

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

*FIDEICOMISO (Para la construcción de edificios habitacionales)(\*)(1726)*

GRACIELA FISCHER, MARÍA SUSANA MONSERRAT, LUIS MARÍA GATTI Y GERARDO A. RUBIO

**I. ESQUEMA DE LA ESCRITURA**

ESCRITURA NÚMERO... En la Ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe, a...de...de...ante mi, el Escribano autorizante, comparecen los señores A... y B... personas de mi conocimiento, doy fe. EXPONEN: Que formalizan el siguiente contrato de fideicomiso. PRIMERO: Don A se obliga a transmitir a don B el derecho de dominio, fiduciario y revocable, sobre un lote de terreno, de su propiedad, situado en que... más adelante se describirá, para que éste ejecute, o haga ejecutar por terceros, a su exclusivo cargo el complejo habitacional, cuyo proyecto, planos y detalles técnicos se agregan por cabeza de la presente escritura y forman parte integrante de ésta como anexo número uno. - SEGUNDO: Don B se obliga a: a) Ejecutar o hacer ejecutar la obra prevista, constituida por ... unidades de vivienda, según surge detalladamente de la documentación anexa incorporada a este instrumento, en el plazo de años a contar del día... b) Realizar las obras de infraestructura de la urbanización que dispongan las autoridades competentes. c) Vender a terceros indeterminados cada una de las unidades por el precio que resulte de sumar a los costos un...% con la forma de pago y demás condiciones determinadas en la planilla que se agrega por cabeza de la presente escritura como anexo número dos. Y d) Pagar al fiduciante el...% del producido neto de las ventas que realice, que en su totalidad no podrá ser inferior a pesos - TERCERO: El fiduciario no podrá transferir el

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

dominio total o parcialmente, en block o subdividido, sin las mejoras que se obligó a construir. - CUARTO: El fiduciario se obliga a no vender más de ...unidades por persona, sea natural o jurídica. - QUINTO: El fiduciante se le reserva el derecho el derecho de fiscalizar, por si o por terceros que el mismo designe, a su exclusivo cargo, el desenvolvimiento de este contrato, a cuyos efectos el fiduciario de cualquiera de las condiciones y cláusulas establecidas en el presente contrato y/o en el proyecto y especificaciones técnicas que forman parte del mismo, el fiduciante se reserva el derecho, a su exclusivo arbitrio, de solicitar judicialmente: a) la sustitución del fiduciario por el que proponga, o b) la rescisión de este contrato, solicitando la reversión del dominio del inmueble a su favor, con excepción de las unidades ya vendidas, con más las mejoras construidas en concepto de indemnización. - SÉPTIMO: Las partes convienen en que las escrituras traslativas de dominio a los fideicomisarios deberán ser otorgadas en forma conjunta, siendo ésta la forma, por parte del fiduciante, de aceptar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el fiduciario, respecto de la unidad vendida. - OCTAVO: Todos los gastos que se originen, con motivo o en ocasión de este contrato, con excepción de las escrituras traslativas de dominio a los fideicomisarios, son de cuenta y cargo exclusivo del fiduciario. En consecuencia, como principio de ejecución del presente contrato, don A TRANSFIERE a don B la posesión y el dominio revocable y fiduciario, sobre un lote de terreno, de su propiedad, situado en los suburbios al Oeste de esta ciudad, el que de acuerdo al plano archivado bajo el número... se describe así:...Don B: acepta esta transferencia en los términos aquí consignados y manifiesta que se encuentra en posesión real y efectiva del inmueble por haberle hecho tradición de la misma don A, quien se obliga al saneamiento en caso de evicción. De la documentación que tengo a la vista surge que el dominio pleno le corresponde a don A, por compra a... mediante escritura N°... otorgada ante el Escribano... en fecha cuyo testimonio contiene la siguiente nota de inscripción... Lo transcrito es copia fiel. Del certificado del Registro General N°...de fecha que tengo a la vista, surge que el transmitente no se encuentra inhibido, consta inscripto el dominio pleno y no existen hipotecas, gravámenes ni otras medidas cautelares, todo lo que ratifica el mismo en este acto. De los certificados extendidos por la Municipalidad local, Obras Sanitarias de la Nación y Dirección General de Rentas, surge que no se adeuda suma alguna por impuestos, tasas y contribuciones; el inmueble se encuentra empadronado bajo el N° para el pago del Impuesto Inmobiliario. - Leo esta escritura a los comparecientes quienes prestan su consentimiento y firman por ante mí, doy fe.

