

COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

45^a CONVENCION NOTARIAL (2024)

Tema 3: Dominios imperfectos (coord. Esc. Federico LEYRÍA y Esc. Ángel F. CERÁVOLO)

Autor: SZMUCH, Mario Gabriel (+54 911 6093 5431 – escribania@szka.com.ar)

Trabajo: Explorando Aspectos Teóricos y Prácticos de la Extinción del Fideicomiso y el Traspaso Dominial del Fiduciario al Fideicomisario

PONENCIA

1. La extinción del fideicomiso puede ocurrir por diversas razones, más allá del cumplimiento de la condición o plazo resolutorio, incluyendo cualquier otra causal prevista en el contrato.
2. La extinción del fideicomiso implica la desaparición del patrimonio fideicomitado, cuyos bienes pasan automáticamente a los fideicomisarios. Un fideicomiso extinguido no puede ser restablecido, a diferencia de una sociedad disuelta.
3. Al extinguirse el fideicomiso, el derecho personal del fideicomisario a adquirir la propiedad se convierte en una titularidad dominial. El fiduciario deja de ser propietario y poseedor, y su relación con la cosa fideicomitada se convierte en mera tenencia desinteresada a nombre del fideicomisario.
4. La eficacia de la escritura que documenta la transmisión dominial del fiduciario al fideicomisario difiere sustancialmente según ocurra antes o después de la extinción del fideicomiso. Si ocurre antes de la extinción, la escritura documenta un título sustancial con causa externa en el fideicomiso. Si ocurre después, es un mero título instrumental.

EXPLORANDO ASPECTOS TEÓRICOS Y PRÁCTICOS DE LA EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO Y EL TRASPASO DOMINIAL DEL FIDUCIARIO AL FIDEICOMISARIO

Esc. Szmuch, Mario Gabriel

Sumario

En el ámbito de los desarrollos inmobiliarios, el fideicomiso se ha vuelto cada vez más común debido a la flexibilidad y protección que ofrece tanto a inversores como a desarrolladores. Sin embargo, su complejidad y las diversas situaciones que pueden surgir durante su ejecución requieren una atención meticulosa en su estructuración.

En este trabajo abordo de manera sucinta la extinción del fideicomiso, destacando las particularidades legales y prácticas que conlleva en lo que respecta al traspaso dominial de la cosa fideicomitada. A través de un breve análisis, intentaré proporcionar claridad sobre su operatividad en su fase extintiva y proponer prácticas para una gestión más eficaz.

Desarrollo

a. Causas de extinción del fideicomiso

El fideicomiso puede extinguirse por diversas causas, enunciadas en el art. 1697. Afortunadamente, esta norma es generosamente abierta, pues, a diferencia del art. 1946, no solo comprende el cumplimiento de la condición o plazo resolutorios, sino que también deja la puerta abierta a la revocación ad nutum pactada y, más ampliamente, a cualquier otra causal prevista en el contrato, honrando así el principio fundamental de la libertad. Esto permite prever diversas causales que pueden surgir en materia de desarrollos inmobiliarios destinados a la construcción de edificios, a los cuales hemos asistido, que implican la imposibilidad sobrevenida definitiva de lograr el objeto para el cual se constituyó el fideicomiso¹.

¹ Por ejemplo, la expropiación del inmueble fideicomitado, la modificación en el Código de Edificación que impide llevar a cabo la construcción proyectada en el contrato de fideicomiso, o el descubrimiento al hacerse la excavación de ruinas comprendidas en normas que obliguen a su preservación.

La causa de extinción del fideicomiso más relevante en la práctica notarial relacionada con los desarrollos inmobiliarios es el cumplimiento del plazo o de la condición a la que ha sido sometido. La que solemos ver más utilizada es el plazo.

