

“Sobre la liquidación del fideicomiso ordinario y su concursabilidad como protección de los intereses de las partes del contrato y terceros intervinientes”



UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO XXI
TRABAJO FINAL DE GRADO
ABOGACÍA

GUSTAVO ADOLFO MOYANO

2012

ÍNDICE GENERAL

RESUMEN EJECUTIVO.....	4
ABSTRACT.....	5
INTRODUCCIÓN	6
Capítulo I: FIDEICOMISO ORDINARIO	
1. Antecedentes históricos en la Argentina y en el derecho comparado	7
2. Particularidades del Fideicomiso en Argentina.....	10
3. El contrato de Fideicomiso. Ley 24.441.Concepto, Partes.	13
4. Naturaleza jurídica	15
5. Función económica	16
6. Clases de Fideicomiso.....	17
Capítulo II: CRISIS DEL FIDEICOMISO	
1. Liquidación del fideicomiso. Art. 16	20
2. Concepto de insuficiencia. Alcances.....	21
3. Imposibilidad de quiebra.....	24
4. Ausencia de un procedimiento reglado para la liquidación.	28
5. Fiduciario. Conflicto de intereses.	30
6. Beneficiarios versus terceros acreedores	31
Capítulo III: FIDEICOMISO Y CONCURSO	
1. Aplicación de normas concursales. Factibilidad.....	33
2. Posibilidades de concurso preventivo para el fideicomiso	34
3. Proyectos de reforma de la ley 24.441 en el Congreso Nacional.....	38
Capítulo IV: ALTERNATIVAS DE REFORMA EN NUESTRO PAÍS	
1 Ausencia de registros de contratos de fideicomisos. Riesgos	39
2. Falta de control de la oferta publica de productos y servicios	40
3. “Muerte natural” del fideicomiso. Vacío legal.....	42
4. Prohibición de adquirir del Fiduciario.	44
5. Proyecto de reforma del Código Civil	45

TRABAJO FINAL DE GRADO
UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21

6. Concursabilidad. Debate Doctrinario.....	47
7. Conclusiones personales.	51
BIBLIOGRAFÍA.....	55

RESUMEN EJECUTIVO.

En el presente trabajo de investigación se expone la problemática que plantea la actual regulación del contrato de fideicomiso ordinario en la ley 24.441. La extrema liberalidad y parquedad de la norma en orden a temas de suma importancia para las partes del contrato y terceros intervinientes. Sin embargo, el aspecto quizás más relevante es la solidez y transparencia que pueda ofrecer la figura en situaciones de crisis por insuficiencia de bienes, generadas en el seno del mismo negocio fiduciario o producto de la crítica escena económica tanto nacional como internacional. Hasta que punto el “eufemismo” de la “insuficiencia patrimonial”, da respuesta efectiva a la consecución de la finalidad tenida en miras por los actores de fideicomiso.

Habida cuenta que nos encontramos en una curva ascendente en los índices de inversión y desarrollo del mercado interno como pilares de crecimiento genuino, debemos establecer con claridad si el esquema liquidatorio tan escueto propuesto por la ley, es el adecuado para afrontar tiempos desfavorables en lo económico para dar respuesta efectiva no sólo a los vinculados en el contrato sino también no resentir la economía productiva del país. El proceso de liquidación de la ley de concursos y quiebras puede ser un parámetro válido en virtud del mayor desarrollo comparativo. La crisis mundial afecta notablemente a los países emergentes, los cuales deben fortalecer sus estructuras económicas y también contar con sólidos instrumentos jurídicos que intervengan en los casos complejos que se pueden ir suscitando en ese contexto.

Conforme a la más especializada doctrina sobre el tema se desarrollarán los aspectos que surgen más conflictivos y las reformas que se estiman necesarias en la ley, sin perder de vista la dinámica y flexibilidad que natural y esencialmente debe contar el contrato.

La preocupación manifestada es meramente teórica en la actualidad, atento no verificarse conflictos en número importante en los estrados judiciales. No obstante, no creemos que la tasa de litigiosidad sea la referencia exacta para activar las reformas, más bien debemos evitar actuar sobre las consecuencias.

ABSTRACT

This paper presents the research problem posed by the current regulation of the trust ordinary law 24,441. The extreme liberality and parsimony of the standard in order to issues critical to the contracting parties and third parties involved. However, perhaps the most important aspect is the robustness and transparency that can offer the figure in crisis due to insufficient assets, generated within the same trust business or product review economic scene both nationally and internationally. Until that point the "understatement" of "insufficient equity", responds effectively to the achievement of the purpose in view taken by the actors of trust.

Given that we are in an upward trend in investment rates and domestic market development as pillars of genuine growth, we must make clear whether the liquidation scheme as proposed by the law brief, is the right to confront adverse times economically to effectively respond not only linked to the contract but not resent the country's productive economy. The liquidation process of the law on bankruptcy can be a valid parameter under greater comparative development. The global crisis significantly affects the emerging countries, which should strengthen their economic structures and also have strong legal instruments involved in the complex cases can be inspiring in that context.

Under the more specialized teaching on the subject will develop most contentious issues arising and reforms deemed necessary by law, without losing sight of the dynamics and flexibility naturally and essentially count the contract.

The concern is purely theoretical at present, attentive not verified significant number conflicts in the courts. However, we believe that the rate of litigation is the exact reference to trigger reforms, rather we should avoid acting on the consequences.

INTRODUCCIÓN

No nos es ajeno que nuestro país ha transitado por etapas o ciclos muy pronunciados que van desde los momentos de estabilidad económica, a veces con crecimiento, a otras de profundas crisis económicas. Argentina tiene actualmente índices de crecimiento importante, favorecida por la situación macroeconómica y las ventajas comparativas en cuanto a suelo, costos de producción y tipo de cambio; no obstante, a pesar de nuestros deseos en contrario, la situación puede cambiar a raíz de la alta volatilidad de los mercados internacionales, en gran medida coadyuvados por la compleja situación económica de la Unión Europea y Estados Unidos, que amenaza con resentir el surgimiento de los denominados países emergentes y desestabilizar el crecimiento de la economía global. Todo ello puede desembocar en una desaceleración importante en los niveles de inversión producto de la incertidumbre sobre los niveles de incidencia que tendrá en nuestro país el escenario planteado; sumado a si las medidas contra cíclicas que pudieran adoptarse serán todo lo eficientes que se pretende para proteger y solidificar el mercado interno. Es importante destacar que no es posible un buen clima de negocios sin que exista simultáneamente seguridad jurídica, entendida esta como escenario jurídico cierto, claro, preciso y continuo en la protección de los intereses en juego. El tema que abordamos, el contrato de fideicomiso ordinario, asoma como una herramienta interesante, la vedette de los inversionistas, sobre todo en el rubro inmobiliario; sin perjuicio de ello, también es notable su parquedad en la técnica jurídica empleada, con omisiones relevantes que la sitúan en un ámbito de riesgo, habida cuenta de las situaciones que deberá contemplar y dar respuesta efectiva y eficiente en épocas de crisis patrimonial y llevar al cumplimiento de su finalidad con éxito. Una de las funciones del legislador es ser previsor y tomar las medidas apropiadas para afrontar esas situaciones y enmendar las falencias jurídicas que pudieran ser observables.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN LA ARGENTINA Y EN EL DERECHO COMPARADO.

Realicemos previamente un análisis de los antecedentes históricos del fideicomiso en el derecho Comparado y en Argentina, “En su origen romano, el fideicomiso (*fidei commissum*) es un encargo que se confía a la honradez y a la fe del *heres* (testamentario o legítimo) realizado por disposición de última voluntad, presentándose como una modalidad de las disposiciones testamentarias”. La otra gran vertiente es el *trust* anglosajón, instrumento por el cual “una persona llamada *settlor*, confía la propiedad a otro, *trustee*, para que se encargue de ella en beneficio de otra persona *beneficiary*”. Si bien en Estados Unidos esta figura surgió del modelo inglés, es allí donde se le otorgó mayor amplitud; en donde el *trustee* recibe los bienes bajo deberes de equidad hacia el beneficiario (propietario de equidad) y profesionalismo, con base en la confianza como concepto que lo caracterizó desde su origen. Esta dualidad de propiedad de equidad y propiedad legal (*trustee*) caracterizó el instituto en el derecho anglosajón. Por la gran influencia anglosajona, la figura contractual se incorpora en México, país vanguardista en latinoamérica, aunque con modificaciones que fueron adaptándola a la realidad del Derecho latinoamericano. No se incorporó el *Trust* porque no se concebía la dualidad de la propiedad de equidad y la legal; tampoco la *fiducia* pues resultaba bastante improbable que pudiera ser aplicada con base absolutamente en la confianza. Lo que en definitiva se produjo fue una figura intermedia: el fideicomiso, en donde se opera la transmisión dominial en base a la confianza pero se atenúa el riesgo a través de la asunción de obligaciones convencionales y legales en cabeza del fiduciario. En Argentina, luego de varios proyectos se produce la sanción de la ley 24.441 y con ello su recepción. (Lorenzetti, 2001).

En el derecho comparado los antecedentes del instituto del fideicomiso en nuestro país fueron: a) Código de Comercio de Colombia; b) Ley General de Títulos y operaciones de crédito de México; c) Ley 17/1941 de la República de Panamá; d) Código Civil de Quebec;

e) Ley de Fideicomiso de Venezuela del 23 de Julio de 1956 y decreto complementario de 1966; f) Código de Comercio de Bolivia; g) Código de Comercio de Guatemala; h) Código de Comercio de Honduras; i) Código Civil de Chile (Games,L.M.,Esparza,G.A,1997).

En América Latina fue el jurista panameño Ricardo J. Alfaro el que propugnó más fervientemente la inserción del instituto de la fiducia y fue autor de la ley de fideicomiso panameña de 1925, influyendo notablemente en varios países latinoamericanos, entre ellos, México, Ecuador, Venezuela, Colombia, Uruguay, Chile y Argentina. El breve recuento de la historia legislativa latinoamericana en materia de fideicomiso, sumado al análisis de sus elementos subjetivos y objetivos más relevantes, nos permiten hacer ver cómo la doctrina y la legislación tiene muchos rasgos uniformes. Y ello explica la razón para que incluso las aplicaciones fiduciarias, esto es el uso del fideicomiso de inversión, de garantía, inmobiliario, para fines de titularización, etc., también es una constante latinoamericana, obviamente con sus matices y variantes.(González Torre,R.,2008).

NEGOCIO FIDUCIARIO: El negocio fiduciario tiene su base en la confianza, aunque en el derecho obligacional el elemento confianza esta presente desde siempre; en opinión de Garriguez Díaz – Cañabate (citado por Games y esparza, 1997, pág.13) “la solvencia sería un concepto bifronte que mira no sólo a los bienes del deudor, sino su honorabilidad (solvencia moral y solvencia material)”, tanto en su faz activa como en faz pasiva, es en éste instituto de la fiducia en donde se desarrolla con una mayor gravitación. Tal es así que se ha dicho que la posibilidad de abuso por parte del fiduciario es uno de sus elementos constitutivos, en función de todos los poderes y facultades que se le han transmitido, esto es, lo que el fiduciario debe hacer en orden a la protección de los intereses del fiduciante y lo que no debe hacer y no obstante ser beneficioso al interés del fiduciario “la esencia del negocio fiduciario está quizá en la contraposición entre el poder y el deber, entre el *können* y el *durfen* de los alemanes.”(Garriguez Díaz-Cañabate,1991, pág.20).

Existe en la fiducia una desarmonía en cuanto a que si analizamos que las partes persiguen un fin económico utilizándola, el medio empleado es la transmisión de la propiedad al fiduciario; con lo cual entre el fin y el medio en su génesis existe una situación en la que *“se provoca un efecto jurídico más fuerte para conseguir un fin económico más débil”*. (Garriguez Díaz-Cañabate,1991, pág.20).

En Argentina el artículo 2662 del Código Civil y otras figuras legales particulares, fueron el antecedente de la Ley 24.441. Entre los antecedentes legislativos que tuvo la Ley 24.441 se puede mencionar las leyes 14.965 y 14.501 que permitieron utilizar el fideicomiso para la liquidación de la ex Corporación de Transportes de la Ciudad de Buenos Aires, hacia 1958. Así también la Ley de Entidades Financieras 18.061, modificada por la ley 20.574 preveía la posibilidad de que los bancos de inversión y las compañías financieras actúen como “fideicomisarias” (Lisoprawski,S. Kiper,C.,1995).