## II. EXPLICACIONES

### Caracteres

Este contrato que hemos redactado como hipótesis de trabajo para el

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

estudio del instituto y su aplicación a los fines indicados debe instrumentarse en escritura pública por tratarse de un negocio sobre inmuebles que tiene como consecuencia la transmisión de un tipo de dominio (art. 1184 del Cód. Civil), y además, por la publicidad que entendemos debe tener dicho negocio para que la condición constante en el acto pueda ser conocida por todos. Por otra parte, deberá ser inscripto, especialmente con todas sus modalidades, en el Registro General de Propiedades, hecho perfectamente factible de acuerdo a los incisos a) y c) del art. 2º de la ley 17801.

Como caracteres típicos del contrato encontramos los siguientes:

1º) Son partes del mismo el fiduciante (titular del dominio pleno que transmite el dominio imperfecto) y el fiduciario (adquirente de ese dominio y obligado a cumplir la condición constante en el acto), a los que se les aplica las reglas generales en cuanto a capacidad y legitimación. Entendemos que deberá elaborarse legislación y doctrina sugiriendo que, como uno de los requisitos para ocupar la situación jurídica de fiduciario, se establezca un depósito de garantía o en su defecto avales bancarios suficientes en relación con el monto del negocio. En cuanto a la capacidad (en sentido lato) para ser fiduciario, que propone Michelson, aun cuando la aceptamos, creemos que debería agregarse a las personas y entes nombrados por él, la empresa privada, verdadero nervio motor de la economía nacional. El fideicomisario (tercer adquirente o beneficiario), aun cuando entendemos que pueda encontrarse legítimamente interesado en el contrato, no puede ser considerado parte en sentido sustancial ni formal.

2º) Es consensual, pues produce sus efectos desde el mismo momento en que las partes se obligan a transferir el dominio fiduciario del inmueble (con independencia de los demás requisitos exigidos por el Código Civil para el perfeccionamiento de la adquisición de dicho derecho), y a ejecutar las obras comprometidas en los términos pactados.

3º) Es bilateral, porque engendra obligaciones para ambas partes que son: a) la del fiduciante de transferir el dominio imperfecto al fiduciario, y b) la del fiduciario de construir la obra, transferir las viviendas a los terceros y participar al fiduciante del producido de las ventas que realice.

4º) Es innominado o atípico, pues no está especialmente legislado en el Código Civil.

5º) Es oneroso, ya que las obligaciones asumidas por cada parte, lo son en miras a la asumida por la otra: a) la del fiduciante en vista a la retribución que obtendrá con el porcentaje que le corresponda en las ventas realizadas por el fiduciario, y b) la de éste en vista la transmisión del dominio imperfecto para poder llevar a cabo el negocio que se propuso.

6º) Es de cambio, dado que existen intereses contrapuestos.

7º) Es conmutativo, por cuanto produce obligaciones conocidas y queridas desde su nacimiento por ambas partes.

8º) Es intuitu personae, en el sentido que le da Messineo a tal

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

característica, pues uno de los contratantes (en este caso la persona del fiduciario) es elemento esencial ya que son de suma relevancia sus cualidades, aptitudes particulares, solvencia económica y moral y en especial su pericia técnica.

### **Efectos**

Los efectos fundamentales de este contrato son:

1º) Con respecto al fiduciante: a) la obligación de transferir el dominio, con sus peculiares características al fiduciario, y b) nacimiento de un derecho creditorio a su favor, sobre el porcentaje en el producido de las ventas.

2º) Con respecto al fiduciario: a) la adquisición del dominio fiduciario y revocable, y b) la obligación de ejecutar y vender, en la forma pactada, la obra convenida y de hacer participar al fiduciante en el producto de las ventas.

Una de las consecuencias del contrato de fideicomiso propuesto es la creación de un patrimonio de afectación, por cuanto el dominio fiduciario sale del patrimonio del fiduciante y no ingresa al del fiduciario ya que se encuentra en cabeza de éste al solo efecto del cumplimiento del contrato; Por tal razón es un derecho oponible erga omnes, que queda excluido de la acción de los acreedores de ambas partes, respondiendo solamente por las deudas que contraiga el fiduciario con motivo y en ocasión de la ejecución de la obra comprometida. No se trata de la creación de un nuevo tipo de derecho real, ya que el dominio transmitido es el mismo derecho de dominio, aunque con particulares - características, perfectamente tipificado en el (Código; al decir de (Guastavino se trataría de una fiducia legal.

De todo lo expuesto pensamos que sigue sin resolverse totalmente el problema de la protección de los terceros adquirentes.

