio, aunque imperfecto, o propietario según sea el caso, de los bienes objeto del patrimonio de afectación. El fiduciario administra bienes propios, pero sujeto a un plazo o condición y destinados a ser transferidos a un tercero al producirse tales hechos.

27. CLUSELLAS, Eduardo G. y ORMAECHEA, C., *op. cit.* (cfr. nota 25), p. 128.

Luego analizaremos en particular, el aspecto impositivo de la transmisión de dominio que realiza el fiduciario a favor del fiduciante-beneficiario, en cumplimiento de lo previsto por las partes en el contrato.

6.4. *Facultades de disposición del fiduciario*

6.4.1. *Necesidad de consentimiento del fiduciante o el beneficiario*

Las facultades de disposición del titular del dominio fiduciario son casi las mismas que las del dueño pleno o perfecto, pues la diferencia principal radica en que el primero es temporario, mientras que al segundo lo caracteriza la perpetuidad.

El artículo 17 de la Ley 24.441 establece que “el fiduciario podrá disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que para ello sea necesario el consentimiento del fiduciante o del beneficiario, a menos que se hubiere pactado lo contrario” y el artículo 16, señala que “las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso serán satisfechas con los bienes fideicomitidos”.

El fiduciario tiene legitimación frente a terceros para disponer de la cosa, pero con las restricciones al poder de disposición jurídica que asiste al titular fiduciario. Para determinar esa facultad de disposición será necesario tener en cuenta, en primer lugar, lo estipulado por las partes en el contrato; en segundo lugar, la finalidad de las partes al realizar el negocio; en tercer lugar, las pautas de conducta indicadas en el artículo 6 de la Ley, por lo que el fiduciario deberá cumplir con las obligaciones impuestas por la Ley o la convención “con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él”; y una cuarta limitación no resulta del texto de la ley sino que permanece sin derogar en el Código Civil: la prohibición para el fiduciario de constituir usufructo (art. 2841), prohibición que se hace extensiva a los derechos reales de uso y habitación.

En caso de haberse previsto la necesidad del *consentimiento del fiduciante o el beneficiario*, y estos se negaran a prestarlo, la omisión de dicha consulta acarreará para algunos la ineficacia del acto dispositivo²⁸ y, para otros²⁹, puede acarrearles consecuencias en el plano obligacional, pero de ninguna manera puede ser impedimento a su facultad de disponer.

28. ETCHEGARAY, Natalio P., “Posibilidades de utilización del fideicomiso en la contratación habitual en sede notarial”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 868, abril-junio 2002, p. 108.

29. BERNARDO, Liliana I. y otros, “La difusión y aplicación del contrato de fideicomiso”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, n° 934, septiembre-diciembre 1999, p. 652.

Quienes sostienen que la *falta de consentimiento conducirá a la ineficacia del acto dispositivo*, fundamentan su posición, en que

[...] la mención expresa del artículo 17 en la Ley 24.441, cuando permite que por vía del contrato se recorten las facultades dispositivas del fiduciante, establece una de las características básicas del instituto del fideicomiso. Esta figura jurídica debe ser analizada como una estructura independiente, con características propias y tipificantes, una de las cuales sería justamente esta: la posibilidad de restringir las facultades del fiduciario.

Natalio Pedro Etchegaray sostiene que

[...] no parece coherente analizar los alcances del dominio que tiene el propietario fiduciario a la luz de los artículos 1364 y 2612 del Código Civil cuando, respectivamente, prohíben imponer por vía contractual la cláusula de no enajenar o declaran válida la enajenación hecha por un propietario, aunque se hubiere obligado a no hacerlo.

Considera que estos artículos sientan un principio aplicable al derecho de propiedad tal como lo estructura el Código Civil, pero que no necesariamente debe extenderse a la propiedad fiduciaria, reglamentada de manera especial por una ley posterior y con características básicas propias. Argumenta que si se tratara de un aspecto solamente remitido a las relaciones internas entre los sujetos del fideicomiso no se lo hubiera mencionado expresamente, ya que esa situación estaría dentro de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes y se ubicaría en las previsiones que establece el inciso e del artículo 4 de la Ley 24.441, respecto de los derechos y obligaciones del fiduciario.

Cuando ha sido prevista en el contrato, la necesidad de la consulta al fiduciante o al beneficiario por parte del fiduciario es un aspecto que trasciende la mera relación interna entre ellos. Así lo han reconocido los registros de la propiedad, al establecer la necesidad de registrar y publicitar esta limitación de los poderes dispositivos del propietario fiduciario.

Aquellos que sostienen, a nuestro entender con acierto, *que la falta de consentimiento del fiduciante o del beneficiario no puede ser impedimento a su facultad de disponer* argumentan que el fideicomiso es un contrato de confianza, en el que el fiduciario debe obrar con la prudencia y diligencia de un buen hombre de

negocios, y se trata por ello de un experto en la materia, que se encuentra en una mejor posición para determinar la conveniencia de la enajenación de la cosa.