Si bien el Código, al definir el contrato de fideicomiso, se refiere a “un plazo o condición” (repárese en el singular y la disyunción), es perfectamente lícito que sean diversos plazos o condiciones a los que se sujete su vigencia y que puedan concurrir ambas modalidades. Además, es posible prever beneficiarios y fideicomisarios distintos para las diversas condiciones que se establezcan.

b. Conveniencia de no sujetar a plazo el fideicomiso destinado a desarrollos inmobiliarios

En mi opinión, no es aconsejable sujetar a plazo los fideicomisos constituidos para desarrollos inmobiliarios debido a la gran cantidad de actos que deben otorgarse y ejecutarse para alcanzar el resultado final deseado, la complejidad de algunos de ellos, la burocracia implicada y, muy especialmente, porque la terminación del edificio es, de por sí, un hecho futuro e incierto. A veces parece que se confunde el plazo para que el fiduciario cumpla sus obligaciones con el plazo de duración del fideicomiso o el plazo dentro del cual debe cumplirse la condición. Aunque existe una conexión entre ambos, ya que es dentro de este último que el fiduciario debe cumplir el encargo, se refieren a cuestiones muy distintas y sus consecuencias a su vencimiento son diversas entre sí.

Para ponerlo más claro: en una cláusula se estipularía que el fideicomiso se extingue una vez construido el edificio, dividido en propiedad horizontal, entregadas y escrituradas las unidades e inscriptos los títulos en el registro de la propiedad inmueble, sin necesidad de establecer el tiempo en que deba cumplirse la condición. En otra cláusula, distinta de aquella en la que se regula la vigencia del fideicomiso, se pueden establecer los plazos para que el fiduciario presente el plano para su registración municipal, obtenga el permiso de obra, inicie y termine la obra, etc.

Además, la condición brinda una protección adicional a los sujetos del contrato. Podría suceder que aquella no se cumpla en el tiempo en que debió cumplirse debido al incumplimiento de alguna de las partes. En tal caso, el incumplimiento de la condición no puede ser

invocado por la parte que, de mala fe, impidió su realización (art. 345). Esta solución no aplica al supuesto de haberse sujetado la vigencia del fideicomiso a un plazo.

c. Pautas para la redacción de condiciones en fideicomisos

La gran importancia que la condición tiene en la operatividad del fideicomiso nos lleva a señalar que, para evitar inconvenientes al precisar si un hecho condicionante se configuró o no y, en consecuencia, si el fideicomiso se encuentra vigente o no, es aconsejable que su descripción presente las siguientes características:

1. Claridad: La descripción debe ser precisa y evitar ambigüedades. Cada palabra y frase debe ser cuidadosamente seleccionada para asegurar que no haya múltiples interpretaciones posibles.
2. Especificidad: Debe detallarse con exactitud el o los eventos que constituyen el hecho condicionante.
3. Objetividad: La descripción debe basarse en hechos verificables, evitando juicios de valor o suposiciones.
4. Relevancia: Deben incluirse los aspectos pertinentes que tienen un impacto directo en la configuración del hecho condicionante.
5. Consistencia: La descripción de los eventos constitutivos del hecho condicionante debe ser coherente y no presentar contradicciones internas.
6. Legibilidad: La redacción debe ser sencilla y accesible, evitando terminología innecesariamente compleja que pueda dificultar la comprensión.
7. Documentación de respaldo: Siempre que sea posible, debe incluir referencias a documentos, evidencias o testimonios que respalden la descripción del hecho condicionante.

Al cumplir con estas características, se aumenta la probabilidad de que cualquier evaluación del hecho condicionante sea objetiva y precisa, reduciendo así el riesgo de malentendidos o disputas.

d. Problemas prácticos en el desarrollo de fideicomisos inmobiliarios

Atento a los problemas que a veces se presentan en la práctica, quiero aprovechar la oportunidad para destacar un aspecto importante: la relación íntima que, en el caso de los desarrollos inmobiliarios, existe entre el objeto para el cual se constituye el fideicomiso y el plazo o la condición a los que este se sujeta. Un caso práctico puede ilustrarlo: si el encargo al fiduciario consiste en obtener un proyecto de obra nueva para construir un edificio, tramitar su registración municipal, ejecutar la obra y dividir el inmueble en propiedad horizontal, y se ha fijado un plazo de duración claramente insuficiente para completar todo esto, sería razonable considerar que se ha incurrido en un error de cálculo o en un error en la declaración al establecerse ese plazo. Este error no daría lugar a la extinción del fideicomiso, el cual debe considerarse vigente pese al transcurso del plazo establecido. En este caso, las cláusulas contractuales resultan contradictorias y, por el principio de conservación de la eficacia (art. 1066), la interpretación que debe prevalecer es la que mejor se adecue al objeto del contrato. En mi opinión, la cláusula por la cual se estableció un plazo que, en la práctica, resulta evidentemente imposible de cumplir por un fiduciario considerado un buen hombre de negocios debe tenerse por no escrita, y el plazo para el cumplimiento debe considerarse que resulta tácitamente de la naturaleza y circunstancias de la obligación asumida por él, conforme a los usos y a la buena fe.