### **Protección a los terceros adquirentes**

En realidad, ¿cómo va a funcionar el último paso de este contrato La venta a los fideicomisarios, ¿en qué forma se va a efectuar No nos cabe duda de que la forma de negociar las unidades ha de ser con pagos mensuales ajustados a los sueldos de los posibles adquirentes, pero el problema es ¿se venderán las unidades ya terminadas o en proceso de ejecución ? El ideal es que se vendan totalmente construidas, o sea una cosa cierta y determinada; existente en el momento de consentirse el contrato. Pero la realidad nos indica que ello difícilmente pueda lograrse. Sin duda el fiduciario deberá iniciar la venta antes de terminar la construcción precisamente para poder concluir la obra. En este caso, ¿se tratará de venta de cosa futura, o de promesa de venta de algo que va a existir? Creemos que estamos en presencia de una venta de cosa futura, perfectamente tipificada en el art. 1327 y concordantes del Cód.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Civil. La realidad nos indica que cuando se contrata no se está prometiendo una obligación de hacer sino ofreciendo en venta algo que todavía no existe y que el cocontratante adquiere en base a la confianza que le infunde el vendedor.. El comprador no es acreedor de una obligación de hacer sino adquirente de una cosa (léase cubo de aire o casa de proyecto), o sea, es acreedor de una obligación de dar.

Mi problema a resolver es, ¿cómo garantizamos al adquirente que la cosa ha de existir en el tiempo y forma previstos? Evidentemente, aquí no podemos manejarnos con la resolución tradicional del Código Civil de resolver con el pago de los daños y perjuicios. Esto puede funcionar en casos en que los contratantes se encuentran en un plano de real igualdad. Pero, ¿qué igualdad podemos encontrar entre un ente financiero y un moderno obrero? Jurídicamente, sus posibilidades, potestades y obligaciones son las mismas, pero económicamente están tan lejos uno de otro como los polos de la tierra. Nos encontramos ante una desigualdad real, concreta, muy similar a la del dador de trabajo y el asalariado de principios de siglos, que ambos se encontraban en libertad de contratar, no cabe duda, pero que uno estaba en condiciones de fijar, a su exclusivo arbitrio, las cláusulas del contrato y el otro tenía la absoluta libertad de acatarlas o morirse de hambre, es una triste consecuencia que la autonomía de la voluntad produjo: en el campo laboral.

El hombre que necesitaba trabajar para subsistir no podía contratar, en un pie de igualdad, con el capital que necesitaba del hombre para producir. Esta injusticia que se generaba en campo laboral por aplicación del principio de igualdad a personas que realmente no tenían las mismas posibilidades, se repite en la comercialización de viviendas para adquirentes de medianos a escasos recursos.

Que el adquirente, si la empresa no cumple, tiene todos los resortes legales para obligarla a satisfacer sus legítimos intereses dañados, nos los dice el Código desde la época de su sanción; pero el problema es, ¿podrá éste, casi sin recursos económicos, con graves problemas de alojamiento y sin el tiempo suficiente, que es su peor enemigo, pleitear contra grupos financieros que realmente se hallan en mejores condiciones de sostener largas discusiones judiciales y que, en definitiva, el perjuicio que pueden es, a lo sumo, la pérdida de un negocio más o menos floreciente -. Evidentemente no. - Si ese adquirente tiene la desgracia de toparse con delincuentes económicos ya puede dar por perdidos de, sus ahorros y, lo más grave, tal vez la posibilidad para siempre de poder cumplir con la meta patrimonial de que hablábamos al principio, tener su casa propia. Por eso dijimos que una de las formas de asegurar al fideicomisario la entrega de su vivienda en las condiciones pactadas, era el contralor que el Estado debía efectuar sobre este contrato. Ahora bien, no podemos pretender que el Estado se transforme; Así porque sí, en el vigilante de la conducta negocial de las partes. Pensamos que una solución; adecuada puede ser un seguro de cumplimiento de contrato que debería ser dado por una institución, como

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

la Caja Nacional de Ahorro postal, a través de la cual el Estado, ya parte directamente interesada en el normal cumplimiento del contrato, pudiera fiscalizar su desenvolvimiento.

**Aspectos fiscales y arancelarios**

En cuanto al aspecto fiscal de esta institución entendemos que deberá ser eximida del pago del impuesto de sellos y aun de las tasas dados los objetivos sociales que persigue. Justamente una de las finalidades del impuesto es alentar o desalentar determinadas conductas negociales de los particulares, como una de las tantas formas que tiene el Estado de cumplir su objetivo final, el bienestar general. Respecto a las tasas, entendemos que la exención propuesta podría ser tomada como la ayuda del Estado a los participantes para la consecución de fines socialmente relevantes. En este sentido podría tomarse como ejemplo la Ley de Fomento Industrial de la Provincia.

Asimismo, en materia arancelaria notarial, y por las mismas razones antes expuestas, nosotros deberíamos meditar sobre una posible adecuación de nuestros aranceles para este tipo de contratos.

**Conclusión**

El espíritu liberal del Código Civil, a través del principio de la autonomía de la voluntad, permite el contrato que proponemos.

Aun cuando el tema desarrollado lo ha sido tomando como base instituciones de nuestro Derecho positivo, entendemos necesaria y propiciamos una legislación especial que reglamente en forma minuciosa y acabada los aspectos específicos del contrato que proponemos y asegure el adecuado control estatal.