



**CONTRATO DE FIDEICOMISO INMOBILIARIO
DISOLUCION CON INSUFICIENCIA DE PATRIMONIO**

Tania Andrea MORA

Año 2016

ABOGACIA

RESUMEN

Este trabajo tiene el propósito de analizar un aspecto controvertido dentro del Instituto del Fideicomiso, resumido al Fideicomiso Inmobiliario, como es la insuficiencia del patrimonio y la escasa normativa dispuesta para resolver esa situación. La Ley 24.441 solo contenía el artículo 16 haciendo una breve referencia a la posibilidad de aplicar las reglas previstas para los privilegios en la Ley de Quiebras, y hacía un reenvío a la Insuficiencia en el Fideicomiso financiero.

La reforma introducida en el Código Civil y Comercial de la Nación a partir del artículo 1666 introduce mejoras de importancia en el instituto, por ejemplo la adjudicación a título de dominio pleno de los bienes fideicomitados, pero deja nuevamente sin resolver con certeza, la cuestión de la insuficiencia y como ha de liquidarse un patrimonio en crisis, por cuanto el artículo 1687 muy similar al derogado artículo 16 con una contradicción expresa en su último párrafo pues primero enuncia que la insuficiencia no dará lugar al pedido de su quiebra, y al final establece que el juez que entienda en una disolución forzada podrá fijar el procedimiento previsto para los concursos y quiebras.

Palabras Clave: Contrato de Fideicomiso – Dominio Fiduciario – Insuficiencia Patrimonial – Disolución - Liquidación

ABSTRACT

With this work we are looking forward to analyze a controversial aspect inside the Fideicomiso institute, such as the insufficiency of the patrimony and the fact that the regulation laws are not enough to deal with this situation with efficiency. In the Law number 24.441, we can only find article number 16 doing a brief reference to the possibility to make use of the rules that were made to rule the privilege in the Quiebras Law.

The reform done in the Código Civil y Comercial de la Nación, which can be found from art number 1666 onwards, introduces important improvements in the institute but they seem not to be enough as it leaves without accurate answer the fact of the insufficiency and the way a patrimony in crisis has to be liquid. Article number 1687 is

very similar to the art number 16 already repealed, with a huge contradiction the one we can find it in the last paragraph.

Keywords: Trust Deed – Trust Domain – Insufficient Equity – Dissolution – Settlement

AGRADECIMIENTOS

Si comienzo por el principio, mi primer agradecimiento es a esa persona anónima que a partir de un llamado que realicé allá por el año 2011 a la Universidad, con la finalidad de interiorizarme respecto de la carrera, me informó amablemente y me persiguió hasta convencerme y ganarme por cansancio, entonces me inscribí, a vos.... Gracias.

A partir de ahí, agradezco a la vida la fortaleza, resistencia y persistencia que me dio, ya que casi gran parte de mi carrera me tocó transitar por situaciones límites y difíciles que implicaron grandes desafíos, y aún así, llegué hasta acá.

A Daniel, con quien comparto desde hace 21 años mi vida, una gran persona, compañero, apasionado del derecho y de la profesión, que me enseñó e inculcó como un enorme maestro, además de ayudarme y guiarme muchísimo también en este arduo camino.

Agradecer a mi mamá y hermanas, simplemente porque siempre estuvieron y están.

A mis compañeras y amigas de la vida universitaria, a las que quiero y agradezco el aporte que directa o indirectamente hicieron en esta etapa de mi vida.

A Constanza, mi única y adorada hija, que en este momento está lejos físicamente de mí, pero que sin saberlo motorizó esta y todas las etapas de mi vida desde que existe, a quien seguramente le falté y le fallé, que me enseñó ineludiblemente a madurar, por eso y por mucho más, gracias.

Por último, y desde lo más hondo y sentido de mi alma, le dedico esto a mi Papá, el ser más bueno y correcto del mundo, que por esas cosas inexplicables que tiene la vida, se fue de este mundo en el momento menos pensado, del que no podré sentir su abrazo físico por este logro, pero sé que lo está siguiendo, que me está guiando, iluminando y sintiendo felicidad y porque no, capaz un poquito de orgullo por ver que finalmente lo hice.

Tania Andrea Mora

INDICE

INTRODUCCION.....	7
METODOLOGIA.....	10
CAPITULO I. EL CONTRATO DE FIDEICOMISO EN GENERAL.....	11
1.1 El Negocio jurídico Fiduciario.....	11
1.2 Concepto de Fideicomiso.....	13
1.3 Bienes que pueden ser transferidos en propiedad fiduciaria.....	15
1.4 Diferencia entre Fideicomiso y Contrato de Fideicomiso.....	16
1.5 Conclusión Parcial.....	17
CAPITULO II. EL CONTRATO DE FIDEICOMISO EN PARTICULAR... ..	19
2.1 Características del Contrato.....	19
2.2 Partes intervinientes.....	22
2.2.1 Fiduciante.....	23
2.2.2 Fiduciario.....	23
2.2.3 Fideicomisario.....	24
2.2.4 Beneficiario.....	25
2.3 Sustitución y Responsabilidad del Fiduciario.....	25
2.4 Modos normales de conclusión.....	29
2.4.1 Plazo. Condición. Efectos.....	30
2.5 Conclusión Parcial.....	31
CAPITULO III. EL FIDEICOMISO INMOBILIARIO.....	32
3.1 Concepto. Ventajas.....	32
3.2 Clasificación.....	35
3.2.1 Fideicomiso de Construcción.....	35
3.2.2 Fideicomiso de Garantía.....	37
3.3 Conclusión Parcial.....	37
CAPITULO IV. FIDEICOMISO E INSOLVENCIA.....	38
4.1 Insolvencia.....	38

4.2 Insuficiencia. Concepto.....	39
4.3 Liquidación de Fideicomiso por Insolvencia.....	39
4.4 Conclusión Parcial.....	45
CAPITULO V. REGULACION.....	46
5.1 Código Civil Argentino. Evolución del Fideicomiso.....	46
5.2 Insuficiencia de Patrimonio en la Ley 24.441.....	47
5.3 Insuficiencia en el Código Civil y Comercial de la Nación.....	49
5.4 Ley de Concursos 24.522: Prohibición.....	50
5.5 Conclusión Parcial.....	51
CAPITULO VI. INSUFICIENCIA: DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.....	52
6.1 Opiniones de la doctrina.....	52
6.2 Jurisprudencia.....	55
6.2.1. CNCom, Sala A, 3/4/2009, “Fideicomiso South Link Logística s/pedido de quiebra promovido por Embal System SRL”	56
6.2.2. CNCom, Sala E, 15/12/2010, “Fideicomiso Ordinario Fidag s/ Liquidación”.....	56
6.2.3. Juz. Nac. de 1º Inst. en lo Comercial N° 17, Secretaría 34, año 2011, “Fideicomiso calle Chile 2286 s/liquidación judicial”	56
6.2.4. Juz. de 1º Inst. en lo Civil y Comercial Ciudad de Córdoba, año 2016, “García Abel c/Moyano Alberto Antonio y otros – Ordinario – Cobro de Pesos”...	56
6.3 Principios de la legislación concursal.....	58
6.4 Sujetos legitimados para solicitar la liquidación.....	61
6.5 Clausura y Distribución.....	68
6.6 Conclusión Parcial.....	68
CONCLUSIONES FINALES.....	70
BIBLIOGRAFIA.....	73

INTRODUCCION

El presente trabajo tiene por objeto el Contrato de Fideicomiso Inmobiliario, los diferentes aspectos que hacen a su seguridad, analizando las modificaciones introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación y los problemas que las mismas presentan. Para comenzar se afirma que el Contrato de Fideicomiso se constituye cuando una persona (fiduciante) transmite o se compromete a transmitir a otra (fiduciario) la propiedad de bienes, quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario) y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario.

Es un contrato que ha venido a dar mayor seguridad a inversores y terceros en una amplia gama de negocios, constituyendo un patrimonio diferente, el cual se mantiene durante la vigencia del mismo, totalmente ajeno a cualquier tipo de embate jurídico y económico del cual puedan verse afectados los intervinientes del contrato, sean estos el Fiduciante, el Fiduciario o los Beneficiarios, salvo aquellas obligaciones o compromisos propios del Fideicomiso, circunstancia plasmada originariamente en la parcialmente derogada Ley 24.441, artículos 15 y 16 que establecían que los bienes fideicomitados estaban ajenos a cualquier acción singular o colectiva tanto de acreedores del Fiduciante como del Fiduciario.

En ese contexto, el Fideicomiso Inmobiliario ha tenido gran recepción ofreciendo ventajas y seguridades para el desarrollo de los diferentes emprendimientos, como ha ocurrido con los condominios, las sociedades civiles, los fondos de inversión, la utilización de figuras societarias constituidas con el único objetivo de la construcción de un emprendimiento edilicio, entre otras.

Producida la condición o el plazo convenido, el contrato de fideicomiso, debe liquidarse y adjudicar los bienes, o rentabilidad lograda, según fuere el objeto para el cuál fue instrumentado.

Por lo suscitadamente expuesto, cabe formular las siguientes preguntas ¿Cuál es el régimen jurídico aplicable al Fideicomiso Inmobiliario, luego de la Reforma del nuevo Código Civil y Comercial de La Nación? y ¿Qué problemas interpretativos

presenta la nueva regulación en cuanto a los mecanismos de disolución y liquidación del fideicomiso mediando insuficiencia o inexistencia de patrimonio?

Para ello, se ha fijado como objetivo general determinar cuál es el régimen jurídico aplicable al Fideicomiso Inmobiliario luego de la reforma ocurrida con el Código Civil y Comercial de la Nación y establecer cuáles son los problemas interpretativos en cuanto a la disolución y liquidación del fideicomiso inmobiliario mediando insuficiencia o inexistencia de patrimonio. Y por otra parte, como objetivos específicos, caracterizar el negocio fiduciario o de confianza, enumerar las características esenciales de fideicomiso, identificar las partes o sujetos del Fideicomiso, determinar la responsabilidad de las partes, analizar la insuficiencia del patrimonio fiduciario, determinar la interpretación respecto de la disolución del Fideicomiso Inmobiliario, estimar como proceder ante la existencia de gravámenes, establecer la posibilidad o no de requerir el Concurso Preventivo, determinar si correspondería abrir un proceso de verificación, estimar la posibilidad de designación de un síndico o un liquidador y finalmente analizar si podrá promoverse la acción de responsabilidad concursal.

El desarrollo del TFG comprenderá tres partes fundamentales. La primera de ellas, tiene una finalidad netamente introductoria y estará conformada por el Capítulo I, donde se describirá el negocio jurídico fiduciario, se conceptualizará la figura del fideicomiso, los bienes que pueden ser transferidos en propiedad fiduciaria y finalmente la diferencia entre Fideicomiso y Contrato de Fideicomiso. En el Capítulo II, se describirán las características del Contrato de Fideicomiso, cuales son las partes intervinientes en el mismo, el mecanismo de sustitución y responsabilidad del fiduciario, los modos normales de conclusión y por último lo que respecta al plazo, condición y efectos.

La segunda parte del TFG está comprendida por el Capítulo III en el que se procederá al estudio del fideicomiso inmobiliario, conceptualizándolo, describiendo las ventajas del mismo, puntualizando la clasificación en Fideicomiso de Construcción y Fideicomiso de Garantía inmobiliaria. En el Capítulo IV se definirá la insolvencia y la liquidación del Fideicomiso por tal causa, conceptualizando además la insuficiencia.

La tercera y última parte de este TFG, abarcará los Capítulos V y VI. El Capítulo V estará determinado por la regulación de la insuficiencia del patrimonio fiduciario, su liquidación, el régimen imperante en la Ley 24.441, y las modificaciones introducidas en el Código Civil y Comercial de la Nación; describiendo en última instancia la prohibición de acudir a la normativa que prevé la Ley de Concursos y Quiebras N° 24522. En el Capítulo VI se puntualizarán las opiniones de la doctrina respecto de la insuficiencia de patrimonio, citando la jurisprudencia disponible en la materia, determinando finalmente quienes son los sujetos legitimados para solicitar la liquidación del fideicomiso, como así también las facultades de los liquidadores, la clausura al procedimiento, la distribución final y por último la falta de activos.

El interés puesto en la temática desarrollada, tiene como sustento, la ausencia eficaz de un procedimiento específico para la liquidación de un Fideicomiso con activo insuficiente, en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, y cuáles serían las facultades del Tribunal interviniente para lograr recomponer ese pasivo, lo que sin duda potenciaría la seguridad no sólo respecto del procedimiento a implementar o convenir, sino también respecto del Instituto de Fideicomiso.

METODOLOGIA

A los efectos de cumplir con los objetivos propuestos, se recurrirá a una investigación del tipo descriptivo, que consiste en seleccionar una cuestión o problemática, recoger información sobre ella y luego realizar una descripción sobre el tema. Se utilizará como estrategia metodológica la cualitativa, que está dirigida a la exploración, descripción y entendimiento de algún fenómeno o situación.

Respecto de las fuentes de información, que son todos aquellos instrumentos o recursos que nos aportan información sobre determinado tema, se utilizarán las Fuentes Primarias, que son las fuentes directas de información, originales, de primera mano, tales como fallos, sentencias y legislación relativos a la temática elegida; las Fuentes Secundarias, que son las que comentan, sintetizan o analizan las fuentes primarias de información y finalmente las Fuentes Terciarias, que son aquellos instrumentos que se basan en las fuentes secundarias. Se aplicará principalmente la técnica de observación de datos y documentos, analizando las fuentes primarias y secundarias mencionadas anteriormente.

En cuanto a las técnicas de análisis de datos, se utilizarán preferentemente las estrategias de análisis documental y de contenido, en cuanto que las mismas nos permitirán interpretar adecuadamente las condiciones previstas por la ley para la disolución del Fideicomiso mediando insuficiencia de patrimonio y las dificultades y particularidades que se presentan en su aplicación práctica por parte de los tribunales. Esta investigación abarcará el período delimitado entre los años 1869 a la fecha y comprenderá el estudio de legislación, doctrina y jurisprudencia nacional.

CAPITULO I

EL CONTRATO DE FIDEICOMISO EN GENERAL

El presente Capítulo pretende brindar las nociones generales del fideicomiso, que bienes pueden transferirse, la diferencia entre contrato y dominio, de manera tal que permita introducir el planteo de la disolución y liquidación.

1.1 El Negocio Jurídico Fiduciario

Para explicar el concepto de negocio jurídico fiduciario, Carregal (2013) sostiene:

Se podría incluir dentro de esta categoría a todos los actos o negocios jurídicos, típicos o no, en los que la confianza que inspira uno de los contratantes es el elemento personal decisivo para la concertación del negocio. Así participan de estas características, entre otros, el mandato, el depósito y la prenda con desplazamiento. Todos ellos tiene la particularidad – asignada tradicionalmente al fideicomiso por gran parte de la doctrina – de que a uno de los contratantes le asiste en mayor o menor grado, la “potestad de abuso” en el ejercicio de sus funciones, en perjuicio de la otra parte contratante. Pareciera que esta afirmación se sustenta en la apariencia de derecho que emana de cierta situación fáctica, como el hecho de tener o poseer cierto bien mueble no registrable, u ostentar un poder que habilita para ejecutar genéricamente cierta calidad de actos, cuya real comisión no consta que coincida con el deseo específico del poderdante.

Analizando el mandato, Carregal (2013) afirma:

Es evidente que el mandatario que actúa sobre la base de un apoderamiento general vigente que lo faculta para comprar y vender en forma amplia, podrá válidamente adquirir o enajenar bienes importantes, sin que los terceros tengan que inquirir sobre la real voluntad del mandante respecto de un bien determinado y aunque por ese medio se esté contrariando su voluntad, no expresada en el instrumento que exhibe el mandatario. Así, podrá haber abusado del mandato, pero los actos realizados a nombre del mandante, conservarán su validez, sin perjuicio de las responsabilidades en que pueda

haber incurrido el apoderado ante su instituyente, de probarse el apartamiento de instrucciones impartidas.

Así lo establecía el artículo 1934¹ del Código Civil. En el mismo sentido, el Código Civil y Comercial de la Nación, dispone en su Artículo 359² que “Los actos celebrados por el representante en nombre del representado y en los límites de las facultades conferidas por la ley o por el acto de apoderamiento, producen efecto directamente para el representado”. Para reforzar este concepto, el Artículo 361³ señala que “La existencia de supuestos no autorizados y las limitaciones o la extinción del poder son oponibles a terceros, si éstos las conocen o pudieron conocerlas actuando con la debida diligencia”, a lo que podemos agregar en relación al fideicomiso la prudencia del buen hombre de negocios.

El elemento confianza aparece como el pivote central del negocio y emerge por sobre los intentos del legislador de aportar al mandante la mayor seguridad de que el mandato será ejecutado según sus deseos. Algo parecido sucede con el depósito, especialmente el irregular en que el depositario adquiere el dominio de las cosas. (Carregal, 2013, p. 2)

Así lo establecía el artículo 2192⁴ del Código Civil, principio que ha sido mantenido en el Artículo 1367⁵ del Código Civil y Comercial de la Nación que dice:

Si se entrega una cantidad de cosas fungibles, que no se encuentran en saco cerrado, se transmite el dominio de las cosas aunque el depositante no haya autorizado su uso o lo haya prohibido. El depositario debe restituir la misma calidad y cantidad. Si se entrega una cantidad de cosas fungibles, y el depositario tiene la facultad de servirse de ellas, se aplican las reglas del mutuo.

Se observa que este elemento confianza también está presente en la prenda con desplazamiento, en el comodato y en el mutuo.

¹ Artículo 1934: Un acto respecto de terceros se juzgará ejecutado en los límites del mandato, cuando entra en los términos de la procuración, aún cuando el mandatario hubiere en realidad excedido el límite de sus poderes.

