

FINANCIACIÓN DE EMPRENDIMIENTOS INMOBILIARIOS A TRAVÉS DEL FIDEICOMISO

JOSÉ MARÍA ORELLE

Sup. Esp. Emprendimientos Inmobiliarios, 2006 (Julio), 3

SUMARIO: I. Introducción. — II. Las ventajas del fideicomiso. — III. Riesgos. — IV. La financiación mediante fideicomiso. — V. Diligencia y responsabilidad de los contratantes.

I. Introducción

El extraordinario auge de la construcción en nuestro país, en una de sus proyecciones jurídicas, ha (por fin) motivado a los profesionales para utilizar el fideicomiso, que hasta la fecha, a más de diez años de la promulgación de la ley 24.441 (Adla, LV-A, 296) no ha tenido la aplicación práctica que a nuestro juicio merecía.

Este negocio de garantía no es utilizado por el ciudadano común, ya sea por desconocimiento, por desconfianza, por dudas sobre su interpretación judicial la doctrina, es considerablemente amplia.

Una excepción notable, es el escenario financiero (Bancos, Financieras, Bolsa de comercio, etc.) en el cual tuvo inmediata recepción por tratarse de un ambiente en el cual estos recursos jurídicos son ampliamente conocidos por las características de esta actividad (1). No obstante, como luego describiré no ha tenido similar aplicación para los negocios inmobiliarios.

Respecto a estos emprendimientos, la aplicación del fideicomiso encuentra su razón fundante en la seguridad extraordinaria que ofrece el patrimonio de afectación que origina este negocio, que viabiliza con amplias ventajas esta clase de inversiones.

(1) LISOPRAWSKI, Silvio y KIPER, Claudio M., en "Fideicomiso, Dominio Fiduciario y Securitización", Depalma, p. 322 y siguientes.

Este trabajo se orienta a desarrollar las características, beneficios, ventajas y limitaciones de nuevas modalidades de garantía aplicables a los emprendimientos inmobiliarios.

Prescindiendo de la clásica garantía mediante hipotecas, me ocuparé de analizar la estructuración de garantía a través del fideicomiso desarrollado en torno a inversiones inmobiliarias.

Este estudio se focalizará en la situación del adquirente de inmuebles afectados a esta modalidad de garantía que por cierto se proyecta sobre otros sujetos: los mismos emprendedores u originantes, los profesionales que intervienen en distintos roles (actuación directa, o asesorando, o litigando) los mismos proveedores, los inversionistas, etc.

II. Las ventajas del fideicomiso

1) El patrimonio de afectación

El contrato de fideicomiso genera en el fiduciario una propiedad fiduciaria o dominio imperfecto (art. 11, ley 24.441) (2). Además, conforme al art. 14 de la misma ley, se genera un patrimonio especial, separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante (3).

Esta doble característica, o sea un dominio imperfecto (por estar afectado el carácter perpetuo del dominio) a lo cual se agrega la impactante novedad de constituir un patrimonio separado del que pertenece al fiduciario, implica que el fiduciario es quien recibe el bien para cumplir con su tarea tutelar del negocio.

La incorporación legislativa de patrimonios separados, suscita las siguientes preguntas que devienen de la ausencia de normativa sistematizada respecto a este patrimonio separado.

a) Por ejemplo: la naturaleza de la relación que vincula al fiduciario con el mismo

- Dominio tradicional (aún imperfecto)?

(2) GREGORINI CLUSELLAS, en su artículo "Fideicomiso: Apreciaciones sobre las nuevas normas", LA LEY, 1995-E, 1226.

(3) Por cierto que los comentaristas destacan sin excepción esta innovación: Sin agotar la nómina, PUERTA DE CAHCON, Alicia, "El dominio fiduciario en la ley 24.441", en "Tratado Teórico Práctico del Fideicomiso", Dirigido por Beatriz Maury de González, Ad Hoc, p. 85, FREIRE, Bettina, en su obra "El Fideicomiso", Universidad Austral, Ed. Abaco, p. 73, LISOPRAWSKI, Silvio, en "Fideicomiso, Dominio Fiduciario, Securitización", Depalma, p. 129, KIPER, en la misma obra, p. 277, ORELLE, José M., en trabajo dentro de la obra realizada con ARMELLA, Cristina y CAUSSE, Jorge, "Financiamiento de la Vivienda y de la Construcción, Ley 24.441", Ad Hoc, ps. 178 y siguientes.

- Cómo denominar esta singularidad?

- Genera un desmembramiento del dominio entre fiduciantes, fiduciarios y beneficiarios o fideicomisarios?

b) En relación a los actos de disposición sobre dicho patrimonio

- En caso de desaparición del titular (fallecimiento o disolución en caso de una persona jurídica) quién está legitimado para transmitir los bienes?

- Si el fiduciario desobedece las instrucciones, confiere acción real respecto a terceros?

- No es titular de dominio en el sentido clásico: los bienes fideicomitidos no ingresan en su patrimonio, no puede disponer en forma distinta a lo encomendado.

Por ello, puede observarse que el patrimonio fideicomitado a mi juicio no ingresa con comodidad en la estimativa de cosa propia o ajena.

Claro que no puede negarse que el fiduciario está legitimado para disponer, y el fiduciante carece de dicha legitimación. Tampoco podemos afirmar que la cosa es de titularidad del fiduciante porque la ha transmitido.

Debe asumirse que el patrimonio fideicomitado tiene un perfil que no se adecua con la conceptualización y terminología clásica de los derechos reales, lo cual es perfectamente comprensible por la innovación que supone en la sistemática del Código.

En otro miraje, el patrimonio fideicomitado carece de personalidad jurídica. Por lo tanto no puede afirmarse que el fiduciario sea el administrador de una persona jurídica.

Las características de esta separación patrimonial también origina dudas al momento de caracterizarlo como una garantía real o personal. Desde el aspecto creditorio del fideicomiso (el contrato) genera vínculos reales. Desde el aspecto del derecho del fiduciario (dominio imperfecto) no cabe duda que le confiere un derecho real. Debido a esto la respuesta al interrogante debe determinarse conforme a dichas dualidad: a la vez personal y real (4).

En otro aspecto, el patrimonio de afectación es una creación sumamente poderosa, ya que permite proteger a los bienes fideicomitados de los problemas de insolvencia, ya sean leves (embargos, inhibiciones, medidas

(4) Sobre el punto cfr. las agudas reflexiones de VAZQUEZ, Gabriela, en su artículo "El fideicomiso de garantía, certezas y vacilaciones", en LA LEY, 2006-A, 1169.

cautelares específicas sobre los bienes) o graves (concordato o quiebra). Esta característica, que relega a un plano secundario las dificultades de su encuadre, es la que ha generado una expectativa extraordinaria por su potencialidad para proteger las inversiones. Sobre todo en materia inmobiliaria, en la cual no se había logrado por otros medios (ley 14.355, Ley de Prehorizontalidad 19.724 -Adla, XXXII-C, 3368-) una protección efectiva que trascendiera los derechos personales. De allí que auguramos, más allá de este "entusiasmo" actual, un desarrollo sostenido del instituto.

2) Neutralidad del Fiduciario

He sostenido que la neutralidad del fiduciario es un elemento esencial del fideicomiso. Los argumentos son varios

a) Responde a la raigambre histórica de este contrato

b) Hace a su esencia, pues como el mismo nombre lo indica, se basa en la fe y confianza depositada en el tercero, que no sólo puede estar fundada en el conocimiento personal, sino en su profesionalidad y experiencia. De allí que hemos bregado por considerar inadecuada la convergencia de intereses entre fiduciantes y fiduciario. Lo asimilamos a las situaciones de mandato, tutoría, curatela, gerenciamiento societario, etc., que inspiran prohibiciones basadas en el conflicto de intereses de una persona que debe elegir entre los propios y los de un tercero a quien administra (5).

En el ámbito del derecho público, cabe mencionar la evolución de la normativa de la Comisión Nacional de Valores, que inicialmente permitía la generación de fideicomisos unipersonales y luego modificó su posición (Resolución 368, capítulo XV, punto 1.3).

