

Temas particulares que requieren especial atención en los fideicomisos inmobiliarios luego de 15 años de la promulgación de la ley*

Héctor Stemenson
Lucía Fischbarg
Verónica Rochi
Julio César Capparelli
Ana Lía Díaz Prandi

SUMARIO

Ponencias. 1) Ventajas del dominio fiduciario y el patrimonio de afectación frente al dominio pleno en los emprendimientos inmobiliarios. 2) El fideicomiso y la transferencia de terreno por unidades a construir como forma de financiamiento para la construcción. 3) El régimen patrimonial del matrimonio y el fideicomiso. 4) La liquidación del patrimonio fiduciario por insuficiencia de los bienes fideicomitidos. Bibliografía.

PONENCIAS

1.1) En los emprendimientos inmobiliarios, la utilización del fideicomiso conlleva dos negocios jurídicos que son: el contrato de fideicomiso y el negocio jurídico subyacente, que es la finalidad del anterior, esto es, la construcción de un inmueble y su posterior entrega a los fiduciantes o a terceros, o el negocio que se haya planeado oportunamente.

1.2) El dominio fiduciario es un dominio imperfecto, vacío de cualquier ventaja

* El presente trabajo obtuvo un accésit otorgado por el jurado en la 29 Jornada Notarial Argentina, realizada en Mar del Plata, entre los días 5 y 8 de mayo de 2010. Corresponde al tema III: Fideicomiso como herramienta para el desarrollo de emprendimientos inmobiliarios.

de tipo económico para su titular y fuertemente acotado por la normativa legal y el contrato de fideicomiso fuente del mismo.

1.3) El propietario fiduciario no puede usar, gozar ni disponer del patrimonio fideicomitado del que es titular.

1.4) Además, debe ceñirse al cumplimiento de las mandas encomendadas en el contrato de fideicomiso, fuente de la transmisión fiduciaria, que integran la figura en forma inescindible, y serán de público conocimiento.

1.5) La mera lectura del contrato de fideicomiso y sus modificaciones dará, a los terceros cocontratantes, claro informe sobre la posibilidad, forma y alcances de la contratación con quien resulte el fiduciario, como así también la medida de sus posibilidades de actuación y de comprometer el patrimonio fideicomitado en las transacciones que lleve a cabo.

1.6) Por otra parte, la introducción del concepto de patrimonio separado asegura a los terceros contra las agresiones que terceros pudieran intentar contra el patrimonio fideicomitado por actos o contratos ajenos a los fines del fideicomiso.

1.7) La incorporación al fideicomiso de la nueva institución del dominio fiduciario le aporta mayor seguridad al negocio a emprender, debido a las características del derecho real, inéditas hasta ahora en el sistema jurídico nacional basado en los principios del derecho romano y el sistema francés, y la incorporación de nuevos efectos derivados de la propiedad fiduciaria que los protegen -reiteramos- de la acción de terceros ajenos al negocio.

2.1.) La transferencia de terreno por unidades a construir se presenta como una herramienta valiosa a considerar al momento de proyectar el financiamiento para un emprendimiento inmobiliario que puede ser encarada desde el encuadre jurídico de un fideicomiso o de una permuta, resultando ambas figuras viables e inobjetables a los fines de la operatoria descripta. Atendiendo a las circunstancias del proyecto a realizar, la maleabilidad y amplitud de herramientas que proporciona el fideicomiso inmobiliario como contrato marco para este tipo de emprendimientos, amerita una especial consideración a la hora de brindar el asesoramiento interdisciplinario jurídico-notarial y contable que permita a las partes sopesar adecuadamente las consecuencias legales e impositivas que conlleva una u otra figura, dejando de lado preconceptos subjetivos.

2.2) Frente a obligaciones pendientes de cumplimiento, se deberán detallar adecuadamente los derechos y obligaciones de las partes, previendo las consecuencias de una eventual inobservancia, sin descuidar

la seguridad de terceros no intervinientes en el contrato primario (inversionistas-acreedores-compradores).

3.1.) Si un cónyuge es el fiduciante y el otro resulta el destinatario último de los bienes fideicomitidos, estamos ante una transferencia realizada por vía oblicua, pero igualmente alcanzada por las prohibiciones expuestas de donar y de comprar y vender.

3.2.) Si el fiduciante y el fiduciario son cónyuges, en realidad uno le está transfiriendo al otro la administración de la propiedad fiduciaria, es decir que no hay transmisión de dominio. Dicho contrato, se asimila al mandato previsto en el art. 1276 del Código Civil, y resulta compatible con el régimen de la sociedad conyugal.

4.1.) El fideicomiso es un contrato regulado por la ley 24.441. Como contrato, da un marco normativo a un negocio subyacente que estará sujeto a los avatares de la vida económica y financiera. En el marco del contrato de fideicomiso nace un patrimonio de afectación, integrado por bienes en general. La ley dispone en su art. 16, que la liquidación de ese patrimonio no estará alcanzada por la normativa concursal. Asimismo se infiere que dicha liquidación ha quedado fuera del ámbito judicial.

4.2.) Ante el vacío legislativo que supone la falta de regulación de un procedimiento específico para la liquidación del fideicomiso ordinario, se recomienda en la instrumentación de los contratos fijar uno, o bien algunas pautas de liquidación, a efectos de que el fiduciario no se vea obligado a improvisar un mecanismo liquidatorio que puede enervar su responsabilidad o exponer al patrimonio fiduciario a mayores reclamos por parte de los terceros.

4.3.) Según lo establece la ley en su art. 16, el fiduciario es el encargado de la liquidación del patrimonio fiduciario. En los casos en que liquide sin necesidad el patrimonio o en forma errónea o fraudulenta, podrá ser removido por los fiduciantes-beneficiarios y reemplazado por el sustituto previsto en el contrato.

1) VENTAJAS DEL DOMINIO FIDUCIARIO Y EL PATRIMONIO DE AFECTACIÓN FRENTE AL DOMINIO PLENO EN LOS EMPRENDIMIENTOS INMOBILIARIOS

Entre las ventajas que podemos enumerar por la utilización del fideicomiso, en relación a otras figuras jurídicas, en los emprendimientos inmobiliarios, quizás la más importante sea la adopción de la figura del dominio

fiduciario que esta conlleva, en vez de la del dominio pleno o perfecto. Para entender las ventajas de un tipo de dominio sobre el otro, es necesario hacer un pequeño repaso de la figura del dominio y sus variantes.

El derecho real de dominio. Tipos de dominio. Características y posibilidades jurídicas que otorgan a sus titulares

El derecho real de dominio se encuentra regulado en el art. 2506 y sigs. del Código Civil, que dice: “El dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona”. De él puede decirse que es el más amplio derecho de señorío que puede tenerse sobre una cosa, el que constituye una *plena in re potestas*, el derecho real que confiere mayores facultades que se pueden tener sobre su objeto (es decir, la cosa). Si bien este derecho real es el más amplio y el que otorga la mayor cantidad de facultades a su titular, dichas facultades están reglamentadas por otras normas que limitan tal amplitud (normas que regulan los derechos entre vecinos, normas administrativas, etc.).

Según algunos autores, el derecho real puede ser perfecto o imperfecto. A su vez, el dominio puede ser perfecto o imperfecto.

El art. 2507 define a uno y a otro, cuando dice: “El dominio se llama pleno o perfecto cuando es perpetuo y la cosa no está gravada con ningún derecho real hacia otras personas. Se llama menos pleno o imperfecto, cuando debe resolverse al fin de un cierto tiempo o al advenimiento de una condición, o si la cosa que forma su objeto es un inmueble, gravado respecto de terceros con un derecho real, como servidumbre, usufructo, etcétera”.

El dominio pleno. Características

a) Es exclusivo. Aunque, a este respecto, esta característica corresponde al dominio, independientemente del tipo de dominio que sea, pues si existiera más de una titular, de un *domine*, ya no se trataría de un derecho real de dominio, sino que sería un condominio, que se regiría por otro sistema legal que se encuentra en los arts. 2673 al 2755 y concs. del Código Civil.

b) Es absoluto, lo que significa que otorga a su titular la mayor cantidad de facultades jurídicas que el ordenamiento normativo atribuye a este derecho real.