² Artículo 359 Ley 26994 Código Civil y Comercial de la Nación

³ Artículo 361 Ley 26994 Código Civil y Comercial de la Nación

⁴ Artículo 2192 Ley 340 Código Civil

⁵ Artículo 1367 Ley 26994 Código Civil y Comercial de la Nación

Como puede advertirse, los negocios fiduciarios considerados en general son una categoría dentro de la cual se incluye al fideicomiso, en cuanto participa del signo distintivo que los caracteriza: el factor confianza. A estos negocios se refiere específicamente el Artículo 909 del Código Civil y su categorización ha sido admitida por la doctrina nacional y extranjera. Sin embargo, luego de la sanción de la Ley 24441 y aún antes, especialmente cuando se trata de bienes registrables, la mentada capacidad de abuso se diluye puesto que en el título debe constar el carácter fiduciario de la propiedad que ostenta el titular del bien. Pero cuando la cosa fideicomitada es un mueble no registrable, la capacidad de abuso derivada de la simple apariencia que el tenedor de la cosa exhibe, coloca al fiduciario en la misma capacidad potencial de abuso que asiste al depositario, al acreedor prendario, al mandatario o al comodatario. (Carregal, 2013, p. 3)

1.2 Concepto de Fideicomiso

Con la sanción de la Ley 24.441⁶, se incorporó el Fideicomiso como figura tipificada en nuestro ordenamiento jurídico, permitiendo consolidar la formación de capitales para el financiamiento de la vivienda y la construcción.

Esta figura, mejoró sensiblemente la escasa normativa hasta entonces, pues sólo teníamos algunas normas en el Código Civil derogado. En su artículo 2662 ubicado dentro del Título VII dedicado al Dominio Imperfecto, establecía que el dominio fiduciario:

Es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento y es 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.⁷

Esta concepción marcaba diferencias e interpretaciones dispares que pudieron diluirse con la sanción de la Ley. Entre los aspectos más relevantes, se debe citar la separación

⁶ Ley de Fideicomiso 24441

⁷ Artículo 2662 Ley 340 Código Civil

de patrimonios, tanto el fideicomitido como el propio patrimonio del fiduciario, con la consiguiente disminución de los riesgos, que se consigue de manera expresa. Carregal (2013) afirma:

Esta conclusión cobra fuerza en el Proyecto, ya que sus autores han preferido incluir la definición de dominio fiduciario dentro de la regulación del contrato de fideicomiso. La sujeción de la propiedad a la existencia de un plazo o de una condición resolutoria, implica la admisión de un límite temporal del dominio que no es comprensible si no media un acto de aceptación voluntaria. En otras palabras, no habrá constitución de propiedad fiduciaria sin que medie acuerdo de voluntades, aún cuando se tratase de un fideicomiso testamentario...Esta clara referencia al contrato de fideicomiso o pactum fiducia contenida en la disposición comentada, permitía aprehender su esencia y aislar el rasgo que lo caracteriza y distingue de los demás negocios fiduciarios: la transferencia de propiedad a título fiduciario, tal como lo definía el Artículo 2662.

Dicho concepto, tal como lo definía el mencionado artículo 2662 queda confirmado en la ley 24441 y mantenido en el Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 1666 que dice:

Hay contrato de fideicomiso cuando una parte llamada fiduciante transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario⁸.

Si la propiedad o los bienes materiales o créditos fueren transferidos a otro título o no hubiere cambio de titularidad de cada uno de ellos, se estaría en presencia de otro negocio, incluso de algunos de aquellos llamados negocios de confianza (verbigracia compraventa, permuta, mandato, administración, depósito, comodato u otra figura jurídica distinta), pero no fideicomiso. Se observa, en consecuencia, como la confianza y según alguna doctrina la potestad de abuso, son rasgos comunes a todos

⁸ Artículo 1666 Ley 26994 Código Civil y Comercial de la Nación

los negocios fiduciarios. En cambio, la transferencia de la titularidad del bien sobre el que recae el negocio, efectuada a título fiduciario, es característica única del fideicomiso, marcando la gran diferencia con los demás contratos citados. Cabe recordar entonces, que todo acto por el cual se constituye un fideicomiso, es traslativo de propiedad o bien constituye una promesa de transmisión de propiedad. O sea que a través de él se transmite o se promete transmitir el título para disponer de los bienes dentro de los límites y con sujeción a las modalidades previstas para el cumplimiento de los fines perseguidos.

1.3 Bienes que pueden ser transferidos en propiedad fiduciaria.

Antes de la sanción de la ley 24441 podría discutirse si era posible constituir fideicomisos sobre otros bienes que no fuesen cosas, ya que la norma que daba sustento a esta figura jurídica, era la que definía al dominio fiduciario (Artículo 2662). Sin embargo, ya entonces se refería a bienes y no a cosas, para abarcar también a los objetos inmateriales susceptibles de valor, como ocurre con el aporte de créditos provenientes de tarjetas o carteras de deuda para evitar la inmovilización de activos financieros. En la legislación comparada, también se ha discutido si los bienes a transferir a un fideicomiso deben ser bienes materiales o pueden ser inmateriales susceptibles de valor. Carregal (2013) nos dice:

Esta parece ser la opinión de Guastavino entre nosotros y Batiza en México entre otros autores. A partir de la vigencia de la ley 24441 toda duda posible queda superada, ya que su Artículo 1 se refiere a la transmisión de la propiedad fiduciaria de bienes determinados (donde obviamente quedan comprendidos aquellos que no son cosas).

Con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación queda confirmado que pueden integrar un patrimonio todos los bienes que se encuentren en el comercio, pueden incluirse los créditos y derechos, cosas muebles o inmuebles, cosas fungibles o consumibles, cosas divisibles, principales o accesorias, frutos y productos, incluso las universalidades, aunque no pueden serlo las herencias futuras.

El Artículo 1670⁹ del Código Civil y Comercial de la Nación ha despejado todas las contradicciones al respecto, mejorando sensiblemente las dudas que existen en otras legislaciones sobre la naturaleza de la entrega de bienes que se efectúa al fiduciario.

Por ejemplo la ley mexicana, expresa que el concepto de fideicomiso no precisa la naturaleza y efectos de esta figura jurídica. La doctrina mexicana ha puesto como ejemplo, un fallo de la Suprema Corte en el que sostiene como principio que aún cuando el fideicomiso no es lo mismo que el mandato, el fiduciario sólo tiene funciones de mero administrador, haciendo incapié en que la deficiencia técnica fundamental en el concepto, es resultado de la mutilación que se hizo al mecanismo de la institución al privársele de su efecto traslativo de dominio. La legislación mexicana no prevé la existencia de la propiedad fiduciaria, ni expresamente la transmisión en propiedad de los bienes al fiduciario.

Por el contrario, los Códigos Chileno (Artículo 733 y ss), el Colombiano, tomado de aquel (Artículo 794 y ss), o el Código de Comercio Salvadoreño (Artículo 1233) dan una definición de Fideicomiso, y por lo general lo llaman propiedad fiduciaria, con características iguales que nuestra legislación. El Código de Comercio de El Salvador, agrega como objetos, el usufructo, el uso, la habitación, las rentas y las jubilaciones.

La ley de fideicomiso de Venezuela, al igual que la mexicana, tampoco aclara si la transmisión fiduciaria transfiere el dominio de los bienes. El Artículo 1° se limita a señalar que el fideicomiso transfiere uno o más bienes a otra persona llamada fiduciario, quien se obliga a utilizarlo en favor de aquel o de un tercero llamado beneficiario. Pero guarda silencio sobre la categoría jurídica de los derechos que el fiduciario adquiere sobre los bienes transferidos aunque señala que no pertenecen a la prenda común de los acreedores del fiduciario, concepto que se acerca a la teoría del patrimonio de afectación.

1.4 Diferencia entre Fideicomiso y Contrato de Fideicomiso

⁹ Artículo 1670: Objeto. Pueden ser objeto del fideicomiso todos los bienes que se encuentran en el comercio, incluso universalidades, pero no pueden serlo las herencias futuras.

Se hace necesaria la diferenciación de ambos conceptos pudiendo apoyarnos en la Ley de Fideicomiso 24441, en tal sentido Carregal (2013) sostiene:

Atribuimos al concepto de fideicomiso el significado de patrimonio separado constituido mediante la transferencia al fiduciario de la propiedad fiduciaria de determinados bienes con un fin específico. Por lo tanto no habrá patrimonio separado y por ende no habrá fideicomiso hasta tanto el fiduciario se convierta en propietario adquiriendo la propiedad fiduciaria de los bienes que lo integren, para darles el destino previsto en la convención. Mientras que si habrá contrato de fideicomiso – aún cuando el fideicomiso deba constituirse en el futuro – si el acuerdo prevé la entrega diferida de la propiedad fiduciaria de los bienes. Esta posibilidad surge claramente del Artículo 4 de la ley 24441, cuyo inciso primero nos indica que el contrato de fideicomiso – y no el fideicomiso que todavía no estará constituido – deberá contener los datos necesarios para la identificación de los bienes, si no fuese posible hacerlo a la fecha de otorgamiento del contrato. El Proyecto, en su Artículo 1666 prefiere definir el contrato de fideicomiso y no al fideicomiso, como puede leerse allí en términos similares a los empleados por el Artículo 1 de la ley 24441. Además, el contrato deberá prever la determinación del modo en que otros bienes podrán ser incorporados en el futuro al fideicomiso (es decir, al patrimonio separado cuyo titular es el fiduciario) según lo dispone el inc. b) del Artículo que comentamos. En el lenguaje cotidiano suelen emplearse estas expresiones en forma indistinta, pero no cabe duda que desde el punto de vista técnico jurídico tienen distintos significados. (p.9)

1.5 Conclusión Parcial

El instituto del fideicomiso, como patrimonio de afectación, es claramente un contrato y no una persona jurídica, y así ha quedado determinado inicialmente en la Ley 24.441 y con posterioridad en el Código Civil y Comercial de la Nación, brindando una amplia gama de soluciones por su gran versatilidad. Los negocios de diferente naturaleza pueden verse mayormente protegidos, permitiendo la intervención de diferentes operadores jurídicos y económicos con distintos intereses. También han permitido el financiamiento de créditos en una amplia gama de alternativas, como por

ejemplo no sólo la financiación de la vivienda, sino además la obtención de créditos a empresas, afectando como patrimonio, cupones de tarjetas de créditos para lograr adelantos bancarios, evitando la inmovilización de esos instrumentos y de manera simultánea, esos créditos quedaban protegidos de otras contingencias.

CAPITULO II

EL CONTRATO DE FIDEICOMISO EN PARTICULAR

Como el negocio fiduciario encierra una doble relación, real cuyo derecho se transmite del Fiduciante al Fiduciario; y personal de carácter obligacional por la cual el Fiduciario deberá cumplir los encargos en beneficio de Fiduciantes y/o terceros, todo ello sobre la base de un negocio único e integrado por relaciones jurídicas diferenciadas se hace preciso analizar las partes que intervienen, sus responsabilidades, el plazo y las condiciones a las que está sometido.

2.1 Características del Contrato.

Es un contrato de confianza por excelencia, de característica consensual, imperfecto, neutro u oneroso, formal, de ejecución diferida o continuada. Carregal (2013) puntualiza que es consensual, en virtud de que se consolida desde que las partes se prestan recíprocamente el consentimiento, lo que no debe confundirse con las formalidades para la adquisición del derecho real. La entrega más que un elemento constitutivo del contrato, es la consecuencia inmediata a la celebración.

Otros entienden que es un contrato real, que se perfecciona con la entrega, independientemente de la registración según el bien de que se trate, como el mutuo o el depósito. Lo concreto es que luego de suscripto el contrato, la entrega y registración, cuando corresponda, pueden ocurrir posteriormente.

Es oneroso, desde el punto de vista del fiduciario que puede percibir una retribución, no así desde el punto de vista del acuerdo fiduciario como tal, por ejemplo aquellos Fideicomisos Testamentarios.

Es Bilateral, atento a que indefectiblemente debe haber un Fiduciante, un Fiduciario y Beneficiarios, estos últimos pueden ser incluso los mismos fiduciantes. En la Ley 24.441¹⁰ el Fiduciario no podía ser Beneficiario, ahora con el Código Civil y Comercial de la Nación, esta prohibición ha sido superada.

¹⁰ Ley de Fideicomiso 24441

Es formal, pues requiere de la forma escrita, debiendo cumplirse los recaudos formales según la naturaleza del componente del patrimonio fiduciario, y su registración según corresponda, así lo establecía el art. 12 de la Ley 24.441, hoy el art. 1669¹¹ del Código Civil y Comercial de la Nación.

Profundizando lo descripto hasta aquí respecto de los caracteres del Contrato de Fideicomiso en particular, Minniti (2010) afirma:

Es un contrato consensual, ya que la sola expresión del consentimiento del fiduciante y del fiduciario basta para que se perfeccione el contrato, no obstante no se hubiera efectuado en ese mismo acto la tradición del patrimonio fideicomitado al fiduciario, o bien, que el contrato se hubiera modalizado, sujetando su existencia misma al vencimiento de un plazo o al acaecimiento de una condición. (p.918)

Respecto de la bilateralidad, y siguiendo en la misma línea autoral, Minniti (2010) dice:

Es un contrato bilateral, pues genera obligaciones recíprocas para ambas partes – fiduciante y fiduciario – (conf- 1138 del Código Civil). Para el fiduciante (fideicomitente una vez cumplida su obligación), la obligación de transmitir el dominio fiduciario de los bienes que constituyeron el objeto de la fiducia, y para el fiduciario, la obligación de recibirlo, de cumplir el mandato que se le ha conferido al celebrarse el fideicomiso, y oportunamente de transmitir a los beneficiarios los bienes recibidos o los que resulten de su gestión. (p. 918)

Otro de los caracteres del contrato es el ser oneroso. “la ley establece expresamente la presunción de su onerosidad en el Artículo 8º, al disponer que salvo estipulación en contrario, el fiduciario tendrá derecho al reembolso de los gastos y a una retribución” (Minniti, 2010, 919). Si esa retribución no estuviere fijada en el contrato, podrá el juez hacerlo en consideración con las tareas encomendadas, lo que no obsta un pacto respecto de la gratuidad en tal sentido.

¹¹ Artículo 1669 Ley 26994 Código Civil y Comercial de la Nación

Respecto del carácter formal del contrato y según la Ley 24441¹², específicamente su Artículo 4° establecía los requisitos que debe cumplir el contenido del mismo. Minniti (2010) distingue el contrato de fideicomiso de la transferencia fiduciaria, referenciando que también el Código Civil exige las formas según se trate de bienes inmuebles, para lo que se requerirá la escritura pública, y la instrumentación por escrito en caso de ser derechos creditorios los que se transfieren.

También se ha concluido que por la importancia de los términos y condiciones que se pactan en el contrato de fideicomiso, que sirven como título suficiente de la transmisión fiduciaria del inmueble objeto del mismo y permite legitimar los actos de administración y disposición del fiduciario, se recomendó su instrumentación por escritura pública... Asimismo se puso de manifiesto que el contrato de fideicomiso es la estructura jurídica de algún negocio subyacente, por lo que toda transmisión de bienes fiduciarios debe hallarse debidamente causada en dicho negocio. (Minniti, 2010, p.919)

Hoy el Código Civil y Comercial de la Nación, ha mantenido ese carácter formal del fideicomiso en el artículo 1669 el que textualmente dice:

El contrato, que debe inscribirse en el Registro Público que corresponda, puede celebrarse por instrumento público o privado, excepto cuando se refiere a bienes cuya transmisión debe ser celebrada por instrumento público. En este caso, cuando no se cumple dicha formalidad, el contrato vale como promesa de otorgarlo. Si la incorporación de esta clase de bienes es posterior a la celebración del contrato, es suficiente con el cumplimiento en esa oportunidad, de las formalidades necesarias para su transferencia, debiéndose transcribir en el acto respectivo el contrato de fideicomiso.¹³

En afán de culminar con este punto se dirá que el contrato de fideicomiso es además típico y nominado, cualidad que ya era reflejada en la ley 24441.

¹² Ley de Fideicomiso 24441

¹³ Artículo 1669 Ley 26994 Código Civil y Comercial de la Nación

Pues está establecido en el marco legal en el cual debe encuadrarse el contrato y la propia ley establece su denominación (Artículo 1° Ley 24441). Es un contrato de duración, pues el contrato prevé la ejecución continuada en el tiempo.... Es un contrato in tuito personae, pues se requiere en la figura del fiduciario idoneidad para el desempeño de su cargo, y sobre todo la confianza...Será civil o comercial, según sea la naturaleza del objeto o de la gestión encomendada, pudiendo resultar también calificado como tal por la condición de las personas que lo celebran... (Minniti, 2010, p.919-920)

2.2 Partes intervinientes

Se comenzará diciendo que el contrato de fideicomiso admite como partes intervinientes tres sujetos, siendo posible que actúen sólo dos, aún así la ley 24.441 contemplaba la posibilidad que coexistan hasta cuatro partes. Carregal (2013) sostiene:

El propietario del bien que se transfiere en fideicomiso y formula el encargo, se denomina “fiduciante” o “fideicomitente” o sencillamente “constituyente”. Se llama “fiduciario” o “fideicomitado” quien recibe el bien en fideicomiso y se compromete a darle el destino señalado en el contrato. Y “beneficiario” es la persona que aprovecha ciertas ventajas derivadas del fideicomiso, aquel en favor de quien se constituye el fideicomiso...

Continuando con el desarrollo del presente punto, corresponde indicar que el Código Civil y Comercial de la Nación mantiene iguales intervinientes, fijando en el artículo 1671¹⁴ el concepto de beneficiario y sus condiciones. Lo mismo hace el artículo 1672¹⁵ respecto del fideicomisario y 1673¹⁶ en relación al fiduciario.

