

# Transferencia de inmuebles por unidades a construir\*

Ricardo J. Blanco Lara, Enrique Garbarino y María V. Gonzalía

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Incumplimiento del contrato. 3. Dominio revocable. 4. Garantía hipotecaria de las prestaciones futuras. 5. Tratamiento impositivo en la actualidad. 6. Efectos prácticos en la contratación inmobiliaria bajo la forma de esta figura. 7. Conclusiones de la XXXVII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.

## 1. Introducción

### 1.1. Objetivo del trabajo

El objetivo del presente trabajo consiste en rescatar la permuta por unidades a construir como un importante esquema de formación contractual, explicando la manera de, si no subsanar, morigerar las debilidades que presenta. Además, apostamos al resurgimiento y aplicación de esta figura que consideramos con ventajas superlativas frente al fideicomiso y a la sociedad civil.

### 1.2. Consideraciones preliminares

El abordaje de esta figura jurídica no es nuevo. En efecto, muchos autores, desde hace más de cuarenta años, se han ocupado en considerarla como una de las posibles estructuras contractuales en los negocios inmobiliarios. Así, Francisco Cerávolo<sup>1</sup> desarrolló, en 1970, un valioso trabajo que luego fue presentado, junto con el de otros colegas, en las *Jornadas Notariales de la Provincia de Santa Fe*, en setiembre de ese año. Poco más de veinte años después, Marcelo de Hoz<sup>2</sup>, en oportunidad de realizarse el *XXV Seminario Teórico Práctico Laureano Arturo Moreira*, en octubre de 1992, elaboró, sobre la base del modelo propuesto por Cerávolo, un andamiaje jurídico que permitió entender este contrato desde una óptica más moderna. Con total claridad explicó las distintas variantes consideradas, añadiéndole el te-

\* El presente trabajo ha sido presentado en la XXXVII Convención notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, celebrada los días 3, 4 y 5 de noviembre de 2010.

1. CERÁVOLO, Francisco, "Transmisión de terreno a cambio de sectores de propiedad autónoma en edificio a construir sobre aquel", *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, año 73, n° 710, marzo-abril 1970.

2. DE HOZ, Marcelo, "Transferencia de inmueble por unidades a construir", *25° Seminario Teórico Práctico Laureano Arturo Moreira*, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 1992.

ma de la división de la hipoteca que garantizaba el cumplimiento de la prestación a cargo del constructor, así como la posibilidad de reservarse este el rango preferente de la misma, para el caso de que la obra hubiese tenido un avance importante y se vea en la necesidad de obtener fondos de terceros.

Recomendamos la lectura de estos trabajos que explican adecuadamente el estado de la cuestión en torno a esta modalidad de contratación inmobiliaria.

### 1.3. *La figura en análisis*

La figura en análisis ofrecía varios interrogantes, que los autores mencionados supieron contestar sobre la base de las consideraciones que siguen.

#### 1.3.1. *Acerca de la naturaleza jurídica*

En principio se dijo que se trataba de un contrato innominado, porque participaba de los elementos de la compraventa, de la permuta y de la locación de obra, entre otros. Quedó claro que esta figura jurídica se encuadraba dentro de la permuta, para lo cual hubo que zanjar algunos obstáculos exegéticos de la normativa. Así se preguntaban si la prestación futura a la que se obligaba el copermutante constructor, podría ser materia de contraprestación en la permuta, ya que no existía al momento de celebrarse el contrato. Se resolvió con acierto, aplicando las reglas de la compraventa a la permuta (art. 1492, C. C.) y de la propia definición de permuta del artículo 1485 del Código Civil, que podría operarse sobre una cosa futura. Máxime, si consideramos al contrato como *consensual* que no necesita entrega inmediata de la cosa para su perfeccionamiento.

Respecto de la locación de obra, *prima facie* parecería que el contrato participa de sus elementos. Pero aquí el empresario ya no es dueño del terreno. No encarga la obra al locatario sobre su propiedad para luego pagarle con unidades en vez de dinero –que sería el esquema típico de la locación de obra, pero con pago en especie en lugar de valores–. El empresario resulta ser el copermutante constructor que realiza la obra –locatario– y recibe el terreno en permuta, mientras que el acreedor de la obligación futura de entrega es el locador –exdueño–. Además, la prestación principal que asume el empresario constructor no es

la realización de la obra –obligación de hacer–, sino la entrega de las unidades –obligación de dar cosa cierta–, y esta es simplemente un medio para satisfacer aquella. Podría entonces hablarse de prestación principal –transferir las unidades a construirse en el futuro– y accesoria –realizar la obra de acuerdo a las condiciones, plazos y demás modalidades que se establezcan–.