3) Agilidad en la enajenación del bien

El fiduciario, para el caso de incumplimiento de la obligación garantizada, se encuentra facultado para enajenar él o los bienes fideicomitidos y satisfacer los créditos garantizados (art. 6, ley 24.441). El ejercicio de esta facultad se desarrolla con naturalidad dentro de la estructura del fideicomiso, a tal punto que ni siquiera puede calificarse como ejecución (6).

4) Amplitud de la autonomía contractual para regularlo

A diferencia de la hipoteca, que si bien exhibe amplitud respecto al crédito, exige con máximo rigor el requisito de la especialidad, la regu-

(5) VAZQUEZ, Gabriela, su trabajo ya citado, p. 4.

(6) KIPER y LIOSPRAESKI, en su obra "Teoría y Práctica del Fideicomiso", Depalma, p. 10.

lación del fideicomiso en la ley 24.441 no tiene tal limitación, por lo cual cabe mayor amplitud al momento de la regulación contractual. Por otra parte, el fideicomiso, al acceder a regulaciones contractuales de la más diversa complejidad, permite una protección más amplia porque no se reduce a un monto en dinero, sino que se extiende a toda la gama de las obligaciones implicadas y en toda su extensión.

5) Más protección que la derivada de un privilegio

El enfoque clásico al evaluar la potencialidad de la protección crediticia, orienta uno de sus apoyos esenciales en el privilegio que ampare dicho crédito.

En el fideicomiso, que no genera privilegio por el hecho de haberse convenido (a diferencia de la hipoteca) la protección es más amplia en el sentido que confiere la afectación de uno o varios bienes al negocio garantizado, lo cual a mi juicio es una situación considerablemente más conveniente para el acreedor (7).

6) Todo tipo de bienes

Cosas muebles e inmuebles, créditos, dinero, valores, y toda clase de derechos. Esta variedad de por sí es ilustrativa sobre la ventaja comparativa con los derechos clásicos de garantía. Incide sobremanera en los casos en los cuales por la complejidad de la contratación, convergen obligaciones de muy diferente naturaleza (de dar cosas, dar dinero, de hacer, no hacer, etc.) Y lo que es más novedoso a mi juicio, en forma global, sin fraccionar los intereses en juego. Podrá argüirse que en última instancia toda garantía recaerá en dinero, pero no siempre será así porque quizás, a modo de ejemplo, en el caso de tratarse la situación garantizada en la entrega de una fábrica llave en mano y el obligado a construirla haya incumplido, podrá obtenerse la misma prestación por parte de un proveedor sustituto que el fiduciario haya quedado encomendado de obtener para dicho caso, con lo cual se obtiene el resultado y no una reparación en dinero. La diferencia radica entonces en la flexibilidad contractual del instituto que amplía las soluciones negociales, sin reducirlas innecesariamente a liquidación de bienes, que en muchos casos no será aquello que se pretende (8).

7) Los costos

Los costos de esta garantía no constituyen un problema, salvo a mi juicio en caso de un tratamiento impositivo inadecuado. Me explico: la estructura de esta garantía, como se ha dicho, exige la transmisión al

(7) Especialmente RAISBERG, Graciela, en su artículo "El fideicomiso de Garantía Frente al Concurso", en LA LEY, 2006/05/24, III.3.

(8) GREGORINI CLUSELLAS, cit., p. 5.

fiduciario. En el caso que estoy tratando de emprendimientos inmobiliarios, esta transmisión abarcará inmuebles, dinero, y quizás (con gran variedad de alternativas, tantas como la creatividad comercial genere) materiales, bienes, maquinarias, etc. No cabe duda, que la transmisión al fiduciario es neutra (ni onerosa ni gratuita) puesto que la finalidad de la misma es de garantía. Por ello, no debieran aplicarse gravámenes sobre dichas transmisiones, porque no implican un negocio (en el sentido de acto sujeto a imposición). El negocio garantizado: construcción de inmuebles para su enajenación es el que generará las imposiciones que correspondan, pero no la constitución del fideicomiso. El contrato de fideicomiso por definición no debiera tener imposición alguna, puesto que es un accesorio de uno o varios negocios que serán (conforme a su naturaleza) aptos o no para ser objeto de imposición. Lamentablemente no es éste el caso, que por sí fuera poco varía según sean las jurisdicciones provinciales, con lo cual caemos en la situación de fideicomisos exentos y fideicomisos gravados por el solo hecho del lugar de ubicación de los bienes. Una muestra más de la falta de armonía y de planes de inversión, que a mi juicio requieren una tarea conjunta de gobernantes, funcionarios, profesionales, empresarios, obreros, y de todos aquellos que intervienen en los desarrollos generadores de riqueza para conciliar intereses.

III. Riesgos

1. Abuso del fiduciario

Por abuso o incumplimiento del fiduciario me refiero al caso en el cual éste o bien incumple las instrucciones, o bien dispone del o los bienes en forma distinta a la prevista en el contrato, lo cual podría suceder en el tema que estoy tratando tanto sea con relación a los bienes inmuebles recibidos, o con cosas muebles, entre las cuales incluyo el dinero.

En el primer caso, será causal de remoción del mismo, tal cual sucede con cualquier otro incumplimiento contractual. La ley 24.441 especialmente estatuye como causal de remoción del fiduciario el incumplimiento de sus obligaciones (art. 9, inc. a) (9).

En cuanto a la posibilidad de disponer en forma diferente a la estipulada, es de tener en cuenta:

(9) Curiosamente el artículo utiliza el vocablo remoción, que remite a mi juicio a una connotación propia del derecho público. Considero más adecuado el vocablo sustitución, o cesación, que conserva congruencia conceptual con la naturaleza contractual del instituto. En el mismo sentido, la expresión judicial debiera entenderse como la consecuencia de la resistencia del fiduciario a que opere contractualmente dicha cesación.

a) Que la transmisión de dominio fiduciaria no origina una desmembración del dominio (10). La adquisición del fiduciario, que es la de un dominio imperfecto, significa que el mismo está sujeto a plazo o condición que operan como una limitación de naturaleza personal (11). Por lo tanto, la posibilidad de abuso existe. No obstante se ha afirmado que frente a terceros el antiguo propietario tiene acción reivindicatoria contra terceros poseedores (arg. art. 2670, Cód. Civil) (12) (tratándose de bienes inmuebles).

b) Que esta posibilidad de abuso existe respecto a cosas muebles, incluyendo el dinero

c) Que en materia inmobiliaria el riesgo prácticamente desaparece, ya que al tenor de la diligencia exigible al subadquirente (consistente en tener a la vista el título de propiedad y certificados de dominio del inmueble, más el pertinente estudio de títulos -arg. art. 1051, Cód. Civil-) jamás podría invocar la buena fe requerida para mantener su adquisición.

d) Que -tal como desarrollaré más adelante- el contrato de fideicomiso habrá de prever estipulaciones que impidan u obstaculicen al fiduciario estos excesos.

2) Falta de Causa

El fideicomiso no es un fin en sí mismo, constituye un medio para llevar a cabo un negocio, al que accede para dotarlo de garantía (13) Es un negocio accesorio. Por ello, en caso de no exteriorizarse esta causa, carecería de valor. Metafóricamente es el mismo caso de una hipoteca sin crédito para garantizar.

Esta situación, no obstante se advierte en la práctica en numerosos fideicomisos, que so pretexto de no exteriorizar aspectos comerciales del negocio (montos, comisiones, beneficios) quedan desprovistos de causa, con el riesgo de afrontar mercedamente la impugnación de invalidez por ausencia del negocio principal. Podrá responderse que en el ejemplo la causa existe, aunque oculta, pero no escapa a la observación del jurista que tales clandestinidades invalidan el negocio en sus efectos normales respecto a terceros, aunque pueda demostrarse luego la existencia

(10) Me he referido en mi trabajo ya citado a este tópico, al que remito.

(11) Un estudio profundizado del tema (aunque referido al Código Civil, pero a mi juicio aplicable a la ley 24.441) lo desarrolla Jorge Alterini en su artículo "Resolución de los Contratos y Dominio Revocable", en ED, 50-633.

(12) KIPER, Claudio en su obra "Fideicomiso, Dominio Fiduciario, Securitización", p 294.