Para el caso de que se piense que es indispensable el consentimiento, estaríamos en presencia de otra clase de negocio jurídico, por ejemplo de un mandato en el que el fiduciario debe obrar según instrucciones de su mandante (quien conserva la propiedad). En el fideicomiso no hay mandato sino transmisión de dominio porque así lo quisieron las partes involucradas. Sin perjuicio de lo expuesto, si el fiduciario ejerce sus facultades en forma indebida o perjudicial a los fines del fideicomiso, deberá responder por los daños y perjuicios derivados de su incumplimiento contractual. Puede además suceder que si el fiduciante no está de acuerdo con la decisión del fiduciario pueda revocar el contrato si se reservó esa facultad (art. 25, inc. b, de la ley) o bien solicitar la designación de un sustituto (arts. 9, inc. a, y 10 de la ley)³⁰.

Nosotros adherimos a esta última posición ya que entendemos de ningún modo puede obstaculizarse la facultad de disponer que tiene el fiduciario porque, al menos temporalmente, es el dueño de la cosa con todo lo que ello implica.

Realizando una mirada de la estructura finalista del contrato, resulta indispensable utilizar mecanismos tendientes a impedir que la existencia de una instrucción confusa conspira contra la realización de los fines del fideicomiso. Lo importante es que los actos de disposición no se aparten de los fines del fideicomiso, cuya estimación estará a cargo del fiduciario quien, obrando con la diligencia de un buen hombre de negocios, deberá evaluar la conveniencia de la operación. Claro está que, si el fiduciario ejerce sus facultades en forma perjudicial a los fines del fideicomiso, deberá responder por los daños y perjuicios causados por su incumplimiento contractual, pero de ningún modo podrá acarrear la ineficacia del acto dispositivo.

No dudamos en sostener que, si en el contrato se previó la necesidad de obtener el consentimiento del fiduciante o del beneficiario, siempre será conveniente que el fiduciario cumpla con la obligación asumida al firmar el contrato, ya que su actitud puede incidir en su ulterior responsabilidad contractual, pero de ningún modo puede afectar a los terceros adquirentes, en tanto sean de buena fe y a título oneroso. Pero para alegar su buena fe, el tercero deberá requerir el consentimiento del fiduciante o del beneficiario, en caso de estar previstas contractualmente.

30. Ídem, p. 651.

6.4.2. Prohibición de enajenar

Si se hubiera pactado en el contrato la *prohibición de enajenar al fiduciario*, creemos, al igual que Lisoprawski³¹, que dicha cláusula debe tenerse por no escrita, y solo puede incidir en la reparación de daños y perjuicios, ya que la propiedad fiduciaria es un derecho real de dominio y que es de la esencia de este derecho el *ius abutendi*. La prohibición de disponer tendría, por otra parte, que tener un plazo breve de vigencia. Mientras que el fideicomiso puede tener una duración de hasta 30 años (art. 4, inc. c, de la ley) contradiciendo este plazo el espíritu del Código Civil que solo las admite para los actos a título gratuito y por un plazo máximo de diez años (art. 2613). Otro argumento a tener en cuenta es que la prohibición de enajenar, en un acto a título oneroso, contradice lo dispuesto por los artículos 1364 y 2612 del Código Civil, que respecto a la compraventa prohíbe la cláusula de no enajenar la cosa vendida a persona alguna más no a una persona determinada. El artículo 2612 en el capítulo a las restricciones y límites al dominio establece que “el propietario de un inmueble no puede obligarse a no enajenarlo y si lo hiciere la enajenación será válida, sin perjuicio de las acciones personales que el acto puede constituir contra él”. Nuestro Código es contrario a la indisponibilidad ilimitada de los bienes, lo que se afirma en el artículo 2692, referido al condominio, por el cual cada copropietario puede pedir en cualquier tiempo la división de la cosa común. El artículo 2693 establece que los condóminos no pueden renunciar de manera indefinida al derecho a pedir la división, permitiéndoles convenir la suspensión de la división por el término máximo de cinco años, período que podrán renovar las veces que juzguen conveniente. El artículo 3732 referido a los testamentos dice que son de ningún valor las disposiciones del testador por las que declare inenajenable el todo o parte de la herencia, y el artículo 3781, entiende que la cláusula de no enajenar se tendrá por no escrita si se lega una cosa con la condición de no enajenarla y la enajenación no compromete ningún derecho de tercero. La norma impone una sola limitación a la facultad de disponer: que se ajuste a los fines del fideicomiso.

31. LISOPRAWSKI, Silvio, *Práctica del fideicomiso. Problemas y soluciones. Aspectos civiles, comerciales y penales*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2009, p. 219.

7. Extinción del fideicomiso

7.1. *La actividad ultra vires del fiduciario*

La actividad del fiduciario como propietario imperfecto en la etapa pos extinción del fideicomiso, se ve reforzada por la previsión del artículo 26 de la Ley 24.441, que establece: “Producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario estará obligado a entregar los bienes fideicomitidos, al fideicomisario o sus sucesores, otorgando los instrumentos o contribuyendo a las inscripciones registrales que correspondan”. La ley contiene tácitamente una actuación *ultra vires* del fiduciario.

El contrato puede finalizar de dos maneras: la extinción por *causas naturales* (art. 25), o la *traumática* o *de liquidación* por insuficiencia. En esta última, al no autorizar la ley el concurso o la quiebra, los acreedores del fiduciario, se encontrarán con el procedimiento de liquidación *extrajudicial* establecido en el último párrafo del artículo 16 de la ley:

La insuficiencia de bienes fideicomitidos para atender estas obligaciones no dará lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procederá a su liquidación, la que estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conforme el orden de privilegios previstos para la quiebra [...]

