

Fideicomiso para construcción de inmuebles

Por Joaquín Robles Gorriti. Trabajo final del Premaster Semipresencial CUDES-Universidad Austral. Edición 2017.

"Put not your trust in money, but put your money in trust." Oliver Wendell Holmes

I.- Introducción. II.- Fideicomiso de construcción. III.-Ventajas respecto de otras estructuras jurídicas. IV.- Previsiones contractuales. V.- Conclusiones.

I.- Introducción.

El fideicomiso, como instituto del Derecho Continental, fue tomado del *Trust* del Derecho Anglosajón. A su vez éste fue inspirado en la *Fiducia* o *Fidecommisum* del Derecho Romano. No obstante esta incompatibilidad de origen, las distintas denominaciones con las que se ha designado esta herramienta legal dicen mucho sobre un elemento esencial del contrato de Fideicomiso: la confianza, presupuesto necesario y característico entre el fiduciante y el fiduciario.

Nuestro ordenamiento jurídico consagró definitivamente el fideicomiso en el año 1995 a través de la ley 24.441. Dos décadas más tarde la unificación del Código Civil y Comercial con buen tino ha optimizado en varios aspectos la regulación de la figura, haciéndose eco en buena medida de doctrinas, jurisprudencia y fundamentalmente de la propia casuística de realidad negocial de nuestro país. Sus usos y costumbres en estos veinte años de experiencia fueron dejando en evidencia diferentes deficiencias en el tratamiento dado por aquella ley derogada en concomitancia con la proliferación del fideicomiso hacia distintos ámbitos de la vida, volviéndola una herramienta cada vez más usada por las ventajas y la versatilidad que representa.

II.- Fideicomiso de construcción.

El fideicomiso de construcción es una especie del género madre fideicomiso y en general se ubica dentro de los fideicomisos ordinarios, aunque nada obsta a que pueda ser financiero. Se lo denomina también fideicomiso inmobiliario y consiste fundamentalmente en aquel contrato mediante el cual el fiduciante, con el objetivo de construir un inmueble, entrega al fiduciario -quien acepta el encargo- una serie de activos (terreno, aportes dinerarios, etc.) que componen el patrimonio fideicomitado y que será administrado por este último para cumplir con la manda fiduciaria de construir el inmueble encomendado para luego adjudicarlo, en la forma convenida y a quienes se hubiere estipulado en la manda (beneficiarios y fideicomisarios).

Se lo puede sub-clasificar, a su vez, en Fideicomisos “al costo” y “no al costo” o destinados a la venta de las unidades funcionales.

Los primeros son aquellos en los que fiduciantes se reúnen para generar la sinergia de activos necesarios para la construcción del inmueble mediante sus aportes y luego encomiendan a un tercero profesional que se encargue de la administración y desarrollo de la obra como así también de las obligaciones resultantes de la ejecución del contrato para que una vez finalizada la obra, les adjudique las unidades funcionales resultantes. Consiste una estructura asociativa mediante la cual los costos de adquisición del terreno y los que irroge la construcción del inmueble será soportado por los fiduciantes, en partes iguales o no. Vale decir que realizan una suerte de permuta en sus aspectos contables, pues hacen aportes dinerarios y a cambio reciben un inmueble.

Más aún, en el caso en que los fiduciantes no cedan su posición contractual, estaríamos además ante lo que se conoce como un *fideicomiso transparente* ya que los fiduciantes detentan al mismo tiempo la calidad de beneficiarios y fideicomisarios.

Asimismo ocurre también que muchas veces se instrumentan fideicomisos inmobiliarios como actividad comercial persiguiendo un beneficio económico, el cual estará dado por la diferencia entre el precio de construcción y el precio de plaza, brecha que por -lo general- se va acotando a medida que va avanzando el proyecto y nuevos fiduciantes

adherentes van suscribiendo la compra de las Unidades Funcionales disponibles, con la ventaja que importa el consiguiente estrecho margen de negociación entre el fideicomiso y los nuevos adherentes (por ejemplo cantidad de cuotas o monto de anticipo, etc.) para continuar financiando el proyecto. Estos son los fideicomisos típicamente inmobiliarios o destinados a la venta del inmueble.

