

Aunque no lo veamos, el “escribano referencista” siempre está. O... ¿podrían ser observables las transferencias de dominio fiduciario de inmuebles a la parte fiduciaria “constructora del edificio” en algunos fideicomisos inmobiliarios?

Adrián C. Comas

COLOFÓN

Si un escribano referencista¹ verifica en el estudio de títulos que realiza, que una persona física transfirió el dominio fiduciario de un inmueble a otra persona física (o sociedad) fiduciaria constructora del edificio afectado luego a propiedad horizontal, más allá de que la escritura pública de transferencia fiduciaria diga que se realiza “en fiducia o confianza”, sin mencionar valor o precio alguno², debería el escribano referencista³ indagar, solicitar y referenciar en el contrato original de creación del fideicomiso si dicha transferencia fiduciaria fue realizada en forma “onerosa”, por la obligación asumida por la persona o sociedad fiduciaria de transferirle posteriormente a dicho fiduciante-beneficiario, una vez otorgado el Reglamento de Copropiedad, el dominio pleno de unidades construidas, o en su defecto por la obligación de entregarle posteriormente el valor en efectivo equivalente, en cuyo caso deberá verificarse si se cumplió efectivamente con la contraprestación pactada⁴. Todo ello en virtud de lo dispuesto por el artículo 3923 ó 3924 del Código Civil (por la acción de reivindicación o el privilegio del vendedor sobre la cosa vendida por el precio no cobrado), o la renuncia expresa a dicha acción o privilegio, a fin de no considerar “observables” las transferencias de las unidades a los restantes fiduciantes beneficiarios aportantes de efectivo, o las restantes ventas de las unidades a terceros compradores.

Y si resultara del contrato de fideicomiso que no se pactó en forma clara contraprestación alguna al fiduciante que transfirió el inmueble, y se considerara que la transferencia fue por lo tanto “gratuita”, las futuras transferencias de unidades podrían ser consideradas “observables” en virtud de lo dispuesto por el artículo 3955 del Código

(1) O directamente el futuro escribano autorizante de la compraventa a formalizarse.

(2) Y eventualmente también sin pago de ITI o sellos como se hizo en los primeros años en que la normativa impositiva no estaba suficientemente clara.

(3) O directamente el futuro escribano autorizante.

(4) Transferencia de dominio de unidades o recibo de pago total formalizado también en escritura pública por ser accesorio al principal.

Civil (por la acción reivindicatoria de los herederos universales del transmitente por la transmisión gratuita del dominio fiduciario del inmueble a la persona o sociedad constructora, argumentando que fue gratuita por que el transmitente no recibió efectivamente contraprestación alguna, o porque simplemente no se puede "demostrar" que la recibió).

La ley 24.441 de creación del fideicomiso no está por encima o fuera de las disposiciones referidas del Código Civil, por lo que las transferencias de dominio fiduciario en fideicomisos inmobiliarios de construcción, deberían tener en cuenta dicha normativa, ya que tarde o temprano, los escribanos referencistas (o directamente los futuros escribanos autorizantes de las posteriores compraventas) pueden llegar a compartir esta conclusión, y aunque "ahora no lo veamos" (que es el momento en que creamos el fideicomiso y formalizamos la transferencia del dominio fiduciario del inmueble al patrimonio fideicomitado, del fiduciante al fiduciario, sin especificar claramente que es onerosa, que existe una contraprestación pactada, y la forma de su posterior cumplimiento), el escribano referencista "siempre está", y tarde o temprano, vendrá a referenciar dichas escrituras, y si por falta de claridad en la operativa observa los antecedentes, puede llegar a complicar la "libre circulación" de los títulos y las operativas comerciales futuras.

DESARROLLO DE LOS CONSIDERANDOS

Nos debemos basar en principio en las fuentes del derecho que aprendimos en los primeros años de la facultad: la Ley, la Costumbre, la Jurisprudencia, y la Doctrina.

LA LEY

En el Código Civil, el artículo 1184 establece los actos que deben formalizarse en escritura pública: en el inciso 1, las transferencias de dominio de inmuebles; en el inciso 10, los accesorios de contratos redactados en escritura pública; y en el inciso 11, los pagos totales de obligaciones consignadas en escritura pública:

Artículo 1184. Deben ser hechos en escritura pública, con excepción de los que fuesen celebrados en subasta pública: 1. Los contratos que tuvieren por objeto la transmisión de bienes inmuebles, en propiedad o usufructo, o alguna obligación o gravamen sobre los mismos, o traspaso de derechos reales sobre inmuebles de otro; (...) 10. Todos los actos que sean accesorios de contratos redactados en escritura pública; 11. Los pagos de obligaciones consignadas en escritura pública, con excepción de los pagos parciales, de intereses, canon o alquileres.

El artículo 1139 nos explica los actos bilaterales como onerosos o gratuitos, habiendo o no contraprestación.

Artículo 1139. Se dice también en este Código, que los contratos son a título oneroso, o a título gratuito: son a título oneroso, cuando las ventajas que procuran a una u otra de las partes no les es concedida sino por una prestación que ella le ha hecho, o que se obliga a hacerle; son a título gratuito, cuando aseguran a una u otra de las partes alguna ventaja, independiente de toda prestación por su parte.