(13) Vez VAZQUEZ, Gabriela, su artículo cit., p. 3, punto e) causa fin. En el mismo sentido DE HOZ, Marcelo, "Contrato de Fideicomiso. Alternativa para emprendimientos urbanísticos y productivos", LA LEY, 2004-A, 613.

del mismo al menos entre los sujetos negociales. Todos los negocios conllevan una función comercial de circulación, que puede ser de mayor o menor extensión según los casos.

En el caso de los negocios inmobiliarios el problema tiene mucho mayor trascendencia, por la proyección de dicho defecto en la titulación inmobiliaria. Supongamos el caso de un adquirente de unidades en un fideicomiso en el cual se ha incurrido en tal grado de abuso de anexos (que no se exteriorizan en la circulación comercial) que en los hechos no pueda advertirse a que negocio accede el fideicomiso, por faltar los elementos esenciales de dicho negocio. Si la supresión llega al punto de no poder caracterizar el negocio principal, el fideicomiso -al menos en relación a terceros- carecerá de causa, y por ende de validez. Y los estudios de títulos posteriores respecto a las adquisiciones de quienes han comprado al fiduciario inmuebles, quedarán tachados de imperfectos por falta de causa. En otras palabras, la expresión adquirido por fideicomiso es insuficiente en el plano de análisis que estamos realizando. El concepto de título (acto jurídico causal fuente de la adquisición) requiere la identificación del negocio principal, del cual el fideicomiso es su garantía. Por lo expuesto, el fideicomiso en sí mismo, no es causal de adquisición.

IV. La financiación mediante fideicomiso

El procedimiento de estas inversiones puede ser ejemplificado en la siguiente forma, prescindiendo por el momento de la naturaleza de la que se trate.

Un originante de negocio proyecta un desarrollo inmobiliario (por ejemplo un barrio privado). Convoca a inversores a quien impone de su proyecto (características, proyección de ventas y de beneficios, calidad del producto, forma de comercializarlo, factibilidad, plazos, análisis de rendimientos, etc.) Una vez pactado el monto de la inversión, se instrumenta a través de un fideicomiso, que tendría la siguiente estructura:

a) Los que aportan el terreno, y los que aportan capitales intervienen como fiduciantes y resultan ser asimismo beneficiarios o fideicomisarios.

b) Transfieren sus aportes (en el caso de las inversiones en un solo aporte o en forma escalonada) al fiduciario, que resultaría elegido por confiabilidad y profesionalidad. Este es instruido para desarrollar el negocio y una vez concluido el proyecto, procederá a la enajenación de las parcelas, para luego entregar a los beneficiarios el resultado previsto: unidades o dinero, ambas cosas según lo convenido.

El tema en estudio exige una descripción previa de las características de la obtención de recursos, o sea:

a) Si se obtienen a través de personas conocidas, recomendadas, o convocadas “informalmente” por inmobiliarias, escribanías y otros profesionales (abogados, contadores, arquitectos). Estas conexiones se basan en la confianza del convocante y provenientes de relaciones familiares, sociales, o profesionales

b) Si se trata de una oferta al público de quien se postula como fiduciario profesional,

c) Oferta al público de títulos valores y/o certificados de participación, ya sea en un negocio específico, o un grupo de negocios que requiere la participación de la Comisión Nacional de Valores.

Esta estructura de análisis se basa en las modalidades de nuestra legislación, que según veremos enseguida en detalle, separa aquellas inversiones que denominaremos privadas, de las que se denominan públicas, que se encuentran reguladas por normas que tutelan detalladamente la “confianza pública”. El punto de separación entre una y otra y su regulación, se basa en la oferta pública. Esto quiere decir, que la “publicidad de la oferta” alude tanto a quien se ofrece profesionalmente como fiduciario, como a uno o varios negocios cuya modalidad de inversión se realiza a través de títulos valores.

Clases de fideicomiso financiero

Por estas consideraciones, es que procederemos a estudiar las siguientes clases de fideicomisos:

A) Fideicomiso privado

Es el que recurre a financiación privada. Es el caso más simple de inversiones, basado en la confianza en quienes intervienen.

Respecto a las ventajas

a) No está sujeto a contralor alguno,

b) Su desarrollo en la práctica está librado a una amplísima libertad contractual

c) La seguridad que pueda ofrecer, a más del patrimonio independiente, dependerá de las precauciones y regulación que los contratantes hayan determinado.

Estas reflexiones indican que en forma paralela a su simplicidad y agilidad, entraña los riesgos propios de esta clase de inversiones. Estos

riesgos no siempre van asociados a una actividad irregular o ilícita, sino que pueden surgir de

a) Falta de experiencia en los negocios inmobiliarios por parte de los emprendedores

b) Ausencia de una planificación profesional que requiere múltiples especialidades (abogados, escribanos, contadores, ingenieros, arquitectos, etc.)

c) Realización de la obra por empresas ocasionales o con escasa estructura, que cometan errores que pueden proyectarse tanto en lo técnico como en los recaudos propios de la actividad (acopio de materiales, contratación de seguros y estricto cumplimiento de las normas de seguridad, auditoría técnica, etc.)

d) Errores respecto al mismo negocio inmobiliario, tales como una inadecuada elección del terreno, o un proyecto que no compatibilice con la zona, utilización de materiales que no brinden una buena calidad de la edificación, o una expectativa excesiva respecto a precios, etc.

e) Que el fiduciario no desempeñe con la diligencia de un buen hombre de negocios su tarea, ya sea de administración, de auditoría técnica y económica, de asesoramiento e información a los fiduciantes y beneficiarios.

f) Que los fiduciantes y beneficiarios asuman una actitud pasiva, que no realicen su propio seguimiento de la obra, materiales, plazos, costos, etc. Esta diligencia propia de todo contratante, que no implica superponerse con el fiduciario sino controlar razonablemente la propia inversión, no es frecuente en la actitud media del inversor, y sí es ejercida en otros países en los cuales la cultura comercial conlleva una actitud más diligente.

B) Fideicomiso Realizado por un Fiduciario Profesional (14)

El que se realiza por un sujeto que se ofrece al público para efectuar inversiones.

Esta alternativa, creada por la Comisión Nacional de Valores por resolución 368 (I.1.5) presenta las siguientes características:

a) Intervención de un fiduciario profesional, que hace oferta pública de su intervención profesional. Este fiduciario debe inscribirse en la

(14) La información respecto a la Comisión Nacional de Valores debo agradecerla al doctor Cipriano Rodríguez, director del departamento jurídico de dicha Comisión, que con suma erudición y generosidad me proporcionó valiosa información para este estudio.

Comisión Nacional de Valores, para lo cual debe demostrar un patrimonio neto de Quinientos mil pesos, que deberá incrementarse en veinticinco mil pesos a partir del primer contrato de fideicomiso en vigencia, y en lo sucesivo por cada nuevo contrato. Este incremento deberá estar exclusivamente constituido con activos líquidos.

b) No ofrece la inversión en títulos valores. Esta diferencia no surge en forma explícita de la Resolución aludida, pero considero que surge de una interpretación armonizadora de las normas.

c) Si bien está regulada y controlada su actividad por la Comisión Nacional de Valores, al no efectuar oferta pública de títulos valores, los requisitos que debe acreditar son de menor entidad que para el caso de Fideicomiso Financiero público.

Esta situación sería aplicable en el caso que la financiación de emprendimientos inmobiliarios se realizara a través de este agente especializado, pero sin que los recursos provengan de la adquisición de títulos valores o certificados de participación.

No se observa en el mercado inmobiliario la presencia de esta clase de propuestas. Por el momento es una alternativa "de gabinete"

C) Fideicomiso Financiero público (15)

Es el que se desarrolla a través de la oferta pública de títulos valores o de certificados de participación.

La ley 24.441, en su art. 19 lo regula con las siguientes características:

a) El fiduciario es una entidad financiera o sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores para actuar como fiduciario financiero

b) Beneficiarios son los titulares de certificados de participación en el dominio fiduciario o de títulos representativos de deuda garantizados con los bienes así transmitidos.

c) Los títulos valores y certificados de participación podrán ser objeto de oferta pública

d) La Comisión Nacional de Valores es autoridad de aplicación respecto de los fideicomisos financieros.