Respecto de cada una de las partes intervinientes en el contrato de fideicomiso, las definiremos haciendo referencia a los requisitos, facultades y obligaciones de cada una de ellas.

¹⁴ Artículo 1671 Ley 26994 Código Civil y Comercial de la Nación

¹⁵ Artículo 1672 Ley 26994 Código Civil y Comercial de la Nación

¹⁶ Artículo 1673 Ley 26994 Código Civil y Comercial de la Nación

2.2.1 El Fiduciante

Puede ser una persona física o jurídica, que debe tener capacidad para contratar y para disponer de sus bienes. En el caso de las personas jurídicas, la potestad del órgano de administración para decidir e implementar una transferencia fiduciaria será interpretada en forma restrictiva...El fiduciante está facultado para ejercer acciones en resguardo del patrimonio fideicomitado. Estas facultades pueden encontrarse incluídas con mayor o menor extensión en el contrato respectivo, y en caso de no estarlo, emanan de la propia ley. Sin embargo, al respecto ha sostenido Gregorini Clusellas “Hay una impresión normativa sobre los derechos del fiduciante que deberá ser suplida a través del acto constitutivo. No se establecen recaudos de individualización alguno a su respecto y nada se dice sobre algunos derechos elementales, que si bien en su condición de otorgante podrá incorporar al acto, la ley debió contemplar para hipótesis de omisión. En tal sentido debió consagrarse su derecho a vigilar la actuación del fiduciario y el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, facultad que se establece a favor del beneficiario pero no del fiduciante, así como el derecho de éste a reclamar el reintegro de los bienes, si no acepta ninguna de las partes designadas: fiduciario, beneficiario y fideicomisario... Pareciera, en síntesis, que el criterio legal fuese dejar librado a su suerte al fiduciante que como redactor de las normas estatutarias fuese negligente en tutelar sus derechos...” (Minniti, 2010, p. 921-922)

2.2.2 El Fiduciario

Es la persona física o de existencia ideal encargada de recibir el patrimonio de afectación y de registrarlo a su nombre como propiedad fiduciaria, a fin de cumplir con la finalidad del contrato, entendiendo por tal la causa fin, o sea, la finalidad perseguida por el fiduciante. El fiduciario podrá disponer o gravar los bienes fideicomitados cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que para ello sea necesario el consentimiento del fiduciante o del beneficiario, a menos que hubiere pactado lo contrario. También se halla legitimado para ejercer todas las acciones que correspondan para la defensa de los bienes fideicomitados, tanto contra terceros como contra el beneficiario. El juez podrá autorizar al

fiduciante o al beneficiario a ejercer acciones en sustitución del fiduciario, cuando éste no lo hiciere sin motivo suficiente. (Minniti, 2010, p. 922)

Ante una contingencia, Minniti (2010) citando a Orelle refiere que el fiduciante no puede asumir el rol de fiduciario si el contrato está en plena ejecución; no obstante, si el patrimonio fue transmitido y al extinguirse su rol por haber transmitido la propiedad al fiduciario, puede asumir como fiduciario por haber dejado de ser dueño del patrimonio fideicomitado. Todo con la finalidad de limitar los intereses contrapuestos y de evitar los actos fraudulentos. Minniti (2010) dice:

Esto es así porque la protección de la que goza el patrimonio fideicomitado impediría a los acreedores y terceros que tuvieran algún derecho sobre esos bienes o bien respecto del patrimonio del fiduciante ejercer sus acciones para cobrar sus créditos, o bien para reivindicar tales bienes.

Dada la importancia de la figura del fiduciario sumada al factor confianza elementales en este contrato, Minniti (2010) resalta la creación por parte de la ley de nuevas figuras delictivas, debido que la característica destacada del negocio fiduciario es la potestad de abuso por parte de la persona en que se confía, a quien por causa del contrato no sólo se le han transmitido bienes, sino también poderes y remedios que puede mal utilizar en interés propio y del fiduciante.

2.2.3 El Fideicomisario

Si bien esta figura no era parte del contrato de fideicomiso, sino sujeto del mismo, tal como lo establecían los Artículos 1¹⁷ y 26¹⁸ de la Ley 24441. Minniti (2010) sostiene:

Es la persona designada en el contrato que recibirá la cosa en propiedad al vencimiento del plazo o cumplimiento de la condición. Es una persona diferente

¹⁷ Artículo 1: Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario.

¹⁸ Artículo 26: Producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario estará obligado a entregar los bienes fideicomitados al fideicomisario o a sus sucesores, otorgado los instrumentos y contribuyendo a las inscripciones registrales que correspondan.

del beneficiario, y sólo puede participar del contrato en cuanto sea designado propietario de la cosa a su vencimiento. No es parte del contrato, pero sí participa del negocio fiduciario. Es el destinatario final del patrimonio fideicomitado, y esa condición le confiere un interés legítimo para verificar la forma en que se cumple el fideicomiso, controlar la actuación del fiduciario...Goza de un derecho personal pero en expectativa, carente de plena exigibilidad, pues su emplazamiento depende de lo que acontezca con los beneficiarios del fideicomiso. Por ello puede realizar actos conservatorios, e interrumpir prescripciones, inclusive también, al igual que los beneficiarios, puede válidamente transmitir su derecho.

Hoy el Código Civil y Comercial de la Nación, ha incluido expresamente la figura del fideicomisario en el Artículo 1672, dispositivo que se encuentra en la Sección 2° del Capítulo Treinta, destinada a los sujetos del contrato, estableciendo que es la persona a quien se le transmite la propiedad al concluir el fideicomiso y puede ser el fiduciante, el beneficiario o un tercero.

2.2.4 El Beneficiario

El contrato debe individualizar al beneficiario, quien podrá ser una persona física o jurídica, que puede o no existir al tiempo del otorgamiento del contrato... El beneficiario no es parte del contrato de fideicomiso, aunque sí es uno de los sujetos del contrato. El beneficiario no contrata sobre el fideicomiso, sino que el fideicomiso ya constituido le transmite sus efectos... En cuanto a la transmisión del derecho del beneficiario, éste puede transmitirse por actos entre vivos (cesión, donación, u otros) y también por causa de muerte, salvo que el contrato contenga disposición en contrario del fiduciante. (Minniti, 2010, p. 925)

2.3 Sustitución y responsabilidad del Fiduciario

La ya mencionada ley 24441, en su artículo 9¹⁹ describía las causales de cesación del fiduciario, quien en caso de ser reemplazado lo será por el sustituto designado o de acuerdo al procedimiento previsto en el contrato. Gruskin (2013) concluye:

Si el contrato no hubiere previsto un fiduciario sustituto o si habiéndolo previsto, éste no aceptare, el juez designará como fiduciario a una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores para actuar como fiduciario financiero. Los bienes fideicomitidos serán transmitidos al nuevo fiduciario.

El Código Civil y Comercial de la Nación, no ha establecido casi diferencias para la sustitución del Fiduciario, pero si ha completado el espectro de posibilidades en su artículo 1679²⁰ el que establece:

Sustitución del fiduciario. Producida una causa de cese del fiduciario, lo reemplaza el sustituto indicado en el contrato o el designado de acuerdo al procedimiento previsto por él. Si no lo hay o no acepta, el juez debe designar como fiduciario a una de las entidades autorizadas de acuerdo a lo previsto en el artículo 1690. En caso de muerte del fiduciario, los interesados pueden prescindir de la intervención judicial, otorgando los actos necesarios para la transferencia de bienes. En los restantes casos de los incisos b), c) y d) del artículo 1678, cualquier interesado puede solicitar al juez la comprobación del acaecimiento de la causal y la indicación del sustituto o el procedimiento más breve previsto por la ley procesal local. En todos los supuestos del artículo 1678 el juez puede, a pedido del fiduciante, del beneficiario, del fideicomisario o de un acreedor del patrimonio separado, designar un fiduciario judicial provisorio o dictar medidas de protección del patrimonio, si hay peligro en la demora. Si la designación del nuevo fiduciario se realiza con intervención judicial, debe ser oído el fiduciante. Los bienes fideicomitidos deben ser transmitidos al

¹⁹ Artículo 9: El Fiduciario cesará como tal por: a) Remoción judicial por incumplimiento de sus obligaciones a instancia del fiduciante; o a pedido del beneficiario con citación del fiduciante; b) Por muerte o incapacidad judicialmente declarada si fuera una persona física; c) Por disolución si fuere una persona jurídica; d) Por quiebra o liquidación; e) Por renuncia si en el contrato se hubiese autorizado expresamente esta causa. La renuncia tendrá efecto después de la transferencia del patrimonio objeto del fideicomiso al fiduciario sustituto.

²⁰ Artículo 1679 Ley 26994 Código Civil y Comercial de la Nación

nuevo fiduciario. Sin son registrables es forma suficiente del título el instrumento judicial, notarial o privado autenticado, en los que conste la designación del nuevo fiduciario. La toma de razón también puede ser rogada por el nuevo fiduciario.

La responsabilidad del Fiduciario en el contrato de fideicomiso, deberá ser analizada tanto en su aspecto interno como externo. En cuanto al primer aspecto la relación es entre el fiduciario y los participantes del fideicomiso y en su aspecto externo dicha relación es entre el fiduciario y los sujetos ajenos al fideicomiso. Así el fiduciario, en base al contrato de fideicomiso, será responsable por cualquier perjuicio causado a los participantes del fideicomiso por la no ejecución o ejecución parcial, salvo caso fortuito; esa responsabilidad es subjetiva y no puede ser dispensada. (Gruskin, 2013). Esto lleva a distinguir la responsabilidad contractual de la extracontractual, ya que en relación a la extensión del resarcimiento, a las consecuencias y a los términos de prescripción, difiere una de otra.

Respecto de las limitaciones a la responsabilidad del fiduciario, Gruskin (2013) al respecto dice:

En primer lugar, se crea un patrimonio fideicomitado, separado del patrimonio del fiduciante, fiduciario y beneficiarios. Los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio separado del fiduciante y del fiduciario. Por otra parte, la ley limita la responsabilidad del fiduciario al valor de la cosa fideicomitada...La responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del Artículo 1113 del Código Civil, se limitaba al valor de la cosa fideicomitada cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado.

En los contratos de Fideicomiso, por lo general suele establecerse si dicha responsabilidad es de medios o de resultado, y en relación a ello, también se fijan cláusulas de indemnidad. El común de los contratos, determina que la obligación es de medios, donde el fiduciario como administrador de un patrimonio de afectación, se compromete a desarrollar las obligaciones pero no asegura de manera alguna un éxito, sino a procurarlo por medios razonables. En los reclamos contra Fiduciarios, un incumplimiento por sí solo, no habilita a extender su responsabilidad, pues para ello

es menester probar una actividad fraudulenta o dolosa, debe acreditarse que los fiduciarios se hayan excedido en el ejercicio de sus facultades o que hayan afectado los bienes fideicomitidos a finalidades distintas a las previstas, lo que justificaría agredir su patrimonio personal.

El Código Civil y Comercial de la Nación, establece en su artículo 1674²¹ las pautas de actuación del fiduciario y reitera, como en la Ley 24441, que su actuación debe adecuarse a la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios, cumpliendo las obligaciones que fija el contrato y la ley, manteniendo la obligación de rendir cuenta y prohibiendo que se lo dispense de dicha obligación, así lo dice el artículo 1676²²: “El contrato no puede dispensar al Fiduciario de la obligación de rendir cuentas, de la culpa o dolo en que puedan incurrir él o los dependientes, ni de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos”

De la lectura, tanto de la parcialmente derogada ley 24441 como del Código Civil y Comercial de la Nación, se pueden extraer las obligaciones del Fiduciario, que básicamente refieren a cualquier tipo de Contrato de Fideicomiso, a saber:

Ejercer el dominio de la administración fiduciaria en beneficio de los beneficiarios, por cuanto esta obligación, es la razón de su constitución.

Transmitir los bienes fideicomitidos al cumplimiento del plazo o condición, dentro de lo cual merece como mención, que en un Fideicomiso inmobiliario para la construcción de un emprendimiento edilicio, esta obligación queda cumplida con la adjudicación de las Unidades.

Efectuar la rendición de cuentas, que incluso constituye su mejor defensa ante un eventual reclamo de incumplimiento del cometido.

Mantener la separación de los bienes afectados al acuerdo fiduciario, de sus bienes propios, ejecutando las inscripciones registrales que pudieren corresponder según la naturaleza de los bienes que fueron aportados. Al respecto vale recordar que esta

²¹ Artículo 1674 Ley 26994 Código Civil y Comercial de la Nación.

²² Artículo 1676 Ley 26994 Código Civil y Comercial de la Nación.

expresa separación, permite invocar lo que la ley dispone esto es, que sus bienes personales permanecen ajenos de cualquier contingencia del Fideicomiso, como así también, las contingencias jurídicas o económicas personales, de manera alguna agreden al patrimonio fiduciario.

Ejercer todas las medidas o acciones que pudieren corresponder en defensa del patrimonio fideicomitado, tanto respecto de terceros, como de los propios beneficiarios, incluso aquellos que no cumplieren con los aportes irrevocables comprometidos.

No puede renunciar de manera intespestiva, debiendo suscribir toda la documentación pertinente para la efectiva transferencia al sustituto.

No adquirir para si los bienes fideicomitados, con la salvedad que marca hoy el Código Civil y Comercial en su artículo 1673²³ in fine, permitiendo al fiduciario ser también beneficiario, siempre que no hubiere conflicto de intereses y en su obrar privilegie los intereses de los restantes sujetos del contrato.

2.4 Modos normales de conclusión del Fideicomiso.

De conformidad a lo que establecía el Artículo 2668²⁴ del Código Civil, el artículo 4 de la parcialmente derogada Ley 24441, y lo que en la actualidad establece el artículo 1667²⁵ del Código Civil y Comercial de la Nación, los modos normales de conclusión de un Contrato de Fideicomiso, lo constituyen el cumplimiento de un plazo establecido o el cumplimiento de la condición pactada.

Tanto el plazo como la condición, deben estar contenidas en el Contrato, tal como lo fija la norma citada precedentemente.

²³ Artículo 1673 Ley 26994 Código Civil y Comercial de la Nación

²⁴ Artículo 2668 Ley 340 Código Civil

²⁵ Artículo 1667 Ley 26994 Código Civil y Comercial de la Nación

Dicho artículo sustituyó el término “dominio” por el de “propiedad”. (Zavala y Weiss, 2014) estiman correcta esta modificación por cuanto alude a la posibilidad legal de incluir en el patrimonio fideicomitado, otros bienes que no son cosas.

Si bien el cumplimiento de un plazo o una condición, en principio no trae aparejada ninguna controversia, podrían ocurrir situaciones donde se hubiere convenido un plazo y una condición, y el primero ocurriere sin que la condición se hubiere cumplido.

Los interrogantes podrían resumirse así: Carregal (2013) sostiene que el dominio fiduciario culmina y el patrimonio fideicomitado volvería al Fiduciante, o el Fiduciario se convertiría en titular de dominio pleno, o bien el patrimonio subsiste como tal dentro de la órbita del Fideicomiso. Dicho esto, sin duda la última alternativa es la única posible, donde el fiduciario queda obligado a transferir la propiedad a todos los beneficiarios establecidos en el contrato, y los beneficiarios, vencido el plazo pero incumplida la condición, tienen la legitimidad para exigir a ese fiduciario, el cumplimiento de su cometido.

2.4.1 Plazo. Condición. Efectos

El plazo máximo que establece el artículo 1668,²⁶ al igual que el plazo que fijaba el artículo 4 de la ley 24441, es de treinta años; si se hubiere convenido uno mayor, por tratarse de una norma de orden público, fenecerá indefectiblemente a los treinta años.

Moisset de Espanés, citado por Gastón Zabala y Karen Weis, aclara que este plazo pone un límite temporal a la duración del dominio fiduciario y no al contrato.

En cuanto a la condición, al estar determinada a poner fin al cometido o encargo fiduciario, se la considera como una condición del tipo resolutorio. Así pues producido el hecho condicionante, se extinguirá la propiedad fiduciaria y se deberá entregar a los beneficiarios y/o fideicomisarios, los bienes que fueran objeto del

²⁶ Artículo 1668 Ley 26994 Código Civil y Comercial de la Nación

acuerdo. Si la condición no se produjera, el dominio fiduciario concluirá inevitablemente a los treinta años.

2.5 Conclusión Parcial

La normativa anterior como la actual, ha mantenido la libre voluntad de las partes, tratando de imponer solo aquellos aspectos necesarios para la vigencia del acuerdo fiduciario, partes intervinientes, efectos, régimen de Asambleas, sustitución y responsabilidad de los fiduciarios, extinción, registración, pero se siguen observando omisiones como la cuestión de la insuficiencia, y el poco caudal legislativo para encauzarla.

CAPITULO III

FIDEICOMISO INMOBILIARIO

De los diferentes tipos de fideicomisos, el Fideicomiso Inmobiliario, ha pretendido transmitir mayor tranquilidad durante el desarrollo de los emprendimientos inmobiliarios, lo que por supuesto no se traduce en mayor rentabilidad, intentando superar los métodos tradicionales utilizados por las empresas constructoras para la ejecución de sus proyectos inmobiliarios. Así pues, evita las contingencias propias de una empresa constructora como sujeto, al verse afectado a su propio concurso y/o quiebra. También ha superado aquellos otros proyectos edilicios donde los compradores adquirirían porciones indivisas quedando el proyecto a merced de las contingencias habituales como la muerte, el divorcio, embargo, entre otros, superando sin duda aquellos que adoptaban la figura de sociedades civiles y su mala administración, hoy incluso superando la utilización de las sociedades constituídas para cada emprendimiento.