### *1.3.2. Acerca del dominio revocable*

Uno de los mayores obstáculos que ofrece la figura es la presencia de un dominio revocable, en los términos del artículo 2663 del Código Civil, en cabeza del copermutante constructor. Ello, porque el contrato está sujeto a la condición resolutoria de que se cumpla con la construcción y entrega de las unidades prometidas, y, en virtud del artículo 1374 del Código Civil, Vélez asimila la condición resolutoria a la que se haya supeditado la venta –aplicable a la permuta–, al pacto comisorio, explicando sus efectos en el artículo 1375. Es así que en caso de incumplimiento, funcionarán los resortes del pacto comisorio –ya sea dispuesto en forma expresa o bien funcionando en su faz tácita– operándose la revocación del dominio del terreno a favor del copermutante y originario dueño, debiendo realizarse la transferencia de dominio en su favor, libre de cargas y gravámenes. Después analizaremos si puede o no morigerarse o limitarse este efecto ante el incumplimiento.

### *1.3.3. Acerca de la acción de restitución*

Acerca de la acción de restitución que establece el artículo 1489 del Código Civil respecto del copermutante vencido en la propiedad de la cosa que se le ha dado en cambio, que entraña una verdadera acción reivindicatoria cuando solicita la restitución de lo que dio originariamente y no opta por su valor, la doctrina es conteste en afirmar que dicha acción es renunciable en forma expresa por los copermutantes, por lo menos, respecto de sus efectos reivindicatorios, quedando a salvo las acciones alternativas.

### *1.4. Problemas que plantea la permuta por unidades a construir*

El contrato parece ser una solución a la medida de sus actores, un esquema que refleja un negocio que se da en forma corriente

en la actualidad. Resulta evidente que la figura en análisis capta la verdadera intención que las partes han tenido en mira al contratar: por un lado, el dueño del terreno posee una propiedad con suficiente valor para multiplicarlo en unidades futuras, pero no cuenta con la capacidad económica para desarrollar la obra; por otro lado, el constructor adquirente del terreno no tendrá que desembolsar el costo de la compra del mismo y aplicará sus recursos –o los ajenos– a la construcción propiamente dicha, quedándose con otras unidades para comercializar.

Pero, al parecer, también presenta algunas debilidades que pueden poner en peligro su adopción al momento de elegir el marco jurídico más adecuado en la contratación. Así, la posibilidad de revocación del dominio hasta tanto no se cumpla con la prestación principal –la entrega de las unidades–, la garantía hipotecaria que suele constituirse en resguardo del cumplimiento y la consiguiente dificultad para que el copermutante constructor –ahora deudor hipotecario– pueda conseguir más recursos para financiar la obra. A ello se suma la imposibilidad de ceder los derechos, acciones y obligaciones que nacen del contrato en la mayoría de las operaciones de este tipo, ya que las cualidades personales de los contratantes –especialmente del copermutante constructor– son decisivas para la marcha del negocio, casi como contratos *intuitu personae*, tal como afirma gran parte de la doctrina.

## 2. Incumplimiento del contrato

### 2.1. Acciones del acreedor. Pacto comisorio

El cumplimiento de la prestación asumida por el constructor es la entrega de las unidades prometidas. Si esta es incumplida, podrá pedirse su cumplimiento, o resolverse el contrato, en ambos casos por aplicación del pacto comisorio. Analizaremos la facultad resolutoria que es la que nos interesa explicar, pues convierte al dominio en dominio revocable. Ello implica, tal como lo señalamos, que esta sanción por incumplimiento se asimila a la condición resolutoria del artículo 1374 del Código Civil: “Art. 1374. Si la venta fuese con pacto comisorio, se reputará hecha bajo una condición resolutoria. Es prohibido ese pacto en la venta de cosas muebles”.

El fundamento de esta facultad resolutoria –asimilada a una condición por el propio Vélez– es el carácter recíproco de las

prestaciones asumidas. Es evidente que la obligación a cargo del transmitente ha sido cumplida con la transmisión del dominio a favor del constructor. Entonces es aquel quien podrá demandar la resolución o el cumplimiento, en caso de que este no cumpliera con su obligación de transmitir las unidades a construir.

Tanto el pacto comisorio expreso del artículo 1203, como el implícito –incorporado por la reforma de la Ley 17.711– del artículo 1204, poseen la misma naturaleza jurídica. La diferencia estriba en que el primero es un elemento accidental en la contratación, es decir, es incorporado por el ejercicio de la libertad de contratación. Mientras que el segundo constituye un elemento natural del mismo, caracterizado como derecho subjetivo *de opción* que implica la extinción de la relación jurídica por vía de resolución.

Si bien un sector de la doctrina considera que el pacto comisorio no es equivalente a la condición resolutoria, a pesar de la contundencia del artículo 1374 del Código Civil, la mayoría de los autores han considerado que entraña una “condición resolutoria potestativa”. Sus efectos son idénticos en la especie y la aplicación no ofrece diferencias sustanciales.

Los requisitos para que proceda el pacto comisorio, en sus dos variantes, son:

- Opción de la parte cumplidora: el contrato podrá resolverse por la parte no culpable. Siempre se confiere esa facultad a quien ejecutó o estuvo dispuesto a ejecutar su obligación;
- Imputación del incumplimiento a la otra parte, es decir, el incumplimiento debe ser imputable directamente a la otra parte y no puede tratarse de un mero incumplimiento de orden natural; debe existir *culpa* o *dolo* del deudor. También debe ser injustificado (véase, p. ej., el art. 1425 del C. C.);
- Deben existir prestaciones recíprocas pendientes;
- Debe existir gravedad en el incumplimiento, es decir, debe afectar a obligaciones sustanciales o esenciales del contrato.