Muchas veces a través de distintas sociedades un mismo grupo económico detentan la posición de fiduciante originarios (aportando por ejemplo el terreno al cual le agregan un valor diferencial que es su verdadera ganancia) y el fiduciario que administrará el patrimonio y se encargará de construir, desarrollar y comercializar el proyecto. Un aspecto destacable en estos casos es que aún mediante tal entramado societario, el fiduciario no podrá renunciar a los mandamientos legales indisponibles, tales como obrar siempre conforme los principios de buen hombre de negocios, actuando con prudencia y custodiando el patrimonio encomendado. Además con la obligación¹ de evitar cualquier conflicto de intereses y para el caso de que existan deberá privilegiar los de los restantes sujetos intervinientes en el contrato. Nunca podrá ser fiduciario y fideicomisario en un mismo fideicomiso ya que siempre posee a nombre de un tercero y el dominio fiduciario está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso y al efecto de entregar la cosa a quien corresponda en virtud del contrato o la ley. Acertadamente el nuevo código previó² además, que extinguido el fideicomiso, ya no es necesaria la tradición en tanto el fiduciario queda inmediatamente constituido en poseedor a nombre del dueño. Este *constituto posesorio* trajo una enorme solución sobre la laguna que existía en la regulación previa y que había dado lugar a innumerables discrepancias y controversias. Ahora ya no es necesaria la inscripción mediante orden judicial –con las demoras y los costos que implicaba– sino que basta con una intimación fehaciente para que realice la inscripción registral pertinente y en caso de negativa, el fiduciario deberá responder por los daños y perjuicios causados pero además incurriría en responsabilidad penal por retención indebida.³

¹ Artículo 1674 Código Civil y Comercial de la Nación Argentina

² Artículo 1706 Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

³ Artículo 173 inc.2° Código Penal de la Nación Argentina.

El fideicomiso es un contrato consensual (y no real como sostenía una parte de la doctrina), no es una personalidad jurídica independiente pero sí un sujeto fiscal autónomo. En cuanto a la forma de esta clase de fideicomisos debemos considerar que es un contrato formal⁴ pues tiene por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles. De la misma manera que las cesiones que se hagan deben ser por escrito y en escritura pública si fuesen derechos derivados de un acto instrumentado por escritura pública⁵. El artículo 1669 ordena que el contrato debe inscribirse en el Registro Público que corresponda y sobre esto, que ha sido materia de varias controversias. Hoy -aún sin quedar enteramente zanjada la cuestión- en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires rige para los fideicomisos financieros su registración en CNV (con competencia nacional), mientras que para aquellos que no son financieros pero en los que es parte alguna sociedad inscrita en la IGJ dicho organismo se arroga la competencia de que se inscriba en sus registros. Tal sería el caso de una S.A. constructora constituida en CABA y que ostente el rol de fiduciario. A su vez, a partir del decreto 300/2015 sancionado en el ámbito del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, se creó un Registro Electrónico de Contratos de Fideicomiso al cual actualmente solamente pueden acceder los escribanos matriculados en el Colegio Público de Escribanos de la Capital Federal. Esto suscita hoy en día varias posiciones encontradas, pero sobre lo que ya no hay discusiones es sobre la exigencia legal de inscribir el contrato de fideicomiso lo que permitirá a además a partir de su inscripción la posibilidad de oponer sus efectos frente a terceros. En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires no existe todavía un registro de fideicomisos.

III.- Ventajas respecto de otras figuras.

El fideicomiso presenta *per se* una serie de ventajas por sobre otras estructuras legales a la hora de instrumentar la construcción de un inmueble.

En primer lugar permite la separación del patrimonio afectado, el cual queda en una suerte de limbo jurídico que lo hace inasequible a los

⁴ Artículo 1017 Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

⁵ Artículo 1018 Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

acreedores de los sujetos internos del contrato en virtud de otros negocios previos o simultáneos que pudieran tener. No obstante quedarán expeditas las acciones de fraude⁶ cuando la transferencia de activos no hubiese sido *In Bonis* como así también la acción por ineficacia concursal cuando se hubiere cometido alguno de los actos prohibidos⁷ de la ley de concursos y quiebras. Respecto de los beneficiarios y fideicomisarios, sus acreedores particulares podrán subrogarse en sus derechos si correspondiere.