Otro aspecto importante a destacar es la conveniencia de instituir la asamblea de fiduciantes en el contrato constitutivo del fideicomiso y regular adecuadamente sus diversas fases (convocatoria, constitución, deliberación, resolución y documentación) para reducir el margen de inconvenientes relacionados con la operación, vigencia y eficacia del fideicomiso. De esta manera, muchas cuestiones relacionadas con la extinción del fideicomiso pueden resolverse sin necesidad de contar con el consentimiento de todos los contratantes. La asamblea de fiduciantes o beneficiarios no es una figura regulada por la ley, excepto para los fideicomisos financieros con oferta pública. Por lo tanto, si no está prevista en el contrato, no es posible “sacarla de la galera” para adoptar decisiones (por ejemplo, la prórroga del plazo de duración del fideicomiso) que sean oponibles a quienes no den su consentimiento.

Una hipótesis que no he visto regulada en la gran mayoría de los contratos de fideicomiso destinados a desarrollos inmobiliarios a dividirse en propiedad horizontal es la constitución del condominio que se formaría entre todos los fideicomisarios en caso de que dicha división no ocurra antes de la extinción del fideicomiso. En tal caso, resulta conveniente establecer,

como mínimo, cuáles serían las proporciones en las que los fideicomisarios participarían en esa comunidad.

e. Diferencias entre la extinción del fideicomiso y la disolución de una sociedad

Otro tema que no todos los operadores tienen tan presente y que, por esta razón, merece ser destacado es que el fideicomiso no está sujeto a disolución como sí lo está la sociedad. No corresponde equiparar ni asimilar la extinción del fideicomiso con la disolución de una sociedad. Cuando una sociedad se disuelve, continúa vigente, su patrimonio se mantiene y se procede a su liquidación. La extinción de la sociedad se produce una vez canceladas todas las obligaciones sociales y repartido todo el remanente de la liquidación, si lo hubiere. En cambio, la extinción del fideicomiso implica la extinción del patrimonio fideicomitado, cuyos bienes pasan ipso iure a ser titularidad de los fideicomisarios.

Una sociedad disuelta puede ser restablecida a su plenitud, a diferencia del fideicomiso extinguido, que no puede ser restablecido. Los actos de los administradores sociales posteriores a la disolución, que no sean notoriamente extraños al objeto social, se imputan a la sociedad. En cambio, los actos que el fiduciario realice después de la extinción del fideicomiso no pueden ser imputados al patrimonio fideicomitado, ya que este último no existe.

Respecto a este último punto, cabe preguntarse cuál es la suerte de aquellos actos que el pseudo fiduciario otorgó con imputación a un patrimonio fideicomitado que ha dejado de existir por haberse producido antes la extinción del fideicomiso. En mi opinión, esa actuación se enmarca en la figura del mandato o de la gestión de negocios, según sea el caso, fungiendo como mandante o dominus el fiduciante.

f. Efectos de la extinción del fideicomiso

Si bien la ley, al referirse al dominio imperfecto, indica que tanto el revocable como el fiduciario se encuentran sometidos a condición o plazo resolutorios (art. 1946), el fenómeno extintivo en sede fiduciaria merece mayor consideración. En efecto, el evento que pone fin al dominio fiduciario es propiamente la extinción del fideicomiso (art. 1701), y esta última es un hecho futuro que fatalmente ocurrirá.