## 2.2. Efectos de la resolución

Tanto en el pacto comisorio expreso como en el tácito, los efectos son idénticos: la resolución del contrato vuelve las cosas al

mismo estado en que se hallaban al momento de la celebración. Es decir, se producen *ex tunc*. Pero esta retroactividad se limita a las partes, no pudiendo afectar derechos que terceros hubiesen adquirido. Sobre el particular, volveremos en el capítulo siguiente.

### 2.3. Posibilidad de renunciarlo

Como expresamos, el pacto comisorio concede la facultad resolutoria del contrato. Pero, ¿es posible renunciarla? Y en caso afirmativo, ¿en qué momento? Abonando la afirmación de esta hipótesis, la jurisprudencia ha entendido: a) Que es válida la renuncia a la resolución del contrato porque no está comprometido el orden público; b) Que la renuncia puede hacerse tanto de la facultad resolutoria expresa como de la tácita; c) Que podría pactarse únicamente la exigencia del cumplimiento y renunciar a la resolución (renuncia al pacto comisorio tácito del art. 1204), y d) Que la renuncia puede hacerse en cualquier momento de la vigencia del contrato, incluso después de haber operado el incumplimiento.

Claro está que la renuncia a la facultad resolutoria respecto de un incumplimiento en especial no enerva su ejercicio por un incumplimiento posterior. Esto es, en la especie, si el cumplimiento del deudor consistía en entregar más de una unidad, no se entenderá renunciada la facultad de resolver para el caso de que entregue efectivamente una de ellas y no cumpla con la entrega de las restantes. Entonces, al renunciar a la condición o darla por cumplida, las partes extinguen la obligación condicional resolutoria.

Así lo expresa el artículo 537 del Código Civil:

Las condiciones se juzgan cumplidas, cuando las partes a quienes su cumplimiento aprovecha, voluntariamente las renuncien; o cuando, dependiendo del acto voluntario de un tercero, este se niegue al acto, o rehúse su consentimiento; o cuando hubiere dolo para impedir su cumplimiento por parte del interesado, a quien el cumplimiento no aprovecha.

Es el cumplimiento ficto de las condiciones, donde la ley tiene por cumplidas las condiciones, pese a que el hecho condicionante no se haya realizado. Una de ellas es por *renuncia de parte*. En este caso, las condiciones se interpretan cumplidas cuando las

partes a quien su cumplimiento aprovecha voluntariamente las renuncien. La ley dice: “a quienes su cumplimiento aprovecha”. Ello se refiere a las partes que pueden tener un interés en exigir el cumplimiento de la condiciones. Por lo tanto, la ley asimila la renuncia efectuada por la persona a quien la condición aprovecha, a su cumplimiento mismo.

En este caso, si dan por cumplida la obligación condicional resolutoria, la extinguen y, por lo tanto, el acto se convierte en puro y simple, y el dominio revocable se convierte en dominio pleno y perfecto.

### 3. Dominio revocable

#### 3.1. *Análisis, efectos, vocación registral*

Estamos aquí frente a uno de los supuestos mencionados en el artículo 2663 del Código Civil: “Dominio revocable es el que ha sido transmitido en virtud de un título revocable a voluntad del que lo ha transmitido; o cuando el actual propietario puede ser privado de la propiedad por una causa proveniente de su título”.

La nota al artículo 2663 dice: “el dominio es por su naturaleza irrevocable; pero por una excepción es revocable en los casos del artículo; por ejemplo cuando el vendedor se ha reservado durante un plazo, la facultad de dejar sin efecto el contrato, o las facultades de volver a tomar la cosa vendida devolviendo el precio recibido. No puede oponerse razón alguna para que las partes que contratan la enajenación de una cosa no puedan poner condiciones o plazos resolutorios del dominio que transmite la una y adquiere la otra. Estas cláusulas revocatorias, debiendo estar en el mismo instrumento público por el cual se hace la enajenación, no pueden dejar de ser conocidas por el tercer adquirente, pues constan del mismo instrumento que crea el dominio que la transmite. Hablamos de instrumentos público (léase escritura) porque solo por ese medio se puede transferir el dominio de los bienes raíces, pues respecto de los muebles el dominio solo será revocable en el caso que se determina en uno de los artículos que el título”.

Alterini prefiere llamarlo resoluble siguiendo a Freitas ya que el dominio revocable se encuentra subordinado a durar solamente hasta: 1) el vencimiento de un plazo resolutorio expreso, 2) el acaecimiento de una condición resolutoria expresa

o 3) el acaecimiento de una condición resolutoria implícita. Las únicas condiciones que provocan la revocación del dominio son las resolutorias. La Condición resolutoria puede ser: a) expresa o b) implícita y el artículo comprende ambos supuestos.