3.1 Concepto. Ventajas

Al inicio del presente trabajo, se analizó el Contrato de Fideicomiso Inmobiliario, los diferentes aspectos que hacen a su seguridad, que diferencias ha introducido el Código Civil y Comercial de la Nación, con relación a la Ley 24.441, y se dio un concepto inicial de lo que se entiende por Fideicomiso.

Dicho esto, habrá Fideicomiso Inmobiliario cuando el referido contrato tenga como objeto a transmitir, un inmueble. En relación a dicha figura, se dijo que este contrato ha venido a dar mayor seguridad a inversores y terceros en una amplia gama de negocios, constituyendo un patrimonio diferente, el cual se mantiene durante la vigencia del mismo, totalmente ajeno a cualquier tipo de embate jurídico y económico del cual puedan verse afectados los intervinientes del contrato, sean estos el Fiduciante, el Fiduciario o los Beneficiarios, salvo aquellas obligaciones o compromisos propios del Fideicomiso, circunstancia plasmada originariamente en la parcialmente derogada Ley 24.441, artículos 15²⁷ y 16²⁸ que establecían que los

²⁷ Artículo 15 Ley de Fideicomiso 24441

²⁸ Artículo 16 Ley de Fideicomiso 24441

bienes fideicomitidos estaban ajenos a cualquier acción singular o colectiva tanto de acreedores del Fiduciante como del Fiduciario.

También se explicó que en ese contexto, el Fideicomiso Inmobiliario ha tenido gran recepción ofreciendo ventajas y seguridades para el desarrollo de los diferentes emprendimientos, como ha ocurrido con los consorcios al costo, las sociedades civiles, los fondos de inversión, la utilización de figuras societarias, constituidas con el único objetivo de la construcción de un emprendimiento edilicio, entre otras, hoy ampliamente superadas por este contrato fiduciario.

De estas ventajas, (Chighizola, 2013) refiere que el Fideicomiso permite aislar un emprendimiento inmobiliario de todas aquellas contingencias que pudieren perjudicar o afectar durante la ejecución, a las personas físicas o jurídicas que lo promueven, y su inversión, protección que se extiende además, a todos aquellos adquirentes que han confiado en esos promotores, sea cual fuere el contrato o acuerdo de incorporación, llámese contrato de adhesión o contrato de compraventa, si el acuerdo fiduciario lo ha permitido.

También ha sostenido que un emprendimiento favorece el acceso al préstamo bancario que suele ser el complemento necesario de los recursos aportados por los fiduciantes, todo ello sobre la base de los presupuestos del proyecto y los compromisos de no gravar la superficie donde se ejecuta la obra, salvo por supuesto, el gravamen hipotecario del mismo Banco que facilita los fondos. Al respecto, resulta oportuno agregar que en la práctica de nuestro país, esos mecanismos de financiamiento han sido casi nulos, salvo algunas intervenciones del Banco Hipotecario Nacional.

Ello ocurre porque generalmente los bancos tienen marcados procedimientos de calificación crediticia, análisis de la capacidad de pago, estados contables, certificaciones de ingresos y otros requisitos que impiden que esos créditos puedan concretarse.

En ese panorama, el éxito del proyecto depende en buena medida, de las posibilidades de financiamiento y de que ese desarrollo se ejecute respetando los costos y plazos tenidos en cuenta por las partes en la faz de planificación.

En ese proceso, cabe destacar que el inmueble aportado se preserva para ese negocio en sí, sin que sea afectado por los problemas de los fiduciarios, ni de los fiduciantes que aportaren el terreno, ni tampoco respecto de los posteriores beneficiarios como futuros adquirentes de las unidades. La propiedad queda reservada a dicho cometido y a salvo de las medidas cautelares o gravámenes que pudieren disponerse en contra de cada uno de los nombrados a título personal.

En resumen, el Fideicomiso es efectivamente un contrato que crea un patrimonio jurídico de afectación a un fin determinado y permite una versión superadora de los sistemas de consorcios al costo para la construcción de edificios de vivienda que presentaban sus dificultades, como por ejemplo aquellas que afectaban al titular del terreno, o viceversa, las contingencias de la empresa desarrolladora y el resto de sus actividades, siendo claro el ejemplo que cita, cuando advierte que en la práctica inmobiliaria, dentro de los esquemas tradicionales para la construcción, un mal negocio podría minar la solidez patrimonial y financiera de todos los proyectos, todo ello sin descontar por cierto, que existen diversos mecanismos contractuales que permiten mitigar o controlar este tipo de riesgos. Lo cierto es que ninguno logra, con tanta eficacia, segmentar y encasillar riesgos como lo hace un Fideicomiso.

Para lograr en concreto la efectividad del Fideicomiso Inmobiliario, minimizar los riesgos implícitos, y llegar a la conclusión del emprendimiento edilicio o urbanización según el destino deseado, resulta imperioso el armado del marco contractual dentro del cual debe sujetarse el negocio. Para Chiguizola (2013) resulta imperioso contar con una buena estructuración y reparto de riesgos, incluyendo los contratos principales que deben acompañar al acuerdo fiduciario y cita como útiles por lo menos, a los siguientes documentos:

- Autorizaciones regulatorias necesarias para desarrollar el proyecto que se ha comprometido, en este sentido, debe darse especial cuidado a las limitaciones en

cuanto a la cantidad de metros construibles, zonificación, subdivisión, usos permitidos, protecciones históricas, etcétera.

- Contratos de Construcción a suscribirse con las empresas constructoras que no participan como desarrolladores del proyecto.
- Contratos de Dirección de obra: que se suscriben con los profesionales idóneos en dicho sentido, como ingenieros o arquitectos que deben velar por la correcta ejecución y reportar por lo general al fiduciario, todo ello en resguardo de su responsabilidad futura. También puede convenirse que reporten al desarrollador o al fiduciante originario.
- Contratos con proveedores tanto de materiales como de servicios.
- Contratos de venta o de adhesión y adjudicación de las unidades tanto a favor de inversores como de adquirentes.

Todos estos contratos variarán en sus formas, contenidos y existencia misma, dependiendo de la estructura de cada negocio o emprendimiento.

3.2 Clasificación

Los Fideicomisos inmobiliarios no pueden clasificarse de acuerdo a un criterio único, ello debido a su propia naturaleza, y a los innumerables usos que permite la figura, de acuerdo a las propias necesidades del negocio inmobiliario, y utiliza el concepto “ingenio” de quien pretenda ponerlo en práctica. La clasificación generalizada de los fideicomisos inmobiliarios, pueden resumirse en: Fideicomiso en construcción que puede ser a precio fijo o al costo, y Fideicomiso en Garantía Inmobiliaria.

3.2.1 Fideicomiso de construcción.

Es el contrato por el cual el o los Fiduciantes transfieren dinero o bienes a un Fiduciario quien se encargará de administrarlos para llevar adelante un proyecto inmobiliario y que una vez concluido, se procederá a la adjudicación de las unidades a los fiduciantes beneficiarios o beneficiarios, entendiéndose como unidades, no sólo

aquellas afectadas al régimen de propiedad horizontal, sino también a las fracciones de terrenos si el desarrollo inmobiliario hubiere sido un Loteo.

Esta figura se afianza en nuestro país como una alternativa para canalizar el ahorro de los particulares hacia la inversión inmobiliaria, especialmente después de la crisis del 2001 con una considerable ventaja. Para los adquirentes, esta figura permite aislar la obra en ejecución de cualquier contingencia que pudiere afectar, no sólo al propietario del terreno, sino también aquellas contingencias ya sean jurídicas o económicas del propio desarrollador, o a la inversa, puede garantizar al desarrollador que invertirá sus recursos en un terreno seguro para el caso de que la titularidad permanezca a nombre del Fiduciante o de los propios beneficiarios.

La modalidad a precio fijo, implica que los aportes irrevocables que comprometen los beneficiarios son establecidos de antemano por el desarrollador, lo que exige de parte del inversor realizar una correcta elección, pues en este país con su constante inestabilidad, cualquier defasaje entre costo y aporte, se traducirá en calidad de terminación, en incumplimientos de plazos, y otras contingencias que en suma impactarán en la inversión, y finalmente perjudicará las virtudes de la figura. Sin duda la modalidad a precio fijo, es similar al contrato o boleto de compraventa.

Dicho esto, frente a una situación de insuficiencia de fondos, será necesario el aporte inevitable de mayores costos, marcando esto la clara diferencia entre estas figuras. Estos mayores costos deben ser aportados por el fiduciante o el desarrollista, pero podría ocurrir que esa diligencia no se materialice, lo que conduce implacablemente a dos caminos, uno que impone a los beneficiarios realizar el aporte de esos mayores costos, o bien ingresar a la problemática de la disolución forzada y liquidación de la obra en ejecución, situación prevista en el artículo 16 de la ya mencionada Ley 24441 y hoy en el artículo 1687²⁹ del Código Civil y Comercial de la Nación.

²⁹ Artículo 1687: Deudas. Liquidación. Los bienes del fiduciario no responden por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que solo son satisfechas con los bienes fideicomitidos. Tampoco responden por esas obligaciones el fiduciante, el beneficiario ni el fideicomisario, excepto compromiso expreso de éstos. Lo dispuesto en este artículo no impide la responsabilidad del fiduciario por aplicación de los principios generales, si así corresponde. La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a esas obligaciones, no da lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procede su liquidación, la que está a cargo del juez competente, quien debe fijar el procedimiento sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras, en lo que sea pertinente.

La modalidad al costo, tiene como contrapartida que cada uno de los beneficiarios queda convertido en inversor y deben realizar los aportes conforme la evolución de los costos. En estos contratos los inversores son los propios fiduciantes o fiduciarios beneficiarios, y el fiduciario será quien administre los recursos y lleve a cabo la ejecución del emprendimiento, pero su obligación será de medio y no de resultado.

3.2.2 Fideicomiso de Garantía

En estos contratos la estructura es netamente de garantía, donde el Fiduciario recibe la titularidad del bien dentro del marco del dominio fiduciario pero no es su responsabilidad el desarrollo de la obra. Allí la relación de negocio y la consiguiente responsabilidad es directa entre desarrollador y beneficiarios. Esta figura ha sido utilizada por lo general dentro de alguna operación bancaria donde el banco, si bien es el Fiduciario, su rol se limita a financiar parte del proyecto, pero no asume responsabilidad hacia terceros.

Esta modalidad ha sido cuestionada por cuanto en alguna oportunidad, ha generado distorsiones de interpretación para los adquirentes pensando que el banco era el vendedor, incurriéndose así en reproches dentro del marco de la Ley de Defensa al Consumidor.

3.3 Conclusión Parcial

La aplicación del Fideicomiso a la actividad inmobiliaria y especialmente a la construcción de emprendimientos ya sean estos Loteos, barrios cerrados o Edificios en propiedad horizontal, se ha constituido en uno de los mayores aciertos, que podrán perdurar y mejorar en su desarrollo, siempre que los operadores jurídicos y económicos no envilezcan la figura. Hay que bregar para que el Fideicomiso sea un contrato a utilizar cuando hay varios actores, como mínimo un propietario de la tierra, ajeno a la empresa constructora, y especialmente ajeno a la comercializadora. Cualquier vinculación, que haga suponer que se trata de una empresa constructora, que sea la propietaria de la tierra, y usufructúe las utilidades, sin duda desnaturaliza los objetivos que inspiraron este contrato.

CAPITULO IV

FIDEICOMISO E INSOLVENCIA

En el presente capítulo se explicará que cuando un Fideicomiso debe concluir por los modos normales, no ofrece ninguna dificultad, pues de producirse el cumplimiento del plazo o de la condición y existiendo disponibilidad de bienes a adjudicar, el contrato habría alcanzado el ciento por ciento de los motivos o intereses tenidos en cuenta para su celebración. Muy por el contrario, cumplido el plazo y/o la condición, mediando insuficiencia de bienes a adjudicar, quedamos inmersos en el terreno de la insolvencia y los consiguientes obstáculos para su liquidación.

4.1 Insolvencia

La liquidación a ejecutarse mediando insuficiencia, no ha recibido un tratamiento certero y eficaz en la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, por cuanto el artículo 1687, no ha brindado cambios significativos respecto del artículo 16 de la Ley 24.441, salvo la posibilidad de recurrir a un procedimiento judicial sin indicar mayores precisiones.

El Fideicomiso Inmobiliario, no ha sido ajeno a esta controversia, pues concluido un emprendimiento inmobiliario, afectado oportunamente a un contrato de Fideicomiso, el fiduciario debe cumplir con su mandato, y adjudicar las Unidades o Lotes a sus respectivos beneficiarios, para luego proceder a su liquidación y disolución, panorama que no ofrece puntos a investigar cuando su disolución deviene como esa consecuencia necesaria, habiendo logrado su propia finalidad.

Por el contrario, esa consecuencia encuentra reparos cuando no puede lograrse ante la insuficiencia o ausencia de patrimonio, liquidar mediante acreencias que lo superen. En efecto el legislador sólo había previsto en el artículo 16 de la ley 24441 que dice:

“... la insuficiencia de los bienes fideicomitados para atender a 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 previsiones 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...”³⁰

4.2 Insuficiencia. Concepto

Habrà insuficiencia cuando el valor de los bienes afectados al acuerdo fiduciario en su conjunto, no alcanzaren para atender las obligaciones resultantes de dicho contrato, convirtiendo al patrimonio fideicomitado, en la prenda común de los acreedores, pero con las limitaciones propias que estableció oportunamente la Ley 24441 ya referenciada o el Código Civil y Comercial de la Nación en su Artículo 1687 también relacionado.

Esa insuficiencia, y la falta de provisión de los recursos necesarios para evitarla o para sanearla, determina la insolvencia, lo que impone sin duda, recurrir a la liquidación por vía judicial. La falencia en la modificación, radica en consecuencia, no en el camino contractual o judicial, sino en la falta de un procedimiento que evite que la autoridad judicial deba aventurarse, a utilizar cualquier otro mecanismo procesal análogo, como por ejemplo aquellas medidas impuestas para la disolución de una sociedad comercial, la división de una herencia, una sociedad de hecho, o de aquellos procedimientos de la ley concursal. En suma, si bien la ley no establecía un procedimiento de liquidación cuando no había bienes, tampoco fijaba como disolver un Fideicomiso, con bienes afectados a diferentes gravámenes que hacían imposible la transferencia de remanente alguno. Este tópico tampoco ha sido resuelto en la nueva normativa.

4.3 Liquidación de Fideicomiso por Insolvencia

Según lo descripto en el Artículo 1687 del Código Civil y Comercial de la Nación, bastamente referenciado, se deduce que el Juez deberá arbitrar cómo cancelar los gravámenes que pudieren resultar, que participación deberán

³⁰ Artículo 16 Ley de Fideicomiso 24441

soportar los integrantes, incluso verificar las causas de esa insuficiencia, y sus responsabilidades.

La reforma introducida en el Código Civil y Comercial de la Nación, no logra subsanar la mayoría de las cuestiones relativas a la liquidación y a la insolvencia, sólo hace un reenvío al final del artículo 1687 a las normas de concursos y quiebras.

No fija competencias, tampoco establece si el Juez podrá abrir un período de verificación de créditos, designar un síndico, ordenar la liquidación de los bienes, pagar las deudas según el orden de preferencia de la Ley de Quiebras y hasta ejercer las acciones de revocación de actos producidos en el período de sospecha.

No soluciona la reforma cómo subsanar el estado de cesación de pagos del Fideicomiso o que hacer ante la inexistencia mínima de patrimonio a liquidar y lo que es más grave aún, sigue sin definirse si un patrimonio fiduciario puede pedir la apertura de su propio concurso preventivo.

Es que no hay coincidencia entre los autores sobre la posibilidad de que el patrimonio del fideicomiso pida la apertura de su concurso preventivo. Luis M.F. Gamez y Gustavo A. Esparza apoyan la tesis afirmativa, mientras que Claudio M. Kiper y Silvio V. Lisoprawski al igual que Carlos Molina Sandoval, sostienen la teoría negativa. Aquellos autores a favor de la posibilidad del concurso preventivo de un fideicomiso, fundamentan su posición con diferentes argumentos, entre ellos, el de conservar la empresa para evitar la liquidación del patrimonio o que las facultades de la asamblea de beneficiarios puedan permitir que los mismos beneficiarios decidan utilizar el procedimiento del concurso preventivo para solucionar la insolvencia, teniendo en cuenta, además, que el uso de esta solución concursal no está excluida de la ley 24.522.

En cambio, quienes apoyan la tesis negativa basan fundamentalmente su postura en la ausencia de esta solución en las leyes mencionadas. La liquidación del fideicomiso debe realizarse teniendo en cuenta, en primer término, las cláusulas del contrato. Entre otras cuestiones deberá considerarse si el contrato previó que en esta circunstancia el fiduciante o beneficiario provean de fondos al fideicomiso con la

finalidad de cumplir su objeto. Si no hay nada dispuesto el fiduciario deberá proceder a la venta de los bienes fideicomitidos y distribuir su producido entre los acreedores conforme a las normas que sobre privilegios y preferencias de cobro dispone la ley 24522. Ello implica, a nuestro entender, que primero deberán pagarse las deudas que el fideicomiso ha contraído durante su vigencia y, si quedara un remanente, circunstancia poco probable en un fideicomiso insolvente, el mismo será percibido por los beneficiarios, conforme al rango de cobro que le otorguen sus títulos.