ÍTEM A TENER EN CUENTA EN LOS CONTRATOS ONEROSOS

En el artículo 3875 se explica que *privilegio* es el derecho dado por la ley a un acreedor para ser pagado con preferencia a otro.

En los artículos 3923, 3924 y 3925 se establece el privilegio del vendedor sobre el inmueble vendido y que no ha percibido el precio, estableciendo la posibilidad de "reivindicarlo" del comprador o terceros poseedores:

Capítulo IV - Del privilegio sobre los inmuebles

Artículo 3923. El vendedor de cosas inmuebles que no ha dado término para el pago, puede reivindicarlo del comprador, o de terceros poseedores.

Artículo 3924. El vendedor de un inmueble no pagado, aunque hubiese hecho tradición de él, haya dado término para el pago o fiándose de otra manera en el comprador, tiene privilegio por el precio que le es debido, y puede ejercerlo sobre el valor del inmueble, mientras se halle en poder de deudor; pero los administradores de los bienes concursados están autorizados para retener el inmueble, pagando inmediatamente el precio de la venta y los intereses que se debiesen.

Artículo 3925. El privilegio comprende además del precio de la venta, los intereses vencidos de un año, todas las cargas y prestaciones impuestas al adquirente, a beneficio personal del vendedor o de un tercero designado por él; pero no comprende los daños y perjuicios, aunque por cláusula especial del contrato hubiesen sido fijados.

En los artículos 19, 724, 868, y 872 se menciona que pueden renunciarse derechos conferidos por las leyes, en su interés particular y que no esté prohibida la renuncia:

Artículo 19. La renuncia general de las leyes no produce efecto alguno; pero podrán renunciarse los derechos conferidos por ellas, con tal que sólo miren al interés individual y que no esté prohibida su renuncia.

(...)

Artículo 724. Las obligaciones se extinguen: (...) Por la renuncia de los derechos del acreedor.

(...)

Artículo 868. Toda persona capaz de dar o de recibir a título gratuito, puede hacer o aceptar la renuncia gratuita de una obligación. Hecha y aceptada la renuncia, la obligación queda extinguida.

(...)

Artículo 872. Las personas capaces de hacer una renuncia pueden renunciar a todos los derechos establecidos en su interés particular, aunque sean eventuales o condicionales; pero no a los derechos concedidos, menos en el interés particular de las personas, que en mira del orden público, los cuales no son susceptibles de ser el objeto de una renuncia.

En el artículo 4023 se menciona el plazo de prescripción decenal de toda acción personal (ya que al renunciarse al privilegio del artículo 3924, la acción quedó únicamente como acción personal):

Artículo 4023. Toda acción personal por deuda exigible se prescribe por diez años, salvo disposición especial (...).

ÍTEMS A TENER EN CUENTA EN LOS CONTRATOS GRATUITOS

En el artículo 3955 se establece que los herederos legítimos de un donante de inmueble pueden “reivindicarlo” de los terceros adquirentes.

Artículo 3955. La acción de reivindicación que compete al heredero legítimo, contra los terceros adquirentes de inmuebles comprendidos en una donación, sujeta a reducción por comprender parte de la legítima del heredero, no es prescriptible sino desde la muerte del donante.

En la ley 24.441, que regula el fideicomiso, nada se determina sobre la característica onerosa o gratuita de las transferencias de dominio de inmuebles.

LA COSTUMBRE

En los primeros años de aplicación de la ley 24.441, como no había normativa impositiva expresa pertinente, los escribanos que primero incursionaron en la creación de fideicomisos inmobiliarios para la construcción de edificios, afectación a propiedad horizontal y venta posterior de las unidades, consideraron que la transferencia de dominio del inmueble por parte del propietario era de dominio "fiduciario" y, por lo tanto, en "fiducia" (que significa "confianza"), por lo que no había valor, ni precio, ni contraprestación alguna determinada en forma expresa en la escritura pública de transferencia de dominio fiduciario, mencionando simplemente que era en cumplimiento del contrato de fideicomiso formalizado por instrumento privado de fecha XX (que podían o no agregar en fotocopia autenticada a dicha escritura pública de transferencia de dominio fiduciario).

LA JURISPRUDENCIA

La AFIP comenzó la jurisprudencia administrativa en 2005 con el Dictamen N° 55 de ese año (ver transcripción de las partes pertinentes en p. 63), aclarando que en el caso particular que estamos tratando, dicha transferencia de dominio es en realidad a título oneroso, y por lo tanto debe tributar el impuesto a la transferencia de inmuebles. La AFIP luego lo amplió para otros tributos en los Dictámenes N° 16 y N° 18 de 2006.

LA DOCTRINA

Numerosos autores (desde lo jurídico, abogados y escribanos; desde lo contable-impositivo, contadores), han discurrido sobre el fideicomiso en general y los fideicomisos inmobiliarios de construcción en particular, coincidiendo o rechazando la jurisprudencia administrativa de la AFIP. Los primeros consideran que los fideicomisos se crearon legalmente para proteger patrimonios y no para no pagar impuestos, mientras que los últimos consideran la transferencia de dominio fiduciaria como "neutra", por lo que al no ser ni onerosa ni gratuita, no se encuentra dentro del ámbito de dichos tributos.