En segundo lugar, tiene la ventaja del acotamiento del destino de los fondos aportados ya que el mismo es específico y excluyente, determinado en el contrato. Esto significa una gran previsibilidad para el inversor.

En tercer lugar permite soluciones de controversias extrajudiciales, con la reducción de costos, tiempo e incertidumbre que esto conlleva.

En cuarto lugar, es un medio alternativo de financiamiento, ostensiblemente más ventajoso que incurrir en financiamiento por parte de un tercero con tasas de interés o gravámenes con privilegios; pero fundamentalmente también, por el beneficio que genera que no existan intereses contrapuestos, no habrá vencedores y vencidos ya que todas las partes están interesadas en el cumplimiento del objeto del contrato. Su conclusión satisfactoria es el mejor horizonte para todos mientras que su frustración es perjudicial para todos. En este sentido, es importante poder interpretar las bondades de esta figura y entenderla en clave de sistema cooperativo.

Por otro lado al cumplirse la manda fiduciaria queda extinguido el fideicomiso y con él los posibles reclamos futuros dotando de seguridad jurídica al negocio. Coincidentemente permite participar de un “negocio nuevo”, Ad-hoc, independiente de otros negocios diferentes que pudieran tener las partes y que sin embargo no empaña la trayectoria (principal activo) del fiduciario cuando es un desarrollador.

En la práctica económica de la construcción se ha optado también por otras figuras, tal como el condominio o la construcción mediante una

⁶ Artículo 338 Código Civil y Comercial de la Nación Argentina

⁷ Artículo 16, Ley 24.522.

Sociedad Anónima. Pero todas estas distan de ostentar las ventajas comparativas que ofrece el fideicomiso:

El condominio, por ejemplo, no resguarda a los condóminos de acciones por parte de acreedores de otro condómino. Son variados los casos en los que se frustra la obra o la escrituración del inmueble por conflictos de un condómino con algún acreedor, por ejemplo su ex-cónyuge o una ejecución de hipoteca sobre el factor tierra, entrando como acreedor privilegiado y dejando un escaso remanente una vez finalizada la ejecución.

En el caso de la S.A. en cambio, no se cuenta con la ventaja de que los activos sean administrados por una administración específicamente destinada al objeto de la obra e incluso se transfiere una propiedad plena de los activos, no solo volviendo muy deficiente el control eficaz de su destino sino que además queda confundido con el capital social y por ende, confundido con la garantía común de los acreedores que la sociedad pudiera tener en ocasión de otros negocios.

IV.- Previsiones contractuales.

El fideicomiso tiene un origen contractual y por tal motivo uno de los quid del negocio va a estar determinado por la eficiencia de este instrumento para regir el íter del negocio o emprendimiento subyacente. Deberá, entre otras cuestiones, neutralizar riesgos estructurales; equiparar pretensiones con sustentabilidad jurídica, contable e impositiva; equilibrar los derechos y obligaciones de las partes fijando controles recíprocos claros; pero esencialmente deberá cristalizar el negocio deseado prestando particular atención a las cláusulas específicas que regulen las contingencias que puedan suscitarse al ejecutar el contrato. En este orden de ideas hay algunos aspectos que suelen generar conflictos por no estipularse y que merecen ser tenidos en cuenta:

- *Facultades del fiduciario:* Este es sin dudas el protagonista de la figura por las responsabilidades que asume en ocasión del negocio jurídico. Es importante ser incisivos en la forma en que deberá actuar en distintas circunstancias pues así estaremos regulando en buena medida la dinámica del emprendimiento instrumentado. Si bien las facultades del fiduciario están

enmarcadas en una serie de disposiciones legales inalienables como por ejemplo la imposibilidad de constituir un fideicomiso en forma unilateral; no apropiarse de los bienes fideicomitidos para sí; prohibición de librarse de su responsabilidad por su actuación culposa o dolosa; obligación de rendir cuentas de mínima una vez por año; etc; Se debe procurar optimizar su actuación a través del *pacta sunt servanda* ya que como regla el Código establece que el fiduciario tiene sobre el activo fideicomitido amplias facultades de administración y disposición, a menos que se le hayan impuesto restricciones en su ejercicio⁸. Por ello se podría incorporar una cláusula de no enajenación respecto de uno o varios bienes integrantes del fideicomiso (verbigracia prohibir la venta de unidades funcionales a terceros); fijar claramente su obligación para afrontar las obligaciones impositivas y todas aquellas que surjan en cabeza del fideicomiso: contratar los servicios que resulten imprescindibles para cumplir con la manda (por ejemplo, servicios legales, contables, tributarios, constructora, etc.); entre otras.

- *Insuficiencia y liquidación patrimonial del fideicomiso*: El supuesto de insuficiencia patrimonial del fideicomiso no representa en absoluto una rareza, antes bien, puede observarse con cierta frecuencia, Máxime en un escenario económico complejo como el que tenemos en nuestro país que dificultan la proyección de costos ciertos (variables económicas inestables: el tipo de cambio fluctuante entre retrasado y devaluado, índices de inflación dispares, cadenas de pagos estresadas, impuestos regresivos, etc.), pero también por el alea propia que el propio negocio entraña, tales como las incidencias laborales.

Para dicha eventualidad el código establece -continuando con la línea de la ley de Fideicomiso derogada- que el fideicomiso no es pasible de concurso o quiebra. Asimismo establece que ante este hecho y a falta de un procedimiento estipulado en el contrato, el juez competente fijará el procedimiento sobre la base de las normas previstas para los concursos y las quiebras, en lo que sea

⁸ Artículo 1688 Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

pertinente⁹. No obstante ello, es importante destacar que muchas veces ocurre también que en el afán de colocar las unidades funcionales, quien tiene a cargo la comercialización de las mismas, suele ofrecer la participación en el fideicomiso a nuevos fiduciantes vistiendo la oferta de venta a “precio fijo” cuando en realidad lo que efectivamente se ofrece es un derecho de participación en un fideicomiso al costo, donde el precio de ninguna manera es fijo. De esta manera comúnmente lo que se ofreció a un precio termina costando significativamente más por elevación de costos en el proyecto y aquí es donde se produce a menudo un conflicto. Los fiduciantes adherentes deciden no integrar más aportes y esto deriva, en principio, en la liquidación del fideicomiso. Sumado a esto, si la adquisición fue hecha para destinarla a vivienda única, la responsabilidad ya caería dentro de la órbita de la normativa del consumidor. Es decir, que existiría en tal caso tres regímenes de responsabilidad contractual (contratación en paridad, contratación por adhesión y contratación de consumidor). Frente a esto, una posible solución sería estipular que en caso de insuficiencia patrimonial el fiduciario notifique a las partes y convoque de urgencia a una asamblea de fiduciantes/beneficiarios al efecto de rendir cuentas y tratar la orden de integración de capital adicional necesario para salir de aquella situación. Asimismo sería prudente fijar en el contrato aquel procedimiento mediante el cual se hará efectiva aquella integración de capital y la preferencia de compra de la posición contractual de aquellos fiduciantes que opten por no aumentar su aporte dinerario de manera que los demás fiduciantes o aún un tercero pueda salvar la continuidad del fideicomiso. Siempre es preferible establecer mecanismos internos para remediar la insuficiencia que recurrir a la sede judicial donde los costos, el tiempo y la incertidumbre restan seguridad al negocio y profundizan la crisis. Aun así, considero apropiado el viraje conceptual del nuevo código respecto de la legislación anterior que establecía la extrajudicialidad extrema de la liquidación del fideicomiso y excluía expresamente la aplicación de normas

⁹ Artículo 1687 *in fine* Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

concuriales y falenciales, cuestión sobre la los tribunales, no todos en sintonía, se habían hecho eco aplicando a la liquidación normas de la ley de sociedades¹⁰