Art. 2515: “El propietario tiene la facultad de ejecutar, respecto de la cosa, todos los actos jurídicos de que ella es legalmente susceptible, alquilarla, arrendarla a título oneroso o gratuito, y si es inmueble, gravarla con servidumbres o hipotecas...”.

c) Es perpetuo, es decir que la perpetuidad subsistirá sin fecha de vencimiento y, en su caso, se transmitirá a los sucesores universales o singulares del titular, a quienes se les transmitirá en la forma que corresponda.

Según el Código Civil, art. 2510, se entiende la no extinción del derecho por el no uso, a diferencia de otros derechos reales, como el usufructo, el uso, la habitación y las servidumbres, que se extinguen por el no uso durante el plazo de diez años.

Art. 2510: “El dominio es perpetuo, y subsiste independiente del ejercicio que se pueda hacer de él. El propietario no deja de serlo aunque no ejerza ningún acto de propiedad, aunque esté en la imposibilidad de hacerlo, y aunque un tercero los ejerza por otro, durante el tiempo requerido para que éste pueda adquirir la propiedad por la prescripción”.

Posibilidades jurídicas emanadas del carácter absoluto del dominio perfecto

El dominio perfecto, por su carácter absoluto, otorga a su titular importantes facultades jurídicas sobre la cosa objeto de dicho derecho, que son, como establecía el derecho romano clásico, el *ius utendi*, el *ius fruendi*, y el *ius abutendi*, esto es, el derecho de usar la cosa, el derecho de gozar de la cosa, es decir, percibir los frutos naturales o civiles de la misma y el *ius abutendi*, que actualmente es el derecho de enajenar o gravar la cosa, y de disponer física o jurídicamente de la misma y, antiguamente, significaba, además, la posibilidad de destruirla.

Estas son, sucintamente, las características del dominio y la descripción de dominio pleno, esencial para entender las diferencias con el dominio imperfecto o menos pleno y especialmente el dominio fiduciario, tal como está establecido legalmente en la actualidad.

El dominio imperfecto. Sus características. Diferencias con el dominio pleno o perfecto

Habiendo descripto someramente la definición, elementos y caracteres del dominio en general y del dominio perfecto en particular, podríamos decir que, “por descarte”, dominio imperfecto es el tipo de dominio al que le falta alguno de estos elementos.

El Código Civil, en sus arts. 2661 y siguientes, profundiza lo manifestado en el art. 2507 ya comentado y define el dominio imperfecto de esta manera: “Dominio imperfecto es el derecho real revocable o fiduciario de una sola persona sobre una cosa propia, mueble o inmueble, o el reservado por el dueño perfecto de una cosa que enajena solamente su dominio útil”.

De ambas definiciones surgen claramente los tipos de dominio imperfecto que existen en nuestro Código Civil, que son: a) el dominio revocable (art. 2663), que es el que puede ser revocado y vuelve al propietario anterior, sea por una cláusula contractual (“a voluntad del que lo ha transmitido”) o “por una cláusula proveniente de su título”; b) el dominio desmembrado, que es el que “se encuentra gravado respecto de terceros con un derecho real, como servidumbre, usufructo, etc.” (art. 2507 *in fine*).

Y finalmente entramos en el último tipo de dominio imperfecto que es el dominio fiduciario, objeto de nuestro trabajo.

Para una cabal comprensión de qué es el dominio imperfecto, es necesario articular los arts. 1º y 73 de la ley 24.441.

El art. 73, sustituye el viejo art. 2662 del Código Civil por el siguiente: “Dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción de fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley”.

En realidad, este artículo sólo explica cómo se constituye, cuánto dura y a quién hay que entregar la propiedad plena de la cosa (o el derecho) antes de disolverse.

Es por ello que, para entender más claramente la figura, es necesario entender el art. 1º, que dice: “Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario) y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario”.

Si bien este artículo describe a la figura del fideicomiso, profundiza también respecto del dominio fiduciario, explicando cómo éste se ejerce por el fiduciario y con respecto a las demás partes de la figura y los terceros.

Del análisis de la definición del dominio fiduciario, podemos observar que no tiene ninguna de las características del dominio pleno.

En efecto, salvo la exclusividad, que como dijéramos hace a la esencia del dominio, vemos que faltan: la perpetuidad, pues solamente durará hasta el cumplimiento del plazo o la condición y tendrá una duración máxima de 30 años, o hasta el fallecimiento del beneficiario, si éste fuera un incapaz, en cuyo caso “durará hasta su muerte o el cese de su incapacidad” (art. 4º, inc. c), aunque existe la posibilidad de su continuación si así se decidiera contractualmente. Además, conforme al art. 1º, el fiduciario se obliga a transmitir el dominio de los bienes fideicomitidos “al cumplimiento de un plazo o condición...” estableciendo además que debe ser transmitido al “fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario”, que será el tercero que se designe.

También puede ser removido con anterioridad, en la forma y condiciones que se hayan establecido en el contrato de fideicomiso (art. 4º, inc. e) o en la forma que marca el art. 9º de la ley (causales de remoción del fiduciario).

Todo ello indica que no existe perpetuidad en el dominio fiduciario, que, incluso podrá ser sustituido antes de la finalización del mismo, conforme las causales mencionadas.

La absolutez del dominio fiduciario prácticamente no existe, pues está fuertemente limitada por la ley, y puede estarlo mucho más por el contrato constitutivo del fideicomiso.

Con respecto a la actuación del fiduciario respecto de los bienes fideicomitidos, y las limitaciones a que se encuentra sometido, vemos que de entrada, la propia ley indica la forma de actuación del fiduciario, cuando dice que éste “se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato” (art. 1º). Además, dice el art. 6º: “El fiduciario deberá cumplir 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”.

Respecto de la falta de absolutez del dominio fiduciario -tal como hemos descrito anteriormente- el dominio perfecto tiene como atributos el *ius utendi*, el *ius fruendi* y el *ius abutendi*, los que o faltan totalmente o están altamente restringidos en el dominio fiduciario.

En cuanto al *ius utendi* y al *ius fruendi*, ambos atributos están totalmente prohibidos al fiduciario. El art. 1º ya analizado, establece implícitamente dicha prohibición, al decir que el fiduciario se obliga a ejercer la propiedad fiduciaria “en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario)...”. Y ello se ve reforzado por el art. 7º, que establece que “El contrato no podrá dispensar al fiduciario de la obli-

gación de rendir cuentas, la que podrá ser solicitada por el beneficiario conforme las previsiones contractuales ni de la culpa o dolo en que pudieren incurrir él o sus dependientes, ni de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos. En todos los casos los fiduciarios deberán rendir cuentas a los beneficiarios con una periodicidad no mayor a un (1) año”.

Respecto del *ius abutendi*, esto es, la facultad de gravar o disponer de la propiedad de la cosa, si bien ésta existe, pues directamente aluden a ella los arts. 1° (“transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición...”), el art. 4°, incs. c) (plazo y condiciones a que se sujeta el dominio fiduciario), y d) (“el destino de los bienes a la finalización del fideicomiso”), esta facultad está fuertemente restringida por la ley y puede estarlo aún más por las cláusulas contractuales.

Ventajas de la utilización del fideicomiso para los desarrollos inmobiliarios desde el punto de vista de la utilización del dominio fiduciario

De lo ya analizado a lo largo del presente trabajo, vemos que el dominio fiduciario en los emprendimientos inmobiliarios se crea a partir de la existencia de un fideicomiso. Éste será, junto con las normas legales, el que regulará las obligaciones y derechos del fiduciario, y la amplitud con que ejercerá el dominio fiduciario del inmueble y las demás cosas y bienes que integren el emprendimiento. Pero desde ya, este dominio está muy restringido y las facultades del titular fiduciario son muy limitadas, tanto por la ley, cuanto por el contrato.