También hubo una referencia al fideicomiso en la ley 19.950 de Sociedades Comerciales, en donde se confundió la figura del fideicomiso con una especie de mandato, aplicable en los procesos de emisión de debentures. La Ley 23.696 y su Decreto 584/93 previeron el fideicomiso como el medio para instrumentar programas de propiedad participada en empresas privatizadas. Argentina, tuvo varios proyectos de ley que fueron los antecedentes de la ley en análisis, tales como el proyecto del Dr. Guillermo Michelson en los años 1967 y 1969 (dos versiones); el anteproyecto del P.E.N. de Duncan Parodi en el año 1984; el proyecto del senador Velásquez en 1984; anteproyectos de notarios de Tucumán: López de Zavalía del año 1986, etc. (Lisoprawski,S. Y Kiper, C., 1995).

Dispone el Art. 11 de la Ley 24.441 que sobre los bienes fideicomitidos, existe una propiedad fiduciaria regida por lo dispuesto en el Título VII del Libro III del Código Civil argentino, siendo el fiduciario su dueño pero de un patrimonio separado, tal como lo establece el Art. 14 de la misma ley en cuestión. Al efecto, el Art. 2662 del Código Civil define al dominio fiduciario:

ART. 2662 - Dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley.

PARTICULARIDADES DEL FIDEICOMISO EN ARGENTINA.

La ley 24.441 regula el contrato de fideicomiso en su título I “Del Fideicomiso”, el cual comprende siete capítulos que contienen veintiséis artículos. Desde su sanción el contrato de fideicomiso ha transitado diversas etapas ligadas con la realidad económica imperante en Argentina.

En una primera etapa que podríamos ubicar entre los años 1995 al 2002, el instituto era objeto de interés y análisis por parte de un sector muy especializado de la doctrina nacional pero, sin dudas, no tenía una utilización importante fundamentalmente por las variables micro y macro económicas que no daban motivo para que inversores proyectaran a través de éste instrumento beneficios de relevancia.

En la segunda etapa experimentada a partir del año 2002 con la conocida devaluación y el comienzo del fin de la convertibilidad, resurge el mercado interno y el cambio de paradigma en cuanto a la economía; los beneficios que otorga la fuerte valuación de las *commodities* en sectores como el agro; el mejor posicionamiento de la industria nacional en cuanto a los costos de producción y mano de obra, hicieron que las exportaciones crecieran exponencialmente. Todos estos sectores, ligados con la exportación, percibieron y perciben sus transacciones en una divisa fuerte como es el dólar estadounidense. La brecha de ganancia, aún con los aumentos de los insumos, creó un importante capital ávido de inversiones productivas; el sector más redituable fue y es sin dudas, la construcción. Allí, los inversionistas eligieron diversificar sus apuestas productivas a futuro para lograr un resguardo y rentabilidad a todas luces interesante. El instrumento jurídico elegido desde entonces es el contrato de fideicomiso.

Doctrinariamente se analizan las probables razones por las cuales es elegido éste contrato, algunas de las cuales pueden ser las pobres o flexibles formas contractuales, cuestiones de índole fiscal, conciliar las nuevas formas de la vida negocial con la certidumbre y seguridad jurídica necesarias, escapar de dogmas de la responsabilidad ilimitada, eludir prohibiciones, sustraer bienes del derecho de los acreedores, procurar la satisfacción de un crédito o transferir un bien de una forma más práctica (Garriga, Farina, Messineo, citados por Games y Esparza, 1997).

Es importante destacar que la técnica legislativa empleada en la elaboración de la ley 24.441 es bastante precaria o pobre, se conoce la influencia que ejerció el Ministerio de Economía en su elaboración, lo cual es toda una definición en cuanto a los fines políticos que tuvieron en cuenta. (Games y Esparza, 1997). El contrato de fideicomiso es un instrumento, una herramienta jurídica de real importancia, el legislador seguramente eligió con preeminencia otorgarle flexibilidad y un mínimo de rigorismo formal; el fin que tuvo si hacemos una mirada histórica, sería darle un incentivo a las inversiones con una propuesta jurídica con innumerables beneficios. Los cuales se hacen presentes a lo largo de la vida útil del contrato de fideicomiso, y tienen su corolario en la posibilidad de liquidación en cabeza del fiduciario, en base a principios o reglas bastante liberales. La propuesta funcionó. En un principio para grandes emprendimientos o para resguardo de tipo financiero, pero producida la recuperación económica la utilización de éste instrumento llamado contrato de fideicomiso se masificó. Nos encontramos actualmente con fideicomisos que son refugio de pequeños ahorristas, sobre todo en el rubro inmobiliario. El peligro se centra fundamentalmente en el poco profesionalismo de muchos de sus ejecutores los cuales se proponen fines de exclusiva rentabilidad económica, contradiciendo la esencia del instituto y sitúa a las partes, beneficiarios y/o acreedores en una situación de debilidad jurídica en la instancia de proteger sus intereses; todo ello de alguna forma incitados o incentivados por la regular técnica legislativa empleada.

Se sostiene que es necesario dotar al régimen de fideicomiso de herramientas que le permitan sortear vicisitudes económicas, las cuales deben priorizar la continuidad del contrato.

Es emblemática la sanción de la ley 25.284¹, para dar solución a las quiebras que se venían sucediendo en las entidades deportivas en nuestro país, siendo Racing Club el caso paradigmático. La ley establece ni más ni menos que la obligación de constituir un fideicomiso de administración con control judicial a las instituciones deportivas, con quiebra declarada, y opcional para las que se encuentren en proceso concursal. Se busca de tal modo, y de acuerdo a lo establecido por la mencionada norma, sanear el pasivo (art.2, inc.c) y superar el estado de insolvencia (art. 2, inc.e). Por un lapso máximo de 9 años, el fideicomiso a costa de la postergación del cobro de los acreedores, tendrá que producir un excedente que satisfaga a aquéllos. (Graziabile, 2005). Esta suerte de “fideicomiso a palos” como lo definiera Luis María Games (2001), tomando una frase que acuñara el jurista Osvaldo J. Maffía, se produce para otorgarle la tan mentada continuidad de las instituciones deportivas; reconducción que solicita también parte de la doctrina para los fideicomisos ordinarios para no condenarlos a la realización de los bienes en caso de insuficiencia patrimonial, tal como lo preceptúa la ley 24.441. Es decir, se trata de poner blanco sobre negro, en cuanto a las reglas que se deberán tener en cuenta a la hora de una crisis patrimonial por parte del fiduciario, ya que como se ha señalado, la posibilidad concreta de solicitar la liquidación judicial, desvirtuaría la esencia del contrato, en cuanto a su liberalidad.

¹Ley 25.284, del 6 de julio del 2000, Honorable Congreso de la Nación.

CONTRATO DE FIDEICOMISO.

LA LEY 24.441.

El contrato de fideicomiso esta regulado en el Título I de la ley 24.441, promulgada el 9 de enero del año 1995; en el art. 1° se lo define y establece las partes intervinientes en el mismo:

ARTICULO 1°- habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien obliga a ejercerla en beneficio de quien designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario

Se podría definir al Fideicomiso como el negocio a través del cual se opera la transmisión de un bien o conjunto de bienes denominada “propiedad fiduciaria” o “patrimonio fideicomitado”, a una persona de confianza en carácter de condicionada, relativa o provisorio para que sean destinados a un fin determinado; reconociendo que deberá transferirla al cabo del cumplimiento del fin o el plazo a otra persona que ya estaba predeterminada en el contrato. (Herrero Pons, 2004).

Es importante dejar bien establecido quienes son partes del contrato y quienes son partes del negocio fiduciario. Consecuentemente, debemos decir que son partes del contrato de fideicomiso:

- A) EL FIDUCIANTE: Es el que constituye el fideicomiso y puede ser una persona física o jurídica. Transmite por tanto la titularidad de los bienes o derechos al fiduciario. Puede ser beneficiario del contrato si lo establece a su favor.
- B) EL FIDUCIARIO: La ley permite a las personas físicas y jurídicas ser fiduciarios. Adquiere él o los bienes transferidos por el fiduciante, se compromete a cumplir lo establecido en el contrato y darle el destino a los bienes que allí se estableció. Así como el fiduciante no puede ser fiduciario, la ley tampoco permite que el fiduciario sea beneficiario o adquirir bienes fideicomitados para sí. Su único beneficio será la retribución estipulada contractualmente.

A la par de las partes intervinientes en el contrato de fideicomiso, existen otras que integran el denominado “negocio fiduciario”, ellas son:

- A) **EL BENEFICIARIO:** Es quien recibe los beneficios y potencialmente los bienes fideicomitados. Puede ser más de una persona y es de acuerdo al contrato acreedor del fiduciario. No obstante, carece de un derecho real, por lo cual es en el patrimonio donde podrá ejercer sus derechos. El fiduciante puede ser beneficiario.
- B) **EL FIDEICOMISARIO:** Es un tercero que no tenía entidad al momento de la instrumentación del contrato pero que puede involucrarse con él a través de cesiones. (Herrero Pons, 2004). Se ha denominado a esta figura un “invento argentino” innecesario y perjudicial, por cuanto es una constante en las legislaciones, sobre todo latinoamericanas, que se refieran indistintamente al beneficiario como al fideicomisario como sinónimos. No obstante, la legislación argentina, acompañada en este caso también por la uruguaya, crean una especie distinta de la del beneficiario; distinguiendo solamente al fideicomisario como “beneficiario final” por imposición del art. 26 de la ley. Es decir, la crítica se centra en que, al fin y al cabo son ambos beneficiarios, con lo cual no habiendo regulaciones de derechos y obligaciones específicos para la figura, resulta inconducente la distinción. (Lisoprawski, 2010).

NATURALEZA JURIDICA:

Existe un gran debate doctrinario acerca de la naturaleza jurídica del patrimonio fiduciario, sin perjuicio de ello y extrayendo sus principales conclusiones, tenemos las siguientes:

1. Mandato Irrevocable: El principal sostenedor de esta postura fue el jurista panameño Dr. Ricardo Alfaro. La principal crítica sostiene que los bienes objeto del mandato siempre son de titularidad del mandante; cuestión que dista de la dispuesta para el fideicomiso.
2. Titularidad doble: Es una adaptación del *trust* anglosajón. La titularidad “legal” la tendría el fiduciario, y la titularidad “económica” el beneficiario.
3. Patrimonio de afectación: Sostuvo la teoría el autor francés Pierre Lepaulle y tiene reflejo en el Código Civil de Quebec; el cual menciona que el patrimonio fiduciario constituye un patrimonio distinto y autónomo del patrimonio del constituyente, del fiduciario o beneficiario, sobre el cual ninguno de ellos tiene un derecho real.
4. Titularidad de fiduciario: Era el sistema anterior y sigue siendo actualmente, otorgando al fiduciario la titularidad de los bienes fideicomitidos como “propiedad fiduciaria”, siendo también un patrimonio distinto y separado del propio patrimonio del fiduciario. Cabe señalar que en nuestro ordenamiento jurídico existen supuestos en que una persona es titular de dos patrimonios, es decir, uno propio y otro denominado especial. Ejemplo de tales situaciones serían la aceptación de herencia con beneficio de inventario, la separación de patrimonios del difunto y del heredero, y el caso de presunción de muerte. La diferencia más importante radica en el hecho que en las situaciones enunciadas supra, el heredero una vez cesada la situación que mantiene los patrimonios separados, mantendrá la titularidad de sus bienes y adquirirá plenamente los restantes.
5. En cambio en el fideicomiso, el fiduciario tiene vedada la posibilidad de adquirir la propiedad de esos bienes una vez cesado o extinguido el fideicomiso.

6. Contrato típico: El contrato de fideicomiso regulado por la ley 24.441 es un contrato típico no asimilable a ninguna otra. La coexistencia con otras figuras jurídicas en el contrato no le quita entidad propia. El pacto de fiducia no le hace subsumir su naturaleza a la del mandato por ejemplo. (Soler, 2000).

FUNCION ECONOMICA

Sabido es que el fideicomiso es la figura contractual elegida por inversores, muchos o la mayoría de ellos de escaso capital, por tratarse de un instrumento que otorga seguridad y un marco jurídico flexible que se acomoda fácilmente a la finalidad económica de sus integrantes. Armoniza los intereses de un conjunto de personas para la consecución de un proyecto. Ahora bien, si consideramos que los fideicomisos ordinarios, sobre todo inmobiliarios, pueden ingresar en cesación de pagos o en estado de insolvencia que no les permita proseguir su mandato, la ley 24.441 en su art. 16 establece que debe procederse a la liquidación a cargo del administrador fiduciario; no obstante, no especifica requisitos ni procedimiento alguno que deba respetarse, sobre todo cuando el contrato no cuente con las previsiones a tales fines estipuladas por las partes. En homenaje a la celeridad que requiere esta figura contractual, que sin dudas se traduce en seguridad jurídica, se tratará de despejar estos interrogantes planteados sobre la proyección del fideicomiso en el tiempo, sobre todo teniendo en cuenta sus particularidades, en donde cualquier régimen que se instituya no debe afectar su versatilidad.

