

# Algunos aspectos del fideicomiso al costo<sup>133</sup>

Alejandra Del Portillo

## Resumen

*La ley 17703, que regula el negocio de fideicomiso, prevé distintos tipos de fideicomiso según el objeto. Dentro de dicha clasificación se encuentra el fideicomiso inmobiliario y dentro de este el llamado fideicomiso al costo.*

*En lo que respecta al fideicomiso al costo, de gran utilización por los operadores jurídicos e inmobiliarios, se han presentado situaciones que despiertan interés y que es aconsejable tener en cuenta al momento de redactar el contrato, pues servirán al mejor funcionamiento del negocio proyectado.*

## Sumario

1. INTRODUCCIÓN. 2. CONCEPTO DE FIDEICOMISO. 3. FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN (ANÁLISIS DE ALGUNAS SITUACIONES). 4. CONSECUENCIAS DE LA EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO. 5. CONCLUSIONES.

### 1. INTRODUCCIÓN

El tema se plantea con relación al *fideicomiso al costo*, con el objetivo de analizar algunos aspectos que generan dudas en el ejercicio profesional.

### 2. CONCEPTO DE FIDEICOMISO

La ley 17703, del 15 de octubre de 2003, en su art. 1.º, define al fideicomiso como:

[...] el negocio jurídico por medio del cual se constituye la propiedad fiduciaria de un conjunto de derechos de propiedad u otros derechos reales o personales que son transmitidos por el fideicomitente al fiduciario para que los administre o ejerza de conformidad con las instrucciones contenidas en el fideicomiso, en beneficio de una persona (beneficiario), que es designada en el mismo, y la restituya al cumplimiento del plazo o condición al fideicomitente o la transmita al beneficiario. Podrá haber pluralidad de fideicomitentes y de beneficiarios.

133 Trabajo presentado a la LVI Jornada Notarial Uruguaya, Esc. Ana Olano Füllgraff, Carmelo, 7 al 9 de octubre de 2016, adaptado por la autora para esta publicación.

Esta ley refiere a distintos tipos de fideicomiso, que se clasifican según su objeto: de administración, de garantía, financiero y testamentario.

En esta instancia nos interesa detenernos en el fideicomiso de administración y especialmente en el inmobiliario o de inversión.

### 3. FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN (ANÁLISIS DE ALGUNAS SITUACIONES)

Como en todo contrato de fideicomiso, el esquema básico consiste en que el fideicomitente transfiera activos al fideicomiso, que es administrado y dirigido por el fiduciario, y se designe un beneficiario que recibirá el producido del fideicomiso según las circunstancias.

El fideicomitente dispone las instrucciones que deberá cumplir el fiduciario: administrar los bienes, conservarlos, percibir sus frutos o rentas y entregarlos al beneficiario al final del fideicomiso.

Como se mencionó, una de las modalidades de fideicomiso es el fideicomiso de administración, en el que claramente el fiduciario debe cumplir la tarea de administrar dicho patrimonio cumpliendo el objetivo encomendado en el contrato de fideicomiso.

El llamado *fideicomiso inmobiliario* es una forma de fideicomiso de administración, que admite distintas variantes.

Un fideicomiso inmobiliario se produce, por ejemplo, cuando un fideicomitente encarga a un fiduciario la adquisición de un inmueble o conjunto de inmuebles en determinado lugar, la construcción de un edificio de propiedad horizontal conforme a los regímenes legales vigentes, la ejecución del proyecto de la obra y, por último, la comercialización de las unidades de propiedad horizontal resultantes del fraccionamiento o su transmisión a los beneficiarios determinados en el contrato de fideicomiso como contrapartida de sus aportes.

Una forma de ejecutar el fideicomiso inmobiliario es el llamado *fideicomiso inmobiliario al costo*. En este supuesto, el objetivo es captar inversores privados para que intervengan en los procesos descriptos, en cuanto al aporte en dinero para la adquisición del terreno, la construcción de un edificio, el pago de impuestos y honorarios profesionales, etc.

Estos *inversores* podrían ingresar al fideicomiso, entre otras formas, adhiriéndose a él en calidad de fideicomitentes y a su vez de beneficiarios, con un derecho, a cambio de su aporte, a recibir la propiedad de una o varias unidades de propiedad horizontal una vez finalizado el proceso de construcción e incorporación correspondiente.

El término *al costo* significa «lo que cueste»; es decir, cada uno de esos inversores aportará lo necesario para soportar el costo final resultante. Ese aporte será parte del *patrimonio fiduciario* y lo administrará el fiduciario designado de acuerdo con las instrucciones dadas, afectado exclusivamente a los fines del fideicomiso.

En la práctica existen contratos de ingreso o adhesión de los inversores al fideicomiso en los que se establece habitualmente cuáles serán los porcentajes de participación, que en su gran mayoría serán proporcionales al costo final de cada unidad por la que adhieran.

Lo que caracteriza a esta modalidad es que no hay un aporte fijo e inmovible, sino que, por el contrario, se deja estipulado que los fideicomitentes deberán responder en caso de insuficiencia de fondos del patrimonio fiduciario.

Un aspecto interesante es si ese *inversor* que deviene en fideicomitente al adherir al fideicomiso puede de cierta forma limitar su aporte en el momento de su adhesión; es decir, si puede adherir al fideicomiso que ya está confeccionado con las características de fideicomiso al costo, pero, en vez de aportar *lo que cueste*, limitar su aporte a determinado monto.