Por otra parte, los fines para los cuales fue creado el fideicomiso están explicitados en el propio contrato y el fiduciario debe ceñirse a estos. El contrato podrá ser exigido por los cocontratantes antes de celebrar los contratos respectivos, y la obligación de solicitarlo y leerlo, especialmente en los contratos que impliquen la transferencia, creación o modificación de derechos reales sobre inmuebles sometidos al dominio fiduciario, harán parte de la *optima fides* o buena fe de las transacciones. En el caso de transacciones sobre inmuebles, será necesario que una copia del fideicomiso se agregue como cabeza de la respectiva escritura; y, por tratarse de un negocio de buena fe y confianza, como su propio nombre lo indica, las normas contractuales que lo regulan deberán estar a disposición de quien tenga un interés legítimo en conocerlas.

Todo esto hace que cualquier contratante en general, y el futuro fiduciante inversor, estén anoticiados del mecanismo jurídico que regirá las

relaciones y el desarrollo del emprendimiento inmobiliario, brindando mayor confianza y conocimiento del negocio que piensan emprender.

El dominio fiduciario y el patrimonio separado o de afectación

De las características descritas del dominio fiduciario, podemos observar que este tipo de dominio, por su propia naturaleza, está vacío de contenido económico para su titular, quien para nada se favorece de tal titularidad.

A los efectos del negocio jurídico que utiliza este instituto como herramienta (pues nada más que esto es el fideicomiso, ya que no tiene un fin en sí mismo, sino que es un medio para llevar a cabo una finalidad contenida en lo que podemos llamar el negocio subyacente, o sea el negocio que contiene la finalidad a la que tiende la utilización de esta figura), podríamos comparar el fideicomiso con un mandato por el cual una parte “A” (mandante) encomienda a otra “B” (mandatario) la realización de determinados actos. Para dichos actos le transmite una serie de bienes a los que, a efectos de la seguridad en la gestión del mandato, le impone tal manda, y, en el caso de que los mismos sean registrables, inscribe dichas restricciones en el Registro Público correspondiente, para hacerlas públicas, y a las que el tercero “C” deberá tener en cuenta al momento de su gravamen o transmisión, so pena de actuar con mala fe y verse expuesto a las sanciones legales correspondientes, y a su retrotransmisión (arts. 11, 12 y 13 de la ley). Esta transferencia fiduciaria podrá tener distintas y numerosas restricciones, que se encontrarán explicitadas en el contrato de fideicomiso y sus modificaciones, y serán válidas frente a terceros, en la medida en que estos las conozcan o deban conocerlas, por lo que la acción del fiduciario estará más o menos constreñida, conforme la mayor o menor amplitud de las facultades otorgadas por el fiduciante-mandante.

Pero lo que termina de redondear la figura del fideicomiso y le da una espectacular ventaja sobre otras en cuanto a la gestión de un patrimonio para un fin determinado, especialmente en cuanto a seguridad del fiduciante, es la creación de la figura del patrimonio separado, que se encuentra normada en los arts. 14 a 17 de la ley.

Define el concepto de patrimonio separado el art. 14 cuando dice: “Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante”. Y aclara el art. 15 las con-

secuencias del sometimiento a este régimen, cuando dice: “Los bienes fideicomitidos quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. Tampoco podrán agredir los bienes fideicomitidos los acreedores del fiduciante... Los acreedores del beneficiario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitidos y subrogarse en sus derechos”.

También, y como “contraprestación”, se ponen a salvo los bienes del fiduciario en el art. 16: “Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos”.

Esta institución del patrimonio separado, junto con la idea de que los bienes fideicomitidos solamente podrán ser utilizados a los fines del fideicomiso, refuerza considerablemente la seguridad del fiduciante-inversor en cuanto a la intocabilidad del patrimonio fideicomitado por cuestiones ajenas al desarrollo del negocio, otorgándole una fuerte ventaja en relación a cualquier otra figura jurídica.

2) EL FIDEICOMISO Y LA TRANSFERENCIA DE TERRENO POR UNIDADES A CONSTRUIR COMO FORMA DE FINANCIAMIENTO PARA LA CONSTRUCCIÓN

Introducción al tema

En determinado contexto, la transferencia de terreno por unidades a construir se manifiesta ventajosa tanto desde la óptica del constructor que disminuye la necesidad de fondos iniciales para el desarrollo de su emprendimiento, evitando el desembolso de dinero en la compra del terreno, como para el propietario del terreno que no está en busca de liquidez al momento de disponer del bien, sino que encuentra una oportunidad de reinversión, procurando una ganancia superior con la adquisición de nuevas unidades funcionales.

Dicho esto, proponemos como institutos idóneos con idéntica finalidad aunque distinto contenido y alcances jurídicos, la permuta y el fideicomiso inmobiliario según pasaremos a desarrollar.

Nos interesa puntualmente analizar los aspectos y problemáticas más significativos de ambos contratos, procurando no detenernos en los conceptos básicos que presumimos conocidos.

Bastará, en consecuencia, señalar que los dos escenarios en estudio comparativo serán:

a) Contrato de permuta por el que el titular de dominio de un terreno lo transfiere a quien emprenderá en el mismo la construcción de un edificio y su posterior afectación al régimen de propiedad horizontal, a cambio de la propiedad de una o varias unidades funcionales de ese mismo edificio (permuta de cosa de existencia actual por cosa futura).

b) Contrato de fideicomiso mediante el cual el titular de un terreno (fideicomitente) transmite la propiedad fiduciaria del mismo a un fiduciario con el objeto de que se construya allí un edificio y se lo afecte a propiedad horizontal, para luego transferir el dominio pleno de una o varias de las unidades funcionales resultantes al fideicomitente devenido en uno de los fideicomisarios. Luego analizaremos quién o quiénes serán los otros destinatarios de las restantes unidades del bien.

Claro está que esta última figura, por la amplitud de sus características, permite muchas variantes adicionales, como ser el supuesto de que los inversores aportantes de dinero líquido se constituyan en este mismo momento en fideicomitentes junto con quien aporta el terreno.

Determinación de las obligaciones y posterior control

En ambos supuestos resultará indispensable detallar la obligación del permutante constructor o del fiduciario, según el caso, a efectos de determinar claramente cuál es la obligación pendiente de cumplimiento. Así pues, habrá que referirse a:

a) *Características* que hacen a la categoría en general del edificio (características de la edificación, calidad de los materiales, etc.) y a aquellas *características* que hacen particularmente a la individualización de las unidades prometidas al transmitente del terreno (medidas, ubicación, destino, terminaciones, etc.). Para esto habrá que detallar pliegos, planos y demás especificaciones que constituyen para el constructor una obligación de resultado, todo esto mediante la agregación de los respectivos instrumentos privados a la escritura de transferencia.

b) *Respeto* por los códigos de edificación y normas administrativas vigentes.

c) *Determinación de los plazos* a que deba someterse el constructor (inicio de obra, etapas, como ser el hormigón, albañilería, etc., finalización de obra, entrega de las unidades).

d) *Elaboración de la faz documental* que corresponda a cada etapa (planos de construcción, de subdivisión y mensura, de finalización de obra, otorgamiento del reglamento de copropiedad, escritura de transferencia de las unidades).

e) *Determinar* quién deberá cubrir los *costos* de la construcción, planos, transferencias, impuestos, etc., estableciéndose que quien tenga a su cargo los costos de la construcción no podrá reclamar luego mayores costos basado en la onerosidad sobreviniente de la obra.

Establecidas claramente las obligaciones a cargo de quien emprenderá la construcción del inmueble, es necesario que el transmitente del terreno cuente con posibilidades para ejercer el control de las mismas en lo que dure la obra. Aquí es donde podemos apuntar sutiles diferencias entre uno y otro contrato:

Permuta

Las facultades de fiscalización no constituyen un elemento natural del contrato de permuta por lo que deberá regularse de qué modo el transmitente del terreno podrá inspeccionar la obra a efectos de asegurarse el cumplimiento en plazo de cada una de las etapas de la misma.

Se puede prever la emisión de informes periódicos, la visita de la obra por sí o a través de peritos designados en tanto no se obstaculice el desarrollo de la misma, la inspección de libros, planos y demás documentación accesoria.

Fideicomiso

A diferencia de lo expresado para la permuta, en el contrato de fideicomiso el deber de información sí constituye una obligación esencial e inexcusable para el fiduciario, quien conforme a lo previsto en el art. 7° de la ley 24.441, debe rendir cuentas al beneficiario con la periodicidad fijada en el contrato, que no podrá ser mayor a un año.