Mientras los bienes permanezcan en poder del fiduciario, continuará el patrimonio separado respecto de los acreedores con los que se obligó, con la plenitud de los derechos y las obligaciones del fiduciario respecto de las partes del contrato, los acreedores y los deudores del fideicomiso limitado por la naturaleza del estado de liquidación que supone ese *ultra vires*³².

7.2. *Conclusión normal del fideicomiso*

En el dominio fiduciario, como lo señalamos anteriormente, al igual que en el dominio revocable y en el imperfecto, se encuentra afectado uno de los caracteres esenciales del derecho real de dominio: la perpetuidad. El dominio deberá ser restituido a otro sujeto distinto del titular, al momento de producirse el cumplimiento de la condición o el plazo.

32. Ídem, p. 247.

La versatilidad del negocio fiduciario nos permite restituir al que antes dio, es decir, al fiduciante, o a una persona diferente, que a su vez ha recibido los beneficios de la gestión (beneficiario) y, hasta tenemos la posibilidad de que esta restitución sea hecha a favor de un tercero del negocio fiduciario (fideicomisario). A diferencia del dominio revocable que solo admite que, producida la causa de revocación, deba restituirse el dominio al transmitente.

En el fideicomiso, otra de las particularidades la encontramos en que, a diferencia de lo que ocurre en el dominio revocable, la propiedad fiduciaria sometida a gestión tiene la posibilidad de mutar, alterar su naturaleza y transformarse, siempre aplicando el principio de la subrogación real. El patrimonio de afectación es esencialmente dinámico. Por eso, el fiduciante pone dinero que finalmente se le restituye en inmueble. O puede aportar inmueble y recibir dinero, finalmente, a modo de restitución. Pero no por haberse alterado la naturaleza de los bienes del fideicomiso dejan de ser los que, subrogados, se restituyen a quien mande el contrato.

En el fideicomiso inmobiliario, la propiedad de bienes y cosas fiduciariamente transferidas, alteran su naturaleza. Incluso cuando el fiduciante es aportante del terreno que constituye el inmueble general, transfiere fiduciariamente dominio común y se le restituye una cosa sometida a un derecho real diferente, que es el derecho real de propiedad horizontal, pues ha cambiado la naturaleza propia de la cosa.

El artículo 25 de la Ley 24.441 dice que

El fideicomiso se extinguirá por: a) El cumplimiento del plazo o la condición a que se hubiere sometido o el vencimiento del plazo máximo legal; b) La revocación del fiduciante si se hubiere reservado expresamente esa facultad; la revocación no tendrá efecto retroactivo; c) Cualquier otra causal prevista en el contrato.

En virtud de los artículos citados se concluye que, en los fideicomisos para la construcción, el cumplimiento definitivo de la manda fiduciaria será la efectiva transmisión de dominio a favor de quién resulte adjudicatario de los derechos previstos en el contrato (o sus sucesores particulares o universales) en el plazo previsto.

7.3. Conclusión anticipada del fideicomiso

Puede ocurrir que desde el momento de la extinción del contrato hasta el cumplimiento de la obligación de *entregar* los beneficios a favor de quien corresponda, se produzca un espacio temporal, acarreando diversos problemas.

Una vez extinguido el fideicomiso, los bienes fideicomitidos, los pasivos, y las relaciones de toda naturaleza que estableció el fiduciario, mantienen vigencia. Pero dicha circunstancia no cuenta con regulación legal que la contemple, por lo que la doctrina y la jurisprudencia, brindaron soluciones a los problemas planteados. Algunos autores³³ proponen la creación de un registro de contratos de fideicomiso para que “el estado de liquidación tenga algún viso de exteriorización registral”, no solo para poder determinar quien será el liquidador, sino para advertir a los terceros de esta situación.

7.3.1. Legitimación del fiduciario

Uno de los mayores problemas planteados en relación al cumplimiento de la condición o el vencimiento del plazo en el fideicomiso, lo encontramos en la falta de legitimación que algunos le atribuyen al fiduciario.

La jurisprudencia ha entendido este problema en varios fallos judiciales. La Sala E de la Cámara Nacional en lo Comercial, de “Centrifin S. A. s/ concurso Preventivo s/ Incidente de Revisión por Banco Comafi S. A.”, resaltó que

[...] aun de haber finalizado el fideicomiso por vencimiento, para el caso de que no se hubieren liquidado todos los activos, el fiduciario debía igualmente realizarlos, lo cual se traduce, en el caso de los créditos, en su cobro, disipando así toda duda en torno del aspecto sustancial de la legitimación³⁴.

Los jueces de la Cámara Nacional en lo Civil, Sala H, *in re* (R. 487541), en los autos caratulados “Banco Comafi S. A. c/ Canan, Aaron Enrique y otro s/ ejecución hipotecaria”, sostuvieron que frente a la impugnación de la legitimación activa del fiduciario para actuar, una vez vencido el plazo del fideicomiso,

[...] no puede soslayarse que aunque ello pudiera haber ocurrido, la presente causa judicial ha sido promovida en plena e indiscutible vigencia del fideicomiso, por lo que la cuestión de los

33. JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, C. A., “Bases para una reforma del régimen del fideicomiso. A propósito de la necesidad de su inscripción”, en *La Ley*, 25/4/2007.