En nuestra opinión, esa posibilidad es viable, pero siempre y cuando surja del contrato de fideicomiso que el fiduciario tiene facultades para ello; esto es, que esté habilitado por el fideicomitente inicial, al que se adhieran futuros fideicomitentes con aportes limitados.

En caso contrario, si ya hubieran adherido otros fideicomitentes, se requerirá el consentimiento de todos ellos para que el fiduciario esté legitimado a limitar el aporte del nuevo adherente.

Otro tema que despierta interés es que entre los costos del proyecto a desarrollar están los honorarios de los arquitectos, ingenieros y cualquier otro profesional actuante, así como de los suministradores de materiales para la confección del edificio. La pregunta que surge es: ¿podrá el fiduciario pagar los honorarios a los profesionales o el costo de los materiales que se proporcionen como contraprestación al ingreso al fideicomiso de cualquiera de los nombrados?

Un ejemplo es el caso del arquitecto encargado de la construcción del edificio, quien ingresaría al fideicomiso como fideicomitente adherente y su aporte consistiría en sus servicios como profesional. Ese aporte se valoraría en suma determinada y el arquitecto se haría acreedor al derecho de propiedad de una o más unidades de propiedad horizontal en proporción al monto de sus honorarios.

Seguidamente se plantea lo siguiente: a) ¿Debe de estar expresamente prevista en el contrato de fideicomiso esa posibilidad?; b) Si sus honorarios son parte del costo, ¿revestiría calidad de deudor del fideicomiso por su obligación de prestar sus servicios y a su vez calidad de acreedor como beneficiario?; c) ¿Podría limitar su aporte a ese monto específico que es lo cotizado como sus honorarios profesionales?

Frente a estas interrogantes pueden formularse las siguientes consideraciones:

- a. El fiduciario tiene la facultad de obtener aportes de cualquier naturaleza de los fideicomitentes adherentes, por lo cual debería admitirse como aporte el trabajo del arquitecto, quien recibirá su pago con la entrega de una unidad.
- b. Si el arquitecto cumple con su trabajo, en ese momento se podría hacer acreedor de una o más unidades de propiedad horizontal, de acuerdo con el monto de sus honorarios. Él es acreedor condicionado de su cumplimiento en su aporte. Sin perjuicio de ello, es prudente dejar bien estipulado ese acuerdo de partes en el contrato, o sea, establecer que se le transmitirá la propiedad de la/s unidad/es siempre

y cuando cumpla con su aporte, que será la realización del edificio y todo aquello a lo que se haya obligado como profesional.

- c. Todas estas facultades del fiduciario deberían surgir del contrato de fideicomiso.

#### 4. CONSECUENCIAS DE LA EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO

Son varias las causales de extinción previstas en el art. 33 de la Ley de Fideicomiso. Excede el propósito de este trabajo analizar cada una de ellas, pues lo que interesa plantear es básicamente una consecuencia que genera inquietud cuando se extingue un contrato de fideicomiso.

Una vez extinguido el fideicomiso por cualquier causal, el fiduciario, previa cancelación de todo el pasivo que eventualmente haya generado el fideicomiso, deberá transferir la propiedad de las distintas unidades de propiedad horizontal a sus respectivos beneficiarios adjudicatarios.

Luego el fiduciario deberá disolver el fideicomiso y comunicar tal situación al Registro Nacional de Actos Personales, así como a otros organismos que correspondan.

¿Qué sucedería si el fiduciario tuviera que otorgar algún documento (por ejemplo, ratificar, rectificar o realizar alguna declaratoria con relación a alguna escritura de fideicomiso por la que se haya transferido la propiedad de una unidad a algún beneficiario)? El fideicomiso ya se ha extinguido y liquidado, se ha dado de baja en todos los organismos públicos (DGI, BPS...). ¿Quién comparecería a ese otorgamiento y en qué calidad?

En nuestra opinión, para ratificar o rectificar cualquier contrato deben necesariamente concurrir a su otorgamiento las partes que lo generaron, y en este caso la figura de fiduciario ya no existe, pues el contrato por el cual nació su obligación se ha extinguido. ¿Quién concurriría por la parte enajenante? Entendemos que lo ideal es dejar plasmada esa situación en el propio contrato de fideicomiso, pero, en caso de que ello no se haya previsto, consideramos que, si existen obligaciones pendientes, ese fiduciario debería aún tener facultades para actuar, pues se trata de una actuación que quedó pendiente.

#### 5. CONCLUSIONES

1. Es posible limitar el aporte de un fideicomitente a un fideicomiso inmobiliario bajo la modalidad *al costo* si así está previsto en el contrato de fideicomiso y el fiduciario posee tal facultad en caso de futuros ingresos.
2. Cualquier profesional que intervenga en el proyecto que lleve a cabo el fideicomiso puede aportar su trabajo y convertirse en beneficiario, y recibir como contrapartida la transferencia de la propiedad de una unidad resultante del fraccionamiento de propiedad horizontal.
3. Si extinguido el fideicomiso hubiera que ratificar u otorgar algún documento, y si no se previó esta situación en el contrato de fideicomiso, consideramos que, al existir obligaciones pendientes, ese fiduciario debería aún tener facultades para actuar.