Tanto en la permuta como en el fideicomiso, creemos prudente prever un sistema para dirimir los conflictos que puedan suscitarse en la interpretación de planos, calidad de materiales, normas de edificación, etc., lo que podría concretarse en la designación de árbitros o peritos fijando el alcance de su fallo.

La persona del responsable de la construcción

Sin perjuicio de que quepa en ambos casos convenir la designación del director de obra, en este apartado nos referimos a la persona del permutante adquirente del terreno que asume la obligación de construir el edificio y entregar las unidades, enfrentada a la figura del fiduciario que, con obligaciones similares, sea designado al efecto.

En ambos casos adelantamos nuestra preferencia porque este carácter sea asumido por una sociedad constituida especialmente al efecto, lo que desarrollaremos a continuación:

Permuta

Particularmente en este contrato en el que no contamos con un patrimonio de afectación separado del patrimonio personal de los contratantes, que resguarde los bienes objeto de la permuta dejándolos exentos de la acción singular o colectiva de sus acreedores, consideramos conveniente que el adquirente del terreno sea una sociedad especialmente constituida con este único objeto, como medio para evitar la confusión de patrimonios con otras actividades comerciales no conexas con el emprendimiento constructivo en cuestión y, en tanto, si bien como se dijo el inmueble no constituye un supuesto de afectación, ha sido entregado por el permutante a un solo efecto con facultad de revocar el dominio ante supuestos de incumplimiento.

Por otra parte, frente a la imposibilidad de sustituir al titular de dominio (cosa que sí ocurre en el fideicomiso), ante una mala administración, encontramos mayores herramientas de fiscalización y reemplazo de administradores en el seno de una sociedad comercial como la anónima o la SRL, que las que tendríamos frente a un titular de dominio que fuera una persona física.

Por último, la titularidad dominial en manos de una sociedad evita los conflictos que suscitaría el fallecimiento o incapacidad de una persona física.

Fideicomiso

En el fideicomiso, como es bien sabido, sí contamos con un patrimonio de afectación separado del patrimonio personal del fiduciario. Pero a esta evidente ventaja, sumamos la mayor amplitud que nos da este contrato marco en los siguientes aspectos:

a) El art. 9° de la ley 24.441 dispone las causas de cesación del fiduciario, que podríamos enumerar someramente como: remoción judicial, muerte o incapacidad, disolución en el supuesto de personas jurídicas, quiebra o liquidación y renuncia. A su vez, el art. 4°, inc. e) dispone que el contrato de fideicomiso deberá contemplar el procedimiento para su sustitución pudiendo designarse anticipadamente un sustituto.

Así pues, contamos con herramientas que permitan sustituir al titular de dominio fiduciario e incluso prever su reemplazante o procedimiento para su designación.

b) Nada impediría tampoco la designación de varios fiduciarios que deban actuar conforme a los términos del contrato, como un órgano colegiado que requiera de *quórum* y mayorías similares a las de un directorio para la toma de decisiones, o distribuyendo sus facultades resolutorias en función de sus profesiones (ingeniero, contador, abogado, etc.).

c) Se deberá tener en consideración que, de acuerdo a lo normado en el art. 7° de la ley 24.441, está vedado al fiduciario adquirir los bienes fideicomitidos, con lo cual, si la intención de la inversora o constructora es adquirir todas o parte de las unidades construidas, necesariamente deberá recaer la designación en otra persona, ya sea un tercero neutral o una nueva sociedad constituida al solo efecto de administrar el fideicomiso. Misma consideración cabe si la constructora o inversora se constituye en fideicomitente junto con quien aporta el terreno, pues no puede haber duplicidad de roles en fiduciante y fiduciario¹.

Existe entonces la opción de designar como fiduciario a una persona distinta de aquella que ha proyectado el emprendimiento edilicio. Esto permite, incluso, que la elección recaiga en un tercero neutral ajeno al transmitente del terreno y a la constructora que, si bien aportará los fondos o los inversores para la construcción en un terreno cuyo dominio fiduciario no le pertenece, se asegura su inversión revistiendo el carácter de fideicomisaria junto con el transmitente del terreno, ya sea que ella misma revista también el carácter de fideicomitente mediante el aporte de los fondos, o que los aporte en contrato paralelo al fiduciario, y ya sea que el objeto del fideicomiso determine en el fiduciario la obligación de, una vez entregadas las unidades prometidas al transmitente del terreno, entregar las remanentes a la inversora, o ya sea que la obligación consista en enajenar lo construido entregando a la iniciadora del proyecto el resultado económico de dichas ventas.

Seguridad de los contratantes

Seguridad desde la óptica del que aporta el terreno, desde la óptica de la constructora que levantará el edificio y desde la óptica de eventuales inversionistas

¹ Ha venido a clarificar bastante esta cuestión, la resolución general 447/03 de la Comisión Nacional de Valores, en virtud de la cual se ha reformado el art. 3° del Capítulo XV (N.T. 2001) a efectos de excluir en forma expresa la posible duplicidad de roles: "Artículo 3°: No podrán constituirse fideicomisos por acto unilateral, entendiéndose por tales aquellos en los que coincidan las personas del *fiduciante* y del *fiduciario*, ni podrán reunirse en un único sujeto las condiciones de *fiduciario* y *beneficiario*...".

Es necesario asegurar a ambas partes el cumplimiento de la finalidad deseada al momento de contratar o, ante un eventual incumplimiento, procurar que la inevitable pérdida se vea compensada suficientemente. También en miras a asegurar una buena y confiable comercialización de las unidades construidas frente a terceros futuros compradores o inversores crediticios.

Para ello procederemos a analizar distintos supuestos:

Permuta

En tanto la constructora adquirente del terreno obtiene en forma inmediata la satisfacción de su contraprestación, el transmitente del terreno recibirá por su parte unidades que no poseen una existencia actual, y por tanto su contraprestación quedará pendiente de cumplimiento en lo que se termina la obra y se efectiviza la entrega.

Por este motivo, es posible prever en el contrato de permuta, para el supuesto de incumplimiento:

1. Revocabilidad: pacto comisorio expreso. El dominio del terreno es en consecuencia un dominio esencialmente revocable sujeto a la condición resolutoria de la construcción y entrega prometidas. Ante el eventual incumplimiento de la constructora, opera la revocación y ésta deberá transferir por escritura pública y hacer tradición del terreno a su titular originario. Esta transferencia debería realizarse libre de cargas y gravámenes, sin perjuicio de que las partes puedan convenir lo contrario respecto de la generalidad o de algún gravamen en particular.

Esta posibilidad de revocación constituye uno de los aspectos más temidos de esta modalidad de contratación por lo que, a efectos de evitar futuras observaciones, se recomienda que al momento de operar la efectiva transferencia de dominio y tradición de las unidades prometidas al enajenante del terreno, se haga manifestar al mismo que no sólo recibe las unidades, sino que las mismas revisten todas las características edilicias pactadas en cuanto a ubicación, medidas, calidad, etc. y que integran la obligación del copermutante, asentando, en la escritura matriz de la permuta, nota marginal del otorgamiento de esta segunda escritura de transferencia de dominio que evidencie el cabal cumplimiento de las contraprestaciones que determina el fin de la revocabilidad del dominio.

Considerando el supuesto de que al momento de hacerse efectivo el incumplimiento, la obra se encuentre ya muy avanzada, podrá preverse una indemnización con tope máximo que el permutante que vuelve a

recibir el terreno deberá abonar a la constructora como única compensación por el valor de lo construido, si opta por la revocación.

2. Indemnización y multas: para el caso de que no se pacte la revocabilidad o para el caso de que la misma se limite hasta alcanzar determinada etapa de la obra, podrá estipularse, en su lugar, la obligación por parte de la constructora de enajenar el terreno con lo construido, debiendo entregar no menos de determinada suma de dinero al antiguo titular del terreno, quedándose con el remanente del precio de venta como única indemnización. Frente al supuesto de mora en el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones pactadas podrán establecerse multas diarias.