Por ejemplo, el contador Alberto P. Coto en su libro *Aspectos tributarios del fideicomiso*⁵ señala: "Al margen de lo expuesto, cabe mencionar que algunos autores consideran que la transferencia al fideicomiso no es gratuita ni onerosa, sino a título de fiducia o confianza (...) la transferencia del dominio fiduciario (...) realizada por el fiduciante al fiduciario es solo a título de confianza o fiducia: no hay onerosidad ni gratuidad

(5) Coto, Alberto P. *Aspectos tributarios del Fideicomiso*. La Ley, 2006, p. 33.

(...)”. No compartimos la tesis mencionada en el párrafo precedente, pues la entrega a título de confianza a fiducia hace a la existencia misma del contrato de fideicomiso, pues constituye su esencia, sin que ello obste al carácter oneroso o gratuito de la transferencia que analizamos.

El escribano Natalio P. Etchegaray, en su libro *Técnica y práctica Documental - Fideicomiso*⁶, da a entender que el instituto puede ser aplicado a múltiples contratos (que por lo tanto pueden ser onerosos o gratuitos), citando a otro autor, menciona: Ahora que la ley 24.441 ha injertado el fideicomiso en el tronco principal del derecho civil, cabe advertir la flexibilidad de este instituto, definido como contrato y ubicado, por consiguiente, en el amplio campo de la autonomía de la voluntad, (...) tiene múltiples aplicaciones, tanto en el orden particular como en el mundo de los negocios (...).”

Jorge Herrero Pons⁷ menciona: “Dominio Fiduciario. Concepto. Es el derecho real que se origina a partir de un contrato de fideicomiso”. El tema, como luego veremos, se centra en el alcance del mismo, si origina desmembración, si confiere acciones reales o personales al o los beneficiarios. Y en su cuadro sinóptico de la p. 31, aclara especialmente que “No constituye un fin sino un medio”.

Por lo tanto, se deben examinar las características del negocio subyacente al contrato, determinando las relaciones económicas existentes entre el fiduciante, el fiduciario y el o los beneficiarios o fideicomisarios –surgidas dentro del marco legal instrumentado o establecidas fuera de él–, es decir que “(...) se deberá determinar si a la luz de la realidad económica se produce la transferencia definitiva de los bienes a un tercero a cambio de una contraprestación”.

Para mayor ilustración, a continuación se transcriben partes pertinentes de comentarios que surgen de jurisprudencia administrativa y de opiniones doctrinarias, sobre la onerosidad de la transferencia fiduciaria de inmuebles en fideicomisos inmobiliarios para la construcción (lo que implica que el acto no es gratuito, por lo que no es de aplicación el artículo 3955 del Código Civil, y que al ser oneroso, a la prestación de entregar el inmueble se le contrapone la contraprestación futura de entrega de unidades o efectivo, por lo que el posterior incumplimiento implica el ejercicio de un derecho por el transmitente del inmueble, una acción reivindicatoria o un privilegio sobre el mismo, que nadie podría argumentar desconocer si se aplica la “buena fe diligencia”):

(6) Etchegaray, Natalio P. *Técnica y Práctica Documental-Fideicomiso*. Astrea, 2008, pp. 5 y 6.

(7) Herrero Pons, Jorge. “Vademécum Notarial”, número 8. Ediciones Jurídicas, 2004, p. 27.

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA:

AFIP-DGI DICTAMEN N° 55/2005 (PARTES PERTINENTES EXTRAÍDAS DEL BOLETÍN OFICIAL N° 905 DEL 1º DE ABRIL DE 2006, PP. 866 Y 867)

DIRECCIÓN DE ASESORÍA TÉCNICA

31 DE AGOSTO DE 2005

Impuesto de la transferencia de inmuebles de personas físicas y sucesiones indivisas. Ley N° 23.905. Transferencia fiduciaria de inmuebles. Consulta vinculante. Escribana Julieta (...). Fideicomiso Edificio Z.Z.

(...)

Sumario:

La transferencia de dominio realizada por el fiduciante –persona física o sucesión indivisa– al fiduciario, en el marco de un contrato de fideicomiso, efectuada a título oneroso, se encuentra alcanzada por el Impuesto a la Transferencia de Inmuebles de Personas Físicas y Sucesiones Indivisas.

(...)