El interrogante planteado queda anclado en la ausencia de un procedimiento determinado para la liquidación y disolución de un Fideicomiso, y si de los diferentes procedimientos que puedan existir en otras leyes especiales, podría luego obtener un proceso de disolución que pueda comprender aquellos patrimonios fiduciarios insuficientes, sea que los bienes hubieren generado un pasivo, o que los beneficiarios decidieran no efectuar aportes suficientes para satisfacer dichas obligaciones. Ise Figueroa (1999) sostiene:

Según surge del art. 16 de la Ley 24.441, pareciera que el método es sencillo y que no merece mayores comentarios, pero quienes estamos en el ejercicio del Derecho comercial sabemos que, en muchas ocasiones, la beligerancia de medidas cautelares impiden la solución pacífica que pretende el artículo en comentario, truncando con ello la “realización de bienes” y la satisfacción de las acreencias con el procedimiento de equidad que establecen el Título IV, Capítulo 1 de la Ley 24.522. (p.900)

La misma falencia se aprecia respecto del Artículo 1687 del Código Civil y Comercial, ya referido. Al respecto Zavala y Weiss (2014) opinan:

La norma ha avanzado en varios aspectos pero ha dejado aún varias cuestiones sin resolver: normas de procedimiento específico, solución preventiva, el acreedor del fideicomiso sigue sin instrumento para provocar la liquidación forzosa, falta establecer la legitimación para solicitar la liquidación, entre otras cuestiones. En definitiva dependerá de la interpretación pretoriana que para algunos podría terminar con criterios contradictorios, con la consiguiente inseguridad jurídica. Frente a la necesidad de soluciones ajustadas a cada caso

concreto, dada la flexibilidad de la figura, el remedio debería ser compatible con la casi inexorable variedad de negocios que puede contener el fideicomiso y su característica vehicular. (pag.951)

Existe doctrina que ha criticado la solución legislativa imperante con la vigencia del art.16 de la ley 24441, hoy derogada. Molina (2004) afirma: "... la negación de esta vía importa dejar librada a la suerte del patrimonio fideicomitado (y, con ello, la de sus acreedores) a la pura voluntad del fiduciario..." (p.314).

Tampoco la jurisprudencia ha dictado fallos que llevan a soluciones pacíficas, así pues en el fallo de "Fideicomiso South Link logística SA" se decidió rechazar el pedido de quiebra con el argumento de que:

... la ley específica que regula esta materia, establece con absoluta claridad que el patrimonio fiduciario no se halla sujeto al régimen de la ley concursal, a la vez que rechazó la pretensión subsidiaria de reconvertir el proceso para obtener la liquidación del Fideicomiso.³¹

La Sala E por su parte, en otro fallo, aceptó que el proceso de liquidación se puede llevar a cabo con supervisión judicial al señalar: "... que no se considera óbice para que el fiduciario solicite que ese procedimiento se lleve a cabo judicialmente ..." ³²

Esta prohibición se mantiene en el Código Civil y Comercial de la Nación, pues en la parte final del Artículo 1687 primero dice que la insuficiencia no da lugar a la quiebra, y de inmediato se enfrenta con una contradicción, cuando establece que el juez podrá recurrir a las normas previstas para los concursos y quiebras.

Tampoco resulta de la escueta mención que hace el artículo 1687 respecto de cómo instrumentar otros procesos de insolvencia, por ejemplo el concurso preventivo o el acuerdo preventivo extrajudicial.

³¹ CNCom, Sala A, 3/4/2009, "Fideicomiso South Link Logística s/pedido de quiebra promovido por Embal System SRL"

³² CNCom, Sala E, 15/12/2010, "Fideicomiso Ordinario Fidag s/Liquidación"

Se reitera que no fue pacífica la jurisprudencia durante la vigencia del derogado Artículo 16 y tampoco lo será en relación al nuevo Artículo 1687, puesto que ninguna normativa brinda soluciones a la hipótesis de que pudiera generarse pasivo por la administración de los bienes fideicomitidos o fuera de los previstos por las partes en el Contrato. Ise Figueroa (1999) refiere que el juez podrá utilizar la Ley de Concursos o bien podrá utilizar las normas de la Ley societaria o inclusive utilizar los mecanismos previstos en la Ley de Seguros 20.091 que establece que cuando el interés de los asegurados lo requiera, la autoridad de control podrá pedir la liquidación judicial en donde deberán verificar las acreencias los interesados bajo el mecanismo dispuesto en el Artículo 32 de la Ley de Concursos y posteriormente la distribución conforme lo establece dicho régimen. En esa incertidumbre hubiera sido beneficioso que la reforma ante la insolvencia hubiere fijado un procedimiento específico.

Si se traslada este tema a la disolución de un Fideicomiso inmobiliario constituido para financiar un emprendimiento edilicio en propiedad horizontal, donde se hubieren adjudicado las unidades a los respectivos fiduciantes beneficiarios, quienes a su vez hubieren transmitido parte de las unidades a terceros adquirentes, transferencias concluidas en plazos superiores a dos años, y ocurriere impotencia patrimonial para cancelar acreencias, el fracaso de intentar aplicar las normas concursales es manifiesto y evidente porque dichas transferencias ocurrieron fuera del período de sospecha, con terceros interesados adquirentes o adjudicatarios de dominio pleno.

Además habría fiduciantes beneficiarios desinteresados por haber transferido sus unidades, entonces la convocatoria a una asamblea de fiduciantes beneficiarios para acordar un mecanismo particular para liquidar bienes y proceder a su distribución, como pretende la doctrina, resultaría una falacia.

Sin duda, el Fiduciario que se encuentre en dicha situación deberá recurrir al procedimiento judicial, solicitando que el Juez competente, sea quien convoque a los beneficiarios originales, para consensuar como concluir con la cancelación de las acreencias pendientes.

Este camino procesal debe ser intentado por el Fiduciario, pues sólo así podrá evitar cualquier imputación en su contra, fuere por impericia, imprudencia, negligencia o

incumplimiento a los reglamentos, ya que antes de proceder a la adjudicación de las Unidades, debió prever las acreencias pendientes y como cancelarlas.

Lisoprawski (2009) opina:

Sería contrario al interés de los acreedores, que el Fiduciario liquide precipitadamente o disfuncionalmente los bienes disminuyendo la posibilidad de cobro o que con la misma impronta de urgencia vacíe el fideicomiso transmitiendo los bienes a los beneficiarios, sin desinteresar a esos acreedores previamente o, al menos, garantizando que luego de la transmisión a estos últimos, no se encontrarán con una situación de insuficiencia del patrimonio para responder por sus obligaciones. Es más, si la conducta del Fiduciario en connivencia con los beneficiarios, fue la de producir aceleradamente el vaciamiento del patrimonio, so pretexto de la extinción del fideicomiso por vencimiento del plazo o cumplimiento de la condición, tales acreedores podrían accionar por fraude – sin sostener con esto que puedan tener éxito – si el patrimonio separado deviniere insuficiente luego de las transmisiones. Como si lo dicho hasta aquí no fuera suficiente, el fiduciario también corre el riesgo de que los acreedores intenten atacar su patrimonio personal, en función del deber genérico de “no dañar a otro”. (p.777)

Doctrinariamente se impone la búsqueda de remedios para la patología o el vacío normativo, aunque más no sea de aproximación. Lisoprawski (2009) sostiene:

En efecto, la respuesta al interrogante acerca de lo que sobrevive a la extinción natural del fideicomiso, desafortunadamente no es simple, ni cree la doctrina que sea posible dar una respuesta única y comprensiva de todos los supuestos. Al no estar normativamente previsto un régimen de liquidación, que marque un procedimiento y sus consecuencias, las soluciones dependerán de cada caso en particular. En esta labor los jueces, sentando criterios tendrán un valor inapreciable. (p.764)

Así, cuando subsiste la imposibilidad de satisfacer acreencias, porque los beneficiarios no quisieron solventarlas, que las acciones individuales de los acreedores del patrimonio imposibilitaren la realización de los bienes, o que los

fondos no alcanzaren para satisfacer las deudas generadas, se debería recurrir al artículo 32 de la ley de Concursos N° 24.522. (Ise Figueroa, 1999).

En esta búsqueda de soluciones, la mejor aproximación, se encuentra en la aplicación de la Ley 24.522, en donde el Juez con competencia concursal, tiene la potestad jurisdiccional para requerir de los Fiduciantes beneficiarios, los aportes económicos necesarios para cancelar el pasivo que pudiere registrar el patrimonio fiduciario con fondos insuficientes. Por cierto, potestad que no tiene legitimidad para revocar las adjudicaciones concluidas como de dominio pleno.

En general, el régimen vigente no merece cambios profundos, pues se ha mostrado eficiente y no ha generado grandes problemas de interpretación y aplicación. Se introdujeron mejoras en aspectos de redacción, reordenamiento y la modificación de aspectos que la doctrina, autoral y judicial, marcaron como necesario.

Resulta pristino que el Artículo 1687 del nuevo Código mantiene el Fideicomiso fuera del régimen del concurso y la quiebra, siguiendo así los lineamientos históricos de la ley 24.441(arts. 16 y 24) pero, como respuesta a las justificadas críticas de la doctrina, brinda una solución intermedia entre el régimen voluntario, contractual y extrajudicial extremo, y la incorporación lisa y llana del fideicomiso como sujeto pasible de concurso o quiebra, situación que por otro lado violenta la voluntad del legislador al mantener la prohibición para que un fideicomiso pueda pedir su quiebra.

4.4 Conclusión Parcial

La variedad de contratos de fideicomisos que permiten canalizar emprendimientos comerciales de diversa índole, impide que pueda afirmarse de manera general que la liquidación de un fideicomiso pueda encausarse dentro de las características y necesidades que permite el procedimiento de la quiebra, incluso de un concurso, pero si permiten tomar particularidades de esos procesos y plasmarlos en el propio contrato de Fideicomiso, de manera tal que ante una situación de impotencia patrimonial, el juez ya tenga en su poder, un menú de alternativas a las que sin duda podrá sumar su potestad jurisdiccional, y evitar que un buen fiduciario, con pocas chances de lograr ejecutar ese procedimiento, no quede incurso en responsabilidades.

CAPITULO V

REGULACION

En este capítulo se pretende lograr una reseña de la evolución del Fideicomiso desde el Código Civil, la reforma introducida por la Ley 24.441, y el Código Civil y Comercial de la Nación, en relación a la insuficiencia o insolvencia del Patrimonio fideicomitado, sin que haya podido consolidarse un procedimiento concreto como ha ocurrido en otros institutos como por ejemplo, el que fija la ley 19550 para las sociedades comerciales.

5.1 Código Civil Argentino. Evolución del Fideicomiso.

En el derogado Código Civil, el dominio Fiduciario apenas se definía en el artículo 2662³³ ubicado en el Libro Tercero, dentro de los Derechos Reales, Título Séptimo, con el “Dominio Imperfecto” reformado luego por la propia ley 24.441. La redacción original del mencionado artículo decía:

Dominio Fiduciario es el que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutive, o hasta el vencimiento de un plazo resolutive, para el efecto de restituir la cosa a un tercero.

No parece haber duda, de que la norma tenía elementos propios de los derechos personales, tales como la condición o un plazo que son las modalidades de las obligaciones Carregal (2013) a lo que debe añadirse la necesaria entrega de la cosa a favor de un tercero, lo que permitía inferir claras referencias a la figura ya como un contrato.

Esta configuración es receptada en la reforma del artículo 2662 que introduce la Ley 24441, el cual quedó redactado de la siguiente manera:

³³ Artículo 2662 Ley 340 Código Civil

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 de fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley.

En este rumbo, el instituto evoluciona plenamente al amparo de la normativa contractual, y así en el Código Civil y Comercial de la Nación, aparece plenamente legislado dentro del Libro Tercero, dedicado a los derechos personales, en el Capítulo 30, donde fija las diferentes condiciones propias como contrato, y en el Capítulo 31 ya lo dedica plenamente al Dominio Fiduciario.

En el artículo 1666 se define el contrato y en el artículo 1701 define al dominio fiduciario.

Artículo 1666: Hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario³⁴.

Artículo 1701: Dominio fiduciario es el que se adquiere con 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, testamento la ley³⁵.

5.2 Insuficiencia de Patrimonio en la Ley 24.441

La ley 24.441 sólo establecía en su artículo 16³⁶, el procedimiento de disolución mediando insuficiencia, sin establecer que camino habría de recorrer un fiduciario si esa insuficiencia era de tal magnitud que impida abordar una liquidación sino exitosa,

³⁴ Artículo 1666 Ley 26994 Código Civil y Comercial de la Nación

³⁵ Artículo 1701 Ley 26994 Código Civil y Comercial de la Nación

³⁶ Artículo 16 Ley de Fideicomiso 24441

al menos decorosa, y que concluya con todas las relaciones pendientes. El mentado artículo decía:

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 a 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 previsiones 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 al orden de privilegios previsto para la quiebra, si se tratase de fideicomiso financiero regirán en lo pertinente las normas del art. 24.

Esta escasa solución, ha permitido que la jurisprudencia se haya visto en la obligación de incursionar en soluciones sin un verdadero andamiaje conforme a derecho y se haya visto en la obligación de utilizar parcialmente etapas de otros institutos. Pero en la práctica cotidiana, hay fideicomisos que no han logrado liquidarse, pero haber cumplido sus objetivos por existir acreencias que han pretendido abordar el patrimonio personal de los fiduciarios, sin haber iniciado las acciones de responsabilidad que les permita demostrar que ese estado de insuficiencia no puede ser imputado a su persona, especialmente aquellos contratos fiduciarios suscriptos para la construcción de emprendimientos edilicios iniciados con anterioridad a la crisis del año 2001 y 2002, que afectó la economía del país con situaciones que eran impensables para cualquier fiduciario o empresario de la construcción.

La voluntad del legislador de dejar abierto el camino para lograr cualquier solución en este sentido, sin duda ha desprotegido a fiduciarios que carecen de la suficiente legitimación procesal, aún hoy con la reforma, para exigir del resto de los beneficiarios o fiduciantes, el aporte de los recursos necesarios para cancelar las acreencias que pudieren encontrarse pendientes de liquidación.

Esta voluntad ha sido incluso puesta de manifiesto en los primeros fallos sobre liquidación de fideicomisos insolventes. En general resolvían que el encargado de la liquidación de un fideicomiso insolvente era el fiduciario, quien debía enajenar los

bienes disponibles que pudieren existir y entregar el producido a los acreedores conforme el orden de los privilegios previstos para la quiebra, remarcando que el patrimonio como tal, no podía tener posibilidad alguna de concursamiento, pese a que parte de la doctrina lo considere aconsejable. Lo que no ha dicho la doctrina, ni tampoco la jurisprudencia, es que camino debía seguir un fiduciario cuando el remanente a distribuir es exiguuo, y no le cabe responsabilidad alguna en los términos a que hacían mención los artículos 6 y 7 de la parcialmente derogada ley 24.441.

5.3 La Insuficiencia en el Código Civil y Comercial de la Nación.

En este nuevo cuerpo normativo, sólo encontramos atención a la insuficiencia en el artículo 1687³⁷ que regula la liquidación del Fideicomiso, el que textualmente dice:

Artículo 1687: Deudas. Liquidación. Los bienes del fiduciario no responden por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que solo son satisfechas con los bienes fideicomitidos. Tampoco responden por esas obligaciones el fiduciante, el beneficiario ni el fideicomisario, excepto compromiso expreso de éstos. Lo dispuesto en este artículo no impide la responsabilidad del fiduciario por aplicación de los principios generales, si así corresponde. La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a esas obligaciones, no da lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procede su liquidación, la que está a cargo del juez competente, quien debe fijar el procedimiento sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras, en lo que sea pertinente.

Se puede apreciar que la nueva normativa presenta una sensible mejora en relación al derogado artículo 16 de la ley 24441, al disponer de manera imperativa que existiendo insolvencia o insuficiencia, la liquidación y disolución estará a cargo de un juez competente, salvo previsiones contractuales, con falencias que podrían haberse evitado como por ejemplo, dar curso a la liquidación judicial si la carencia de bienes, fondos u otros recursos fuere inferior a las acreencias. Tampoco establece que

³⁷ Artículo 1687 Ley 26994 Código Civil y Comercial de la Nación

procedimientos podría utilizar un liquidador contractual o judicial respecto de aquellos que fija la Ley de Concursos y Quiebras a seguir.

5.4 Ley de Concursos 24.522. Prohibición

En el artículo 2³⁸ de la ley 24.522 se establece que sólo pueden someterse las personas físicas o jurídicas sean estas públicas o privadas, y el Código Civil y Comercial de la Nación tampoco ha previsto mejora alguna en ese sentido.

La sola explicación para impedir el acceso al procedimiento concursal sustentada en que un fideicomiso no es una persona física o jurídica, no alcanza, pues como patrimonio jurídico de afectación, tiene independencia económica respecto de sus integrantes, incluso puede verse afectado a acreencias independientemente de la persona del fiduciario y nada prohíbe su sustitución.

La ley del Impuesto a las Ganancias, lo grava directamente como patrimonio en su artículo 69 cuando establece la alícuota del 35 % sobre las utilidades netas igualando aquellos fideicomisos como si fueren sociedades de capital cuando el fiduciante no sea beneficiario, pues en caso de que el fiduciante sea beneficiario, quien debe el impuesto es éste y no el fideicomiso, salvo los financieros que siempre se encuentran afectados.

Parte de la doctrina que propiciaba la modificación del artículo 16 de la ley, entiende que igual modificación debiera efectuarse respecto del artículo 1687 del nuevo Código.

Martorell (2010) comenta que es propicia la referida modificación en tanto existen dificultades para el fiduciario a quien no sólo le resulta difícil la notificación a los

³⁸ Artículo 2°.- Sujetos comprendidos. Pueden ser declaradas en concurso las personas de existencia visible, las de existencia ideal de carácter privado y aquellas 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 sucesores.
- 2) Los deudores domiciliados en el extranjero respecto de bienes existentes en el país.