Recordemos el artículo 528 que dice que la obligación es condicional, cuando en ella se subordina a un acontecimiento incierto y futuro que puede o no llegar, la adquisición de un derecho (suspensiva) o la resolución de un derecho ya adquirido (resolutoria).

Conforme al artículo 1374 citado del Código Civil, los efectos de la revocación del dominio son *ex tunc*, es decir, que vuelven las cosas al estado en que se encontraban al momento de la celebración del contrato. Esta retroactividad solo se limita a las partes y no puede afectar derechos de terceros. Aplicándose este concepto a toda prestación divisible, es decir, que permita cumplimientos parciales, la retroactividad se detiene hasta donde ha habido cumplimiento y, por consiguiente, se encuentren equilibradas las prestaciones de ambas partes. Por eso consideramos de trascendental importancia registrar el dominio como revocable en oportunidad de inscribir la transferencia dominial a título de permuta.

### 3.2. *División de la revocabilidad. Procedencia o improcedencia. Excepciones.*

Al efecto, hemos contestado los siguientes interrogantes respecto de la facultad revocatoria del contrato como asimismo del dominio revocable, en torno a una mayor seguridad jurídica de esta figura en la contratación inmobiliaria:

1. ¿Existe posibilidad de dividir o parcializar al dominio revocable únicamente a las unidades funcionales prometidas como contraprestación, una vez que estas hayan sido construidas, para no afectar al resto de las unidades funcionales, sin un nuevo pacto? Afirmamos que no, porque la condición resolutoria no puede ser dividida. Sostenemos, entonces, la necesidad de un nuevo pacto expreso.
2. ¿Por qué no se puede dividir el cumplimiento de la condición resolutoria que da origen al dominio revocable, aunque el objeto sea divisible? Por aplicación del “Principio de la Indivisibilidad del hecho condicionante

(art. 534 del C. C.) e Indivisibilidad del cumplimiento de las condiciones (art. 535 del C. C.)” que dicen:

*Artículo 534.* Las prestaciones que tienen por objeto el cumplimiento de una condición son siempre indivisibles.

*Artículo 535.* El cumplimiento de las condiciones es indivisible, aunque el objeto de la condición sea una cosa divisible. Cumplida en parte la condición, no hace nacer en parte la obligación.

3. ¿Pueden las partes entonces renunciar a la condición resolutoria antes de su cumplimiento? Sí. Se podría pactar la renuncia de la condición en cualquier momento, y/o una vez construidas las unidades funcionales prometidas en contraprestación.
4. Entonces, ¿al renunciar las partes a la condición o darla por cumplida, extinguen la obligación condicional resolutoria? Sí, y, en este caso, si extinguen la obligación condicional resolutoria, el dominio revocable se convierte en dominio pleno o perfecto. El artículo 2668 dice: “Extínguese el dominio revocable por el cumplimiento de la cláusula legal constante en el acto jurídico que lo transmitió, o por la condición resolutoria o plazo resolutorio a que su duración fue subordinada”. Nos remitimos a lo expuesto en el punto 2.3. del presente.

### 3.3. *Revocación del dominio imperfecto*

#### 3.3.1. *El efecto retroactivo*

*Artículo 2669.* La revocación del dominio tendrá siempre efecto retroactivo al día en que se adquirió, si no hubiere en la ley o en los actos jurídicos que la establecieron, disposición expresa en contrario.

*Artículo 2670.* Revocándose el dominio con efecto retroactivo, el antiguo propietario está autorizado a tomar el inmueble libre de todas las cargas, servidumbres o hipotecas con que lo hubiese gravado el propietario desposeído o el tercer poseedor; pero está obligado a respetar los actos administrativos del propietario desposeído, como los alquileres o arrendamientos que hubiese hecho. Quedan a salvo los actos de disposición realizados por el fiduciario de conformidad con lo previsto en la legislación especial”. [Texto conforme a la Ley 24.441].

La regla general es que la revocación opera con efectos retroactivos, de modo que todos los actos de disposición realizados por el dueño imperfecto quedan sin efecto y quién recobra el dominio de la cosa no tiene que respetarlos.

Vencido el plazo resolutorio o cumplida la condición resolutoria, nace para el dueño imperfecto, la obligación de restituir la cosa a su anterior propietario, llamado revocante.