1) *Se trata de un contrato de fideicomiso denominado "Fideicomiso Edificio Z.Z." en el cual el fiduciario asume el encargo de llevar a cabo la inversión de los fondos recibidos en fiducia, a través de la construcción de un edificio destinado a someterse al régimen de propiedad horizontal.*

2) *Los fiduciantes –personas físicas, clasificados en "A" y "B"–, serán los que aporten los bienes necesarios para el cumplimiento del objetivo dispuesto, siendo la fiduciante clase "A" (Sra. Arminda ...), la aportante del inmueble sobre el cual se llevará a cabo la ejecución de la obra y los fiduciantes "B" los aportantes de dinero.*

3) *En tal sentido se ha convenido que la fiduciante "A" transfiera "(...) el dominio fiduciario de un modo irrevocable al fiduciario, y con las garantías legales de evicción y saneamiento, de un inmueble de su propiedad, con todo lo edificado, clavado (...)" (cfr. Cláusula tercera del contrato de fideicomiso), así como el 11,20% del costo total del edificio (cfr. Cláusula sexta); la cual como adjudicación cuando culmine la obra recibirá "(...) un departamento (piso completo) ubicado en el noveno piso, (...), un departamento (semipiso) de tres dormitorios, ubicado en el tercer piso, (...), un departamento de dos dormitorios (semipiso) ubicado en el segundo piso, (...), una cochera en planta baja (...) y dos cocheras en el subsuelo (...)" (cfr. Cláusula décima). En ese sentido, entiende que lo importante "(...) es examinar si la transferencia al fideicomiso de un bien inmueble puede, en alguna medida, calificarse como gratuita u onerosa".*

(...)

II. *En primer término, cabe recordar que mediante la ley 23.905 se procedió a establecer en todo el territorio de la Nación un impuesto aplicable sobre las transferencias de dominio a título oneroso de inmuebles ubicados en el país (cfr. artículo 7°).*

En tal sentido, el artículo 9° del cuerpo legal citado, considera transferencia a la venta, permuta, cambio, dación en pago, aporte a sociedades y todo acto de disposición, excepto la expropiación, por el que se transmite el dominio a título oneroso, incluso cuando tales transferencias se realicen por orden judicial o con motivo de concursos civiles.

A tenor de las normas reseñadas corresponde concluir que el gravamen en consideración se aplicará siempre que se configure, por un lado, una transferencia de dominio, y por el otro, que la misma sea a título oneroso.

De acuerdo al artículo 2506 del Código Civil "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", agregando en el artículo a continuación que se llama dominio "(...) pleno o perfecto cuando es perpetuo y la cosa no está gravada con ningún derecho real hacia otras personas (...)"; en tanto 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".

A su vez, el artículo 2662 del mismo plexo normativo define al referir al dominio imperfecto aclara que el dominio fiduciario es aquel que "(...) se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley".

Vale decir que el dominio fiduciario resulta imperfecto porque debe resolverse al fin de un cierto tiempo o al advenimiento de una condición.

Cabe agregar que conforme lo dispuesto por la ley N° 24.441, el fiduciante se desprende del dominio perfecto que posee sobre el bien en cuestión, éste no integra el patrimonio del fiduciario, sino que pasa a formar parte de un patrimonio de afectación separado; -cfr. artículo 14-.

Al respecto este servicio asesor tiene dicho, que en principio no se produciría en el contrato de fideicomiso, una transmisión onerosa ni gratuita del

bien en cuestión, sino que el mismo es transferido a "título de confianza", pero también se ha advertido que en cada caso en particular "(...) se deben examinar las características del negocio subyacente al contrato, determinando las relaciones económicas existentes entre el fiduciante, el fiduciario y el o los beneficiarios o fideicomisarios –surgidas dentro del marco legal instrumentado o establecidas fuera de él–", es decir que "(...) se deberá determinar si a la luz de la realidad económica se produce la transferencia definitiva de los bienes a un tercero a cambio de una contraprestación". (cfr. Dictamen N°17/2002 (D.A.T.)).

Ahora bien, el Impuesto a la Transferencia de Inmuebles de Personas Físicas y Sucesiones Indivisas, grava las transferencias de dominio siempre que se realicen a título oneroso, sin importar si el dominio del inmueble transferido sea pleno o no. Por ese motivo, resulta esencial establecer la onerosidad o gratuidad de la transferencia realizada por la fiduciante "A", Sra. Arminda (...), al "Fideicomiso Edificio ZZ".

En ese orden de ideas, a los fines de determinar si una operación reviste o no el carácter oneroso, resulta menester traer a colación lo normado por el artículo 1139 del Código Civil, el cual establece que los contratos son a título oneroso "(...) cuando las ventajas que procuran a una u otra de las partes no les es concedida sino por una prestación que ella le ha hecho, o que se obliga a hacerle (...)", en tanto que son a título gratuito "(...) cuando aseguran a una u otra de las partes alguna ventaja, independientemente de toda prestación por su parte".

En ese sentido, se advierte en el sub-examine que las características del negocio subyacente al contrato, conducen a afirmar que la transferencia de dominio realizada por la fiduciante, tiene como contrapartida una contraprestación futura a la que se obliga el fiduciario, la cual emerge con claridad del contrato de fideicomiso, –específicamente de la cláusula décima–, donde se detallan los bienes que corresponderá adjudicarle cuando culmine la obra.

A mayor abundamiento, cabe traer a colación lo señalado en la obra "Fideicomiso y Securitización" –Nicolás Malumián, Adrián G. Diplotti, y Pablo Gutiérrez, La Ley, página 196–, en la cual los autores entienden que "(...) son ejemplos de transferencias fiduciarias que acceden a la categoría de onerosas frente al impuesto a las ganancias aquellas por las cuales se recibe a cambio dinero, títulos fiduciarios, derechos de beneficiario, bienes materiales, etcétera".