Gran parte de la doctrina se ha referido al instituto como una “caja de pandora”, en lo que hace a las situaciones importantes y complejas que deja libradas a la razonabilidad del fiduciario, tales como la liquidación en caso de insuficiencia patrimonial. Se cataloga el régimen como sumamente impreciso y genérico (Games y Esparza, Kiper y Lisoprawski, citado por Carregal, 2008). En caso de crisis del patrimonio fideicomitado, la ley no otorga parámetros claros y precisos acerca de reglas o procedimientos para la realización de los bienes; como tampoco deja lugar a una reconducción del contrato para evitar esa situación extrema.

La idea de trabajar en la faz preventiva, cumpliendo con la obligación que se le impone a los involucrados en el campo jurídico, es básica. No debemos esperar un ciclo negativo de la economía, ya que solo nos dejaría margen de actuación para operar sobre las consecuencias. Los peligros se ciernen sobre nosotros y nuestra comunidad, están presentes, por lo que resulta importante investigar si las soluciones jurídicas resultan acordes a esas situaciones.

Es indudable que a partir de la recuperación económica experimentada por nuestro país desde el año 2003, el contrato de fideicomiso tuvo y tiene un protagonismo central como instrumento de captación de inversiones, sobre todo en el rubro inmobiliario; fiduciante, beneficiarios y terceros adquirentes se relacionan en la expectativa cierta de un buen negocio para todos. Por otra parte, los acreedores del fideicomiso tendrán intenciones lógicas de hacerse con sus acreencias. No obstante, no nos es ajeno que Argentina ha vivido fluctuaciones económicas que van desde épocas de bonanza a las crisis más profundas. En ese marco es en donde se deberá verificar si la hibridez regulatoria o la extrema concepción liberal del contrato de fideicomiso, adolece de imprevisiones procedimentales de crisis, que puedan atentar contra la seguridad jurídica en este tipo de negocios. La regulación otorgada hace necesario el análisis de posibles modificaciones y no esperar el advenimiento de crisis futuras para darle debido tratamiento.

CLASES DE FIDEICOMISO:

La ley contempla dos especies a) el fideicomiso común u ordinario y b) fideicomiso financiero.

Teniendo en cuenta que el fideicomiso no es un fin en sí mismo sino un instrumento para vehicular un negocio jurídico, la doctrina agrupa las generosas especies de la figura legal en:

De administración;

De inversión;

Mixtos (de administración e inversión);

Inmobiliarios;

De garantía;

De seguros;

Traslativos específicos de propiedad;

De desarrollo;

Públicos y privados.

FIDEICOMISO FINANCIERO: Regulado en el capítulo IV, el art. 19 de la ley 24.241 lo define:

Fideicomiso financiero es aquél contrato de fideicomiso sujeto a las reglas precedentes, en el cual el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores para actuar como fiduciario financiero, y beneficiario son los titulares de certificados de participación en el dominio fiduciario o de títulos representativos de deuda garantizados con los bienes así transmitidos.

Dichos certificados de participación y títulos de deuda serán considerados títulos valores y podrán ser objeto de oferta pública.

La Comisión Nacional de Valores será autoridad de aplicación respecto de los fideicomisos financieros, pudiendo dictar normas reglamentarias.

De allí tenemos sus notas características: a) el fiduciario es una entidad financiera o sociedad especialmente autorizada por la C.N.V. b) los beneficiarios son los titulares de certificados de participación en el dominio fiduciario o de títulos de representación de deuda. c) están garantizados por los bienes así transmitidos. d) los certificados de participación y los títulos valores podrán ser objeto de la oferta y la demanda. (Herrero Pons, 2004)

La securitización es una transformación de activos ilíquidos en títulos valores negociables. Securitizar una obligación es representarla en un título. (Soler, 2000)

El mercado de capitales o mercado de valores es el vehículo financiero con el que cuenta el Estado o los particulares para hacerse de capitales a mediano y largo plazo. En nuestro país esta regulado por la ley 17811² que en definitiva es la norma que crea la autoridad que ejerce la superintendencia, es decir, la Comisión nacional de Valores (C.N.V.).

El fideicomiso financiero tiene definido, a diferencia de lo que sucede con el fideicomiso común u ordinario, en el capítulo VI art. 23 de la ley 24.441, un procedimiento de liquidación en caso de insuficiencia del patrimonio fideicomitado, aunque de carácter supletorio ante la falta de previsiones contractuales en tal sentido.

² Ley 17811 de oferta pública del 16 de Julio de 1968, Honorable Congreso de la Nación Argentina.

CAPITULO II

CRISIS DEL FIDEICOMISO

LIQUIDACIÓN DEL FIDEICOMISO.ART.16

En virtud del art. 2312 del Código Civil, el patrimonio es el conjunto de los derechos y obligaciones de una persona susceptibles de apreciación pecuniaria; esta concepción clásica conlleva a la caracterización de notas particulares, tales como: a) Sólo las personas físicas o morales pueden tener patrimonio; b) toda persona debe necesariamente tener un patrimonio; c) cada persona no puede tener más que un patrimonio, principio que puede tener excepciones por mandato de ley; y d) el patrimonio es inseparable de la persona, por lo que no se puede concebir su transmisión *in totum*. No obstante existen otros patrimonios, los cuales para que puedan ser válidamente reconocidos deben cumplimentar una serie de requisitos. Estos son los llamados patrimonios de afectación, separados o especiales en nuestra legislación (Games y Esparza, 1997). La ley de fideicomiso 24441, en su Título I Capítulo III, de los efectos del fideicomiso, en su art. 14 estatuye:

Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante. La responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del artículo 1113 del Código Civil se limita al valor de la cosa fideicomitada cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado³.

La doctrina califica el patrimonio del fideicomiso como un patrimonio de afectación, manifestando que no por ello se encuentra fuera de la ley de concursos y quiebras.

³Ley 24.441 del 9 de enero de 1995, Honorable Congreso de la Nación Argentina

Sostienen que la posibilidad de quiebra de un patrimonio de afectación es posible si tenemos en cuenta lo preceptuado en el art. 2, inc.1 de la ley de quiebras, pero indudablemente la ley de fideicomiso no ha deseado esta posibilidad (López de Zavalía, citado por Games y Esparza, 1997).

Por otra parte, autores como Silvio Lisoprawski (2010) y Claudio Kiper (2004) descartan la posibilidad de quiebra del fideicomiso, aunque entienden que la excesiva liberalidad del instituto atenta contra la seguridad jurídica y cataloga al modelo como un “salvavidas de juguetes”, que afortunadamente le ha tocado intervenir en épocas de bonanza económica, pero no dará respuestas efectivas en épocas de crisis.

CONCEPTO DE INSUFICIENCIA. ALCANCES.

El problema de la insuficiencia de los bienes que haga imposible la continuidad en la ejecución del contrato, tiene varias consecuencias; la primera que asoma es si es posible el concursamiento del patrimonio fideicomitado, en segundo lugar la situación luego del concurso del fiduciante y la actividad del fiduciario ante esta realidad, por último la utilización de las reglas previstas en el concurso para dar respuesta a las situaciones de insolvencia (Graziabile, 2005). La ley 24441, en su art. 16 establece la imposibilidad que este tipo de patrimonios sean declarados en quiebra, sin perjuicio de ello la norma citada prevé un escueto y por demás sencillo y breve procedimiento de liquidación sin quiebra, configurando en opinión de parte de la doctrina en un procedimiento concursal; distinto a los procedimientos establecidos en la ley de concursos y quiebras y con los consecuentes riesgos que supone forzar la solución a la esfera extrajudicial.

La imposibilidad de declarar la quiebra del fideicomiso en caso de “insuficiencia” de bienes, la limitación en la responsabilidad del fiduciario por las obligaciones contraídas y la manda legal de proceder a la liquidación a cargo del fiduciario surge de lo preceptuado en el art. 16:

Artículo 16° - Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos. La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender estas obligaciones, no dará lugar a la declaración de su quiebra.

En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según visiones contractuales, procederá a su liquidación, la que estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra; si se tratase de fideicomiso financiero regirán en lo pertinente las normas del artículo 24.

La norma incorpora el concepto de “insuficiencia”, que al decir de Lorenzetti (2007) resulta aún más restringido que el de “cesación de pagos” pues se trata de una relación económica entre el patrimonio fideicomitido y las obligaciones contraídas con motivo de la consecución de su objeto, esto es, se relaciona con un tipo de deudas y no con una clase como sería con la cesación de pagos. Para Silvio Lisoprawski (2010) este término utilizado por el legislador sería un “eufemismo” para denominar conceptos más sólidos como la insolvencia o la cesación de pagos que recepta la doctrina de la falencia. El autor se pregunta que se debe entender como “insuficiencia” y al respecto dice:

De manera elemental decimos que es lo que no basta o no alcanza cualitativa o cuantitativamente. Esta explicación primaria da lugar a numerosos interrogantes, entre otros: ¿qué lo caracteriza?, ¿cómo se evidencia objetivamente? ¿Y quien lo decide? ¿Quien si no es el fiduciario? La ley 24441 nada dice al respecto. No encontramos razones suficientes como para no aprovechar, en favor del fideicomiso la rica elaboración de la doctrina y de la jurisprudencia desarrollada en favor de la impotencia patrimonial del régimen del concurso preventivo y la quiebra. (Lisoprawski, 2010, pág.42)

Hay consenso en la doctrina en que la terminología utilizada por la ley no es la más adecuada, por cuanto nos remite a un supuesto de la carencia de recursos líquidos para afrontar las obligaciones contraídas; en este sentido Hayzus (2003) menciona el caso de un patrimonio solvente en términos de activos superiores en relación a los pasivos, pero que puede atravesar situaciones de iliquidez para continuar normalmente con su finalidad. Es decir, el autor nos coloca ante la situación de un patrimonio “suficiente” pero que por contingencias económicas puede encontrarse en un desequilibrio irremediable o temporal.

En otra perspectiva, Giraldi (1998) nos menciona la hipótesis de un patrimonio “*in bonis*”, que aun arrojando resultados positivos en sus balances, esto no bastara para cumplir con su finalidad. Agrega que si es posible que el fiduciario pueda liquidar por razones de insuficiencia, indudablemente puede tomar una determinación similar por imposibilidad de cumplir con el encargo.

El concepto de insuficiencia de bienes no parece direccionarse hacia un sentido económico o patrimonial, ni siquiera corresponderse con el dinamismo que caracteriza a todo patrimonio; sino más bien hace alusión a un concepto estático, matemático o numérico, sin pautas de verificación o cotejo concretas. Es un concepto un tanto extraño, que no ha recibido elaboraciones de tipo doctrinario o jurisprudencial importantes. No se hizo mención alguna a la posibilidad que la insuficiencia sea parcial u obedezca a una cuestión temporal y, en tal caso, que parámetros debemos tener en cuenta para reconocerla. La norma no contempla la posibilidad del crédito, como fenómeno de captación de fondos líquidos, toda vez que un patrimonio puede hallarse en la situación de insuficiencia de bienes pero tener acceso al mismo por las calidades profesionales del fiduciario o la envergadura del patrimonio fiduciario. Un elaborado análisis de la cuestión planteada ha realizado el maestro Osvaldo Maffía, quien se refiere al tema titulado “dubitativa configuración del estado de insolvencia”, detallando casos en los cuales es muy complejo para un juez determinar fehacientemente el estado de cesación de pagos. Finalmente, ¿cómo debe realizarse la valuación de la insolvencia?, según los valores de realización por ejemplo?, es posible una valuación por parte del acreedor?. Héctor Cámara decía “El criterio para justipreciarlo en consecuencia, no podrá ser áridamente contable y tampoco meramente jurídico, ya que se trata de sopesar la aptitud funcional de la empresa, la fuerza y la productividad de la que es actualmente capaz”. (Games y Esparza, 1997). La ley en este sentido ha dejado lugar a varias posturas interpretativas para dilucidar sus alcances, cuestión sumamente importante y trascendente si tenemos en cuenta que es el fiduciario quien deberá ameritar en cada caso si se dan las condiciones para proceder a la liquidación.