3. Hipoteca: todo lo antedicho, sin perder de vista la posibilidad de, al momento de la permuta, gravar el inmueble con una hipoteca a favor del transmitente del terreno, en garantía de la obligación de hacer de la constructora. En este último supuesto, habrá que tomar especialmente en cuenta los siguientes puntos:

- Fijar un monto a la obligación de la constructora a efectos de cumplir con el requisito de especialidad de la hipoteca.

- Pactar la divisibilidad de la hipoteca para que una vez afectado a propiedad horizontal el edificio, el gravamen recaiga sólo sobre las unidades necesarias para garantizar la obligación pendiente, liberando las restantes a efectos de permitir su comercialización.

- Posibilidad de acordar una reserva de rango hasta determinado monto a fin de que el constructor pueda constituir posteriores hipotecas de grado preferente, que le faciliten la financiación de la obra. Esta reserva de rango podrá a su vez estar condicionada al cumplimiento de determinados actos, como ser la construcción del 70% de la obra.

Fideicomiso

El fideicomiso de por sí constituye un dominio imperfecto, por cuanto hace a su esencia que se vean afectados sus caracteres de perpetuidad (sujeto a plazo o condición) y absolutez (limitado a la manda). No obstante, no constituye un dominio revocable, en tanto ello no haya sido expresamente previsto en el contrato (art. 25 ley 24.441).

En el caso del fideicomiso, en el que existe la posibilidad de prever la sustitución del fiduciario por incumplimiento, la opción de revocación no se presenta tan necesaria como ocurre en la permuta; pero lo que cabe destacar es que las particulares características de este contrato hacen que aun de operar un supuesto de revocación anticipada, los de-

rechos de los terceros que hayan contratado con el fiduciario dentro de los límites de su manda permanezcan incólumes en tanto el art. 25 aludido expresamente determina que los efectos de la revocación no serán retroactivos a su respecto. Esto dará tranquilidad a los inversores que realicen aportes dinerarios al proyecto, o a los eventuales compradores de unidades en construcción.

Uno de los rasgos más valiosos de esta figura contractual está dado por el hecho de que los bienes fideicomitidos constituyen un *patrimonio de afectación*, separado de los patrimonios personales del fiduciario y el fiduciante. Esto implica que:

- a) La responsabilidad objetiva del fiduciario, se limita al valor de la cosa causante del daño.
- b) Los bienes fideicomitidos quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario, o del fiduciante, sin perjuicio de la acción de fraude.
- c) Los acreedores del beneficiario podrán tan solo atacar los frutos y subrogarse en los derechos de su deudor.
- d) El fiduciario no responde en forma personal por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos. La insuficiencia del patrimonio fiduciario dará lugar a su liquidación.

Transmisibilidad de los derechos

Tanto en el *fideicomiso* como en la *permuta*, el responsable de la obligación de hacer pendiente de cumplimiento es elegido con especial consideración de su persona, por lo cual estimamos que se trata de una obligación *intuitu personae* y, en consecuencia, intransferible, salvo que se haya pactado un sustituto.

Por otro lado, los derechos que corresponden a quien ha cedido el terreno, pueden ser objeto de cesión, salvo pacto en contrario.

Aspectos impositivos

En la práctica, a la hora de elegir el encuadre jurídico para este tipo de operaciones, los interesados suelen ponderar los costos impositivos de transferencia y por eso consideramos de suma importancia hacer una breve reseña de los puntos relevantes de esta temática:

Transferencia del terreno

1. Impuesto a la transferencia de Inmuebles y sucesiones indivisas - Ley 23.905 - ITI

En ambas figuras estudiadas, partiendo del supuesto de que el transmitente del terreno sea una persona física no habitualista, la primera transferencia, ya sea a título de permuta o de transmisión fiduciaria, tributará impuesto a la transferencia.

Conforme el art. 11 de la ley 23.905, el gravamen se aplicará sobre el valor de transferencia de la primera operación. Si se efectuara por un precio no determinado, el mismo se calculará conforme al precio de plaza al momento de perfeccionarse el hecho imponible. En el caso de la permuta se considerará el precio de plaza del bien o prestación intercambiada de mayor valor. Consideramos prudente basarnos siempre en tasaciones determinadas en el correcto valor de mercado, en lugar de dejar su determinación al arbitrio de las partes, a fin de evitar posibles responsabilidades por la asignación de valores irrisorios.

2. Impuesto a las Ganancias

En los casos en que la primera transferencia esté alcanzada por el impuesto a las ganancias (transmitente persona física habitualista o persona jurídica), el escribano deberá actuar como agente de información, conforme lo estipulado en el art. 15 de la resolución general 2139 de AFIP que prescribe: en las operaciones de permuta, únicamente procederá practicar la retención cuando el precio se integre parcialmente mediante una suma de dinero. De no mediar suma de dinero alguna, el escribano interviniente queda obligado a informar a través del régimen establecido en la resolución general 781 - CITI - Escribanos.

De acuerdo al dictamen 9/2007 de la AFIP, “la transferencia de dominio del lote realizada inicialmente por la fiduciante-adjudicataria tiene como contrapartida una contraprestación futura a la que se obliga el fiduciario consistente en la entrega de la unidad funcional, circunstancia que permite encuadrar dicha operatoria como una operación de permuta...”, en consecuencia, a ambos contratos se aplicará, en estos supuestos analizados, el mismo régimen.

3. Impuesto de Sellos

Permuta: en la ley nacional de sellos se contemplaban estos supuestos como permuta de cosa dada por obligaciones futuras, y distintos fallos jurisprudenciales apoyaron aquella tesis. Así se debió en conse-

cuencia abonar el Impuesto de Sellos sobre la semisuma de los valores, al momento de la transferencia del lote de terreno, dejando establecido así el criterio conforme al cual la segunda transferencia no tributa impuesto de sellos porque se considera que en esa instancia sólo se está cumpliendo con la contraprestación de la primera operación por la que ya se ha tributado.

Tanto la Provincia de Buenos Aires como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, habiendo asumido su autonomía legislativa en la materia y apartándose de la mencionada ley nacional, no contemplan en sus Códigos estos casos en forma específica.

La Provincia de Buenos Aires, mediante diversos dictámenes que se han repetido a través de los años, se inclina por entender que en este tipo de operaciones se debe abonar al momento de la transferencia de terreno la semisuma de los valores estimados y, al momento de transferir las unidades construidas se debe abonar por la diferencia de la semisuma que pudiera haber en el cálculo de los valores en dicho momento. Se aproximan así al criterio conforme el cual al operar la segunda transferencia sólo se está cumpliendo con la contraprestación de la primera operación por la que ya se ha tributado².

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires no contempla específicamente este caso y distintas son las posturas al respecto. Algunos asesores en la materia se inclinan por mantener el criterio establecido en la ley nacional de sellos; pero otra postura sostiene que al haber tomado autonomía el ámbito de la ciudad respecto de la norma nacional y no mediando un criterio por el cual se interprete que fiscalmente este tipo de operaciones puedan ser consideradas permutas con la entrega de cosa futura, se debe tomar, a efectos fiscales, la primera transferencia como una compraventa y la segunda (al momento de la entrega de la contraprestación) como una transferencia de dominio autónoma, nuevamente gravada.

El Código Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires prescribe que el impuesto se aplica sobre las valuaciones fiscales y/o el VIR (valor inmobiliario de referencia), según el mayor valor, aplicando una alícuota del 2,5%.

En la Provincia de Buenos Aires, se tributa el Impuesto de Sellos con la misma base de cálculo que en Capital Federal, aplicando una alícuota del 3%. Cabe aclarar, que tanto en la provincia de Buenos Aires como en

2 Informe 3/2005 de la Dirección Técnica Tributaria.

Capital Federal las hipotecas se encuentran, en principio, alcanzadas por el Impuesto de Sellos salvo que se trate de hipotecas constituidas por saldo de precio. En provincia de Buenos Aires, por informe 151/2006 de la Dirección Técnica Tributaria, las hipotecas que garantizan la entrega de las unidades prometidas son consideradas hipotecas por saldo de precio y, por ende, no tributan dicho impuesto.