(15) Ver FLAH, Lily y SAMAYESKY, Miriam, "La securitización y la promoción de la vivienda", Abeledo Perrot-1996, p. 50, y PINTOS, Maria Teresa, "Fideicomiso Financiero según la ley 24.441", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, tomo Fideicomiso, p. 77.

e) El contrato de fideicomiso debe contener las previsiones del Art. 4º de la ley a las que suma las específicas, o sea:

- * individualización del o los fiduciantes, fiduciarios y fideicomisarios
- * la identificación del fideicomiso por el cual los valores negociables son emitidos o garantizados
- * La individualización de los bienes objeto del contrato.
- * La determinación del modo en que los bienes podrán ser incorporados al fideicomiso
- * Los plazos o condiciones a que se sujeta el dominio fiduciario
- * El destino de los bienes a la finalización del fideicomiso
- * Los derechos y obligaciones del fiduciario
- * Los términos y condiciones de emisión de los valores representativos de deuda o certificados de participación
- * Descripción de los valores representativos de deuda garantizados con los bienes fideicomitados y/o de los certificados de participación
- * Mecanismos mediante los cuales se garantizare el pago de los servicios de renta y amortización
- * Calificaciones otorgadas (cuando corresponda) los valores representativos de deuda y certificados de participación
- * Régimen de comisiones y gastos imputables
- * La leyenda reglamentaria respecto al límite de responsabilidad del fiduciario o sea solo con los bienes fideicomitados.

f) El artículo 5) determina que solo pueden ofrecerse al público para actuar como fiduciarios las entidades financieras autorizadas a funcionar como tales sujetas a las disposiciones de la ley respectiva y a las personas jurídicas que autorice la Comisión Nacional de Valores, quien establecerá los requisitos que deben cumplir

La Comisión Nacional de Valores, en su Resolución 368, capítulo XV, regula el Fideicomiso con las siguientes precisiones:

- Prohíbe la reunión de la condición de fiduciario y beneficiario (punto XV.1.3. Art. 3)
- Para la inscripción en el Registro de Fiduciarios Financieros (XVI, 5 Art. 6) exige:

* Un patrimonio neto no inferior a pesos Dos Millones

* Prever en su objeto social la actuación como Fiduciario en la República Argentina

* Organización administrativa propia y adecuada para prestar el servicio ofrecido, pudiendo sólo contratarse con terceros la prestación de los servicios de administración de los bienes fideicomitidos. En todos los casos el fiduciario es responsable por la gestión del fideicomiso

* Las entidades que hubiesen sido registradas como fiduciarios deberán cumplir en todo momento con los requerimientos patrimoniales descriptos, bajo apercibimiento de declarar la caducidad de la inscripción y ordenar el cese de su actividad como fiduciario.

- La solicitud de inscripción en el Registro debe contener (XV.1.7)

* Nombre y denominación de la sociedad

* Domicilio y sede social deberá coincidir con las oficinas de administración de la persona o entidad

* En caso de contar con sucursales y agencias deberá indicarse los lugares en donde ellas se encuentran ubicadas

* Copia del texto ordenado vigente del estatuto o del contrato social con constancia de su inscripción en el Registro público de Comercio u otra autoridad competente. En caso de tratarse de persona física, datos y antecedentes personales

* Nómina de los miembros del órgano de administración, de fiscalización, y de los gerentes de primera línea, los que deberán acreditar versación en temas empresarios, financieros o contables. Además de los datos y declaraciones juradas, deberá incluirse una certificación del Registro de Estadística Criminal y Carcelaria vinculada con la existencia o inexistencia de antecedentes judiciales.

*Acreditación del patrimonio neto conforme normas contables de la Comisión.

* Acreditación de la inscripción en los organismos fiscales y previsionales que correspondan

* Cuando se contraten los servicios de administración, el contrato de prestación de tales servicios junto con información suficiente respecto de la solvencia patrimonial y técnica de la persona o entidad subcontratista.

* Actualización permanente y periódica de estados contables.

* Los valores representativos de deuda garantizada por los bienes fideicomitidos podrán ser emitidos por: el fiduciante, el fiduciario o un tercero, y ser emitidos en cualquier forma conforme lo dispuesto por el art. 8 de la ley 23.576 (Adla, XLVIII-C, 2785) y deben contener un detalle con suma precisión del fideicomiso a que pertenecen, entre los cuales destaco: la identificación del fideicomiso, monto de la emisión y de los valores representativos de deuda emitidos, garantías u otros beneficio, plazo de vigencia del fideicomiso, etc.

* Cuando los valores representativos de deuda fueran emitidos por el fiduciario, los bienes de este no responden por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, a cuyo efecto debe consignarse una leyenda específica en los títulos.

* Cuando los valores fueran emitidos por el fiduciante o un tercero, las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso podrán ser satisfechas con la garantía especial constituida con los bienes fideicomitidos sin perjuicio que el emisor se obligue con su patrimonio, o con los bienes fideicomitidos exclusivamente, en cuyo caso advertirse por escrito en los títulos la modalidad asumida.

* Los certificados de participación deben ser emitidos por el fiduciario y podrán adoptar cualquier forma (art. 8, ley 23.576). Deberán contener todos los datos informativos anteriormente descriptos, y enunciar los derechos que confieren y medida de la participación en la propiedad de los bienes fideicomitidos que representan. También deben incluir una leyenda que especifique que los bienes del fiduciario no responden por las obligaciones contraídas, que solo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos.

* La oferta pública podrá efectivizarse a través de una emisión de valores representativos de deuda o de certificados de participación o un programa global para la emisión de valores representativos de deuda o de certificados de participación hasta un monto máximo.

* Las entidades que soliciten la autorización de oferta pública de títulos valores o de certificados de participación, deberán dar a conocer un prospecto confeccionado de acuerdo al anexo II de la Resolución, o sea con las siguientes constancias:

* Cfme. lo dispuesto por el arts. 35 del Régimen de Transparencia de la Oferta pública del decreto 677/2001 (Adla, LXI-C, 2718), cabe asignar al fiduciario responsabilidad como organizador o experto, sin perjuicio de su responsabilidad directa por la información relativa al contrato de fideicomiso y demás actos que hubiera otorgado y la suya propia.

* El contenido del prospecto, a más de los datos informativos anteriormente descritos, debe incluir una amplia información en pro de la transparencia y control por parte del inversionista. Cabe destacar: cronogramas de pagos de servicios de interés y capital, haber del fideicomiso, detallando los activos, la composición de la cartera de créditos indicando su origen, forma de valuación precio de adquisición, rentabilidad histórica promedio, garantías, previsión acerca de los remanentes, política de selección de los créditos efectuada por el fiduciario y eventuales mecanismos de sustitución o incorporación de créditos por cancelación de los anteriores, análisis de los flujos de fondo esperados, provisiones para la inversión transitoria de fondos excedentes, régimen de cobro para deudores morosos, forma de liquidación del fideicomiso, régimen de comisiones y gastos.

* Respecto al negocio del cual se trate, el prospecto debe contener una descripción gráfica adecuada y suficiente que posibilite a cualquier interesado tener una visión clara y completa del funcionamiento del mismo, con especial atención al aporte de fondos adecuados para los inversores, a la contraprestación que deberán recibir los mismos y a la exhaustiva descripción del activo subyacente.

V. Diligencia y responsabilidad de los contratantes

El Orden Público en la contratación inmobiliaria

El legislador ha debido avanzar en forma permanente respecto a los negocios inmobiliarios, no sólo por la protección Constitucional del derecho de propiedad, que se proyecta en la protección de la vivienda, sino lamentablemente por los abusos, excesos y avaricia de muchos operadores, que bajo el objetivo de ganar dinero con la menor inversión, no vacilaron en desarrollar mecanismos abiertamente ilícitos. Es de tal importancia la protección de los negocios inmobiliarios, que considero que se trata de orden público imperativo.

El Orden Público Económico lo define Wayar (16) como "el conjunto de reglas básicas con arreglo a las cuales en un momento dado aparecen organizadas la estructura y el desarrollo económico de la sociedad".