34. CNCCom., Sala E, 27/11/2006, Expte. 4811/06.

derechos sobre el crédito no le compete cuestionarla al deudor, sino, llegado el caso, será un asunto a discutir entre el fiduciante y el beneficiario³⁵.

Por otro lado, existen fallos que niegan la legitimación para actuar del fiduciario una vez vencido el plazo. Los jueces de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, *in re* “Banco Comafi c/ Fuksman de Canan, Liliana E.” sostuvieron que

[...] se observa dudosa la legitimación de la actora para continuar ejecutando el crédito aquí reconocido, y en mayor medida cobrar este. Ello, sin perjuicio de las medidas conservatorias del crédito que pudiera solicitar. Ahora bien, la Ley 24.441, nada dice con relación a la actuación del fiduciario luego de cumplido el plazo en cuestión, y las facultades que aquel tendría en situaciones como la de marras [...]. Frente a tal contexto, no puede soslayarse de modo alguno que el fideicomiso [...] se encuentra cumplido por vencimiento del plazo por el cual se constituyó, al menos según las constancias adjuntadas en autos. Esta circunstancia obsta a que el Banco Comafi S. A. continúe ejecutando el crédito de autos en su carácter de fiduciario. Por ello, se estima procedente la suspensión pretendida por la accionada, hasta tanto se presente en autos el fideicomisario, o quien resulte titular del crédito aquí ejecutado, a los fines de ejercer sus derechos, debiendo para ello el juez de grado ordenar las medidas conducentes [...]. No obstante lo resuelto precedentemente, el fiduciario se encuentra legitimado para solicitar la traba de medidas cautelares, su reinscripción y realizar cualquier otro acto conservatorio del crédito de marras [...] ³⁶.

Coincidimos con Lisoprawski³⁷, al entender que el fiduciario deberá actuar como un *liquidador*, aunque técnicamente no lo sea. Tiene a su cargo la administración del patrimonio fideicomitado y la tutela de su integridad, y debe tomar todas las medidas necesarias para los actos de conservación y protección del patrimonio, por lo que podrá continuar las operaciones pendientes y la realización de las operaciones nuevas, en la medida en que contribuya a la finalidad del fideicomiso y el sentido de su calidad de *liquidador*.

35. CNCiv., Sala H, *in re* (R. 487541) “Banco Comafi S. A. c/ Canan, Aarón Enrique y otro s/ ejecución hipotecaria” (Expte. n° 58489/2003 - Juzgado Civil N° 20).

36. CNCCom., Sala A, 24/5/2007, “Banco Comafi v/ Fuksman de Canan, Liliana E.”.

37. LISOPRAWSKI, Silvio, *op. cit.* (cfr. nota 31), p. 243.

8. Restitución de los bienes a los beneficiarios

Cumplido el hecho resolutorio, en un fideicomiso se producen, al menos, dos consecuencias inmediatas: por un lado, el fiduciario debe limitar su actividad; al haber concluido la etapa de gestión, el fiduciario habrá de abstenerse de realizar nuevos actos jurídicos, negocios y contratos, salvo los necesarios para concluir el fideicomiso, como lo hemos expresado en los puntos anteriores. Por otro lado, se abre una etapa liquidatoria cuya conclusión estará dada por la entrega y transmisión final, conforme a su naturaleza de todos los bienes que integren hasta ese momento el patrimonio de afectación.

Tomando como base el diseño de un fideicomiso inmobiliario de construcción al costo, hemos procedido a redactar un proyecto de escritura de transmisión de dominio pleno, en favor del beneficiario B, de los inmuebles consistentes en tres unidades funcionales, sometidas al régimen de la Ley 13.512 de Propiedad Horizontal, que forman parte del edificio construido por el fideicomiso.

Por un lado, producido el hecho resolutorio, los actos cumplidos por el fiduciario deben sostenerse y cumplen sus efectos propios, tal como lo legisla la última parte del nuevo artículo 2670, lo que nos permite utilizar la herramienta fideicomiso con la mayor de las seguridades.

En el caso planteado, el fiduciante B aportó una suma de dinero y resultó beneficiario de una unidad funcional, lo que nos permite el carácter dinámico de la propiedad fiduciaria junto con la actividad de gestión –para otro y en nombre propio– que realiza el fiduciario.

8.1. Caso práctico

Proyecto de escritura de adjudicación de unidad funcional al fiduciante-beneficiario³⁸

ESCRITURA NÚMERO [...] ADJUDICACIÓN DE DOMINIO PLENO POR LIQUIDACIÓN DE FIDEICOMISO INMOBILIARIO. “FIDEICOMISO EDIFICIO LAS ACACIAS” D (Fiduciaria) a favor de B (Beneficiario). En la ciudad y partido de [...], a los [...] de dos mil [...], ante mí, [...], notario autorizante, adscrito del [...], COMPARECEN por una parte, el señor D y por otra parte, el señor B, ambas personas capaces para este otorgamiento, a quienes identifico en los términos del inciso a) del ar-

38. En base a proyecto de escritura de Carolina Ormaechea: ORMAECHEA, Carolina, “La conclusión de los negocios fiduciarios. Restitución de bienes por liquidación de fideicomiso”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, n° 958, enero-abril 2008, pp. 207-217.