- *Cese/Remoción del fiduciario*: Las disposiciones legales admiten que se pueda solicitar judicialmente la remoción del fiduciario por justa causa con la novedad que el nuevo código legitima, tanto para solicitar la remoción como para exigir rendición de cuentas, ya no solo al fiduciante como tradicionalmente lo hacía sino que ahora también pueden solicitarlos los beneficiarios y/o fideicomisarios. Sin perjuicio de ello, la sede judicial siempre es engorrosa, mucho más si se trata de ventilar una cuestión con amplitud de hecho y prueba como lo es demostrar la justa causa que se invoca para que se ordene su remoción. Por ello, es importante poder prever a tiempo este elemento y reglar contractualmente la posibilidad de remoción sin justa causa estipulando un régimen de mayorías, por ejemplo que concurriendo la voluntad de un 70% de los fiduciantes podrá removerse al fiduciante, incluso sin tener que cumplimentarlo en una asamblea formal. Pero también es importante poder fijar, para este y toda otra cuestión trascendente en la vida del fideicomiso, convocatorias de asambleas de fiduciantes/beneficiarios, primeras y segundas, ordinarias y extraordinarias, con los temas a tratar en cada una de ellas y al mismo tiempo fijar el régimen de quórum y mayorías necesarias para la adopción de decisiones sobre la administración o sobre temas más trascendentes del fideicomiso.

En definitiva, el contrato del fideicomiso será la estructura ósea del negocio subyacente y dará marco de referencia a los hechos que se susciten a lo largo de la vida del fideicomiso. De allí que cuanto más sólida sea ésta y cuantas más eventualidades cubra en prever posibles contingencias fijando sus remedios internos respectivos, más articulada estará la dinámica de su desarrollo. Será, bajo condiciones *ceteris*

¹⁰ Cámara Nacional Comercial, Sala E, “Fideicomiso Ordinario Fidag s/liquidación” 15/12/10.

paribus, la inteligencia contractual lo que diferenciará en muchas ocasiones un fideicomiso exitoso de otro que vea su objeto truncado.

V.- Conclusiones.

A modo de conclusión, podemos decir que el fideicomiso como figura jurídica es innovadora y altamente competitiva en virtud de la génesis contractualista que tiene y por sus características propias que lo dotan de una amplia gama de ventajas competitivas y que la hacen sumamente atractiva, respecto de otras figuras jurídicas que también son utilizadas para llevar a cabo un proyecto de construcción de inmuebles.

Es un instituto de enorme nobleza ya que entraña la virtud principal de ser un vehículo apropiado para la concreción de un negocio o emprendimiento subyacente¹¹ Además, da un amplio margen a las partes para instrumentar el negocio jurídico como les resulte más conveniente en tanto y en cuanto no contravengan normas de orden público. Por otra parte, logra dar una sólida respuesta a la cuestión de poner a salvo el patrimonio afectado a un fin específico y excluyente, poniéndolo por fuera del alcance de los acreedores particulares. A un mismo tiempo, es también, un instrumento que alinea el interés de todas las partes a la consecución de su objeto.

Esto nos permite a los abogados un interesante campo de acción para diseñar un “Traje a la medida del negocio jurídico” que tenga en miras el cliente. En el caso puntual del fideicomiso inmobiliario nos permite también -a pesar de que algunas cláusulas macro están estandarizadas por los usos y costumbres vigentes- reconocer que no existen dos fideicomisos cabalmente iguales. Hecho este que exige por parte de los asesores jurídicos la realización de un trabajo artesanal, creativo y de altísimo valor agregado; Máxime si nos apoyamos con profesionales que tengan *expertise* en contabilidad y cuestiones impositivas ya que podremos ofrecer una planificación integral del negocio, no solo desde la prevención de riesgos sino también desde las incidencias tributarias, contables y regulatorias del mismo.

¹¹ RODOLFO G. PAPA, “Fideicomiso para Abogados y Contadores”, Editorial Erreius, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017, pág. xxv.