Es decir, que se trata de la escala de protección más alta: la sociedad. Va de suyo que ningún ciudadano, magistrado ni aún legislador puede menoscabar la protección: solo cabe enaltecerla (17).

(16) WAYAR, Ernesto C, comentarista de la ley 14.005, en la obra "Código Civil y leyes complementarias", Dirección Augusto C. Belluscio, Coordinador Zannoni Eduardo, t. 6, p. 593.

(17) Sobre la caracterización del Orden Público, BREBBIA, Roberto H., "Intento de Caracterización jurídica de la noción de Orden Público", en "Derecho Privado", li-

Desarrollando este formidable avance, se evidencia en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (París, 10/12/48), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá 1948), Convención Americana de los Derechos del Hombre (Costa Rica 1969), Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (Nueva York 19/12/66). La Convención Internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial (Nueva York 12/7/67). La Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Resolución 34/180 de las Naciones Unidas), la Convención de los Derechos del Niño, y en nuestro país, la V. Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático, Junín 1992, el Comité de Ministros del Consejo de Europa (16/10/81, Recomendación R 81/15). En las mencionadas Jornadas celebradas en Junín, 1992, se pronunció en la siguiente forma “el mandato Constitucional de amparo a la vivienda constituye una valiosa pauta interpretativa que debe orientar al juzgador en la solución de los casos concretos. Por ello este ordenamiento infraconstitucional o derecho privado debe ser comprendido a la luz de las garantías constitucionales y de los tratados internacionales ratificados por nuestro país”(18)

Protección Constitucional

La Constitución Nacional, en su art. 17 determina que la propiedad es inviolable y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella sino en virtud de sentencia fundada en ley. El art. 14 bis, en cuanto ampara “la protección integral de la familia, la defensa del bien de familia”. En su art. 42 referido a la protección y defensa de los derechos de los consumidores reitera la protección respecto a sus intereses económicos. basándose en el principio que la expresión propiedad utilizada por la Constitución Nacional abarca “ todos los intereses apreciables que el hombre pueda tener fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad” según doctrina pacífica de la Corte Suprema (19).

La Protección en el Código Civil

En su art. 1185 bis, establece “Los boletos de compraventa de inmuebles otorgados a favor de adquirentes de buena fe serán oponibles al concurso o quiebra del vendedor si se hubiera abonado el 25% del precio. El Juez podrá disponer en estos casos que se otorgue al comprador la escritura traslativa de dominio. Especialmente explica la doctrina que la expresión boletos de compraventa comprende a “todos los actos jurídicos

bro Homenaje al Dr. Alberto Bueres, Hammurabi, p. 90.

(18) KEMELMAJER DE CARLUCCI, cit., p. 51.

(19) Cfme. EKMEKDJIAN, Miguel Angel, “Tratado de Derecho Constitucional”, t. II, Depalma, ps. 191 y sigtes., QUIROGA LAVIE, Humberto, “Constitución de la Nación Argentina”, Zavalia, p. 101 y sigtes., BIDART CAMPOS, “Compendio de Derecho Constitucional”, Ediar, p. 127 y siguientes.

a título oneroso sobre inmuebles que puedan ser regulados supletoriamente por las reglas de la compraventa, por lo que quedan comprendidos la permuta, cesión de créditos, dación en pago, aporte a sociedades, etc. (20).

Protección en la ley 14.005 compradores de lotes y su modificatoria 23.266

Advierto, previo a toda consideración, que la protección de la ley para los compradores, por ser de Orden Público (así lo expresa la norma, en su art. 14) no queda supeditada a que se haya realizado la inscripción registral, ya que tal omisión del vendedor no puede erigirse en eximente de la protección. El incumplimiento de la inscripción solo puede ser alegado por los compradores y en su defensa (21). Es la misma solución que establece la ley 23.266 para los lotes destinados a vivienda. A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que estando el adquirente en posesión del inmueble la propia publicidad posesoria hace que la protección le sea aplicable en calidad de poseedor legítimo (art. 2355, Cód. Civil) (22).

Para las medidas cautelares, el art. 5° de la ley 14.005 que establece con impecable claridad en su inc. 2) “ Los embargos e inhibiciones contra el vendedor, ulteriores a la fecha del otorgamiento del instrumento prenotado, solo podrán hacerse efectivos sobre las cuotas impagas”.

Protección en la ley de Concursos y Quiebras: (24.522 y su modificatoria 25.589).

En su art. 146, protege aún con mucha mayor amplitud al adquirente por boleto

El texto establece: “Los boletos de compraventa de inmuebles otorgados a favor de adquirentes de buena fe serán oponibles al concurso o quiebra si el comprador hubiera abonado el veinticinco por ciento del precio. El Juez deberá disponer en estos casos, cualesquiera sea el destino del inmueble que se otorgue al comprador la escritura traslativa de dominio contra el cumplimiento de la prestación correspondiente al adquirente...”

De la simple lectura se advierte que la normativa específica, aplicable de lleno a la situación de autos, es menos exigente que el texto ya comentado del Código Civil, puesto que a) No exige siquiera destino de

(20) “Código Civil Anotado”, Dirección Jorge J. Llambías, y Atilio Alterini, Abeledo Perrot, t. III A, comentario art. 1185 bis, p. 110.

(21) WAYAR, cit., p. 595 y 596.

(22) Cfme. WAYAR, cit, p. 616).

vivienda b) Establece que es una obligación del juez el otorgar el dominio a los adquirentes (23).

Ley de Prehorizontalidad 19.724

Esta ley, ha desarrollado la protección en la siguiente forma:

a) Afectación del inmueble al régimen de Prehorizontalidad, por escritura pública, con el propósito de dejar constancia del estado de ocupación, inexistencia de deudas, eventuales condiciones a que se subordine el proyecto, copia de la escritura, certificados registrales, y planos de proyecto de obra y de subdivisión en propiedad horizontal, así como un proyecto del futuro reglamento

b) Inscripción de la afectación a fin de dotar de publicidad a la misma

c) Normas que regulan la eventual retracción, desafectación

d) Normas respecto a publicidad comercial

e) Obligación de exhibir documentación del inmueble, así como información relativa al desarrollo de la obra, pagos de servicios hipotecarios e impuesto del inmueble.

f) Regulación sobre redacción de contratos, obligación de inscribirlos ante el Registro de la Propiedad, así como sus cesiones y resoluciones.

g) Obligación de informar y en su caso obtener la conformidad de los compradores para constituir hipoteca.

h) Régimen especial para el caso de ejecución de hipotecas confiando derechos a los compradores

i) Régimen especial para el caso de subasta, tanto sea en ejecuciones individuales como en caso de quiebra

j) Posibilidad de designar un interventor judicial en caso de graves irregularidades.

Ley de Defensa del Consumidor (Ley 24.240 y decreto reglamentario 1798/2004)

Debe comenzarse en este tema, con la prelación normativa que surge del art. 42 de la Constitución Nacional que establece " Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho en la relación de consumo a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, a una

(23) FAVIER DUBOIS, Eduardo, "Concursos y Quiebras", Errepar, p. 272, comentario al art. 146).

información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos...”

El artículo primero establece: “ La presente ley tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios. Se consideran consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social: ... inciso c) la adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con ese mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminadas.

La extensión en cuanto al amparo debido de este texto, incluye la obligación del vendedor de ser preciso en las condiciones de aquellos que vende, no obstante las diversas modalidades que utilizan las empresas: Venta de la unidad ya construida y con título de dominio para escriturar, venta de la vivienda con construcción, compromiso en venta bajo el régimen de prehorizontalidad (24).

La doctrina se ha encargado de precisar que esta tutela se suma a la de leyes especiales. Se ha dicho bien, que es una carga del vendedor el otorgar seguridad respecto a lo que vende (25).