título 1002 del Código Civil. INTERVIENEN ambos por sí. El señor D, en el carácter de FIDUCIARIO, y el señor B, en el carácter de BENEFICIARIO, del fideicomiso inmobiliario identificado con el nombre de “FIDEICOMISO EDIFICIO LAS ACACIAS”, CUIT número [...], con domicilio especial fiscal constituido en Moreno 114 de la ciudad de Chacabuco, Provincia de Buenos Aires (Código Postal B6740AAA), constituido por escritura número 76, de fecha 21 de marzo de 2008, pasada al folio 176, de este registro trece de mi adscripción, a la cual me remito. Y en los caracteres invocados y acreditados DICEN que pasan a celebrar el contrato de transmisión de dominio pleno por liquidación del patrimonio de afectación de fideicomiso inmobiliario, a que se refieren los siguientes artículos: ANTECEDENTE. PRIMERO: por escritura pública número 76, de fecha 21 de marzo de 2003, pasada ante mí al folio 176, de este registro trece de mi adscripción, el señor D, en carácter de fiduciario, celebró junto con los señores A, B y C, en el carácter de fiduciantes y beneficiarios, un contrato de fideicomiso inmobiliario, identificado con el nombre de “FIDEICOMISO EDIFICIO LAS ACACIAS” por el cual el fiduciante A aportó un lote de terreno ubicado en la ciudad de Buenos Aires, con frente a la calle Sánchez de Bustamante 1952 (inmueble que más adelante se relaciona íntegramente), y los fiduciantes B y C aportaron los fondos para la construcción destinado a la construcción de un edificio para ser sometido al régimen de la Ley N° 13.512 de Propiedad Horizontal, para la adjudicación de las siete (7) unidades resultantes del proyecto a los beneficiarios, quienes resultan, además, fiduciantes por haber comprometido y realizado la incorporación de los fondos necesarios para el desarrollo de la obra. SEGUNDO: El edificio proyectado de acuerdo a los croquis y proyectos acompañados al contrato de fideicomiso ha sido construido y afectado al régimen de la Ley N° 13.512 de Propiedad Horizontal, en todo de acuerdo con lo que resulta del Reglamento de Copropiedad y Administración del edificio, otorgado en la escritura número 77 que con esta misma fecha y pasada ante mí al folio 187 de este registro y protocolo, la que se inscribirá en el Registro de la Propiedad en forma simultánea con la presente. ESTIPULACIÓN. TERCERO: como consecuencia y en cumplimiento de lo establecido en el artículo tercero del Contrato de Fideicomiso, y en virtud de que el señor A resulta fiduciante originario y beneficiario sobre la proyectada unidad funcional NÚMERO UNO, el señor B resulta fiduciante originario y beneficiario sobre las proyectadas unidades funcionales NÚMEROS DOS, TRES y CUATRO, el señor C resulta fiduciante originario y beneficiario sobre las proyectadas unidades funcionales NÚMEROS CINCO, SEIS y SIETE, y el se-

ñor D en el carácter de fiduciaria, viene por este acto a otorgar la escritura pública de TRANSFERENCIA de DOMINIO PLENO, a favor del señor B, como beneficiario de los inmuebles consistentes en tres unidades funcionales sometidas al régimen de la Ley N° 13.512 de Propiedad Horizontal, que forman parte del edificio situado en el ejido de la Ciudad de Buenos Aires con frente a la calle Sánchez de Bustamante 1952 designadas internamente de la siguiente forma, a saber: 1) Departamento DOS, ubicado en el primer piso, la que de acuerdo a plano aprobado con la característica P. H. [...], se designa como UNIDAD FUNCIONAL NÚMERO DOS, integrada por el polígono 00-02, destinada a vivienda, con entrada común por el número 1952 de la calle Sánchez de Bustamante, integrada por la nomenclatura catastral: circunscripción: 19; sección: A; manzana: 74; parcela: 1. subparcela: 2; polígono: 00-02. Partida número: [...] (de origen). Porcentual convencional asignado a la unidad funcional: cero coma cero [...] con relación al conjunto. Porcentual fiscal: 0, [...]. 2) Departamento TRES, ubicado en el primer piso, la que, de acuerdo a plano aprobado con la característica P. H. [...], se designa como UNIDAD FUNCIONAL NÚMERO TRES, integrada por el polígono 00-03, destinada a vivienda, con entrada común por el número 1952 de la calle Sánchez de Bustamante, integrada por la nomenclatura catastral: circunscripción: 19; sección: A; manzana: 74; parcela: 1; subparcela: 3; polígono: 00-03. Partida número: [...] (de origen). Porcentual convencional asignado a la unidad funcional: cero coma cero [...] (0, [...]) con relación al conjunto. Porcentual fiscal: [...]. Y 3) Departamento CUATRO, ubicado en el primer piso, el que, de acuerdo a plano aprobado con la característica P. H. [...], se designa como UNIDAD FUNCIONAL NÚMERO CUATRO, integrada por el polígono 00-04, destinada a vivienda, con entrada común por el número 1952 de la calle Sánchez de Bustamante, integrada por la nomenclatura catastral: circunscripción: 19; sección: A; manzana: 74; parcela: 1, subparcela: 4, polígono: 00-04. Partida número: [...] (de origen). Porcentual convencional asignado a la unidad funcional: cero coma cero [...] con relación al conjunto. Porcentual fiscal: 0,[...]. El inmueble general donde se encuentra construido el edificio y surgen las unidades funcionales descritas y de acuerdo al plano P. H. [...]. CUARTO: Las partes declaran que esta transmisión de dominio pleno se realiza dentro de las previsiones contenidas en el contrato de fideicomiso “Edificio Las Acacias” y conforme a lo establecido en los artículos 1, 2, 4, incisos c y d, 25, 26 y concordantes de la Ley N° 24.441 y por la suma de total y convenida de [...] MIL PESOS ([...]), que constituye el total de las suma aportada por el fiduciante-beneficiario B