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

beneficiarios de determinadas acreencias, sino que además vería frustrado su reclamo a los beneficiarios o fiduciantes beneficiarios para que aporten diferencias o mayores costos que permitan afrontar acreedores que resulten del propio proceso de disolución.

De esa reforma, el fiduciario podría facilitar la legitimidad de aquellas personas que se presentan como acreedores, como así también tendría la legitimidad suficiente no sólo para verificar y oponerse incluso a una acreencia, sino además podría tener la legitimidad para reclamar cualquier diferencia de aporte o mayores costos.

5.5 Conclusión Parcial

Sin duda que para superar los obstáculos que no ha logrado mejorar la reforma introducida por el nuevo Código, lo aconsejable como buena práctica contractual, es incluir en los acuerdos fiduciarios, cláusulas en las que se estipulen en forma exhaustiva, detallada y precisa, todas las pautas que debe cumplir el fiduciario, sus facultades en caso de insuficiencia, la legitimidad para analizar las acreencias, y exigir los aportes que pudieren ser necesarios, la formación de fondos de garantía o de reparos durante la vida del contrato y en el caso de los fideicomisos inmobiliarios, por ejemplo agregar facultades para restringir la adjudicación final hasta tanto se completen esos fondos que permitan cancelar todo saldo que pueda derivar en insolvencia. Una necesitada reforma en este sentido, puede ser suplida con una buena práctica contractual que en suma, también evitará que el fiduciario pueda verse afectado con acciones de responsabilidad y que a la postre deriven en ausencia del escudo que le brinda la figura.

CAPITULO VI

INSUFICIENCIA: DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

Tanto la doctrina como la jurisprudencia, se han visto desveladas por la ausencia de normativa expresa en orden a la liquidación y a la insuficiencia del patrimonio fideicomitado, tratando de utilizar por analogía alguno de los elementos de la Ley Concursal, teniendo como límite, no alterar la prohibición de la propia ley ni el espíritu del legislador, manteniendo la autonomía de la voluntad de las partes para delinear su propio proceso de liquidación, sin advertir el crecimiento de los conflictos en dicho sentido

6.1 Opiniones de la doctrina

El Código Civil y Comercial de la Nación intenta dar un principio de solución a la cuestión de la liquidación de un patrimonio fiduciario mediando insuficiencia, cuestiones que provocaron las mayores críticas respecto del régimen que establecía la ley 24.441.

Es claro que la crisis por “insuficiencia” afecta el patrimonio fiduciario de que se trate, pero no siendo el contrato de fideicomiso un sujeto de derecho, el que deberá enfrentarla será el fiduciario en esa calidad exclusivamente. Sin embargo la persona del fiduciario, como sujeto de derecho, en su condición personal y en lo que respecta a su propio patrimonio, queda excluido. El fideicomiso, tal como está configurado en nuestro sistema, contrato y no persona jurídica, produce esa inevitable y excepcional doble personalidad funcional.

Para evitar la liquidación por crisis, el salvataje podría ocurrir por vías de recursos provistos por el fiduciante y/o el beneficiario, si es que el contrato lo hubiera previsto o si aquellos se prestaran voluntariamente al rescate.

Las soluciones que dio la doctrina abarcan diferentes combinaciones de otros institutos. Por su proximidad al fenómeno del patrimonio fideicomitado en crisis, parte de la doctrina sugiere la aplicación, por vía de la analogía, de un mix normativo entre el sistema de liquidación societaria (arts. 101 y ss., LSC) y el proceso concursal.

Esto es la convocatoria de los acreedores al proceso de verificación de créditos y la liquidación de los bienes para la distribución del resultado, donde bajo ciertas circunstancias se contempla la intervención de la Justicia. Molina Sandoval (2004)

Parellada (2004) cuando trata la insuficiencia, sitúa el vacío desde el inicio a partir del mismo texto normativo al establecer el presupuesto fáctico, ya que no ha usado el concepto bien perfilado por la doctrina como ha sido el de cesación de pagos, y ha utilizado el de insuficiencia, que ciertamente no es equívoco, pero se entiende que el concepto de cesación de pagos, habría influenciado en lograr una mayor solución.

Menciona que el segundo problema lo plantea el texto expreso de la norma al vedar la posibilidad de la declaración de quiebra, y no hace referencia alguna al concurso preventivo, lo que ha dado motivo a que parte de la doctrina entienda que este último procedimiento era posible.

El estado de insuficiencia tiene que tener la calidad de permanencia y generalidad, superior al mero desequilibrio entre activo y pasivo, debe existir una impotencia que impida una liquidación ecuaníme, aún cuando puedan aplicarse las reglas del prorrateo, por supuesto, cuando tampoco pueda superarse esa impotencia por aplicación de las reglas contractuales.

Ante la eventualidad de utilizar las reglas del Concurso y su posible fracaso por falta de acuerdo, Ise Figueroa (1999) ha propuesto una solución intermedia que partiendo de la aplicación analógica y ante la subsidiariedad convocada por el artículo 16, hoy derogado, mantenida en el artículo 1687 del Código Civil y Comercial de la Nación, a las normas de la ley 24.522, entiende que resulta aplicable el artículo 32³⁹ de la ley de

³⁹ Artículo 32.- Solicitud de verificación. Todos los acreedores por causa o título anterior a la presentación y sus garantes, deben formular al síndico el pedido de verificación de sus créditos, indicando monto, causa y privilegios. La petición debe hacerse por escrito, en duplicado, acompañando los títulos justificativos, con dos (2) copias firmadas y debe expresar el domicilio que constituya a todos los efectos del juicio. El síndico devuelve los títulos originales, dejando en ellos constancia del pedido de verificación y su fecha. Puede requerir la presentación de los originales cuando lo estime conveniente. La omisión de presentarlos obsta a la verificación.

Efectos: El pedido de verificación produce los efectos de la demanda judicial, interrumpe la prescripción e impide la caducidad del derecho y de la instancia.

Concursos y Quiebras, y que el recurso al proceso de verificación, permitiría garantizar la concursabilidad y la igualdad entre los acreedores del patrimonio fideicomitado.

Hay coincidencia en que la solución prescripta oportunamente por la ley 24441 y mantenida en el nuevo Código, se apartan del ideal reclamado, ya que la concursabilidad hubiera sido preferible, pero reglada en forma expresa, alejando la inseguridad y la incertidumbre que generan las normas actuales.

Parellada (2004), agrega que la postura que sostiene que el régimen legal veda la posibilidad de recurrir al concurso es correcta desde el ángulo de la interpretación de la ley y del régimen concursal.

Por eso comparte la interpretación de Kiper y Lisoprawski, que aplicar la normativa concursal sería riesgoso desde el punto de vista jurídico, generando situaciones de alta inseguridad.

En suma, la mayor parte de la doctrina continua reclamando una normativa expresa y clara que resguarde la seguridad.

Pese al avance que implica pasar de un régimen de “extrajudicial”, que se critica por voluntarista e inorgánico, a otro que recepta la judicialización de la crisis por insuficiencia, entiende la doctrina que la aplicación del régimen no está exenta de dudas.

El régimen previsto en el nuevo Código continúa sin prohibir expresamente la vía del concurso preventivo, que una doctrina aislada considera viable en el sistema actual, pero los precedentes se impondrán, como ha ocurrido hasta ahora, en el sentido de que tampoco será viable la concursabilidad en el nuevo régimen.

Arancel: Por cada solicitud de verificación de crédito que se presente, el acreedor, sea tempestivo, incidental o tardío, pagará al síndico un arancel equivalente al diez por ciento (10%) del salario mínimo vital y móvil que se sumará a dicho crédito. El síndico afectará la suma recibida a los gastos que le demande el proceso de verificación y confección de los informes, con cargo de oportuna rendición de cuentas al juzgado quedando el remanente como suma a cuenta de honorarios a regularse por su actuación. Exclúyase del arancel a los créditos de causa laboral, y a los equivalentes a menos de tres (3) salarios mínimos vitales y móviles, sin necesidad de declaración judicial.

Si el propio contrato de fideicomiso previera un régimen o procedimiento de liquidación por insuficiencia al margen de los tribunales, sería sanamente aplicable a las partes, pero fracasaría esta liquidación convencional o no sería oponible a quienes no fueron parte del contrato.

El artículo 1687 del Código Civil y Comercial que ordena encauzar la liquidación a través del procedimiento que fije el juez competente sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras en lo que sea pertinente, lleva la posibilidad de un amplio margen de apreciación judicial y será la jurisprudencia la que irá delineando la aplicación efectiva del precepto que, como dicen Kiper y Lisopraswski, además enfrentará un casuismo imposible de anunciar.

Debe advertirse que la legislación falencial es excepcional, por ello, en el ámbito de aplicación, en un proceso concursal abierto, sus normas prevalecen sobre la legislación común.

Por esa razón en la jurisprudencia que se produzca y en cada situación concreta se podrá comprobar cuales normas del régimen concursal habrán de aplicar los jueces, en detrimento de la normativa común aplicable. En definitiva, habrá un proceso de liquidación judicial propio de la figura que ordena emplear las normas pertinentes del sistema falencial, sin quedar sometido a él íntegramente.

6.2 Jurisprudencia

6.2.1 En los autos “Fideicomiso South Link Logística s/Pedido de Quiebra promovido por Embal System SRL”⁴⁰ se sostuvo la imposibilidad de someter el estado de crisis del Fideicomiso a la normativa de la ley de Concursos y en un pasaje de la sentencia dijo:

... Sentado ello y más allá de opiniones doctrinarias que propician la posibilidad del concursamiento preventivo del patrimonio fideicomitado y de los

⁴⁰ CNCom, Sala A, 3/4/2009, “Fideicomiso South Link Logística s/pedido de quiebra promovido por Embal System SRL”

reparos del recurrente en tal sentido, lo cierto es que no puede soslayarse que la ley específica que regula esta materia, establece con absoluta claridad, que el patrimonio fideicomitado no se halla sujeto al régimen de la ley concursal, siendo insusceptible de falencia, se trate de un fideicomiso común o financiero ...

6.2.2 En los autos “Fideicomiso Ordinario Fidag s/ liquidación”⁴¹ ordenó el juez a que se procediera a liquidar un fideicomiso cuyo patrimonio fiduciario se mostró impotente para responder por las obligaciones que contrajo en su operatoria. A partir de ese precedente la citada Sala sentó posibilidad de dar cauce judicial a la liquidación del fideicomiso, para remediar el vacío legal existente en la ley 24.441. El fallo probablemente haya sido el primero que encaró frontalmente la cuestión formulando el principio de una solución. El juez de primera instancia que entendió en la causa decidió que el procedimiento se condujera por las disposiciones de liquidación contenidas en el plexo de la Ley de Sociedades. Igual tesitura se adoptó en la liquidación judicial del Fideicomiso “Sofol I”.

6.2.3 En otro precedente, “Fideicomiso calle Chile 2286/94/96 s/liquidación judicial”,⁴² se utilizó una combinación de la referida ley con la concursal, siendo esto último, un avance en el criterio jurisprudencial, ya que acerca la liquidación al régimen que más se aproxima.

6.2.4 Otro fallo reciente de la Justicia de Córdoba, ha establecido con claridad la cuestión de la insuficiencia y la ausencia de responsabilidad de los fiduciarios, cuando la gestión no ha sido reprochada oportunamente. Así se resolvió en los autos caratulados “García Abel c/Moyano Alberto y otros – Ordinario – Cobro de Pesos”⁴³

...Ahora bien, asiste razón al apoderado de los accionados cuando alude a que no puede imputárseles responsabilidad personal a sus representados. El art. 14 de la ley 24.441 establece la separación del patrimonio personal del fiduciario respecto del que adquiere a causa del fideicomiso. Los autores Silvio V.

⁴¹ CNCom, Sala E, 15/12/2010, “Fideicomiso Ordinario Fidag s/Liquidación”

⁴² JuzgNac 1°CCN° 17 12/09/2011 “Fideicomiso calle Chile 2286/94/96 s/liquidación judicial”

⁴³ Juzg 1° Inst 4° NomCC. Sentencia N° 98, 06/04/2016

Lisoprawski y Claudio M. Kiper señalan al respecto que la ley referida contempla un sistema del que resulta que el fiduciario es titular de dos patrimonios, el que ya tenía, y el que adquiere en fideicomiso, los cuales no se confunden, estableciendo el art. 16 de la ley 24.441 que los bienes del fiduciario no responden por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos. Surge entonces, que los bienes del fideicomiso sólo responden ante determinados acreedores, los del fideicomiso, es decir aquellos que tengan un crédito en virtud de las obligaciones contraídas por el fiduciario en la ejecución del fideicomiso (Kiper, Claudio M., Lisoprawski Silvio V. “Tratado de Fideicomiso”, Lexis Nexis, Ed. Depalma, Buenos Aires, Año 2003, fs. 332). Legislación y doctrina contemplan como excepción, hipótesis en las que la limitación de la responsabilidad del fiduciario no opera (cfr. Kiper, Claudio M., Lisoprawski Silvio V., ob. Cit. Pag. 359 y ss). De las constancias de autos no surge que los titulares del dominio fiduciario hayan sido demandados de manera personal por el actor en el libelo introductivo, sino como titulares del dominio fiduciario y no existe justificativo alguno para endilgarles responsabilidad personal. No puede acogerse la pretensión introducida por el Sr. Abel García en oportunidad de alegar de que los demandados respondan con sus bienes personales, desde que se estarían modificando los términos de la litis y además, no ha sido demostrado el obrar ilegítimo que invoca. Las constancias de autos solo permiten tener por acreditado un incumplimiento que por sí solo no habilita a hacer responsable a los fiduciarios, pues para ello sería menester probar una actividad fraudulenta o dolosa que no emerge de las probanzas obrantes en autos. No se ha acreditado que los fiduciarios se hayan excedido en el ejercicio de sus facultades o que hayan afectado los bienes fideicomitidos a finalidades distintas a las previstas, lo que justificaría agredir su patrimonio personal. Por último, la cuestión vinculada a la suficiencia o insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a las obligaciones derivadas de la ejecución del fideicomiso, introducida por el apoderado de los demandados en su responde, deberá ser valorada y resuelta en la etapa de ejecución de sentencia, desde que no puede determinarse en esta oportunidad. No ha sido objeto de discusión hasta aquí y no se han aportado pruebas sobre cuál es el patrimonio actual del fideicomiso....

Los fallos citados fueron de singular trascendencia para el instituto del fideicomiso. Abrieron un camino de soluciones frente a la ausencia de un régimen orgánico de liquidación que encause o contenga un procedimiento racional para liquidar el patrimonio fiduciario en crisis.

6.3 Los principios de la legislación concursal, adecuación al régimen de liquidación del fideicomiso

La legislación concursal tiene elementos o etapas imperativas, por cuanto sus normas prevalecen sobre las convenciones de los particulares como así también sobre los preceptos del tipo sustanciales y procesales. Las primeras contemplan derechos de fondo de quienes son alcanzados por sus disposiciones, modificando el derecho común de los distintos ordenamientos (civil, laboral, comercial etc.), y como proceso universal, tiene carácter inquisitivo relativo, casi como los procesos penales. Los principios de esta legislación podrían tenerse en cuenta a la hora de liquidar judicialmente un fideicomiso en estado de “insuficiencia”. Según la doctrina concursal ellos son:

Universalidad. En contraposición con los procesos individuales o singulares, el proceso de liquidación abarcaría la totalidad de los acreedores (faz subjetiva) que convergen sobre la totalidad del patrimonio (faz objetiva). El art. 107⁴⁴ de la Ley de Concursos y Quiebras, es la expresión normativa por excelencia del principio de universalidad en la faz objetiva, mientras que los arts. 32 ya citado y 126⁴⁵ establecen la carga de verificar a todos los acreedores, así como los arts. 21⁴⁶ y 132⁴⁷, prohíben

⁴⁴ Artículo 107.- Concepto y extensión. El fallido queda desapoderado de pleno derecho de sus bienes existentes a la fecha de la declaración de la quiebra y de los que adquiriera hasta su rehabilitación. El desapoderamiento impide que ejercite los derechos de disposición y administración.

⁴⁵ Artículo 126.- Verificación: obligatoriedad. Todos los acreedores deben solicitar la verificación de sus créditos y preferencias en la forma prevista por Artículo 200, salvo disposición expresa de esta ley.

⁴⁶ Artículo 21.- Juicios contra el concursado. La apertura del concurso produce, a partir de la publicación de edictos, la suspensión del trámite de los juicios de contenido patrimonial contra el concursado por causa o título anterior a su presentación, y su radicación en el juzgado del concurso. No podrán deducirse nuevas acciones con fundamento en tales causas o títulos.

Quedan excluidos de los efectos antes mencionados:

1. Los procesos de expropiación, los que se funden en las relaciones de familia y las ejecuciones de garantías reales;
2. Los procesos de conocimiento en trámite y los juicios laborales, salvo que el actor opte por suspender el procedimiento y verificar su crédito conforme lo dispuesto por los artículos 32 y concordantes;
3. Los procesos en los que el concursado sea parte de un litis consorcio pasivo necesario.

la iniciación o prosecución de juicios con contenido patrimonial. El principio no es absoluto. Este principio, es el mayor reflejo del mentado aspecto inquisitivo y de su simple interpretación, se puede observar que su aplicación solo sería posible con una modificación expresa que admita la liquidación fiduciaria dentro de la propia ley de Concursos. Según las previsiones contractuales o el proceso judicial del nuevo Código, se carece de toda legitimación para diferenciar acreedores o bienes como lo disponen los artículos 108⁴⁸ o 104⁴⁹, parte 2ª de la referida ley.