### 3.4. Excepciones a la retroactividad

La regla de la retroactividad encuentra en el propio artículo y en otras normas del código diversas excepciones: 1) Pacto en contrario: se hubiere dispuesto lo contrario en el acto de constitución de dominio revocable (arts. 2669 y 2672). 2) Ley en contrario: si la ley dice lo contrario (art. 2669). Puede que la ley determine que la resolución opere sin efecto retroactivo, es decir, *ex nunc*. Por ejemplo, en la revocación de las donaciones por ingratitud del donatario (1866) o por la inejecución de los cargos que no figuran en el instrumentado que formalizó la donación (1855). La razón de que no tenga efecto retroactivo es que en estos casos los terceros no podían conocer la existencia de las circunstancias que determinan la revocación, 3) Cosa mueble: si es una cosa mueble y sobre ella tienen el dominio terceros de buena fe y a título oneroso (2671) en armonía con el régimen general para las cosas muebles del artículo 2412, 4) Actos de administración: los actos de administración realizados por el dueño imperfecto, por ejemplo: el arrendamiento, deben ser respetados por el primitivo propietario (2670 *in fine*, 1498 donde Vélez cita como ejemplo un caso de compraventa con pacto de retroventa y 5) Frutos percibidos: la resolución tampoco afecta retroactivamente a los frutos que perciba el dueño imperfecto durante el tiempo que duró su derecho, sino solamente a él los pendientes<sup>3</sup>.

Volvamos a los interrogantes para fundamentar nuestra hipótesis:

¿Se puede pactar que la revocación del dominio no tenga efectos retroactivos? Consideramos que sí.

¿Pueden las partes pactar excepciones a la retroactividad, y en caso de operarse el dominio revocable por incumplimiento del constructor, que el mismo no tenga efectos retroactivos? La respuesta también es afirmativa, ya que lo permiten los artículos 2669 y 2672 del Código Civil.

3. BUERES Alberto, HIGHTON Elena I., KIPER Claudio M., *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 1997, tomo 5A, pp. 826-827.

Conforme al *artículo 2669*: “La revocación del dominio tendrá siempre efecto retroactivo al día en que se adquirió, si no hubiere en la ley o en los actos jurídicos que la establecieron, disposición expresa en contrario.”

Asimismo el *artículo 2672* dice:

Quando *por la ley*, o por *disposición expresa* en los actos jurídicos que constituyan el dominio revocable, la revocación no tuviere efecto retroactivo, quedan subsistentes las enajenaciones hechas por el propietario desposeído, como también los derechos reales que hubiese constituido sobre la cosa.

Ambos artículos enumeran dos casos:

1. *La voluntad de la ley*
2. *Disposición expresa de las partes en el contrato*

La regla de la retroactividad encuentra en estos dos artículos y en otras normas del Código Civil diversas excepciones, entre las cuales se enumera la *disposición expresa de las partes*. Nada impide que las partes puedan disponer lo contrario, porque juega el principio de autonomía de la voluntad, en cuyo caso quedarán subsistentes las enajenaciones, así como los derechos reales que hubiere constituido el dueño revocado.

Por lo tanto, si las partes hubieren dispuesto lo contrario en el acto de constitución de dominio revocable (arts. 2669 y 2672), el mismo no tendrá efectos retroactivos y en este caso quedan vigentes las transmisiones de dominio de la cosa o la constitución de derechos reales sobre ella a favor de terceros, sin que puedan imputarse a estos últimos la mala fe, ya que sabían que en la revocación producía sus efectos hacia el futuro.

### 3.5. *Readquisición del dominio por parte del revocante*

Claudio M. Kiper<sup>4</sup> considera que otra excepción a la retroactividad es la forma en que el anterior dueño va a readquirir el dominio una vez operado el evento resolutorio y por ende, encontrarse obligado el actual titular a la restitución.

Para la readquisición del dominio es menester de la tradición, de modo que antes de esa –aun verificado el evento resolutorio– el titular imperfecto sigue siendo dueño de la cosa –que está obligado a restituir–, y el revocante solo tiene un derecho personal a que la cosa le sea entregada.

En nuestro derecho, no hay revocación real, ya que Vélez, no obstante atribuir efectos retroactivos al cumplimiento de la

4. SEGOVIA, Lisandro, *El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, t. II, p. 135, nota 20; ALTERINI, J. H., “Resolución de los contratos y dominio revocable”, *El Derecho*, 50-633; KIPER, Claudio M., *Régimen jurídico del dominio fiduciario*, Buenos Aires, La Ley, 1989, pp. 249-253; Recomendación de las *V Jornadas Santafesinas de Derecho Civil* (Mendoza, 1978) y despacho mayoritario de la Comisión IV en las *IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (Mar del Plata, 1983).

condición o plazo, estableció un sistema de revocación personal u obligacional, o sea, que para readquirir el dominio es menester que el revocado haga tradición de la cosa al revocante. Es decir, que instauró un sistema de revocación personal pero con efectos retroactivos<sup>5</sup>.

#### 4. Garantía hipotecaria de las prestaciones futuras

Como anticipáramos, en aras de garantizar el cumplimiento de la prestación principal –y en nuestro caso, operando como doble garantía–, el copermutante constructor suele gravar con derecho real de hipoteca en primer grado el inmueble adquirido a favor del expropietario. Claro está que la prestación principal no la constituye un mutuo dinerario, sino una obligación de hacer. Y para esta clase de obligaciones, el Código Civil requiere estimación de valores (art. 3109, C. C.). Además, la garantía se extiende no solo al inmueble propiamente dicho, sino también a los accesorios, las mejoras y construcciones que sobre él se efectúen.