al patrimonio del fideicomiso Edificio Las Acacias para la construcción de las unidades funcionales dos, tres y cuatro, ratificando en este acto la señora fiduciaria, formal y suficiente recibo y constancia de los aportes realizados, manifestando que el beneficiario nada debe al fondo fiduciario por ningún concepto. Como consecuencia, la fiduciaria en su carácter de titular de dominio, transfiere al beneficiario el dominio pleno de las unidades funcionales descritas, así como todos los derechos de propiedad, posesión y dominio que sobre los inmuebles relacionados tenía y le correspondían, obligándose a responder por el saneamiento, en caso de evicción, con arreglo a derecho, ratificando en la persona del beneficiario la posesión de los inmuebles, ya dada mediante la tradición que se ha operado a su favor antes de este acto y en todo de acuerdo con el acta de entrega de fecha [...] QUINTO: Por su parte declara el señor B fiduciante-beneficiario en su carácter de adquirente, que acepta los términos de esta escritura de transmisión de dominio pleno operada a su favor por ser lo convenido, manifestando que ha recibido, antes de este acto y a su entera conformidad, la posesión de las unidades funcionales por la tradición que le hiciera la fiduciaria antes de ahora, totalmente terminada y en las condiciones previstas en el contrato de fideicomiso. SEXTO: las partes declaran además que la fiduciaria ha dado cumplimiento a todas las obligaciones asumidas en el contrato de fideicomiso, especialmente a la entrega de las unidades funcionales en la forma y condiciones convenidas, b) que el dominio de las unidades funcionales se transfieren al beneficiario en forma plena y libre de gravámenes y en cumplimiento del objeto del contrato de fideicomiso inmobiliario de construcción al costo, c) que habiéndose extinguido todas las obligaciones del fiduciario respecto del beneficiario, y las obligaciones del fiduciante-beneficiario con relación al fondo fiduciario, y la rendición final de cuentas, al fiduciario queda autorizado otorgar con su sola intervención, el acta de liquidación final del fideicomiso. Y YO, EL AUTORIZANTE hago constar: que LE CORRESPONDE al fiduciario D, el dominio fiduciario del inmueble en virtud a los siguientes antecedentes: a) por compra que hiciera, con dinero que reconociera el carácter de propiedad fiduciaria y habiendo adquirido en consecuencia, dominio fiduciario, según así resulta de la escritura número [...] b) Posteriormente y una vez concluido el proceso constructivo con fondos del fideicomiso, el señor D (fiduciario) procedió a la afectación al régimen de la Ley N° 13.512 de Propiedad Horizontal, otorgando el respectivo Reglamento de Copropiedad y Administración [...], la que se inscribirá en forma simultánea con la presente. Que DE LOS CERTIFICADOS solicitados para este otorgamiento, entre ellos los

expedidos por el Registro de la Propiedad referidos a dominio número [...] de fecha [...], y de anotaciones personales número [...], de fecha [...], que he agregado al folio recién mencionado, resulta que por el nombre de la fiduciaria y transmitente y en la forma solicitada no se registran anotadas inhibiciones que le impidan disponer de los bienes del fideicomiso, ni del que por este acto transfiere adjudicándoselo al beneficiario, cuyo dominio consta en la forma solicitada, no registra hipotecas, embargos, servidumbres, usufructos ni otros derechos reales o gravámenes, u otros regímenes especiales que le impongan otras restricciones. De los demás certificados solicitados para este acto, resultará que no se registran deudas por impuestos, tasas ni contribuciones, hasta la fecha de este otorgamiento, así como que la valuación fiscal del inmueble para el año dos mil diez, es de \$[...]. Que del plano de afectación al régimen de propiedad horizontal antes citado y del Reglamento de Copropiedad y Administración surge la siguiente nota: “[...] NOTAS: 1º [...] 4º) Según consta en plano de obra, sobre la parcela existe línea de retiro obligatorio [...] Dicha circunstancia deberá constar en el Reglamento de Copropiedad y Administración y en las sucesivas escrituras traslativas de dominio. Que no se requiere el Código de Oferta de Transferencia de Inmuebles (COTI), en virtud de que el precio de adjudicación ni la valuación fiscal de los inmuebles superan el monto determinado por la reglamentación vigente a esos fines. Que percibo del beneficiario la suma de [...] pesos [...] en concepto de pago a cuenta del Impuesto a las Ganancias, importe que será ingresado en AFIP por el fideicomiso. Y que no se requiere asentimiento conyugal alguno en los términos del artículo 1277 del Código Civil, en virtud de que el inmueble transferido no se encuentra en el patrimonio personal de la fiduciaria, sino en el patrimonio que constituye el fondo fiduciario, y no se califica en consecuencia como ganancial. LEO a los comparecientes, quienes así la otorgan y firman ante mí, doy fe.