El valor fundante de la protección de la vivienda, se evidencia con formidable énfasis en el fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, (09/02/1993) que expresó “Si bien el art. 1185 bis del Código Civil se refiere al caso de concurso o quiebra del vendedor autorizando a oponer el boleto al conjunto de acreedores que conforman la masa, no se advierte razón alguna que impida que lo mismo pueda ocurrir frente al tercer acreedor embargante en un proceso ejecutivo. El precedente: la tercera tentativa sobre la base de un boleto de compraventa, porque el amparo que confiere el art. 1185 bis del Código resulta oponible al acreedor embargante en tanto queden acreditados los extremos de la norma y el crédito del comprador con anterioridad al del embargante. El comprador tiene así un mejor derecho a ser pagado con preferencia al embargante (art. 97 par. 1 in fine, Cód. Proc. Civil y Com. de Buenos Aires) y ese pago debe ser entendido en el concepto dado por el art. 725 del Código Civil”(26).

(24) FARINA, Juan M., “Defensa del Consumidor y del usuario”, Astrea, p. 66.

(25) LOMBARDI, Carlos Alberto, “El deber de seguridad en la ley del consumidor”, en “Responsabilidad por daños en el tercer milenio”, p. 396.

(26) Esta doctrina se ha extendido, y hoy se aplica también en las ejecuciones individuales (FARINA, Juan M, cit., p 75). MARIANI DE VIDAL, Marina, en Mesas Redondas organizadas por el Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de Buenos Aires (UBA) de fecha 9 de octubre de 1991, publicada en Revista del Notariado, 830, año 1992.

Ley de Suelo de la Provincia de Buenos Aires 8920

Esta ley, esencial para evitar los abusos tradicionales en los emprendimientos inmobiliarios, especifica (art. 2do) que sus objetivos fundamentales para el ordenamiento territorial son:

- asegurar la preservación del medio ambiente
- proscribir acciones degradantes del ambiente y corrección de los efectos ya producidos
- creación de condiciones físico-espaciales que posibiliten satisfacer el menor costo económico y social, los requerimientos y necesidades de la comunidad en materia de vivienda
- preservación de las áreas y sitios de interés natural, paisajístico, histórico y turístico
- la implantación de los mecanismos legales, administrativos, y económico financieros que doten al gobierno municipal de los medios que posibiliten la eliminación de los excesos especulativos
- posibilitar la participación orgánica de la comunidad en el proceso de ordenamiento territorial
- propiciar y estimular la generación de una clara conciencia comunitaria sobre la necesidad vital de la preservación y recuperación de los valores ambientales.

Esta Ley, en su capítulo V, titulado Clubes de Campo (aplicable a éstos y Barrios Cerrados) estatuye (art. 65) que la creación está subordinada a los siguientes requisitos:

- Inc. 1) Contar con la previa aprobación municipal y posterior convalidación técnica de los organismos competentes de Obras Públicas.
- Inc. 2) El patrocinador del proyecto debe asumir la responsabilidad de realizar las obras de infraestructura de los servicios esenciales y de asegurar la prestación de los mismos, de efectuar el tratamiento de las vías de circulación y accesos, de parquizar y arbolar el área, y de materializar las obras correspondientes al equipamiento deportivo, social y cultural. Servicios esenciales Agua. Cloacas Energía eléctrica calles y accesos Forestación Eliminación de residuos Cesión de franja perimetral.
- El art. 73 ordena la intervención de dos autoridades administrativas, en el orden provincial el Ministerio de Obras Públicas, la Secretaría de Planeamiento y Desarrollo y la Secretaría de Asuntos Municipales, y en el orden Municipal sus oficinas de planeamiento, locales o intermunicipales.

- El decreto reglamentario (9404/87) fijan las siguientes pautas (he seleccionado las relevantes para el caso) para la aprobación definitiva de un Club de Campo o Barrio Cerrado:

* Creación de una entidad jurídica que integran o a la que se incorporen los propietarios de cada parcela con destino residencial, será titular del dominio de las áreas exclusivas o de esparcimiento y responsable de la prestación de los servicios generales.

* Sus estatutos deberán contener previsiones respecto a incorporación de nuevos adquirentes, representación, derechos y deberes de los miembros, administración del club, determinación de las áreas y espacios que conforman su patrimonio inmobiliario, servidumbres, modo de afrontar los gastos comunes, etc.

* Simultáneamente y en forma indivisible con la transmisión de cada parcela deben constituirse servidumbres recíprocas (para garantizar la unidad orgánica del emprendimiento)

* Los planos de subdivisión deben detallar las superficies afectadas con destino a esparcimientos y circulación, y la unidad de parcelas y espacios comunes.

- La factibilidad de un club de campo se concederá en dos etapas, la convalidación técnica preliminar y la convalidación técnica final, a cuyos fines debe presentarse ante la Dirección de Ordenamiento Urbano la documentación correspondiente.

- La convalidación técnica preliminar requiere:

* Aprobación de la localización por parte del municipio

* Certificado de aptitud del precio otorgado por la Dirección Provincial de Hidráulica

* Plano del Anteproyecto Urbanístico

* Memoria técnica en la que conste: Las actividades a desarrollar en el club de campo, Régimen de subdivisión del dominio, número de parcelas previstas y de viviendas unifamiliares o multifamiliares, densidad bruta y neta residencial, forma de suministro de agua potable y energía eléctrica, eliminación de aguas pluviales y líquidos cloacales, tratamiento de calles internas y de la vía de conexión con la vía externa, sistema para recolección de residuos, compromiso de forestación, equipamientos para el área de resarcimiento.

- La convalidación técnica final (factibilidad) requiere

* Certificado del Registro de la Propiedad que acredite el dominio de los inmuebles afectados por el proyecto

* Proyecto de Obras de Saneamiento e Hidráulica aprobados por la Dirección Provincial de Hidráulica

* Proyecto del sistema de provisión de agua potable y evacuación de líquidos cloacales aprobados por la Administración General de Obras Sanitarias

* Proyecto de red de circulación y de obras viales aprobado por la comuna

* Proyecto de la red de energía eléctrica aprobado por el ente prestario del servicio

* Planos de obras de equipamiento del área común de esparcimiento y club y prototipo de viviendas aprobados por la comuna.

* Compromiso de forestación aprobado por la comuna

* Reglamento urbanístico y de edificación al cual deben ajustarse los edificios a construir, en el que se establezcan indicadores urbanísticos, tipos de viviendas, materiales, altura de edificación, retiros y toda otra norma que correspondiera

* Plano del proyecto urbanístico definitivo según mensura en el que conste balance de superficies, densidad bruta, densidad neta, número de viviendas a construir firmado por los profesionales actuantes.

* Memoria descriptiva definitiva firmada por los profesionales actuantes. Según sus incumbencias

* Descripción del régimen de atribución del dominio (lotes o PH)

* Certificado de cumplimentación de normas profesionales otorgado por las entidades competentes.

- Al acordarse la convalidación técnica final, se dispondrá la anotación de una restricción especial en la Dirección Provincial del Registro de la Propiedad con relación a las inscripciones de dominio referidas a los inmuebles que conforman el club de campo como afectación al régimen del decreto 8912 y esta reglamentación.

- La aprobación de los planos de subdivisión exigirá acreditar mediante certificación expedida por el municipio respectivo la ejecución de las obras de infraestructura, parqueización y forestación y equipamiento deportivo. Social y cultural

- Respecto a los Barrios Cerrados, rige la Resolución 747/97 de la Secretaría de Tierras y Urbanismo. Debo reiterar que el Barrio Cerrado es una modalidad que normativamente se rige por el Capítulo V. de la Ley de Suelo, con la siguientes regulación específica, que describo en lo aplicable al caso en examen:

- Art. 8: Para obtener la convalidación técnica final de factibilidad, de un proyecto de un emprendimiento urbano, deberá presentarse la documentación siguiente:

* Certificado del Registro de la Propiedad que acredite el dominio del inmueble.

* Proyecto de obras de saneamiento e hidráulica

* Proyecto de provisión de agua potable y evacuación cloacal.

* Proyecto de la red de circulación y de las obras viales a realizar aprobadas por la comuna.

* Proyecto de la red de energía eléctrica

* Compromiso de Forestación

* Plano de proyecto urbanístico definitivo

* Certificado de cumplimiento de normas profesionales expedido por las autoridades competentes.

* Cesión de los espacios reglamentarios.