Fideicomiso: este resulta uno de los puntos más controversiales a la hora de brindar asesoramiento y determinar nuestra actuación como agentes de retención frente al fisco. Calificada doctrina tributaria entiende que la transferencia del lote fiduciario en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires debe tributar el 2,5% del valor de plaza, para lo cual se deberán requerir tasaciones sin perjuicio de lo previsto respecto de aquellos inmuebles que tengan asignado un Valor Inmobiliario de Referencia. Por otro lado, estudiosos de esta forma de contratación, como el escribano MARCELO DE HOZ³, han sostenido que tanto en el ámbito de la Capital Federal como en el de la Provincia de Buenos Aires esta primera transferencia no se encuentra alcanzada por el Impuesto de Sellos.

Transferencia de las unidades funcionales prometidas

1. Impuesto a las Ganancias

Esta segunda transferencia, tanto en la permuta como en el fideicomiso, cae en la órbita del Impuesto a las Ganancias, debiendo el escribano, como ya se ha dicho, actuar solamente como agente de información. La gran diferencia entre ambos contratos es:

Permuta: el responsable al pago del impuesto será la constructora que, habiendo recibido el terreno, ahora transfiere las unidades.

Fideicomiso: en el citado dictamen 9/2007 de AFIP, se recuerda el criterio conforme el cual los fiduciantes asumen el carácter de beneficiarios, las rentas obtenidas por el fideicomiso deberán ser atribuidas por el fiduciario a aquellos.

2. Impuesto de Sellos

Permuta: nos remitimos a lo ya expresado.

³ DE HOZ, Marcelo. "Aspectos contractuales e impositivos del fideicomiso inmobiliario". La Ley, 11/09/2009. Pág. 1.

Fideicomiso: a diferencia de lo que ocurre con la permuta, la doctrina tributaria es pacífica en cuanto a que esta segunda transferencia, tributa Impuesto de Sellos aun si, conforme el criterio más restringido, se ha retenido este gravamen en oportunidad de la transferencia fiduciaria del lote.

Conclusión: “La mirada de los otros”

Independientemente de cualquier consideración o análisis jurídico que podamos hacer, la realidad muestra que la opinión pública académica y no académica, tiene formado un preconceito en torno a estas figuras a la hora de resolver adquirir o instrumentar la transferencia de una unidad que cuenta en sus antecedentes con contratos de este tipo.

Frente a ello vemos en la figura del fideicomiso, con su patrimonio de afectación, un punto a favor al momento de tomar la determinación por parte de una constructora o de sus asesores profesionales respecto a cómo encarar jurídicamente estas operaciones aunque a veces, dada la envergadura del proyecto, no sea ésta la mejor opción.

Dejando de lado el *marketing* actual de esta figura, no descartamos la posibilidad de encarar proyectos de construcción desde la óptica de contratos más tradicionales y menos en boga pero que, tomados todos los recaudos necesarios y ya analizados, pueden ser igualmente efectivos y hasta más ágiles al momento de resolver determinadas operaciones.

Del mismo modo habrá que vencer “el miedo a lo desconocido” que a muchos les suscitan figuras nuevas como el fideicomiso, y que resultan menos familiares pero aportan herramientas útiles a esta clase de operatoria.

En conclusión, habrá que asesorar correctamente a las partes haciendo un estudio acabado de la situación, tanto jurídica como contable, a fines de determinar la opción que mejor se ajuste a su emprendimiento con prescindencia de preconceitos o consideraciones subjetivas.

3) EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO Y EL FIDEICOMISO

La ley 24.441 introdujo este contrato en nuestro derecho. La pregunta es si el mismo puede ser celebrado entre cónyuges.

El tema tiene cierta complejidad. No podemos tratarlo sino muy superficialmente en lo pertinente a la contratación entre cónyuges.

En líneas generales existe actualmente la posibilidad de que una persona transmita uno o más bienes a otra, la que tiene a su cargo la administración de esos bienes fideicomitidos, o sea transferidos en fideucia, en confianza.

El fiduciante, o sea el que deposita su confianza y transfiere un bien de su patrimonio, deja de ser propietario y el fiduciario, o sea aquél mercedor de la confianza, no adquiere el bien para sí mismo sino como dominio fiduciario, como una suerte de patrimonio que no le pertenece, que no se confunde con el suyo propio y que queda fuera de los alcances de los terceros acreedores, tanto de quien se ha desprendido de los bienes como de los suyos propios.

El fiduciario que se ocupa de la administración, destina los frutos, si así lo establece el contrato, a un beneficiario o a varios, y cumplido el plazo previsto de vigencia del contrato transfiere el dominio a quienes son destinatarios de los bienes, denominados fideicomisarios, o al mismo fiduciante o al beneficiario.

FLEITAS ORTIZ DE ROZAS y ROVEDA se ocuparon del tema y enseñan que existen diversas alternativas.

Si el fiduciante y el fiduciario son cónyuges en realidad uno le está transfiriendo al otro la administración de la propiedad fiduciaria. No estamos lejos del mandato previsto en el art. 1276, al examinar el cual dijimos que uno podía otorgar un mandato de administración. No hay transmisión de dominio.

Si un cónyuge ha sido designado fiduciario, o sea administrador de los bienes dados en confianza por un tercero y transmite los mismos a su propio cónyuge que ha sido designado beneficiario, tampoco hay problema porque el contrato se celebra entre un tercero -fiduciante- y uno de los cónyuges. El fiduciario los transmite en ejercicio de la administración que le fue confiada.

En cambio si un cónyuge es el fiduciante y el otro resulta el destinatario último de los bienes fideicomitidos, estamos ante una transferencia realizada por vía oblicua, pero igualmente alcanzada por las prohibiciones de donar y de comprar y vender expuestas.

MÉNDEZ COSTA exceptúa de la prohibición el supuesto de que el contrato tuviera como finalidad cumplir con la obligación alimentaria o saldar una deuda emergente de responsabilidad civil.

4) LA LIQUIDACIÓN DEL PATRIMONIO FIDUCIARIO POR INSUFICIENCIA DE LOS BIENES FIDEICOMITIDOS

El fideicomiso como contrato

El fideicomiso es un contrato nominado, en los términos del art. 1143 del Código Civil. Es decir, es un contrato típico, por cuanto tiene una regulación específica prevista en la ley, regulación que las partes deberán respetar, sin perjuicio de la libertad de reglar sus derechos y sus obligaciones con carácter supletorio ante el vacío legislativo. Cuando el legislador regula un contrato, no pretende sustituir la voluntad de las partes, sino que ante la posibilidad de que las mismas dejen aspectos sin reglar, interviene tratando de evitar conflictos y mantener el equilibrio contractual.

La *fuerza obligatoria* de los contratos está dada por el art. 1197: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”, receptando así la necesidad de respetar la voluntad de los contratantes y las necesidades del tráfico.

Al respecto GUILLERMO BORDA nos dice que los contratos son: “un instrumento esencial para la vida económica y para la promoción de la riqueza, por todo ello es indispensable reconocerle *fuerza jurídica*. Media en la cuestión un interés de Orden Público”.

La fuerza obligatoria de los contratos encuentra su fundamento no sólo en la autonomía de la voluntad, sino también en el bien común. Esa fuerza obligatoria tiene las limitaciones que el legislador previó en protección de ciertas personas o derechos, por ejemplo, las normas referidas a la capacidad para contratar, las referidas a los objetos de los contratos, entre otras. En ese sentido el art. 1195 del Código Civil establece: “... Los contratos no pueden perjudicar a terceros”. Por “terceros” debemos entender a quienes se verían afectados directamente por los efectos de un determinado contrato. Son quienes pueden invocar la ineficacia del acto.

Esta remisión a la parte general en materia de contratos tiene por objeto reforzar, en este trabajo, en concordancia con las conclusiones en materia de contratos de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil - V Congreso Nacional de Derecho Civil, la idea de que un contrato que se ajusta a la ley de su creación, a los principios generales del derecho y a las restantes normas jurídicas es perfectamente oponible a las partes y

a los terceros, dejando a salvo sus derechos cuando estos se vean lesionados por fraude.

La insuficiencia de los bienes

La ley 24.441 refiere en su art. 16 a la insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a las obligaciones generadas en el desarrollo del fideicomiso, o bien, podríamos decir, las obligaciones contraídas por el fiduciario en la ejecución del negocio subyacente de un fideicomiso determinado.