Unicidad. La consecuencia lógica de la universalidad sería la unidad del proceso de liquidación en el ámbito territorial del país, cuya concreción se expresa a través de un juez único y el fuero de atracción. Este principio sería plenamente aplicable a las partes desde el punto de vista contractual, no así para aquellos terceros acreedores, puesto que éstos no están obligados según la legislación actual, a someterse a ningún fuero de atracción.

En estos casos los juicios proseguirán ante el tribunal de su radicación originaria o ante el que resulte competente si se trata de acciones laborales nuevas. El síndico será parte necesaria en tales juicios, excepto en los que se funden en relaciones de familia, a cuyo efecto podrá otorgar poder a favor de abogados cuya regulación de honorarios estará a cargo del juez del concurso, cuando el concursado resultare condenado en costas, y se regirá por las pautas previstas en la presente ley.

En los procesos indicados en los incisos 2) y 3) no procederá el dictado de medidas cautelares. Las que se hubieren ordenado, serán levantadas por el juez del concurso, previa vista a los interesados. La sentencia que se dicte en los mismos valdrá como título verificadorio en el concurso.

En las ejecuciones de garantías reales no se admitirá el remate de la cosa gravada ni la adopción de medidas precautorias que impidan su uso por el deudor, si no se acredita haber presentado el pedido de verificación del crédito y su privilegio.

⁴⁷ Artículo 132.- Fuero de atracción. La declaración de quiebra atrae al juzgado en el que ella tramita, todas las acciones judiciales iniciadas contra el fallido por las que se reclamen derechos patrimoniales. Salvo las ejecuciones de créditos con garantías reales, quedan exceptuados de este principio los casos indicados en el artículo 21 inciso 1) a 3) bajo el régimen allí previsto.

El trámite de los juicios atraídos se suspende cuando la sentencia de quiebra del demandado se halle firme; hasta entonces se prosigue con el síndico, sin que puedan realizarse actos de ejecución forzada.

⁴⁸ Artículo 108.- 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 atendida 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.

⁴⁹ Artículo 104.- Deudas posteriores. Las deudas contraídas mientras no esté rehabilitado, pueden dar lugar a nuevo concurso, que sólo comprenderá los bienes remanentes una vez liquidada la quiebra y cumplida la distribución y los adquiridos luego de la rehabilitación.

Inquisitorialidad. Este principio ha sido calificado como relativo porque no se trata de un proceso inquisitivo puro ni extremo, como el de los procesos criminales, sino que tiene notas que caracterizan los procesos dispositivos típicos en los que el litigio gira en torno a intereses privados disponibles. Si bien hay un alto grado de oficiosidad en la intervención del órgano jurisdiccional, un sinnúmero de actos dependen de los interesados, como por ejemplo la carga de insinuarse que pesa sobre los acreedores o el impulso de parte en los incidentes donde existe la posibilidad de que caduque la instancia. Así resulta del propio art. 274⁵⁰ de la Ley 24522 en donde el Juez como director del proceso de liquidación, tiene las más amplias facultades en materia de impulso procesal y de iniciativa probatoria, donde además, a diferencia de esta disposición, el juez que intervenga en la liquidación de un fideicomiso insolvente, debiera estar dotado de facultades para exigir los aportes que pudieren ser necesarios para una adecuada disolución.

Decretada judicialmente la liquidación no caben dudas de que correspondiera aplicar al proceso de liquidación, el principio de “universalidad”, tanto con relación a la totalidad de bienes que integran el patrimonio fiduciario, incluyendo los que salieron fraudulentamente, como a sus acreedores. Tampoco cabe duda acerca de la vigencia del principio de “igualdad de trato de todos los acreedores”. Ello así porque se trata de pagar a todos los acreedores en la mayor medida posible, de acuerdo a su grado y preferencia.

De la aplicación del art. 1687 del Código Civil y Comercial, se concluye que el Juzgador deberá discernir o distinguir, dentro del conjunto de normas falenciales, la que pueda ser aplicable en cada situación o circunstancia de la liquidación, con especial atención respecto de la especie de fideicomiso que se halla en trance de liquidación. No cabe la aplicación lineal de la ley de Concursos y Quiebras, no sólo para no burlar la propia prohibición en orden a los fideicomisos, sino por cuanto en la generalidad de dichos acuerdos fiduciarios, de antemano se pacta mecanismos de

⁵⁰ Artículo 274.- Facultades del Juez. El juez tiene la dirección del proceso, pudiendo dictar todas las medidas de impulso de la causa y de investigación que resulten necesarias. A tales fines puede disponer, entre otras cosas:
1) La comparencia del concursado en los casos de los Artículos 17 y 102 y de las demás personas que puedan contribuir a los fines señalados. Puede ordenar el auxilio de la fuerza pública en caso de ausencia injustificada;
2) La presentación de documentos que el concursado o terceros tengan en su poder, los que deben devolverse cuando no se vinculan a hechos controvertidos respecto de los cuales sean parte litigante.

disolución que habrán de reforzar los actores, con los elementos de aquella. Kiper y Lisoprawski (2014)

6.4 Sujetos legitimados para solicitar la liquidación.

Con anterioridad a la modificación que introduce el art. 1687 del nuevo Código, era difícil obtener un camino judicial a una liquidación en crisis, hoy esta liquidación judicial tiene sustento expreso y podrá llegar a producirse por dos vías: la voluntaria a pedido del fiduciario y la coercitiva como resultado del pedido de fiduciantes o beneficiarios (y/o fideicomisarios), o bien por requerimiento de acreedores del patrimonio fiduciario. Estos últimos son los que, sin ser parte del contrato, están vinculados crediticiamente con el patrimonio fideicomitado.

Cabe hacer una distinción, si se refiere a la promoción de una acción de liquidación judicial, se entiende que no hay identidad de presupuestos exigibles al fiduciario con los que son exigibles y deberían exhibir las restantes partes del contrato (fiduciante–beneficiario-fideicomisario) y los terceros acreedores, aún cuando algunos sean comunes. Lo mismo ocurre entre estos últimos y aquellos.

Por razones lógicas, las exigencias para los beneficiarios y acreedores deberían ser mayores, porque aún siendo interesados no tienen el lugar central que ocupa el fiduciario como principal protagonista y responsable, salvo que éste hubiere intentado obtener los recursos necesarios para poder liquidar correctamente, y hubiere fracasado en el intento, especialmente por esa carencia de facultades coercitivas propias de la autoridad judicial.

No es de descartar, por su frecuencia, que el contrato prevea la existencia de una reunión o asamblea de fiduciantes y/o beneficiarios para la toma de decisiones, que por lo general refieren a situaciones o circunstancias excepcionales que exceden la normal administración del patrimonio, como por ejemplo, la insuficiencia del patrimonio fideicomitado.

En tal caso debería agotarse esa posibilidad porque de una reunión de esa especie, podrían los protagonistas establecer remedios convencionales que eviten la solución

extrema de la liquidación, la cual tampoco podrá ejecutarse por falta de recursos, pues el Fiduciario ante el fracaso de su reclamo, deberá recurrir a la vía judicial para lograr tales aportes.

El resultado será inexorablemente otro fracaso, ya que recurrir a la vía judicial ordinaria para hacerse de esos aportes que permitan sortear la insuficiencia, implica transcurrir todas las vicisitudes procesales propias, mientras que las acreencias transcurrirán por caminos muchos más cortos, con acciones procesales que intentarán agredir a título personal, a ese fiduciario desamparado.

Sin duda que el legitimado por excelencia es el fiduciario, y responsable de poner a la luz la insuficiencia, por su propia iniciativa o requerimiento de las partes del contrato o de los acreedores. En cuanto a los recaudos de la solicitud de liquidación judicial resultarían aplicables los requisitos formales y de información previstos en el art. 11⁵¹ de la Ley de Quiebras a fin de que el juez pueda evaluar la seriedad de la pretensión.

⁵¹ Artículo 11.- Requisitos del pedido. Son requisitos formales de la petición de concurso preventivo:

1) Para los deudores matriculados y las personas de existencia ideal regularmente constituidas, acreditar la inscripción en los registros respectivos. Las últimas acompañarán, además, el instrumento constitutivo y sus modificaciones y constancia de las inscripciones pertinentes.

Para las demás personas de existencia ideal, acompañar, en su caso, los instrumentos constitutivos y sus modificaciones, aun cuando no estuvieron inscriptos.

2) Explicar las causas concretas de su situación patrimonial con expresión de la época en que se produjo la cesación de pagos y de los hechos por los cuales ésta se hubiera manifestado.

3) Acompañar un estado detallado y valorado del activo y pasivo actualizado a la fecha de presentación, con indicación precisa de su composición, las normas seguidas para su valuación, la ubicación, estado y gravámenes de los bienes y demás datos necesarios para conocer debidamente el patrimonio. Este estado de situación patrimonial debe ser acompañado de dictamen suscripto por contador público nacional.

4) Acompañar copia de los balances u otros estados contables exigidos al deudor por las disposiciones legales que rijan su actividad, o bien los previstos en sus estatutos o realizados voluntariamente por el concursado, correspondientes a los TRES (3) últimos ejercicios. En su caso, se deben agregar las memorias y los informes del órgano fiscalizador.

5) Acompañar nómina de acreedores, con indicación de sus domicilios, montos de los créditos, causas, vencimientos, codeudores, fiadores o terceros obligados o responsables y privilegios. Asimismo, debe acompañar un legajo por cada acreedor, en el cual conste copia de la documenta sustentatoria de la deuda denunciada, con dictamen de contador público sobre la correspondencia existente entre la denuncia del deudor y sus registros contables o documentación existente y la inexistencia de otros acreedores en registros o documentación existente. Debe agregar el detalle de los procesos judiciales o administrativos de carácter patrimonial en trámite o con condena no cumplida, precisando su radicación.

6) Enumerar precisamente los libros de comercio y los de otra naturaleza que lleve el deudor, con expresión del último folio utilizado, en cada caso, y ponerlos a disposición del juez, junto con la documentación respectiva.

7) Denunciar la existencia de un concurso anterior y justificar, en su caso, que no se encuentra dentro del período de inhabilitación que establece el artículo 59, o el desistimiento del concurso si lo hubiere habido.

8) Acompañar nómina de empleados, con detalle de domicilio, categoría, antigüedad y última remuneración recibida. Deberá acompañarse también declaración sobre la existencia de deuda laboral y de deuda con los organismos de la seguridad social certificada por contador público. (Inciso incorporado por art. 1° de la Ley N° 26.684 B.O. 30/06/2011)

El fiduciario deberá evidenciar la existencia de un estado de cesación de pagos y muy especialmente las razones objetivas que, en función de las circunstancias, le impidieron otra alternativa no traumática, a través de otros mecanismos previstos en el contrato, por ejemplo el auxilio de aportes previstos por los beneficiarios, siempre que los hubiere, o que pueda hacer efectiva su facultad, sin recurrir a otra vía judicial o extrajudicial que le asegure el éxito.

También pueden recurrir a la vía judicial el fiduciante y/o el o los beneficiarios, previo emplazamiento al fiduciario para que inste la liquidación judicial. En caso de que el fiduciario no ejerciera sus obligaciones sobre este particular, cargará sobre sus espaldas la responsabilidad por las consecuencias de la conducta omisiva. La acción en este caso, supone la previa intimación o emplazamiento del fiduciario para que ponga en marcha los mecanismos previstos en el contrato para el caso de insuficiencia, asamblea de beneficiarios, si los hubiera.

Si no hubiera mecanismos convencionales previstos o se hubieran agotado, los fiduciantes y/o beneficiarios deberían emplazar al fiduciario instándolo a que recurra a la liquidación judicial. Es obvio que se deberá acreditar, amén de la inacción injustificada del fiduciario, la existencia del estado de insuficiencia, evidenciando ante el juzgado que el patrimonio separado del fideicomiso resulta impotente para atender las obligaciones a su cargo.

A instancia de los acreedores del patrimonio fiduciario, quienes también tienen legitimación para solicitar la liquidación. En tal sentido el art. 1679⁵² del nuevo Código, en otra contingencia de gravedad como podría ocurrir con el cese del fiduciario por las causales del art. 1678⁵³, o bien por su propia inacción, da legitimación a los acreedores del patrimonio separado para solicitar judicialmente la designación de un fiduciario judicial provisorio o el dictado de medidas de protección del patrimonio según se trate, y si hubiere peligro en la demora.

El escrito y la documentación agregada deben acompañarse con DOS (2) copias firmadas. Cuando se invoque causal debida y válidamente fundada, el juez debe conceder un plazo improrrogable de DIEZ (10) días, a partir de la fecha de la presentación, para que el interesado dé cumplimiento total a las disposiciones del presente artículo.

⁵² Artículo 1679 Ley 26994 Código Civil y Comercial de la Nación

⁵³ Artículo 1678 Ley 26994 Código Civil y Comercial de la Nación

Es evidente que los acreedores tienen interés legítimo en la suerte del patrimonio fiduciario, fundamentalmente en tratar de evitar que este siga un curso de deterioro o pérdida de los bienes o de los posibles remanentes que integran la garantía común. Por tratarse de terceros ajenos al contrato, debe conjugarse con las estipulaciones contractuales, que bien pueden tener prevista una solución que impida el recurso extremo de la liquidación judicial, sin desmedro del interés de los acreedores.

También por la inacción de las partes del fideicomiso, el acreedor podrá petitionar la liquidación acreditando la existencia de su crédito, la negativa o ausencia de respuesta frente a sus reclamos debidamente documentados, e indicios que den cuenta de un estado objetivo de insuficiencia. En tal supuesto, una vez oído el fiduciario, el juez decidirá acerca de la viabilidad de la liquidación. En lo que fuera compatible se aplicarían los artículos 83 a 87⁵⁴ de la ley concursal donde se regula el trámite para el pedido de los acreedores, o del propio deudor, y las medidas precautorias que se estimen necesarias.

⁵⁴ Artículo 83.- Pedido de acreedores. Si la quiebra es pedida por acreedor, debe probar sumariamente su crédito, los hechos reveladores de la cesación de pagos, y que el deudor está comprendido en el Artículo 2. El juez puede disponer de oficio las medidas sumarias que estime pertinentes para tales fines y, tratándose de sociedad, para determinar si está registrada y, en su caso, quiénes son sus socios ilimitadamente responsables. Artículo 84.- Citación al deudor. Acreditados dichos extremos, el juez debe emplazar al deudor para que, dentro del quinto día de notificado, invoque y pruebe cuanto estime conveniente a su derecho.

Vencido el plazo y oído el acreedor, el juez resuelve sin más trámite, admitiendo o rechazando el pedido de quiebra.

No existe juicio de antequiebra.

Artículo 85.- Medidas precautorias. En cualquier estado de los trámites anteriores a la declaración de quiebra, a pedido y bajo la responsabilidad del acreedor, el juez puede decretar medidas precautorias de protección de la integridad del patrimonio del deudor, cuando considere acreditado prima facie lo invocado por el acreedor y se demuestre peligro en la demora.

Las medidas pueden consistir en la inhibición general de bienes del deudor, intervención controlada de sus negocios, u otra adecuada a los fines perseguidos.

Artículo 86.- Pedido del deudor. Requisitos. La solicitud de quiebra por el deudor se debe acompañar con los requisitos indicados en el Artículo 11 incisos 2, 3, 4 y 5 y, en su caso, los previstos en los incisos 1, 6 y 7 del mismo, sin que su omisión obste a la declaración de quiebra.

El deudor queda obligado a poner todos sus bienes a disposición del juzgado en forma apta para que los funcionarios del concurso puedan tomar inmediata y segura posesión de los mismos.

En caso de sociedades, las disposiciones de este artículo se aplican a los socios ilimitadamente responsables que hayan decidido o suscriban la petición, sin perjuicio de que el juez intime a los restantes su cumplimiento, luego de decretada la quiebra.

Artículo 87.- Desistimiento del acreedor. El acreedor que pide la quiebra puede desistir de su solicitud mientras no se haya hecho efectiva la citación prevista en el Artículo 84.

Los pagos hechos por el deudor o por un tercero al acreedor petitionante de la quiebra estarán sometidos a lo dispuesto en el Artículo 122.

Desistimiento del deudor. El deudor que peticione su quiebra no puede desistir de su pedido, salvo que demuestre, antes de la primera publicación de edictos, que ha desaparecido su estado de cesación de pagos.

Otro aspecto a tener en cuenta refiere a la capacidad profesional para el análisis del negocio a fin de determinar las causas que llevaron a la insuficiencia, la determinación de los pasivos, entre otros, a través de los registros contables y demás documentación, el capital existente, la situación fiscal, los pasivos previsionales, la existencia de actos de cuya calificación de fraude dependen las acciones de recomposición del patrimonio o de los activos, y como una cuestión nada menor, la responsabilidad del fiduciario en la crisis tal como ha sido previsto en la segunda parte del Art. 1687 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Otros sostienen que el fiduciario es la persona menos indicada para llevar adelante ese encargo. Son varias las razones que sustentan su posición. Sin considerar la posible falta de especialización, hay entre esas razones dos que son decisivas. La primera surge a primera vista porque no parece congruente que quien condujo un fideicomiso que llega a un estado de insuficiencia patrimonial, prima facie pueda ser calificado como “buen hombre de negocios”, como exige la ley para la función fiduciaria. Podrá no ser el responsable de un actuar culposos o doloso en el cumplimiento del encargo, pero eso resultará de una investigación posterior, aunque no al inicio del proceso de liquidación. Lo que no advierten esos autores, es que en época de crisis económica, las variables por lo general no pueden ser adivinadas ni por los mejores empresarios, tal como ha ocurrido en la crisis de los años 2001 y 2002 que atravesó el país.