IMPOSIBILIDAD DE QUIEBRA.

Mencionamos que el art. 16 de la ley establece que la insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender sus obligaciones no dará lugar a la declaración de quiebra y autoriza al fiduciario a proceder a su liquidación, entregando el producido a los acreedores respetando los privilegios previstos para la quiebra. Esta reglamentación tan escueta es totalmente insuficiente y debió normarse una más prolija y adecuada, para solucionar la grave y compleja situación que contempla, sin intervención de jueces. Para Molina Sandoval (2009) la cuestión planteada no es baladí pues las vicisitudes económicas presentes en este tipo de contratos harían conveniente la aplicación del concurso preventivo y evitar la mera liquidación del fideicomiso. La doctrina en este extremo está dividida, por un lado autores como Games y Esparza (1997) sostienen que el fideicomiso es perfectamente concursable, para ello se apoyan en el art. 108 de la ley 24.522 como evidencia de que este tipo de patrimonio no está excluido de dicha ley. Que si bien se debe interpretar restrictivamente la cuestión de la quiebra, ello no implica que esté excluida la aplicación del concurso preventivo, pues no lo está por la ley 24.441 ni por la Ley de Concursos y Quiebras. Apuntan que hay que estar a favor y propender a la continuidad de estos patrimonios, haciéndolos viables a través de las herramientas que otorga en tal sentido la mencionada ley; la cual permite en su art. 5 la formación de concurso de las personas en liquidación. El procedimiento concursal puede ser un parámetro de diligencia según lo preceptuado por el art. 6 de ley 24.441:

ARTICULO 6° - El fiduciario deberá cumplir las obligaciones impuestas por la ley o la convención con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él.

En igual sentido se expresan autores del derecho comparado como Domínguez Martínez (1972), desde la legislación mexicana y las conclusiones que sobre el tópico realizó el VII Congreso Argentino de Derecho Concursal y V Iberoamericano sobre la insolvencia; criticando por mayoría la imposibilidad que los fideicomisos puedan ser declarados en quiebra en caso de insolvencia y por unanimidad que no debería ser el fiduciario quien se encuentre a cargo de la liquidación del patrimonio insolvente.

Malumián (2006), afirma que los fideicomisos pueden celebrar Acuerdos Preventivos Extrajudiciales (APE) aunque no se encuentren dentro de la lista de sujetos que pueden solicitar su concurso o quiebra (arts. 69 y ss. de la Ley 24.522) por cuanto no están prohibidos por la Ley 24.441 ni por la Ley de concursos y quiebras. Carregal (2008) apoya la solución dada por el autor mencionado.

La técnica legislativa utilizada por la ley es sumamente criticable, si tenemos en cuenta que en la ley de fideicomiso se encuentran normas totalmente contradictorias que van desde una remisión a la Ley de Concursos como lo establece el art. 16, hasta una norma de tinte derogatorio de cualquiera que se le oponga (art. 97, L.F). Es indudable que no existen actualmente en el derecho argentino un abordaje serio, orgánico y sistemático de la relación entre las normas concursales y los patrimonios de afectación. Se sostiene en un sector doctrinario minoritario por estos días que no existen razones conceptuales y legales que hagan que estos patrimonios queden fuera de la orbita de la ley falencial. Es preciso mencionar lo preceptuado por el art. 1 segundo párrafo de la ley de Concursos y Quiebras N° 24.522:

[UNIVERSALIDAD] – El concurso produce sus efectos sobre la totalidad del patrimonio del deudor, salvo las exclusiones legalmente establecidas respecto de bienes determinados.

Es una consagración de la “integridad del patrimonio”, que rige tanto para la sucesión como para el concurso como procesos universales. De ello se deriva que el proceso concursal comprende la totalidad de los bienes del que fuera titular el deudor, con las excepciones de sustento mínimo y principio de humanidad. Comprende tanto lo bienes que el deudor posea al momento de la apertura del concurso, como también aquéllos que adquiera hasta la conclusión del acuerdo preventivo, la rehabilitación en caso de quiebra o la conclusión de la quiebra. (Martínez de Petrazzini, 1995).

Existe una vocación natural a abarcar la totalidad del patrimonio y las excepciones en un proceso concursal serán tomadas en sentido restrictivo. Los sostenedores de una tesis favorable a la inclusión del fideicomiso a la ley concursal, manifiestan que la norma citada hace mención a “bienes determinados” y no a “patrimonios”. (Games y Esparza, 1997).

En el art. 2° de la ley 24.522 se regula el ámbito subjetivo:

Sujetos comprendidos. – Pueden ser declaradas en concurso las personas de existencia visible, las de existencia ideal de carácter privado y aquéllas sociedades en las que el Estado nacional, provincial o municipal sea parte, cualquiera sea el porcentaje de su participación.

Se consideran comprendidos:

- 1) El patrimonio del fallecido, mientras se mantenga separado del patrimonio de los sucesores;
- 2) Los deudores domiciliados en el extranjero respecto de los bienes existentes en el país.

No son susceptibles de ser declaradas en concurso, las personas reguladas por las leyes 20.091, 20.321 y 24.241, así como las excluidas por leyes especiales.

Tal como se expresa en el artículo citado, la ley excluye a las personas jurídicas, pero en este tipo de categorización no se encuentra el fideicomiso, pues se trata de un contrato o testamento, sin que se lo haya provisto de personalidad. Es decir, la ley no ha establecido la exclusión de los patrimonios de afectación, tanto del proceso concursal como cuanto del desapoderamiento; específicamente lo preceptuado en el art. 108 de la Ley de Concursos y Quiebras:

[BIENES EXCLUIDOS] – Quedan excluidos de lo dispuesto en el artículo anterior:

1. Los derechos no patrimoniales.
2. Los bienes inembargables.
3. El usufructo de los bienes de los hijos menores del fallido, pero los frutos que le correspondan caen en desapoderamiento una vez atendidas las cargas.
4. La administración de los bienes propios del cónyuge;
5. La facultad de actuar en justicia en defensa de bienes y derechos que no caen en el desapoderamiento, y en cuanto por esta ley se admite su intervención particular;
6. Las indemnizaciones que correspondan al fallido por daños materiales o morales a su persona;
7. Los demás bienes excluidos por otras leyes. [ley 24.522, art. 108]

Se encuentran dentro de las teorías objetivas aquellas posiciones que consideran a la masa de bienes como un patrimonio separado o de afectación, y hayan encontrado la explicación del desapoderamiento en el fenómeno de separación de patrimonios. Los aspectos más relevantes de la teoría indica que:

1. La separación del patrimonio del deudor de un núcleo patrimonial.
2. Que ése patrimonio este dedicado a la satisfacción de los acreedores verificados al momento de la quiebra.
3. La insensibilidad del patrimonio a las deudas que pudiera contraer el deudor en el futuro.

Sin perjuicio de las críticas de que pudiera ser objeto la tesis señalada en cuanto a que para explicar el desapoderamiento se debe recurrir al patrimonio separado, ya que ello se produce con la sentencia de quiebra; lo importante es tener en cuenta que si es posible que todo un patrimonio de afectación puede serle aplicable las disposiciones concursales, cuanto más aplicable puede ser a una mínima expresión de ese patrimonio como es el caso del fideicomiso. (Maffía, Ferrara y De Martini, citados por Games y Esparza, 1997).

Si bien de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico no es posible la extensión de la quiebra entre un sujeto jurídico y un patrimonio de afectación, existen quienes propugnan la misma, forzando los textos legales y fundando su posición en el carácter sancionatorio de la extensión de la quiebra en virtud del artículo 161 de la ley 24.522. (Games y Esparza, 1997).

Del otro lado, se encuentran entre otros Kiper y Lisoprawski, quienes argumentan que la exclusión de los fideicomisos de la Ley de Concursos no fue un olvido sino más bien *ex profeso*, ya que es posterior a la ley 24.441. No admite el concurso en la faz preventiva porque se caería en una incoherencia difícil de imaginar si éste no llega a feliz término y finaliza en quiebra. Se pregunta cómo sigue el régimen una vez decretada la quiebra cuando la prohibición de la ley 24.441 hace inaplicable la ley 24.522.

Se produciría “un desgarró inadmisibile en el entretejido de la ley de concursos, una dicotomía inconcebible e inaceptable el vacío legal consecuente” (Lisoprawski, 2010, pág.47). Sobre la posibilidad de acceder a los APE, sostiene que existe una contradicción en el razonamiento, ya que por un lado admiten la imposibilidad expresada por la ley 24.441 y por el otro afirman la posibilidad de un mecanismo de naturaleza concursal previsto en la ley de Concursos y Quiebras. Apoyado en las conclusiones arribadas en éste aspecto por Heredia, Lisoprawski (2010) considera que no puede considerarse extraño el APE a los procedimientos de concurso preventivo o quiebras; no puede acudir al procedimiento (APE) todo deudor que no pueda ser concursado preventivamente o declarado en quiebra. Molina Sandoval (2009) considera apropiada esta última posición, aunque también sostiene que no ha sido acertada la exclusión del patrimonio de las soluciones concursales. Si el fideicomiso fuera un sujeto de derecho no habría inconvenientes, afirma, pero es un patrimonio y por tal no encuadra en la norma.

AUSENCIA DE UN PROCEDIMIENTO REGLADO PARA LA LIQUIDACIÓN.

A los problemas del verdadero alcance de la noción de insuficiencia patrimonial, se suma que en cuanto a las alternativas de liquidación del patrimonio, la norma es también palmariamente insuficiente a la hora de establecer la extensión del término liquidación, a qué clase de liquidación se refiere, las pautas o procedimientos de liquidación, entre otras. Suele ocurrir habitualmente que las previsiones en este punto en los contratos son pocas cuando no inexistentes. En este punto se ha señalado que la omisión de estas previsiones pueden deberse a la negligencia u olvido de las partes contratantes, no parece conveniente condenarlas y habilitar lisa y llanamente que el fiduciario, sin supervisión sobre sus actuaciones de ninguna especie, ejecute decisiones relevantes en cuanto a cómo culminar la última etapa de la vida del fideicomiso. El fiduciario ocuparía sin más las funciones de parte, acreedor, juez, auditor, liquidador.

Un verdadero absurdo planteado por gran parte de la doctrina nacional, que quede a la voluntad del fiduciario, responsable de la administración fracasada, las evaluaciones sobre el mérito, oportunidad y conveniencia de sus decisiones, la forma de la liquidación, sin ningún recaudo legal ni judicial que sustente los intereses afectados en el contrato.(Bilbao y Aranda,2010). Para estos autores la incorporación del inc. 12 al art. 173 del Código Penal para castigar al fiduciario que defraudare a sus co-contratantes, no parece suficiente.

El problema de la ausencia de pautas claras en las reglas para una liquidación que contemple la situación de las partes en el contrato, pero también de los beneficiarios y acreedores del fideicomiso, pueden producir en el futuro una alta tasa de litigiosidad. Resulta particularmente interesante la ponencia efectuada en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, sobre la desprotección del adquirente en el marco de los actuales contratos de fideicomiso inmobiliarios: Los autores nos sitúan en la hipótesis de un adquirente que ocupa la calidad de beneficiario en un fideicomiso inmobiliario, el fiduciario ha logrado la finalidad propuesta, es decir, la conclusión de la obra con los planos aprobados, una escrituración posible y el reglamento de copropiedad correspondiente; no obstante, como resultado de los costos de la construcción debe enfrentar una situación de insuficiencia patrimonial. Los acreedores trabaron sendos embargos sobre los inmuebles que conforman el patrimonio fideicomitado. Los fiduciantes-beneficiarios originarios han cedido sus posiciones a terceros, al igual que el adquirente de nuestro ejemplo; el fiduciario por otra parte ha percibido sus honorarios y se los ha gastado, por lo tanto se encuentra en estado de insolvencia. El adquirente habita la unidad o terreno en carácter de tenedor, en virtud del contrato suscripto:

Ante la situación de insuficiencia patrimonial, el fiduciario- civilmente responsable pero económicamente insolvente- decide liquidar el patrimonio fideicomitado para abonar a los proveedores, los empleados y demás acreedores, las deudas contraídas en la ejecución del fideicomiso ¿puede lograr nuestro adquirente-beneficiario- tenedor la adjudicación del inmueble adquirido?

La realidad es que, el contrato de fideicomiso inmobiliario descrito, entraña, en honor a la verdad un negocio distinto. Independientemente del *nomen iuris* que se asigne, consideramos que podríamos encontrarnos frente a una sociedad de hecho y no un contrato de fideicomiso(El fideicomiso no da nacimiento a una persona jurídica.