Especialísima importancia tiene el art. 10, en cuanto expresa que " el emprendimiento no podrá adjudicarse en venta de parcelas sin contar con la aprobación de la Prefactibilidad por parte de la Secretaría de Tierras y Urbanismo como tampoco publicitar el emprendimiento hasta tanto se haya cumplido con la etapa precitada.

Va de suyo, que estos requisitos de la ley de suelo, clubes de campo y Barrios Cerrados, constituyen el desarrollo particularizado del Poder de Policía aplicable a emprendimientos inmobiliarios, que atañe al Poder Ejecutivo Provincial y a su símil local.

Resulta de toda evidencia para el lector, que los requisitos descriptos responden al ya mencionado Orden público inherente a los derechos reales, y al Poder de Policía que deriva del mismo. Pueden sintetizarse como un conjunto de normas que apuntan a la debida transparencia de información para los adquirentes, a garantizarles las aprobaciones y certificaciones de las autoridades, organismos y demás oficinas competentes, de exhibir un orden jurídico claro, y de garantizar la provisión de

servicios, instalaciones, juntamente con el respeto al medio ambiente, circulación y viabilidad (27).

La diligencia contractual en los negocios inmobiliarios

a) Los Principios Generales

El art. 902 del Cód. Civil, determina que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos.

El art. 909 del mismo cuerpo, establece que para la estimación de los hechos voluntarios, las leyes no toman en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estimará el grado de responsabilidad por la condición especial de los agentes.

Estos textos deben articularse con el artículo 512 del Código Civil, define la culpa del deudor de la obligación como la omisión de aquellas diligencias que exigiera la naturaleza de la obligación, que correspondiera con las circunstancias de las personas, de tiempo y del lugar.

De todos modos, la realidad social hoy en día, muy diferente a la existente en el monto histórico de sanción del Código Civil (1872), justificaría que utilizando el mismo parámetro de amplitud, que se incluyeran otras variables: el contexto social, económico, las costumbres y prácticas vigentes en la clase de acto de que se trate, el marco general de la contratación, la posición cultural y económica de las partes, la proyección de dicho marco respecto a los terceros, etc.

Adviértase que en los Proyectos de Modificación del Código Civil se avanza en la materia (28).

El Proyecto de Reformas al Código de la Cámara de Diputados de 1993 (art. 514) establece que hay falta de culpa cuando el acreedor acre-

(27) AHUMADA, Daniel-VENTURA, Gabriel, en "Compraventa en condominios cerrados", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal Culzoni, Compraventa-II, p. 123, ps. 122 a 129.

(28) Ver el Proyecto de Código Civil unificado, comisión creada por el dec. 685/95 (Adla, LIV-B, 1499), el Título IV, Capítulo I, de la Responsabilidad Civil. Aquí se aprecia una regulación más detallada: La prelación normativa, art. 1583, las causas de justificación del daño: la limitación o atenuación de los efectos de la mora automática (art. 1594) los alcances del daño (art. 1600), los criterios de apreciación de la diligencia (art. 1604) la determinación de la carga de la prueba (art. 1618 y sgts) la reparación del daño (art. 1621) adopción de criterios de atenuación de la responsabilidad (art. 1641) y la inclusión de normativa referida a las profesiones liberales (art. 1681 y sigtes.) que luego comentaremos.

dite que para cumplir empleó la diligencia exigible según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, del tiempo y lugar.

El Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional de 1993, en su art. 1554 determina que salvo disposición en contrario, la carga de acreditar los hechos constitutivos de la culpa y demostrativos de la no culpa, pesa sobre ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentra en situación más favorable para probarlos.

b) Diligencia de los fiduciantes

Sostengo que quienes resuelven intervenir en un contrato de fideicomiso inmobiliario, por consecuencia de lo expuesto acerca de la naturaleza de esta clase de negocios, deben desplegar una diligencia contractual apropiada para esta clase de negocios. No sólo en nuestro país, en todo el mundo la compra de un inmueble realizada por el ciudadano común, se la considera como un acto importante, que requiere mucho cuidado y precauciones.

Generalmente se ha puesto el acento en la responsabilidad de quienes venden esta clase de bienes, pero a mi juicio ha quedado en un plano relegado la diligencia exigible a quien compra. Las cargas contractuales comprenden a todos los integrantes de un negocio. Puede ser, como luego veremos, que la protección se acentúe en ciertos casos respecto al comprador (contratos de consumo), pero no quiere esto decir que se suprima la del otro contratante.

En el caso de los fiduciantes, deben percatarse que a la importancia del propio negocio inmobiliario, se le adiciona la necesidad de comprender la estructura y alcances del fideicomiso, suma tal que excederá la experiencia y conocimientos del ciudadano común. Esto indica, que el asesoramiento profesional será ineludible al momento de intervenir en esta clase de contratación. Y más allá de la conveniencia personal de esta diligencia, para el caso de no haber sido adoptada, considero que al momento de evaluarse la responsabilidad en caso de algún siniestro comercial, el contratante no diligente deberá cargar con parte de la eventual pérdida por una actuación no diligente. Enfatizando lo expuesto: la intervención en un fideicomiso inmobiliario no puede desarrollarse sin asesoramiento profesional.

Por ejemplo, una conducta diligente del fiduciante es el propio seguimiento del negocio, en su faz técnica inmobiliaria (plazos, calidad de obra, corrección de errores naturales de obra o adecuaciones, desarrollo financiero, control de costos, etc.). Esto muchas veces implicará la conveniencia de efectuar reuniones de todos los interesados, fiduciantes, fiduciario, inversores, compradores, para intercambiar información,

dudas, sugerencias, lo cual es simple expresión de un negocio conjunto en el cual cada integrante tiene su participación e interés. En la realidad es muy frecuente advertir que tanto inversores como compradores se desentienden del desarrollo periódico de la obra, y cuando aparecen los problemas recién intervienen (tardíamente) Las inversiones requieren cuidado y dedicación.

c) Diligencia del fiduciario

El art. 6to de la ley 24.441 determina un Standard especial de exigencia para quienes asumen esta posición contractual: diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él. Se conecta dicho Standard con la esencia del fideicomiso: ejercer su cometido en beneficio de los sujetos del negocio (art. 1, ley 24.441) Entonces, las pautas son:

- a) Los fines del fideicomiso (29)
- b) La confianza depositada en él
- c) El marco del buen hombre de negocios

Aplicando lo expuesto al caso en estudio considero que el fiduciario debe aplicar las siguientes precauciones básicas, sin perjuicio de aprovechar el comentario para mencionar que conviene sean expresamente incluidas en el contrato, con el doble beneficio de constituir un recaudo de seguridad para todos los sujetos negociales:

- En primer lugar estimo que el fiduciario no sólo debe ser elegido por su confiabilidad, sino que debe conocer el negocio inmobiliario. Esta convergencia de aptitudes es recomendable, para evitar la contratación de un experto, en el cual inevitablemente recaerá el peso de las diligencias, y en los hechos significa una delegación innecesaria de tareas. Considero que la evaluación del fiduciario sobre la aceptación de la tarea es uno de los presupuestos imprescindibles del buen hombre de negocios. Si no conoce el fin del contrato, ¿qué utilidad tendría la mera confiabilidad? Por el mismo motivo, y tratándose de una designación intuitu personae, considero que no puede delegar sus funciones esenciales (30)

- Guardar reserva del negocio encomendado.

- Conocimiento profundo del contrato de fideicomiso, su adecuada estructuración y existencia de las previsiones más adecuadas para el em-

(29) KIPER-LISOPRAWSKI, "Obligaciones y responsabilidad del fiduciario", Depalma, p. 2.

(30) En la misma convicción KIPER, cit., en su obra obligaciones y responsabilidad del fiduciario, p. 30.

prendimiento en cuestión. Cerciorarse de la existencia de cláusulas que permitan la transferencia del patrimonio fideicomitido en caso de cese o fallecimiento o disolución societaria.

- Asegurarse la transmisión de los inmuebles comprendidos en el fideicomiso. Incluyo esta obligación, porque pueden haberse pactado etapas para el aporte de los bienes, cuyos plazos no deben estar reñidos con la seguridad de los demás sujetos negociales y de quienes resuelvan adquirir las unidades. Por ello, el aporte efectivo de los inmuebles es uno de los recaudos esenciales. Además, sin el ingreso de dichos bienes al patrimonio de afectación carece de razón de ser el fideicomiso como garantía efectiva.