##### 4.1. Especialidad, divisibilidad

Mientras la accesoriedad de la hipoteca está dada por la descripción de la naturaleza de la obligación a la que accede, que podrá ser de dar, de hacer o de no hacer, pactada entre deudor y acreedor, la especialidad se refiere a la estimación de un monto. Respecto del principio de especialidad contemplado en el artículo 3109 del Código Civil, la jurisprudencia y doctrina han entendido que la especialidad está dada por la identificación de una suma cierta y determinada de dinero que habrá de operar como importe tope de garantía. Es importante que el monto sea limitado y determinado, siendo ese y no otro el importe dinerario que los acreedores o futuros inversores deberán tener en cuenta al momento de contratar con el propietario constructor. Por eso se estima el valor de las prestaciones que, como consecuencia, tendrá efectos en la aplicación de los impuestos que gravan el negocio.

La hipoteca también es divisible, esto es consecuencia de la divisibilidad de la obligación asumida o bien, de la posibilidad fáctica o jurídica de dividir el inmueble hipotecado. La Ley

5. KIPER, Claudio M., *Código Civil comentado*, Buenos Aires, Hammurabi, 1997, tomo 5A, pp. 827-828. Mayores argumentos en defensa de esta interpretación pueden verse en KIPER, Claudio M., *op. cit.* (cfr. nota 5), pp. 249-253.

11.725, modificatoria del Código Civil, dio una nueva redacción al artículo 3112 posibilitando que en la ejecución del bien hipotecado, el juez pueda ordenar la cancelación parcial de la hipoteca, si los bienes pueden dividirse en lotes o si la garantía comprende bienes separados. La doctrina entendió, a partir de esta modificación, que las partes pueden pactar la división de la hipoteca, para que esta recaiga sobre determinados bienes, quedando liberados otros, como consecuencia de un loteo, de una división de condominio o de la subdivisión típica de la Ley 13.512 de Propiedad Horizontal. Entonces, como lo explicaba de Hoz en el trabajo mencionado al comienzo, pactar la divisibilidad de la hipoteca resulta necesario para que la misma recaiga, una vez construidas las unidades prometidas, sobre las mismas, liberando al inmueble y al resto de las unidades para su libre disponibilidad.

#### 4.2. *Reserva de rango*

También se ha pensado en que el constructor tenga la posibilidad de reservarse el derecho de constituir hipoteca en primer grado de privilegio a favor de futuros acreedores, condicionando dicha reserva al cumplimiento de ciertos actos o a la conclusión de determinado porcentaje de la obra. Para ello deberá pactarse la reserva de rango preferente en el contrato, pasando la hipoteca en primer grado constituida a favor del expropietario acreedor a segundo grado de privilegio. Claro está que de la redacción de las cláusulas contractuales deben surgir con claridad la oportunidad, los plazos y las modalidades que deben cumplirse para que se produzca la posposición del rango hipotecario.

#### 4.3. *Extinción y cancelación*

En cuanto a la extinción o cancelación del gravamen, si alcanza la obligación principal por haberse cumplido *in totum*, se cancelará la hipoteca en forma simultánea con la transmisión del dominio a favor del propietario originario, quedando liberado el inmueble. Si, en cambio, en razón de hallarse expresamente pactado, se concreta una porción importante de la construcción, la hipoteca podrá aplicarse a las unidades prometidas, si estas existen jurídicamente por afectación a la Ley de Propiedad Ho-

rizantal o Prehorizontalidad. O bien podrá realizarse la mutación del rango preferente, pasando a segundo grado la hipoteca constituida originariamente en primero a favor del propietario originario.

## 5. Tratamiento impositivo en la actualidad

Respecto de los tributos que gravan este contrato podemos apuntar lo que sigue.

### 5.1. *Transferencia originaria del terreno a título de permuta*

En el orden nacional, si el transmitente es una persona física, estará gravado por el Impuesto a la Transferencia de Inmuebles de Personas Físicas y Sucesiones indivisas, Ley 23.905, con una alícuota del 1,5 % calculada sobre el valor de la operación (independientemente de la valuación fiscal o V. I. R.). En cambio, si el transmitente es una persona jurídica o física alcanzada por la Ley de Impuesto a las Ganancias, no corresponderá la retención de este gravamen, tal como lo preceptúa el artículo 15 de la Resolución General de AFIP 2139/2006. Al efecto, en el Dictamen 9/07, la Administración Federal de Ingresos Públicos puntualizó que, al encuadrar esta operatoria en el contrato de permuta o cambio –cosa actual por cosa futura– en los términos del artículo 1485 del Código Civil, el agente de retención se encuentra liberado de efectuar la misma, sin perjuicio del deber de información.

En el orden local, específicamente respecto del Impuesto de Sellos que rige en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (DGR), deberá calcularse dicho impuesto por el valor de la semisuma de ambas prestaciones (el 50 %), con una alícuota que asciende al 2,5 % del valor asignado y/o la valuación y/o el V. I. R., según cual fuere mayor.