Sin embargo AFIP, aplicando el criterio de la “realidad económica” los considera sujetos pasivos de la relación jurídico- tributaria -R.G. 776/2000).

Si por aplicación de estos principios la jurisprudencia arriba a la conclusión de que nos encontramos frente a sociedades de hecho y no frente a contratos de fideicomiso, ello posibilitará el pedido de quiebra de tales personas jurídicas y sus componentes y consecuentemente la aplicación del art. 1185 del Código Civil, y el art. 146 de la ley 24.522 a favor de quienes hubieran adquirido inmuebles bajo esta modalidad. (Volcoff, 2011)

El tema como vemos no es menor, existe en la legislación argentina la decisión de evitar la judicialización, de imprimir al instituto características de flexibilidad, autonomía de la voluntad, o siguiendo el trabajo de Bilbao y Aranda (2010), adaptable a la realización de ilimitados fines, a cambiantes situaciones económicas y fértil imaginación de los que se dedican a este tipo de ingeniería jurídica. La situación planteada conlleva un riesgo importante, fundamentalmente porque genera incertidumbre sobre el futuro de una figura contractual sumamente relevante y beneficiosa para la economía y el comercio. El fideicomiso tiene desde hace algunos años un papel importante dentro del mundo de los negocios; transitó por diversos momentos en cuanto a su aplicabilidad, ya que de ser una figura olvidada pasó a ser un instrumento estelar en estos tiempos. El peligro radica en que la subsistencia del mismo en el tiempo puede estar en riesgo si advertimos la reacción de inversores, acreedores, beneficiarios etc., frente a los abusos en la intervención judicial. (Bilbao y Aranda, 2010).

FIDUCIARIO COMO LIQUIDADADOR. CONFLICTO DE INTERESES.

El artículo 16 de la ley 24.441 ya referido precedentemente, hace alusión a que si el fideicomiso se encuentra en una situación de insuficiencia patrimonial que haga imposible su continuidad y el logro de su finalidad contractual, deberá proceder a su liquidación a través de la enajenación de sus bienes, todo ello a cargo del fiduciario. Parecería que la única vía para practicar la liquidación sería la enajenación de los bienes y que siempre estaría a cargo del fiduciario las gestiones conducentes a ese fin.

La doctrina es conteste en manifestar que es un despropósito establecer como único medio liquidatorio la enajenación de los bienes, ya que es posible encontrar soluciones más convenientes por vía convencional. Se refieren también a la situación del fiduciario en caso de liquidación forzosa del patrimonio fiduciario. En este punto, la práctica profesional indica que el mal desempeño de sus funciones, a raíz de un obrar contrario al establecido para “un buen hombre de negocios”, resulta detonante de la situación de liquidación forzosa a la que arriba el patrimonio fideicomitado. La contradicción es manifiesta, la persona que genera el estado de insuficiencia o estado de cesación de pagos, es quien a la postre tiene a su cargo las tareas de distribución a los acreedores. El legislador en este punto no tuvo la previsión necesaria para contrarrestar los posibles conflictos de intereses que pudieran suscitarse entre aquéllos y éste; toda vez que el fiduciario es en definitiva acreedor del fideicomiso por reembolso de sus gastos y los honorarios que pudieron fijarse oportunamente en la celebración del contrato. (Games y Esparza y Giraldi, citados por Lisoprawski, 2010).

BENEFICIARIOS VERSUS TERCEROS ACREEDORES.

El fideicomiso puede concluir por cumplimiento del plazo o condición impuesta para su existencia y en tal caso estaremos en el escenario de su “muerte natural”; en ésta instancia no parece haber inconvenientes en que por vía convencional se produzcan las auto regulaciones que las partes consideren pertinentes para la etapa de liquidación. No obstante, para el caso de liquidación forzada del fideicomiso por imperio del art. 16 de la ley 24.441, se presenta el problema de la oponibilidad *erga omnes* de dichas disposiciones contractuales que contemple un estatuto completo del procedimiento liquidatorio. Ahora bien, el interrogante que se plantea es hasta que punto las convenciones efectuadas en cuanto a las reglas o procedimientos estipuladas por las partes, son oponibles a terceros ajenos a su conformación. Para Hayzus (2003) el art. 16 es claro en cuanto a que aún en el caso de una conclusión anticipada el fiduciario deberá entregar el producido a los acreedores y una vez desinteresados, los beneficiarios podrán recibir la asignación de bienes que le correspondan.

De forma tal, sea la liquidación anticipada o al vencimiento del plazo o condición, para éste autor el tratamiento es el mismo. Carregal (2004) sostiene que el procedimiento liquidatorio previsto en el contrato no podrá ser oponible a los acreedores que no las hayan aceptado expresamente. Márquez (2008) en sus consideraciones va más allá, sostiene que las convenciones en orden a las reglas o procedimientos a cumplirse en la etapa liquidatoria por insuficiencia de bienes, son oponibles a los acreedores. Siempre y cuando no se violen aspectos de orden público, la ley es clara en que se establezca en el mismo contrato las provisiones al respecto; cuestión que no es ajena al conocimiento de los acreedores. Es notorio el silencio de la ley en este aspecto, lo cual hace que un sinnúmero de posiciones doctrinarias tomen vigor por una u otra posición; cuando en realidad una más prolija tarea legislativa haría despejar dudas acerca de un punto tan importante del contrato de fideicomiso. No sería razonable esperar la solución por vía jurisprudencial, ya que las soluciones que vienen de la mano del conflicto y la litigiosidad no despejan debidamente la incertidumbre que entraña el vacío normativo. (Lisoprawski,2010)

CAPITULO III

FIDEICOMISO Y CONCURSO

APLICACIÓN DE NORMAS CONCURSALES. FACTIBILIDAD.

La ley 24.441 nos trae una nueva excepción al régimen de concursos y quiebras, respondiendo a una clara política legislativa de “desjudicializar” los conflictos que pudieran suscitarse entre los destinatarios de la ley. No obstante, si pensamos en la complejidad de situaciones que abarca una norma tan escueta y ultra liberal, parece poco probable que pueda dar respuestas al dinamismo que es objeto la figura contractual en la actualidad. La pregunta subyacente que surge en primera instancia es si se deberá esperar el fracaso de fideicomisos, como una experiencia social despojada de valor alguno, para actuar sobre las modificaciones necesarias y no dependa del decisorio de un juez las acciones a ejecutar en uno u otro sentido. El precepto legal nos anticipa una verdadera “caja de pandora”, y en su interior un sinnúmero de situaciones complejas se irán develando o revelando. En principio se supone al sistema liquidatorio como extrajudicial aunque sin descartar la vía judicial, tanto como vía inicialmente establecida como una ulterior de carácter contingente. Frente a las posibles y complejas situaciones de conflicto no queda más que realizar un importante esfuerzo de imaginación para lograr aplicar normas jurídicas de carácter procedimental. Es harto elocuente que la legislación en la materia buscó despegarse de procesos como el concursal, que se caracterizan por su lentitud y rigidez; no obstante, la cuestión pasa por saber si el remedio no resulta peor que el tratamiento ortodoxo de la ley de concursos y quiebras. Indudablemente, el legislador sigue una línea voluntarista, ya que es impensable que el sistema legal tenga demasiado éxito en un contexto de acciones individualistas y egoístas de los acreedores sin la contención de un sistema universal y pragmático que deba ser seguido por todos.

En tal caso, la intervención de la justicia nos llevará indefectiblemente a la aplicación de normas concursales para la liquidación. (Kiper y Lisoprawski, 2004).

La “apodictica tacha” establecida en el artículo 16 de la ley de fideicomiso 24.441, en cuanto a la imposibilidad de la declaración de quiebra para este patrimonio de afectación, deja abierto el debate sobre su viabilidad, aunque en el ámbito meramente teórico. Algún sector de la doctrina sostiene que aún la no declaración de quiebra debe interpretársela en tanto y en cuanto se haya decidido la liquidación del patrimonio. Si esta decisión ya ha sido efectiva, no habría inconvenientes que la misma sea judicial o de quiebra. La regulación, para éste sector doctrinario, debió ser cuidadosa en cuanto al orden o secuencia temporal, ya que en principio se debió prever que los acreedores no puedan peticionar la quiebra o que una vez solicitada se proceda a la opción de la liquidación. El sistema así concebido sería más ordenado y menos arbitrario, sumado a que tenemos el antecedente del art. 258 de la ley 19.551. (Games y Esparza, 1997).

Se considera un exceso que el acreedor no pueda solicitar la quiebra del fideicomiso cuando el patrimonio se encuentre en estado de insolvencia total, esto es, aún verificado ése estado debe someterse a la voluntad del fiduciario para la liquidación. Negarle la acción de peticionar la quiebra implica condenarlo a la acción individual contra el fideicomiso y supeditar la suerte del patrimonio fideicomitado a la voluntad del fiduciario. Puede a voluntad disponer de bienes aún verificada la situación de cesación de pagos o de insuficiencia patrimonial, sin que por ello se pueda activar el sistema de ineficacia falimentaria; sumado a que podría disponer de fondos sin tener ningún tipo de control judicial al respecto. (Molina Sandoval, 2004).

POSIBILIDADES DE CONCURSO PREVENTIVO PARA EL FIDEICOMISO.

Las principales razones del sector doctrinario que propugna por la aplicación de la ley de concursos y quiebras, entre otras, pueden ser las siguientes:

- En principio la quiebra debe ser interpretada en sentido restrictivo, pero ello no supone a que se considere vedada la posibilidad del proceso concursal de concurso preventivo.

- Refuerza esta posición que no lo excluye la ley concursal ni tampoco la ley de fideicomiso, esto es, una aplicación en la esfera concursal del principio de que aquello que no está prohibido está permitido.
- El art. 5 de la ley 24.522 prevé una situación que puede relacionarse con la planteada:

[SUJETOS]- Pueden solicitar la formación de su concurso preventivo las personas comprendidas en el art. 2º, incluidas las de existencia ideal en liquidación.
- La forma más adecuada de evitar las liquidaciones de éste tipo de patrimonios, en su faz o costado negativo, puede ser la aplicación de la ley de concursos y quiebras.
- No se puede descartar al concurso como un instrumento para afrontar un pasivo y reencauzar una situación desfavorable de una empresa o, en este caso, de un patrimonio. La denominada “técnica de crecimiento”.
- La aplicación de la normativa puede ser un buen parámetro de actuación del fiduciario; ya que en virtud del art. 6 de la L.F. Debe actuar “según la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios, que actúa sobre la base de la confianza depositada en él”.
- La liquidación del fideicomiso a tenor de la ley puede ser judicial o extrajudicial, sin indicar parámetros de diligencia para establecer una u otra; la indeterminación apuntada se ve agravada por la disposición que asoma claro en la ley que debe ser el fiduciario el que lleve adelante la tarea liquidatoria. Es decir, quien contribuyó seguramente a conducir al patrimonio a su insolvencia o insuficiencia, es la persona que debe decidir qué vía es la más adecuada.
- La ley al no hacer distinción entre el fideicomiso contractual o testamentario, nos lleva a pensar que en el caso de la liquidación de fideicomiso testamentario lo más probable es que se apliquen las normativas sucesorias, en lo que hace a sus aspectos sustanciales como formales. Se hace mención a la ausencia de “un molde” o normativa general, que no haga recurrir a aplicaciones analógicas. Consecuentemente, la aplicación de la normativa concursal permitiría lograr más precisión y dotar a la liquidación del patrimonio fideicomitado de una serie de variables y flexibilidad necesarias para la realización de los bienes.

- La ley hace mención a que se deberá proceder a “enajenar los bienes” verificada la situación o estado de insuficiencia patrimonial. Es elocuente que se trata de una referencia poco adecuada y útil si tenemos en cuenta lo normado en el art. 204 de la Ley de concursos y quiebras:

[FORMA DE REALIZACIÓN. PRIORIDAD]—La realización de los bienes debe hacerse de la forma más conveniente al concurso, dispuesta por el juez según este orden preferente:

- a) Enajenación de la empresa, como unidad;
- b) Enajenación en conjunto de los bienes que integren el establecimiento del fallido, en caso de no haberse continuado con la explotación de la empresa;
- c) Enajenación singular de todos o parte de los bienes.