La segunda razón, vinculada a la primera, resulta del potencial conflicto de interés que suscita la función del liquidador. Basta pensar en que el fiduciario puede llegar a ser deudor del patrimonio fideicomitido por diversas razones, por ejemplo fondos no rendidos, o bien acreedor del mismo por su remuneración o anticipo de gastos, como simples ejemplos. Además de esas tachas no descartemos que el fiduciario renuncie al encargo fundado en su incompatibilidad, o bien porque lisa y llanamente se resiste a cumplir el encargo y deba ser removido. Por último se suscita una cuestión fundamental que obstaría a la actuación del fiduciario como liquidador. Entendemos que devenida la liquidación queda pendiente la responsabilidad del fiduciario que por culpa o dolo, pudo haber llevado al patrimonio fideicomitido a la insuficiencia. Kiper y Lisoprawski (2014)

La previsión contractual de un liquidador, no modificaría en mayor medida la impotencia en las que un Fiduciario se enfrenta, pues también carecería de esa fuerza legitimadora que podría darle una designación judicial. Esto sin duda vuelve inevitable que sea el propio Juez quien designe al liquidador o bien un funcionario designado por aquél que acompaña al liquidador designado convencionalmente, si se quiere preservar lo que fue la voluntad de las partes del contrato de fideicomiso en juego. De esa manera, tendrá las funciones que caracterizan las intervenciones judiciales, con la amplitud de facultades que establezca el juez.

En cuanto a las acciones judiciales iniciadas contra el fideicomiso, se entiende que la liquidación podría provocar algo similar al fuero de atracción, debiendo radicarse ante el juez a cargo de ella, para evitar contradicciones y desgastes procesales incluso que atentan contra el principio de liquidar en forma proporcional o mediante prorrato, pues por lo general como ha quedado la legislación, y no ha sido modificado por el nuevo Código, las ejecuciones sobre los distintos bienes o posibles remanentes que corresponden al patrimonio fiduciario continúan en sus respectivos Juzgados de origen, y donde cada uno pretende hacer efectivo sus gravámenes, sin la consiguiente advertencia respecto a lograr una liquidación proporcional.

De lo que no hay duda, es que la liquidación resuelve entre otros contratos, los de ejecución continuada, los normativos, los mandatos, y los de cuenta corriente, al igual que en la Ley de Concursos, art.147⁵⁵. Si el fiduciario hubiera otorgado poderes, el decreto de liquidación debería provocar la caducidad automática de los mismos. Sobre este particular no hay una diferencia sustancial si comparamos la situación del fallido y las razones por las que se produce ese efecto extintivo.

En el proceso de liquidación quien asuma dicha responsabilidad deberá analizar los diferentes efectos y consecuencias sobre aquellas relaciones jurídicas preexistentes, y podrá utilizar la ley de Concursos para su resolución. Dentro de ese amplio espectro de contratos en curso de ejecución, pueden encontrarse los contratos de adjudicación o Boletos de Compraventa de inmuebles, supuesto que puede darse en exclusividad

⁵⁵ Artículo 147.- Contratos con prestación personal de fallido, de ejecución continuada y normativos. Los contratos en los cuales la prestación pendiente del fallido fuere personal e irremplazable por cualquiera que puedan ofrecer los síndicos en su lugar, así como aquellos de ejecución continuada y los normativos, quedan resueltos por la quiebra. Los contratos de mandato, cuenta corriente, agencia y concesión o distribución, quedan comprendidos en esta disposición

dentro de los fideicomisos inmobiliarios, pero podrán existir en otros acuerdos fiduciarios aún cuando no fueren parte de su objeto.

Al respecto la doctrina considera aplicable el art. 146⁵⁶ de la Ley de Concursos, es decir aquellos que fueron otorgados a favor de adquirentes de buena fe y son oponibles a la liquidación si el comprador hubiera abonado el 25% del precio. Cualquiera sea el destino del inmueble.

En cuanto a la hipótesis de un fideicomiso inmobiliario donde se efectuaron aportes para adquirir una unidad en un emprendimiento al costo o precio fijo. En estos casos, si bien no se está frente a un boleto de compraventa sino ante una típica relación crediticia que vincula al beneficiario con el fideicomiso por la firma de un contrato de adhesión, por lo general como Fiduciantes Beneficiarios, el juez debe decidir aplicando las normas análogas al cumplimiento de los contratos y disponer la adjudicación de las Unidades a dichos Beneficiarios, con la correspondiente escrituración traslativa de dominio, y si mediare cumplimiento parcial de la prestación comprometida, por supuesto debe previamente reclamar la cancelación de los aportes pendientes. Siempre en referencia a obras terminadas que estuvieren en condiciones de ser escrituradas.

En cuanto a la posibilidad de la aplicación del régimen de ineficacias concursales, dentro del procedimiento de liquidación del patrimonio fiduciario en el régimen establecido en el nuevo Código, es una cuestión que no ha quedado resuelta y para poder aplicar la normativa con la fuerza ejecutiva que brinda la propia ley concursal, debe entenderse que como quedan involucradas cuestiones de orden público, como puede ser un dominio consolidado como dominio pleno, sería necesario facultades expresas; tal como ocurriría para determinar otros aspectos como el estado de

⁵⁶ Artículo 146.- Promesas de contrato. Las promesas de contrato o los contratos celebrados sin la forma requerida por la ley no son exigibles al concurso, salvo cuando el contrato puede continuarse por éste y media autorización judicial, ante el expreso pedido del síndico y del tercero, manifestado dentro de los TREINTA (30) días de la publicación de la quiebra en la jurisdicción del juzgado.

Los boletos de compraventa de inmuebles otorgados a favor de adquirentes de buena fe, serán oponibles al concurso o quiebra si el comprador hubiera abonado el VEINTICINCO POR CIENTO (25 %) del precio. El juez deberá disponer en estos casos, cualquiera sea el destino del inmueble, que se otorgue al comprador la escritura traslativa de dominio contra el cumplimiento de la prestación correspondiente al adquirente. El comprador podrá cumplir sus obligaciones en el plazo convenido. En caso de que la prestación a cargo del comprador fuere a plazo deberá constituirse hipoteca en primer grado sobre el bien, en garantía del saldo de precio

cesación de pagos, el período de sospecha, o el fuero de atracción, lo que tampoco ha ocurrido, todo ello sin descontar la inseguridad que se generaría en orden a la bondad de la figura del fideicomiso.

Resulta pristino que no procede aplicar el régimen específico de ineficacias concursales en la liquidación de fideicomisos, amén de la simulación o de la adjudicación de bienes de manera prematura o existiendo créditos de difícil cancelación, quedará al liquidador únicamente, la posibilidad de la revocatoria ordinaria.

En el régimen del art. 16 de la parcialmente derogada ley 24.441, como en el actual régimen previsto en el artículo 1687 del Código Civil y Comercial de la Nación, al establecerse la aplicación analógica de la Ley de Quiebras no llega al extremo de autorizar un régimen tan severo como el de las ineficacias concursales para lo cual, sin duda, habrá de esperarse modificaciones ya sean en el actual Código Civil y Comercial o en la misma Ley 24.522.

6.5 Clausura y distribución.

Si bien tanto el derogado artículo 16 de la ley 24.441 como su reemplazante, el artículo 1687 del Código Civil y Comercial de la Nación, hacen reenvío a la legislación concursal en lo que sea pertinente, el liquidador, sea un fiduciario o un tercero, o sea la propia autoridad judicial, se encuentra en desamparo ante la necesidad de liquidar no existiendo fondos o fueren insuficientes.

La utilización de las reglas previstas en los artículos 203, 204 y 205 de la Ley Concursal 24.522 respecto de la liquidación y realización de bienes solo funcionaría si el remanente fuere suficiente para intentar una disolución imponiendo incluso hasta las reglas del prorrateo, pero dichas reglas serían completamente espúreas si nada hubiere para distribuir y liquidar.

6.6 Conclusión Parcial

En los escasos procesos de liquidación judicial de fideicomisos, los juzgados intervinientes no ordenaron establecer la fecha inicial de cesación de pagos ni los actos susceptibles de revocatoria para suplir el vacío de la ley 24.441, estimándose que con la nueva redacción del Código, el criterio sobre este particular debería ser restrictivo, pues como se sostuvo, la nueva legislación debió determinar de manera concreta que puede ser utilizado por analogía con la ley concursal y que otros aspectos ameritaban una modificación expresa y coordinada en la Ley 24.522.

CONCLUSION FINAL

A veintidós años de la vigencia de la Ley 24.441, resulta innegable sus bondades cuando este Contrato es aplicado no sólo para evitar la inmovilidad de una cartera de créditos, sino también para la realización de negocios de volumen operativo de relevancia, como ocurre con los Fideicomisos Inmobiliarios, especialmente ante la coexistencia de varios actores económicos. En ese tenor tanto la Ley 24441 como el Código Civil y Comercial de la Nación, han privilegiado la autonomía de la voluntad de todos los intervinientes.

Esa autonomía de voluntad, como así también la gran variedad de negocios que pueden ser desarrollados bajo la órbita de un Fideicomiso, han conspirado para no brindarle un procedimiento específico de disolución cuando la insuficiencia del patrimonio o del remanente no permiten cancelar los pasivos que resultaren.

Hay suficientes alternativas dentro del derecho positivo vigente que pudieron ser utilizadas para cuando la insuficiencia se manifieste, por ejemplo en la Ley de Sociedades, o en la misma ley de Concursos y Quiebras, lo que sin duda habría evitado los reclamos no sólo de la doctrina y la jurisprudencia, sino incluso de los propios operadores jurídicos y económicos.

Y si el objetivo mayor fue mantener a rajatabla la autonomía de la voluntad, podrían haberse dispuesto de mayores facultades a los fiduciarios, incluyendo la legitimación procesal suficiente para que pueda reclamar por ejemplo, mayores costos que permitan cancelar íntegramente el pasivo que se hubiere generado, por supuesto de manera ajena a su propia negligencia o falta de capacidad.

Autores como Kiper y Lisoprawski han sostenido que no es conveniente la aplicación lisa y llanamente al régimen de la Ley Concursal, pues entienden que perjudicaría la versatilidad del fideicomiso, y que tanto el legislador de la parcialmente derogada ley 24.441 como los redactores del Código Civil y Comercial de la Nación, decidieron mantener una solución más flexible que sea compatible con las características de multifuncionalidad de la figura, como continente o articulador de una variedad casi incontable de negocios.

Se le da al juez la herramienta normativa de la Ley 24.522 y a la vez la posibilidad de emplearla de acuerdo a la especial naturaleza del fideicomiso y a las circunstancias del caso concreto, pero a mi entender, debió establecer que aspectos podían ser utilizados y cuáles no, como por ejemplo aquellas cuestiones que afectan el orden público o que de alguna manera violentasen el dominio pleno de los diferentes derechos involucrados, cesación de pagos, período de sospecha, fuero de atracción, o las reglas de la ineficacia concursal, todos problemas que debieron tener, tal vez, una normativa expresa superando la vaguedad mantenida en dicho sentido en el propio artículo 1687.

Sin perjuicio de la legitimidad que exhibe la discusión doctrinaria en aparear o no, la insuficiencia dentro de la normativa concursal, existe la realidad jurídico económica de Fideicomisos Inmobiliarios en donde el Fiduciario ha desarrollado su gestión con eficacia no pudiendo preveer situaciones como la crisis de los años 2001 y 2002 en el país, con conflictos acrecentados por la salida abrupta de la convertibilidad, en donde hubiera sido útil contar con la legitimación suficiente como para exigir de los beneficiarios, toda diferencia de aportes por mayores costos, y que por supuesto no ha tenido.

Tampoco lo tendría hoy, con la única diferencia respecto del régimen anterior, que planteada la necesidad a un Tribunal, este deberá avocarse, sin perjuicio de que ese fiduciario quede obligado a demostrar que la insuficiencia no le es imputable, y que han ocurrido imponderables difíciles de cuantificar. La autoridad judicial podría, primero interpelar a fiduciantes y beneficiarios a que ejerzan la autocomposición patrimonial al solo efecto de cancelar las acreencias que pudieren haber quedado en el camino, para luego interpelar el reclamo económico necesario.

No se afecta el orden público ni la normativa concursal, si el Tribunal hace lugar a la liquidación judicial, previo a demostrar la incapacidad de las disposiciones contractuales para lograr esa disolución como así también, la ausencia de recursos. También podría disponer de la designación de liquidador y la publicidad de dicha designación. Podría luego ordenar una audiencia informativa reflejando la necesidad de la recomposición patrimonial y la consecuente obligación que le asiste a las partes

(fiduciantes y beneficiarios) a realizar los aportes finales necesarios, para lo cual, tanto fiduciantes como beneficiarios, quedan obligados por la propia naturaleza del instituto, a efectuar cualquier diferencia de aportes.

En un cuadro como el planteado, la legitimación judicial le facilitaría a ese liquidador, hacerse de los recursos finales para cancelar cualquier pasivo.

BIBLIOGRAFIA

Doctrina

- Campbell, M. (2013). Fideicomiso e Insolvencia. G. Gotlib, M.A. Carregal y F.M. Vaquero (Eds). *Tratado de Fideicomiso*. (pp.151-152). Bs.As. Argentina. La Ley.
- Carregal, M. A.(2013). El Contrato de Fideicomiso en General. G. Gotlib, M.A. Carregal y F.M. Vaquero (Eds). *Tratado de Fideicomiso* (pp1-9). Buenos Aires, Argentina. La Ley.
- Carregal, M. A. (2013). El Contrato de Fideicomiso en Particular. G. Gotlib, M.A. Carregal y F.M. Vaquero (Eds). *Tratado de Fideicomiso*. (pp.24-32). Buenos Aires, Argentina. La Ley.
- Carregal, M. A. (2013). El Contrato de Fideicomiso en Particular. G. Gotlib, M.A. Carregal y F.M. Vaquero (Eds).*Tratado de Fideicomiso*. (pp.33-46). Buenos Aires, Argentina. La Ley.
- Carregal, M. A. (2013). El Contrato de Fideicomiso en Particular. G. Gotlib, M.A. Carregal y F.M. Vaquero (Eds). *Tratado de Fideicomiso*. (pp.84-87). Buenos Aires, Argentina. La Ley.
- Chighizola, D. A. (2013). Fideicomiso Inmobiliario Parte A. G. Gotlib, M.A. Carregal y F.M. Vaquero (Eds). *Tratado de Fideicomiso*. (pp.100-167). Buenos Aires, Argentina. La Ley.
- Gregorini Clusellas, E. L. (1995). Fideicomiso. Apreciaciones sobre las nuevas normas. R. Lorenzetti. (Ed). *Revista Jurídica Argentina. Doctrinas Esenciales*. (pp.299-302). Buenos Aires. Argentina. La Ley.
- Gruskin, C. M. (2013). Responsabilidad del Fiduciario. G. Gotlib, M.A. Carregal y F.M. Vaquero (Eds). *Tratado de Fideicomiso*. (pp.101-106;133-134). Buenos Aires, Argentina. La Ley.
- Ise Figueroa, T. (1999). Cuasi concursabilidad de los bienes fideicomitidos. *Revista Jurídica Argentina*. (pp.899-904).Buenos Aires. Argentina. La Ley.
- Lisoprawski, S. (2009). La Extinción del Fideicomiso. R. Lorenzetti. (Ed). *Revista Jurídica Argentina. Doctrinas Esenciales*. (pp.752-778) Buenos Aires. Argentina, La Ley.
- Minniti, A. R. (2010). El Contrato de Fideicomiso. E.E. Martorell. (Ed). *Tratado de Derecho Comercial.Contratos Comerciales Modernos*. (pp. 920-926). Buenos Aires, Argentina. La Ley.
- Minniti, A. R. (2010). El Contrato de Fideicomiso. E.E. Martorell. (Ed). *Tratado de Derecho Comercial.Contratos Comerciales Modernos*. (pp.918-920). Buenos Aires, Argentina. La Ley.
- Molina Sandoval, C. (2004). *El Fideicomiso en la dinámica mercantil*. Buenos Aires. Argentina. Abaco.
- Parellada, C. A. (2004). Responsabilidad Civil del Fiduciario. B.A. Mauri (Ed) *Tratado Teórico Práctico del Fideicomiso*. (pp.95-115). Buenos Aires. Argentina. Ad Hoc.
- Zavala, G.A. y Weiss, K.M. (2015). Contrato de Fideicomiso. J. Rivera. (Ed). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. (pp.899 a 905) Buenos Aires, Argentina. La ley.

Doctrina publicada en internet

- Kiper,C.M; Lisoprawski, S.V. (2014) Doctrina del día. Insuficiencia del patrimonio fiduciario y su liquidación en el Proyecto del Código. Recuperado el 18/11/2015 <http://thomsonreuterslatam.com>

Jurisprudencia

- CNCom, Sala A, 3/4/2009, “Fideicomiso South Link Logística s/pedido de quiebra promovido por Embal System SRL”
- CNCom, Sala E, 15/12/2010, “Fideicomiso Ordinario Fidag s/Liquidación”
- Juz.Nac.1° Inst. en lo CC N° 17, Secretaría 34, 12/09/2011, “Fideicomiso calle Chile 2286 s/liquidación judicial”
- Juz. 1° Inst. 4° Nominación C.C. de Córdoba, Sentencia N° 98, 06/04/2016, “García Abel c/Moyano Alberto Antonio y otros – Ordinario – Cobro de Pesos”

Legislación

- Ley 340 Código Civil
- Ley de Fideicomiso 24441
- Ley 24522 Concursos y Quiebras
- Ley 26994 Código Civil y Comercial de la Nación

**AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO
A LA UNIVERIDAD SIGLO 21**

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Mora, Tania Andrea
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	21.629.341
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	Contrato de Fideicomiso Inmobiliario Disolución con Insuficiencia de Patrimonio
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	taniamora_1@hotmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)^[1]</i>	Si
Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: Córdoba, 11 de Agosto de 2016

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:
_____certifica que la tesis
adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63). Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.