### 5.2. *Transferencia de dominio de las unidades prometidas en cumplimiento de la prestación*

En el orden nacional, y respecto del Impuesto a la Transferencia de Inmuebles, no se aplicaría, ya que en la mayoría de los casos

el constructor, aun actuando como persona física, queda alcanzado por el Impuesto a las Ganancias por desarrollar una actividad que implica empresa unipersonal y habitualidad. Respecto de este último, al tratarse del cumplimiento de una obligación de hacer o dar, quedará exento del Impuesto a las Ganancias, por la misma razón apuntada anteriormente.

En el orden local, queda entendido que la transferencia entraña el cumplimiento de una obligación de hacer y no está alcanzada por el Impuesto de Sellos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Debemos destacar que, en materia de Impuesto de Sellos de la Provincia de Buenos Aires (ARBA), existe un criterio similar al descrito en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, fundado en el fallo del Tribunal Fiscal de la Nación B-1616, causa “Durand Quiroga, Raúl”, en el cual se dijo que, si en oportunidad de instrumentar el contrato de permuta por escritura pública, se retuvo e ingresó el Impuesto de Sellos calculado sobre la valuación fiscal del terreno –en ese caso–, la escritura posterior mediante la cual se cumplía con la prestación de entrega de las unidades constituye un mero acto registral no gravado, ya que solo instrumenta el cumplimiento de una obligación de hacer.

Respecto de la hipoteca, tanto en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como en la provincia de Buenos Aires, no tributa Impuesto de Sellos por ser accesoria de un contrato gravado.

## **6. Efectos prácticos en la contratación inmobiliaria bajo la forma de esta figura**

### *6.1. Hipótesis de mayor garantía para el propietario del terreno*

Como anticipamos, el objetivo de este esquema es aportar ideas que permitan atenuar la imposibilidad de la venta de las unidades restantes y de la financiación de la obra, limitando el plazo de la facultad resolutoria y, en definitiva, eliminar los efectos del dominio revocable luego de cumplidas ciertas prestaciones parciales, continuando la garantía hipotecaria hasta el cumplimiento efectivo de la prestación principal. También –dentro de un marco de equidad e imparcialidad– intentaremos morigerar la situación de riesgo que existe para el copermutante expropiario del terreno, en la medida en que no se incorporen mejoras de importancia al terreno, como sería, por ejemplo, hasta que

no exista un porcentaje de ejecución de la obra que podríamos mensurar en el 30 % del total de los trabajos.

Para ello pensamos las siguientes alternativas:

1. Trasmitir el dominio del terreno mediante la modalidad apuntada, con la constancia de su posible revocación, e inscribirla como tal en el Registro de la Propiedad Inmueble, estableciendo un plazo que será, por ejemplo, hasta la finalización del hormigonado –entendiendo que implica el 30 % de la obra–, y fijándose, además, un plazo máximo, por ejemplo, de 24 meses. Cumplida por el empresario, en el plazo estipulado, la ejecución de los trabajos, el propietario está obligado a renunciar al pacto comisorio y, por ende, a la revocabilidad del dominio. Esto puede pactarse en el contrato originario mediante una cláusula que así lo disponga, o bien, invitando a las partes a reunirse con posterioridad para hacerlo, luego de un lapso de avance determinado.
2. Llevado a la práctica, entendemos que recién en ese momento el empresario tendrá la posibilidad de vender otras unidades o de contraer un préstamo. Dado que, luego de la renuncia, el inmueble continuará con la hipoteca en garantía de la permuta, recién va a poder conseguir crédito o vender unidades cuando haya incorporado al terreno un valor importante de mejoras.
3. Pueden las partes pactar la excepción a la retroactividad y que la revocación del dominio no tenga efectos retroactivos. Lo permiten los artículos 2669 y 2672 del Código Civil. Si las partes hubieren dispuesto lo contrario en el acto de constitución de dominio revocable (arts. 2669 y 2672), la misma no tendrá efectos retroactivos y en este caso quedan vigentes las transmisiones de dominio de la cosa o la constitución de derechos reales sobre ella a favor de terceros, sin que puedan imputarse a estos últimos la mala fe, ya que sabían que la revocación producía sus efectos hacia el futuro.

## 6.2. *Conclusión*

Consideramos útil hacer un análisis que tenga en cuenta también otras ramas del derecho, sin centrarnos exclusivamente en lo puramente civil, ya que el negocio de la construcción conlleva

un espíritu eminentemente comercial. Analicemos, entonces, los intereses comerciales de ambas partes para entender la realidad de ese negocio.

#### 6.2.1. *Para el copermutante propietario*

Este entrega un bien valioso a cambio de unidades a construir, las cuales, una vez construidas, a su vez, serán más valiosas que el terreno que él entregó; por ello en principio la hipoteca en garantía va a ser constituida por un valor mayor al del terreno. Entonces la situación de inseguridad para el propietario únicamente va a estar al comienzo de la obra, mientras se efectúa la excavación, el encadenado de los cimientos, la submuración, y allí es donde cobra importancia el pacto comisorio. En la medida que se incorpora un valor importante al terreno, la hipoteca ya es suficiente garantía para el propietario y la facultad de resolver el contrato podría renunciarse. Además, la facultad resolutoria conduce a que el copermutante readquiera el inmueble, en el estado en que se encuentra, con lo cual podría tener consecuencias no queridas por este, como lo sería la existencia de una construcción sin terminar de difícil realización y colocación en el mercado. En cambio, la ejecución de la hipoteca por incumplimiento le permitirá subastar directamente el o los inmuebles y obtener un resarcimiento en dinero.