Por lo tanto, esta asesoría interpreta que la transferencia de dominio realizada por la fiduciante en el marco del contrato que nos ocupa reviste carácter de oneroso, resultando en consecuencia alcanzada por el Impuesto a la Transferencia de Inmuebles de Personas Físicas y Sucesiones Indivisas.

Publicación Oficial: Boletín DGI N° 105 1 de Abril de 2006, p. 866.

OPINIONES DOCTRINARIAS

ASPECTOS IMPOSITIVOS DEL FIDEICOMISO

- Disertación ofrecida por el contador Alberto Coto en el acto de apertura de la XXXV *Convención Notarial*, el miércoles 24 de septiembre de 2008 (ver el texto completo en la conferencia publicada en esta misma edición en la p. 115. Las partes pertinentes que el autor de esta nota señala se reproducen en las pp. 116 a 119 y p. 123).
- Taller de "*Fideicomiso. Tratamiento tributario desde la óptica notarial*", del 22 de Noviembre de 2006, organizado por el Instituto de Derecho Tributario de nuestro Colegio (partes pertinentes):

Resumen del cuadro sinóptico:

A) Tipo de Fideicomiso:

- 1) Operación.
- 2) Ganancias.
- 3) ITI.
- 4) Sellos CABA.
- 5) Sellos Provincia.

B) Inmobiliario (comercial) otros tipos que exceden el inmobiliario puro:

- 1) Transmisión original del fiduciante al fiduciario.
 - 2) Está gravada y sujeta a retención (RG 2139/06).
 - 3) Está gravada y sujeta a retención s/ RG 2141.
 - 4) Por aplicación del decreto reglamentario 2033/03 C.A.B.A lo grava al 2,5 %, sobre el mayor valor exteriorizado en escritura o valuación fiscal.
 - 5) No está gravada.
- 1) Transmisión posterior del fiduciario al fiduciante fideicomitente.
 - 2) Ante el cambio de criterio de AFIP y la RG 2139/06, correspondería retención del 3%.

- 3) No está gravado porque el fideicomiso no es sujeto de ITI.
- 4) Por aplicación del decreto reglamentario 2033/03 C.A.B.A lo grava al 2,5 %, sobre el mayor valor exteriorizado en escritura o valuación fiscal.
- 5) Está gravada con el 40% (hay 30%).

POSIBLE OPINIÓN DOCTRINARIA DE ESCRIBANOS REFERENCISTAS Y/O FUTUROS ESCRIBANOS AUTORIZANTES

Lo que introduzco por medio del presente artículo, es la DOCTRINA que pueden eventualmente argumentar los escribanos referencistas y/o directamente los futuros escribanos autorizantes, cuando tengan que desenmarañar la realidad actual en la operativa de adquisición del terreno, construcción y venta de unidades en propiedad horizontal formalizada a través de fideicomisos, ver la realidad de las cosas, y darse cuenta:

- a)** Que hace años verificaban y observaban en la operativa tradicional de adquisición de terreno y construcción en P.H., que el vendedor del inmueble era claramente un "vendedor" y no un "donante", ya que se le debían entregar como contraprestación pactada las unidades funcionales o efectivo, y si no encontraban el cumplimiento de la contraprestación, consistente en dicha transferencia de unidades o el recibo de pago total del precio equivalente, "observaban" las ventas restantes por el privilegio que tenía el anterior dueño del terreno sobre el inmueble y todo lo edificado conforme al artículo 3923 ó 3924 del Código Civil;
- b)** Que de la misma manera tendrían que llegar ahora a la conclusión que lo mismo deberían hacer en la operativa actual de adquisición de terreno y construcción en P.H., formalizada ahora a través del sistema "fiduciario".
- c)** Que antes verificaban que si el transmitente del inmueble había sido realmente un "donante" a la constructora, observaban las posteriores ventas de unidades por provenir de un título de donación a terceros, y tenerse que aplicar el artículo 3955 del Código Civil.
- d)** Que lo mismo deberían concluir ahora si la transmisión del dominio fiduciario no lo fue a título oneroso sino a título "gratuito", por no haber contraprestación alguna a favor del transmitente, (o no poder descubrirlo ni en la escritura pública de transferencia de dominio fiduciario ni en el contrato de fideicomiso original), de la misma manera podría ser observable por el citado artículo 3955 del Código Civil.

POSIBILIDAD JURÍDICA CONTRA PROBABILIDAD FÁCTICA

Cuanto trato de explicar a mis requirentes lo que es un "título observable", (como por ejemplo cuando existe un antecedente dominial consistente en una donación gratuita de inmueble a terceros, ya que la de padres a hijos se considera como anticipo de su herencia y por lo tanto no es observable para la mayoría del notariado), les diferencio claramente lo "posible" de lo "probable", de la siguiente forma:

¿Es "posible jurídicamente" que existan herederos forzosos del donante, que si bien hace muchos años que donó y falleció posteriormente, puedan aparecer ahora y argumentar el artículo 3955 del Código Civil, enviar cartas documentos al actual titular dominial que le compró hace años el inmueble a quien fue el donatario en dicha donación gratuita, ir a una mediación, y luego reclamar en sede judicial la "reinvindicación" del inmueble? La respuesta es que efectivamente "es jurídicamente posible".