Esos bienes integran el patrimonio fiduciario, con su activo y pasivo, y es, ese patrimonio, el que puede encontrarse impotente para hacer frente a las obligaciones.

Dicha insuficiencia es el presupuesto de la liquidación del patrimonio fiduciario, de la misma forma que la cesación de pagos es el presupuesto para la apertura de los concursos, conforme el art. 1° de la ley 24.552.

La ley 24.441 nada dice sobre qué debe entenderse por insuficiencia de los bienes fideicomitidos, *cómo se evidencia objetivamente* (KIPER-LISOPRAWSKI) si es con relación a determinado ejercicio, si la insuficiencia es desde un punto de vista cuantitativo o cualitativo, etc., tampoco da pautas que guíen al fiduciario para determinar si se encuentra frente a esa circunstancia. Alude a la insuficiencia como si fuera un concepto perfectamente conocido.

Pero la insuficiencia trasunta una situación patrimonial compleja, que, a falta de pautas interpretativas, autores como SILVIO V. LISOPRAWSKI, L. M. F. GAMES y G. A. ESPARZA, la asimilan a la cesación de pagos, por cuanto se trata de un concepto sumamente estudiado por la doctrina y la jurisprudencia, que puede aprovecharse como un referente válido al momento de evaluar la situación de insuficiencia.

¿Qué se entiende entonces, por cesación de pagos o estado de insolvencia?

OSVALDO J. MAFFIA, con gran claridad señala que lejos de identificarse con un incumplimiento, consiste en la imposibilidad de afrontar la generalidad de las obligaciones, es decir, es la situación del deudor frente a todos los acreedores. Agrega que este concepto evolucionó partiendo de la idea de que consistía en un mero incumplimiento, para, luego, a mediados del siglo XIX, entenderlo como un incumplimiento generalizado y, finalmente, concluir en la segunda mitad de ese siglo, con la idea de que ese incumplimiento debía traducir la imposibilidad de pagar. Resalta

que no se trata de un mero desequilibrio entre activo y pasivo, o un desfase producido por hechos fortuitos (por ejemplo una inundación que afecta la actividad del deudor).

Por su parte, JULIO CÉSAR RIVERA, en su obra *Instituciones de Derecho Concursal* (Tomo I) nos ilustra diciendo que el estado de cesación de pagos o estado de insolvencia debe tener carácter general y permanente, o sea, no debe tratarse de una dificultad temporaria, transitoria o meramente circunstancial, sino que importa una imposibilidad de cumplir, ya sea por falta de liquidez o falta de crédito.

¿Quién determina que se ha dado el presupuesto objetivo de “insuficiencia de los bienes fideicomitidos”, para pasar a la etapa de liquidación?

Sin duda “el fiduciario” como administrador y titular de los bienes está legitimado para hacerlo, ya que conoce como nadie la situación económica y financiera del patrimonio, y es, por la confianza que en él tienen depositada, el que está en mejores condiciones para informar “si se han cumplido los hechos y actos que revelan la impotencia patrimonial para hacer frente a las obligaciones en forma normal y regular”⁴.

Sin perjuicio de ello y a fin de ponderar correctamente la situación patrimonial del fideicomiso, sería recomendable que el fiduciario cuente con un adecuado asesoramiento contable, financiero y jurídico que le permita, sin equivocarse, dictaminar que el patrimonio se encuentra en estado de insolvencia, dada la responsabilidad penal que le cabe en este supuesto, por aplicación del art. 173 del Código Penal, modificado por la ley 24.441.

Asimismo sería conveniente que arribe a dicha conclusión con la aprobación de la mayoría de los fiduciantes, a efectos de evitar impugnaciones por parte de los mismos, lo que supone la necesidad de que los contratos prevean la obligación de convocar a asamblea de fiduciantes.

Liquidación extrajudicial de los bienes fideicomitidos

La ley 24.441, en su art. 25, menciona las distintas causas por las que se extingue el contrato de fideicomiso:

⁴ D'ALBANO TORRES, Patricia L. *Práctica Concursal*.

“Artículo 25°: 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”.

Faltó agregar la insuficiencia como causa de la extinción del contrato.

Las dos primeras, según lo señalan KIPER y LISOPRAWSKI serían presupuestos normales de la liquidación, en cambio la insuficiencia constituye una vía anormal.

El fiduciario siempre tiene que liquidar, sea frente a una causa normal de extinción del contrato o sea frente a la causa anormal de extinción, cual es la insuficiencia de los bienes.

El art. 26 dice cómo debe proceder el fiduciario frente a la liquidación del fideicomiso por causas normales: “Producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario estará obligado a entregar los bienes fideicomitados al fideicomisario o a sus sucesores, otorgando los instrumentos y contribuyendo a las inscripciones registrales que correspondan”.

Producida la insuficiencia de los bienes, la ley en su art. 16 establece:

“Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitados. La insuficiencia de los bienes fideicomitados para atender a 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 al orden de privilegios previstos para la quiebra; si se tratase de fideicomiso financiero regirán en lo pertinente las normas del art. 24”.

En primer lugar el artículo afirma en forma contundente que esa insuficiencia no dará lugar a la declaración de su quiebra. La propia ley se encargó de dejar al proceso liquidatorio del fideicomiso fuera del ámbito judicial, en general, y del proceso concursal, en particular. Por lo tanto, este es nuestro punto de partida y hasta tanto no se reforme la norma, corresponde aplicarla. Y no sólo con esa tendencia reguló la liquidación para el fideicomiso, también la reguló para el proceso especial de ejecución hipotecaria (arts. 52 y sigts.) y para el sistema de ejecución del leasing.

Como sostienen GAMES-ESPARZA, citados en la obra de KIPER-LISOPRAWSKI: “responde a una clara tendencia a desjudicializar”.

En la búsqueda de fundamentos y a falta de antecedentes parlamentarios específicos sobre el tema, en los debates previos a la sanción de la ley 24.441 encontramos una referencia al “Régimen de ejecución privada” respecto de la ejecución especial de las hipotecas, que puede tomarse como fundamento inspirador de esta marcada tendencia a desjudicializar que ostenta la ley. El diputado CROSTELLI como informante del dictamen de mayoría expone: “con respecto al régimen de ejecución privada, uno de los factores que puede incidir en las altas tasa de interés de los préstamos destinados a la vivienda es un procedimiento engorroso de ejecución que tiene como resultado la incertidumbre sobre el plazo de recupero del crédito”.

Otras exposiciones del dictamen de mayoría señalan: “la recepción del nuevo instituto por un lado servirá de incentivo a inversiones extranjeras, por el otro, su ductilidad permitirá abrir nuevos horizontes al desarrollo interno.

En resumen la incorporación del instituto coloca a nuestro país dentro de la tendencia mundial en la materia y le permitirá competir en cuanto a seguridad jurídica con otros países intervinientes en el mercado global de capitales”.

El dictamen de la mayoría aprobó la redacción del art. 16 con el texto actual y tal como fue elevado por el Poder Ejecutivo al Honorable Congreso de la Nación.

A su vez la ley 24.522, no contempló en su art. 2° al patrimonio fiduciario, es más, este artículo expresamente deja fuera del concurso a los excluidos por leyes especiales, que es el caso del referido art. 16. Claro está que los autores que pretenden someter la liquidación al régimen del concurso y la quiebra, se valen de esto mismo para decir que dicha ley no lo excluyó expresamente, por lo que puede entenderse que están incluidos, sin considerar que la ley de concursos y quiebras fue posterior a la ley 24.441, por ende hubiese mencionado a este patrimonio de afectación dentro de los sujetos del art. 2°, al igual que incluyó al patrimonio del fallecido mientras se mantuviera separado del patrimonio de los sucesores.

Hasta aquí vemos que como contrato, no puede quedar sometido al proceso concursal y, como patrimonio, tampoco, por las consideraciones expuestas.