Un tema a considerar, en aras al mantenimiento del pacto comisorio en esta primera etapa, es que parecería no quedar cubierto con la garantía hipotecaria solamente respecto de otros acreedores. En efecto, la hipoteca no sería suficiente garantía, por ejemplo, frente al orden de los privilegios de aquellos que han suministrado materiales (ver en la locación de obra, arts. 3931 y 3933 del C. C.).

#### 6.2.2. *Para el copermutante constructor*

El constructor, con esta figura, no tendrá que desembolsar el costo del terreno, y lo descontará del monto a invertir, aplicando los fondos a la construcción propiamente dicha. Pero si se establece la facultad resolutoria hasta el final, en forma simultánea con la garantía hipotecaria, podría perder la oportunidad de recurrir a inversiones de terceros que verán como un disvalor la posible revocación del dominio. También se limitará la venta en el pozo a posibles adquirentes de unidades, ya que el dominio que de-

tenta sobre el terreno reviste una doble garantía innecesaria si se van cumpliendo las etapas que marca el contrato. Además, si se pacta la renuncia a los efectos retroactivos de la revocación dominial, subsistirán las enajenaciones hechas por el propietario y se protegerán así los derechos de terceros.

### **7. Conclusiones de la XXXVII Convención notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires**

1. Con relación a la calificación contractual del negocio propuesto, se admite tanto su consideración como permuta –de cosa presente por cosa futura– como la de contrato innominado –de transferencia de lote por unidades a construir– ya que la misma no afecta la normativa aplicable, ni la validez de las cláusulas suscriptas ni los aspectos impositivos o registrales en juego.
2. Se recomienda detallar con el mayor rigor técnico-jurídico posible las obligaciones asumidas por el constructor estableciendo la fijación de plazos para el cumplimiento de las mismas; identificando las unidades funcionales pactadas en contraprestación en cuanto a su ubicación, superficies, medidas y demás características; y permitiendo el contralor de la obra por parte del cocontratante en las distintas etapas de la misma, exigiendo en cada caso la documentación correspondiente –plano de obra, plano de subdivisión, reglamento–.
3. Dejar expresa constancia de la estimación, igualdad y compensación de las prestaciones recíprocas a cargo de las partes con el fin de esclarecer aspectos impositivos del negocio; facilitar el cálculo indemnizatorio en casos de incumplimiento, respetar el principio de especialidad en cuanto al crédito de la hipoteca constituida, y cerrar el camino del reclamo de mayores costos sobrevinientes de la obra.
4. Establecer las cargas impositivas, fiscales, gastos y honorarios de cada una de las prestaciones y etapas de la obra, considerando como criterio razonable, que las referidas a la transferencia del lote recaigan sobre su dueño y las que hagan a la obra y entrega de las unidades pesen sobre el constructor.

5. Señalar con precisión la permisibilidad, limitación o prohibición para cada una de las partes, de la posibilidad de ceder las prestaciones, derechos y obligaciones a su cargo, sin perder de vista el carácter de *intuitu personae* del contrato por el que han optado para reglar sus derechos.
6. Con relación a las posibles garantías a otorgar a favor del dueño del lote en miras a asegurar la prestación esperada, podría optarse por acumular el pacto comisorio expreso y la hipoteca por la obligación de hacer pendiente o elegir por alguna de ellas, teniendo en cuenta un criterio razonable para no tornar en ilusorias las posibilidades de crédito del constructor.
7. En este camino, en caso de optar por el pacto comisorio expreso se transmitiría un dominio revocable sobre el lote, al no ser divisible la condición que afecta la obligación modalizada, involucrando en consecuencia a todas y cada una de las unidades que surjan de la construcción y no solo a las comprometidas como contraprestación. En este caso se podría pactar la renuncia de la condición en cualquier momento y/o dejar de lado el efecto retroactivo de la revocación. En ninguno de los casos el ejercicio del pacto reservado debería implicar un abuso del derecho.
8. En el supuesto en que sea la garantía hipotecaria la escogida, sería conveniente pactar expresamente la divisibilidad de la misma, a los efectos que esta recaiga sobre las unidades prometidas en contraprestación. Asimismo en cuanto a la reserva de rango hipotecario se podría permitir al constructor la posibilidad de un rango preferente, sujeta a un monto determinado y/o a un porcentaje del avance de la obra.
9. Sería conveniente ser claros y precisos en determinar las cláusulas y condiciones de incumplimiento por parte del constructor que permitan poner en marcha el ejercicio de las acciones por las que se pueda, entre otras, revocar el dominio transferido o ejecutar la hipoteca constituida.