8.1.1. Aspectos notariales

Al producirse la transferencia de dominio pleno de las unidades funcionales 2, 3 y 4 a favor del beneficiario B, conforme el artículo 1184, inciso 1, del Código Civil, debe ser hecha solo por escritura pública.

En el presente proyecto de escritura, se deja aclarado el carácter de fiduciario en el que interviene el señor D, con el objeto de contribuir a la separación de patrimonios, sin perjuicio de lo

cual podría legitimarse el carácter de fiduciario con documentación acompañada en cabeza de la escritura.

En el caso planteado, el fiduciante está formando parte del fideicomiso desde la celebración del contrato, pero si se diera la circunstancia de que el ingreso del fiduciante es posterior, se debe hacer referencia al convenio de incorporación al fideicomiso o, eventualmente, si el beneficiario ha adquirido los derechos mediante una cesión de derechos hecha por un beneficiario cedente anterior, en el apartado de los antecedentes se debe hacer la declaración de su modo de incorporación.

La entrega de la posesión de las unidades funcionales al beneficiario que comienza a detentarla, una vez concluida la obra, se documenta mediante un acta en que deje constancia de la satisfacción del beneficiario al recibir la unidad, en las condiciones establecidas en la memoria descriptiva del emprendimiento. Es conveniente también agregar copia del testimonio del acta de entrega de posesión.

Como lo sostiene la escribana Carolina Ormaechea, consideramos que es conveniente que el fiduciante declare que autoriza al otorgamiento del acta de liquidación final con la sola intervención del fiduciario, pues no será así necesaria la comparecencia de todos los fiduciantes y beneficiarios para el acto de extinción del fideicomiso, ya que este el acto de cumplimiento final de las obligaciones recíprocas entre las partes.

8.1.2. Aspectos registrales

En el caso de disposición de los bienes fideicomitidos, deberá solicitarse el certificado de anotaciones personales por el fiduciario, del que si surgiera una inhibición general de bienes corresponderá al notario autorizante calificar la causa obligacional que dio lugar a la misma, a efecto de legitimar o no al transmitente.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 23 de la Ley 17.801 y ante la posibilidad de existir restricciones a la disponibilidad de los bienes del fideicomiso, se debe requerir la certificación de anotaciones personales del fiduciario al registro de la que tomarán nota en forma separada de las inhibiciones que afectan al titular de uno y otro patrimonio.

Corresponde consignar el antecedente de la adquisición del dominio fiduciario, inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble respetando el tracto sucesivo. Se debe tener presente que el nuevo asiento no llevará la leyenda de dominio fiducia-

rio, en virtud de que el adquirente recibe un dominio pleno y perfecto.

Cuando se transmitan inmuebles, se deberán solicitar los respectivos certificados registrales para obtener la reserva de prioridad y el consiguiente el bloqueo registral (artículos 22 y 23 de la Ley 17.801).

Una vez suscripta la escritura de transmisión del dominio fiduciario, habrá que rogar la inscripción ante el Registro de la Propiedad que corresponda según la jurisdicción a la que pertenezca el inmueble. La escritura es un documento registrable en los términos del artículo 2 de la Ley 17.801 y los efectos son los previstos en el artículo 4 de la misma. Asimismo, si se cumple con el artículo 5 de plazo de inscripción, se conservarán los efectos de la retroprioridad, como ocurriría en cualquier transmisión de derecho real.

Dando cumplimiento al artículo 15 de la Ley 17.801, el fiduciante transmitente del dominio fiduciario deberá constar como titular dominial para dar cumplimiento al principio de tracto sucesivo, inclusive podrán utilizarse los casos de tracto sucesivo abreviado previsto en el artículo 16 de la misma ley y sus analogías establecidas por la doctrina.

La Disposición Técnico Registral 17/95 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires, y 4/95 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, entre otras, establecen que el asiento de dominio debe comenzar indicando en la matrícula, en el rubro titularidad, la leyenda “Dominio Fiduciario Ley 24.441”, luego constar los datos del titular fiduciario y los de la escritura que instrumenta esa transmisión. También deberán publicitarse las modalidades a la que está sujeto, es decir, si tiene plazo, indicar el mismo y, si se encuentra sujeto a condición, llevará la leyenda “Sujeto a condición”. Al tratarse de un registro de inscripción, y no de transcripción, solo se publicita la existencia del plazo o condición mediante una breve nota, y el tercero interesado deberá acudir al título para interiorizarse del contenido de lo publicitado³⁹.

En el rubro “Restricciones al dominio, gravámenes e interdicciones” podrá dejarse constancia, si lo requieren las partes, de restricciones o limitaciones que posea el fiduciario para vender o gravar los bienes fideicomitidos.

Es aconsejable que estas tengan reflejo registral aunque debemos notar que no es obligatorio, ya que el tercero que contrata con el fiduciario, para alegar su buena fe, deberá acudir al título

39. CLUSELLAS, Eduardo G. y ORMAECHEA, Carolina, *op. cit.* (cfr. nota 25), p. 44.

de propiedad para verificar el contenido del contrato y así establecer si el instrumento que celebrará se ajusta al mismo.