¿Es "probable fácticamente" que esto ocurra? Si pasaron muchos años, es muy pero muy poco probable que "aparezcan" ahora supuestos herederos forzosos del donante a reclamar judicialmente al donatario o a los terceros compradores de dicho inmueble. La respuesta es que "no es probable fácticamente" que ello ocurra.

Ahora bien, ¿es "posible jurídicamente" que un escribano referencista o directamente el escribano que deba autorizar la siguiente compraventa, realice ahora el estudio de títulos y haga la observación a dicho antecedente dominial, considerando observable el título de propiedad? La respuesta es que efectivamente "es jurídicamente posible" ya que dicho artículo 3955 es claro al respecto otorgando una acción reipersecutoria.

Y ¿es "probable fácticamente" que el título sea "observado" ahora por un escribano referencista o directamente por el escribano autorizante de la siguiente compraventa? No cabe la menor duda que el mayor riesgo a la "circulabilidad" del título proviene de hecho de la "observación al título" que hará cualquier escribano referencista o autorizante para una venta o para el otorgamiento de un crédito hipotecario. En esto consiste justamente el mayor problema de los "títulos observables", ya que normalmente tenemos conocimiento notarial de muchos casos de observación por escribanos referencistas o futuros autorizantes, pero se conocen pocos casos judiciales de efectiva "reinvindicación" de inmuebles a pedido de herederos forzosos de donantes de inmuebles.

EXPERIENCIAS PERSONALES CON REFERENCISTAS

Cada vez que me encuentro con un escribano referencista que se apersona en mi notaría para verificar la matricidad de una escritura otorgada en mi Registro Notarial, luego de culminada su tarea, aprovecho y hago una estadística (personal y no científica),

sobre el tema en particular. La información que generalmente me brindan es la siguiente: el fideicomiso es un tema nuevo que todavía los escribanos referencistas no lo llegan a comprender o dominar desde el punto de vista de su "estudio de títulos", y en el caso de los fideicomisos inmobiliarios para construcción, no lo vinculan aún directamente con la operativa anterior de compra del terreno contra unidades futuras, y ni a la aplicación para estos casos de los artículos 3923 y 3924 del Código Civil (si la transferencia se considerara onerosa) ó 3955 del Código Civil (si la transferencia se considerara gratuita), imbuidos quizás por el concepto doctrinal de que las transferencias fiduciarias son "neutras", y varios referencistas hasta me han confesado que en la práctica las unidades que se están vendiendo que provienen de fideicomisos inmobiliarios, son generalmente de emprendimientos enormes, tipo Puerto Madero o de Barrios Cerrados ubicados en el "Corredor Norte" de mayor valor por metro cuadrado (Barrio Norte, Palermo, Belgrano, Vicente López, hasta Tigre o Pilar), donde la posibilidad de "observar" alguno de esos títulos entorpecería la venta de unidades de grandes valores, y allí están justamente para "defender" la perfección del título, los grandes estudios jurídicos y notariales, por lo que prefieren solamente comentar su "duda" y no observar, y que sea en definitiva el notario autorizante de la venta o de la hipoteca el que tome la decisión final de considerar el antecedente como perfecto o como observable.

EXPERIENCIA PERSONAL CON UN ESTUDIO NOTARIAL DEDICADO A GRANDES EMPRENDIMIENTOS EN FIDEICOMISO

Tuve a principios del año 2006 un intercambio de consideraciones con uno de dichos grandes estudios con motivo de una consulta que me hizo una requirente y amiga, con motivo de la firma de un boleto de compraventa de una unidad a construir en un edificio con el sistema de fideicomiso.

Al respecto, luego de leer la fotocopia de la transferencia de dominio fiduciario del terreno y el proyecto de boleto, le envié a la consultante los siguientes comentarios:

Asunto:

Recordatorio para el título de propiedad proveniente de fideicomiso. Para (...) de Adrián Comas

Como se acerca el momento en que por boleto se pactó el pago del saldo de precio, entrega de posesión, aprobación del plano de propiedad horizontal del edificio, otorgamiento del reglamento de copropiedad y administración, y transferencia de dominio de cada unidad funcional, quería recordarte lo que te comenté sobre las operatorias con fideicomiso.

En la operativa tradicional, cuando el dueño de un lote de terreno vendía el inmueble a una SA constructora, que no le pagaba en ese acto en dinero efectivo sino que se comprometía a construir un edificio, afectarlo a propiedad horizontal, y como contraprestación le transferiría al dueño del terreno una o varias unidades funcionales de xx metros cuadrados, por ser de un valor equivalente al lote de terreno conforme lo pactado por las partes, dicho título de propiedad de venta del lote de terreno era en principio un "título observable", por no haber cobrado el precio de la venta, y el Código Civil establece que el vendedor tiene un privilegio sobre el inmueble por el precio no cobrado. Por tal motivo, para que las ventas de las unidades funcionales no sean también un "título observable", lo primero que hay que hacer es otorgar el Reglamento y la primera transferencia de dominio es la de la o las unidades funcionales prometidas al dueño del terreno. De esta manera, la contraprestación está realizada, y las siguientes ventas de unidades a terceros, no son un título observable.