- Por cierto, que la transmisión debe acompañarse con la inscripción registral pertinente, debiendo asegurarse el fiduciario que las constancias de los asientos reflejan no sólo el dominio fiduciario, sino en su caso prohibiciones de disponer, individualización de los beneficiarios, etc. La naturaleza fiduciaria del dominio surgirá del rubro 6 del formulario modelo de capital, y las restricciones del rubro 7 (31).

- Los aportes en dinero deben ingresarse a cuentas fideicomitidas, para extender la protección jurídica a dichos bienes. En el caso de complementarse la transmisión fiduciaria con otras cosas muebles, maquinarias, etc., propender a una individualización cuidadosa y con suficiente exteriorización suficientemente perceptible e indeleble para poder individualizar estos bienes afectados al fideicomiso.

- Disponer materialmente de los títulos de propiedad de los inmuebles, anexando el estudio de títulos pertinente, planos, certificados de prefactibilidad, factibilidad, estudios de suelo, etc. (remito al punto de esta estudio en el que he detallado los recaudos técnicos exigibles para los emprendimientos). El propósito de este recaudo es brindar información y transparencia a los propios sujetos del fideicomiso, a los proveedores, a futuros compradores, y a terceros. La regularidad de la titulación y del emprendimiento son piedra angular de su éxito.

- El Proyecto del emprendimiento, descrip.o conforme normas técnicas: planos, anexos, calidad de materiales, tiempos de obra, inversiones, beneficios estimados y su fundamento, garantías, etc.

(31) Sobre el tema registral ver HIGHTON, Elena, "El dominio Fiduciario y la problemática de su reflejo registral" en Revista de Derecho Privado y Comunitario, tomo Fideicomiso (2001-3) p. 39. Asimismo RUIZ DE ERENCHUN, Alberto, "Nuevas especies de derechos reales en la Argentina: Novedades registrales provocadas por la ley 24.441", Seminario Arturo Moreira 1995. En la Ciudad de Buenos Aires rige el decreto 780/95 (Adla, LV-E, 5990) sobre la materia.

- Disponer de un estudio razonable conforme a las dimensiones del proyecto, de las previsiones y estimaciones fundadas de la factibilidad comercial del proyecto.

- Un informe o dictamen financiero respecto a las inversiones que requiere la obra, su obtención, previsiones para el caso de retiro o incumplimiento de algún inversor, atrasos, etc. conforme a normas técnicas sobre la materia.

- La individualización de cada uno de los participantes en la obra: empresas de construcción, proveedores, directores de obra, asesores técnicos, contadores, comercializador, abogados, contadores, agrimensores, con sus datos y currícula profesional.

- Para las empresas a ser contratadas descripción de su solvencia técnica y financiera, con soporte documental para ser exhibido a quien lo solicite.

- Contabilidad detallada y rigurosa conforme normativa exigible.

- Auditorias técnicas, financieras, contables y jurídicas del emprendimiento

- Información pormenorizada, tanto al comienzo de la obra para quienes ingresen como inversores, adquirentes, contratantes, y durante la obra. Esta información, no obstante el periodo que se haya fijado (mensual, trimestral, semestral) deberá complementarse en todos los casos que exista algún acontecimiento, o variación respecto al plan inicial. El deber de lealtad que debe imperar es suficiente fundamento. Esta obligación se intensifica para el caso de algún siniestro, o baja de algún inversor, o cualquier otra novedad que pudiera tener incidencia en el desarrollo de la obra.

- Memorando de avance de obra y regularidad de los plazos y erogaciones.

- Cumplir con las afectaciones e inscripciones de ley, conforme a la estructura jurídica que se atribuya al emprendimiento: en caso de parcelas, ley 14.005, en caso de propiedad horizontal la ley de prehorizontalidad.

- En la publicidad, respetar los parámetros fijados por la ley de protección a los derechos del consumidor.

- Inscripciones tributarias y pago de impuestos que origine el emprendimiento

- Fiscalización de aportes laborales, normas de seguridad de empleados, ART, etc.

- Contratación de seguros para cubrir los riesgos propios de la contratación.
- Rendición de cuentas periódica.
- Existencia de cláusulas de que prohíban o subordinen el poder de disposición de los bienes fideicomitidos, tanto sean inmuebles, como dinero u otros recursos (32).
- Inversión en valores seguros de activos financieros inmovilizados, conforme pautas contractuales que conviene sean incluidas.
- Cláusulas de indemnidad equilibradas.
- Previsiones sobre suministro de fondos al fiduciario para los gastos que deba realizar.
- Transferencia de bienes a los beneficiarios, fiduciantes y adquirentes de unidades.
- Fijación de pautas para la enajenación de unidades. La variedad y modalidades suele ser muy amplia. Algunos fideicomisos fijan precios desde el comienzo a través de anexos. Otros reservan la facultad para la firma de los boletos a los fiduciantes. En otros casos se resuelve mediante asamblea de fiduciantes y fiduciarios en el momento de la venta.

Considero que en caso de ser profesional, la responsabilidad del fiduciario quedará incluida dentro del ámbito todavía más específico de la responsabilidad profesional, cuya (33) diferencia en el punto de la responsabilidad se concreta en la aplicación de un cartabón objetivo (la mera ocurrencia del daño, sin que sea necesario probar la culpa) y la posible caracterización de su tarea como obligación de resultado.

Diligencia de quienes contratan con el fiduciario. Los adquirentes de inmuebles

Armonizando las cargas en la contratación, resulta a mi juicio de toda evidencia que la contratación inmobiliaria, especialmente si se realiza garantizada con fideicomiso, exige en el adquirente de unidades imprescindible asesoramiento profesional. Las características de lo inmobiliario, ya de por sí implican una evaluación del título del inmueble, lectura de los informes de dominio e inhibiciones, concurrencia al mismo para conocer sus características y estado de ocupación, legitimación de los enajenantes en caso de ser representantes, etc. Este examen descarte ab initio la actuación del ciudadano común.

(32) Más allá de las discusiones sobre la validez de la restricción absoluta, es conveniente su inserción: KIPER LISOPRAVSKI, "Obligaciones y responsabilidad del Fiduciario", p. 50.

(33) ALTERINI, AMEAL, LOPEZ CABANA, p. 766.

Pero en el tema en estudio, estas previsiones generales, deben además profundizarse tratándose de las denominadas "nuevas formas de propiedad" que incluyen a los clubes de campo, barrios cerrados, cementerios privados, parques industriales, etc. Estas organizaciones inmobiliarias tienen, como es sabido, una problemática propia, que implica la revisión de otros elementos que son de extraordinaria relevancia:

a) la estructuración que se le haya conferido al emprendimiento, que varía según las provincias, y con falta de sustento normativo de fondo

b) Decodificar para el interesado (lo describo en grandes rasgos solamente) la regulación relativa a

- la naturaleza de su derecho (parcela o propiedad horizontal, con los reparos constitucionales existentes)

- Existencia de autorizaciones, planos aprobados, construcciones esenciales y reglamentos generales e internos.

- Régimen de expensas, si es por lote, o por superficie cubierta (caso de encuadre en PH)

- El problema de la actualización permanente de los planos, temas propios de estos emprendimientos

- El régimen de acceso, si es libre o sujeto a aprobaciones internas

- El régimen de uso de los espacios comunes, tanto sean sociales como deportivos

- Régimen disciplinario

- Visitas, parientes y amigos y posibilidades de acceso a los lugares comunes

- regulación de las Asambleas

- Restricciones y en su caso necesidad de aprobación para edificaciones y/o mejoras

- Derechos y atribuciones de las Comisiones Directivas

- Posibilidades de adquisiciones de tierras vecinas para eventuales incorporaciones y su incidencia sobre las contribuciones de los socios.

Tratándose además de contratación con un fiduciario, debe sumarse el examen del mismo, cuyos aspectos más relevantes he detallado al referirme a la responsabilidad del fiduciario.

Sumando los ítems, estimo probada la necesidad de actuar con asesoramiento profesional.