Cuando lo requiera el interés del concurso o circunstancias especiales puede recurrirse en el mismo proceso a más de una de las formas de realización. [Ley 24.522, art. 204]

- Existen algunos aspectos que hacen necesaria la aplicación de la ley concursal, a los fines de llevar más claridad en un régimen liquidatorio por demás escueto y liberal. Se podría llevar más certeza sobre cuestiones tales como: ¿quienes están legitimados para pedir la liquidación?, ¿cómo se determina la calidad de acreedor?, las acciones de responsabilidad, si se aplica o no la normativa sobre las relaciones preexistentes etc. (Games y Esparza, 1997).
- En la liquidación no está establecido un sistema recompositorio típico del proceso concursal. Tampoco la revocatoria (art. 119 y s.s. LCyQ), un régimen de responsabilidad adicional (art. 173 y ss. LCyQ). La falta de un medio obligatorio o coercitivo de liquidación hace dudar acerca de su constitucionalidad. (Molina Sandoval, 2004).

En sentido contrario opinan la que actualmente es la doctrina mayoritaria al respecto, sosteniendo que a la luz de las leyes 24.441 y 24.522 y sus modificatorias, no se infiere la posibilidad de activar el proceso concursal en la faz preventiva para los fideicomisos. La ley de concursos y quiebras no los incluyó a estos patrimonios, teniendo la posibilidad de hacerlo. En el art. 2 inc. 1° se incluye al patrimonio del difunto mientras se mantenga separado del o de los sucesores; por lo tanto, es claro que el legislador tuvo la posibilidad de incluirlos y no lo hizo “ex profeso”. Expresan que el art. 108 de la ley 24.522 apunta a bienes y derechos y no a patrimonios como universalidad. Si aún se acepta tal posibilidad, menciona que en el inc. 7 se exceptúa a bienes excluidos por otras leyes, y la ley de fideicomisos puede resultar ser una de ellas.

No admiten el concurso preventivo porque además no imaginan la incoherencia normativa que dará lugar en el supuesto que no llegue a feliz término y se produzca la quiebra. Cómo sigue el proceso una vez decretada la misma.

En cuanto a la extensión de la quiebra, sostienen que ni aun forzando los textos legales se podría llegar a tal supuesto; como primera aproximación porque sería *contra legem* y también porque la solución a las situaciones previstas en el art. 161 de la ley 24.522 serían más adecuadas si pasaran por la extensión de la quiebra al sujeto de derecho que reviste el carácter de fiduciario, aunque no por la condición de tal.

En esta instancia es preciso decir que dicha doctrina niega que sea posible la concursabilidad de los patrimonios fideicomitidos, no obstante manifiestan que la solución dada por la ley 24.441 no es la adecuada; al contrario, expresan su deseo a favor de la posibilidad de su concursabilidad u otro procedimiento reglado. (Kiper y Lisoprawski, 2004).

PROYECTOS DE REFORMA DE LA LEY 24.441 EN EL CONGRESO NACIONAL

Existen en el Congreso Argentino dos proyectos de ley vinculados con el fideicomiso en el concurso y la quiebra. El primero de ellos es un proyecto presentado en la Cámara de Senadores de la Nación bajo el número S1669/12, en virtud del cual se busca incorporar a los fideicomisos a la ley de Concursos y Quiebras. El segundo proyecto 769/12 fue presentado en la Cámara de Diputados de la Nación, pero busca incorporar sólo al fideicomiso de garantía a esa ley.

El art. 16 quedaría redactado de la siguiente forma:

Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso. La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a estas obligaciones dará lugar al concurso preventivo o a la quiebra, cumplidas las condiciones y presupuestos establecidos en la Ley 24.522.

En la expresión de los motivos se señala: “La insuficiencia del patrimonio fideicomitado y su liquidación es una de las cuestiones de fondo que se encuentran en permanente consideración por parte de la doctrina. El sistema auto liquidatorio creado por la ley cuando se trata de desinteresar a beneficiarios, fiduciantes y fideicomisarios, no ofrece problemas ya que la cuestión puede ser precisada en los propios contratos según ello mejor se adecue a cada caso sin mayor dificultad, debiendo en cambio merecer mayor cuidado respecto de los negocios jurídicos realizados por el fiduciario con terceros, comprometiendo el patrimonio fideicomitado, en cuanto se trate de los procedimientos referidos a estos últimos en el marco de una situación de insolvencia”.⁴

⁴Fuente: Congreso de la Nación Argentina, proyectos de ley:[versión electrónica]

CAPITULO IV

ALTERNATIVAS DE REFORMA DE LA LEY 24.441.

AUSENCIA DE REGISTRO DE CONTRATOS DE FIDEICOMISO:

Se ha mencionado como una de las carencias más importantes de la ley, la ausencia de publicidad de los contratos de fideicomiso comunes u ordinarios. Se hace necesario por tanto la creación de un registro que otorgue más protección a acreedores y terceros contratantes, que fueron ajenos a la conformación del contrato. La única publicidad es la establecida para fideicomisos financieros con oferta pública o los llamados fideicomisos públicos. Este tipo de patrimonios de afectación no debe permanecer en las sombras. El antecedente del Proyecto de Ley de fideicomiso del año 1985 que disponía la inscripción en el Registro Público de Comercio del acto constitutivo, no fue tomada en cuenta por la ley 24.441. Quienes contratan con el fiduciario deben saber a través de la transcripción completa del contrato si está actuando correctamente, dentro de sus facultades. Es decir, quienes contratan con el fiduciario deben tener conocimiento, ya sea para adquirir como para prestar con garantía real, deben tener acceso a los instrumentos legales pertinentes y a la situación jurídica de la totalidad de los bienes, muebles o inmuebles, ya sean registrables o no. (Games y Esparza, 1997). La mención que hace el art. 13 de la inscripción del dominio fiduciario en los registros correspondientes no hace referencia a la inscripción del acto constitutivo. Es una omisión importante ya que al tratarse de fideicomisos ordinarios, no cuentan con el control de la Comisión Nacional de Valores o del Banco Central, en los cuales existen aspectos sumamente relevantes a informar, como por ejemplo el plazo convencional de duración, aportes suplementarios en caso de insolvencia, condicionamientos de los actos de disposición o que graven los bienes afectados, facultades de extinción del fiduciante, causales convencionales de extinción, etc.

La falta de registraci3n abre la posibilidad a la inoponibilidad *erga omnes* sino tambi3n hace actuar la buena fe del tercero, aduciendo el desconocimiento de un contrato que permanece oculto. La simple y breve regulaci3n legal que caracteriza a la ley de fideicomiso sin dudas le imprime dinamismo a la actividad mercantil, despojando al sistema de enredos burocr3ticos; sin perjuicio de ello, es importante destacar que tambi3n se refleja inseguridad jur3dica y posible perjuicios a intereses de terceros. Lisoprawski se pregunta al respecto si la sociedad en nuestro pa3s esta preparada o suficientemente madura, en el respeto a las leyes en cada estamento social y econ3mico, para un sistema de tanta autodisciplina como 3ste. Los l3mites difusos del contrato de fideicomiso hacen que aun cuando todas sus cl3usulas sean v3lidas, hay que centrar nuestra atenci3n en si el 3mbito de actuaci3n del fiduciario corresponde a sus l3mites y facultades. Ya no nos interesa en este punto la suerte de las partes del contrato sino de aqu3llos terceros ajenos a la celebraci3n del mismo, vinculados desde otra posici3n. (Lisoprawski, 2010).

La legislaci3n uruguaya en la materia di3o un paso adelante con la sanci3n de la ley 17.703 del a3o 2003, consagrando la plena oponibilidad a terceros del contrato de fideicomiso inscripto. En igual sentido la moderna ley francesa de fideicomiso que en su art. 2019 dispone la inscripci3n de los contratos de fideicomisos en su acto constitutivo.

FALTA DE CONTROL DE LA OFERTA PUBLICA DE BIENES Y SERVICIOS:

El art. 19 de la ley 24.441 tipifica esta variedad de fideicomiso cuya caracter3stica central es que el fiduciario es una entidad financiera o sociedad, autorizada por la Comisi3n Nacional de Valores (C.N.V.) para desempe3arse como fiduciario financiero; siendo los beneficiarios los tenedores de los certificados o t3tulos garantizados con los bienes transmitidos. Para esta modalidad de fideicomiso la ley ha previsto un control estatal bastante exhaustivo, dado que por ejemplo para las entidades financieras tambi3n recibir3 la supervisi3n y control del Banco Central de la Rep3blica Argentina (B.C.R.A.).

No obstante nos encontramos en la ley con otras modalidades, ya no tipificadas como el fideicomiso financiero con una regulación propia, sino como desprendimientos de la figura básica. Así tenemos por ejemplo al denominado fideicomiso inmobiliario, cuya característica central es que resulta una aplicación del negocio fiduciario al rubro inmobiliario. (Lisoprawski,2010). Como ya lo desarrolláramos en otro capítulo, nuestro país desde el año 2003 ha sostenido un crecimiento vigoroso de su economía, sin dudas favorecido por el contexto internacional y puntualmente la valuación de los *comodities*, luego de la reversión de lo que técnicamente se conoce como “deterioro de los términos de intercambio”. En ése marco se fortaleció el mercado interno impulsado por un sector vinculado directamente con los precios internacionales y dinámico actor de la economía argentina como es el agro. El rubro inmobiliario fue el elegido para invertir dada las ventajas comparativas que obtienen con la cotización de la divisa estadounidense. En ése marco, el mercado inmobiliario se encuentra con actores profesionales en la oferta pública de bienes y servicios fiduciarios, y también con ejecutores improvisados de este tipo emprendimientos. Los riesgos elocuentes que conlleva son importantes si tenemos en cuenta que fundamentalmente se captan ahorros de la clase media, basados en la confianza que despierta esta figura que es presentada poco menos como el paraíso de las inversiones. Un contrato de fideicomiso mal instrumentado y no ejecutado con sentido profesional, puede transformarse en un dolor de cabeza para los inversores, sobre todo cuando se basa prioritariamente en la confianza ciega, como fenómeno de período de crecimiento y abundancia. Nuestra legislación ha adoptado un sistema liberal en cuanto a las condiciones profesionales del fiduciario, a diferencia de la mayoría de las legislaciones comparadas. A este respecto es dable mencionar el art. 5 de la ley:

El fiduciario podrá ser cualquier persona física o jurídica. Sólo podrán ofrecerse al público para actuar como fiduciarios las entidades financieras autorizadas a funcionar como tales sujetas a las disposiciones de la ley respectiva y las personas jurídicas que autorice la Comisión Nacional de Valores quien establecerá los requisitos que deban cumplir.

Indudablemente estamos en presencia de un sistema “mixto”, que en principio no es criticable *per se*, no obstante, al no tener sustento en una buena ley puede considerarse un arma de doble filo ante la ausencia de normas específicas de orden tuitivo. (Lisoprawski, 2010). En el caso de los fideicomisos ordinarios sería técnicamente más apropiado hablar de “oferta al público de bienes y servicios fiduciario” y no de oferta pública por hallarse regulada en la modalidad financiera.

El profesionalismo que se solicita para el fiduciario vendría a morigerar el desequilibrio sustancial que existe entre la *fides* depositada en él y el volumen que tienen los fideicomisos que encabeza. Es decir, en su envergadura organizativa, en sus prácticas, en sus métodos, en su excelencia moral, es en donde debe encontrarse asentada su actividad. En casi todos los países donde esta difundido el contrato encontramos el requisito de la alta profesionalidad y especialización. En Colombia por ejemplo se exige que deben ser fiduciarios aquéllos que se encuentren dedicados exclusivamente al *metier*. En México se otorga suma importancia al *track record* o historial probado. Para ello se debe evitar caer en la figura del “fiduciario *back up*” para remplazar inmediatamente como sustitutos en los casos de crisis. (Lisoprawski, 2010)

El fideicomiso es una herramienta práctica y dinámica, sin embargo, habida cuenta que en nuestro país históricamente a un período de bonanza le sigue otro de crisis, puede resultar necesario el control estatal de organismos especializados.

MUERTE NATURAL DE FIDEICOMISO. VACIO LEGAL:

Existe en el ordenamiento jurídico en la materia, un vacío legal en cuanto a la situación en la cual quedaría el patrimonio fideicomitado una vez operada o verificada la extinción del contrato por cumplimiento del plazo legal, cumplida o siendo de cumplimiento imposible la condición a la cual se había sujetado. La ley 24.441 no hace mención alguna al procedimiento que deberá seguir el fiduciario una vez acaecida la circunstancia extintiva. El art. 25 de la ley 24.441 dice:

El fideicomiso se extinguirá por:

- a) El cumplimiento del plazo o la condición a que se hubiere sometido o el vencimiento del plazo máximo legal;
- b) La revocación del fiduciante si se hubiere reservado expresamente esa facultad; la revocación no tendrá efecto retroactivo;
- c) Cualquier otra causal prevista en el contrato.