Aplicando dicha normativa a la operativa actual del fideicomiso, tenemos lo siguiente:

Si con motivo del convenio original del fideicomiso, se otorga una escritura pública por medio de la cual el dueño del terreno como FIDUCIANTE transmite el DOMINIO FIDUCIARIO a la SOCIEDAD ANÓNIMA FIDUCIARIA (constructora), diciendo que al ser en fiducia (confianza) no tiene precio, entiendo que es a los fines impositivos que se redacta de esa manera, pero para el Código Civil, tiene dos efectos: Si la transferencia es gratuita, y el dueño del terreno no tiene nunca una contraprestación (dinero luego de la construcción y venta de las unidades, o metros cuadrados en una o varias unidades funcionales, pues sería en definitiva una DONACION a terceros y por el art. 3955 del Código Civil, sería un título observable (pasible de acción reivindicatoria por los herederos del donante dueño del terreno).

Si buceando en el convenio original, se demuestra que en realidad dicha transmisión no fue gratuita, ya que en algún momento el dueño del terreno recibe dinero o le transfieren el dominio de unidades, no es observable por el 3955 (pero no sé qué es lo que quisiera en dicho caso cobrar el fisco por sellos, impuesto a la transferencia de inmuebles, etcétera), pero sí sería observable hasta tanto no firme una escritura pública en la que deje constancia que conforme lo pactado en el fideicomiso, su transmisión de dominio fiduciario fue cumplida, y con posterioridad, recibió el dinero pactado como contraprestación dando recibo y carta de pago, o que se firme la escritura pública de transmisión de dominio sobre la o las unida-

des que le habían prometido, (conforme te mencioné en el párrafo anterior).

Te pediría que si lo crees pertinente, les pases este mail a la Escribanía interviniente, ya que lo que hablamos aquí es prever en el futuro que cualquier escribano referencista pueda observar tu título de propiedad, por aplicación de estos razonamientos, a pesar que la Escribanía que hace los fideicomisos pueda opinar notarialmente otra postura.

La notaría interviniente, uno de los grandes estudios notariales, recibiendo mis dudas, dejó en claro y en forma contundente su opinión jurídica, de la siguiente forma:

"(...) el fideicomiso y las trasmisiones a los beneficiarios no constituyen precisamente lo que se denomina "operativa u operatoria tradicional", por tanto nada tiene que ver con la permuta de terreno por unidades a construir, respecto de la cual tenemos normas específicas, que en ningún caso y por ninguna norma son aplicables la moderna operativa del fideicomiso de construcción". Reitero estimo, con todo respeto, equivocada la pretensión de aplicar aquellas normas al fideicomiso.

El buceo pretendido me ha llamado mucho la atención cuando estamos frente a algo muy diferente, con un patrimonio de afectación que sólo puede ser agredido en pocas oportunidades.

Si se pretendiera la aplicación de una normativa que le es totalmente ajena llegaríamos al supuesto de que hasta que el beneficiario fiduciante no cobre hasta el último centavo de todas las ventas que se realicen los títulos no serían perfectos. Ruego que se me disculpe, pero estimo que es querer complicar algo AJENO a la figura que nos ocupa. Si algo debiera el fiduciario al fiduciante, sólo tendría acción personal como administrador infiel.

Por último me permito significar que no he encontrado en doctrina ni en la poca jurisprudencia existente sobre la materia nada que sea ni siquiera parecido a lo que me informa en su mail. Yo no tengo ningún problema si algún colega me quiere hablar. Para que fuera una visión más imparcial sugiero que el colega que tenga dudas pueda sustentarla en derecho y si no le parece mal consulte con alguno de los asesores notariales del Colegio de Escribanos (...)"

Como los fundamentos esgrimidos por dicho notario son también válidos y para tener en cuenta –evidentemente tenemos los notarios diversas opiniones doctrinarias– y

realmente sigo teniendo mis dudas de lo que dictaminaría un juez, cuando sometido el caso de marras, se encontrara con argumentaciones de los hijos del fallecido fiduciante transmitente, argumentando el artículo 3955 del Código Civil, pretendiendo interponer una acción reivindicatoria (evidentemente para obligar a varios a sentarse a escuchar su reclamo y negociar), y manifestando que como nada dice la escritura de transferencia de dominio fiduciario sobre precio, valor o contraprestación pactada, diciendo solamente que la transferencia fue en fiducia o confianza (y no mencionando astutamente el contrato de fideicomiso que sí podría tener aclaraciones con respecto a la contraprestación), si su padre entregó el inmueble, y nada recibió a cambio, y ellos nada tienen ahora para heredar, la normativa legal los protege por sobre el que recibió el inmueble sin nada dar a cambio (la empresa constructora fiduciaria y los beneficiarios del fideicomiso), y para reforzar su reclamo, exclamarían que no importa si ese desapoderamiento de un inmueble por su padre fue formalizado como una "donación gratuita de inmueble a la constructora" o como una "transmisión de dominio fiduciario a la constructora fiduciaria en una escritura pública que no menciona contraprestación alguna", ya que si la realidad en ambos casos es que el causante nada recibió a cambio de su inmueble, (ni unidades funcionales ni efectivo por el valor del inmueble) y sus herederos en ninguno de los dos casos nada pueden ahora heredar, tienen el derecho legal de reclamar con una acción reivindicatoria que los protege.