Al extinguirse el fideicomiso, desaparece el patrimonio separado que constituía su objeto y surge la necesidad legal de atribuir las titularidades activas que lo conformaban. En virtud de ello, el derecho personal del fideicomisario a adquirir la propiedad de la cosa fideicomitida se extingue y da lugar a una titularidad dominial. A partir de entonces, no será posible otorgar un contrato de cesión de aquel derecho, pues ha dejado de existir. Correlativamente, ocurre la extinción relativa del dominio en cabeza del fiduciario. Desde ese momento, el fiduciario deja de ser el propietario y poseedor de la cosa fideicomitida, roles que son asumidos por el fideicomisario de pleno derecho. La relación del fiduciario con la cosa pasa a ser, por constituto posesorio, de mera tenencia desinteresada a nombre del fideicomisario y, en consecuencia, pesan sobre él no solo las obligaciones previstas en el art. 1698 sino también aquellas que corresponden a todo tenedor (art. 1940).

El traspaso de la titularidad dominial al fideicomisario no necesariamente es una "readquisición" (art. 1706), situación que únicamente se presenta cuando el fideicomisario es el fiduciante, antiguo propietario. Sea la del fideicomisario una readquisición o una adquisición, lo cierto es que, según el texto legal, está causada por la extinción del fideicomiso (arts. 1701 y 1706).

Al evaluar nuestras escrituras, debemos distinguir si la adquisición del dominio por parte del llamado fideicomisario es o no una consecuencia de la extinción del fideicomiso. En el primer caso, el traspaso posesorio y dominial se produce con causa remota en el contrato de fideicomiso y causa inmediata en la ley, que prevé dicho efecto para la extinción del fideicomiso por cumplimiento del plazo o la condición a que fue sujeto. En este caso, la escritura otorgada por el fiduciario y el fideicomisario no es un título sustancial, sino meramente instrumental, tendiente a lograr solo el cambio de titularidad registral. El título en base al cual el fideicomisario adquiere el derecho real está constituido por el contrato de fideicomiso y la aceptación de la estipulación efectuada a su favor que contiene dicho contrato (arts. 1671, 1672 y 1027). En línea con esto, la entrega de la cosa que el fiduciario debe efectuar al fideicomisario no es una tradición posesoria traslativa del dominio, sino una meramente restitutiva de la tenencia. Es decir, la entrega no es en este caso el modo suficiente para que el fideicomisario adquiera el dominio, pues el modo está constituido por la ley. La firma de dicha escritura y la entrega de la cosa son obligaciones meramente residuales a cargo del fiduciario, que nacen luego de extinguido el fideicomiso, con origen en la ley (art. 1698).

En el segundo supuesto, es decir, cuando el fiduciario transmite el dominio al fideicomisario antes de extinguirse el fideicomiso, nos encontramos en las antípodas; la situación es diametralmente opuesta, pues opera plenamente la teoría del título y el modo suficientes. Dado que en este caso la adquisición dominial no es una consecuencia de la extinción del fideicomiso, nos preguntamos si en rigor corresponde llamar a ese adquirente “fideicomisario”, pues según la definición legal, el fideicomisario es la persona a quien se transmite la propiedad “al concluir el fideicomiso” (art. 1672).

En este supuesto, la transmisión opera por la voluntad del fiduciario y no por efecto inmediato de la ley. La causa de esa transmisión se encuentra en el título otorgado por el fiduciario y el “fideicomisario”, seguido del modo suficiente. Ese título es un acto anterior a la extinción del fideicomiso, al cual se obligaron las partes del fideicomiso al otorgar este último. Se trata de un acto realizado causa solvendi, para cumplir el contrato de fideicomiso, el cual constituiría su causa externa².

Desde el punto de vista de la registración, mientras que en este segundo caso lo que se inscribe es el título otorgado por el fiduciario a favor del “fideicomisario”, en el supuesto de transmisión por extinción del fideicomiso lo que se inscribe es la llamada “readquisición” y no un título sustancial o causal (art. 1706).

Conclusiones

1. Debido a la complejidad y cantidad de actos necesarios para completar un desarrollo inmobiliario, se recomienda no fijar un plazo específico para la duración del fideicomiso. Es preferible establecer condiciones claras para su extinción sin un límite de tiempo fijo.
2. La cláusula que establece la vigencia del fideicomiso debe interpretarse a la luz del objeto para el cual se constituyó y subordinarse a este último, asegurando así el cumplimiento del propósito del fideicomiso.

² PICCIONI, Pietro, *Il Pagamento Traslativo*, p. 10, disponible en línea en https://www.academia.edu/31326512/IL_PAGAMENTO_TRASLATIVO (última consulta efectuada el 3/8/2024).