Por lo tanto nos encontramos ante la situación de un patrimonio que todavía se encuentra en poder del fiduciario, habiéndose ya extinguido el contrato y sin el cumplimiento de las formalidades establecidas en el art. 12 de la ley:

El carácter fiduciario del dominio tendrá efecto frente a terceros desde el momento en que se cumplan las formalidades exigibles de acuerdo a la naturaleza de los bienes respectivos.

La solución al vacío legal planteado debe buscarse teniendo en cuenta que el fideicomiso es una figura híbrida, es decir, en un estadio intermedio entre la concepción clásica del patrimonio único y el de los patrimonios desdoblados. Cabe destacar que hablamos de extinción del contrato y no de extinción del dominio fiduciario cuyas causales están previstas en el art. 9 de la ley 24.441.

El tiempo que transcurre desde la extinción del contrato hasta que el fiduciario cumpla con las obligaciones que se le imponen, esto es, la de entregar a las personas indicadas los beneficios que le correspondan, puede resultar un lapso de tiempo considerable. Es poco probable, a tenor de las experiencias vividas en la práctica, que en el mismo contrato se establezcan las previsiones del caso. Esta laguna o vacío legal ha llevado a prestigioso autor decir “Diríamos que el fideicomiso también necesita, no tanto un bautismo para evitar vagar en el limbo, pero sí actos funerarios, más o menos extensos, y una administración sucesoria en caso de muerte natural...” (Lisoprawski, 2010, pág.241). Tanto doctrinaria como jurisprudencialmente es aceptado que el

fiduciario luego de acaecida la causal extintiva por muerte natural continúe como propietario “imperfecto”, apoyado también por el art. 26 de la ley, en la cual se prevé una actuación del fiduciario “ultra vires”.

Se impone, por tanto, un procedimiento para esta etapa crucial del fideicomiso ordinario, el cual impondrá un esfuerzo de imaginación de los actores del derecho para lograr despojar a esta instancia de sus características enigmáticas. (Lisoprawski, 2010).

PROHIBICIÓN DE ADQUIRIR DEL FIDUCIARIO.

Nuestra legislación en la materia no admite que el fiduciario pueda adquirir bienes del fideicomiso ni que esta prohibición pueda ser dispensada en forma contractual. En este sentido el artículo 7 de la ley dice:

El contrato no podrá dispensar al fiduciario de la obligación de rendir cuentas, la que podrá ser solicitada por el beneficiario conforme las previsiones contractuales ni de la culpa o dolo en que pudieren incurrir él o sus dependientes, ni de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos.

En este sentido cabe destacar que la prohibición a esta altura de los hechos es cuanto menos innecesaria; toda vez que muchas veces en la práctica, por ejemplo en el rubro inmobiliario, la tarea del fiduciario es retribuida a través de metros cuadrados de obra como un método que hace posible el financiamiento adecuado del proyecto. Para eludir la prohibición se refleja otra situación contable, quitando la transparencia que requiere este tipo de contratos. Por ello sería conveniente la modificación de la ley también en este aspecto y a partir de allí sincerar una situación que viene siendo moneda corriente en la praxis, y solo pretendiendo que actúe con la diligencia y el profesionalismo que permita evitar situaciones de conflicto con los otros beneficiarios.

El Código Civil de Quebec de 1991 en su art. 1275 establece una solución particular “El constituyente o el beneficiario puede ser fiduciario, pero debe actuar conjuntamente con un fiduciario que no sea ni constituyente ni beneficiario”.

PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL.

El Proyecto de Reforma al Código Civil actualmente bajo tratamiento en el Honorable Congreso de la Nación Argentina, trata en el Título IV “De los contratos en particular” Capítulo 30 Sección 1° para las disposiciones generales, Sección 2° para los sujetos, y Sección 3° para los efectos del contrato de fideicomiso.

Utilizando una técnica legislativa diferente inclusive en los tiempos verbales, la definición del contrato de fideicomiso contenida en el art. 1666 sigue los lineamientos de la ley 24.441. Confirma la figura del fideicomisario como “beneficiario final” a pesar de las críticas que mereció por parte de la doctrina, las que se abordaron oportunamente en el presente trabajo y a las cuales me remito.

En cuanto a la forma, el proyecto en su art. 1669 es más claro que la actual ley al establecer que el contrato puede celebrarse en instrumento público o privado, excepto cuando se refiere a bienes cuya transmisión debe ser operada por instrumento público. En caso de no haber formalizado este requisito, el contrato vale como promesa de otorgarlo.

Afortunadamente el art. 1671 y 1673 del proyecto supera la desmedida e innecesaria prohibición de adquisición por parte del fiduciario de bienes fideicomitidos; el artículo hace mención que pueden ser beneficiario tanto el fiduciante, el fiduciario o el fideicomisario. Esta era una demanda proveniente de la praxis contractual y profesional, a los fines de otorgar mayor transparencia a las negociaciones entre los actores y para favorecer la dinámica en las operaciones fundamentalmente del sector inmobiliario. Deben obrar evitando cualquier tipo de conflicto de intereses con los otros beneficiarios y privilegiando a los restantes sujetos intervinientes en el contrato, como regla general.

El proyecto establece que en caso de muerte del fiduciario se puede evitar la intervención judicial, otorgando los actos necesarios para la transferencia de los bienes. Aquí entendemos que notificando al o los registros correspondientes de la novedad con la exhibición de la partida de defunción, el instrumento donde consta el fiduciario sustituto y la toma de razón por parte de las autoridades es suficiente.

Sorprendentemente el art. 1687 del proyecto toma partido por la liquidación judicial en caso de insuficiencia de bienes y a falta de previsiones contractuales en cuanto al aporte de recursos por parte de fiduciante o beneficiario. El juez competente deberá fijar el procedimiento de liquidación sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras, en lo que resulte pertinente. El proyecto da un paso adelante en un tema por demás controversial en la doctrina y en el ámbito profesional, no obstante el remedio otorgado a las excesivas liberalidades del fiduciario en esta etapa adolece de precisiones. La ambigüedad del proyecto al referirse a “la falta de otros recursos” nos lleva a imaginar que se trata de recursos que puedan evitar la insuficiencia de bienes o, en tal caso, los recursos en cuanto a procedimientos liquidatorios que podrían establecerse contractualmente por las partes. En este último supuesto no está claro si la tarea del juez interviniente es supletoria de las reglas dispuestas en el contrato o debe intervenir en todas y cada una de las etapas de la liquidación. Es más, que pasaría si las partes eligieron un sistema de liquidación distinto a las contempladas para los concursos y quiebras. Nos preguntamos si se encontraría dentro de lo indisponible para los contratantes en virtud del art. 1709 del proyecto si se encuentra en colisión con alguna norma del Código Civil. ¿Cuales serían las reglas establecidas para los procesos liquidatorios para los concursos y quiebras que debería seguir el juez competente?. El fideicomiso sigue no siendo sujeto concursal, aunque podría ser sujeto pasivo de la acción de ineficacia concursal.

CONCURSABILIDAD. DEBATE DOCTRINARIO

Planteamos el debate doctrinario que se da por estos días, acerca de la posibilidad de someter al fideicomiso al proceso concursal y, al margen de las consideraciones en uno u otro sentido, lo que resulta claro es la necesidad de instrumentar a la etapa de liquidación de este tipo de patrimonios de reglas o procedimientos adecuados que deberán ser fruto de la imaginación de los especialistas.

La ley es clara en negar la posibilidad de quiebra para el patrimonio fideicomitado, sin perjuicio de ello y como ya se ha desarrollado en extenso, una norma tan escueta y ultra liberal deja al arbitrio del fiduciario las tareas de realización de los bienes del patrimonio sin reglas claras ni control de ningún tipo, salvo que se quiera judicializar la etapa liquidatoria, con lo cual se pierde la esencia de la figura. Ya vimos que existe parte de la doctrina, avalada por autores importantes como Gámes y Esparza, que incluso llegan a sostener que es posible la concursabilidad del fideicomiso, tanto en su faz liquidatoria cómo en su faz preventiva. Llegan a esa postura sin dudas por la potencialidad de conflictos que trae aparejada el art. 16 de la ley 24.441, y la necesidad de proteger intereses importantes que van más allá de los simples intereses de los particulares vinculados en el contrato sino de la economía en su conjunto. La solución planteada viene de la mano de forzar los textos legales vigentes, de modo que no deja de ser un llamado de atención para los especialistas.

La universalidad es indiscutida en el ámbito concursal, sin perjuicio de ello también es importante señalar que es un principio general pero no absoluto. Si tenemos en cuenta la quiebra, nos encontramos:

1. Con respecto a los bienes, la excepción del art. 108 LCQ.
2. Con respecto a los bienes adquiridos después de la rehabilitación, art. 107 LCQ

En las antípodas de la postura anterior se encuentran autores importantes como Kiper y Lisoprawski, para quienes no es posible la quiebra del fideicomiso ni siquiera forzando los textos legales, como tampoco someter al régimen liquidatorio de la ley de concursos y quiebras en su faz preventiva. Fundamentalmente manifiestan que sería inadmisibles el desgarrar que sufriría la ley de no llegar a buen puerto el concurso preventivo con los acreedores e inimaginable el escenario que se pudiera plantear sin poder continuar el proceso hacia la quiebra por imposibilidad legal. No obstante, los mismos autores reconocen las falencias de la ley en lo que respecta a su sencillo y voluntarioso régimen liquidatorio, constituyendo según su opinión en una verdadera “caja de pandora” que habrá que solucionar o completar con mecanismos procedimentales acordes a la figura. El eufemismo de la “insuficiencia” como detonante o activador de la liquidación en cabeza del fiduciario, como concepto vago y sin el desarrollo de otros considerados de mayor envergadura, como pueden ser la cesación de pagos o el estado de crisis patrimonial. Respondiendo a un concepto meramente aritmético que puede corresponder a un patrimonio afectado circunstancialmente o con posibilidades de reorganización basados en modernas técnicas empresariales de salvataje.

Las contradicciones que afectan a la ley también son importantes como ya se ha señalado también; la remisión a normas concursales como por ejemplo la que cita el art. 16 en cuanto al orden de privilegios para el pago de acreedores sin marco legal adecuado, y la imposibilidad de recurrir a la quiebra del patrimonio sin contar con reglas subsidiarias de tipo concursal que puedan servir de guía de actuación para la liquidación, son elocuentes.

Es conocido que la ley 24.522 mantiene una tendencia voluntarista en desmedro de un sistema con mayor tutela del Estado, teniendo en cuenta que los intereses en juego son superiores a los intereses de los particulares. Aunque enmendado de alguna forma por las modificaciones introducidas por la ley 26.684, lo cierto es que no es una casualidad que el fideicomiso como patrimonio de afectación no haya sido incorporado específicamente como concursable.

Ahora bien, si decimos que es necesario que la doctrina realice un gran esfuerzo de imaginación tendiente a generar un sistema más protectorio, tanto para los particulares que pudieren verse afectados como para que el Estado no vea afectada también la dinámica de la economía, se puede analizar algunos aportes importantes que nos vienen del procedimiento concursal para que puedan ser *aggiornados* a la temática del fideicomiso.

El prestigioso jurista Adolfo Rouillon en su obra “Régimen de Concursos y Quiebras” (2004), manifiesta que concurso es una voz genérica que en nuestro ordenamiento jurídico tiene dos variantes: la quiebra, que es un proceso encaminado a la liquidación; y el concurso preventivo que es el proceso concursal dirigido a la reorganización. La reorganización es posible a través de un acuerdo preventivo, el cual conforme a la normativa vigente es posible luego de cumplidas las etapas del proceso de concurso preventivo o inclusive de forma más ágil utilizando el acuerdo preventivo extrajudicial. Un breve trámite procesal que en rigor de verdad no es totalmente extrajudicial, por cuanto necesita de la homologación judicial. Esta moderna forma de reorganización tiene como característica primordial que la instancia de negociación y suscripción del acuerdo se hace antes de instar cualquier proceso concursal. Pero lo más importante es que el deudor puede llevarlo a cabo aún antes de verificarse el estado de cesación de pagos o la insolvencia. Este sistema estrictamente debería denominarse “concurso preventivo abreviado”.