De la misma manera, exclamarían que si efectivamente se pactó en forma expresa en la escritura la contraprestación pactada, y la misma nunca fue recibida, el propietario del inmueble argumentará que tiene la acción reivindicatoria y el privilegio sobre todo el inmueble con sus mejoras, que establece el artículo 3923 o 3924 del Código Civil, sin importar si se formalizó como "venta a la constructora y que la contraprestación era futura" (las unidades funcionales pactadas o el efectivo pactado cuando la constructora empezara a vender las unidades), o si se formalizó como una "transferencia de dominio fiduciario a la constructora fiduciaria", siendo el dueño del terreno el fiduciante beneficiario que como contraprestación a la transferencia de su inmueble, se le prometió la posterior entrega de las unidades o del efectivo pactado.

Frente a estas argumentaciones y reclamos judiciales, no estoy seguro de que el juez determine que el único derecho que tiene el que fue dueño original del terreno, (o su herederos), es la simple "acción personal contra el administrador infiel", (que argumentó el estudio notarial en su respuesta y defensa), especialmente porque dicho administrador fiduciario infiel e incumplidor respondería únicamente con su propio patrimonio, que seguramente sería prácticamente inexistente ya que muy posiblemente no tiene bienes personales a su nombre y sus ingresos son únicamente los honorarios que cobra por su actuación como administrador fiduciario, ya que el edificio está en el "otro patrimonio con CUIT distinto", que es el patrimonio fiduciario o fideicomitido, que el fiduciario "infel" simplemente "administra", pero no es el dueño.

El accionante judicial podría para este caso argumentar el artículo 16 de la ley 24.441, solicitando como dice dicho artículo, que las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso (por ejemplo la entrega de las unidades o el efectivo pactado para el dueño del terreno), sean satisfechas con los bienes fideicomitidos (el edificio y cada una de las unidades funcionales que lo integran). Y también argumentaría que no podrían ser terceros de buena fe (buena fe diligencia), los restantes fiduciantes que aportaron dinero y que son beneficiarios de unidades del edificio, o los terceros compradores de unidades al fideicomiso, cuando del estudio de títulos que deberían haber hecho realizar, surge claramente que el dueño del terreno en una transferencia "onerosa" tiene una acción reipersecutoria o un privilegio sobre el inmueble por el precio no cobrado, o si no hay contraprestación pactada, y la transferencia fue "gratuita", fue realizada a quien "no es su heredero forzoso".

Con todas estas argumentaciones, es difícil que para la protección legal del accionante un juez no vea aplicables los artículos 3923 y 3924, en una transferencia onerosa, o el artículo 3955 del Código Civil, si era una transferencia gratuita.

SUGERENCIAS NOTARIALES

Para evitar "probabilidades fácticas" de observación de títulos por escribanos referencistas o autorizantes de las posteriores compraventas, es que a mi entender, sería aconsejable:

- 1)** Que los contratos de fideicomisos se formalicen en escritura pública, y si fuera en instrumento privado, que fueran fácilmente ubicables, por lo que sería preferible que sean agregados a cabeza de la escritura de transferencia de dominio fiduciario del inmueble, para mejorar la celeridad de la revisión por los escribanos referencistas o futuros autorizantes de las posteriores compraventas (por la celeridad de las transacciones comerciales, evidentemente "el tiempo es oro").
- 2)** Que surja claramente que la transferencia fiduciaria, NO ES GRATUITA (para que quede claro que no es de aplicación el artículo 3955 del Código Civil), sino que conlleva una contraprestación futura en unidades, metros cuadrados, o efectivo pactado.
- 3)** Que surja claramente de una posterior escritura pública (y anotada como nota marginal en la transferencia fiduciaria original como "publicidad cartular"), el cumplimiento de una de las siguientes opciones:
 - a) La recepción por el dueño del terreno fiduciante beneficiario, una vez otorgado el Reglamento, de las unidades que le prometieron;
 - b) El recibo y carta de pago del efectivo pactado;

c) De lo contrario, y si no hubiera aun pagos, o hubiera pagos pendientes, y se debieran ya escriturar las transferencias de las restantes unidades sin que puedan ser consideradas "observables", la renuncia expresa del dueño del terreno y acreedor, a la acción reivindicatoria o privilegio sobre el inmueble y sus mejoras que establece el artículo 3923 ó 3924 del Código Civil (pero no renunciando al derecho personal de cobro de lo adeudado, que prescribe a los 10 años conforme al artículo 4023 del Código Civil).

Y la necesidad de que estas declaraciones sean formalizadas expresamente en escritura pública, es porque son complementarias a la transferencia de dominio fiduciario que lo fue en escritura pública, conforme lo dispone el artículo 1184 inciso 10 del Código Civil.