Si la prohibición de enajenar o gravar surge de manera expresa del instrumento, es evidente que tal disposición o gravamen carecería de eficacia por no encontrarse legitimado el disponente, y en consecuencia será responsable el funcionario que autorice dicho instrumento⁴⁰.

En cuanto a las medidas cautelares en la nota de inscripción del documento respectivo deberá advertirse que se trata de dominio fiduciario, si no se ha hecho notar esta circunstancia se lo inscribirá en forma provisional, de acuerdo al artículo 9, inciso b, Ley 17.801.

El beneficiario no es titular de un derecho real, en consecuencia no es menester publicitar al tercero su identificación, y, de así necesitarlo, en el contrato constitutivo del fidecomiso, surgirá la misma.

8.1.3. Aspectos impositivos

La transferencia de dominio del fiduciario D a favor del beneficiario B se encuentra gravada por los siguientes impuestos, a saber:

8.1.3.1. Impuesto de Sellos

Dicha transferencia estaría gravada con las alícuotas correspondientes, tanto en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires (2,5 %) como de la Provincia de Buenos Aires (3 %), sobre el valor de adjudicación o valuación fiscal de la unidad entregada como contraprestación, el que resulte mayor. Aquí juegan las exenciones correspondientes en ambas jurisdicciones para la aplicación del impuesto, en los casos en que se den los supuestos exigidos por la normativa vigente. Tal sería el caso en los que el adjudicatario de dicha unidad funcional en la Ciudad de Buenos Aires, manifieste en el cuerpo de la escritura, en carácter de declaración jurada, que el inmueble recibido en su única propiedad en dicha jurisdicción y que será destinado a vivienda familiar y de ocupación permanente.

8.1.3.2. Impuesto a las Ganancias

Se deberá retener el 3 % de los montos indicados, siendo el fidecomiso sujeto pasible de dicha retención, incluido expresa-

40. Ídem, p. 144.

mente en la actual Resolución 2139 de la AFIP. En este sentido se modificó el criterio anteriormente expuesto en numerosos dictámenes impositivos en los cuales no se practicaba retención alguna en estos supuestos de identificación en las personas de fiduciantes-beneficiarios y ante la falta de previsión de la Resolución 3026 de la AFIP.

9. Conclusión

Del desarrollo del presente trabajo concluimos que no se puede dejar de reconocer que la evolución de todo instituto jurídico, y en este caso en particular de los emprendimientos inmobiliarios, deber estar acompañado por una apropiada transformación del derecho, tanto en las confecciones doctrinarias y jurisprudenciales, como así también la actualización de la legislación, lo que en la materia en análisis consideramos todavía pendiente.

Siendo que estos emprendimientos son de vital importancia para el desarrollo social y económico de la comunidad, no pueden permanecer en un vacío legal que no tutele acabadamente los intereses de los intervinientes o regule sus formas y efectos.

El profesional del derecho debe prevenir esta carencia de la normativa aplicable, recurriendo en su intervención a la búsqueda de las herramientas legales adecuadas que le permitan resolver los numerosos conflictos de intereses, para lo cual utiliza, por aplicación analógica de sus principios, las figuras analizadas.

Si bien reconocemos que estos institutos resuelven en gran parte los problemas que presenta este tipo de contratos inmobiliarios, consideramos necesario el dictado de una normativa que específicamente regule las etapas previas del desarrollo inmobiliario hasta el sometimiento al régimen de la Ley de Propiedad Horizontal.

Legislación que permita no solo proteger los intereses de los particulares que intervienen en el negocio, sino también aporte seguridad jurídica a terceros interesados en adquirir unidades y facilite a los profesionales intervinientes la tarea de asesoramiento e instrumentación en esta materia⁴¹.

Nota extendida

41. Otra bibliografía sobre el tema: ACQUARONE, María T., "La estructuración del emprendimiento inmobiliario a través de la sociedad anónima", en *50º Seminario Laurea-*

no Arturo Moreira, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 2005; CLUSELLAS, Eduardo G. y ORMAECHEA, C., "El fideicomiso y sus efectos colaterales", en *XXIX Jornada Notarial Argentina*, Mar del Plata, 2010; D'ALESSIO, Carlos M., "Aplicación moderna de la sociedad civil", en *XXV Seminario Laureano Arturo Moreira*, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 1992; DE HOZ, Marcelo y otros, "Temas particulares que requieren especial atención en los fideicomisos inmobiliarios luego de 15 años de la promulgación de la ley. Parte 1", en *XXIX Jornada Notarial Argentina*, Mar del Plata, 2010; ETCHEGARAY, Natalio P., "Fideicomiso", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 868; ETCHEGARAY, Natalio P., *Boleto de compraventa*, Buenos Aires, Astrea, 2006; HIGHTON, Elena I. y otros, *Reformas al derecho privado*, Santa Fe, Editorial Rubinzal-Culzoni, 1995; MORELLO, Augusto M. y DE LA COLINA, P., *Negocios inmobiliarios*, La Plata, Librería Editora Platense, 2007; SOLARI COSTA, Osvaldo. "Sociedades civiles de objeto inmobiliario", en *Seminario Laureano Arturo Moreira*, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 2005.