El sistema descrito tiende a dar solución a la situación de insolvencia del deudor sin tener que necesariamente caer en la liquidación del patrimonio, con las graves consecuencias que trae aparejada la liquidación forzada. Es la corriente que más se impone en la actualidad y para el futuro, esto es, otorgarle al insolvente los instrumentos legales que conduzcan a la continuidad, sobre todo de aquéllos que tienen giros empresariales, en donde la liquidación opera sobre la actividad y sobre el patrimonio. Estos acuerdos preventivos preconcursales o paraconcursales de tipo informal, son señalados para dar respuesta efectiva de forma sobria, rápida y económica. Son medios de solución efectiva del estado de la insolvencia y también de la crisis económica, muchas veces de tipo circunstancial que vive la persona o la empresa. Rouillon nos expresa que estos acuerdos son verdaderos contratos que obligan a las partes contratantes, no obstante si se los somete a un procedimiento concursal abreviado, pueden obligar a todos los acreedores, aun los que no dieron su conformidad al acuerdo.

Para ello es preciso cumplir con el procedimiento establecido a partir del art. 69 de la ley de concursos.

Define al estado de cesación de pagos como “el estado de impotencia para satisfacer, por medios regulares, las obligaciones inmediatamente exigibles” (Rouillon, 2004, pág.45). El autor menciona que no debemos confundir ese estado con un desequilibrio aritmético o déficit de activos en términos absolutos. A esta situación se llega cuando el pasivo es mayor al activo, también llamado insolvencia según estados contables. Es decir, cuando se hace una contabilidad en términos nominales, sin atender a las posibilidades de realización de uno y de otro.

A los fines de poder precisar mejor el estado de insolvencia hay que verificar la existencia de dos características, una de ellas es la generalidad, que se refiere a la extensión del patrimonio; y la otra la permanencia que se refiere a la extensión temporal, por oposición a una circunstancia pasajera.

No obstante hay una corriente que nació por el año 1980 aproximadamente, que propugna la sustitución del concepto de cesación de pagos por el de “estado de crisis”, sobre todo para las empresas. La recepción legislativa de esta doctrina en nuestro país se opero con la ley 22.917 que modificando la ley 19.551, reguló los acuerdo preconcursales. (Rouillon, 2004).

CONCLUSIONES PERSONALES

El sistema descriptos, esto es, los acuerdo preventivos preconcursales o paraconcursales, pueden ser un gran aporte o un motorizador de ideas para dotar al contrato de fideicomiso de reglas adecuadas para su instancia de liquidación. El procedimiento elegido para la liquidación del fideicomiso no deberá afectar el espíritu de la figura en cuanto a sus características de dinamismo, flexibilidad y autonomía de la voluntad para poder dar curso a la más sofisticada ingeniería jurídica en las diversas e ilimitadas proyecciones que se puede otorgar al contrato. Sin perjuicio de ello, la excesiva liberalidad con que cuenta actualmente el contrato no delimita claramente la orbita de acción del fiduciario sino que tampoco brinda certidumbre a los terceros vinculados con el mismo. La seguridad jurídica es uno de los pilares en los cuales se asienta la estructura negocial, y en nuestro país, dado los fracasos económicos sistemáticos que da cuenta la historia, no debemos esperar los ciclos negativos de la economía para actuar sobre las consecuencias. Los peligros son evidentes, solamente debemos actuar para evitarlos a pesar que por el momento son potenciales. Deseo fervientemente que una reforma a la ley 24.441 tenga en cuenta los puntos señalados, pues la sociedad nos ha impuesto a los actores del derecho una actitud proactiva en la defensa de sus intereses.

El proyecto de reforma al Código civil que fuera objeto de mención y tratamiento en el presente trabajo, considero es un paso adelante en el sentido de dotar a la figura contractual de normas reglamentarias en puntos álgidos en orden a morigerar la excesiva liberalidad que la inspira. Si bien es cierto que las modificaciones de que pueda ser objeto el contrato no deben afectar su versatilidad, toda vez que se trata de un instrumento potenciador de inversiones productivas de diversa índole, tampoco podemos dejar de contemplar que la ley así concebida seguramente no dará respuestas a períodos complejos en la economía de nuestro país.

En principio no parece razonable que la reforma haya establecido como única vía para la liquidación del fideicomiso a la judicial, desplazando las previsiones que pudieran haber establecido para esos efectos las partes del contrato.

La excesiva liberalidad criticada tiene su contrapartida en la reforma en una excesiva judicialización de la actividad liquidatoria. Por un lado vemos como un acierto que el juez competente deba fijar el procedimiento de liquidación en base a normas previstas para concursos y quiebras, ya que como hemos abordado precedentemente son mecanismos más sólidamente desarrollados desde la ley falencial. La mayor experiencia en mecanismos de restructuración empresarial para lograr la reconducción en la actividad comercial, pueden ser de suma importancia en las crisis por insuficiencia patrimonial del fideicomiso. Sobre todo ante un híbrido como es la “insuficiencia” en donde no está claro cuáles son sus parámetros técnicos a diferencia de otros con mayor envergadura como “la cesación de pagos” o “la insolvencia”. No obstante, ello debería haberse tenido en cuenta también como un esquema de actuación de los particulares contratantes, toda vez que en virtud del principio de autonomía de la voluntad y el espíritu del contrato, son ellos los que deberían ejecutar la liquidación sometiéndose a razonables y escuetas previsiones legales y en carácter supletorio dejarlo en manos del juez competente.

Sin perder de vista que estamos en presencia de un contrato y que como tal se encuentra tipificado y regulado en base a normas positivas en lo que hace a sus efectos jurídicos, no es menor que se trata de una herramienta que no tiene autonomía como tal pero que sirve para la realización de negocios subyacentes de la más variada especie. Es por ello que también se impone la creación de un registro de contratos de fideicomiso, tan ansiado por la doctrina más especializada. De esta forma, Argentina contaría con un sistema más avanzado en lo que hace a la mitigación de los riesgos que conllevan los límites difusos del fideicomiso, siguiendo los lineamientos de la moderna legislación francesa. Hay que tener en cuenta, tal como ya se mencionó anteriormente, que es el fiduciario el que actúa en los límites difusos o en la zona de penumbra. Está claro que el contrato puede ser perfectamente válido en todas y cada una de sus cláusulas, no obstante la actuación del fiduciario ser atentatoria de los intereses involucrados. En los bienes que no tienen registro, el riesgo es mayor. Sabido es que los contratos de fideicomisos se pueden modificar, tanto por voluntad de las partes o por que en el mismo contrato se lo establece como posibilidad.

En virtud de ello no sería en la práctica extraño que, habida cuenta de no haber podido alcanzar su finalidad, se prorrogue el plazo del contrato y modifiquen cláusulas que fueron importantes para los terceros a la hora de contratar o vincularse con éste. Se ha dicho con razón que acaso para no reputarle mala fe al tercero tendría la obligación de pedir el contrato cada vez que le venda una resma de papel al fideicomiso? (Lisoprawski,2010). Se plantea en algún sector doctrinario o profesional que los registros creados en nuestro país lejos de actuar con la eficiencia y celeridad que ameritan, se transformaron en una especie de monstruosa maquinaria burocrática que no responde a los fines establecidos primariamente. Sin perjuicio de responder estrictamente a la verdad, considero que es un error no producir los cambios que se requieren aduciendo prácticas o experiencias negativas en ámbitos similares. Me pregunto si no habrá llegado la hora de exigir a través de propuestas creativas un cambio en el entramado burocrático de nuestra administración de justicia. Hasta que punto una propuesta que encierra buenas intenciones se desvirtúa por falencias operativas.

En cuanto a la oferta al público de bienes y servicios fiduciarios, creo que una vez operada la reforma del Código Civil en lo que hace a la aplicación de normas de concursos y quiebras a la etapa de liquidación de fideicomisos, sumado a la creación de un registro de contratos, no parece razonable introducir en este aspecto regulaciones adicionales. Toda vez que con ello se logra atemperar las situaciones riesgosas que lleva aparejada la figura contractual en manos poco profesionales. En tal caso puede resultar positivo que el mismo registro de contratos de fideicomiso ofrezca la posibilidad de llevar una estadística de fiduciarios operando en el mercado.

El vacío legal que se verifica en el lapso de tiempo que va desde la extinción del contrato de fideicomiso por muerte natural y la extinción del dominio fiduciario, en cuanto a reglas o procedimiento de actuación claros para esta etapa en cabeza del fiduciario, puede vislumbrar un atisbo de solución. La misma vendría dada en mi opinión por la extensión de la aplicación de las normas de concursos y quiebras del art. 1687 del proyecto de reforma del Código Civil, en lo que fuere procedente a este respecto.

Por todo lo expuesto, considero que estamos en presencia de un contrato regulado en forma excesivamente liberal, el cual si bien no ha verificado desde su aplicación en masa hasta la actualidad una alta tasa de litigiosidad, es un instrumento de suma importancia para el desarrollo económico de un país que no puede estar supeditado a la sana conciencia profesional de sus ejecutores. El fideicomiso, en sus diversas aplicaciones, se encuentra atado muy fuertemente a la realidad económica de un país. En épocas de crecimiento productivo, las falencias estructurales del contrato y su implementación son mucho más manejables, ya que la inyección de capital o recursos en general conforman un panorama posible. No obstante, tan cierto es también mencionar que una crisis económica de la envergadura de las padecidas en Argentina harían caer como castillos de naipes a numerosos proyectos. Es sobre esas probables y complejas situaciones que se debe actuar, y para ello hay que fortalecer con mínimo marco regulatorio al contrato de fideicomiso ordinario, ya que es más que un contrato regulado y tipificado en el derecho sustantivo, es una herramienta de crecimiento que aglutina pequeños capitales, pequeños ahorros de “inversores domésticos”, que sin configurar una tarea de intermediación financiera debe atrapar la atención del Estado para su regulación.

BIBLIOGRAFIA

Doctrina:

Lorenzetti,R.L.(2000).*Tratado de los contratos*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni.

Lisoprawski, S. (2010). *Práctica del fideicomiso. Problemas y soluciones*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.

Kiper,C.M., Lisoprawski, S. V. (2004), *Tratado de fideicomiso*. Buenos Aires, Argentina: Lexis Nexis.

Hayzus,J.R.(2003). *Fideicomiso (2° ed.)*.Buenos Aires, Argentina: Astrea.

Giraldi,P.M.,(1998).*Fideicomiso*. Buenos Aires, Argentina: Depalma.

Molina Saldoval,C.A.,(2009).*El fideicomiso*. Buenos Aires, Argentina: B de F.

Molina Sandoval,C.A. (2004), *El fideicomiso en la dinámica mercantil*. Buenos Aires, Argentina: Ábaco.

Dominguez Martinez,J.,(1972).*El fideicomiso*. Ciudad de México, México: Porrúa.

Malumián,N.,Dipilotti, A.,Gutierrez, P.,(2006). *Fideicomiso y securitización*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.

Carregal,M.,(2008).*Fideicomiso, teoría y aplicación a los negocios*. Buenos Aires, Argentina: Heliasta.

Heredia, P., (2000).*Tratado exegético de derecho concursal*. Buenos Aires, Argentina: Abaco.

Volcoff, F.J., (Octubre, 2011). *La desprotección del adquirente en el marco de los actuales contratos de fideicomiso inmobiliario*. Ponencia. XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Tucumán, Argentina.

Games, L.M.,Esparza,G.A.,(2001).*Fideicomiso a palos*. Buenos Aires, Argentina: Gowa.

Games, L.M.,Esparza,G.A.,(1997).*Fideicomiso y concursos*. Buenos Aires, Argentina: Depalma.

Junyent Bas,F.,Molina Sandoval,C.,(2007).Bases para una reforma del régimen del fideicomiso. *A propósito de la necesidad de su inscripción*, LL C-782.

Herrero Pons,J.,(2004). *Práctica Contrato de Fideicomiso*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas.

Graziabile, D., (2005). *Insolvencia y fideicomiso*. Buenos Aires. Argentina: La Ley.

Martínez de Petrazzini,V.F. (1995). *Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522, comentario analítico y comparativo de la reforma*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Macchi.

Rouillon, A., (2004). *Régimen de concursos y quiebras*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

Soler, O., (2000). *Fideicomiso, sus aspectos jurídicos y tributarios*: La Ley.

Legislación:

Ley 24.441 del 9 de Enero de 1995, Honorable Congreso de la Nación.

Ley 24.522 del 7 de agosto de 1995, Honorable Congreso de la Nación.

Ley 25.284 del 6 de julio del 2000, Honorable Congreso de la Nación.

Ley 17.811 del 16 de Julio de 1968, Honorable Congreso de la Nación.

Jurisprudencia:

CNCom,Sala E, “Fidag S/liquidación judicial”,E.D.,AA6D41(2010).