Algunos autores, como los citados GAMES-ESPARZA, sostienen que el fideicomiso podría quedar alcanzado por las normas del concurso, lo

que ha sido desestimado por la mayoría de la doctrina nacional, que no admite la posibilidad concursal para el patrimonio fiduciario. Así y tal como lo señala EMILIO CÉSAR JOULIA, en su trabajo *Consecuencias y caminos ante la insolvencia del patrimonio fiduciario*, el art. 16 de la ley 24.441, obliga al fiduciario a liquidar, vedándole, en consecuencia, la posibilidad de arribar a acuerdos con los acreedores. Otro obstáculo estaría dado, según estos autores, por el hecho de que si fracasa el concurso, la declaración de la quiebra sería inevitable.

Definitivamente, todos los antecedentes legales y doctrinarios parecen indicar, que objetivamente la liquidación no fue pensada para el ámbito judicial. Forzar la liquidación del patrimonio fiduciario, aplicándole la normativa de la ley 24.522, no dará a los involucrados, la seguridad que pretenden aquellos autores que defienden la postura de liquidar bajo la protección del procedimiento concursal. Basta con reflexionar, sin perjuicio de la “interpretación integradora” propuesta por las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil - V Congreso Nacional de Derecho Civil, sobre el conflicto al que daría lugar la aplicación de una ley, en el caso la ley 24.522 de concursos y quiebras, a un instituto regulado por otra que expresamente lo deja fuera de su alcance, como es la ley 24.441.

Pero entonces, ¿qué puede hacer el fiduciario para liquidar, sin que el procedimiento que él elija sea atacado por los acreedores? Pensemos que así como es dable proteger a los terceros de las maniobras fraudulentas de un fiduciario inescrupuloso, también es necesario proteger al fiduciario que procede con el estándar del buen hombre de negocios que la propia ley le exige y que actúa en forma diligente y responsable, contra los terceros de mala fe, que se verían beneficiados si logran desbaratar la liquidación del fideicomiso, trátase de los acreedores o de los propios fiduciantes.

Frente a estas cuestiones de difícil abordaje, surge la pregunta acerca de cuál sería el procedimiento más apto para liquidar el patrimonio fiduciario.

La ley le da al fiduciario algunas directivas:

1) Pedirle fondos al fiduciante o beneficiario, según previsiones contractuales. Y en este supuesto puede por aplicación del art. 18, exigirselos judicialmente.

2) Debe enajenar los bienes que integran el patrimonio.

3) Entregará el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra.

Cualquiera sea la estrategia liquidatoria que elija el fideicomiso, todo parece indicar que debe respetar estas tres obligaciones.

La primera y la segunda son pautas objetivas y concretas que contribuyen a una liquidación ordenada y segura.

Pero realmente, ¿debe enajenar los bienes, como única medida a tomar? Esta norma, ¿es de orden público? Fiduciario, fiduciantes y beneficiarios podrían encontrar una solución diferente, que a nadie perjudique y que evite el estado de insuficiencia, por ejemplo la obtención de un crédito.

Asimismo y sin perjuicio de que la ley no haya previsto un procedimiento judicial para llevar adelante la liquidación, nada impide que el fiduciario someta a la misma al control judicial. Señala con gran claridad JOSÉ M. ORELLE; “Otra alternativa es que en estos casos, atento las dificultades por ausencia de previsiones legislativas, se acuda al tribunal para efectuarlas, como una modalidad que asegure el debido contralor”.

A falta de normas que regulen en forma general y expresa el proceso liquidatorio, el fiduciario podría recurrir a distintos procedimientos, sean del ámbito civil, como por ejemplo el del proceso sucesorio, el de la división de condominio, o podría someterse a la normativa sobre ejecución de sentencias en materia judicial o bien a la normativa societaria, respecto de la liquidación de sociedades comerciales. Es decir puede ajustar su proceder a algunas de las pautas de estos procesos.

Quizás sea conveniente que dicho proceso liquidatorio se ajuste a normas del derecho civil, por cuanto el contrato de fideicomiso es un contrato civil al que debe aplicársele dicha normativa, en lo que no esté regulado expresamente.

Los interrogantes son muchos, pero podemos concluir que en gran medida se evitarían los conflictos si el contrato diera un marco para la liquidación, previendo un procedimiento o bien indicando los aspectos más importantes a tener en cuenta, de esa manera todos los actores involucrados, partes y terceros, sabrán a qué deben ajustarse, cómo se verán afectados sus intereses, dándoles la posibilidad, a los más diligentes, de imponerse del contenido de los contratos. Si las partes convienen un procedimiento liquidatorio que se ajusta a derecho, los acreedores deben respetarlo y les es oponible a no ser que probaran que fue en perjuicio de sus intereses.

El fiduciario como liquidador

La ley quiso que fuera el fiduciario.

Algunos autores parecen indignarse con esta decisión legislativa, suponiendo que el fiduciario puede ser el responsable de la insuficiencia de

los bienes o, mejor dicho, no que puede ser, sino que a juicio de estos autores, siempre lo es.

Pero no se advierte que la idea de confianza en la persona del fiduciario tiene para éste la carga de actuar con excesiva diligencia y prudencia, a efectos de no quedar comprometida su responsabilidad, lo que le depararía graves consecuencias de tipo penal.

No podemos presumir la mala fe o la conducta dolosa del fiduciario, cuando los bienes fideicomitidos se tornan insuficientes. En nuestro derecho nos encontramos con distintas presunciones, que son el resultado de la particular interpretación que hizo el legislador sobre determinados actos. La ley 24.441 no da pautas interpretativas en este sentido, con lo cual, en principio, fiduciantes, beneficiarios y terceros deberán probar que el fiduciario actuó en perjuicio de sus intereses. Sólo en este caso, pueden removerlo, en los términos del art. 9º, inc. a, y nombrar al sustituto para que lleve adelante la liquidación.

CONCLUSIÓN

El fideicomiso en la República Argentina ha tenido una exitosa recepción, muchos y grandes emprendimientos se desarrollan por medio de este instituto. No podemos dejar de alertarnos, como muchos autores lo hacen, ante las consecuencias nefastas que pueden producirse por contratos mal redactados, o por la impericia y la mala fe de los fiduciarios.

Pero el fideicomiso es una herramienta, que puede ser usada correctamente o no, como cualquier otra figura jurídica.

De todos depende que este instituto sobreviva dignamente. El debido conocimiento de la figura, se reflejará en contratos correctamente instrumentados. La debida responsabilidad y ética de los fiduciarios, en el manejo de los negocios subyacentes y en la ejecución de los contratos, evitará graves conflictos.

El vacío legislativo no tiene que ser óbice para que este instituto se desarrolle plenamente. Muchas son las normas, la doctrina y la jurisprudencia que pueden venir en su auxilio, lo que supone la obligación de ajustarnos a las disposiciones y a las resoluciones más apropiadas y cercanas a la naturaleza jurídica de la figura, a la intención del legislador, a lo querido por las partes y a la realidad económica y negocial.

Quizá, más que modificar leyes, lo conveniente sería implementar severas penalidades, para aquellos que actúan de mala fe, sean cuales sean, los institutos jurídicos con los que operen.

BIBLIOGRAFÍA

- KIPER, Claudio M. y Lisoprawski, Silvio V. *Tratado de Fideicomiso*.
- LISOPRAWSKI, Silvio V. *Práctica del Fideicomiso, problemas y soluciones*.
- ORELLE, José María. *Financiamiento de la vivienda y de la construcción. Ley 24.441*. “Fideicomiso contractual y financiero”.
- XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil - V Congreso Nacional de Derecho Civil. Comisión de Contratos. “Integración del contrato”.
- GAMES, Luis María Fernando y Esparza, Gustavo Américo. *Fideicomiso y Concursos: Introducción a un tema complejo y problemático*.
- V Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia. VII Congreso Argentino de Derecho Concursal. 4-7 de octubre de 2009, Mendoza. Comisión III.
- RIVERA, Julio César. *Instituciones de Derecho Concursal (Tomo I)*.
- BARBIERI, Pablo C. *Concursos y Quiebras. Ley 24.522. Comentada y concordada*.
- PEREYRA, Alicia S. *Doctrina Societaria y Concursal*. “El Concurso preventivo del consumidor”. Errepar. Febrero, 2009.
- JOULIA, Emilio César. *Consecuencias y caminos ante la insolvencia del patrimonio fiduciario*.